



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Penal

**CONCURSO DE DELITOS Y PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA
PENA EN LAS ESTAFAS “MASIVAS”:
LECCIONES DE LOS CASOS “LA POLAR”, “FERMEX” Y “MADOFF”
FRENTE A LA DOGMÁTICA PENAL**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

AUTOR: Sergio Alberto Maldonado Mella

PROFESOR GUÍA: Vivian Bullemore Gallardo

Santiago, Chile

2016

*A mis padres, Sergio y Sonia,
por su paciencia y apoyo constante en este largo camino de vida.*

*A Victoria,
por su compañía y ayuda a lo largo de estos años.*

*A mis amigos Mario, Nicolás, Paula F. y Paula M
por su apoyo fundamental en esta última etapa.*

*A los profesores y amigos, Patricio Rosas O. y Francisco Moraga M.,
por todas sus enseñanzas dentro y fuera del aula.*

Y a todos quienes han aportado un granito de arena.

TABLA DE CONTENIDOS

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.	
EL CONCURSO DE DELITOS.....	8
1. Concepto	
2. Concurso Real o Material.....	14
2.1. Elementos del concurso real	14
2.1.1. Unidad del sujeto activo	15
2.1.2. Pluralidad de hechos	16
2.1.3. Ausencia de sentencia condenatoria previa o intermedia.....	18
2.1.4. Ausencia de conexión entre los hechos	20
2.2. Tratamiento penal del concurso real	20
2.2.1. Sistema de la acumulación material o aritmética	22
2.2.2. Sistema de la acumulación jurídica o asperación	23
2.2.3. Sistema de la absorción	24

3. Concurso Ideal o Formal	24
3.1. Clasificación	25
3.1.1. Concurso ideal homogéneo.....	25
3.1.2. Concurso ideal heterogéneo.....	26
3.2. Elementos.....	27
3.2.1. Unidad de acción o hecho.....	27
3.2.2. Unidad de sujeto activo	29
3.2.3. Pluralidad de valoración jurídica.....	30
3.3. Tratamiento penal del concurso ideal, y sus consecuencias	31
4. Concurso Medial o Ideal Impropio.....	32
5. Concurso Aparente de Leyes.....	34
5.1. Elementos del concurso aparente.....	35
5.1.1 Unidad de sujeto activo.....	35
5.1.2. Unidad de acción.....	36
5.1.3. Pluralidad (aparente) de tipos.....	36
5.2. Comparación.....	37
5.2.1. Concurso real- concurso aparente	37
5.2.2. Concurso ideal-concurso aparente.....	37
5.2.3. Concurso medial-concurso aparente.....	38

5.3. Principios.....	38
5.3.1. Principio de especialidad.....	39
5.3.2. Principio de consunción.....	40
5.3.2.1. Los actos copenados anteriores.....	41
5.3.2.2. Los actos copenados posteriores.....	42
5.3.2.3. Los hechos acompañantes.....	43
5.3.3. Principio de subsidiariedad.....	44
5.3.4. Principio de alternatividad o accesoriedad.....	46
6. Delito Continuado.....	48
6.1. Teorías sobre la naturaleza jurídica del delito continuado	49
6.1.1. Teoría de la ficción jurídica o clásica.....	49
6.1.2. Teoría de la realidad natural o realista.....	50
6.1.3. Teoría de la realidad jurídica.....	50
6.1.4. Teoría de la combinación.....	50
6.2. Elementos objetivos del delito continuado.....	51
6.2.1. Unidad de sujeto activo.....	52
6.2.2. Pluralidad de hechos, unidad de acción.....	52
6.2.3. Unidad normativa relativa (identidad de tipo).....	55
6.2.4. Exclusión de bienes jurídicos personalísimos	56

6.2.5. Unidad o pluralidad de sujetos pasivos.....	59
6.3. Elementos subjetivos del delito continuado	60
6.3.1. La unidad de propósito.....	60
6.3.2. El dolo global.....	61
6.3.3. El dolo de continuación.....	61
6.4. Tratamiento penal del delito continuado.....	62
6.5. Críticas hechas a la doctrina del delito continuado.....	64
7. Delito Masa.....	65
7.1. Elementos objetivos del delito masa.....	67
7.1.1. Pluralidad o unidad de acciones.....	67
7.1.2. Trascendencia social.....	68
7.1.3. Pluralidad de sujetos pasivos, sin vínculos entre sí.....	
7.1.4. Unidad de valoración jurídica y perjuicio análogo entre las víctimas	69
7.2. Elementos subjetivos del delito masa.....	70
7.2.1. Unidad de plan criminal	70
7.3. Tratamiento penal del delito masa.....	70
7.4. Críticas a la doctrina del delito masa	71

CAPÍTULO II.

EL DELITO DE ESTAFA	74
1. Introducción al estudio de la estafa.....	74
2. Concepto y características generales.....	76
2.1. Definiciones doctrinales de la estafa.....	78
2.2. El aporte de los anteproyectos recientes de Código Penal.....	80
2.3. Definiciones de estafa en el derecho comparado.....	81
3. Elementos objetivos del tipo.....	89
3.1. El engaño.....	90
3.1.1. Criterio objetivo: el engaño como puesta en escena.....	93
3.1.2. Criterio subjetivo.....	96
3.1.3. El engaño frente a la teoría de imputación objetiva.....	99
3.1.3.1. El engaño según la imputación objetiva de conducta.....	100
3.1.3.2. El engaño según la imputación objetiva de resultado.....	101
3.1.4. El engaño frente a los deberes de veracidad.....	104
3.1.5. El engaño por omisión.....	105
3.2. El error.....	108
3.2.1. La ignorancia.....	109

3.2.2. La capacidad para cometer el error.....	111
3.2.3. El error preexistente y el caso del agente provocador.....	112
3.3. El acto de disposición patrimonial.....	114
3.4. El perjuicio patrimonial.....	117
3.4.1. La estafa triangular.....	118
3.4.1.1. Teoría de la situación.....	119
3.4.1.2. Teoría de la autorización.....	120
4. Elementos subjetivos del tipo.....	120
4.1. El dolo.....	120
4.2. Ánimo de lucro.....	122
4.2.1. Tesis en contra de la inclusión del ánimo de lucro como elemento del tipo.....	123
4.2.2. Tesis a favor del ánimo de lucro.....	125
4.2.3. La opinión de la jurisprudencia.....	126
5. Bien jurídico protegido.....	127
5.1. El patrimonio.....	131
5.1.1. Concepto jurídico de patrimonio.....	132
5.1.2. Concepto económico de patrimonio.....	135
5.1.3. Concepto mixto de patrimonio.....	137

5.1.4. Concepto personal-funcional de patrimonio y la teoría de la frustración del fin.....	139
5.2. Deberes de veracidad y libertad de disposición.....	141
5.3. La estafa como delito económico.....	142
6. Iter criminis.....	143
6.1. Consumación y agotamiento del tipo.....	146
6.2. Tentativa.....	148
6.3. Frustración.....	149
7. Tratamiento legal de la estafa en Chile.....	151
7.1. La estafa residual.....	151
7.2. La estafa calificada.....	153

CAPÍTULO III.

LAS ESTAFAS “MASIVAS” 156

1. Hacia un concepto de “estafa masiva”. Características y necesidad de cautela	156
1.1. Concepto y características de las “estafas masivas”.....	156
1.2. Elementos de las estafas masivas.....	159
1.2.1. El engaño de la estafa masiva.....	159

1.2.2. El error en la estafa masiva.....	159
1.2.3. El acto de disposición.....	160
1.2.4. El perjuicio.....	160
1.2.5. El dolo y el ánimo de lucro.....	161
1.3. Necesidad de cautela: el sujeto pasivo “masa”	162
2. Tipos de fraude colectivo.....	165
2.1. La estafa piramidal y los esquemas de Ponzi.....	166
2.1.1. Pirámides clásicas.....	168
2.1.2. Pirámides no financieras.....	172
2.1.3. Pirámides financieras.....	175
2.2. Las estafas telefónicas y por otros medios electrónicos.....	177
2.2.1. Estafas telefónicas.....	177
2.2.2. Fraude informático y estafa informática.....	181
2.2.3. Aspectos jurídicos de las estafas telefónicas e informáticas.....	185
3. Aspectos concursales y criterios para la determinación de las penas.....	191
3.1. La “estafa masiva” como concurso real.....	191
3.2. La “estafa masiva” como concurso ideal.....	194
3.3. La “estafa masiva” como delito continuado.....	196
3.4. La “estafa masiva” como delito “masa”	200

4. Proyectos de ley relevantes.....	200
4.1. Boletín 3083-07.....	201
4.2. Boletín 7819-03.....	205
4.3. Anteproyecto de Código Penal de 2005.....	207
4.4. Anteproyecto de Código Penal de 2014.....	208

CAPÍTULO IV.

CASOS DE ESTUDIO	211
1. Caso “La Polar”.....	211
1.1. Reseña histórica del caso.....	211
1.2. Consideraciones jurídicas del caso.....	227
2. Caso “Fermex”/ “Labomax”: La “estafa de los quesitos”	232
2.1. Reseña histórica del caso.....	233
2.2. Consideraciones jurídicas de la sentencia dictada en Chile.....	240
3. Caso “Madoff”	246
3.1. Reseña histórica del caso.....	247
3.2. Aspectos jurídicos comparados.....	256
CONCLUSIONES.....	265

BIBLIOGRAFÍA.....277

RESUMEN

En la investigación titulada “Concurso de delitos y problemas de determinación de la pena en las estafas “masivas”: lecciones de los casos “La Polar”, “Fermex” y “Madoff” frente a la dogmática penal”, se busca determinar la suficiencia de las normas de concurso de delitos aplicables a casos de estafas o fraudes masivos, a través de un análisis teórico y práctico.

El trabajo se divide en cuatro capítulos. En el primer capítulo se exponen los estudios que la doctrina ha hecho del concurso de delitos, estudiando, en particular, el concurso real, ideal, medial y aparente, además del delito “continuado” y el delito “masa”. En el segundo capítulo, se expone la teoría del delito de estafa, su concepto, elementos típicos, bien jurídico protegido y tratamiento penal. En el tercer capítulo, se analizan las llamadas “estafas masivas” o “fraudes colectivos”, sus elementos típicos, su necesidad de cautela, los tipos más comunes de defraudaciones colectivas (estafas “piramidales” y estafas cometidas por medios informáticos o electrónicos), y los criterios concursales que permiten determinar la pena en este tipo de delitos. En el cuarto capítulo, se analizan los hechos y los aspectos jurídicos de los casos de estudio: primero, el caso “La Polar”, luego el caso “Fermex/Labomax” y finalmente el caso “Madoff”. Se concluye la investigación señalando la insuficiencia de las normas actuales y algunas propuestas para mejorar la legislación vigente.

INTRODUCCION

“El estafador no arranca el dinero con estrépito, como es el ladrón con el puñal en la mano o la fuerza de la palanqueta (...) llega a su víctima arrastrándose como los reptiles, la rodea de consideraciones externas, demuestra solicitud por sus intereses y para agradaarla, sorprende su confianza, y, abusando de ella, le clava el aguijón y le chupa la sangre con la mayor insidia y crueldad, pero con el menor ruido y escándalo posible”.

(Alejandro Groizard, comentarios al Código Penal español de 1870. Extraído de la Sentencia RIT N.º 2573-2009, Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, 08/03/2010)

“Hace cientos de años, el poeta italiano Dante en su *“Divina Commedia”* reconoció el fraude como el peor de los pecados, el peor de los males que afectan al regalo más grande de Dios a la Humanidad: el amor. De hecho, ubicó a los defraudadores en los abismos más profundos del *Inferno*, aún más bajo que los criminales violentos. Y aquellos que traicionan a sus benefactores son los peores pecadores, y en las tres bocas de Satán, rondan Judas por traicionar a Jesús, y Bruto y Casio, por traicionar a Julio Cesar (...) Solicito a Su Señoría condenar al acusado a prisión por lo que le resta de vida natural, y que cuando deje esta Tierra, que Satán tenga una nueva boca en la cual, el acusado merece pasar el resto de la eternidad.”

(Extracto del testimonio de Burt Ross¹, recogido en la sentencia condenatoria de Bernard L. Madoff dictada por la *US. District Court*, New York, 28/12/2009)

El Código Penal Chileno y la doctrina nacional, reconocen una serie de delitos que afectan el Patrimonio, Intereses Patrimoniales o, como lo menciona

1 Texto Original: *“Several hundred years ago, the Italian poet Dante in his “The Divine Comedy” recognized fraud as the worst of sins, the ultimate evil more than any other act contrary to God’s greatest gift to mankind: love. In fact, he placed the perpetrators of fraud in the lowest depths of hell, even below of those who had committed violent acts. And those who betrayed their benefactors were the worst sinners of all, so in the three mouths of Satan struggle Judas for betraying Jesus, and Brutus and Cassius for betraying Julius Cesar (...) We urge your Honor to commit Madoff to prison for the remainder of his natural life, and when he leaves this Earth virtually unmourned, may Satan grow a fourth mouth where Bernard L. Madoff deserves to spend the rest of eternity.”*

nuestro Código en su Título IX, la Propiedad. La sustracción de bienes, hecha por diversos medios, con la consecuente disminución patrimonial de la víctima, se encuentra tipificada en el Título recién mencionado a través de distintas figuras: hurto, robo, abigeato, defraudaciones, estafa, apropiación indebida, daños, etc.

Dentro de esta amplia variedad de delitos, se pueden distinguir aquéllos que tipifican la disminución patrimonial por medio de la destrucción y otros en los que dicha disminución es resultado de la apropiación o desplazamiento patrimonial de uno o más bienes. Dentro de estos últimos, se distingue entre los ilícitos que requieren un despliegue “físico” (hurto, robo con violencia, robo con fuerza, abigeato, receptación) y los que requieren un despliegue “intelectual” (delitos concursales, defraudaciones, estafa, apropiación indebida).

En la doctrina, BULLEMORE y MACKINNON explican la distinción: “en los delitos de destrucción, el desplazamiento patrimonial fáctico no juega un rol relevante: puede o no estar presente. Lo verdaderamente esencial es que la cosa es destruida o dañada por un tercero, perjudicando a su titular”²; mientras que “cuando hablamos de “delitos de apropiación”, estamos refiriéndonos a un grupo de delitos cuya característica común es, como veremos más adelante, la

² BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. 2007. Curso de Derecho Penal. Parte Especial Tomo IV. 2ª Ed. Editorial Lexis Nexis. p. 13.

existencia de un desplazamiento patrimonial de hecho, debiendo recalcar que se trata de un desplazamiento fáctico y no jurídico”³.

En cuanto a la distinción hecha sobre el medio utilizado para la apropiación, comentan, por un lado, que “en los delitos de apropiación por medios materiales, el desplazamiento patrimonial físico del bien se produce a consecuencia de una actividad física o material del agente”⁴; por otro lado, “en los delitos de apropiación por medios inmateriales, la conducta del agente es eminentemente intelectual o incumplidora de obligaciones jurídicas”⁵.

Dentro de aquellos delitos de “apropiación por medios inmateriales”, la estafa es uno que acapara una amplia discusión doctrinaria, referida a sus elementos objetivos, subjetivos, *iter criminis*, concursos, modalidades de comisión, etc. A medida que avanza el tiempo y las tecnologías, las estafas se vuelven cada vez más sofisticadas y lesivas, realidad que se ve reflejada en la creación de nuevos tipos penales, tanto en el derecho nacional como comparado.

Frente a esta realidad, el derecho penal ha reaccionado actualizando

3 BULLEMORE ; MACKINNON. (2007). ob. cit. p. 12.

4 *Ibidem*.

5 BULLEMORE ; MACKINNON. (2007). ob. cit. p. 13.

tipos ya existentes o creando nuevos delitos. Cabe mencionar, por ejemplo, la reacción producida en el Viejo Continente tras la proliferación de estafas perpetradas por medios electrónicos, que llevó a la suscripción, el año 2001, de la Convención de Budapest contra el Cibercrimen, la que tipifica en su artículo octavo el “fraude informático”⁶; y en un sentido similar, se han integrado a la legislación nacional delitos como el fraude de seguros o la entrega fraudulenta de información al mercado, sancionada en la Ley de mercado de valores.

De la misma forma en que las estafas y en general, las defraudaciones, han ido evolucionando en cuanto a su complejidad y medios, también lo han hecho en cuanto a su alcance y efectos, pudiendo en algunos casos llegar a ser miles de personas los afectados o a alcanzar montos que superan varios cientos de millones de dólares.

Ante esta realidad cabe preguntarse ¿cómo debe la ciencia penal tratar estos delitos? ¿es suficiente aplicar las normas concursales de nuestra legislación o se requieren normas especiales para sancionar estos ilícitos? ¿es

6 **Artículo 8 – Fraude informático.** Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno los actos deliberados e ilegítimos que causen perjuicio patrimonial a otra persona mediante:
a. la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos;
b. cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, con la intención, dolosa o delictiva, de obtener de forma ilegítima un beneficio económico para uno mismo o para otra persona.

realmente el patrimonio (visto como bien jurídico individual) el único bien jurídico afectado en estos casos?.

Desde un enfoque práctico, la jurisprudencia ha sido llamada a resolver delitos cuya complejidad aumenta, pese al lento avance de la doctrina y legislación nacional.

Un ejemplo de esta creciente complejidad son los casos objeto de análisis en esta investigación. En el caso "Fermex", conocido como "la estafa de los quesitos", Gilberte Van Erpe fue condenada en Francia a seis años de prisión y sus cómplices europeos también recibieron de prisión y multas, mientras que en Chile, sus cómplices locales fueron condenados a 6 años de libertad vigilada. De acuerdo a los antecedentes que se desprenden del proceso, el total de defraudados por la empresa Fermex S.A., creada por Van Erpe en conjunto con otros imputados, supera las 5000 personas.

En el caso "La Polar", se ideó una estrategia para falsear los resultados financieros de la empresa, perjudicando a más de 400.000 consumidores y a un número indeterminado de inversionistas, entre los que se podría contar prácticamente todo el país, si se considera que las Administradoras de Fondos de Pensión poseían más del 20% de las acciones de dicha empresa.

Fuera de nuestro país, en Nueva York, Estados Unidos, el 29 de junio de

2009, la Corte del Distrito Sur (*United States District Court, South District of New York*) condenó a Bernard Madoff a 150 años de prisión por 11 cargos (*securities fraud, investment advisor fraud, mail and wire fraud, etc*), realizadas a través de un “esquema de Ponzi” cuyo monto se estima superior a los 60 billones de dólares y cuyas víctimas directas se cuentan por miles, incluyendo algunos Fondos de Inversión pertenecientes a la banca española, banqueros suizos, sindicatos, corporaciones de beneficencia, etc. Según lo referido por el mismo acusado, sería "el esquema de Ponzi más grande de la historia".

Todos esos casos podrían corresponder a estafas “masivas” (tanto por el monto de los daños como por el número de afectados). En estos casos, el tratamiento que la legislación actual referida a los delitos de estafas, defraudaciones y otros engaños (pensada para la protección de bienes jurídicos individuales) puede parecer insuficiente, y será tarea de la presente investigación dilucidar aquello.

Para lograr este objetivo, la investigación se dividirá en cuatro capítulos.

En el primer capítulo se analizarán los concursos de delitos, y su aplicación práctica en nuestro país. Luego, en el segundo capítulo, expondrá el tratamiento del delito de estafa, en general, sus elementos, bien jurídico protegido y tratamiento penal. En el tercer capítulo, se desarrollarán las estafas

“masivas”, buscando establecer su concepto, sus elementos y la necesidad de cautela. Finalmente, se analizarán tres casos de estudio: el caso "La Polar", el caso "Fermex/Labomax", y el caso "Madoff".

CAPITULO I. EL CONCURSO DE DELITOS

1. Concepto.

Antes de entrar de lleno al análisis de la estafa (en general), y posteriormente, de las “estafas masivas”, resulta necesario hacer un breve análisis del tratamiento legal, doctrinario y judicial de la pluralidad de delitos, con el fin de poder determinar, *a posteriori* las consecuencias prácticas del presente estudio.

Nuestro ordenamiento jurídico penal establece un sistema de valoración única del hecho punible, cuya regla general se puede resumir en dos premisas, tal como lo considera ETCHEBERRY⁷, citando a SOLER⁸: “*Quot delicta tot poenae*” (a cada delito debe corresponder una pena) y “*Non bis idem*” (nadie debe ser castigado más de una vez por el mismo hecho).

El problema de los concursos surge, tal como refieren POLITOFF, MATUS y RAMIREZ “cuando en un mismo procedo, se puede imputar a una

7 ETCHEBERRY, Alfredo. 1998. Derecho Penal: Parte General Tomo II. 3ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 109.

8 SOLER, Sebastián. 1992. Derecho Penal Argentino: Parte General. Tomo II. Reimpresión 4ª ed. Buenos Aires, Argentina. Tipográfica Editora Argentina. p. 340.

persona la realización del supuesto de hecho de varios tipos penales o varias veces el de uno mismo”⁹; es decir, adelantando un poco el análisis, un mismo autor debe ser perseguido y sancionado por una pluralidad de hechos cuya calificación puede corresponder a dos o más tipos penales (concurso real), por un hecho que corresponde a dos o más delitos, siendo uno de éstos necesario para cometer los otros (concurso medial), o si un hecho único puede encuadrarse como dos o más tipos penales (concurso ideal).

La doctrina nacional y extranjera ha discutido la problemática referida a la pluralidad de acciones o hechos y su punibilidad, desarrollando lo que se ha denominado “teoría de los concursos”, de la “conurrencia” o “concurso de delitos”¹⁰. De éstas, la expresión más correcta parece ser “teoría de los concursos”, debido a que tanto en el concurso real como en el concurso aparente, no existe concurrencia. Explica MEZGER, al introducir el análisis del concurso, que “en tanto que en la participación interviene una pluralidad de personas en un solo hecho punible, en el concurso se mantiene la unidad de la persona del autor, pero existe o bien una pluralidad de enjuiciamientos jurídico-penales frente a un solo hecho punible del autor, o bien una pluralidad de

9 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. 2004. Lecciones en Derecho Penal Chileno: Parte General. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 445.

10 VELASQUEZ, Fernando. 2009. Derecho Penal: Parte General Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 1150

hechos punibles que esta sola persona ha cometido”¹¹.

El problema objeto de la teoría de los concursos, a juicio de SOLER es determinar cuándo ciertos hechos pueden calificarse como integrantes de un sólo delito y cuándo de varios¹². En principio, señalan POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, “un único delito se comete cuando se realiza una sola vez la descripción del tipo legal que lo sanciona penalmente, independiente del número de acciones en sentido natural realizadas por el autor (movimientos corporales dirigidos por la voluntad)”¹³; luego, para determinar en qué casos se está frente a una pluralidad de delitos, tanto la doctrina nacional como extranjera, han distinguido si existe unidad natural o jurídica de acción.

Se está frente a la “unidad natural”, según GARRIDO MONTT, cuando “la conducta está constituida objetivamente, en la materialidad, por varias actividades, que valoradas desde el propósito o finalidad del autor, conforman una sola acción”¹⁴; o como lo conceptualiza BACIGALUPO, “habrá una única acción cuando el hecho se presenta objetivamente como un plural pero desde

11 MEZGER, Edmund. 1958. Derecho Penal: Parte General (traducción 6ª edición alemana por Dr. Conrado A. Finzi). Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p. 325.

12 SOLER (1992), ob. cit., p.390.

13 POLITOFF et. al. (2004), ob. cit., p. 445.

14 GARRIDO MONTT, Mario. 2003. Derecho Penal: Parte General, Tomo II. 3ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 336.

un punto de vista valorativo, resulta ser una única acción a los ojos del autor”¹⁵. De acuerdo a este autor, la doctrina ha considerado que el criterio de la unidad natural es poco preciso y por tanto, inadecuado para el análisis de los concursos¹⁶.

Al respecto, VELASQUEZ complementa y critica la unidad de acción natural señalando que “se postula que se está enfrente a una acción en sentido jurídico-penal si distintos actos de carácter parcial están guiados por una voluntad unitaria y, desde la posición de un espectador desapasionado, aparecen conectados espacial y temporalmente”¹⁷. Propone el autor recién referido, un criterio ontológico-normativo según el cual se debe atender a un concepto finalista de acción en atención al tratamiento punitivo que recibe cada tipo penal. Concluye en este análisis que “el delito no es un mero acontecer físico, sino una actividad que debe ser valorada de acuerdo con las pautas

15BACIGALUPO, Enrique. 1996. Manual de Derecho Penal: Parte General (Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela). Tercera reimpresión. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis. p. 244. Añade, posteriormente otra definición de unidad natural de acción: “cuando se dé una conexión temporal y espacial estrecha de una serie de acciones u omisiones que fundamenten una vinculación de significado de tal naturaleza que también para la valoración jurídica sólo pueda aceptarse un único hecho punible, y esto aunque cada acto individualmente considerado realice por sí sólo el tipo de ilicitud y fundamente ya de esa manera el hecho punible”.

16 *Ibidem*, p. 245.

17 VELASQUEZ (tomo II), *ob. cit.*, p. 1154.

inspiradoras del orden jurídico en un contexto determinado”¹⁸.

GARRIDO MONTT, posteriormente, refiere la existencia de “unidad jurídica”, “cuando una serie de actos son valorados como una unidad por el respectivo tipo penal”¹⁹. BACIGALUPO, por su parte, señala que este criterio es percibido en casos de delitos compuestos de varios actos (delitos que se configuran con dos o más delitos autónomos), en aquellos tipos cuyo verbo rector engloba una pluralidad de actos (ya sea a través del texto legal o de su interpretación), y en los delitos permanentes²⁰.

Nuestro Código, en sus artículos 74²¹ y 75²² regula brevemente los casos

18 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1155. Más en detalle, expresa: “por ello, el número de movimientos realizados no tiene trascendencia, puesto que uno solo puede conformar una acción (una bofetada a alguien que rueda por el piso y sufre lesiones de consideración) o esta, como suele ocurrir, es producto de un número plural de ellos (por ejemplo un acceso carnal violento) a condición de que sean fruto de un plan común del autor acorde con la finalidad trazada.”

19 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 336.

20 BACIGALUPO, ob. cit., p. 245.

21 CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de Noviembre de 1874 (última modificación: 10 de junio 2015, Ley N°20.844). **ART. 74.** Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones. El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra penas de las comprendidas en la escala gradual número 1.

22 CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de Noviembre de 1874 (última modificación: 10 de junio 2015, Ley N°20.844). **ART. 75.** La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave.

de concurso de delitos, normas que son complementadas por el artículo 351²³ de nuestro Código Procesal Penal en lo referido a la reiteración de delitos de la misma especie.

Comparativamente, a diferencia de otros Códigos Penales como el argentino o el español, la regulación hecha por nuestro código parece muy escueta, pero al análisis comparado, se observa que contiene criterios similares para los concursos de delitos. Es posible observar, por ejemplo, que el Título IX del Libro I Código Penal Argentino trata de los “Concursos de Delitos”, abarcando desde el artículo 54 al artículo 58, inclusive. A pesar de que el tratamiento dado en el Código trasandino parece más extenso, en sus artículos encontramos normas similares a las contenidas en los artículos 74 y 75 de nuestro código. Otros códigos más recientes como el Código Penal de España, en sus artículos 73 a 78, o el de Perú, en sus artículos 48 a 51 efectivamente regulan con más detalle los concursos. Es común a ambos casos, que hacen distinción respecto a la aplicación de los concursos según la naturaleza del bien jurídico dañado.

Es un punto común a la legislación peruana, argentina y española, que ante un concurso de delitos, todas fijan un máximo de penalidad a la cual estará

²³ *Ibíd.* **ART. 351.** Reiteración de crímenes a simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena

sujeto el condenado, tema omitido en la legislación nacional.

Las normas recién citadas se verán con más detalle al analizar cada concurso.

2. Concurso Real o Material.

Se produce un **concurso real o material**, según GARRIDO MONTT, “cuando un mismo sujeto ha realizado dos o más acciones que constituyen, a su vez, uno o más delitos independientes no conectados entre sí y sin que en relación a ninguno se haya dictado sentencia condenatoria”²⁴; VELASQUEZ, por su parte, señala que “se presenta cuando hay una pluralidad de acciones independientes, susceptibles de ser encuadradas en uno o en varios tipos penales, realizadas por la misma persona, y que concurren para ser juzgadas en un mismo proceso”²⁵.

2.1. Elementos del concurso real.

Del concepto desarrollado por la doctrina y las distintas legislaciones se

²⁴ GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 344.

²⁵ VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1173.

desprenden 4 elementos necesarios para la configuración del concurso real: unidad de sujeto activo, pluralidad de hechos punibles o acciones, inexistencia de sentencia condenatoria previa o intermedia y ausencia de conexión entre los hechos.

2.1.1. Unidad de sujeto activo.

Por unidad de sujeto activo se ha entendido que los hechos punibles deben ser realizados por la misma persona, aún cuando le corresponda distintos grados de participación o actúe con otras personas en la comisión de los delitos, tal como refiere ETCHEBERRY, “No impide la existencia de un concurso material la circunstancia de que esta persona haya actuado en diferentes calidades en los sucesivos hechos: autor en uno, cómplice en otro; o que haya actuado solo en un hecho y con copartícipes en otros”²⁶.

La amplitud inicial de este requisito puede resultar problemática a la hora de determinar la autoría y participación en casos especiales, particularmente, como se verá más adelante, cuando existe un exceso por parte de uno de los sujetos activos. VELASQUEZ, señala, a propósito del crimen organizado: “en

²⁶ ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 115.

los casos de delincuencia organizada no es sencillo delimitar las conductas desplegadas por los diversos agentes, pero ello no significa que el concurso punible predicable de uno de los integrantes deba imputarse también a todos, porque equivaldría a confundir dos planos distintos de análisis: el del concurso material y el del concurso de personas en el delito”²⁷.

En definitiva, será tarea del Juez determinar caso a caso la vinculación del concurso de delitos y del concurso de personas cuando sean varios los sujetos activos.

2.1.2. Pluralidad de hechos.

La pluralidad de hechos o acciones refiere a que se debe tratar de una multiplicidad de hechos, sean de la misma o de distinta especie, de igual o distinta gravedad²⁸, cada uno de ellos delictivo en sí y punible aisladamente²⁹.

En este presupuesto, SOLER, distingue el concurso real simultáneo, si en una acción se realizan varios hechos subjetivamente independientes; del

27 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1175.

28 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 344.

29 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 116.

concurso real sucesivo, referidos a hechos cometidos por el mismo sujeto³⁰. ETCHEBERRY, por su parte, distingue los delitos acumulados (aquellos de distinta especie), de los delitos reiterados (aquellos de la misma especie)³¹.

Esta distinción resulta útil para la aplicación del artículo 351 de nuestro Código Procesal Penal, el cual sustrae a los delitos reiterados de la aplicación del artículo 74 de nuestro Código Penal, tratándolos como un solo delito cuya pena se aumenta en uno o dos grados, con la salvedad de aquellas infracciones que por su naturaleza no puedan considerarse como un solo delito o que la aplicación del artículo 74 imponga una pena menor al autor. Normas similares se encuentran en el artículo 74 N°1³² del Código Penal español, disposición que engloba a los delitos reiterados de la misma naturaleza junto a los delitos continuados.

30 SOLER (1992), ob. cit., p. 361.

31 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 117. Señala el autor que “se entenderán por delitos de la misma especie aquellos que estén penados en el mismo título del Código Penal o ley que los castiga. No se dice, en cambio, cuándo los delitos pueden considerarse como uno solo. Ello sucederá cuando los resultados de los diferentes delitos presenten un carácter homogéneo, y pudieran concebirse idealmente como uno solo.

32 ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 1995. Código Penal, 23 de Noviembre de 1995 (última modificación: 31 marzo del 2015, BOE-A-2015-3439). **ART. 74.** 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

Cabe mencionar que, tal como señala VELASQUEZ³³, la pluralidad de acciones no es sinónima, necesariamente, de pluralidad de resultado.

2.1.3. Ausencia de sentencia condenatoria previa o intermedia.

La doctrina nacional, unánimemente ha considerado que el texto del artículo 74, al establecer una acumulación de las penas, excluye a aquellas sentencias en las que ya se ha aplicado una pena. Explica ETCHEBERRY que si se intentara acumular a una pena ya establecida, “la nueva pena podría, si se prescindiera de la sentencia anterior, violar el principio de *non bis in idem*”³⁴, pero agrega que “si la sentencia no está ejecutoriada, aún es posible la acumulación, pues aquella no puede todavía producir efectos, y en consecuencia, no impide la existencia del concurso material”³⁵. Por esto, GARRIDO MONTT señala brevemente que “ninguna de las diversas conductas delictivas debe haber sido objeto de sentencia condenatoria firme”³⁶.

33 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1174. Ejemplifica el autor que asociar la pluralidad de acciones con pluralidad de resultados implicaría que “quien con una granada mata a cinco personas realizaría un concurso material homogéneo de homicidios; por supuesto, semejante punto de partida debe ser rechazado”

34 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 116.

35 *Ibidem*.

36 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 345.

Señala la doctrina, que el objeto de este requisito es establecer un límite entre el concurso real y la reincidencia, caracterizada esta última por ser agravante de la responsabilidad criminal, según lo establece el artículo 12 de nuestro Código Penal, en sus numerales 15³⁷ (“reincidencia general”) y 16 (“reincidencia específica”)³⁸. En la reincidencia, tal como el texto legal lo señala, se requiere que el culpable haya sido condenado, y no necesariamente que haya cumplido la condena; por esto, GARRIDO MONTT³⁹ distingue entre la reincidencia propia (si la condena se ha cumplido) y la reincidencia impropia (si no se ha cumplido la sanción).

No obstante lo ya señalado, tal como advierte VELASQUEZ, en algunas legislaciones se contempla la figura del concurso material posterior, respecto a infracciones anteriores a la sentencia condenatoria. Señala el autor que “de esta manera se impide, entonces, que penas impuestas en procesos independientes se acumulen aritméticamente, más allá del beneficio punitivo que reporta para el agente el ser juzgado por los diversos comportamientos

37 CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de Noviembre de 1874 (última modificación: 10 de junio 2015, Ley N°20.844). **ART. 12.-** Son circunstancias agravantes: 15. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena.

38 *Ibidem*. **ART. 12.-** Son circunstancias agravantes: 16. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie.

39 GARRIDO MONTT (2003), *ob. cit.*, p. 345

llevados a cabo antes del momento de dictar sentencia”⁴⁰; un ejemplo de esto es el artículo 51⁴¹ del Código Penal peruano, que establece el “concurso real retrospectivo”.

2.1.4. Ausencia de conexión entre los hechos.

Además de requerirse una pluralidad de hechos punibles, es necesario que éstos sean independientes entre sí, tal como fue referido en el punto anterior al señalar que cada uno de ellos sea delictivo en sí y punible de manera independiente, a lo que GARRIDO MONTT complementa al decir que debe ser “constitutiva cada una de un delito independiente, no conectados material ni jurídicamente, ni en relación de continuidad”⁴².

2.2. Tratamiento penal del concurso real.

40 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1175-1176.

41 PERÚ. Ministerio de Justicia. 1991. Código Penal, 08 de abril de 1991 (última modificación 08 de julio 2014, Ley N°30.219). **ART. 51.- Concurso real retrospectivo.** Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito.

42 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 344.

El concurso real, está regulado en el artículo 74 de nuestro Código Penal, que establece una regla general al mencionar que “al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones”. Normas similares se encuentran en la legislación extranjera, como el artículo 73⁴³ del Código Penal Español, los artículos 55⁴⁴ y 56⁴⁵ del Código Penal Argentino, los artículos 50⁴⁶ y 50-A⁴⁷ del Código Penal Peruano.

43 ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 1995. Código Penal, 23 de Noviembre de 1995 (última modificación: 31 marzo de 2015, BOE-A-2015-3439). **ART. 73.** Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

44 ARGENTINA. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 1985. Código Penal, 21 enero de 1985 (última modificación 10 de junio de 2015, Ley N°27.147). **ART. 55.-** Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.

45 *Ibidem*. **ART. 56.-** Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor. Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua. La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero.

46 PERÚ. Ministerio de Justicia. 1991. Código Penal, 08 de abril de 1991 (última modificación 08 de julio 2014, Ley N°30.219). **ART. 50.- Concurso real de delitos.** Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.

47 *Ibidem*. **ART. 50-A.- Concurso real de faltas.** Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado.

Por tratarse de un criterio cuyo objeto e importancia radican en la determinación y aplicación de las sanciones penales⁴⁸, señalan POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, que el concurso real “es operativo únicamente cuando se imponen penas que en efecto puedan cumplirse simultáneamente”⁴⁹, y que tratándose de penas privativas de libertad, deben cumplirse en forma sucesiva, principiando por la más grave; pero la doctrina no es pacífica en este aspecto y ha desarrollado una serie de sistemas o criterios para determinar el correcto cálculo de la pena en un concurso real.

2.2.1. Sistema de la acumulación material o aritmética.

De acuerdo a este criterio, “las distintas sanciones que corresponden a cada uno de los diferentes delitos deben ser aplicadas todas, unas a continuación de las otras”⁵⁰, y corresponde a la norma general establecida en el artículo 74 de nuestro Código Penal, tal como lo explican POLITOFF, MATUS y

48 BACIGALUPO, ob. cit., p. 250, señala que “el problema principal que ofrece el concurso real es la determinación de la pena aplicable”; SOLER (1992), ob. cit., p. 362, considera que “la teoría del concurso real solamente presenta interés en cuanto a la forma en que corresponde aplicar las sanciones, ya que puede suceder que las penas corresponden a los distintos delitos sean penas de la misma especie o de especies diferentes”.

49 POLITOFF et. al. (2004), ob. cit., pp. 449-450, “Penas que se pueden cumplir simultáneamente serían aquellas privativas de libertad (presidio, reclusión o prisión), en conjunto con pecuniarias (multa, comiso) o privativas de derechos (inhabilidades)”.

50 SOLER (1992), ob. cit., p. 362.

RAMIREZ⁵¹, GARRIDO MONTT⁵² y otros.

SOLER⁵³ critica este sistema por considerar que en algunas ocasiones no es posible aplicar todas las penas ni resulta adecuado psicológicamente para el condenado.

2.2.2. Sistema de la acumulación jurídica o asperación.

Tal como señala SOLER, este criterio “procede sumando las penas, pero consintiendo una reducción proporcional de ellas, y fijando límites máximos que no se pueden exceder”⁵⁴. Explica este autor que la responsabilidad de los delitos es una sola, y por esta razón la penalidad debe ser única: “esa pluralidad sólo constituye un aumento de la responsabilidad única e inescindible del reo, y por eso, la pena debe ser progresiva también, pero única”⁵⁵.

51 POLITOFF et. al. (2004), ob. cit., pp. 449-450

52 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 345.

53 SOLER (1992), ob. cit., p. 362, señala, más en detalle, que “este procedimiento ni es físicamente posible a veces, ni psicológicamente adecuado. La imposibilidad física se pone de manifiesto en los casos de pena de muerte o cuando corresponden varias condenas de larga duración, que exceden en conjunto la vida de un hombre.” Más adelante, reitera la idea al mencionar que “cabe aún observar que la simple suma de penas privativas de libertad puede llegar a cantidades tan desproporcionadas con la duración de la vida de un hombre, que entrañan una especie de hipócrita imposición de penas perpetuas”.

54 SOLER (1992), ob. cit., p. 363.

55 *Ibidem*, p. 364.

Esta regla está contenida en el artículo 351 de nuestro Código Procesal Penal, aplicable a la reiteración de delitos de la misma especie.

2.2.3. Sistema de la absorción.

De acuerdo a este criterio, la pena del delito más grave absorbe a la pena del delito menor, por lo cual debe aplicarse sólo la del hecho más grave como sanción única⁵⁶. De acuerdo a SOLER⁵⁷, se debe aplicar la pena del delito de mayor gravedad y considerar los delitos menores como circunstancias agravantes, bajo el riesgo de resultar en una penalidad insuficiente.

Este principio, según lo analiza GARRIDO MONTT⁵⁸, se aplica en el concurso medial, tal como se verá más adelante.

3. Concurso Ideal o formal.

Existe concurso ideal, en palabras de GARRIDO MONTT cuando “una acción o un conjunto de acciones unitariamente consideradas cumplen las

56 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 346.

57 SOLER (1992), ob. cit., p. 363

58 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 346.

exigencias de dos o más figuras penales“, o si “una acción única da lugar a más de un delito de igual naturaleza, al mismo tiempo”⁵⁹. VELASQUEZ, por su parte, considera que “hay concurso ideal o formal cuando una acción se adecua a varias figuras típicas que no se excluyen entre sí (...) y que son aplicables entre sí”⁶⁰.

3.1 Clasificación

A partir de las definiciones recién señaladas, la doctrina considera que existen dos tipos de concurso ideal: homogéneo y heterogéneo.

3.1.1 Concurso ideal homogéneo

Es aquel en que la acción es comprendida dentro de dos o más tipos penales de la misma especie, o se trata del mismo tipo penal⁶¹. La doctrina discute acerca de la naturaleza de este concurso, estimando GARRIDO MONTT que “esta clase de concurso no es ideal, sino material o real (...) si bien

59 *Ibíd*em, pp. 347-348.

60 VELASQUEZ (tomo II), *ob. cit.*, p. 1183.

61 POLITOFF et. al. (2004), *ob. cit.*, p. 447.

el acto material es único, normativamente hay varias acciones típicas”⁶², a lo cual el mismo autor señala dos razones: en primer lugar, el concurso ideal homogéneo se presenta respecto a lesiones de bienes jurídicos de un sólo sujeto pasivo, generalmente personalísimos, por lo que existen tantas acciones como finalidades típicas y afectaciones existan⁶³; y, en segundo lugar, el artículo 75 de nuestro Código Penal parte del supuesto que existen delitos de diversa gravedad y no dos delitos iguales.

VELASQUEZ⁶⁴, explica que existen tres variantes posibles de concurso ideal homogéneo: en primer lugar, una acción que lesiona varios bienes jurídicos; en segundo lugar, una acción que produce un resultado previsto en otro tipo penal; y en tercer lugar, una acción vulnera dos tipos que son delitos de mera acción.

3.1.2 Concurso ideal heterogéneo

Es aquel que “la acción única o las acciones unitariamente consideradas

62 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 348.

63 *Ibidem*. El autor analiza delitos que afectan bienes personalísimos, como el homicidio. En este sentido, señala: “Si la conducta delictiva va dirigida a provocar la muerte (o lesión, o deshonor), no de una, sino de dos o más personas, jurídicamente no hay una sola acción, hay tantas como finalidades de provocar esos efectos concurren o impulsan esa conducta”

64 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1187.

configuran al mismo tiempo dos o más delitos de distinta clase o naturaleza”⁶⁵, aunque otra parte de la doctrina lo define simplemente como “el que se produciría cuando los tipos penales concurrentes son diferentes”⁶⁶. Más en detalle, VELASQUEZ⁶⁷ señala dos hipótesis de concurso ideal heterogéneo: en primer lugar, una acción que daña el mismo tipo penal respecto a varios sujetos pasivos; y en segundo lugar, una acción que vulnera un bien jurídico colectivo.

3.2 Elementos

Los elementos que configuran el concurso ideal de delitos son: la unidad de hecho o acción, la unidad de sujeto activo, y la pluralidad de valoración jurídica.

3.2.1. Unidad de acción o hecho.

A diferencia del concurso real, en el cual se requiere una pluralidad de hechos, la doctrina ha considerado que para estar frente a un concurso ideal se

65 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 349.

66 POLITOFF et. al. (2004), ob. cit., p. 447.

67 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1187.

requiere unidad de hecho o acción. Explica, en este sentido, ETCHEBERRY⁶⁸ que el concepto de hecho es más amplio que el de acción, “pues no sólo incluye el comportamiento externo dirigido por la voluntad finalista, sino que incluye todo aquello que cae bajo la descripción típica”. El mismo autor refiere, posteriormente, que el problema radica en determinar cuándo un hecho o acción es considerada como “única”.

GARRIDO MONTT señala que “en el concurso ideal existen dos o más finalidades perfectamente diferenciables, las cuales, si bien se manifiestan externamente con apariencia unitaria, en realidad dan vida a distintas acciones”⁶⁹; y complementa al señalar que “se trata de varias acciones, cuya forma de exteriorización y concreción es única, lo que no afecta a sus particulares e independientes identidades”. Para clarificar un poco la discusión, VELASQUEZ señala que “pese a que debe tratarse de una única acción, puede ocurrir que ella esté integrada por varios actos conformadores del proceso

68 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 119, señala en detalle: “Así considerados los conceptos, tenemos que un hecho supone necesariamente, como su núcleo central, una acción humana (no hay descripción típica sin acción), pero ella aparece complementada por numerosos factores, anteriores, coetáneos y posteriores, que no le pertenecen, pero que integran siempre el hecho. Esto es lo que posibilita una múltiple valoración jurídica penal, según más adelante se señala, pues si **hecho** y **acción** fueran sinónimos, nunca un sólo hecho podría ser más de un delito, ya que no es posible que dos figuras legales **distintas** contemplen una misma acción, idéntica, sin ningún rasgo diferenciador. El concepto de **hecho**, en consecuencia, es más amplio”.

69 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 350.

ejecutivo de los tipos penales que concurren idealmente”⁷⁰; pero como señala ETCHEBERRY, la razón para el tratamiento que da el Código Penal al concurso ideal, al señalar que los hechos son “indivisibles en su realidad”⁷¹ y el delincuente ha desobedecido la norma en un solo momento, existiendo cierta coincidencia temporal que permite establecerla unidad de acción⁷². Finalmente, resulta útil para cerrar este análisis, la opinión de GARRIDO MONTT, quien señala que “tratándose de acciones indivisibles, su penalidad debe ser única, en la misma forma que se procede con el delito necesario para cometer otro a que alude el art. 75”⁷³.

3.2.2 Unidad de sujeto activo.

Al igual que en el concurso real, se requiere que los hechos sean realizados por un mismo sujeto activo, en los mismos términos que ya fue explicado. Al respecto, VELASQUEZ señala que “no es concebible esta figura si llegare a mediar una pluralidad de agentes; como es de suponer, ello no significa que varias personas no puedan realizar de consuno un concurso ideal,

70 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1185.

71 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 120.

72 Ibídem, p. 121.

73 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 350

(...) o que se pueda participar en él”⁷⁴.

3.2.3. Pluralidad de valoración jurídica.

Tal como lo señala el texto del artículo 75 de nuestro Código Penal, debe tratarse de un sólo hecho que constituya dos o más delitos, o como menciona GARRIDO MONTT, “debe ser objeto de valoración jurídica múltiple, de encuadrarse al mismo tiempo en diversos tipos penales o en un mismo tipo más de una vez”⁷⁵, y complementa luego señalando que “los diversos tipos en que se encuadra la acción no deben rechazarse entre sí, uno no descarte o margina al otro”.

El problema, añade ETCHEBERRY⁷⁶, radica en determinar si efectivamente se trata de varios delitos o sólo es un delito cuya valoración es múltiple; la importancia práctica de esta discusión radica en la valoración de la pena que deberá hacer el juez al momento de la sentencia, pronunciándose sobre todos y cada uno de ellos, ya que en caso contrario, podría tratarse sólo de un concurso aparente de leyes penales.

74 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1187.

75 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 350.

76 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 121.

3.3. Tratamiento penal del concurso ideal, y sus consecuencias.

Al concurso ideal se refiere el artículo 75 de nuestro Código Penal cuando señala que la disposición del artículo 74 (concurso real) “no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos”; señala dicho artículo, en su inciso segundo, que “sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave”. Disposiciones similares también se pueden encontrar en otros códigos penales, como el artículo 77⁷⁷ del Código Penal español, el artículo 54⁷⁸ del Código Penal argentino, el artículo 48⁷⁹ del Código Penal peruano, entre otros. En este sentido, al concurso ideal se le aplica el sistema de absorción de la pena, ya analizado en el concurso real.

77 ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 1995. Código Penal, 23 de Noviembre de 1995 (última modificación: 31 marzo de 2015, BOE-A-2015-3439). **ART. 77. 1.** Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. **2.** En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. **3.** Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

78 ARGENTINA. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 1985. Código Penal, 21 enero de 1985 (última modificación 10 de junio de 2015, Ley N°27.147). **ART. 54.-** Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

79 PERÚ. Ministerio de Justicia. 1991. Código Penal, 08 de abril de 1991 (última modificación 08 de julio 2014, Ley N°30.219). **ART. 48.- Concurso ideal de delitos.** Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.

Una vez determinada la pena, BACIGALUPO⁸⁰ distingue dos efectos del concurso ideal: función de clausura y efecto de cosa juzgada.

Respecto a la función de clausura, refiere que “el autor no puede ser sancionado a una pena menos grave que la que le hubiera correspondido si hubiere violado sólo una ley penal”⁸¹; y respecto al efecto de cosa juzgada, considera que se produce para todas las violaciones penales que concurren idealmente, al aplicar la pena más grave.

4. Concurso Medial o Ideal Impropio.

El concurso medial o concurso ideal impropio es referido por el artículo 75 al mencionar dentro de los casos de excepción del artículo 74, “cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer otro”. Este concurso es explicado por la doctrina como “un concurso real donde uno de los delitos cometidos sea el medio 'necesario' para cometer el otro”⁸². En estos casos, señala el autor, la doctrina mayoritaria opta por entender la “necesidad” caso a caso, apreciando todas las condiciones de los tipos penales involucrados, vinculados por la

80 BACIGALUPO, ob. cit., p. 250.

81 Ibídem.

82 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 347; POLITOFF et. al., ob. cit., p. 448.

voluntad delictiva del autor, denominada “conexión ideológica”. JOSHI profundiza el análisis del “medio necesario” considerando que “medio” no necesariamente es sinónimo de instrumento, sino que también puede referirse a la forma⁸³; y que “necesario” no implica una necesidad lógica o causal, sino precisión, la que se dará en dos casos: en primer lugar, cuando uno de los delitos constituye una forma precisa para realizar el otro, o, en segundo lugar, cuando de acuerdo con el plan delictivo, no se puede realizar el delito querido sin realizar el otro delito menor⁸⁴.

La norma contenida en el artículo 75 contempla expresamente que en estos casos, se ha de imponer sólo la pena correspondiente al delito de mayor gravedad, absorbiéndose la pena que corresponde al delito de menor gravedad. Normas similares se encuentran en cuerpos normativos criminales de otros países, como el artículo 77.1⁸⁵ del Código Penal de España.

83 JOSHI, Ujala. 1992. Unidad de hecho y concurso medial de delitos. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 45(2): pp. 613-636. p. 635. La autora explica que “desde esta perspectiva, se pone el acento en el acontecer objetivo y no en la preordenación, de carácter esencialmente subjetivo”.

84 *Ibíd.*

85 ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 1995. Código Penal, 23 de Noviembre de 1995 (última modificación: 31 marzo de 2015, BOE-A-2015-3439). **ART. 77. 1.** Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

5. Concurso Aparente de Leyes

En esta figura, a diferencia de los otros concursos, no se encuentra regulada expresamente en nuestro Código Penal y la doctrina, de manera unánime considera que no se trata de un concurso propiamente tal, sino sólo de un problema de interpretación de la norma penal. GARRIDO MONTT señala que el concurso aparente “son hipótesis en las cuales un hecho delictivo, aparentemente, podría adecuarse en distintas figuras penales, pero que en realidad, atendida la naturaleza de su injusto, lo es en una sola de ellas, quedando las demás totalmente desplazadas”⁸⁶; mientras que BACIGALUPO establece que existe concurso aparente “cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una lesión a la ley penal”⁸⁷. Se trataría entonces, de un problema de interpretación de normas, que presenta algunas similitudes con los concursos de delitos⁸⁸, en la cual a un mismo hecho, aparentemente se le pueden aplicar dos o más tipos penales pero en realidad un tipo excluye al resto; y no, de un problema de determinación de tipo y/o aplicación de la pena, como lo son el resto de los concursos; tal como lo analiza MEZGER, “no es, en el fondo, un verdadero

86 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 351.

87 BACIGALUPO, ob. cit., p. 239.

88 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 122.

concurso de leyes, puesto que las leyes que aparentemente concurren, no aparecen reunidas en una relación de “concurso (competencia)”, sino que quedan excluidas de antemano las que no armonizan con ellas (...) varias leyes se ajustan aparentemente al caso concreto, pero se excluyen entre sí por motivos jurídicos”⁸⁹.

5.1. Elementos del concurso aparente.

Realizando un análisis más detallado, VELASQUEZ⁹⁰ refiere los siguientes elementos constitutivos del concurso aparente: unidad de sujeto activo, unidad de acción y pluralidad (aparente) de tipos.

5.1.1. Unidad de sujeto activo.

Al igual que en el resto de los concursos analizados, aunque el concurso aparente no se trate de una concurrencia propiamente tal, se requiere que el agente sea uno solo⁹¹, porque, tal como se ha señalado, en definitiva, el

89 MEZGER, ob. cit., p. 345.

90 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1177.

91 *Ibidem*, p. 1178.

concurso aparente se solucionará como un caso de tipicidad única.

5.1.2. Unidad de acción.

El concurso aparente requiere unidad de hecho o acción, la cual en principio podría encuadrarse dentro de dos o más tipos, pero que en definitiva recibirá una sanción única. VELASQUEZ hace presente que “no es posible hablar de concurso aparente cuando concurren en potencia diversas conductas, para configurar un supuesto concurso material aparente”⁹².

5.1.3. Pluralidad (aparente) de tipos.

En principio, al analizar el concurso aparente, encontramos que un mismo hecho parece encuadrarse en dos o más tipos penales. Pero esta pluralidad es solo aparente, porque la aplicación de un delito excluye al resto (unidad de valoración jurídica), por tratarse, como ya se explicó, sólo de un problema de interpretación de la ley.

92 *Ibidem*, p. 1177.

5.2. Comparación.

5.2.1. Concurso real – concurso aparente.

En primer lugar, el concurso aparente se diferencia del concurso real en que este último -como ya fue explicado- consiste en la ejecución de varias acciones típicas (pluralidad de hechos) inconexas, ejecutadas por un único sujeto activo y que reciben distintos reproches penales; mientras que en el concurso aparente existe un único hecho delictivo⁹³, el cual podría encuadrarse en una o más normas penales, pero que en definitiva, debe recibir sólo una sanción.

Del mismo modo, otra diferencia observable, referida a la valoración de los tipos penales, es que las distintas conductas del concurso real tienen, a la vez, distinta tipicidad, la cual no se excluye entre sí, sino que coexisten, a diferencia del concurso aparente, en el cual un tipo penal excluye al resto⁹⁴.

5.2.2. Concurso ideal – concurso aparente.

93 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 351.

94 *Ibidem*.

El concurso aparente, aunque guarda cierta similitud con el concurso ideal por cuanto ambas figuras se basan en la unidad de hecho o acción, pero al igual que en el concurso real, la pluralidad de valoración en el concurso ideal permite que las distintas tipicidades coexistan, a diferencia del concurso aparente, en el cual, como ya se mencionó, se excluyen.

5.2.3. Concurso medial – concurso aparente.

Aunque guardan algunas similitudes, el concurso aparente resulta una figura distinta al concurso medial, debido a que en este último, el autor recibe sólo un reproche por dos delitos (pluralidad de valoración jurídica), debido a que uno de ellos es considerado medio necesario para cometer el otro, situación que no se presenta en el concurso aparente, por tratarse de un sólo hecho que en definitiva recibirá una única valoración.

5.3. Principios

Para determinar qué tipo penal es aplicable a la conducta objeto del concurso aparente, la doctrina, de manera unánime ha establecido una serie de criterios:

5.3.1. Principio de especialidad.

De acuerdo al principio de especialidad, si dos normas pueden aplicarse a una misma situación fáctica, se aplicará aquella que regule el hecho de forma especial por sobre aquella que lo regule en forma general, o como señala BACIGALUPO: “un tipo penal tenga todos los elementos de otro pero, además, algún elemento que demuestra un fundamento especial de la punibilidad”⁹⁵; explica GARRIDO MONTT que “debe existir una relación de género a especie, que naturalmente impide que puedan concurrir a un mismo hecho coetáneamente”⁹⁶.

POLITOFF, MATUS y RAMIREZ distinguen dos casos: la especialidad por extensión o adición, y la especialidad por comprensión o especificación. El primer caso, ocurre cuando “en la descripción del supuesto de hecho de uno de ellos, el especial, se contienen todos los elementos del otro, el general, más

95 BACIGALUPO, ob. cit., p. 240.

96 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 351. Además, el autor ejemplifica: “Esta clase de relación se produce entre los delitos calificados (parricidio) y su delito base (homicidio). En la muerte dolosa causada a un pariente, el tipo parricidio debe preferir al homicidio por ser aquel una figura especial que se refiere precisamente a ese caso. Se observa algo análogo en la estafa (que es causar un perjuicio a terceros empleando engaño) con respecto al delito de uso malicioso de instrumento privado falso que afecta la fe pública y está tratado en párrafo diverso al de la estafa”.

uno o varios otros especializantes”⁹⁷; mientras que el segundo caso ocurre “cuando la descripción de uno o varios elementos del supuesto de hecho de la ley especial, suponen conceptual y necesariamente la de todos los de la ley general, porque es una parte de un todo o una especie de género conceptual”⁹⁸.

Este principio, aunque no está señalado expresamente en el Código Penal, sí encuentra asidero en el artículo 4⁹⁹ de nuestro Código Civil, y de acuerdo a la doctrina, por tratarse de reglas de lógica, regiría aunque no tuviera consagración expresa.

5.3.2. Principio de consunción.

El principio de consunción establece que en determinadas ocasiones, la ley al tipificar una conducta, puede contemplar otras acciones típicas, las cuales se entienden incluidas en él. ETCHEBERRY lo explica señalando que “cuando la ley, al establecer la penalidad de una figura delictiva, ya ha tomado en consideración la gravedad (o “desvalor”) de otras conductas, también punibles,

97 POLITOFF et. al. (2004), ob. cit., p. 458.

98 Ibídem.

99 CHILE. Ministerio de Justicia. 1855. Código Civil, 14 de diciembre de 1855 (última modificación 21 de abril del 2015, Ley N°20.830). **ART. 4.** Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código.

que la acompañan ordinariamente (...) debe aplicarse solamente la disposición que contempla la infracción principal, y las que sancionarían esas otras conductas accesorias desaparecen, se “consumen” en la infracción principal”¹⁰⁰.

Profundizando un poco el análisis, la doctrina identifica tres casos de consunción y fija ciertos límites para la aplicación de este principio: los actos copenados anteriores, los actos copenados posteriores y el hecho acompañante.

5.3.2.1. Los actos copenados anteriores.

Tanto ETCHEBERRY¹⁰¹ como POLITOFF, MATUS y RAMIREZ¹⁰² señalan algunos casos de consunción dentro de los actos anteriores copenados:

1º los grados de participación más importantes absorben a los menos importantes¹⁰³;

2º las etapas más avanzadas del *iter críminis* absorben a las anteriores y

100 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 123.

101 *Ibidem*, pp. 126-127.

102 POLITOFF et. al. (2004), ob. cit., p. 463.

103 Por ejemplo, el paso de complicidad a autoría, o de inductor a autor.

a las imperfectas, siempre que exista una única voluntad criminal;

3º los delitos de lesiones o daños consumen a los delitos de peligro (exceptuando disposición en contrario o la subsistencia de peligro general);

4º las formas más graves de delito absorben a las menos graves, si estas atentan contra el mismo titular del bien jurídico (progresión jurídica);

5º aquellos hechos que son dependientes de otros son consumidos por el principal del cual dependen (siempre que se trate de un hecho que es medio ordinario para la comisión del otro, sea una ofensa de menor categoría y constituya antecedente o consecuencia ordinaria del delito principal)¹⁰⁴.

5.3.2.2. Los actos copenados posteriores.

Los actos copenados posteriores son conceptualizados por BACIGALUPO como “los que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida

104 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 127. Explica el autor: “esta última situación corresponde a lo que los alemanes llaman “actos anteriores y posteriores impunes”; ejemplos de tales casos son el encierro de un morador de la casa para robar (el secuestro es un acto anterior impune) o el entierro del cadáver de la víctima de un homicidio para impedir que sea descubierto (la inhumación ilegal es un acto posterior impune). Este principio no se aplica, sin embargo, cuando la infracción dependiente resulta con mayor pena, considerada aisladamente, que la infracción principal (...) en tal caso se penará como concurso de delitos”.

delictivamente”¹⁰⁵, y será absorbida por el tipo principal sólo cuando el bien jurídico lesionado sea el mismo y la magnitud de la lesión no supere el daño del tipo principal¹⁰⁶ ni genere un nuevo daño¹⁰⁷.

POLITOFF, MATUS y RAMIREZ¹⁰⁸ señalan tres casos de actos posteriores copenados:

1º el aprovechamiento o destrucción de los efectos del delito

2º el agotamiento del delito

3º los actos de encubrimiento

5.3.2.3. Los hechos acompañantes.

Los hechos acompañantes son explicados por VELASQUEZ como aquellos hechos que acompañan la descripción típica y que independientemente considerados podrían ser penados, pero con un nivel de

105 BACIGALUPO, ob. cit., p. 242.

106 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1180. El autor ejemplifica: “así sucede, por ejemplo, si el hurtador daña la cosa sustraída”; pero luego ejemplifica un caso de no consunción: “si el hurtador decide vender la cosa a un tercero, quien la compra de buena fe en la creencia lícita de su procedencia (estafa), no se trata de un acto copenado posterior sino de la realización de una nueva figura típica que no queda consumida en la primera”.

107 BACIGALUPO, ob. cit., p. 243.

108 POLITOFF et. al. (2004), ob. cit., p. 464.

gravedad muy inferior al hecho principal¹⁰⁹, pero la absorción en estos casos debiera ser analizada caso a caso. POLITOFF, MATUS y RAMIREZ señalan dos casos:

1º diversas formas de participación en el delito, de forma simultánea a la ejecución material

2º hechos de escaso valor criminal

5.3.3. Principio de subsidiariedad.

Este principio, señala la doctrina, “se refiere a aquellos casos en que una ley, expresa o tácitamente, dispone que corresponde aplicarla exclusivamente cuando no hay otra norma referente al caso”¹¹⁰. En relación a esto, se distingue entre subsidiariedad expresa y subsidiariedad tácita¹¹¹; presentándose la

109 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1180. En estos casos se ejemplifica: “el hurto con violencia consume la coacción ejercida sobre la víctima; (...) el tipo de homicidio consume el de lesiones (...); quien realiza acto sexual violento y causa algunas escoriaciones a la víctima no realiza también uno de los tipos de lesiones personales, pues se trata de un rastro de violencia que es inherente a tal ilícito”. Concluye después que: “se puede verificar que en algunas de estas hipótesis el legislador se limita a dar aplicación al principio de la insignificancia, como manifestación de la adecuación social de las conductas y, por ende, asume que no hay imputación objetiva”.

110 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 353; BACIGALUPO, ob. cit., p. 240.

111 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1182. BACIGALUPO, ob. cit., p. 241.

primera, cuando existe una referencia en la norma que la ordena¹¹², y la segunda, cuando deben deducirse por vía interpretativa.

A juicio de ETCHEBERRY, resulta inútil y redundante la subsidiariedad expresa, ya sea porque podría tratarse de una aplicación expresa de especialidad o de consunción¹¹³; opinión que es compartida por POLITOFF, MATUS y RAMIREZ¹¹⁴, quienes consideran que igualmente existen casos que no pueden ser abarcados por dichos criterios.

La subsidiariedad tácita ha sido objeto de discusión doctrinaria. Así es como BACIGALUPO señala que “es preciso tener en cuenta que la relación entre un tipo penal y otro debe ser de tal naturaleza que la realización de ambos mediante una única acción no debería dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso ideal”¹¹⁵. La doctrina¹¹⁶ señala dos casos en que se produce subsidiariedad:

112 *Ibíd.*, p. 1182. Detalla el autor: “A tal efecto, el codificador suele acudir a cláusulas como estas: “siempre que el hecho no esté sancionado con pena mayor”, “a no ser que el hecho esté punido de otra manera en la ley” o semejantes, las que permiten al intérprete resolver el conflicto interpretativo”.

113 ETCHEBERRY (1998, tomo II), *ob. cit.*, pp. 127-128. Señala: “A nuestro juicio, si ya el principio de la especialidad determinaba la primacía de la segunda ley, la disposición expresa resulta redundante e inútil, y si el principio de la especialidad determinaba la prioridad de la primera ley, la declaración de subsidiariedad no es sino una disposición expresa de que debe darse preferencia al principio de consunción por encima del principio de especialidad en ese caso particular”.

114 POLITOFF et. al. (2004), *ob. cit.*, p. 464.

115 BACIGALUPO, *ob. cit.*, p. 241.

116 POLITOFF et. al. (2004), *ob. cit.*, p. 464; BACIGALUPO, *ob. cit.*, p. 241.

1º distintos delitos de un mismo tipo básico, en el cual uno de los tipos es una ampliación de la protección del mismo bien jurídico,

2º delitos progresivos, que mantienen una misma propiedad subjetiva u objetiva del hecho.

5.3.4. Principio de alternatividad o accesoriedad.

De acuerdo a este principio, si un mismo hecho se encuadra dentro de varios tipos distintos, todos con igual pena, puede aplicarse cualquiera de las normas y aquella que se aplica excluye al resto; tal como señala GARRIDO MONTT, “se plantea en situaciones que el legislador considera una misma conducta con criterios valorativos distintos, en más de una norma penal”¹¹⁷. ETCHEBERRY¹¹⁸, por su parte, aporta a la discusión señalando que este principio es útil cuando se está frente a delitos con pluralidad de hipótesis, distinguiendo entre figuras alternativas y figuras acumulativas. En el primer caso (alternativas), las hipótesis se presentan como matices de una misma idea; mientras que en el segundo (acumulativas), se plantean diferenciadas entre sí,

117 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 354.

118 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 128. El autor ejemplifica: “el que hiere y golpea (art. 397) no comete dos delitos sino uno solo: es indiferente golpear herir o hacer las dos cosas a la vez. Una y otra posibilidad son equivalentes y no aumentan el número de delitos”.

por lo que resulta más conveniente aplicar las reglas de los concursos de delitos por sobre las del concurso aparente, especialmente si son incompatibles entre sí.

Para determinar qué tipo debe aplicarse, VELASQUEZ señala que “se debe aplicar aquel de los dos [tipos penales] que cobije plenamente el hecho”¹¹⁹, mientras que GARRIDO MONTT¹²⁰ y POLITOFF, MATUS y RAMIREZ¹²¹ consideran que debe aplicarse el que establezca la pena mayor sin embargo, la doctrina considera que este principio ha ido cayendo en desuso por tratarse de un caso especial de consunción¹²² o porque se puede llegar a las mismas respuestas penales usando los principios de especialidad o consunción¹²³, pero VELASQUEZ reflexiona respecto al uso de este principio: “el legislador busca proteger el mismo bien jurídico pero con base a descripciones típicas distintas; en fin, se debe decir que este postulado es la cara opuesta del de especialidad”¹²⁴.

119 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1183.

120 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 354.

121 POLITOFF et. al. (2004), ob. cit., p. 461.

122 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 128.

123 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 354.

124 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1183.

6. Delito Continuado.

El delito continuado, llamado por algunos “concurso continuado”¹²⁵, es definido por VELASQUEZ como aquel en que “el agente realiza diversos actos parciales conectados entre sí por una relación de dependencia -nexo de continuación- u que infringen la misma disposición jurídica, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción final”¹²⁶; nos encontramos, así, frente a una pluralidad de actos homogéneos vinculados entre sí por una unidad jurídica de acción, que lesionan un mismo bien jurídico, o como lo señalan POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, “su presupuesto es la reiteración de varios hechos que, considerados separadamente, podrían estimarse constitutivos de varias realizaciones típicas del mismo delito, pero que por algún criterio externo, se consideran como unidad”¹²⁷.

El objeto de esta construcción doctrinaria, desde su nacimiento, es tratar de manera más benigna al delincuente, condenándolo por un sólo delito a pesar

125 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1158. El autor considera que dicha denominación es errada debido a que en los delitos continuados no existe concurrencia de tipos penales: “a esta figura se le conoce también con el nombre de “concurso continuado”, denominación a todas luces inapropiada pues en ella no concursa nada”.

126 Ibídem, p. 1161.

127 POLITOFF et. al. (2004), ob. cit., p. 453.

de haber cometido varias acciones que pueden ser castigadas de manera independiente, tal como se verá al momento de analizar el tratamiento penal del delito continuado.

La doctrina discute acerca de la naturaleza jurídica del delito continuado, tal como se explicará a continuación.

6.1. Teorías sobre la naturaleza jurídica del delito continuado.

Para lograr un mejor entendimiento de la figura del delito continuado, se hace necesario desarrollar muy brevemente las teorías doctrinarias acerca de la naturaleza jurídica del delito continuado:

6.1.1. Teoría de la ficción jurídica o clásica.

De acuerdo a esta teoría, el delito continuado es en realidad, un concurso real de delitos que en virtud de una ficción jurídica es tratado como un delito único, con el fin de obtener una condena menos gravosa para el autor¹²⁸. Se requiere que mediante una pluralidad de acciones homogéneas se ejecute

128 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1159.

una misma y única resolución¹²⁹.

6.1.2. Teoría de la realidad natural o realista.

Según la teoría realista, el delito continuado supone una unidad real de acción y no una ficción, como explica VELASQUEZ: “los diversos hechos o actos parciales obedezcan a una misma resolución de voluntad (unidad subjetiva) y produzcan una misma lesión jurídica (unidad objetiva)”¹³⁰.

6.1.3. Teoría de la realidad jurídica.

En una postura intermedia respecto a las dos anteriores, se aprecia al delito continuado como una creación jurídica, que unifica los diversos actos en virtud de una unidad jurídica de acción, considerando una única infracción penal¹³¹.

6.1.4. Teoría de la combinación.

129 SOLER (1992), ob. cit., p. 356

130 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1160.

131 *Ibíd.*

Esta teoría, de orientación más subjetiva, considera al delito continuado como una unidad de acción final y unidad de conducción, que descansa sobre la combinación de un dolo conjunto y un dolo de continuidad, respecto a los diversos hechos¹³².

Como ya se puede observar, a diferencia de las otras figuras concursales, que se configuran a través una serie de elementos objetivos, en el delito continuado se requiere además, la presencia de elementos subjetivos o internos. A continuación se analizarán los elementos que configuran un delito continuado.

6.2. Elementos objetivos del delito continuado.

Para estar frente a una hipótesis de delito continuado, se requiere la presencia de los siguientes elementos objetivos: unidad de sujeto activo, pluralidad de hechos o acciones, unidad normativa relativa, que los bienes afectados no sean personalísimos, y unidad o pluralidad de sujeto pasivo.

132 *Ibidem*.

6.2.1. Unidad de sujeto activo.

De manera similar al resto de los concursos ya analizados, en el delito continuado requiere que sujeto activo sea el mismo en todos los hechos, aunque esto no excluye la participación de otras personas en el delito. Explica VELASQUEZ, que “se requiere uniformidad del agente que ejecuta la conducta típica; naturalmente ello no significa que el actor sólo tenga que ser una persona, pues la conducta continuada puede ser obra de varias que, mancomunadamente, tengan esta calidad”¹³³.

Debido a la naturaleza de los delitos continuados, si interviene más de un individuo en el delito, es necesario que todos estén ligados por el nexo jurídico de continuidad y, a diferencia del resto de los concursos, no se puede establecer un delito continuado cuando se actúa con distintos grados de participación en los diversos hechos¹³⁴.

6.2.2. Pluralidad de hechos, unidad de acción.

Tal como ya se ha venido desarrollando a través de la conceptualización

133 *Ibidem*, p. 1164.

134 *Ibidem*.

del delito continuado, resulta evidente que otro de los elementos objetivos es la pluralidad de acciones o hechos homogéneos¹³⁵, las que deben estar conectadas entre sí por un nexo jurídico-fáctico, conformando una unidad de acción, según se explicará a continuación. Éste es un elemento esencial del delito continuado, como señala SERRANO, “esa pluralidad es el sustrato del mismo, pues de una acción u omisión no puede surgir el delito continuado; un solo hecho puede dar lugar a diversos resultados, y como consecuencia entrar en juego el concurso de delitos, pero nunca la figura del delito continuado”¹³⁶.

La doctrina ha estimado, de manera casi unánime que si bien debe existir una cierta conexión espacio-temporal entre los hechos delictivos, para diferenciar los actos, éstos deben tener cierta separación en el tiempo¹³⁷. El problema de esta separación temporal recae en determinar cuán separados deben presentarse los hechos, al respecto, GARRIDO MONTT observa que “la separación prolongada entre una acción u omisión y otra, margina la unidad de continuidad, principio que, en todo caso, debe ser apreciado prudencialmente”¹³⁸; y SOLER, critica la configuración de este elemento

135 SOLER (1992), ob. cit., p. 357.

136 SERRANO G., Alfonso. El delito continuado. Boletín Facultad de Derecho Universidad de Educación a Distancia (España). España, 13: pp. 17-27. p. 20.

137 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 111.

138 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 340.

señalando que “se deduce la inexactitud de la exigencia de unidad de tiempo en la continuación, pues ésta se presenta justamente cuando entre una acción y otra se produce una cesura, después de la cual la acción se repite”¹³⁹. Respecto al elemento espacio, señala SERRANO que si se rompe la relación espacio-temporal, se rompe la continuidad debido a que “no cabe hablar de un dolo unitario, sino de dolo renovado en cada una de las acciones delictivas”¹⁴⁰.

Se requiere, adicionalmente, que cada uno de los actos que son objeto del delito continuado, considerados de forma aislada, configuren un tipo penal; tal como lo señala ETCHEBERRY, “lo esencial es que cada uno de esos actos llene enteramente la descripción típica y sea antijurídico en sí mismo”¹⁴¹.

Dentro de esta pluralidad de actos, para configurar la unidad de acción, se requiere además, que los medios desplegados por el autor sean análogos entre sí¹⁴², y que se lleven a cabo en circunstancias similares o asimilables, es decir, que exista “identidad de ocasión”¹⁴³.

En definitiva, la apreciación de las circunstancias particulares de los

139 SOLER (1992), ob. cit., p. 357.

140 SERRANO, ob. cit., p. 22.

141 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 111.

142 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1169.

143 *Ibídem*.

hechos que conformarían una unidad de acción para el delito continuado, quedará a criterio del sentenciador, quien deberá estimar si encajan o no dentro del plan delictivo del autor¹⁴⁴.

6.2.3. Unidad normativa relativa (identidad de tipo).

BACIGALUPO introduce el análisis de este elemento mencionando que “los hechos individuales deben haber realizado el mismo tipo básico y haber lesionado el mismo bien jurídico”¹⁴⁵; esto conlleva que el atentado no necesariamente debe lesionar el mismo precepto penal exacto, sino que puede afectar distintos tipos que protejan el mismo bien jurídico o un mismo tipo en forma agravada o calificada¹⁴⁶. Es por las razones recién señaladas que VELASQUEZ, al estudiar este elemento, lo identifica como “unidad jurídica relativa”¹⁴⁷, poniendo como únicas condiciones, que el bien jurídico afectado sea el mismo, que obedezcan a una misma idea y que se lleven a cabo con una dinámica igual.

144 *Ibidem*, p. 1164.

145 BACIGALUPO, *ob. cit.*, p. 246; GARRIDO MONTT (2005), *ob. cit.*, p. 340. Este último autor señala que: “las distintas acciones u omisiones deben atentarse contra intereses jurídicos iguales o de la misma naturaleza”.

146 SERRANO, *ob. cit.*, p. 22.

147 VELASQUEZ (tomo II), *ob. cit.*, p. 1166.

Para ETCHEBERRY, esta unidad relativa es sinónimo de “homogeneidad”¹⁴⁸, que ha sido entendida como identidad máxima o restringida, según los requisitos de identidad que se plantean entre las acciones desplegadas. En definitiva, y tal como se mencionó en el párrafo anterior, el límite del delito continuado es el cambio de tipo rector del delito.

Finalmente, cabe mencionar que la doctrina mayoritaria, ha considerado que el grado de desarrollo del delito no influye en la aplicación del delito continuado¹⁴⁹, aunque como menciona SOLER, algunos autores consideran que no cabe la continuación en delitos con distinto grado de desarrollo por considerar que objetivamente la norma incriminadora es distinta, postura que es rechazada por el autor¹⁵⁰.

6.2.4. Exclusión de bienes jurídicos personalísimos.

No obstante lo señalado al desarrollar el requisito de unidad normativa relativa, tratándose de delitos que afectan bienes jurídicos personalísimos -vida, integridad física, autodeterminación sexual, etc.- la doctrina, de manera casi

148 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 111; SERRANO, ob. cit., p. 22.

149 BACIGALUPO, ob. cit., p. 246. “No afecta la continuación que alguno o algunos de los delitos individualmente considerados no hayan superado el estadio de la tentativa”.

150 SOLER (1992), ob. cit., p. 358.

unánime ha señalado que no procede aplicar los delitos continuados¹⁵¹. VELASQUEZ, nos habla de bienes jurídicos “altamente personales”¹⁵², entendiendo aquellos como los que comportan una afección directa al mantenimiento y desarrollo de la personalidad de otro.

Se han excluido estos bienes jurídicos, como explica GARRIDO MONTT, porque “la acción dirigida a atacar bienes de esa clase, junto con satisfacer el tipo respectivo, lo colman”¹⁵³; como consecuencia, frente a una multiplicidad de estos hechos, se deben aplicar otras normas concursales, como las del concurso real o el ideal homogéneo.

La doctrina, haciendo una excepción a esta exclusión, considera que se puede aplicar el delito continuado si el afectado por los diversos actos es el mismo sujeto pasivo¹⁵⁴, entendiendo por tal, aquel que sea el titular del bien jurídico protegido. No obstante esta apreciación hecha por la doctrina, en la práctica la jurisprudencia nacional reciente no ha aceptado la teoría del delito continuado cuando los bienes afectados son personalísimos y afectan al mismo

151 SERRANO, ob. cit., p. 22.

152 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1167.

153 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 340.

154 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 341; VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1167; BACIGALUPO, ob. cit., p. 247.

sujeto pasivo, señalando como argumentos comunes que esta doctrina no tiene regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico¹⁵⁵ y por tanto, carece de fuerza obligatoria¹⁵⁶. Siguiendo la misma orientación, el Ministerio Público, a través del oficio N° 160/2009, instruyó que en la persecución de delitos sexuales no se debe aplicar la doctrina del delito continuado¹⁵⁷.

155 Itma. C. A. Concepción. Rol N° 672-2007 (R.U.C. N° 0600693237-K). Sentencia del 25 enero 2008. Considerando cuarto. Trata de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del imputado contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción que estimó improcedente aplicar delito continuado a abusos sexuales reiterados contra menor de edad, lo cual es recurrido por la defensa. La Corte considera: “4. Que en torno al delito continuado es pertinente recordar que su existencia no se encuentra expresamente reconocida en nuestra legislación positiva y que es el fruto de la doctrina y jurisprudencia. Se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obtente (*sic*) lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas (Enrique Cury Urzúa, Derecho Penal, Editorial Jurídica, 1985, Tomo II, página 275). Sin embargo, el concepto de delito continuado, como se ha visto, no es una noción claramente definida ni regulada por la ley penal y, el reconocimiento de la doctrina y jurisprudencia, ha tenido, más bien, un afán meramente de política criminal, para evitar penas o condenas excesivas; 5. Que, en el caso en análisis, en los hechos acreditados por el tribunal, que no se han impugnado, sino que únicamente en cuanto a su calificación jurídica, se deja establecido, claramente, que el hechor, en dos oportunidades diversas, realizó conductas, que no fueron idénticas en cada ocasión, en la persona de la víctima, pero ambas, constitutivas de abuso sexual. Así, y por lo que luego se dirá, no resulta procedente acudir a la tesis del delito continuado para los efectos de aplicar una pena morigerada al imputado.”

156 Itma. C. A. Valparaíso. Rol N° 403-2007 (R.U.C. N° 0600409697-3). Sentencia del 08 de mayo de 2007. Considerando tercero. Fallo de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del imputado. La I. Corte de Apelaciones considera: “3.- Que para enervar esta argumentación, basta tener en cuenta que la configuración de un ilícito continuado constituye la elaboración de alguna doctrina y jurisprudencia, que no ha sido recogida en el ordenamiento positivo, y por ende, carece de la compulsividad propia de un estatuto legal, y, por lo tanto, no puede hacerse prevalecer a pesar de lo respetable que sean los autores de la construcción de dicho predicamento y de la jurisprudencia que lo ha apoyado, no divisándose como puede sustentarse la causal en análisis si los sentenciadores de primer grado se apartaron de una hipótesis sin imperio, por lo cual la raíz de la nulidad absoluta, con toda evidencia, se desvanece.”

157 CHILE. Ministerio Público. 2009. Oficio N° 160/200. 30 de marzo del 2009. El oficio señala que: “En virtud de lo señalado, en los delitos sexuales la figura del delito continuado es exógena, pues no existe ninguna razón de fondo para sostener la unidad jurídica de acción en los casos de agresiones sexuales reiteradas en el tiempo, por parte de un sujeto activo en contra de la misma víctima”.

Finalmente, es útil mencionar que la legislación comparada ha ratificado este requisito; tal es el caso del Código Penal del Perú, que al tratar el delito continuado en su artículo 49 (ya citado), en el inciso segundo excluye a los bienes “eminentemente personales”¹⁵⁸; y del Código Penal de España, que en su artículo 74.3¹⁵⁹ repite una fórmula similar.

6.2.5. Unidad o pluralidad de sujetos pasivos.

Como ya se ha dejado entrever al analizar los otros elementos de los delitos continuados, la doctrina¹⁶⁰, mayoritaria ha considerado que los afectados por los actos delictivos continuados pueden ser uno o diversos sujetos pasivos, excluyendo los casos en que el delito afecte derechos personalísimos, y los casos de delito masa.

La doctrina minoritaria ha negado la continuación por considerar que los

158 PERÚ. Ministerio de Justicia. 1991. Código Penal, 08 de abril de 1991 (última modificación 08 de julio 2014, Ley N°30.219). La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos.

159 ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 1995. Código Penal, 23 de Noviembre de 1995 (última modificación: 31 marzo del 2015, BOE-A-2015-3439). **ART. 74. 3.** Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

160 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 341; VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1167

hechos ejecutados dañan a distintos sujetos¹⁶¹, pero en general, se considera que ese factor no es decisivo al momento de calificar la continuidad del delito.

6.3. Elementos subjetivos del delito continuado.

Para configurar un delito continuado, desde un punto de vista subjetivo, la doctrina ha establecido la necesidad de una conexión ideológica entre los distintos hechos delictivos¹⁶². El alcance y configuración de esta conexión ha sido objeto de amplio debate, según el análisis que se hace de las teorías referidas a la naturaleza jurídica del delito continuado, previamente explicadas.

A continuación, se detallarán los elementos relevantes en esta discusión:

6.3.1. La unidad de propósito.

Esta primera teoría sostiene que se requiere una unidad de propósito o de designio, consistente en una deliberación genérica que puede incluir los deseos específicos de cada hecho delictivo, cuya enunciación es muy similar al

¹⁶¹ SOLER (1992), ob. cit., p. 357.

¹⁶² GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 341.

dolo¹⁶³.

6.3.2. El dolo global.

De acuerdo a esta teoría, el autor ha de planificar desde un principio la ejecución de actos típicos y progresivos, buscando un resultado total¹⁶⁴. Tal como lo explica GARRIDO MONTT, “conforme a un proyecto general del autor, decida la ejecución de una serie de actos típicos para alcanzar determinados logros, aunque no enfrente una verdadera “necesidad” de obrar en esa forma”¹⁶⁵, y BACIGALUPO, “el resultado total del hecho en sus rasgos esenciales, en lo referente al lugar, el tiempo, persona lesionada y forma de comisión, de tal manera que los actos individuales se expliquen como una realización sucesiva del todo querido unitariamente”¹⁶⁶. Este criterio es seguido por la doctrina mayoritaria.

6.3.3. El dolo de continuación.

163 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1170.

164 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1171.

165 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 341.

166 BACIGALUPO, ob. cit., p. 247.

Estima la doctrina¹⁶⁷ que con el dolo de continuación, el actor, aunque carece de un plan general preconcebido, realiza los hechos delictivos a medida que se van produciendo oportunidades análogas, con motivación similar. A esto, GARRIDO MONTT le llama “igualdad en la motivación”¹⁶⁸.

6.4. Tratamiento penal del delito continuado.

El delito continuado es una construcción doctrinaria que no está contemplada en el ordenamiento jurídico penal nacional, pero sí ha encontrado espacio en otras legislaciones como los códigos penales de España, en su artículo 74.1¹⁶⁹, o del Perú, en su artículo 49¹⁷⁰.

167 VELASQUEZ (tomo II), ob. cit., p. 1171.

168 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 342.

169 ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 1995. Código Penal, 23 de Noviembre de 1995 (última modificación: 31 marzo del 2015, BOE-A-2015-3439). **ART. 74.** 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

170 PERÚ. Ministerio de Justicia. 1991. Código Penal, 08 de abril de 1991 (última modificación 08 de julio 2014, Ley N°30.219). **ART. 49.** Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos.

A pesar de no tener consagración legal en Chile, tal como lo señalan diversos autores, sí ha encontrado amplia aceptación dentro de la doctrina y jurisprudencia nacional¹⁷¹. ETCHEBERRY señala además, que la jurisprudencia ha extendido la aplicación del delito continuado a casos de “indeterminación procesal”¹⁷², siendo éstos aquellos delitos con pluralidad de acción en que “no resulta posible precisar el número de tales actos, ni sus fechas exactas de comisión, ni las particulares circunstancias de cada uno”.

La consecuencia práctica del delito continuado implica que, tal como se manifestó al introducir el análisis de esta creación doctrinaria, se castiga como un sólo delito, generalmente agravado, a varios hechos que independientemente pueden constituir un delito. Esto lo expresa SERRANO al señalar que “la pena a imponer por el delito o falta continuados será la que corresponda a la infracción más grave, en cualquiera de sus grados, pudiendo ser elevada hasta el grado medio de la pena superior”¹⁷³.

En aquellos delitos cuya pena varía según la intensidad del daño causado (especialmente los patrimoniales), la doctrina ha estimado que por considerarse todos los hechos como un solo delito, deben sumarse los montos

171 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 339; POLITOFF et. al. (2004), ob. cit., p. 453.

172 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 114.

173 SERRANO, ob. cit., p. 23; BACIGALUPO, ob. cit., p. 248.

de todos los perjuicios individuales¹⁷⁴.

El problema de la determinación de la pena, según lo observa BACIGALUPO se presenta cuando los hechos, presenten distintas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal o no tengan el mismo grado de desarrollo¹⁷⁵. La solución que a juicio del autor parece más adecuada “toma como marco penal para la determinación de la pena, aquella que corresponda al hecho individual más grave”¹⁷⁶.

6.5. Críticas hechas a la doctrina del delito continuado.

SOLER realiza un análisis crítico de lo que a su juicio es una “construcción insostenible”¹⁷⁷. Fundamenta su crítica en que una pieza central del análisis y construcción del delito continuado se basa en un elemento subjetivo: la unidad de resolución, el dolo general o el dolo de continuación;

174 SERRANO, ob. cit., p. 23.

175 BACIGALUPO, ob. cit., p. 248.

176 Ibídem.

177 SOLER (1992), ob. cit., p. 358. Señala el autor que “después de haber establecido que un hecho está completo en todos sus aspectos cuando consiste en una acción antijurídica ejecutada culpablemente, es decir, en conciencia de su ilicitud, esta teoría parece traer un nuevo superelemento subjetivo que no es ni culpabilidad, ni dolo ni culpa, sino un mero dato psíquico nuevo sobre el cual nada ha explicado la teoría general del delito, y sin embargo aparece en este punto con tal eficacia que tiene el efecto de tornar subjetivamente incompletos hechos a los cuales nada les falta”.

esto atentaría contra la teoría general del delito al añadir un elemento subjetivo adicional, que resulta impreciso¹⁷⁸, a delitos que considerados de manera independiente cumplen con todos los requisitos establecidos para el tipo.

7. Delito Masa.

Otra figura doctrinaria, más reciente y que se ha derivado de la doctrina del delito continuado, es el delito masa, que es caracterizado por VELASQUEZ como “aquel evento en que el sujeto activo, mediante la realización de uno o varios actos que, considerados de manera independiente, constituirían un plan criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas que en principio no aparecen unidas entre sí por vínculo jurídico alguno”¹⁷⁹.

Esta figura ha sido enfocada, desde su origen, a perseguir defraudaciones que afecten a una pluralidad de sujetos, delitos también conocidos como “fraudes masivos”¹⁸⁰, de tal manera que al tratarlos en conjunto, se logra una sanción más adecuada en comparación a su persecución

178 *Ibidem*. Agrega que “la llamada unidad de resolución se muestra imprecisa, según hemos podido verificarlo, tanto en la teoría del concurso ideal, en la cual concluye transformándose en la teoría de la inseparabilidad, como en la teoría del delito continuado”

179 VELASQUEZ (tomo II), *ob. cit.*, p. 1172.

180 SÁINZ, José. 1971. El delito masa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 24(3): pp. 649-676. pp. 650-651.

aislada, especialmente si el perjuicio es pequeño.

Se puede observar que a diferencia de la doctrina del derecho continuado, que busca una sanción más benigna para el autor del delitos, la doctrina del delito masa busca una sanción mayor a la que recibiría por los delitos individualmente considerados. Señala SAINZ que “la conducta típica y antijurídica le es más reprochable a su autor, precisamente por haber abarcado desde un principio como un todo los resultados dañosos que habría de originar su conducta”¹⁸¹.

VELASQUEZ considera que en realidad el delito masa sólo se trata de un delito continuado con pluralidad de sujetos pasivos¹⁸², pero GARRIDO MONTT hace una salvedad al observar que el delito masa, a diferencia del continuado, no siempre requiere una multiplicidad de acciones, sino que puede perfeccionarse en un solo acto delictivo¹⁸³. Otra diferencia es señalada por SERRANO quien considera que el delito masa “no es más que una forma agravada de este delito [el delito continuado]”¹⁸⁴, y que los elementos especiales del delito masa son dos: la notoria gravedad y el perjuicio de una generalidad

181 *Ibíd*em, p. 667.

182 VELASQUEZ (tomo II), *ob. cit.*, p. 1173.

183 GARRIDO MONTT (2003), *ob. cit.*, p. 344.

184 SERRANO, *ob. cit.*, p. 25.

de personas.

7.1. Elementos objetivos del delito masa.

7.1.1. Pluralidad o unidad de acciones.

Conforme a este elemento, puede tratarse de uno o más actos materiales, que considerados aisladamente pueden conformar cada uno un delito¹⁸⁵. La relevancia y valoración de estas acciones está dada, más que por el actuar material del sujeto activo, por el resultado lesivo en las víctimas y por la unidad de designio del autor.

Aquí se puede hallar otra diferencia sustancial con la doctrina del delito continuado. Como ya fue expuesto, en el delito continuado, se requiere que las distintas acciones se enmarquen dentro de un contexto espacio-temporal relativamente acotado; en cambio, en el delito masa, esos límites son más flexibles. A juicio de SAINZ, en la ejecución de las acciones del delito masa “no debe ser relevante para romper esa unidad la entidad del tiempo transcurrido entre las distintas defraudaciones, pues lo importante es que todas estén

185 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 343.

insertas en el hilo de un mismo plan criminal por un único designio defraudatorio. Tampoco debería romper esa unidad la circunstancia de que algunas defraudaciones se lleven a cabo en lugares distintos”¹⁸⁶.

7.1.2. Trascendencia social.

Se requiere que el delito, para que reciba tratamiento de delito masa, conlleve una trascendencia social que excede al perjuicio individual de cada víctima¹⁸⁷. Ha sido este elemento la razón que ha impulsado esta elaboración doctrinaria, porque, como ya fue señalado, el perjuicio individual de cada víctima resulta insuficiente para lograr una adecuada penalidad del delito.

7.1.3. Pluralidad de sujetos pasivos, sin vínculos entre sí.

Un elemento fundamental en la configuración de un delito masa es la pluralidad de víctimas, pues si se tratara de una víctima única, defraudada en diversas oportunidades, estaríamos frente a un delito continuado. Considera GARRIDO MONTT, que “lo esencial es que los afectados sean una multitud de

¹⁸⁶ SÁINZ, ob. cit., p. 668.

¹⁸⁷ GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 343.

individuos indeterminados”¹⁸⁸, que además no deben tener vínculo jurídico entre ellos.

Esta pluralidad de sujetos pasivos está íntimamente relacionada con la unidad de designio del autor (elemento subjetivo), según la cual, lo querido por el autor del delito masa es atentar contra una generalidad y no contra una serie de individuos determinados. Esta generalidad, también denominada “masa”, es vista por SAINZ como una unidad en sí, y explica que “se entiende que sujeto pasivo del delito es la masa (la unidad masa), y no cada uno de los individuos que la integran, los cuales tienen el carácter de perjudicados”¹⁸⁹.

7.1.4. Unidad de valoración jurídica y perjuicio análogo entre las víctimas.

De acuerdo a este elemento, por tratarse de un mismo delito que afecta a una pluralidad de víctimas, cada una de ellas sufre un perjuicio análogo, que según alguna doctrina, debería limitarse exclusivamente al patrimonio¹⁹⁰.

188 *Ibidem*, p. 344.

189 SÁINZ, ob. cit., p. 668.

190 GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., p. 343.

7.2. Elementos subjetivos del delito masa.

7.2.1. Unidad de plan criminal.

En una forma análoga al delito continuado, se requiere una intención del autor que apunte a un fin determinado, compuesto por un plan delictivo que excede a la comisión de un solo delito, y en el cual la identidad de la víctima no resulta relevante. Esta unidad es conceptualizada por SAINZ como “un designio defraudatorio único que se orienta a obtener un lucro económico global y unitario, integrado por la suma de las cantidades en que resulten perjudicadas una generalidad de personas, cuyas individualidades no interesan al sujeto”¹⁹¹; de esta forma, los elementos particulares de este plan criminal son dos: un lucro global (distinto al lucro de cada delito individual) y la representación de víctimas como “masa” (no considera las individualidades de sus víctimas, sino su pluralidad).

7.3. Tratamiento penal del delito masa.

Esta doctrina, originaria de España, ha encontrado asidero legal en el

¹⁹¹ SÁINZ, ob. cit., p. 668.

artículo 74.2¹⁹² del Código Penal de dicho país, norma que limita su aplicación a delitos contra el patrimonio, tomando en cuenta para la determinación de la pena, la totalidad del perjuicio causado; además, los autores que han tratado este delito dejan en evidencia que la jurisprudencia española referida al delito masa es abundante.

El fundamento usado para efectuar el cálculo de la pena a partir del perjuicio total y no de los perjuicios individuales, tiene relación, como ya se explicó, con el designio único del delincuente, quien busca un lucro global con indiferencia del perjuicio causado a una u otra víctima; por esto, también se considera al delito masa como un solo delito y no como un concurso.

En Chile, y en general, en latinoamérica, el delito masa no se encuentra expresamente regulado, y parte de la doctrina que lo analiza, considera innecesario que exista texto legal para poder aplicarlo.

7.4. Críticas a la doctrina del delito masa.

192 ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 1995. Código Penal, 23 de Noviembre de 1995 (última modificación: 31 marzo del 2015, BOE-A-2015-3439). **ART. 74. 2.** Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Parte de la doctrina, haciendo eco de las críticas que se han hecho a la doctrina del delito continuado, y considerando que ambas construcciones (delito masa y delito continuado) comparten muchos aspectos en común, han encontrado aspectos del delito masa que no parecen ser satisfactorios.

Siguiendo una línea de análisis crítico, BACIGALUPO considera que “en la gran mayoría de las hipótesis se trata de concursos reales y en los que, por lo tanto, fundamentar una unidad de acción con base en otra construcción dudosa (la del delito continuado) es dudosa”¹⁹³.

Por otra parte, SAINZ al analizar el objeto material del delito masa, reflexiona en su texto “lo que sí puede ser objeto de censura es la imprecisión terminológica que se advierte, presentando no pocas dificultades averiguar si la sentencia considera que hay una sola infracción (delito masa) constituido por acción única desenvuelta en varios actos, o si estima que esa única infracción a sido realizada mediante varias acciones”¹⁹⁴. Lo advertido por el autor, esa imprecisión terminológica al momento de determinar el alcance de la unidad o pluralidad de la acción en el delito masa, en realidad no parece ser una discusión acotada sólo a esta construcción doctrinaria, sino que se trataría de la

193 BACIGALUPO, ob. cit., p. 249.

194 SÁINZ, ob. cit., p. 671.

problemática central de toda la teoría de los concursos; un ejemplo de esto lo manifiesta JIMENEZ DE ASUA, quien señala, previo a analizar los temas de unidad o pluralidad de delitos que “estas dificultades [determinar la unidad o pluralidad de acción, y una eventual unidad delictiva] cesarían si se adoptaran términos más exactos y si nos pusiéramos de acuerdo en el significado de ellos”¹⁹⁵.

¹⁹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. 1959. Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo-Perrot. p. 527

CAPITULO II. EL DELITO DE ESTAFA.

1. Introducción al estudio de la estafa.

En principio, nuestro Código Penal trata las “Estafas y otros engaños”, en el Párrafo 8 del Título IX del Libro II (artículos 467 a 473), como parte de los “Crímenes y simples delitos contra la Propiedad”. La ubicación dentro del Código señala, en principio, que el bien jurídico protegido es la propiedad y que la estafa es un tipo especial de engaño¹⁹⁶. Como se verá más adelante, pese a la clasificación que hace el Código, la doctrina mayoritaria considera que la estafa es un delito que atenta contra el patrimonio, concepto más amplio que la propiedad.

Dentro del articulado recién referido, nuestro Código Penal no define el delito de estafa, sino que lo aproxima desde una óptica casuística. A partir de esto, la doctrina nacional¹⁹⁷ ha establecido que dos artículos resultan relevantes

¹⁹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. 1998. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo III. 3ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 406. Señala el autor: “al emplear la expresión “estafas y otros engaños”, el Código Penal señala que la estafa es un engaño, pero no todo engaño es estafa. Estafa, por consiguiente, sería una clase especial de engaño”. En el mismo sentido, SILVA, Hernán. 2005. Las estafas. p. 28, quien señala que “nuestro Código Penal analiza las “estafas y otros engaños”, con lo que está recalcando que las estafas son especies o modalidades del engaño”.

para hacer una aproximación general al delito de estafa: los artículos 468¹⁹⁸ (parte final) y 473¹⁹⁹, que tipifican la llamada “estafa residual”. Asimismo, el artículo 468 en su parte inicial cita una serie de casos de estafa, a los cuales se les ha llamado “estafa calificada”.

El tratamiento que hace el Código Penal nacional a la estafa no está exento de críticas²⁰⁰; por ejemplo, la doctrina discute cuál es realmente el bien jurídico protegido, y por otro lado, si resulta plausible distinguir entre la “estafa” y los “otros engaños”.

En el presente capítulo se analizará, en primer lugar, el delito de estafa

197 *Ibidem*. Explica el autor: “El Código Penal chileno consagra el delito de estafa en los artículos 467y ss., haciendo una larga enumeración casuística, la que no es cerrada o taxativa y es, por lo tanto, por vía ejemplar, pues al final del párrafo 9, Título IX, Libro II, artículo 473m señala que también es constitutivo de estafa “cualquier otro engaño que no se halle expresamente en los artículos anteriores a este párrafo”. Por otra parte, el art. 468 de las estafas típicas o propiamente tales termina con una oración que dice “o valiéndose de cualquier otro engaño semejante” lo que reafirma lo anterior.”

198 CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de Noviembre de 1874 (última modificación: 10 de junio 2015, Ley N°20.844). **ART. 468.** Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, créditos, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante.

199 CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de Noviembre de 1874 (última modificación: 10 de junio 2015, Ley N°20.844). **ART. 473.** El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño 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.

200 CABRERA GUIRAO, Jorge; CONTRERAS ENOS, Marcos. 2009. El Engaño típicamente relevante a título de estafa. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. p. 2. Señala que “debe considerarse que a las complejidades anteriores se suma, en nuestro país, la deficiente técnica legislativa en el tratamiento de la estafa en el C.P., 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”.

de forma general, los conceptos doctrinarios y los requisitos objetivos y subjetivos comunes a toda estafa, además del *iter criminis*; para culminar con un análisis breve del tratamiento penal de la estafa en nuestro país, basado en dos tipos penales: la llamada “estafa residual” y la “estafa calificada”.

2. Concepto y características generales.

El estudio del delito de estafa es una tarea compleja. Un primer obstáculo para dicho análisis ha sido la falta de un concepto general en nuestra legislación que permita definir el delito de estafa; sin embargo, la doctrina nacional y extranjera han intentado definir, con mayor o menor éxito, el delito de estafa, sus características y alcances, con el objeto de distinguirla de otros ilícitos que pueden resultar similares en cuanto a sus elementos, medios de comisión y bien jurídico lesionado.

En principio, tanto la doctrina como la jurisprudencia²⁰¹ se han acercado a la estafa tratándola como un delito consistente en un “fraude por engaño”, para

201 Ittma. C. A. Santiago. Rol N°2573-2009. Sentencia del 08 de marzo de 2010. Considerando cuarto: “Que, como señala don Alfredo Etcheberry en su libro Derecho Penal, dentro de los delitos cometidos por medios inmateriales se encuentran las figuras llamadas genéricamente defraudaciones que se caracterizan por ser figuras de apropiación de bienes ajenos, no mediante conductas de orden material sino conductas incorporales o inmateriales.”; Idéntico razonamiento se encuentra en el fallo Ittma. C. A. Santiago. Rol N° 248-2007. Sentencia del 20 de marzo 2007. Considerando octavo.

diferenciarlo de otras figuras que no conllevan un engaño (por ej. el delito de apropiación indebida); y como un delito de apropiación inmaterial, para diferenciarlo de otras figuras de apropiación material (como el robo o el hurto).

Al no existir un concepto legal de “estafa” ni de la voz “defraudar” (verbo rector de “fraude”), es posible recurrir, como primer acercamiento, al diccionario de la Real Academia Española de la Lengua²⁰², que reconoce 2 acepciones de la voz “estafar” y 4 del término “defraudar”:

“Estafar: 1° Pedir o sacar dinero o cosas de valor con artificios y engaños, y con ánimo de no pagar. 2° Der. Cometer alguno de los delitos que se caracterizan por el lucro como fin y el engaño o abuso de confianza como medio.”

“Defraudar: 1° Privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho. 2° Frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se ponía en alguien o en algo. 3° Eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones. 4° Turbar, quitar, entorpecer. *Defraudar la claridad del día, el sueño.*”

La primera definición, referida a “estafar”, nos entrega algunos elementos

202 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española. [En línea]. <<http://lema.rae.es/drae/?val=masivo>>. [Consulta 2 Julio 2015].

que caracterizan al delito de estafa: el engaño, el abuso de confianza, la sustracción de bienes o dinero, el ánimo de lucro, etc. El engaño, sin duda, es un elemento esencial en la estafa y como se verá más adelante, existen diversos criterios para determinar su relevancia. Incluir el abuso de confianza dentro de una definición de estafa puede resultar problemático, pues para la doctrina nacional y extranjera, son delitos cuyo tratamiento merece un estudio separado de la estafa y exceden los límites del presente estudio. Por otra parte, la exigencia del ánimo de lucro, ha sido discutida por la doctrina.

En cuanto a la voz “defraudar”, debido a la enunciación en términos amplios y generales de la primera acepción dada por la R.A.E. (la que en este caso resulta la más adecuada para analizar el tipo), no es plausible usar esta definición como guía del verbo rector, pues conduciría a confundir la estafa con otros tipos penales, como los delitos societarios y los delitos cometidos con abuso de confianza, e incluso, podría transformar en punibles conductas que no son tratadas por el derecho penal, como un simple incumplimiento contractual, asunto cuya competencia corresponde a la justicia civil y no a la criminal.

2.1. Definiciones doctrinales de la estafa

En Chile, la doctrina ha elaborado diversos conceptos de estafa, así, ETCHEBERRY señala que “las estafas serían aquellos fraudes en que el engaño ha consistido en un ardid o *mise en scène*, algunos de los cuales han sido expresamente descritos y penados por la ley”²⁰³; por su parte, YUBERO la define como “la conducta engañosa (o el engaño) que, determinando un error en una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición que se traduce en una consecuencia lucrativa para el agente”²⁰⁴; mientras que BULLEMORE y MACKINNON la definen como “aquel fraude en el que el engaño ha consistido en un ardid expresamente descrito y penado por la ley”²⁰⁵; y LABATUT la conceptualiza brevemente señalando que es “la lesión del patrimonio ajeno mediando engaño o artificio apto para engañar y ánimo de lucro”²⁰⁶.

En cuanto al verbo rector, BULLEMORE y MACKINNON definen “defraudar” como sinónimo de “perjudicar patrimonialmente”, ya sea a través del

203 ETCHEBERRY (tomo III), ob. cit., p. 407.

204 YUBERO CANEPA, Julio. 2010. El engaño en el delito de estafa: doctrina y jurisprudencia. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cruz del Sur. p.31.

205 BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., p. 77.

206 LABATUT, Gustavo. 1969. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo II. 5ª ed. Santiago Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 397.

engaño o del abuso de confianza²⁰⁷, criterio similar al enunciado por el autor trasandino SOLER, para quien la defraudación se refiere a un daño patrimonial provocado por medios fraudulentos²⁰⁸. Este concepto de “fraude” ha sido recogido por la jurisprudencia²⁰⁹.

2.2. El aporte de los anteproyectos recientes de Código Penal

Los anteproyectos de Código Penal de los años 2005 y 2014, resultan un aporte a la presente discusión, al innovar en la técnica legislativa e integrar una definición legal al delito.

En el anteproyecto de 2005, preparado por la comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, dentro del Libro II, Título VIII, denominado “Delitos contra la propiedad y el patrimonio”, al tratar la estafa se plantea la siguiente definición:

207 BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., p. 75. Señalan que: “Habitualmente, se habla de “defraudar” a otro. Este “defraudar” es sinónimo de “perjudicar patrimonialmente”, sea a través del engaño o del abuso de confianza.”

208 SOLER, J. 1963. Derecho Penal Argentino: Parte Especial, Tomo. IV. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina. Tipográfica editara Argentina. pp. 283-284. Señala que: “El verbo defraudar empleado en el sentido propio y común de los delitos contra el patrimonio, hace referencia a un perjuicio de naturaleza patrimonial logrado por medios fraudulentos, especialmente, por medios que actúen sobre la voluntad de un sujeto, determinando una resolución tomada libremente, pero encontrándose aquél en error acerca del significado de lo que decide.”

209 Itma. C. A. Santiago. Rol N° 2573-2009. Sentencia del 08 de marzo del 2010. Considerando cuarto: “El elemento básico de las figuras penales señaladas está constituido por el concepto de fraude, entendiéndose por tal el causar perjuicio en el patrimonio ajeno mediante engaño o incumplimiento voluntario del obligaciones jurídicas.” Idéntico razonamiento se encuentra en el fallo emitido por la Itma. C.A. Santiago. Rol N°248-2007. Sentencia del 20 de marzo de 2007. Considerando octavo.

“El que con ánimo de lucro y mediante un engaño suficiente para provocar error en otro, obtenga que éste realice una disposición patrimonial con perjuicio propio o de tercero”²¹⁰.

Por otra parte, el anteproyecto de 2014 también definió el delito de estafa en su artículo 330: Estafa. El que, para obtener un provecho para si o para un tercero, mediante engaño provocare un error en otro o lo mantuviere en un error, induciéndolo a hacer, omitir o tolerar algo que importe una disposición patrimonial con perjuicio propio o de tercero, será sancionado con prisión de 1 a 3 años”²¹¹.

2.3. Definiciones de estafa en el derecho comparado

En la legislación y doctrina extranjera es posible encontrar algunas definiciones legales de “estafa” y aproximaciones jurídicas al concepto.

210 Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005. [En línea]. <http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf>. [Consulta: 20 julio 2015]. **ART. 159.** El que con ánimo de lucro y mediante un engaño suficiente para provocar error en otro, obtenga que éste realice una disposición patrimonial con perjuicio propio o de tercero, será castigado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio. La pena se podrá elevar en un grado cuando el hecho revista especial gravedad, en atención a la cuantía del perjuicio ocasionado o a los efectos especialmente perjudiciales que tenga para la víctima. Tratándose de perjuicios de ínfima cuantía, el tribunal podrá prescindir de la pena de reclusión e imponer en su lugar sólo la pena de multa de una a diez unidades tributarias mensuales.

211 Boletín 9274-07. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9686&prmBL=9274-07>. [Consulta: 22 julio 2015].

En España, El Código Penal de 1995, en su artículo 248.1²¹², establece brevemente que: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”. Esta definición legal de estafa se encuentra en el Capítulo VI (“De las defraudaciones”) del Título XIII, referido a los “Delitos contra el Patrimonio y el orden socioeconómico”, y fue la base para el concepto planteado por el anteproyecto de Código Penal chileno del año 2005. La doctrina española, tomando el concepto legal, no se ha preocupado mayormente de dar una definición de estafa, y se han limitado a enumerar los elementos propios de este delito y fijar el bien jurídico protegido: el patrimonio.

En Francia, por otra parte, el artículo 343-1 del *Code Pénal* francés del año 2005 hace una definición más casuística al establecer que: “La estafa es el hecho que, mediante el uso de una identidad o cualidad falsa, o del abuso de una cualidad verdadera, o del empleo de maniobras fraudulentas, o de engañar

212 ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 1995. Código Penal. 23 de Noviembre de 1995 (última modificación: 31 marzo del 2015, BOE-A-2015-3439). **Artículo 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:
a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.
b) Los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.
c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

a una persona natural o jurídica, y siendo determinante, a su perjuicio o a perjuicio de un tercero, provoque la entrega de fondos, valores o cualquier tipo de bienes, la realización de un servicio o el consentimiento en un acto que signifique obligación o extinción”²¹³. La doctrina francesa, sin adentrarse mayormente en la elaboración de un concepto general de estafa, ha criticado la descripción hecha por el *Code* por considerar que al elaborar un catálogo detallado y aplicar una interpretación restrictiva, muchas conductas deshonestas quedan impunes²¹⁴.

En Alemania, la sección vigésimo segunda del Código Penal alemán persigue la “estafa y deslealtad”²¹⁵, y en el §263 (1) tipifica la estafa como “quien con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial

213 FRANCIA. Ministerio de Justicia. 1994. Código Penal, 01 de Marzo de 1994 (última modificación 26 de junio de 2010, JORF N°0033). Texto original: *“L’escroquerie est le fait, soit par l’usage d’un faux nom ou d’une fausse qualité, soit par l’abus d’une qualité vraie, soit par l’emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d’un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge”* (traducción propia).

214 VERON, Michel. 1999. Droit pénal spécial. 7ª ed. París, Francia. Editorial Armand Colin. pp. 212-213. *“De toute façon, simple ou complexe, le mécanisme mis en oeuvre par l’escroc n’est punissable que s’il correspond très exactement aux exigences de l’article 313-1 qui incrimine l’escroquerie. Bien qu’assez long, ce texte reste très précis quant à la définition des éléments de délit et le principe de l’interprétation stricte interdit d’en étendre la portée au-delà des situations qu’il envisage expressément. En conséquence, de nombreux procédés, sans doute malhonnêtes, restent impunis car ils ne tombent pas sous le coup des dispositions pénales.”*

215 ALEMANIA. Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor. 1871. Código Penal. 15 de Mayo de 1871, última reforma 31 de enero de 1998 (traducción: LÓPEZ D., Claudia. 1999. Código Penal Alemán. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia). Texto original: *“Betrug und Untreue”*.

antijurídico, perjudique el patrimonio de otro por medio de simulación de falsos hechos, suscite o mantenga un error la desfiguración o la supresión de hechos verídicos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa”²¹⁶.

En Argentina, siguiendo una sistemática similar a la usada en nuestro Código, su Código Penal, que data de 1921 (con numerosas modificaciones), sitúa a las “Estafas y otras defraudaciones” en el Título dedicado a los “Delitos contra la Propiedad” y, al igual que en nuestro ordenamiento, no existe una definición legal de la estafa, sino un tratamiento casuístico, con un tipo general y otros casos calificados. ROMERO señala al respecto que “en la legislación argentina no se ha definido el delito de estafa, limitándose el codificador a señalar una serie de supuestos ejemplificativos de las diversas formas de estafa. Tampoco se ha hecho una clara distinción entre el concepto de estafa y defraudación, empleándose indistintamente ambas expresiones”²¹⁷.

La doctrina argentina²¹⁸ considera que la figura básica de la estafa está

216 *Ibidem*. Texto original: “*Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*”.

217 ROMERO, Gladys. 1998. Delito de estafa: análisis de modernas conductas típicas de estafa- nuevas formas de ardid o engaño. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi. p. 40.

218 SOLER (1963), *ob. cit.*, p. 282.

contenida en el artículo 172, tanto por los términos en que se describe el delito como porque así lo estableció la comisión redactora de 1891. Dicho artículo establece que: “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”. Analizando esta enunciación, SOLER considera que ella contiene “con toda claridad” los elementos necesarios para conceptualizar el delito y define a la estafa como una “disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, el cual ha sido logrado mediante ardid tendientes a obtener un beneficio indebido”²¹⁹. Por otra parte, DONNA considera que en realidad, el legislador no definió la estafa sino que ha utilizado un sistema casuístico enunciativo y, que si bien el texto permite una aproximación al concepto, ha sido tarea de la doctrina profundizar y precisarlo, definiéndola como “la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”²²⁰.

219 *Ibíd*em, p. 284.

220 DONNA, Edgardo Alberto. 2001. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo II-B. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. pp. 271-272.

A continuación, los artículos 173 y siguientes, enumeran los tipos especiales de defraudaciones y estafas. En primer lugar, el artículo 173²²¹ tipifica los delitos de defraudación en la substancia, calidad o cantidad de la cosa, la retención indebida, el engaño para la suscripción de documentos, el abuso de firma en blanco, el hurto impropio, la celebración de contratos

221 ARGENTINA. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 1985. Código Penal, 21 enero de 1985 (última modificación 10 de junio de 2015, Ley N°27.147). **Artículo 173.** “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: 1° El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio; 2° El que con perjuicio de otro se apropiare, no entregare o no restituyere a su debido tiempo, cosas muebles, dinero o valores ajenos, que tuviera bajo su poder o custodia por un título que produzca obligación de entregar o devolver; 3° El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento; 4° El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero; 5° El dueño de una cosa mueble que privare de ella a quien tuviere legítimamente en su poder, la dañare o inutilizare, frustrando así en todo o en parte el derecho de éste. La misma pena será aplicable a un tercero que obrare en beneficio del propietario o en connivencia con él; 6° El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos; 7° El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de estos; 8° El que cometiere defraudación, sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante; 9° El que, recibiendo una contraprestación, vendiera, permutare gravare o arrendare bienes litigiosos, embargados o gravados, callando u ocultando la condición en que se encuentra; 10° El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración, a los jueces u otros empleados públicos; 11° El que tornare imposible, incierto o litigioso el derechos obre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo , reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía. 12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995) 13. El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

simulados, la administración fraudulenta, el estelionato, la defraudación por remuneración a jueces y otros empleados, el desbaratamiento de derechos, y otros. Luego, el artículo 174²²², contempla los delitos de fraude de seguros, explotación de incapaces o menores, defraudación mediante pesas o medidas falsas, fraude en la entrega de materiales, fraude a la administración pública,

14. El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos. (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)¹⁵. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciera por medio de una operación automática. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)”

222 ARGENTINA. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 1985. Código Penal, 21 enero de 1985 (última modificación 10 de junio de 2015, Ley N°27.147). **Artículo 174.** “Sufrirá prisión de dos a seis años:

- 1° El que para procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa;
- 2° El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo;
- 3° El que defraudare usando de pesas o medidas falsas;
- 4° El empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado. Si se hubiera producido desmoronamiento o el derrumbe del edificio se aplicará lo dispuesto en el artículo 187. Las mismas penas se aplicarán a todos los que hubieren omitido vigilar o controlad debidamente la ejecución de la obra estando obligados a ello por convenio o reglamentación;
- 5° El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública.
- 6°.- El que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios; destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital. (Inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.602 B.O.20/6/2002).

En los casos de los tres incisos precedentes, el culpable, si fuere funcionario o empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.602 B.O.20/6/2002)”

etc. Posteriormente, el artículo 175²²³ enumera los siguientes delitos: apropiación indebida de cosa perdida o tesoro, apropiación indebida de cosa ajena, apropiación indebida de prenda, y el abuso o desnaturalización del cheque.

El Código Penal del Perú, promulgado el 3 de abril de 1991, trata a la “Estafa y otras defraudaciones” en los delitos contra el Patrimonio, empleando un artículo inicial (art. 196) que contiene un concepto de estafa señalando sus elementos característicos: “El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años”.

223 ARGENTINA. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 1985. Código Penal, 21 enero de 1985 (última modificación 10 de junio de 2015, Ley N°27.147). **Artículo 175.** “Será reprimido con multa de mil pesos a quince mil pesos: 1° El que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil; 2° El que se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito; 3° El que vendiere la prenda sobre que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella sin as formalidades legales; 4° El acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco.”

3. Elementos objetivos del tipo

A pesar de la discusión en torno al concepto de estafa, existe consenso en lo referido a sus elementos constitutivos: el engaño realizado por el sujeto activo, el error del sujeto pasivo, el acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo que resulta en un perjuicio para la víctima, y, de acuerdo a una parte de la doctrina, el ánimo de lucro del sujeto activo. Todos estos elementos se encuentran unidos por un vínculo causal, que según parte de la doctrina, es elemento y requisito del delito, mientras que otros autores lo consideran sólo un vínculo jurídico: el perjuicio patrimonial es consecuencia directa del acto dispositivo realizado por un sujeto pasivo engañado por el estafador, quien realiza este engaño, con un fin de lucro.

SILVA, considera que “los elementos tradicionales de las estafas son el engaño, el error, el perjuicio, el acto de disposición, el ánimo de lucro y también se agrega la relación de causalidad que es común a todos los injustos”²²⁴. YUBERO, por su parte, distingue entre elementos “objetivos” (error, engaño, acto de disposición y perjuicio) y elementos “subjetivos” (dolo y ánimo de lucro): “En otro plano se agrupan los llamados “elementos subjetivos”. Entre estos elementos -y además del dolo necesario a toda figura delictiva- la doctrina

²²⁴ SILVA, Hernán. 2005. Las estafas: doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 35.

insiste particularmente en el “ánimo de enriquecimiento injusto”²²⁵.

Pero, como ya se ha visto, nuestro Código, a diferencia de otros Códigos extranjeros, no hace referencia expresa de estos elementos en la ley, tal como señala HERNANDEZ: “si les pregunto dónde se encuentra en nuestra ley la definición de la estafa como un engaño conducente a un error que a su vez conduce a una disposición patrimonial perjudicial, se darán cuenta que al menos en esos o semejantes términos simplemente no se encuentra”²²⁶; sin embargo, la jurisprudencia ha enumerado los elementos de la estafa, estableciendo que estos elementos son comunes a todos los tipos de estafa²²⁷.

3.1. El Engaño

Para la mayoría de la doctrina tradicional, el engaño es el elemento principal de la estafa²²⁸, ya que, como se detallará más adelante, éste es el principio de ejecución del delito y señala el comienzo de la persecución penal

225 YUBERO CANEPA, ob. cit., p. 44.

226 HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. 2003. Aproximación a la problemática de la estafa. En: Diplomado Problemas Actuales de Derecho Penal: 11 de agosto y 1 de septiembre de 2001. Temuco, Universidad Católica de Temuco, Escuela de Derecho. p.151

227 Itma. C. A. Santiago. Rol N° 2573-2009. Sentencia del 08 de marzo de 2010. Considerando sexto: “Que, la doctrina y la jurisprudencia están acordes en que, son elementos comunes de los fraudes por engaño, la simulación, el error, la disposición patrimonial el ánimo de lucro y el perjuicio”; Se reproduce el mismo considerando en sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de marzo de 2007, Rol N° 248-2007 (C. 8°).

de la estafa, configurando, además, las etapas imperfectas de desarrollo del delito: tentativa o frustración.

Este elemento se configura a través del despliegue de una conducta engañosa, es decir, una manifestación externa tendiente a provocar el engaño. Al respecto, SILVA considera que “todos los autores y penalistas están acordes con que el engaño es el sello distintivo de estos delitos contra la propiedad, y si éste no existe no estamos en presencia de una estafa tradicional o típica”²²⁹

Tanto el título que encabeza el párrafo 8, como los artículos 468 y 473 hacen referencia al “engaño”, sin precisar su alcance.

Preliminarmente, la definición de “engañar” que contiene el diccionario de la Real Academia Española, nos entrega dos acepciones útiles: “1. Dar a la mentira apariencia de verdad. 2. Inducir a alguien a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes o fingidas”²³⁰. Ambas definiciones, por sí solas, resultan poco precisas para determinar el alcance del engaño en el delito de estafa, y podrían causar confusión con otros ilícitos como

228 ROMERO, ob. cit., p. 125. Señala la autora que “elemento característico del tipo objetivo de estafa -y que permite diferenciarlo de los demás delitos contra el patrimonio, puesto que le da fisonomía propia- es el engaño. Sin su concurrencia no se concibe la estafa, a tal punto que vulgarmente hasta se llega a identificar este requisito con el delito mismo”.

229 SILVA, ob. cit. p. 82.

230 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española. [En línea]. <<http://lema.rae.es/drae/?val=masivo>>. [Consulta 2 Julio 2015].

las falsedades de los artículos 206 y siguientes de nuestro Código Penal.

Frente a esta imprecisión, que no afecta sólo al Código Penal Chileno, YUBERO aclara que “el único antecedente de que disponemos es que el engaño debe ser inductivo a error. No obstante, está claro que éste es sólo el efecto final del engaño”²³¹; GARRIDO MONTT por su parte, lo define como “faltar a la verdad al expresar algo o al ejecutarlo, para presentar la realidad con un aspecto distinto al que en verdad tiene o posee. El engaño puede consistir, entonces, en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene (simulación), u ocultando aquellas que efectivamente posee (disimulación)”²³².

En la jurisprudencia, nuestra Excma. Corte Suprema ha definido el daño como “la acción realizada con miras a producir una falsa representación de la realidad que induce a error”²³³; y lo ha condicionado a sus efectos, señalando que “lo verdaderamente relevante no es si el agente desarrolla una conducta

231 YUBERO CANEPA, ob. cit., p. 79.

232 GARRIDO MONTT, Mario. 2005. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo IV. 3ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 321. En el mismo sentido: POLITOFF, S. MATUS, J.P.; RAMIREZ, M.C. 2005. Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial, Tomo II. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 424. Señalan que “Desde antiguo se distinguen dos formas de engaño: la simulación y la disimulación. En términos de nuestra doctrina, simulación es “hacer parecer como real algo que no lo es; y disimulación “hacer aparecer como inexistente un hecho real”.

233 Excma. C. S. Rol N° 4507-2007. Sentencia del 08 de octubre de 2007. Considerando cuarto: “...existe coincidencia entre distintos autores que son elementos esenciales del delito de estafa, el engaño, el perjuicio patrimonial y, para algunos, el ánimo de lucro del hechor, entendiendo el engaño como la acción realizada con miras a producir una falsa representación de la realidad que induce a error”.

activa u omisiva, sino su idoneidad para producir una falsa representación de la realidad y el resultado lucrativo buscado. Es su eficacia real en el caso concreto lo que determina la aparición de la estafa”²³⁴.

Además, la doctrina considera, casi unánimemente, que no todo engaño puede ser punible; LABATUT, por ejemplo, considera que el engaño debe reunir dos condiciones: ser **fraudulento** (que sea la causa determinante del error y el posterior acto de disposición) y **serio** (suficiente para mover la voluntad de la persona)²³⁵.

Más allá de estos requisitos generales, a través del tiempo, la doctrina referida al engaño en la estafa ha ido evolucionando, desarrollando varios criterios para determinar la suficiencia del engaño en el delito de estafa.

3.1.1. Criterio Objetivo: el engaño como puesta en escena

El engaño, según el criterio objetivo, no es una simple mentira, sino un despliegue, una puesta en escena o *mise en scène*, es decir, una maquinación

²³⁴ Excma. C. S. Rol N°4628-2011. Sentencia del 09 de marzo de 2012. Considerando séptimo: “Que, desde un punto de vista semántico, engaño es hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier manera, una cosa que no es realidad. Desde una perspectiva jurídica, lo verdaderamente relevante no es si el agente desarrolla una conducta activa u omisiva, sino su idoneidad para producir una falsa representación de la realidad y el resultado lucrativo buscado. Es su eficacia real en el caso concreto lo que determina la aparición de la estafa”

²³⁵ LABATUT, ob. cit., p. 399.

fraudulenta hecha a través de medios engañosos. El fundamento de esta doctrina se encuentra en la legislación, jurisprudencia y doctrina francesa²³⁶.

La doctrina nacional ha seguido mayoritariamente esta teoría, explicando que el engaño consiste en una serie de conductas (actos u omisiones) que el autor del delito realiza para simular o disimular una realidad, induciendo un error en el sujeto pasivo, siempre y cuando dichas maquinaciones sean racionales y verosímiles. En este sentido, GARRIDO MONTT señala que “se ha sostenido que el engaño siempre importa una conducta activa”²³⁷; por su lado, CABRERA y CONTRERAS, profundizan el análisis al mencionar que “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 aquel que se manifiesta a través de un aparato exterior”²³⁸.

La jurisprudencia nacional ha fallado en repetidas ocasiones que se requiere una puesta en escena para configurar un engaño penalmente relevante²³⁹. La ltima. Corte de Apelaciones de Valparaíso ha definido la *mise*

236 PASTOR MUÑOZ, Nuria. 2009. Delitos contra el Patrimonio (II). En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. 2ª ed. Madrid, España. Editorial Atelier. p. 215; YUBERO CANEPA, ob. cit., pp. 81-83.

237 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 321

238 CABRERA y CONTRERAS, ob. cit., p. 41.

239 Para consultar detalladamente más jurisprudencia referida a la teoría de la *mise en scène*, se sugiere revisar: CABRERA y CONTRERAS, ob. cit., pp. 49-53.

en scène como un “despliegue externo de apariencias falsas”²⁴⁰; y BULLEMORE, a partir de esa sentencia, considera que “el aprovechamiento de la incapacidad intelectual orgánica o un abuso de confianza, respecto de la víctima, no permiten tener por configurado el delito de la estafa residual, por cuanto no ha habido una elaboración de un ardid, mentira, maquinación o puesta en escena tendiente a producir en el sujeto pasivo un error o falsa representación de la realidad, que es lo exigido por la norma”²⁴¹. La Excma. Corte Suprema, estableciendo un criterio similar, ha considerado que las simples mentiras o “dichos mendaces” no bastan para producir un engaño punible²⁴².

De manera similar, se pueden encontrar sentencias emanadas de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, como la dictada por el T.J.O.P. de Iquique, que hace requisito de la puesta en escena la creación o modificación

240 Itma. C. A. Valparaíso. Rol N°480-2008. Sentencia del 03 de junio de 2008. Considerando cuarto: “éste [el engaño] debe ser algo más que la simple mentira y siendo la estafa un fraude en el que el engaño consiste en un ardid o mise en scène, en un despliegue externo de apariencias falsas”. En: BULLEMORE, Vivian. 2011. Tratado de Jurisprudencia y Doctrina: Derecho Penal, Tomo II. Santiago, Chile. Thomson Reuters, Puntotex: Fallos del mes. p. 870.

241 BULLEMORE, Vivian. 2011. Tratado de Jurisprudencia y Doctrina: Derecho Penal, Tomo II. Santiago, Chile. Thomson Reuters, Puntotex: Fallos del mes. p. 658.

242 Excma. C. S. Rol N° 4628-2011. Sentencia del 09 de marzo de 2012. Considerando undécimo: “Que según se divisa de los considerandos tercero, quinto y séptimo del a quo, refrendados por los jueces de alzada, las maniobras desplegadas por el acusado únicamente consistieron en dichos mendaces, que jamás estuvieron acompañados de algún acto externo o de respaldo, lo que aleja cualquier atisbo de engaño punible”.

de apariencias externas, no bastando para esto, las mentiras o el convencimiento verbal²⁴³.

La doctrina extranjera también ha desarrollado abundantemente esta teoría. Así, por ejemplo, en España, BUSTOS, explica que la puesta en escena, si bien no es un “montaje teatral”, debe ser más que una simple mentira o un mero error valorativo, sino que el autor debe crear un ardid, maquinación o simulación²⁴⁴; y en Argentina, ROMERO explica que “sólo se sancionan los fraudes confirmados por manifestaciones exteriores, por maquinaciones, ardid, estratagemas, etc., es decir, por una verdadera puesta en escena que torne más verosímil lo falaz”²⁴⁵.

3.1.2. Criterio subjetivo.

243 T.J.O.P. de Iquique. RIT N°74-2007 (R.U.C. N° 0600067867-6). Sentencia del 20 de octubre de 2007. Considerando décimo: “(...) la prueba aportada y ponderada no ha tenido la entidad suficiente para demostrar que la acusada haya engañado y perjudicado a su víctima desplegando actividades encaminadas a crear apariencias externas falsas, o montando una “puesta en escena”, por los medios previstos en la disposición citada, pues en este caso, la acusada no creó ni modificó apariencias externas, sino que usó como medio principal para conseguir tales fines, el poder de sus palabras y capacidad de convencimiento de los que hizo gala, usando como respaldo, el material fotográfico y presupuestos que exhibió, unida a la confianza que generó en la afectada con el paso del tiempo.”

244 BUSTOS R., Juan. 1991. Manual de Derecho Penal: Parte Especial. 2ª ed. Barcelona, España. Editorial Ariel. p. 190. El autor, al desarrollar el engaño como puesta en escena, considera que “implica que se requiera más que una simple mentira, que un simple silencio o un puro juicio valorativo; pero tampoco ello significa, como pretendió la doctrina francesa, la exigencia de un montaje teatral, lo decisivo en el engaño es dar de cualquier modo concluyente y determinado la apariencia de verdadero a un hecho falso”.

245 ROMERO, ob. cit., p. 167.

El criterio subjetivo utiliza un enfoque más amplio para determinar la suficiencia del engaño punible en la estafa, al centrar el análisis en la víctima y sus condiciones personales por sobre la puesta en escena del estafador; tal como señala YUBERO, “no se refiere a la cuantía o magnitud del engaño, sino a su grado de eficiencia”²⁴⁶. SILVA complementa esto al mencionar que: “también se sostiene que el engaño es un elemento de corte absolutamente subjetivo, y son las estratagemas para aparentar que algo que es falso aparezca como verdadero o real, e influir positivamente en la voluntad de la víctima”²⁴⁷; y, CABRERA y CONTRERAS, lo desarrollan en términos similares: “basta cualquier engaño si éste produjo error en la víctima, es decir, el engaño se mide en relación con su eficacia operativa individual en relación al caso concreto”²⁴⁸.

Esta doctrina, de origen italiano, consideró que aquellas personas de mayor cultura y preparación eran menos propensas a ser timadas y, *a contrario sensu*, aquellas personas cuya preparación era menor, podrían ser engañadas con mayor facilidad; por lo tanto, la protección penal debe adecuarse para cuidar a aquellos más débiles. Fue así como, en la Italia de fines del siglo XIX,

246 YUBERO CANEPA, ob. cit., p. 84.

247 SILVA, ob. cit., p. 38.

248 CABRERA y CONTRERAS, ob. cit., p. 53

la doctrina intentó determinar un estándar de conducta de la víctima para determinar el engaño punible en la estafa: “la perspicacia de las personas más avisadas”, la “común diligencia”, etc. En la práctica, se adoptó un criterio que apuntaba a las condiciones del sujeto pasivo, tal como lo señala YUBERO: “habría fraude punible cuando el engañado estuviera, por naturaleza y cultura, en tal condición intelectual que, aun adoptando la ordinaria prudencia posible a su estado intelectual, le habría sido difícil evitar el engaño o una sorpresa”²⁴⁹. Esto es fuertemente criticado por los autores que siguen la teoría de la puesta en escena, al considerar que la ley no debe amparar a los “ingenuos y descuidados”²⁵⁰.

En Chile, esta teoría podría tener sustento al analizar los tipos residuales contenidos al final del artículo 468 y en el artículo 473, ya que en ellos no se expresa una hipótesis concreta de engaño (como sí se hace en los otros tipos descritos en el mismo artículo 468 y en el resto de los artículos del párrafo 8°).

La jurisprudencia nacional, excepcionalmente, ha fallado a favor de la doctrina del engaño subjetivo, a propósito de la protección jurídica a los

249 YUBERO CANEPA, ob. cit., p. 85.

250 En este sentido, GARRIDO MONTT y ETCHEBERRY consideran que los ingenuos y descuidados no pueden ser amparados por el derecho penal. En el mismo sentido, BULLEMORE y MACKINNON (2007, Op. Cit., p.75): “estamos de acuerdo con Etcheberry cuando afirma que una simple mentira no basta para constituir una simulación típica, dado que no existe una obligación genérica de decir la verdad que ligue jurídicamente a los ciudadanos particulares en el manejo de sus negocios”.

incapaces: “el engaño en el delito de estafa debe ser enjuiciado exclusivamente con un criterio subjetivo, limitándose a una exigibilidad básica o mínima para reconocer la realidad y salir del error en que pudiere estar inmerso. Es más, los incapaces, atendida su calidad y condición, pueden ser perfectamente engañados, incluso de la forma más sencilla”²⁵¹.

3.1.3. El engaño frente a la teoría de imputación objetiva.

En general, al hablar de “imputación objetiva” se busca establecer si un resultado lesivo es atribuible a un determinado comportamiento, pero para ello, como observa VELASQUEZ, “es indispensable que -objetivamente hablando- el resultado a imputar implique la realización de un riesgo jurídicamente relevante, cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto”²⁵²; de forma tal que, se pueden distinguir, en principio, cuatro niveles:

1º la causalidad

2º el riesgo jurídico, penalmente relevante, creado por la conducta

3º que el riesgo se haya concretado en un resultado o no

²⁵¹ Itma. C. A. Santiago. ROL N°85-2009. Sentencia del 30 de enero de 2009. En: BULLEMORE (2011, tomo I), ob. cit., p. 660.

²⁵² VELASQUEZ (tomo I), ob. cit., p. 680

4º el resultado debe estar cubierto por el tipo penalidad

La teoría de la imputación objetiva, aplicada al tipo penal de estafa, tiene como finalidad determinar en qué circunstancias el engaño es típicamente relevante, distinguiendo entre la imputación objetiva de la conducta, y la imputación objetiva del resultado. A grandes rasgos, el problema de esta distinción radica, en determinar si el criterio de tipicidad debe aplicarse al engaño propiamente tal (imputación objetiva de conducta) o al resultado producido por el engaño (imputación objetiva de resultado)²⁵³.

3.1.3.1. El engaño según la imputación objetiva de conducta.

De acuerdo a la imputación objetiva de la conducta, se requiere hacer una evaluación previa de suficiencia en abstracto, para producir engaño en una persona “media”, provocando un “riesgo típicamente relevante”²⁵⁴ en el patrimonio de la víctima. Según esta perspectiva, las particularidades de la víctima en concreto no son relevantes.

En este sentido, BULLEMORE Y MACKINNON consideran que “se

²⁵³ CABRERA y CONTRERAS, ob. cit., p. 57.

²⁵⁴ PASTOR (2009), ob. cit., p. 216.

requiere una situación intermedia entre la simple mentira y el ardid, lo que estaría dado por el aprovechamiento, activo o pasivo, de circunstancias externas preexistentes que corroboran la mentira o el silencio engañoso”²⁵⁵.

PASTOR, desde la óptica de la doctrina española, explica que “el engaño ha de ser *ex ante* idóneo para producir error en otro y conducirlo al acto de disposición patrimonial; ello debe valorarse sin tener en cuenta si el destinatario ha incurrido o no en error. Por ello, el hecho de que la víctima descubra el engaño no afecta a la calificación del engaño como “bastante” sino que solamente determina que la estafa no llegue a consumarse”²⁵⁶.

3.1.3.2. El engaño según la imputación objetiva de resultado.

De acuerdo a la imputación objetiva de resultado, la víctima es un elemento determinante en la tipicidad del engaño, pues lo que se busca es demostrar que el riesgo típicamente relevante provocó un daño en el patrimonio de la víctima en concreto.

PASTOR explica las diferencias: “en el primer juicio [imputación objetiva

255 BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., p. 78.

256 PASTOR (2009), ob. cit., p. 216.

de la conducta] debe partirse de un modelo de víctima, para poder así construir la tipicidad desde una perspectiva objetiva y, por ello, se debe prescindir de las peculiaridades de la víctima y del desarrollo causal del proceso. En cambio, en la imputación objetiva del resultado sí son relevantes las peculiaridades de la víctima; es más, debe tenerse en cuenta la víctima concreta del caso y el proceso causal realmente acaecido”²⁵⁷. En Chile, BALMACEDA²⁵⁸, basado en la obra de PASTOR, defiende el criterio de la imputación objetiva de resultado considerando cuatro aspectos relevantes:

1° No es correcto rechazar *a priori* un engaño que no implique una puesta en escena.

2° La víctima es un elemento relevante dentro de la estafa, y se debe atender tanto a sus particularidades en el caso concreto como en el proceso causal del delito.

3° La estafa, por tratarse de un delito de resultado, presenta una serie de características que lo hacen distinto a otros delitos de resultado: el proceso causal no sólo se presenta en una dualidad acción-resultado (engaño-perjuicio),

257 PASTOR, Nuria. 2004. La determinación del engaño típico en el delito de estafa. Barcelona, España. Editorial Marcial Pons. p. 147.

258 BALMACEDA, Gustavo. 2013. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales, Santiago, 2(3): pp. 69-133. p.90.

sino que además presenta una etapa intermedia, el acto de disposición patrimonial (engaño-disposición-perjuicio); dicho acto de disposición debe ser realizado por la víctima, por lo que además, se requiere la participación activa de ésta en el delito.

4° El engaño debe ser valorado según su capacidad para producir error y el consecuente acto de disposición. El autor afirma que la doctrina española propone un juicio de probabilidad, en virtud del cual debería considerarse objetivamente la suficiencia frente a un modelo de “hombre medianamente prudente” y, frente a las características personales de la víctima que fuesen conocidas *ex ante* por el autor del engaño.

5° La participación de la víctima es vital para determinar la relevancia del engaño. Por esto, es necesario considerar los deberes de autoprotección que recaen sobre la víctima.

Aplicando los criterios de imputación objetiva, la jurisprudencia española reconoce un criterio “objetivo-subjetivo” para determinar la suficiencia del engaño según esta teoría²⁵⁹: en primer lugar, el engaño debe ser capaz de provocar error en una persona de “mediana perspicacia” y, en segundo lugar, el engaño debe ser capaz de provocar error en el destinatario concreto.

259 PASTOR (2009), ob. cit., p. 216.

3.1.4. El engaño frente a los deberes de veracidad.

Tanto en el derecho civil como penal, las inveracidades no son punibles, y sólo existen deberes concretos de veracidad. Si existiera una norma que establece un deber general de entregar información veraz, se afectaría la autonomía de la voluntad y no existiría mayor diferencia entre información pública o privada²⁶⁰.

La doctrina alemana y española ha definido este “deber” como aquella obligación (entendida ésta en un sentido amplio, no jurídico) que recae sobre una parte de decir la verdad en un negocio.

La ausencia de este “deber general de veracidad” no significa que el derecho apruebe y permita libremente las faltas a este deber de veracidad; el límite que el derecho fija, es el perjuicio a la contraparte, tal como menciona SILVA SANCHEZ, “la inveracidad, la simulación, la falta de correspondencia entre la voluntad y declaración de un particular, no son punibles en sí mismas (...) pero sí pueden serlo tan pronto como entren en relación con un posible

²⁶⁰ CODERCH, Pablo Salvador y SILVA S., Jesús María. 1999. Simulación y deberes de veracidad derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica. Madrid, España. Editorial Civitas. p. 73.

perjuicio de tercero”²⁶¹.

El engaño típicamente relevante, analizado como infracción a un deber de veracidad, es presentado por CABRERA y CONTRERAS como “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”²⁶². Explican los autores, que el análisis de suficiencia del engaño, es puramente normativo, altamente formalizado y ajeno a consideraciones empíricas.

3.1.5. El engaño por omisión.

Un tópico muy discutido por la doctrina es si el delito de estafa admite comisión como delito omisivo, y en particular, si pueden darse hipótesis de engaño por omisión. Esta discusión está íntimamente ligada con los argumentos recién expuestos y referidos a los “deberes de veracidad”.

En principio, resulta útil atender la clasificación que ROMERO²⁶³ nos señala respecto a los delitos de omisión: delitos propios (aquellos que se

²⁶¹ *Ibidem*, pp. 94-95.

²⁶² CABRERA y CONTRERAS, *ob. cit.*, p.67.

configuran a través de la omisión de un mandato legal) e impropios (aquellos que sin tipificación legal omisivo, exigen un resultado lesivo). En el caso de la estafa, la ley no impone un mandato legal para evitar la lesión, por lo que se trataría de un delito omisivo impropio.

Dentro de las distintas formas que puede adquirir el silencio, la doctrina ha previsto dos casos, tal como lo expresan CABRERA y CONTRERAS²⁶⁴, un caso de silencio circunstanciado que en un determinado contexto puede interpretarse como declaración de voluntad, y un caso de silencio carente de cualquier tipo de circunstancias que permitan adjudicarle un sentido claro. En el primer caso, consideran los autores citados, se trataría de una conducta activa manifestada a través del silencio, mientras que en el segundo caso, se trataría de un sujeto activo que tendría un deber de veracidad, cuyo silencio acarrea consecuencias patrimoniales en la víctima.

La discusión referida a qué tipos de silencio u omisión deben ser considerados como engaño típicos en la estafa ha sido amplia.

263 ROMERO, ob. cit., p. 140. Señala la autora: “Los delitos de omisión son de dos clases: delitos propios y delitos impropios de omisión. Los primeros se hallan tipificados en el Código y responden a un mandato de acción, sin considerar los efectos de la tipicidad si dicha acción evitó o no la lesión de un bien jurídico. Sólo basta para su tipicidad la omisión de una acción mandada. Por el contrario, los delitos impropios de omisión no siempre se encuentran tipificados en la ley penal y sólo exigen evitar la producción del resultado: es decir, que la realización del tipo depende de la realización del resultado.”

264 CABRERA y CONTRERAS, ob. cit., p. 89

Para PEREZ DEL VALLE²⁶⁵, los comportamientos concluyentes no se enmarcan dentro de la hipótesis omisivas sino que se tratarían de conductas activas. Por otra parte, considera el autor, que quien guarda silencio sin realizar la actividad necesaria para evitar el error de la víctima, puede ser imputado por el engaño al haber faltado a sus deberes de veracidad; en este sentido, ROMERO, analizando a los autores alemanes, considera que el problema fundamental es “determinar la existencia, fuente y extensión del deber de actuar”²⁶⁶.

En Chile, la doctrina mayoritaria, que ha entendido el engaño como una puesta en escena, no ha aceptado completamente la posibilidad de un engaño omisivo. De acuerdo a YUBERO, en los casos de comportamiento concluyente el engaño se configura no en la omisión, sino en la conducta previa²⁶⁷, pero no existe cabida para el mero silencio. Opinión similar expresa ETCHEBERRY: “el mero silencio no es suficiente, pero, acompañado de apariencias externas o ciertas circunstancias jurídicas excepcionales, puede bastar para constituir simulación”²⁶⁸.

265 PÉREZ DEL VALLE, Carlos. 2005. El engaño omisivo en la estafa. En: BACIGALUPO, Enrique. 2005. Curso de derecho penal económico. 2ª ed. Madrid, Barcelona. Editorial Marcial Pons. p. 217.

266 SILVA, ob. cit., p.142; YUBERO CANEPA, ob. cit., p. 95; CABRERA y CONTRERAS, ob. cit., p. 92.

267 YUBERO CANEPA, ob. cit., p. 95.

268 ETCHEBERRY (1998, tomo III), ob. cit., p. 396.

La jurisprudencia nacional ha aceptado el engaño omisivo, señalando que “dentro de las clases de engaño se ha aceptado la concurrencia de estafa en la conducta de quien se sitúa, en el seno de una relación contractual, sin expresar nada falso, pero ocultando su intención de no actuar como la relación exige y defraudar en definitiva a otro”²⁶⁹.

3.2. El Error.

El error en la estafa es la consecuencia inmediata del engaño producida en la víctima, y consiste en la falsa percepción que ella hace de la realidad a causa del engaño realizado por el sujeto activo; en este sentido, la doctrina²⁷⁰ ha sido unánime. GARRIDO MONTT define el error como “el concepto distinto

269 Ittma. C. A. La Serena. Rol N°99-2007. Sentencia del 28 de mayo de 2007. Considerando Sexto: “Que, es importante previamente precisar que los elementos tradicionales de la estafa son el engaño, el error, el perjuicio, el acto de disposición, el ánimo de lucro y se agrega la relación de causalidad y dentro de ellos, el principal es el engaño, y dentro de las clases de engaño se ha aceptado la concurrencia de estafa en la conducta de quien se sitúa, en el seno de una relación contractual, sin expresar nada falso, pero ocultando su intención de no actuar como la relación exige y defraudar en definitiva a otro.”

270 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 326, considera que “el engaño debe ir dirigido a lograr que una persona se equivoque o a mantenerla en ese estado si ya había incurrido en el error”; En el mismo sentido: BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., p. 76, “el error del sujeto pasivo debe ser el efecto directo de la simulación del sujeto activo, y puede concebirse como una falsa representación de la realidad”; En la doctrina extranjera, PASTOR (2009), ob. cit., p. 216, “[el error] debe ser consecuencia(en términos de causalidad y de imputación objetiva) del engaño y debe dar lugar al acto de disposición perjudicial”.

al verdadero que alguien se forma respecto de un hecho o circunstancia”²⁷¹; YUBERO, por su parte, la define como “una representación mental que no responde a la realidad”²⁷²,y agrega posteriormente que “la representación parcial de la realidad, pero con lagunas de tanta magnitud que la idea formada de la totalidad resulte equivocada, es también constitutiva de error”²⁷³.

3.2.1. La ignorancia

En vista que el sujeto afectado por el error es la víctima, la doctrina discute acerca del rol de la ignorancia en el error. GARRIDO MONTT recalca, al respecto, que “error e ignorancia para estos efectos no es lo mismo; ignora aquel que carece de todo conocimiento respecto de algo”²⁷⁴. Al respecto, SILVA considera que el error producido por aprovechamiento de la ignorancia de la víctima (y no por el engaño) sí constituye estafa²⁷⁵, pero por el contrario, tanto

271 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 326

272 YUBERO CANEPA, ob. cit., p. 45.

273 Ibídem, p. 45.

274 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 326

275 SILVA, ob. cit., p. 46. En detalle: “Se ha planteado, particularmente en el derecho extranjero, si puede estimarse como estafa cuando el error del ofendido, más que causado o producido por el engaño del sujeto activo, que es lo usual, se genera atendiendo a sus escasos conocimientos o su estado de ignorancia absoluta, o a gozar de ciertas creencias especiales. Así, son famosos los casos de los curanderos, que se aprovecha de la ignorancia o la poca cultura de sus clientes, configurando en este caso una verdadera estafa ya que el agente, conociendo tales circunstancias, se aprovecha dolosamente de ellas”.

GARRIDO MONTT²⁷⁶, como BULLEMORE y MACKINNON²⁷⁷ consideran que para configurar el error no basta la mera ignorancia y debe existir un engaño; YUBERO plantea una idea similar, diferenciando entre el error en materia civil y en materia penal, y estima que la ignorancia no se asimila al error²⁷⁸.

En este ámbito, resulta interesante la distinción hecha por GARRIDO MONTT²⁷⁹ y recogido por la Jurisprudencia²⁸⁰, referente al “error falso concepto”

276 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 326 El autor señala que: “la sanción penal del fraude no tiene por objeto proteger al ignorante”.

277 BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., p. 76. “Ciertamente, la ignorancia de ciertos hechos forma parte del error del sujeto pasivo, en la medida en que tal ignorancia ha sido provocada por la simulación del sujeto activo.”

278 YUBERO CANEPA, ob. cit., pp. 45-46. “Importante, es advertir que, en cuanto toca a la tipificación de la estafa, la “ignorancia” no es asimilada al “error”, como ocurre en materia civil. Planteando las relaciones que existen entre estos conceptos en materia civil, Avelino León Hurtado, expresa que “el error y la ignorancia tienen el mismo valor para el derecho y aún en el hecho se confunden a veces. El error supone un juicio o concepto falso. La ignorancia implica sólo el desconocimiento de la realidad; pero como este desconocimiento puede llevar a una suposición o concepto equivocado, decimos que en el hecho se pueden confundir. En todo caso, para el derecho ambos conceptos son idénticos.

En materia penal, la ignorancia queda excluida de las hipótesis de error porque, como ya se ha manifestado, éste debe ser determinado por la conducta engañosa del agente”

279 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 326. “Importa engaño desarrollar una actividad que tenga por finalidad inducir a que un tercero confunda lo que es con lo que no es, a que se represente falsamente la realidad, es lo que algunos llaman error activo, en contraposición a aquel que por ignorancia u otro estado de la mente toma por verdadero lo que es falso o viceversa (error pasivo)”.

280 Itma. C. A. La Serena. Rol N°88-2007. Sentencia del 18 de mayo de 2007. En: ARAYA PAREDES, Ignacio; FIGUEROA, Alex. 2012. Sistematización jurisprudencial del delito de estafa en el Nuevo Proceso Penal. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Señala que: “el error falso concepto es el razonamiento equivocado, esto es, los antecedentes con que se cuenta para apreciar determinado hecho no son útiles o suficientes para la acertada conclusión. En cambio el error falta de concepto es la ignorancia en que se encuentra una persona frente a la realidad.” El mismo razonamiento se puede encontrar en el fallo de la Itma. C. A. Santiago. Rol N°248-2007. Sentencia del 20 de marzo de 2007. Considerando Octavo: “El error de acuerdo con los autores es el falso concepto de la realidad o la falta de concepto de la realidad.

o “error activo” y, el “error falta de concepto” o “error pasivo”, siendo el primero aquel provocado por un razonamiento equivocado y el segundo por aquel en que intervino la ignorancia o un estado mental anormal.

3.2.2. La capacidad para cometer el error.

La doctrina ha señalado que la persona que incurre en el error debe tener “capacidad” para ser engañada. Esta “capacidad” no es en caso alguno sinónimo de la capacidad civil²⁸¹ ni se rige por sus normas. Para GARRIDO MONTT se trata de “las condiciones mínimas que la hagan potencialmente apta para ser inducida a un error, lo que supone que pueda entender y comprender su entorno y tenga la aptitud adecuada para adoptar decisiones según ese conocimiento”²⁸².

Considera ROMERO que “no pueden ser engañados los que carecen de la capacidad de equivocarse, o sea, en la medida que si incapacidad les impida

El error, falso concepto, es el razonamiento equivocado. Los antecedentes con que se cuenta para apreciar determinado hecho no son útiles o no son suficientes para la acertada conclusión. En cambio, el error, falta de concepto es la ignorancia en que se encuentra una persona frente a una realidad.”

281 YUBERO CANEPA, ob. cit., p. 47.

282 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 326

discernir”²⁸³. En estos casos, tal como señala BUSTOS: “simplemente habrá hurto y no será necesaria la prueba del engaño y del error”²⁸⁴.

3.2.3. El error preexistente y el caso del agente provocador.

Tradicionalmente, respecto a la oportunidad del error, se requiere que éste se ubique previo al acto de disposición y sea provocado por el engaño; pero el problema surge en aquellos casos que la disposición patrimonial es realizada sin error o por un error que no es fruto del engaño intentado por el autor.

La mayoría de la doctrina considera que el error preexistente no es constitutivo de estafa, a menos que, tal como se manifestó al momento de analizar el engaño omisivo, sobre el autor recaiga un deber de despejar el error de la víctima o ha realizado maniobras para la mantención del error. Así lo han

283 ROMERO, ob. cit., p. 200. Posteriormente, la autora añade: “En general, el criterio de que el sujeto pasivo de la estafa sea un sujeto jurídicamente capaz, pues de lo contrario habría hurto y no estafa, es el criterio seguido por la doctrina dominante”

284 BUSTOS, ob. cit., p. 191. Señala, más en detalle: “No habrá problema de error en aquellos casos en que faltaban las condiciones personales, por cualquier razón, para tomar conocimiento de esa realidad (así el aprovecharse de alguien que tiene ignorancia absoluta sobre el tema, por pertenecer a otra cultura o de un niño o de un enfermo mental), en estos casos simplemente habrá hurto y no será necesaria la prueba del engaño y del error.”

expresado POLITOFF, MATUS y RAMIREZ²⁸⁵, además de BUSTOS²⁸⁶.

La jurisprudencia también ha sido clara y ha fallado en ese mismo sentido, tal como lo señala FIGUEROA al analizar la sentencia de la causa R.U.C. 0600443058-K²⁸⁷.

El “agente provocador” es definido por ROMERO aquel que “lo mueve el solo fin de que el provocado se haga merecedor de la pena”²⁸⁸. En estos casos, el consentimiento de la víctima produce atipicidad de la estafa (al igual que en otros delitos patrimoniales), tal como lo hace presente BUSTOS²⁸⁹. Algunos autores, según lo señalado por ROMERO²⁹⁰, consideran que el agente provocador sería un instigador y podría ser responsable penalmente por aquello, pero en opinión de la mayoría, la conducta resulta inadecuada para originar el delito; sin embargo, podría provocar una tentativa inidónea al eliminar los elementos engaño y error de la estafa. En un sentido similar, YUBERO considera que “si el acto de disposición del sujeto pasivo fue fruto de una

285 POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 432.

286 BUSTOS, ob. cit., p. 192.

287 FIGUEROA OSSA, Ulda. 2012. Revisión a algunas discusiones dogmáticas en torno a la estafa con ocasión de la dictación de la sentencia condenatoria en causa RUC 0600443058-K. En Revista jurídica del Ministerio Público, Santiago, 50:pp. 191-210. pp. 209-210.

288 ROMERO, ob. cit., p. 207.

289 BUSTOS, ob. cit., p. 192.

290 ROMERO, ob. cit., p. 208.

voluntad libre y espontánea (no viciada por el error) y la ulterior conducta engañosa del agente sólo se encamina a apropiarse de la cosa o a ocultar su apropiación, el delito que se configura no es el de estafa sino el de apropiación indebida²⁹¹.

3.3. Acto de disposición patrimonial.

En la estafa, además del engaño y el error, se requiere que la víctima realice un acto voluntario de disposición patrimonial en favor del sujeto activo, causado por la falsa representación de la realidad provocada en ella por el engaño del estafador.

En la doctrina nacional, SILVA define este elemento como “la conducta por parte de la víctima por la cual entrega en forma libre y sin coacción una cosa mueble o inmueble, valores o bienes al autor del delito”²⁹²; para GARRIDO MONTT, la disposición patrimonial es el elemento esencial del delito de estafa y que lo define como “delito de disposición” en contraposición a los “delitos de apropiación” (como el hurto o el robo)²⁹³.

291 YUBERO CANEPA, ob. cit., p. 48.

292 SILVA, ob. cit., p. 50.

293 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 329

La jurisprudencia nacional ha conceptualizado este elemento de forma similar a lo establecido en la doctrina. La Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, ha dicho que “se llama disposición patrimonial el acto de voluntad por el cual el sujeto pasivo provoca, activa o pasivamente, una disminución de su patrimonio”²⁹⁴. En palabras similares, el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Curicó ha dicho que la disposición patrimonial es “toda expresión de voluntad con efecto sobre el patrimonio del que la da, el que debe necesariamente derivar del error en el cual la víctima incurrió a consecuencia del engaño de que fue objeto”²⁹⁵.

La mayoría de la doctrina, tanto nacional como extranjera, coinciden al dar al acto de disposición patrimonial un concepto amplio, no restringido al sentido estricto del derecho civil, ya que si así fuera, sólo podrían ser defraudados aquellos sujetos que son titulares o administradores del patrimonio afectado, plenamente capaces, dejando fuera a otras hipótesis de estafa. En este sentido, POLITOFF, MATUS y RAMIREZ²⁹⁶, YUBERO²⁹⁷ y PASTOR²⁹⁸ hacen referencia en sus obras a esta idea, y GARRIDO MONTT avala implícitamente estos argumentos al señalar que: “el acto de disposición puede

294 Itma. C. A. Santiago. Rol N°248-2007. Sentencia del 20 de marzo de 2007. Considerando Octavo.

295 T.J.O.P. de Curicó. R.U.C. N°0710012401-1. Sentencia del 31 de julio de 2009. Considerando Octavo.

296 POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 434.

consistir en una acción (así entregar una suma de dinero al estafador), o una omisión (no exigir el pago del precio de un objeto vendido al engañar al dependiente de que ya había sido cancelado). Puede consistir en la prestación de un servicio o en la constitución de un gravamen²⁹⁹. Estas dos hipótesis del acto de disposición patrimonial también son desarrolladas por ROMERO³⁰⁰, y por POLITOFF, MATUS y RAMIREZ³⁰¹.

El elemento central en la disposición patrimonial, es la voluntariedad y consentimiento de la entrega, tal como lo señala ROMERO, “en la disposición patrimonial habrá consentimiento y voluntad, aunque viciados por el error. Si esto no ocurre, es decir, si la disposición no fue motivada por el error, sino, por ejemplo, por la violencia, otro será el delito, como quizá robo, pero no estafa”³⁰².

297 YUBERO CANEPA, ob. cit., pp. 45-46. “De esta manera, las expresiones “acto de disposición” no se emplean en el sentido que les atribuye el Derecho Civil; en el Derecho Civil, el acto de disposición no es, en rigor, un acto jurídico. Tratándose de la estafa, el concepto es más amplio; incluye todos los actos que permiten al agente la aprehensión física de la cosa. Por consiguiente, no es indispensable que el disponente tenga facultad jurídica para disponer de las cosas como no la tiene, por ej., el sirviente que entrega al sujeto activo, enviado fingido o aparente de su patrón, un objeto que le es pedido a su nombre.”

298 PASTOR (2009), ob. cit., p. 218. “En primer lugar, según la doctrina dominante, para que haya acto de disposición no es necesario que el disponente reúna los requisitos exigidos por el Derecho Civil (la capacidad negocial) para poder disponer”

299 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 330.

300 ROMERO, ob. cit., pp. 223-226.

301 POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 434.

302 ROMERO, ob. cit., p. 225.

Esta postura es avalada también por BUSTOS³⁰³, autor que además, hace presente que engaño, error y disposición deben recaer sobre la misma persona, aunque no sea la que sufra el perjuicio.

Finalmente, es necesario mencionar el alcance de la disposición patrimonial, según GARRIDO MONTT, “tiene que corresponder a algo susceptible de ser valorado económicamente. Los bienes de otro orden, que no puedan ser objeto de una apreciación patrimonial, quedan excluidos”³⁰⁴.

3.4. Perjuicio Patrimonial.

El perjuicio patrimonial es el resultado final del delito de estafa. La víctima, engañada y en error, provoca una lesión en el patrimonio propio o de un tercero a través del acto de disposición.

En Chile la doctrina ha elaborado varios conceptos para explicar el daño, por ejemplo, GARRIDO MONTT lo define como la “disminución del patrimonio del sujeto pasivo, tiene que sufrir una pérdida apreciable pecuniariamente”³⁰⁵, mientras que SILVA menciona que es “el detrimento o menoscabo que sufre el

303 BUSTOS, ob. cit., p. 192.

304 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 330.

305 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 331.

bien jurídico resguardado por la ley, sea éste la propiedad, el dominio o el patrimonio”³⁰⁶. De manera similar, la jurisprudencia ha dicho que el perjuicio es “un daño o menoscabo en el patrimonio (...) puede recaer sobre cosas materiales y también sobre cosas inmateriales: derechos, clientela, prestigio, situación comercial, siempre que sean apreciables en dinero”³⁰⁷.

A diferencia de otros elementos como el engaño o el acto de disposición, cuya falta produce que no exista el delito de estafa o que se tipifique como otro delito, la falta de perjuicio patrimonial no produce estos efectos y sólo afecta al *iter criminis*, pues la estafa se configurará en grado de tentativa o frustrada³⁰⁸.

3.4.1. La estafa triangular.

Tal como ya se ha manifestado al analizar la disposición patrimonial, el perjuicio ocasionado por la estafa no siempre recae en la víctima del engaño, como menciona GARRIDO MONTT, “el engañado es el sujeto pasivo de la acción, pero no siempre del delito”³⁰⁹; denominándose estos casos “estafas

306 SILVA, ob. cit., p. 47.

307 Itma. C. A. Santiago. Rol N°248-2007. Sentencia del 20 de marzo de 2007. Considerando Octavo.

308 SILVA, ob. cit., p. 47.

309 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 330.

triangulares”, y es definida por ROMERO como aquella que se produce “cuando el autor engaña a otro para que éste le entregue una cosa perteneciente a un tercero”³¹⁰, añadiendo posteriormente que el engañado debe poseer una autorización jurídica o vínculo con el patrimonio lesionado, dando lugar a dos teorías: la teoría de la situación y la teoría de la autorización.

3.4.1.1. Teoría de la situación.

De acuerdo a esta teoría, que sigue un criterio fáctico, para que el engañado pueda disponer del patrimonio del tercero afectado, deben concurrir los siguientes elementos³¹¹:

1º Una relación cercana objetiva entre quien dispone y la cosa;

2º El engañado debe ser co-poseedor de la custodia de la cosa, junto a la víctima del daño patrimonial

3º El sujeto pasivo del engaño debe tener conciencia de la disposición de la cosa entregada.

310 ROMERO, ob. cit., p. 235.

311 *Ibidem*, p. 236.

3.4.1.2. Teoría de la autorización.

Desde esta óptica, el engañado debe tener una autorización jurídica para poder decidir sobre la cosa a disponer, no siendo suficiente la mera cercanía fáctica sobre la cosa³¹².

4. Elementos subjetivos del tipo.

4.1. Dolo.

El dolo, en la práctica, es un requisito común a casi todos los delitos, pero su configuración varía según el delito. En la estafa, POLITOFF, MATUS y RAMIREZ lo definen como “el conocimiento y voluntad de engañar, producir un error, una disposición patrimonial y un perjuicio (económico)”³¹³; y BALMACEDA lo hace como “la conciencia y voluntad de engañar a otro produciéndole un perjuicio patrimonial a él mismo o a una tercera persona”³¹⁴. En este mismo sentido, GARRIDO MONTT concluye, que al ser necesario el dolo dirigido a

312 *Ibidem*, p. 237.

313 POLITOFF et al. (2005), *ob. cit.*, p.440.

314 BALMACEDA (2013), *ob. cit.*, p. 119.

engañar y provocar el error, la disposición y el perjuicio, sólo caben hipótesis de dolo directo y debe excluirse el dolo eventual y/o la negligencia³¹⁵, en el mismo sentido, ROMERO³¹⁶, PASTOR³¹⁷ y, POLITOFF, MATUS y RAMIREZ³¹⁸, entre otros.

El dolo en la estafa, está constituido por dos elementos³¹⁹: la conciencia (como elemento cognitivo) y la voluntad (elemento volitivo) de engañar a otro. En este sentido, tal como señala YUBERO, “no hay dolo si el sujeto cree verdaderas (no engañosas) sus manifestaciones (como si vende bienes inmuebles estimándose propietario de la finca) o, si considerándolas así, espera que no sean creídas por la persona a quien las dirige”³²⁰; lo mismo opinan POLITOFF, MATUS y RAMIREZ³²¹.

315 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 341.

316 ROMERO, ob. cit., p. 336. “La exigencia de un elemento subjetivo, en el tipo de la estafa, impide la posibilidad de configurar el delito a título de imprudencia. Necesariamente la estafa debe ser dolosa”.

317 PASTOR (2009), ob. cit., p. 221.

318 POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p.440. “En Chile, no hay estafa imprudente, porque no existe la figura respectiva. Además, según ETCHEBERRY, la estafa requiere dolo directo, por lo que no se admitiría la figura de estafa con dolo eventual”.

319 ROMERO, ob. cit., p. 336.

320 YUBERO CANEPA, ob. cit., p. 59.

321 POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p.441.

4.2. Ánimo de Lucro.

El ánimo de lucro en la estafa es, a grandes rasgos, la obtención de un provecho, o como la define la R.A.E. la “ganancia o provecho que se saca de algo”³²². Este concepto amplio del lucro es también usado en el contexto del delito de estafa por una parte de la doctrina. Por ejemplo, en Chile, SILVA define el ánimo de lucro como el “beneficio ilícito e injusto que va a recibir el sujeto activo”³²³.

Pero no toda la doctrina comparte esta definición. Parte de los autores se centran en una definición más jurídica y estricta de lucro, restringiéndolo a un beneficio patrimonial o incluso, pecuniario. Por ejemplo, YUBERO considera que “la expresión “lucro” se emplea en su sentido natural y obvio, vale decir, como beneficio pecuniario que se traduce o concreta en un acrecimiento (aumento, expansión) del patrimonio”³²⁴; en el mismo sentido, GARRIDO MONTT³²⁵. PASTOR, en España, señala que la doctrina se ha inclinado por un concepto más estricto de lucro, mientras que la jurisprudencia lo hace por un

322 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española. [En línea]. <<http://lema.rae.es/drae>>. [Consulta 2 Julio 2015].

323 SILVA, ob. cit., p. 53.

324 YUBERO CANEPA, ob. cit., p. 60.

325 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 333.

concepto amplio³²⁶.

En la doctrina extranjera, ROMERO señala que la estafa, por ser un delito de daño y no de enriquecimiento, “se consume con la sola producción del daño o perjuicio. La obtención del propósito ulterior que tuvo en miras el autor, es un elemento extraño al tipo de la estafa”³²⁷, y complementa, luego “no cabe duda que el sujeto activo obra con la intención de obtener una ventaja patrimonial”³²⁸, pero no es necesario que esta ventaja se concrete para que la estafa se consume.

Una situación especial se produce cuando no existe ánimo de lucro, sino un “ánimo de hacerse pago”. Según PASTOR, en estos casos no existe una estafa, sino sólo una realización arbitraria del propio derecho³²⁹.

4.2.1. Tesis en contra de la inclusión del ánimo de lucro como elemento del tipo

326 PASTOR (2009), ob. cit., p. 221. “La doctrina define este ánimo como la persecución de un beneficio patrimonial para el autor o para un tercero. Sin embargo, la jurisprudencia lo interpreta de modo más amplio, como finalidad de obtener cualquier utilidad o provecho, es decir, sin exigir que exista un ánimo de beneficiarse económicamente”.

327 ROMERO, ob. cit., p. 335.

328 Ibídem, p. 336.

329 PASTOR (2009), ob. cit., p. 221.

La doctrina nacional ha discutido ampliamente sobre la inclusión o no del ánimo de lucro en la estafa. Es necesario mencionar que nuestro Código Penal, en los artículos 468, 473 y todos aquellos referidos al delito de estafa en el Código Penal, no hace referencia expresa al ánimo de lucro, como sí se hace en el artículo 432³³⁰, que define a los delitos de apropiación, como el hurto, el robo con fuerza o el robo con violencia. Otras legislaciones, como el artículo 248.1.³³¹ del Código Penal Español, insertan el ánimo de lucro como un elemento de la estafa o al menos señalan la intención del autor para obtener un provecho ilícito, como el artículo 196³³² del Código Penal de Perú.

A partir de estos argumentos, GARRIDO MONTT³³³ se muestra en contra de la exigibilidad del lucro al considerar que si el legislador hubiera estimado

330 CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de Noviembre de 1874 (última modificación: 10 de junio 2015, Ley N°20.844). **ART. 432.** El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica como hurto.

331 ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 1995. Código Penal, 23 de Noviembre de 1995 (última modificación: 31 marzo de 2015, BOE-A-2015-3439). **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.

332 PERÚ. Ministerio de Justicia. 1991. Código Penal, 08 de abril de 1991 (última modificación 08 de julio 2014, Ley N°30.219). **ART. 196.** El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

333 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 333. “Como afirmación general en nuestro sistema los delitos de estafa no requieren que el sujeto activo cometa el delito con ánimo de lucrar, de enriquecerse o de aumentar su propio patrimonio (...) En el Código nacional, ninguno de los artículos que tratan de las estafas hace referencia a este ánimo, a diferencia de lo que hizo el artículo 432, al definir el hurto y el robo, en los cuales sí lo establece como elemento subjetivo.”

necesario incluir al ánimo de lucro como un presupuesto del delito de estafa, éste hubiera sido mencionado expresamente, tal como lo fue en el artículo 432 y lo es en la legislación extranjera. En un sentido similar, POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ³³⁴, quienes además, señalan los inconvenientes de exigir el ánimo de lucro como requisito de la estafa, por ejemplo, en caso que la víctima puede ser engañada para hacer una donación a una entidad sin fines de lucro.

4.2.2. Tesis a favor del ánimo de lucro como elemento del tipo

Por la tesis contraria, que señala al ánimo de lucro como un elemento del delito de estafa, HERNANDEZ concluye que “la estafa no es simplemente un delito de daño del patrimonio ajeno, sino uno de enriquecimiento a costa de dicho patrimonio”³³⁵; pero BALMACEDA, quien también apoya la tesis, opina distinto y sigue a la doctrina italiana que exige el ánimo pero no que dicho enriquecimiento se concrete³³⁶, porque en la estafa, los elementos centrales son

334 POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 419. “Nosotros estimamos más acertada la aproximación de ETCHEBERRY, pues no parece existir en las disposiciones relativas a las estafas, ningún elemento que haga deducir la existencia de un ánimo especial, como sí lo requieren expresamente las legislaciones extranjeras antes citadas.”

335 HERNANDEZ, ob. cit., p. 189

336 BALMACEDA (2013), ob. cit., p.123. “Este ánimo ha de ser “directo” y debe poseer un “sentido económico” (porque es la contrapartida del daño patrimonial). Tiene que concurrir como una “tendencia subjetiva” y, por lo tanto, no se requiere -como hace el Derecho Italiano- que el beneficio o provecho se logre.”

el engaño y el perjuicio³³⁷. YUBERO, quien también considera al ánimo de lucro como un elemento de la estafa, añade que dicho lucro debe ser “injusto”³³⁸, indistintamente si es en beneficio del propio autor o de un tercero.

4.2.3. La opinión de la jurisprudencia

De acuerdo a lo mencionado por INGLESÍ, la jurisprudencia nacional al igual que la española, en contra de la doctrina mayoritaria, ha considerado al ánimo de lucro como un elemento de la estafa, incluso llegando a definir el ánimo de lucro en la estafa como “el vínculo que une la participación del agente con la defraudación causada y el correlativo beneficio que supone la estafa”³³⁹; así también lo reconocen POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ³⁴⁰.

No obstante lo afirmado por los autores, la jurisprudencia nacional ha

337 *Ibíd.*, p.125.

338 YUBERO CANEPA, *ob. cit.*, p. 62. El autor estima que no es conveniente para el análisis del delito de estafa, usar los conceptos de Derecho Civil referidos al enriquecimiento sin causa y considera que el engaño excluye la “justicia” del lucro: “lo único cierto y definitivo es que basta la concurrencia del engaño para que, en equidad, deba ser excluida la justicia del lucro (...) Como el engaño no es una causa que justifique “jurídicamente” los desplazamientos patrimoniales, el sujeto pasivo conserva el derecho a ser repuesto en su primitiva posición económica”.

339 *Itm.* C. A. Concepción. Rol N° 448-2007. Sentencia del 07 de Septiembre de 2007. *En*: Citado en INGLESÍ, Andrea. 2011. El “ánimo de lucro” en el delito de estafa: ¿es necesario como elemento subjetivo del tipo penal? *En*: Revista de Derecho y Ciencias Penales Universidad San Sebastián, 17: pp. 181-195.

340 POLITOFF et al. (2005), *ob. cit.*, p. 419.

fallado en ambos sentidos. En primer lugar, es común que al enunciar los elementos del tipo, además del engaño, error y disposición patrimonial, se mencione al ánimo de lucro³⁴¹. Pero también ha considerado lo contrario³⁴².

5. Bien jurídico protegido.

Nuestro Código Penal ubica a la estafa dentro de los “Crímenes y simples delitos contra la Propiedad”. Esta clasificación, basada en el Código Penal Español de 1848³⁴³, ha sido objeto de fuertes críticas y hoy, parte de la doctrina considera que el legislador incurrió en un error al mencionar la propiedad como bien jurídico protegido. Pero el Código Penal chileno no es el único que incurrió en este “error” (que en realidad se trata de la interpretación y clasificación dada a este tipo de delitos en la época de redacción del Código), ya que es posible observar la misma clasificación en otros códigos de la época,

341 Iltma. C. A. Concepción. Rol N°672-2007. Sentencia del 25 de enero de 2008. Considerando Tercero: “Que, la jurisprudencia ha dicho que del artículo 473 se desprende que los elementos del delito de estafa son: la lesión o perjuicio patrimonial, el engaño -que debe ser idóneo- y el ánimo de lucro en el agente.”

342 Iltma. C. A. Temuco. Rol N°436-2007. Sentencia del 18 de mayo de 2007. Considerando Decimoquinto: “El Tribunal en momento alguno ha señalado como condición de elemento del tipo penal -fraude por engaño- a la ganancia perseguida por el hechor”.

343 IÑESTA PASTOR, Emilia. 2011. El Código Penal Español de 1848. Valencia, España, Universidad de Alicante. Editorial Tirant Lo Blanch. p. 730.

como el Código Penal argentino de 1887³⁴⁴ o el Código Penal brasileño de 1890³⁴⁵.

IÑESTA explica las razones que tuvieron los legisladores de ese tiempo para considerar la propiedad como bien protegido y la técnica legislativa empleada: “El casuismo en su regulación, y la rigurosidad en la penalidad, son un claro reflejo de la protección de los intereses de la oligarquía agraria y financiera de mediados del XIX, como sector dominante social y políticamente. En esta temática, el Código aparece presidido por el individualismo y una cerrada defensa de la propiedad por parte de una clase burguesa que no está dispuesta a extender sus privilegios a las clases inferiores”³⁴⁶.

Algunos autores, durante la primera mitad del siglo XX, defendieron la propiedad como bien jurídico protegido, criticando a aquellos autores que argumentaban a favor del patrimonio como bien jurídico protegido. En

344 SOLER (1963), ob. cit., p. 149.

345 PIERNAGELLI, J.H. 1980. Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica. Bauru, Brasil. Editora Jalovi Ltda. p. 311. El Código Penal brasileño inserta estos delitos dentro del Título XIII del Libro II, llamado “*Dos crimes contra a propriedade publica e particular*” (“De los crímenes contra la propiedad pública y particular”); dicho título incluye los delitos de “*Damno*” (“Daños”), “*Furto*” (“Hurto”), “*Falencia*” (“Quiebra”, referidos a la quiebra fraudulenta), “*Do estellionato, abuso de confiança e outras fraudes*” (“De la estafa, abuso de confianza y otros fraudes”) y, “*Dos crimes contra a propriedade literaria, artistica, industrial e commercial*” (“De los crímenes contra la propiedad literaria, artística, industrial y comercial”). Llama la atención que el robo (“*Do roubo*”), tipificado en la mayoría de las legislaciones como un delito contra el patrimonio, usualmente junto al hurto, se encuentra tipificado en el título siguiente, “*Dos crimes contra a pessoa e a propriedade*” (“De los crímenes contra la persona en su propiedad”), junto a la extorsión (“*Das extorsões*”).

346 IÑESTA, ob. cit., p. 731.

Argentina, SOLER, por ejemplo, considera que la noción de patrimonio es demasiado amplia y no constituye un derecho en sí, a diferencia de la propiedad, que sí es un derecho y cuyo alcance es más amplio que el concepto de dominio usado por los autores de derecho civil³⁴⁷. Por otra parte, NUÑEZ, al analizar el Código Penal Argentino, hace una descripción tan amplia del concepto de propiedad que se confunde con la de patrimonio: “Ésta [la propiedad], como bien protegido penalmente, está constituida por los bienes susceptibles de apreciación pecuniaria que, sin ser inherentes a ella, jurídicamente pertenecen a una persona física o moral.”³⁴⁸

En Chile, ETCHEBERRY³⁴⁹ y SILVA³⁵⁰, de manera similar a los autores trasandinos, consideran que el bien jurídico protegido es la propiedad, no entendida como sinónimo de dominio o propiedad quiritaria (expresada en los términos señalados por el artículo 582³⁵¹ de nuestro Código Civil) sino en un concepto constitucional mucho más amplio (contenido en el artículo 19 n°24 de

347 SOLER (1963), ob. cit., p. 150. “Se incurre en un error al referir el concepto de propiedad al de dominio, definido por el C.Civil, porque en nuestro derecho existe un concepto jerárquicamente superior, porque es constitucional, de acuerdo con el cual esa expresión tiene un significado positivo y vigente mucho más amplio (...) dentro del cual no solamente están incluidos los derechos dominicales, sino también (...) los créditos, los derechos a percibir futuras cantidades, el derecho a percibir una renta equitativa, etcétera”.

348 NUÑEZ, Ricardo. 1959. Derecho Penal Argentino: Parte Especial, Tomo V. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Omeba. p. 163.

349 ETCHEBERRY, A. 1997. Op. Cit. p. 287.

350 SILVA, H. 2005. Op. Cit. p. 96.

nuestra Constitución Política³⁵² y en el artículo 17 de la Constitución Nacional Argentina³⁵³). En este sentido, ETCHEBERRY define la propiedad cautelada en el Código Penal como “el vínculo que une al sujeto con todos los derechos de que es titular y que sean económicamente apreciables, esto es, tanto a los derechos reales que no son el dominio (como el usufructo), como a los derechos personales o créditos”³⁵⁴.

Si bien, según la “tesis dualista”³⁵⁵, el Derecho Penal alberga conceptos propios cuyo significado suele ser más amplio que aquel dado por el Derecho Privado, el alcance que estos autores le han dado al concepto de propiedad, resulta confusa y no presenta un argumento que lo diferencie realmente del concepto de patrimonio, como se verá a continuación.

351 CHILE. Ministerio de Justicia. 1855. Código Civil, 14 de diciembre de 1855 (última modificación: 21 de abril de 2015, Ley N°20.830). **Artículo 582.** El *dominio* (que se llama también *propiedad*) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama *mera* o *nuda propiedad*.

352 CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1980. Constitución Política de la República, 22 de septiembre de 2005 (última modificación: 21 de julio de 2015, Ley N°20.854). **Artículo 19.** La Constitución asegura a todas las personas: 24° El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e inmateriales.

353 ARGENTINA. 1994. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Constitución de la Nación de Argentina, 22 de agosto de 1994. **Artículo 17.** La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en la ley.

354 ETCHEBERRY (tomo III), ob. cit., p. 288.

355 BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., p. 9.

5.1. El patrimonio.

A pesar de la clasificación que hace nuestro Código Penal, hoy, la doctrina mayoritaria³⁵⁶ considera que el bien jurídico protegido en el delito de estafa (y en general, en los delitos de apropiación material e inmaterial), es el patrimonio. LABATUT, por ejemplo, considera que en realidad, los delitos contenidos en el Título IX afectan “derechos patrimoniales”³⁵⁷. En la doctrina argentina, DONNA, considera que se trata de un delito contra el patrimonio, pues se afectan valores patrimoniales que van más allá de la propiedad³⁵⁸.

Si bien en la doctrina mayoritaria existe un relativo consenso sobre la protección al patrimonio, se discute sobre el concepto de patrimonio y el alcance de dicha protección.

Sobre el alcance, se advierten dos tendencias: una perspectiva amplia según la cual lo protegido es el patrimonio en su totalidad, como universalidad; y una perspectiva restringida, que considera protegido sólo algunos bienes o

356 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 319; POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 414 y; BALMACEDA (2013), ob. cit., p.82.

357 LABATUT, ob. cit., p. 347.

358 DONNA, ob. cit., p. 263. “Técnicamente resulta más adecuado hablar de “delitos contra el patrimonio”, pues no sólo se incluyen acciones que lesionan o ponen en peligro la propiedad, sino también aquellas que afectan a otros valores patrimoniales como la posesión, el derecho de crédito, e incluso las expectativas.”

elementos particulares dentro del patrimonio.

Adhiriendo a la primera interpretación, BALMACEDA considera que para determinar el perjuicio patrimonial, una vez consumado el delito de estafa, habrá de atenderse a la totalidad del patrimonio antes y después de la estafa, siendo esta diferencia de valor económico, el perjuicio; además, aunque se lesionen uno o más elementos integrantes del patrimonio, la estafa sólo se configura si dicha lesión significa una disminución efectiva en el patrimonio total³⁵⁹.

En cuanto a concepto de patrimonio, la doctrina ha considerado tres³⁶⁰ o cuatro³⁶¹ conceptos: uno estrictamente jurídico, uno económico, uno mixto (jurídico-económico) y, uno funcional.

5.1.1. Concepto jurídico de patrimonio.

Según esta definición, el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, es decir, como mencionan POLITOFF, MATUS y

359 BALMACEDA (2013), ob. cit., p. 82.

360 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 319; POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 414. Estos autores consideran tres conceptos de patrimonio: jurídico, económico y mixto (jurídico-económico).

361 BALMACEDA (2013), ob. cit., pp.83-84. El autor agrega, a los tres conceptos descritos por la mayoría de los autores, un cuarto concepto: funcional.

RAMIREZ³⁶², es el concepto clásico de patrimonio dado por el Derecho Civil. Por otro lado, BULLEMORE Y MACKINNON lo definen como “un conjunto de bienes respecto a los cuales el sujeto ostenta un derecho subjetivo”³⁶³.

Este concepto, basado en la “tesis unitaria”³⁶⁴, respeta el principio de unidad del ordenamiento jurídico, pero es, a la vez, objeto de diversas críticas. PASTOR formula dos observaciones³⁶⁵: en primer lugar, supone una renuncia de la elaboración de un concepto específico por parte de la dogmática penal; y en segundo lugar, al ser más relevante el derecho que la cosa (dejando fuera toda relación entre las personas y los bienes que no esté reconocida por un derecho), desatiende la dimensión económica del patrimonio y puede llevar a confundir patrimonio con propiedad. BULLEMORE y MACKINNON, por su parte, formulan tres críticas³⁶⁶: en primer lugar, coinciden con la autora recién citada, en cuanto un concepto estrictamente jurídico de patrimonio no ampara relaciones fácticas del sujeto con la cosa que sí deben ser objeto de protección penal; en segundo lugar, este concepto resulta ser demasiado amplio; y en

362 POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 414

363 BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., p. 9.

364 *Ibidem*, p. 8.

365 PASTOR (2004), ob. cit., pp. 32-33.

366 BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., p. 9.

tercer lugar, no distingue entre derechos patrimoniales y derechos subjetivos.

ETCHEBERRY³⁶⁷, haciendo referencia a SOLER, explica que este autor critica la concepción de patrimonio como bien protegido, ya que éste, como atributo de la personalidad, se compone de un pasivo y un activo, y los delitos contra la propiedad sólo afectan a algunos bienes que forman parte del activo.

En lo que respecta a las estafas en negocios de contenido ilícito o que recaen sobre bienes ilícitos, el concepto jurídico de patrimonio no protege estos hechos, al considerar que dichos bienes no integran el patrimonio³⁶⁸, con independencia de la causa ilícita o inmoral que la víctima persiga con el negocio.

El perjuicio, ante esta teoría, se configuraría con la lesión de un derecho patrimonial de la víctima. Restringirlo sólo a estos casos, crearía un problema, por ejemplo, ante los casos de estafas “triangulares” (aquellas en que los efectos del delito no se radican en el patrimonio del sujeto pasivo), como el caso del criado estafado que entrega bienes de su patrón.

367 ETCHEBERRY (tomo III), ob. cit., p. 288.

368 ROMERO, ob. cit., p. 352.

5.1.2. Concepto económico de patrimonio.

El patrimonio, según este concepto, es definido por BULLEMORE y MACKINNON como “un conjunto de bienes y valores económicos que se encuentran bajo el poder de voluntad de una persona”³⁶⁹; por POLITOFF, MATUS y RAMIREZ como “el conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder (fáctico, no jurídico) de disposición de una persona”³⁷⁰; y por GARRIDO MONTT como el “conjunto de aquellos bienes que la víctima está en condiciones de disponer”³⁷¹.

Este concepto, dominante en la doctrina alemana, deja de lado los derechos que la víctima tenga sobre la cosa, centrándose en la valoración económica del bien y capacidad de la víctima para disponer fácticamente de la cosa. Así, por ejemplo, puede ser objeto del delito de estafa, el engaño realizado a un criado para que entregue una cosa cuya propiedad es de su empleador. De acuerdo a esta doctrina, es procedente la compensación económica en los delitos contra el patrimonio³⁷².

La doctrina ha criticado la amplitud que alcanza este concepto de

369 BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., pp. 9-10.

370 POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 415.

371 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 319.

372 ROMERO, ob. cit., p. 271.

patrimonio, ya que, como mencionan BULLEMORE y MACKINNON³⁷³, ni siquiera se exige que exista una relación fáctica amparada o reconocida por el derecho, incluso amparando estafas en negocios con contenido ilícito que merecen ser reprochados por el Derecho. Así, como ejemplifica PASTOR³⁷⁴, en Alemania se condenó por estafa a un vendedor que entregó placebos inocuos a mujeres que le solicitaron medicamentos abortivos, separando el perjuicio económico sancionable penalmente de la sanción civil que reciben los negocios de contenido ilícito. Siguiendo este criterio, también sería sujeto pasivo de la estafa, el ladrón estafado en los bienes robados. Estos ejemplos dejan en evidencia la necesidad de delimitar jurídicamente el concepto económico patrimonio.

También se ha criticado³⁷⁵ que este concepto, al momento de formular una definición, comete los mismos errores metodológicos del concepto jurídico de la tesis unitaria, al remitirse a otra ciencia, alejada del derecho penal; además, la amplitud del concepto, hace que la valoración del patrimonio y el consecuente perjuicio producido por la estafa, sea muy compleja y difícil de determinar. En este sentido, el perjuicio correspondería a la disminución

373 BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., p. 10.

374 PASTOR (2004), ob. cit., p. 36.

375 PASTOR (2004), ob. cit., p. 37.

económica, y dejaría fuera de la protección penal aquellos casos de estafas que afecten la sustancia o calidad de los bienes objeto de la estafa, cuando el estafador entregue algún objeto de valor económico igual o superior, o cuando el objeto entregado por el estafador le reporte utilidad económica al estafado.

5.1.3. Concepto mixto de patrimonio.

La doctrina, para salvar los problemas y críticas de los conceptos anteriores, ha elaborado una tesis mixta, jurídico-económica, según la cual el patrimonio sería “todas aquellas posiciones de poder que se poseen sobre una cosa, posiciones que teniendo una apariencia jurídica son susceptibles de una valoración económica”³⁷⁶. Este concepto, tal como lo explica PASTOR³⁷⁷, puede abordarse desde dos perspectivas: primero, desde la base de un concepto jurídico de patrimonio, añadiendo un valor económico a los derechos patrimoniales; o, segundo, desde la concepción económica del patrimonio, limitándola jurídicamente. Añade la autora, que en este último caso, la doctrina discute entre quienes consideran que la limitación jurídica contempla un aprobación expresa de las situaciones fácticas protegidas, quienes consideran

376 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 319.

377 PASTOR (2004), ob. cit., pp. 38-39.

que consiste en la no reprobación expresa, y quienes consideran que sólo basta una apariencia jurídica.

Nuestra doctrina³⁷⁸, al analizar este concepto, se ha inclinado preferentemente por la segunda interpretación y centrándose en la limitación jurídica del concepto económico, señala que en realidad, el derecho no reconoce expresamente los bienes susceptibles de protección penal, sino que reprueba expresamente aquellas situaciones que no deben formar parte del patrimonio. Siguiendo este último criterio, se dejaría fuera de la protección penal los negocios de contenido ilícito (como el caso de las pastillas abortivas o el ladrón timado), pero quedan a resguardo otras situaciones lícitas (como el caso del criado engañado o el engaño sobre el derecho de llaves).

A modo de crítica, PASTOR³⁷⁹ señala que este concepto carece de una base sistemática sólida, pues es el resultado de una adaptación ecléctica que no aplica en su totalidad ni los elementos jurídicos ni los fácticos.

378 BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., pp. 9-10; POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 415.

379 PASTOR (2004), ob. cit., p. 39.

5.1.4. Concepto personal-funcional de patrimonio y la teoría de la frustración del fin.

A través de esta teoría, la doctrina ha elaborado un concepto más subjetivo de patrimonio, centrada en la finalidad económica individual del patrimonio como ente dinámico y el fin que la víctima persigue con su patrimonio. El patrimonio, según esta doctrina, no es una universalidad estática, sino una masa variable en el tiempo, que puede aumentar o disminuir. PASTOR³⁸⁰ lo explica, citando a la doctrina alemana (ESER): “el patrimonio no solamente constaba de una dimensión estática, sino también de una dinámica; por tanto, la protección del patrimonio debía abarcar tanto su conservación como su aumento”. ROMERO, por su parte, explica que el concepto personal de patrimonio reconoce una finalidad económica individual³⁸¹, con lo cual, la lesión patrimonial no afecta sólo una masa de bienes (como en la teoría económica) o un derecho (como en la teoría jurídica), sino que se afecta a la persona titular del patrimonio, en palabras de ROMERO: “lo importante de todo esto, es que no se lesiona aisladamente el patrimonio, sino que alguien es

380 *Ibidem*.

381 ROMERO, *ob. cit.*, p. 283.

lesionado en su patrimonio al frustrarse sus fines patrimoniales”³⁸².

Para determinar el perjuicio provocado por la estafa usando esta teoría, es necesario atender la frustración de los fines económicos perseguidos por la víctima en el negocio fraudulento. Como lo explican ROMERO³⁸³, en coincidencia con BULLEMORE y MACKINNON³⁸⁴, “la disminución del patrimonio solamente constituirá un daño patrimonial cuando el titular del patrimonio encuentre limitada o frustrada su finalidad en su ámbito económico de acción, aunque esta sea en una pequeña medida”.

Uno de los principales objetivos de esta teoría es delimitar el perjuicio sufrido por estafas basadas en actos gratuitos, en actos que persiguen fines no económicos o aquellos actos en que lo esencial es la valoración subjetiva de la cosa más allá de la mera valoración económica.

Por ejemplo, PASTOR³⁸⁵ cita el caso de quien realiza una donación caritativa a una entidad motivado por la aparente donación hecha por un tercero, que en la realidad no dona; o el caso de un comprador fraudulento que disfraza su nacionalidad para obtener un precio ventajoso.

³⁸² *Ibíd*em, p. 284.

³⁸³ *Ibíd*em, p. 283.

³⁸⁴ BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), *ob. cit.*, p. 11.

³⁸⁵ PASTOR (2004), *ob. cit.*, pp. 42-43.

Algunos autores critican esta doctrina porque al dar un enfoque subjetivo del patrimonio, aquellos delitos dejarían de afectar el patrimonio (propriadamente tal) y afectarían a la persona (por ejemplo, en su libertad)³⁸⁶, además de exigir criterios individuales para la determinación del daño, tomando en cuenta la valoración que cada víctima haga de los bienes afectados por la estafa³⁸⁷. Otros, en cambio, consideran que la frustración de un fin no económico no constituye perjuicio y además, resulta muy ambiguo hablar de una mera “frustración de fines” sin precisar si se trata de un fin económico o no, o si la víctima buscaba concretar un fin objetivo o no³⁸⁸.

5.2. Deberes de veracidad y libertad de disposición.

Para algunos autores, el delito de estafa lesiona tanto el patrimonio de la víctima como su libertad de disposición. La afectación de esta libertad está ligada a los “deberes de veracidad”. Como ya fue explicado al momento de analizar el engaño como infracción a los deberes de veracidad, la falta a este deber afecta el consentimiento prestado por su contraparte en el negocio,

386 BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., p. 11.

387 ROMERO, ob. cit., p. 284.

388 PASTOR (2004), ob. cit., p. 43.

entendido éste como la “libertad en la formación de la voluntad en un proceso de toma de decisión”³⁸⁹. Esta afectación limita el poder de la víctima sobre su propio patrimonio (entendido éste desde una óptica personal-funcional) a través del engaño, afectando lo que PASTOR denomina “*libertad interna*”³⁹⁰.

5.3 La estafa como delito económico.

La doctrina ha entendido a los delitos económicos desde un concepto amplio y otro restrictivo. Desde una perspectiva amplia, se protege al “orden económico”, entendido éste como “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”³⁹¹; mientras que desde una perspectiva restringida, lo protegido son los atentados a la libre competencia, conductas contrarias al comercio exterior, fraudes bursátiles y crediticios, y la usura³⁹².

389 *Ibidem*, p. 47.

390 *Ibidem*, p. 180. La autora distingue, en lo referido a la disposición patrimonial, dos tipos de libertades: una *libertad externa*, que es la libertad del individuo para concretar y exteriorizar su voluntad; y una *libertad interna*, entendida como aquella necesaria para formar el consentimiento o voluntad. Agrega, comparando la estafa con otros delitos contra el patrimonio, que “la violencia y la intimidación inciden sobre la libertad externa, es decir, afectan la libertad de ejercicio de la voluntad (...) En cambio, por otra parte, el engaño, aunque pueda calificarse en sentido amplio como una especie de “violencia intelectual”, afecta la libertad interna, puesto que es un comportamiento manipulativo que incide sobre el proceso de formación de voluntad”.

391 MAYER, Laura; FERNANDES, Ines. 2013. La estafa como delito económico. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, 41(2): pp. 183-209. p. 192.

392 *Ibidem*, p. 190.

Siguiendo un razonamiento amplio, que entiende al orden económico como un conjunto amplio de bienes jurídicos cuya protección incluye bienes que forman parte de la criminalidad patrimonial. En este sentido, para MAYER y FERNANDES resulta plausible que la estafa, además de afectar intereses patrimoniales, puede afectar intereses colectivos que exceden el ámbito del individuo, identificables con la economía y el orden público económico³⁹³, especialmente en aquellos casos en que se ha afectado los intereses patrimoniales de muchas personas, y por consecuencia, el orden económico.

6. Iter criminis.

En principio, la doctrina penal distingue dos grandes etapas de ejecución de un delito: una etapa interna y otra externa.

La etapa interna es aquella en la cual el futuro autor prepara e idea el delito en su fuero interno sin ejecutar actos ni exteriorizar conductas tendientes a la ejecución del delito. Esta etapa no es punible, pues, como cita GARRIDO MONTT, “las ideas no delinquen”³⁹⁴. ETCHEBERRY³⁹⁵, por su parte, distingue

393 *Ibidem*, p. 197.

394 GARRIDO MONTT (2003), *ob. cit.*, p. 261

395 ETCHEBERRY (1998, tomo II), *ob. cit.*, p. 52.

en esta fase, tres sub etapas principales: ideación, deliberación y resolución; pero reconoce que éstas pueden variar, presentándose otras diversas o faltando alguna de ellas. BULLEMORE y MACKINNON³⁹⁶ concuerdan con el autor recién citado.

En la fase externa, la voluntad delictiva se materializa en dos estados: actos de preparación, y actos de ejecución.

Los actos de preparación (aquellos que buscan dar inicio a la actividad delictiva), por regla general, no son punibles. ETCHEBERRY los define como “todas aquellas conductas en que si bien la voluntad se ha exteriorizado mediante actos, ellos no llegan todavía a representar un “comienzo de ejecución” del delito mismo”³⁹⁷. Los actos de ejecución, por el contrario, si son punibles, aunque no se llegue a consumir el delito. Así lo han establecido los artículos 7^o³⁹⁸ y 8^o³⁹⁹ de nuestro Código Penal, al establecer como hito del inicio de la punibilidad: la tentativa.

396 BULLEMORE y MACKINNON (tomo II), ob. cit., p. 188.

397 ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 52.

398 CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de Noviembre de 1874 (última modificación: 10 de junio 2015, Ley N°20.844). **Artículo 7.** Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone 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.

El principio de ejecución, que delimita la frontera entre los actos de preparación y los actos de ejecución, es un asunto ampliamente discutido en la doctrina, distinguiéndose varias doctrinas cuyo análisis excede los objetivos del presente trabajo.

En el delito de estafa, al igual que en el resto de los delitos, la etapa interna (la idea de defraudar a alguien, o los pensamientos que planifican un engaño) no es objeto de persecución penal. Pero la etapa externa sí es punible, ante lo cual es necesario determinar cuál es el principio de ejecución. De acuerdo a SILVA, el principio de ejecución de la estafa está dado por el engaño: “materialmente el sujeto activo inicia la acción de defraudar por medio de actos de ejecución constitutivos de conductas engañosas, ya descritas, tales como ardides, maquinaciones, actos de simulación”⁴⁰⁰.

Una vez establecido el principio de ejecución, y considerando que la

399 CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de Noviembre de 1874 (última modificación: 10 de junio 2015, Ley N°20.844). **Artículo 8.** La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito. La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas. Exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias.

400 SILVA, ob. cit., p. 123.

estafa es un delito de resultado (es decir, que se requiere una lesión patrimonial efectiva), la doctrina ha establecido que caben, dentro del *iter criminis* de la estafa, la tentativa, la frustración y la consumación.

6.1. Consumación y agotamiento del tipo.

El punto de partida común fijado por la doctrina respecto al análisis del *iter criminis* en el delito de estafa, es la consumación. Se entenderá consumada la estafa una vez que se han hecho presentes todos sus elementos constitutivos, tanto objetivos (engaño, error, acto de disposición y perjuicio) como subjetivos (ánimo de lucro, dolo). Así lo ratifican GARRIDO MONTT⁴⁰¹, SILVA⁴⁰², y POLITOFF, MATUS y RAMIREZ⁴⁰³.

En este punto es de vital importancia entender que la estafa es un delito de resultado, por lo que su consumación depende de la producción del resultado lesivo esperado por el autor. En este punto, a pesar de que la estafa es clasificada como un “delito de apropiación por medios inmateriales”, la doctrina mayoritaria considera que el tipo se consuma con el perjuicio

401 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 342

402 SILVA, ob. cit., p. 124.

403 POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 442.

patrimonial y no con el provecho económico que el autor de la estafa pueda obtener de la víctima⁴⁰⁴. En refuerzo de esta idea, cabe recordar que la doctrina discute acerca de considerar al ánimo de lucro como un elemento de la estafa, pero en ningún caso se discute ni se considera como elemento del delito que dicho ánimo se concrete en una ganancia efectiva para el autor, tal como señala GARRIDO MONTT: “El tipo de estafa exige una voluntad dirigida a perjudicar, pero no así la de alcanzar un beneficio para sí mismo”⁴⁰⁵.

Si el perjuicio patrimonial no está presente, es decir, la estafa es imperfecta, esta se encontrará en calidad de tentativa o frustrada dependiendo de la actividad desplegada por el autor u otras causas, en virtud de lo señalado en el artículo 7° del Código Penal.

Parte de la doctrina distingue la consumación formal de la consumación material o agotamiento del tipo. La primera correspondería a la adecuación de la conducta y resultados a los supuestos previstos por el legislador; mientras que la segunda correspondería a la obtención efectiva de los fines ilícitos perseguidos por el autor del delito.

En las estafas, la doctrina no hace mayor referencia a diferencia entre la

404 SILVA, ob. cit. p. 121; GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 342. Y; POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 442.

405 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 342.

consumación formal o material, al considerar que, como ya se expuso, sólo se requiere la producción del perjuicio y no se ha puesto ningún otro requisito adicional referido a la apropiación hecha por el autor. Sólo SILVA trata el tema y señala que el tipo de estafa se agotará cuando el delincuente pueda obtener la finalidad económica perseguida con la defraudación, concretado en el beneficio patrimonial ilícito a su favor, en perjuicio de la víctima⁴⁰⁶. El mismo autor reconoce que nuestra legislación no requiere el agotamiento del delito y sólo basta la consumación formal para hacer aplicables las penas establecidas en el Código Penal.

6.2. Tentativa

En la estafa, la tentativa se configura a través de un engaño (como principio de ejecución) que no produce los efectos esperados por el autor al no generar error o que si lo genera, no genera un acto de disposición patrimonial. SILVA, al respecto, expresa que “se presentará la tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución de la estafa por hechos directos, por medios idóneos que constituyen el engaño, pero ésta no se consuma por faltar uno o más elementos para su complemento”; señalando además que “son insuficientes

⁴⁰⁶ SILVA, ob. cit., p. 130.

para provocar en la víctima el error, el que también puede concurrir, pero no tiene la fuerza suficiente para que el sujeto pasivo efectúe el acto de disposición”⁴⁰⁷.

Se hace necesario señalar, para distinguir claramente la tentativa de la frustración, que en la tentativa, la actividad del delincuente no logra llegar a término, tal como se señala en el inciso tercero del artículo 7°: “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”.

La jurisprudencia ha considerado como tentativa, aquellos engaños que no producen error en la víctima⁴⁰⁸.

6.3. Frustración.

En términos generales, según el artículo 7° de nuestro Código Penal, la frustración se produce “cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica

407 *Ibíd*em, p. 123.

408 7° J. G. Santiago. R.U.C. N°0500417369-1. Sentencia del 21 de diciembre de 2005. Considerando Cuarto: “Que, a juicio del tribunal, el grado de desarrollo del delito por el cual se requirió, es de tentado, por cuanto los imputados dieron principio de ejecución al delito por hecho directo pero para su complemento faltaron uno más.”

por causas independientes de su voluntad”. En lo referente a la estafa, la doctrina considera unánimemente⁴⁰⁹ que existirá frustración cuando el autor ejecuta todos los actos necesarios para consumar la estafa, pero el perjuicio patrimonial no se produce por causas ajenas a su voluntad. En este sentido, SILVA explica: “El delincuente no obtiene la disposición patrimonial por parte de la víctima, no produciéndose el perjuicio patrimonial, no obstante haber desplegado y realizado todas las conductas típicas para tal consumación, pero ésta no resulta por motivos ajenos al autor”⁴¹⁰.

La jurisprudencia ha fallado siguiendo el mismo criterio expuesto por la doctrina, al considerar frustrada una estafa en la que el sujeto activo puso todo de su parte pero no logró la disposición patrimonial por efecto de la acción de un tercero⁴¹¹.

409 SILVA, ob. cit., p. 124; POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 442 y; GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 342.

410 SILVA, ob. cit., p. 124.

411 T.J.O.P de Concepción. RUC N° 1200386675-9. Sentencia del 28 de enero de 2013. Considerando Noveno: “...se ha estimado que el delito de estafa se encuentra en grado de frustrada toda vez que el actor puso todo de su parte con el fin de lograr la disposición material del dinero ello no se verifica por la acción de terceros (...) en efecto, estos sentenciadores son de parecer que el delito no se ha consumado toda vez que los dineros depositados en la cuenta corriente del tribunal, nunca salieron de tal cuenta ya que el cheque nunca fue cobrado, por lo que nunca existió disposición material del dinero”

7. Tratamiento legal de la estafa en Chile.

Luego de haber concluido un análisis general del delito de estafa, cabe analizar brevemente el tratamiento penal que nuestro Código Penal da a este delito. En general, y como ya fue referido en un principio, el código tipifica los delitos con una enumeración casuística y un tipo amplio.

La figura básica, correspondiente al tipo amplio, ha sido llamada por la doctrina y jurisprudencia como “estafa residual”, en contraposición a las figuras espaciales, denominadas “estafa calificada”.

7.1. La estafa residual.

“**ART. 473.** El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño 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”.

La llamada “estafa residual” se encuentra en el artículo 473, que según BULLEMORE y MACKINNON⁴¹². es un tipo residual y abierto. De acuerdo a SILVA, el artículo 468 contiene la “estafa típica”, pero la figura genérica o

⁴¹² BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., pp. 78-79.

residual está contenida en el artículo 473⁴¹³. Señala, además, que “si se quiere, se presentaría la circunstancia de un tipo penal abierto y genérico, pues no se especifica el engaño que se emplea por el sujeto activo para defraudar o perjudicar a la víctima”⁴¹⁴.

La ubicación del tipo penal residual a criterio de POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, se basa en que “el legislador expresó primero todos los hechos que le parecían especialmente graves, para sólo al final establecer la regla general, la figura delictiva que reúne los elementos esenciales de toda estafa”⁴¹⁵. ETCHEBERRY explica que los engaños el artículo 473 tienen dos límites: “no deben llegar a constituir un ardid, pero deben ser algo más que una simple mentira”⁴¹⁶; y distingue dos casos:

1º la actividad del sujeto consiste en una mentira, silencio o pasividad, acompañado de apariencias externas que han provocado una falsa representación en la víctima, sin que constituya una puesta en escena;

2º la actividad del sujeto consiste en una mentira o silencio, en circunstancias que tiene un deber de veracidad o de despejar el error de la

413 SILVA, ob. cit., p. 83.

414 Ibídem, p. 108.

415 POLITOFF et al. (2005), ob. cit., p. 417.

416 ETCHEBERRY (tomo III), ob. cit., p. 422.

víctima, sin que la conducta sea un ardid.

En general, la jurisprudencia ha considerado que la figura del artículo 473 es un tipo básico⁴¹⁷ que permite tipificar engaños de menor intensidad⁴¹⁸, en comparación a los engaños mencionados en el artículo 468.

7.2. La estafa calificada.

“**ART. 468.** Incurrirá en las penas del artículo anterior el 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 artículo 468 establece, en principio, qué conductas son consideradas

417 T.J.O.P. de Iquique. R.U.C. N°0600067867-0. Sentencia del 30 de julio de 2007. Considerando Décimo: “a criterio del tribunal, cada uno de los hechos descritos constituye el tipo básico del artículo 473 del Código Penal, que sanciona al que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores, requiriendo la concurrencia del engaño y el perjuicio, comprendiendo el primero la simulación del agente, como el efecto sobre la víctima, el error o falsa representación de la realidad, y requiriendo el segundo una pérdida patrimonial, disintiendo de la calificación del acusador, por no concurrir todos los elementos de la estafa calificada del artículo 468”

418 T.J.O.P. de Viña del Mar. R.U.C. N°0400312076-2. Sentencia del 05 de julio de 2005. Considerando Duodécimo: “lo que es posible enmarcar en la defraudación residual del art. 473 del Código Penal, toda vez que el ardid o engaño utilizado para afectar el patrimonio de los ofendidos, no es de la gravedad o intensidad de las que requiere el art. 468 del mismo cuerpo legal”

estafa: GARRIDO MONTT⁴¹⁹ y ETCHEBERRY⁴²⁰ consideran que este artículo es el tipo básico de la estafa, enumerando, a modo ejemplar, una serie de casos; y de manera similar, BULLEMORE y MACKINNON⁴²¹ consideran que este artículo contiene una serie de conductas punibles y termina con un tipo penal abierto.

Las conductas que el artículo 468 menciona, son explicadas por ETCHEBERRY⁴²², quien señala, en primer lugar, que el verbo rector “aparentar” debe ser entendido como “crear falsas apariencias”. Las conductas, en detalle, son:

1º Aparentar bienes: entendiéndose como crear apariencias de riqueza.

2º Aparentar créditos: en este caso, se debe simular (no basta la mera aseveración) ser el titular respecto de una institución o persona.

3º Aparentar comisión: el autor debe fingir estar encargado de algún negocio o gestión, no necesariamente a través de un mandato.

419 GARRIDO MONTT (2005), ob. cit., p. 335.

420 ETCHEBERRY (tomo III), ob. cit., p. 408. “El Art. 468 constituye sin duda la figura central en este párrafo, pues es la que nos da la clave acerca de la naturaleza de la estafa como apuesta a los “otros engaños”, según se ha dicho”.

421 BULLEMORE y MACKINNON (tomo IV), ob. cit., p. 78 – 79.

422 ETCHEBERRY (tomo III), ob. cit., p. 408.

3º Aparentar empresa o negociación imaginarios: este engaño consiste en proponer a la víctima un negocio, mostrándolo como existente o por iniciarse.

4º Atribuirse poder, influencia o créditos supuestos: en estos casos, al igual que con el verbo aparentar, se requiere una puesta en escena, no siendo suficiente la mera aseveración. El poder se refiere a cualquier facultad especial, no sólo un mandato y no limitada al ámbito jurídico patrimonial. La influencia es referida como la situación de lograr una decisión favorable respecto de un servicio público.

5º Uso de nombre fingido: este caso supone algo más que una mera falsedad de nombre o identidad, sino que debe ser acompañado por un ardid que le de una apariencia de verosimilitud al nombre o identidad.

CAPITULO III: LAS ESTAFAS “MASIVAS”

1. Hacia un concepto de “estafa masiva”. Características y necesidad de cautela.

Una vez fijados el concepto y las particularidades del tipo penal de estafa contenido en los artículos 468 y 473 de nuestro Código Penal, debemos precisar el alcance del presente estudio y elaborar un concepto de “estafa masiva”, determinar su alcance, problemática y finalmente las consecuencias prácticas de estos casos .

Preliminarmente se puede afirmar que una “estafa masiva” o “fraude colectivo”, es la hipótesis fáctica de la doctrina de los delitos masa (tal como fue explicada al momento de tratar los delitos masa en el capítulo de los concursos). En este sentido, la búsqueda y esfuerzo de análisis de estos tipos, deben realizarse siguiendo lo ya expuesto en el capítulo de los concursos.

1.1. Concepto y características de las “estafas masivas”.

Las “estafas masivas” o “fraudes colectivos”, son figuras poco analizadas

en la doctrina y jurisprudencia nacionales, y atiende, como se desarrollará en esta sección, a la necesidad de cautelar de manera especial, bien jurídico patrimonio en aquellos casos que el daño excede la simple lesión patrimonial individual. El análisis doctrinario de estos ilícitos suele limitarse a su arista concursal como “delito masa” o “delito continuado”, enfocándose en la problemática de la unidad de acción por sobre el análisis de un tipo especial⁴²³.

En principio, resulta primordial poder definir en qué caso se está frente a una estafa o fraude “masivo”. El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define “masivo” como “1. adj. Que se aplica en gran cantidad.”, o “2. adj. Perteneciente o relativo a las masas humanas, o hecho por ellas. Emigración masiva. Ataque masivo. Manifestación masiva.”⁴²⁴; sin dar una apreciación de cantidad aproximada. REOL conceptualiza la “masa” como “un número elevado de individuos que formando parte de un ente nacional y político”⁴²⁵, pero observa que al carecer de un límite preciso se hace muy difícil darle forma como ente jurídico.

423 BASCUR, Gonzalo. 2012. Reflexiones acerca de la teoría del delito continuado y aproximación crítica al derecho penal chileno vigente. p. 36

424 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española. [En línea]. <<http://lema.rae.es/drae/>>. [Consulta 2 Julio 2015].

425 REOL, Antonio. S/A. El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa. p. 21. [En línea]. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2776561>>. [Consulta 7 julio 2015].

La doctrina penal ha definido el “fraude masivo” en el contexto de los “delitos masa”, atendiendo a la gran cantidad de afectados que puede tener un hecho punible. SAINZ considera que “la engañosa puesta en escena va dirigida a una colectividad indeterminada cuyos componentes individuales, a causa del error en ellos creado, realizan actos de disposición patrimonial en perjuicio propio y en ilícito beneficio del defraudador”⁴²⁶.

Al respecto, el Código Penal Español expresa, dentro de las normas de determinación de la pena, en su artículo 74.2: “Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”.

En Chile, se suelen tratar estos fraudes como estafas reiteradas, haciendo aplicación de los artículos 74 y 75 del Código Penal, como delitos reiterados o continuados.

426 SAINZ, J. Ob. Cit. p. 650.

1.2. Elementos de las estafas masivas.

Como se ha podido apreciar, las estafas masivas revisten algunas particularidades que permiten diferenciar algunos elementos, respecto a aquellos que componen la estafa.

1.2.1. El engaño en la estafa masiva.

El engaño en la estafa masiva no se distingue mayormente del engaño tratado en las estafas tradicionales; siendo aplicables las diversas teorías referidas al engaño y que fueron explicadas en el capítulo referido al delito de estafa. No obstante, una particularidad del engaño, que es notada al momento de analizar el delito masa, es que no va dirigido sólo a una persona, sino que a una pluralidad de individuos y responde a un plan preconcebido o designio defraudatorio único: “las mismas características de la *mise en scène* pondrán de manifiesto que el autor no se ha propuesto operar sobre un solo perjudicado sino sobre una masa de personas”⁴²⁷.

1.2.2. El error en la estafa masiva.

427 SAINZ, J. Op. Cit. p. 668.

Siguiendo el camino iniciado al analizar el engaño “masivo”, tendremos que el error provocado en la víctima seguirá las mismas reglas que se aplican a toda estafa; cada víctima incurrirá en un error provocado por el engaño fraguado por el autor, que ha de ser similar (aunque no necesariamente exacto) al empleado en las otras víctimas.

1.2.3. El acto de disposición.

De manera similar al error, en las estafas masivas, el acto de disposición realizado por el engañado se puede acomodar a las mismas reglas referidas a este elemento en las estafas. Cada una de las víctimas realizará, en forma particular, un acto de disposición fundado en el error y en el engaño.

1.2.4. El perjuicio.

En lo que refiere al perjuicio patrimonial, en las estafas individuales, recae sobre el patrimonio afectado por el acto de disposición patrimonial hecho por el sujeto pasivo de la estafa (el engañado); y tal como ya fue explicado, este perjuicio puede recaer en el patrimonio del engañado o de un tercero.

En el contexto de un fraude colectivo, por existir una pluralidad de

afectados, se observa que en principio cada patrimonio es afectado por el acto de disposición individual, pero el perjuicio puede contabilizarse como un total, unificado por el designio único del actor. Este criterio ha seguido la norma del artículo 74.2.⁴²⁸ del Código Penal español, referido al principio de este capítulo. En este sentido, señala REOL sobre los elementos del delito, “la cantidad total que es precisamente lo que buscaba el sujeto activo del delito, y no las dos pesetas en sí de la aportación individual, sino la totalidad de las cantidades dadas por la “masa”, y una ocasión también única, el mercado”⁴²⁹.

1.2.5. El dolo y el ánimo de lucro.

En la estafa masiva, el dolo del actor contiene una particularidad que lo distingue del dolo requerido en la estafa particular. Al momento de tratar el dolo como elemento de la estafa, se concluyó que el dolo incluía la conciencia y voluntad de engañar a otro, considerando la doctrina, que por esto, la estafa se trataría de un delito que requiere dolo directo, excluyendo la culpa y discutiendo

428 Código Penal de España **ART. 74.2.** Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

429 REOL, A. Op. Cit. p. 26

respecto al dolo eventual. Este concepto de dolo no presenta mayores problemas si la estafa es dirigida a una persona (o un patrimonio) determinada, pero al tratarse de un sujeto pasivo plural, el dolo del actor no es dirigido contra una persona determinada, sino contra la masa, así fue mencionado al tratar los delitos masa.

Esta intención va siempre asociada a un ánimo de lucro global, distinto del ánimo de lucro particular que se obtiene de una estafa en forma aislada; tal como lo expresa SAINZ, “se exige que el sujeto no se proponga un lucro de cuantía determinada respecto de cada uno de los patrimonios individualizados contra los que actúa, sino la obtención de un lucro global”⁴³⁰.

1.3. Necesidad de cautela: el sujeto pasivo “masa”.

Si bien la estafa es un delito patrimonial, que protege un patrimonio individual, algunos autores consideran que esta protección resulta insuficiente para tratar a los fraudes que involucran a una gran cantidad de individuos. Señala JIMENEZ DE ASUA, al tratar los delitos cometidos por las muchedumbres, que “en los hechos psicológicos la reunión de los individuos

430 SAINZ, J. Op. Cit. p. 658.

jamás da un resultado igual a la suma de cada uno de ellos”⁴³¹.

Tal como fue expuesto al momento de analizar la doctrina del delito masa, el fundamento base de la doctrina para estimar necesaria la cautela especial de estos delitos, es que en la *praxis* judicial, por las características especiales de cada delito individualmente considerado, tienden a recibir castigos mínimos frente a la lesividad que provocan. En este sentido, SAINZ considera que “como en la mayoría de los fraudes colectivos que nos ocupan, la cantidad defraudada a cada perjudicado suele ser pequeña, las diversas estafas integradoras del fraude colectivo (...) daban lugar a una pluralidad de faltas o delitos de escasa gravedad para los cuales (...) resultaba una pena descaradamente desproporcionada a la culpabilidad del sujeto y a la entidad jurídica de la total defraudación realizada”⁴³²; sumándole a todo esto, que el dolo y la planificación del delito corresponde a una unidad de propósito.

Desde una óptica diferente, MAYER y FERNANDES⁴³³ al momento de tratar la estafa como delito económico distinguen entre bienes jurídicos individuales (aquellos cuya titularidad pertenece a una persona determinada o

431 JIMENEZ DE ASUA, L. Op. Cit. p. 510

432 SAINZ, J. Op. Cit. p. 651

433 MAYER, I.: FERNANDES, I. Op. Cit. p. 186

grupo de personas determinadas o determinables), y bienes jurídicos colectivos o supraindividuales (aquellos que sirven a la generalidad de personas, trascendiendo la esfera de lo meramente individual). Frente a esta distinción, las autoras plantean una naturaleza “híbrida” de la estafa (especialmente en casos de daño masivo, por la extensión de personas defraudadas), en cuanto podría revestir al mismo tiempo caracteres de delito común (afectando intereses patrimoniales) y de delito económico (afectando al economía o el orden público económico, entendido como interés supraindividual)⁴³⁴, y señalan que “para que la estafa pueda ser calificada como un delito económico debe afectarse el funcionamiento de la economía, producto de la incidencia de la conducta delictiva en los intereses patrimoniales de un gran número de personas concretas; así, la estafa como delito económico debe ser concebida como una figura de lesión del orden (público) económico”⁴³⁵. En un sentido similar se pronuncia REOL, al señalar que “a quien se defrauda es a un sentimiento único colectivo, a una fe colectiva y a unos intereses económicos también colectivos, porque el daño repercute, indudablemente, sobre ese mercado que funciona a base de la buena fe y que acechado por los malos procederes, sea cualquiera

434 MAYER, I.: FERNANDES, I. Op. Cit. p. 197

435 MAYER, I.: FERNANDES, I. Op. Cit. p. 201

el lado por el que se ha atacado, sufre en su funcionamiento”⁴³⁶.

Más allá del enfoque radicalmente distinto que proponen estas teorías, es posible rescatar como punto en común, que la estafa masiva, al afectar una gran cantidad de intereses patrimoniales, produce un efecto social cuya lesividad parece exceder a la mera suma aritmética de los distintos daños patrimoniales. Es esta realidad la que justificaría el tratamiento especial de los fraudes colectivos, tal como concluye SAINZ: “pese a lo que pueda parecer a primera vista, la multitudinaria “pluralidad” de personas que constituye la masa y la dispersión del volumen económico en gran número de sujetos, como se ha dicho recientemente, determina más bien una completa disminución de su potencia de reacción”⁴³⁷.

2. Tipos de fraude colectivo

Las estafas masivas, por estar dirigidas a una pluralidad de sujetos pasivos, o como lo señala el código penal español, a una “generalidad de personas”, suelen tener un *modus operandi* más complejo que una estafa enfocada a defraudar un patrimonio determinado. Engañar, induciendo error en

436 REOL, A. Op. Cit. p. 25

437 SAINZ, J. Op. Cit. p. 675

un número alto de personas, cuya realidad y preparación es tan diversa como el número de personas defraudadas, puede ser una tarea muy compleja. A continuación se analizarán dos tipos de estafas que han sido dirigidas hacia una multiplicidad de personas: los esquemas piramidales y las estafas telefónicas.

2.1. La estafa piramidal y los esquemas de Ponzi

El análisis de los esquemas piramidales y casos afines (como la estafa de Carlo Ponzi en la segunda decena del siglo XX) ha sido desarrollado desde una óptica financiera y matemática, más que jurídica, principalmente, porque en la mayoría de los casos, los estafadores se valen de instrumentos y herramientas financieras para montar el fraude.

La Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) en Chile, nos permite aproximar un concepto de esquema piramidal al señalar que “operan sobre la base del principio que cada miembro de un grupo recibirá una utilidad o una parte por reclutar a otros miembros para que se unan a dicho sistema”⁴³⁸. De manera similar, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de Bolivia (también conocida por su sigla A.S.F.I.), lo describe como: “la modalidad de

⁴³⁸ VERMONT SECURITIES DIVISION (VSD.). 1998. Principios básicos de ahorro e inversión. Sección 5. Inversiones fraudulentas. p. 8. [En línea]. <https://www.svs.cl/portal/principal/605/articles-13945_Inversiones_fraudulentas_.pdf>. [Consulta: 15 Julio 2015].

estafa utilizada por empresas no reguladas -o personas individuales- mediante la cual se hace creer a depositantes que pueden obtener muy buen rendimiento sin dar a conocer claramente la naturaleza de las inversiones que realizan. El nombre es porque su estructura tiene la forma de una pirámide⁴³⁹.

En general, las estafas piramidales aprovechan la ignorancia de las víctimas al prometer ganancias muy superiores a las entregadas por el mercado, a través de la inversión, compra o trabajo en sectores poco explorados de la economía, que son adornados por el estafador como un negocio seguro y muy rentable.

Un caso clásico de estudio, que ha servido como denominador de estas estafas, es la estafa de Carlo Ponzi, o “Esquema Ponzi”. Carlo Ponzi, en principio, descubrió que los cupones postales internacionales de respuesta podían ser vendidos en Estados Unidos a un precio más caro que en el extranjero, debido a la devaluación de las monedas europeas tras el término de la primera guerra mundial. Usando esta propuesta, en diciembre de 1919 fundó la empresa “*Securities and Exchange Company*” convenciendo a muchas personas de “invertir” en su negocio, prometiendo una rentabilidad del 100% en

439 AUTORIDAD DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO (ASFI.). 2009. Estafas Piramidales. Lecciones Aprendidas. p. 7. [En línea]. <<https://www.asfi.gob.bo/Portals/0/Documentos/EstafasPiramidales.pdf>>. [Consulta: 15 Julio 2015].

90 días, y de 50% en 45 días. El negocio creció rápidamente, llegando a acumular cerca de \$500.000 dólares (actualmente unos \$5.000.000 de dólares) en mayo de 1920. El engaño fue descubierto por la prensa, en agosto de 1920, cuando el diario *Boston Post* cuestionó el éxito del negocio por dos aspectos sospechosos, en primer lugar, que sobrepasaba con creces la oferta existente de sellos postales disponibles (el negocio requeriría de 160 millones de cupones, mientras que la oferta real disponible era sólo de 27.000), y en segundo lugar, que se centraba en la captación de nuevos inversores. Este descubrimiento, sumado a la negativa del *U.S. Post Office* de seguir cambiando paquetes de cupones, hizo caer la pirámide, lo que significó que la empresa de Ponzi anunciara que no podría pagar los intereses prometidos. A raíz de esto, se incautaron sus bienes y Ponzi fue condenado inicialmente a 5 años de cárcel por *mail fraud* y luego a 9 años más por otros cargos.

Se pueden distinguir tres tipos de estafas piramidales⁴⁴⁰: clásicas, no financieras y financieras.

2.1.1. Pirámides clásicas.

440 ASFI. Op. Cit. p. 9

Las pirámides clásicas son descritas como un sistema de varios niveles en los que circula el dinero de las personas que están en la red piramidal. De acuerdo a lo señalado por la *U.S. Securities and Exchange Commission* (también conocida por su sigla U.S. S.E.C.), en un esquema piramidal clásico, los participantes de la estafa intentan ganar dinero a través del reclutamiento de nuevos miembros que participen en la pirámide⁴⁴¹.

En este esquema, tal como lo explica la A.S.F.I.⁴⁴², en el primer nivel se ubica el o los estafadores, llamado “cúspide”, quienes proponen una inversión (disfrazada de compra de acciones, fondo de inversión, bono, ahorros o cualquier figura semejante) que tendría una alta tasa de retorno, muy superior a la ganancia esperada en el mercado “normal”, con un riesgo muy bajo.

En un segundo nivel se ubican aquellas personas que han sido contactadas directamente por el estafador y a quienes se les ha pagado el monto convenido con la cúspide; este segundo nivel es de vital importancia para el funcionamiento de la pirámide, pues al recibir el retorno esperado, dan fe que la empresa (ficticia) o el modelo de negocios propuesto por la cúspide

441 U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (US. SEC.). *Fast Answers. Pyramid Scheme*. “In the classic “pyramid” scheme, participants attempt to make money solely by recruiting new participants into the program”. [En línea]. <<http://www.sec.gov/answers/pyramid.htm>>. [Consulta: 15 julio 2015].

442 ASFI. Op. Cit. pp. 7-9.

funciona, propagando la noticia y buscando nuevas personas que se integren a la pirámide, tal como lo advierte el *Federal Bureau of Investigations* (conocido por sus siglas en inglés FBI): “son las propias víctimas quienes son inducidas para reclutar nuevas víctimas a través del pago de una comisión”⁴⁴³.

En un tercer nivel, se encuentran todos aquellos que hacen entrega de su dinero a la pirámide esperando el mismo retorno que recibieron las personas del segundo nivel. De esta forma, la pirámide se sostiene debido a que las miembros nuevos financian las ganancias de los miembros que esperan la ganancia prometida.

Los niveles se pueden ir multiplicando, debido a que el estafador, en la cúspide, necesita cada vez más personas para ir pagando a quienes ingresaron, razón por la cual, la pirámide se vuelve insostenible. Al derrumbarse la pirámide, el estafador huye con el dinero que los inversores le han entregado y que no ha usado para pagar los retornos prometidos.

En la práctica, muchos esquemas piramidales clásicos se han disfrazado como empresas de marketing multinivel, tal como lo advierte la *U.S. S.E.C.* en

⁴⁴³ *FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). 2015. Scams & Safety. Common Fraud Schemes. Pyramid Scheme.: “In pyramid schemes, however, the victims themselves are induced to recruit further victims through the payment of recruitment commissions”. [En línea]. <<https://www.fbi.gov/scams-safety/fraud>>. [Consulta: 15 Julio].*

su sitio web⁴⁴⁴.

En Chile, el año 2008 en Concepción, Tomé y sus alrededores, un caso de pirámide clásica fue el llamado “Juego de La Célula”, un modelo fraccionado de estafa piramidal, en la cual una persona debía invertir \$100.000 (cien mil pesos) esperando un retorno de \$800.000 (ochocientos mil pesos) en un plazo variable entre 2 y 6 meses. Cada integrante debía traer a dos personas que aportaran \$100.000 cada una, y éstas, a su vez, también debían traer a dos personas que aportaran esa cantidad. Se trataba de un círculo de confianza, en el cual, en la cúspide, el estafador señalaba estar saliendo de una célula, llevándose los \$800.000 e insta a quien le sigue, a retirarse una vez alcanzado ese monto. La Policía de Investigaciones, a través de su Brigada de Investigación de Delitos Económicos (BRIDEC), junto al Ministerio Público, tomaron conocimiento de los hechos e investigaron este esquema piramidal como delitos de estafa y usura⁴⁴⁵.

444 US. SEC. 2013. *Investor Alerts and Bulletins. Beware of Pyramid Schemes Posing as Multi-Level Marketing Programs.* [En línea]. <http://www.sec.gov/enforce/investor-alerts-bulletins/investoralertsia_pyramidhtm.html>. [Consulta: 16 julio 2015].

445 Anón. 2008. Investigan denuncias por juego de la 'célula' en concepción. [En línea]. La Nación en Internet. 22 de enero, 2008. <<http://www.lanacion.cl/noticias/pais/investigacion-denuncias-por-juego-de-la-celula-en-concepcion/2008-01-22/134605.html>>. [Consulta: 16 julio 2015].

2.1.2. Pirámides no financieras.

A diferencia de una pirámide clásica, este modelo de estafa “ofrece un producto o un servicio que no responde a la realidad de una actividad económica lógica”⁴⁴⁶. El estafador busca crear una red de personas que compren un producto o franquicia, cuyas características salen de lo común, o que inviertan para su desarrollo, importación, o cualquier otra operación similar, bajo la promesa de una comisión, precio de reventa alto u otros beneficios similares. Por tratarse de un esquema piramidal, la ganancia no proviene de la venta de ese producto o franquicia, sino del reclutamiento de nuevos miembros⁴⁴⁷.

Este tipo de esquemas suele presentar una puesta en escena mucho más compleja que una estafa piramidal clásica, e incluso puede involucrar actividades empresariales lícitas, con productos y marcas reales que sirven de fachada para el engaño final; es por esta razón que suelen sostenerse por un tiempo más prolongado que una pirámide clásica, resultando en un daño mayor. Las actividades de fachada suelen ser usadas como argumento de defensa de

446 ASFI. Op. Cit. pp. 10.

447 FBI. 2015. Op. Cit. *Pyramid Scheme*.: “pyramid schemes—also referred to as franchise fraud or chain referral schemes—are marketing and investment frauds in which an individual is offered a distributorship or franchise to market a particular product. The real profit is earned, not by the sale of the product, but by the sale of new distributorships.”

los estafadores y algunos miembros de la pirámide, quienes alegan que han pagado grandes sumas de dinero a sus supuestas víctimas, y que les han entregado el producto por el cual ellas pagaron. Pero estas ganancias y beneficios pagados, que según los estafadores excluyen el delito, son en realidad el medio por el cual se logra una puesta en escena para engañar a las víctimas; tal como lo señala la ANFI, “el factor fundamental es la “red” de confianza en las personas que atrajeron al depositante quien ratifica esa “fe” cada vez que constata la entrega de ellos primeros bienes (autos, casas) o utilidades a otros. Esa constatación es lo que le induce a confiar/desear lo mismo”.⁴⁴⁸

Al igual que en las pirámides clásicas, éstos engaños suelen encubrirse como empresas que ofrecen productos a través del marketing multinivel, generando amplia controversia respecto a la legalidad o ilegalidad del modelo.

En Chile, empresas como Jeunesse⁴⁴⁹ han sido acusadas de ser estafas piramidales por promocionar, a través de marketing multinivel, productos de belleza cuyas bondades y eficacia son cuestionadas por los laboratorios

448 ASFI. Op. Cit. p. 10.

449 GUTIERREZ, Francisco. Denuncian malas prácticas de polémico negocio multinivel enfocado a cremas de rejuvenecimiento. [En línea]. La Nación en Internet. 25 de Abril, 2014. <<http://www.lanacion.cl/noticias/reportajes/nacional/denuncian-malas-practicas-de-polemico-negocio-multinivel-enfocado-a-cremas-de-rejuvenecimiento/2014-04-17/194528.html>>. [Consulta: 16 julio 2015].

nacionales.

En los Estados Unidos, el año 2014, la US. SEC. emitió una alerta sobre la empresa TelexFree⁴⁵⁰, que vendía servicios telefónicos VoIP a través del marketing multinivel. La empresa ofrecía membresías y un retorno del 200%, si la persona ingresaba nuevos miembros. Al momento de ser desbaratada por la US. SEC., los ingresos contables de la empresa sumaban 1,3 millones de dólares, mientras que los pagos prometidos ascendían a 1,1 billones de dólares, con lo cual la autoridad pudo comprobar que se trataba de un esquema piramidal cuyas utilidades se obtenían por el pago de las nuevas “membresías” y no por la venta del servicio telefónico.

De manera similar, otra empresa, “CKB168”⁴⁵¹ es investigada desde el año 2013 bajo el cargo de tratarse de una estafa piramidal. Esta empresa, con base en Canadá y sedes en Hong Kong e Islas Vírgenes, invitaba a invertir en ella, prometiendo un retorno alto, libre de riesgo, que sería producto de la venta de cursos de inglés y otros métodos de estudio por internet. La US. SEC., al

450 US. SEC. 2014. *Press Release. SEC halts pyramid scheme targeting dominican and brazilian immigrants.* [En línea]. <<http://www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1370541520559>>. [Consulta: 16 julio 2015].

451 US. SEC. 2013. *Press Release. SEC Halts Pyramid Scheme Targeting Asian-American Community.* [En línea]. <<http://www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1370539880547>>. [Consulta: 18 julio 2015].

revisar las cuentas de la empresa, notó que no existía un producto real, y que todas las ganancias prometidas sólo podrían ser pagadas con el dinero aportado por los nuevos integrantes. Sólo en los Estados Unidos, recibieron una cifra cercana a los \$200 millones de dólares cuyo origen contabiliza a más de 400 personas, cifras que no consideran a los “inversionistas” de otras nacionalidades (Canadá, Hong Kong, China, Malasia, etc).

2.1.3. Pirámides financieras.

En esta variante de pirámide, mucho más compleja en su organización y más difícil de perseguir⁴⁵², el estafador utiliza instrumentos financieros para su engaño, prometiendo una rentabilidad superior a los instrumentos del mercado, aprovechando la ignorancia de las víctimas o su ánimo de lucro. En los últimos años, éste tipo de estafas se han multiplicado, alcanzando montos que han superado varios millones de dólares.

Una de las pirámides financieras más conocidas fue el caso “Standford”, por el cual, Robert Allen Standford fue sentenciado a 110 años de cárcel⁴⁵³. En

452 ASFI. Op. Cit. p. 10.

453 POZZI, Sandro. EL PAIS. 2012. El financiero Allen Stanford condenado a 110 años de cárcel por fraude piramidal. [En línea]. El País en Internet. 14 de junio, 2012. <http://economia.elpais.com/economia/2012/06/14/actualidad/1339692990_313673.html>. [Consulta: 16 julio 2015].

este esquema, R. A. Standford, a través de su banco “*Standford International Bank*”, con asiento en Antigua y Barbuda, y sus empresas asociadas, “*Standford Group Company*” y “*Standford Capital Management*”, buscó inversores de todo el mundo bajo la promesa que su dinero sería re-invertido (vendiéndoles certificados de depósitos e instrumentos financieros similares) y tendrían un retorno asegurado (disfrazado como tasas de interés o rendimiento). El fraude se fraguó por aproximadamente dos décadas, tiempo en el que se falsificaron reportes del banco para simular ganancias inexistentes, se invirtió el capital en negocios personales de R. A. Standford, y se pagaron los “intereses” o “rendimientos” con el dinero de los nuevos inversores⁴⁵⁴. El monto total defraudado alcanzó los 8.000 (ocho mil) millones de dólares y la cifra total de víctimas supera las 50.000, resultando una estafa de tal magnitud que dejó en bancarrota la economía de Antigua y Barbuda⁴⁵⁵, afectando además a los numerosos empleados de sus empresas, quienes quedaron desempleados tras el colapso de la pirámide, y a las autoridades de las islas, llegando a ser requeridas de extradición por Estados Unidos. Se estima que las víctimas sólo

454 DRIVER, Ana. *Charges Stanford with massive Ponzi scheme*. [En línea]. Reuters en Internet. 27 de febrero, 2009. <<http://www.reuters.com/article/2009/02/28/us-stanford-idUSTRE51Q66G20090228>>. [Consulta: 18 julio 2015].

455 DAVID, Nick. El fraude millonario que tiene en problemas a Antigua. [En línea]. BBC Mundo en Internet. 21 de Marzo, 2012. <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/03/120311_antigua_allen_stanford_tsb.shtml>. [Consulta: 18 julio 2015].

podrían recuperar el 1% de lo defraudado⁴⁵⁶.

2.2. Las estafas telefónicas y por otros medios electrónicos.

Los estafadores no han estado ajenos al avance de la tecnología, innovando en las técnicas delictivas tan pronto aparecen nuevos dispositivos electrónicos o tecnológicos que puedan ser aprovechados para estafar. Dos delitos que se han vuelto comunes son las llamadas “estafas telefónicas” y los “fraudes informáticos”.

2.2.1. Estafas telefónicas.

Las estafas telefónicas no han sido definidas por la doctrina penal, pero podría intentarse una definición aludiendo a sus elementos más comunes: un estafador, simulando una situación de interés para la víctima, a través de un llamado telefónico, genera un error o temor en ella y provoca una disposición patrimonial por vía electrónica o material. Muchas veces, estas “estafas” concluyen en otros delitos de apropiación material como el robo con

⁴⁵⁶ HERNÁNDEZ, Leticia. Sólo se recupera 1% del fraude Stanford. [En línea]. El Financiero en Internet. 6 de febrero, 2014. <<http://www.elfinanciero.com.mx/archivo/solo-se-recupera-del-fraude-stanford.html>>. [Consulta 18 julio 2015].

intimidación o el robo con fuerza.

Es tal la cantidad de timos distintos, que enumerar las posibles conductas típicas (al estilo legislativo de las normas relativas a la estafa) sólo abriría las puertas a la creación de nuevas estafas telefónicas que podrían quedar impunes. Sólo modo expositivo, la Ilustre Municipalidad de Maipú, con el fin de educar a sus vecinos, lanzó el año 2014 un “Manual de los cuentos del tío”⁴⁵⁷, que enumera 30 engaños distintos, siendo uno de los trabajos más detallados sobre el tema. Dentro de los engaños telefónicos se detallan:

1º Simulación de accidente de tránsito: simulando ser un funcionario policial o de servicio de emergencia, el estafador informa a la víctima que un familiar cercano tuvo un accidente de tránsito en el que se vieron involucradas más personas, solicitándole dinero y/o especies de valor para una compensación económica con los otros afectados. Jurídicamente puede ser una estafa, si la víctima realiza voluntariamente el acto de disposición, o puede ser un robo, si los autores hacen apropiación material de la cosa sin la voluntad de la víctima o ejerciendo violencia sobre ella.

2º Falso instalador de servicios de telefonía o Internet: simulando ser

⁴⁵⁷ ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPU. El cuento del tío. Historias reales. [En línea]. <<http://www.municipalidadmaipu.cl/wp-content/uploads/2014/02/Manual-Cuento-del-Tio-para-web-5.2-Final.pdf>>. [Consulta: 18 julio 2015].

empleados de una compañía de servicios de Internet o telefonía, el autor se contacta con la víctima para coordinar una visita a domicilio, en la cual sustraen cosas. Jurídicamente no se trata de una estafa, sino un hurto o robo, por cuanto la víctima no realiza un acto voluntario de disposición.

3° Pelea con daños: el estafador señala a la víctima que un familiar suyo ha estado involucrado en una riña y le solicita dinero para reparar los daños, a través de un depósito.

4° Concurso de televisión: el estafador o estafadores hacen creer a la víctima que ha ganado un concurso de televisión, solicitándole que compre tarjetas telefónicas de prepago y les entregue sus códigos.

5° Concurso de televisión (2): Similar al engaño anterior, se le solicita a la víctima comprar determinados productos y entregarlos a los estafadores, o realizar un depósito bancario.

6° Sobrino detenido: al igual que en la simulación de un accidente de tránsito, el estafador, haciéndose pasar por funcionario policial señala a la víctima que un sobrino está detenido por haber provocado un accidente de tránsito o haber cometido un delito, solicitándole el pago de una “fianza” para no quedar detenido. El estafador proporciona una cuenta bancaria para que realice

el depósito.

7° Llamado del jefe: el o los estafadores simulan ser el jefe de la víctima, quien se encuentra en una emergencia y necesita una cantidad de dinero o especies de valor, solicitándole a la víctima que se lo entregue a una persona que él enviará.

8° Mensaje de texto del ejecutivo bancario: la víctima recibe un mensaje de texto (*SMS*) a su celular informando que su banco requiere actualizar sus datos personales. Luego, tras el llamado de la víctima, le solicitan sus datos y el estafador accede a la cuenta bancaria de la víctima. Se trataría de una forma telefónica de *phishing*, llamado *vishing* o *smishing*⁴⁵⁸.

9° Arriendos fraudulentos: el estafador publica avisos ofreciendo el arriendo de una propiedad real, generalmente a través de Internet; luego al contactarse con la víctima, telefónicamente le solicita un adelanto y tras el depósito, desaparece. Una variante incluye la firma de un contrato de arrendamiento que resulta ser falso e incluso, en algunas ocasiones, la víctima llega a ocupar el inmueble, siendo lanzado por el propietario.

10° Oferta de inversiones lucrativas: en este engaño, el estafador simula

458 INTUIT INC. Phishing, pharming, vishing and smishing. [En línea].
<<https://security.intuit.com/phishing.html>>. [Consulta: 18 julio 2015].

pertenecer a una empresa de inversiones u otra entidad financiera similar, promocionando la compra de acciones u otros instrumentos financieros de rentabilidad superior a las tasas de mercado. Tras el pago de un adelanto o primera cuota, el estafador desaparece.

2.2.2. Fraude informático y estafa informática.

El fraude informático y la estafa informática han recibido un tratamiento un poco más extenso. En principio, resulta útil para formar un concepto de este tipo de delitos, lo señalado en el artículo 8 de la Convención de Budapest de 2001 sobre ciberdelincuencia, que lo refiere como “los actos deliberados e ilegítimos que causen perjuicio a otra persona mediante: a. la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos; b. cualquier otra interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, con la intención dolosa o delictiva de obtener de forma ilegítima un beneficio económico para uno mismo o para otra persona”⁴⁵⁹. BALMACEDA distingue entre fraude

459 UNIÓN EUROPEA. Council of Europe. 2001. Convenio sobre la ciberdelincuencia. Serie de tratados europeos n.º 185. 23 de Noviembre 2001. **“Artículo 8 – Fraude Informático.**

Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno los actos deliberados e ilegítimos que causen perjuicio a otra persona mediante:

a. la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos;

b. cualquier otra interferencia en el funcionamiento de un sistema informático,

con la intención dolosa o delictiva de obtener de forma ilegítima un beneficio económico para uno mismo o para otra persona.”

informático y estafa informática, considerando que el primero es “una categoría criminológica, funcional y amplia que concentraría una multiplicidad de comportamientos heterogéneos (contra intereses económicos difusos), beneficiados por la naturaleza de los sistemas informáticos y su forma de trabajo”⁴⁶⁰, mientras que la segunda “alude exclusivamente a las defraudaciones patrimoniales ocasionadas por medios informáticos”⁴⁶¹, tratándose de una relación género-especie.

Dentro de estos fraudes y estafas informáticas, se han distinguido como los más comunes el *phishing* y el *pharming*; a las cuales se pueden sumar otras figuras similares. En general, tal como señala OXMAN, estas figuras son fraudes cuya finalidad “es la de apoderarse de información personal de un usuario de Internet, para acceder a sus cuentas de correo o de redes sociales y obtener adicionalmente datos de sus contactos virtuales, a fin de comerciarlos ilícitamente, o bien, conseguir claves de “e-banking” para de este modo ingresar a las cuentas corrientes bancarias de los titulares y disponer del dinero que en

460 BALMACEDA, Gustavo. 2011. El delito de estafa informática en el derecho europeo continental. Revista de Derecho y Ciencias Penales N.º 17. p. 112.

461 BALMACEDA. 2011. ob. cit.

ellas se encuentra”⁴⁶². Un poco más en detalle, se pueden analizar los siguientes tipos:

1° El *phishing* consiste en la obtención de los datos personales o información sensible a través de Internet, con un fin defraudatorio, generalmente a través de un correo electrónico u otro medio similar simulando una comunicación oficial de una entidad bancaria o financiera, que solicita sus datos personales en forma directa o a través de un enlace a una página web falsa. El estafador, tal como señala MALDONADO, “envía aquella comunicación a una gran cantidad de destinatarios, generalmente a través del correo electrónico, quedando a la espera de que la falta de conocimientos técnicos para reconocer el engaño les haga remitir los datos requeridos, confiados en que la comunicación realmente proviene de quien dice ser su emisor”⁴⁶³.

Dos variantes del *phishing* son los llamados *spear phishing* y *whaling*. En la primera variante, el mensaje está dirigido a una persona o grupo determinado, del cual el estafador maneja más información. En la segunda variante, el estafador también apunta su engaño a personas determinadas,

462 OXMAN, Nicolás. 2013. Estafas informáticas a través de Internet: acerca de la imputación penal del “phishing” y el “pharming”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. N° XLI. p. 215.

463 MALDONADO, Esteban. s.a.. Phishing y Pharming: Una aproximación desde el Cibercrimen. p.3. [En línea]. <<http://www.asepol.cl/spa/areainvestigacionEstudios/pdf/Phishing.pdf>>. [Consulta :19 julio 2015].

generalmente, aquellos con altos cargos ejecutivos o directivos dentro de una empresa⁴⁶⁴.

2° El *pharming*, según OXMAN, consiste en “la manipulación técnica de las direcciones DNS que son utilizadas por un determinado usuario, reconduciendo la navegación que este realiza a sitios “web” que presentan un aspecto idéntico, pero que son falsos y han sido creados con fines defraudatorios”⁴⁶⁵. A diferencia del *phishing*, que también puede contener una URL falsa que aparente ser el sitio verdadero, el *pharming* requiere un conocimiento más avanzado pues suele involucrar un *malware* que infecta al computador de la víctima, alterando la configuración por la cual los navegadores llegan al sitio web; así, la víctima, al ingresar de forma normal al sitio que acostumbra, el navegador lo redirige a una página falsa cuya dirección IP es distinta a la página original, a pesar que la dirección DNS que se muestra en pantalla es la misma. La víctima de este fraude no tiene posibilidad de darse cuenta que está ingresando a un sitio falso ni que está dando sus datos a la base de datos de un estafador, por este motivo, las páginas de los bancos y entidades financieras han adoptado protocolos de seguridad encriptados, como

464 INTUIT INC. ob. cit.

465 OXMAN, ob. cit., p. 215.

los protocolos SSL y https.

3° El *vishing* es una modalidad de *phishing* en la cual el estafador toma contacto con la víctima a través de las líneas telefónicas, fingiendo ser operador de una entidad financiera o banco del cual la víctima es cliente o puede ser potencial cliente. De esta forma, el estafador, haciendo uso de la ingeniería social, puede obtener los datos personales de la víctima, con el fin de defraudarla en su patrimonio actual (accediendo a sus cuentas bancarias) o suplantar su identidad (creando nuevas cuentas o adquiriendo créditos con sus datos)⁴⁶⁶.

4° El *smishing*, de manera similar al *vishing*, es una modalidad de engaño en la que el estafador envía un mensaje de texto (*SMS*) a la víctima, requiriendo su atención inmediata. Generalmente, se le envía una dirección URL a la víctima en la cual, al momento de acceder a ella, se le solicitarán sus datos personales⁴⁶⁷.

2.2.3. Aspectos jurídicos de las estafas telefónicas e informáticas.

466 INTUIT INC. ob. cit.

467 *Ibidem*.

Doctrinariamente, resulta interesante analizar la suficiencia e idoneidad del engaño en las estafas telefónicas e informáticas, atendiendo a las teorías mencionadas al estudiar la estafa en general; así también resulta interesante revisar la configuración de los elementos subjetivos en este tipo de delitos.

En primer lugar, en lo referido al engaño, cabe preguntarse ¿ante qué delito estamos?, ¿puede catalogarse la mentira que el estafador comunica telefónicamente como una puesta en escena?, ¿pueden considerarse como estafa (con sus elementos objetivos y subjetivos) los fraudes informáticos?.

En lo que concierne a las estafas telefónicas, para considerarlas como estafas (propia tal), deben cumplir con los elementos objetivos y subjetivos que la doctrina ha señalado para la estafa (engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio), siendo el elemento principal, el engaño. Si consideramos que el engaño típico es, como lo plantea la doctrina tradicional, una puesta en escena (entendida como un despliegue externo de apariencias), podemos encontrar algunos problemas debido a que un simple llamado telefónico podría ser considerado sólo una mentira o una puesta en escena, según los argumentos y la conducta que despliegue el estafador, quedando, en definitiva a criterio del sentenciador calificar la puesta en escena. Por otra parte, si se adhiere a la teoría subjetiva del engaño, encontraremos que el engaño

será típico cada vez que produzca error en alguna de las víctimas que recibieron el llamado, por muy burdo que sea el engaño; el problema surgiría, al considerar la estafa telefónica como una hipótesis de masividad, si el engaño produce error en una víctima y no en otras, resultando insuficiente este criterio. En tercer lugar, la teoría del engaño objetivo, al considerar tanto la puesta en escena como la subjetividad de la víctima, parece dar una mejor respuesta a los problemas recién planteados, tanto si se trata de imputación objetiva de la conducta como del resultado. Otras teorías, como la referida a la frustración del fin, parecen insuficientes frente a un engaño telefónico, debido a que no siempre la víctima actúa motivada por un fin o ganancia que se deja de percibir.

En lo que respecta al dolo, en los engaños realizados por vía telefónica es común que el estafador no conozca directamente a la víctima y sólo tenga algunas referencias de ella (por ejemplo, al usar el timo del “llamado del jefe”, “accidente de tránsito”, “sobrino detenido” o de la “pelea con daños” el estafador puede acceder a algunos datos personales de la víctima a través de documentación o aparatos de telefonía celular previamente perdidos o robados, y luego obtener información que ella misma va entregando); y algunos casos, el estafador desconoce todo antecedente sobre su víctima (por ejemplo, en el timo del “concurso de televisión”). En los primeros casos, dependiendo del grado de

conocimiento que el estafador tenga de la víctima, podría existir un dolo de estafa respecto a una víctima determinada, configurándose sin problemas una estafa singular; pero en los casos que no existe vínculo alguno, el dolo defraudatorio será más similar al enunciado al momento de explicar los delitos masa, pues lo buscado por el estafador es engañar a la mayor cantidad posible de personas, buscando un dolo global.

En lo relativo a los fraudes informáticos, se hace necesario observar que en Chile, la regulación legal de la ciberdelincuencia es escasa. Al respecto, MALDONADO⁴⁶⁸ señala que las leyes existentes (la Ley N° 19.223⁴⁶⁹ y la Ley N° 20.009⁴⁷⁰) no regulan las figuras de fraude informático conocidas como *phishing* o *pharming*, y sólo en los casos que se afecte a un sistema informático o hayan involucradas tarjetas de crédito, podrían aplicarse las normas contenidas en dichas leyes; sin embargo, en cualquier otro caso, debieran aplicarse las normas generales referidas a la estafa en el Código Penal. OXMAN concuerda en principio con lo señalado, y cita la sentencia Rol 796-2007 del Juzgado de

468 MALDONADO, op.cit., p.4.

469 CHILE. Ministerio de Justicia. 1993. Ley N° 19.223. Tipifica figuras penales relativas a la informática. 28 de mayo, 1993.

470 CHILE. Ministerio de Hacienda. 2005. Ley N° 20.009. Limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas. 18 de marzo, 2005.

Garantía de Collipulli⁴⁷¹, que consideró un fraude tipo *phishing* como concurso ideal heterogéneo entre la estafa del art. 467 N.º 1 del Código Penal y la revelación maliciosa de datos contenidos en sistema de información (art. 4⁴⁷² de la Ley 19.223); sin embargo, en un análisis posterior, detalla que el tribunal cometió un error al calificar el delito informático, puesto que no se trataría de un ataque a un sistema informático o revelación de datos contenidos en ellos a través de un acceso ilegítimo (como lo requiere el art. 4 de la Ley N° 19.223), sino que la manipulación que produjo un engaño y error en la víctima hizo que ésta entrara legítimamente y entregara voluntariamente los datos⁴⁷³.

Otro caso similar estudiado por OXMAN es la sentencia Rol N° 131-2008 del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago; oportunidad en que el tribunal

471 OXMAN, ob. cit. p. 215. Señala el tribunal que “los hechos fijados en el razonamiento quinto, configuran el delito del artículo 467 N.º 1º del Código Penal en relación con el artículo 4 de la Ley N.º 19.223m en los que a los acusados les cabe responsabilidad en calidad de autores, toda vez que, existiendo dolo directo de los acusados al desviar dineros de cuentas corrientes pertenecientes a la víctima utilizando medios tecnológicos, es decir, difundiendo información contenidas en dichos medios y luego de ello depositándolos en la cuenta corriente de uno de los acusados, por lo que todos los acusados tuvieron participación directa en la comisión del hecho ilícito”

472 CHILE. Ministerio de Justicia . Ley N° 19.223. Tipifica figuras penales relativas a la informática.
ART. 4. El que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado.

473 OXMAN, ob. cit. p. 228. Señala el autor, en detalle: “lo que aquí ocurre es el apoderamiento de datos personales, pero no a través de la revelación de contenido de un sistema informático ni mucho menos mediante la difusión a terceros de la información contenida en el sistema porque ella no se ha originado en el acceso ilegítimo previo al sistema de tratamiento de datos; por el contrario, ha tenido lugar a través e una manipulación desde fuera del sistema para inducir a error a un sujeto en la medida que voluntariamente ejecuta actos que normalmente no realizaría, que consienten la entrega de datos personales relativos al acceso a sistemas bancarios”.

consideró que se trataba de una estafa (art. 467, 468 y 473) en concurso ideal heterogéneo con el acceso indebido a sistema informático (art. 2°⁴⁷⁴ Ley N° 19.223). El tribunal absolvió a los acusados del delito de estafa al considerar que el sistema informático bancario y el banco no pueden ser sujetos pasivos de la estafa (considerando duodécimo): “las máquinas no pueden ser engañadas, las máquinas no cometen errores, en consecuencia, solo cabe concluir que el hecho que se ha dejado establecido en la consideración precedente no es constitutivo de delito, es un hecho atípico, y no puede ser penalmente sancionado, más allá de ser moral y éticamente reprobable”⁴⁷⁵; siguiendo con el razonamiento, el tribunal también absolvió del delito de acceso indebido a sistemas informáticos, por considerar que el bien jurídico resguardado por el tipo es el secreto o reserva de la información contenida en el sistema, y no la afectación del patrimonio, intimidad personal ni otros intereses de naturaleza individual, razón por la que el apoderamiento de información personal a través de Internet se trataría de una conducta atípica⁴⁷⁶.

474 CHILE. Ministerio de Justicia . Ley N° 19.223. Tipifica figuras penales relativas a la informática.

ART. 2. El que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio.

475 OXMAN, ob. cit., p. 231.

476 OXMAN, ob. cit. p. 232.

3. Aspectos concursales y criterios para la determinación de la pena

Tal como ya ha sido enunciado en este capítulo, legislaciones como la española, han creado normas específicas referidas a los fraudes colectivos (art. 74.2. del Código Penal español, ya analizado); pero ante la falta de normativa especial MAYER y FERNANDES consideran que “la pena a aplicar en Chile en casos de estafas colectivas se determinará de acuerdo con las reglas generales”⁴⁷⁷. Los diversos tipos de fraudes colectivos o masivos pueden recibir distintos tratamientos según sus particularidades. Los criterios que se pueden adoptar frente a cada caso, determinarán los diversos resultados y penalidades a las que se puede llegar.

3.1. La “estafa masiva” como concurso real

En principio, como ya fue analizado, según las reglas del concurso real, a cada delito se le impondrá una pena y se deberán cumplir en forma sucesiva (si son de la misma naturaleza) o simultánea (si son de distinta naturaleza), según las reglas contenidas en el artículo 74 del Código Penal.

⁴⁷⁷ MAYER y FERNANDES, ob. cit. p. 202.

Si en un caso de fraude colectivo se consideran las estafas como delitos individuales, en virtud del concurso real, al momento de ser condenados cada estafador recibirá una eventual pena de privación de libertad que se podrá acumular en forma aritmética. Así, por ejemplo, si se le acusa y condena por estafa residual (art. 473, cuya pena es de presidio menor en su grado mínimo y multa de 11 a 20 U.T.M.) contra 20 personas, el autor podría ser condenado a 20 penas de 540 días de presidio menor en su grado mínimo (con las respectivas multas), que de cumplirse en forma sucesiva, resultan en una condena total de 30 años de presidio (10.800 días).

Ante este panorama, es razonable que se busque una sanción menos rigurosa para el condenado y más armónica con las sanciones aplicadas a otros delitos, dando preferencia a la aplicación de otras normas como el artículo 351 del Código Procesal Penal, referida a la reiteración de delitos de la misma especie, siendo éste criterio el que ha predominado en la jurisprudencia.

Ejemplos de este criterio se puede encontrar en la sentencia pronunciada por el T.J.O.P. de La Serena, con fecha 16 de enero de 2008, en la causa Rol N.º 82-2007, referida a estafas reiteradas, en la cual los jueces consideraron que: “tratándose de un caso de reiteración de simples delitos de la misma especie y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 351 del Código

Procesal Penal, se impondrá como pena única la correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en un grado. Que en este caso se ha justificado la existencia de tres delitos de estafa del artículo 468 del Código Penal, dos de las cuales se encuentran sancionadas en el artículo 467 inciso final del mismo Código, de modo que para imponer la pena única, estas, las tres estafas, serán consideradas como un solo delito aumentando la pena en un grado, resultando ser esta la de presidio mayor en su grado mínimo⁴⁷⁸. Idéntico criterio han seguido el T.J.O.P. de Rancagua en la causa Rol N.º 107-2006⁴⁷⁹, el 2º T.J.O.P. de Santiago en la causa Rol N.º 167-2010⁴⁸⁰, el 4º T.J.O.P. de Santiago en la causa Rol N.º 96-2006⁴⁸¹, y el T.J.O.P.

478 T.J.O.P. La Serena. R.U.C. N.º 0410003153-7. Sentencia del 20 de noviembre de 2010. Considerando Décimo octavo.

479 T.J.O.P. Rancagua R.U.C. N.º 0510001835-9 . Sentencia del 02 de agosto de 2006. Considerando Decimotercero: “tratándose de reiteración de delitos de la misma especie, es más beneficioso para el acusado, imponerle la pena de acuerdo a lo establecido en el artículo 351 inciso primero del Código Procesal Penal, para lo cual se aumentará en un grado la pena a aplicar, estos es, de presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo”

480 2º T.J.O.P. Santiago. R.U.C. N.º 0900878597-7. Sentencia del 20 de noviembre de 2010. Considerando Décimo cuarto: “el tribunal ha decidido aplicar el artículo 351 del Código Procesal Penal, tomando para ello en consideración que las diversas conductas de estafa del artículo 468 del Código Penal, sancionadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 467 números 1 e inciso final del Código Penal, cometidas por el enjuiciado, protegen el mismo bien jurídico consistente en el patrimonio (...) Luego, considerando que por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pueden estimarse como un solo delito, ya que los delitos de estafa de los número 1 e inciso final de la referida norma, no tienen la misma pena, pese a ser delitos de la misma especie por proteger el mismo bien jurídico, el Tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada pena mayor.”

481 4º T.J.O.P. Santiago. R.U.C. N.º 0500292395-1. Sentencia del 20 de enero de 2007. Considerando Decimotercero: “siendo delitos de la misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones estimadas como un solo ilícito, aumentándola en un grado por la reiteración y aplicándola en su minimum, en mérito de la atenuante que favorece al acusado.”

de Ovalle en la causa Rol N.º 14-2009⁴⁸².

3.2. La “estafa masiva” como concurso ideal

En algunos casos, las estafas masivas podrán considerarse como un concurso ideal (homogéneo), tal como lo señalan MAYER y FERNANDES: “en caso que se lesionen los intereses patrimoniales de las diversas víctimas de la estafa colectiva a través de un único engaño típico”⁴⁸³. También se puede hacer extensivo este tipo de concurso a los casos de estafas informáticas, estableciéndose un concurso ideal heterogéneo -o en algunos casos, un concurso medial- entre los delitos de espionaje o sabotaje informático, establecidos en la Ley N° 19.223, y el delito de estafa (residual del art. 473 o calificada del 468) o eventualmente la apropiación indebida (del art. 470 n.º 1); esto, debido a la falta de un tipo penal específico que regule conductas como el *phishing* o el *pharming*.

482 T.J.O.P. Ovalle. R.U.C. N.º 0600163226-2 Sentencia del 23 de marzo de 2010. Considerando vigésimo séptimo: “habiéndose sentenciado al acusado (...) como autor de cinco delitos reiterados y consumados de estafa, figura prevista en el artículo 468 del Código Penal y sancionada en el artículo 467 N° 1 y N° 2 del Código Penal, y estimando el Tribunal que corresponde la aplicación del artículo 351 inciso 1º del Código Procesal Penal, por ser más favorable en la determinación de la pena por los varios delitos por lo que se le condena, que el artículo 74 del Código Penal, y porque además, coincidiendo con la alegación del Ministerio Público se trata de delitos de la misma especie según lo define el inciso final del mismo artículo 351, puesto que en todos el bien jurídico protegido es el patrimonio y el medio comisivo fue el fraude, se aplicará la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en este caso, en un grado.”

483 MAYER.; FERNANDES, ob. cit. p. 202.

La jurisprudencia se ha mostrado reticente a aceptar el concurso ideal en casos con pluralidad de estafas, inclinándose por la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal en un contexto de concurso real. Sin embargo, en un caso tramitado con anterioridad a la introducción de la reforma procesal penal, la Excma. Corte Suprema, en el fallo rol 12553-11 (conocido como “Caso Eurolatina”), acogió el concurso ideal establecido en el Art. 75, entre los delitos de estafa (art. 473) y de usura (art. 472), aplicando las penas de este último por ser más altas y elevándolas un grado atendiendo a la extensión del daño causado⁴⁸⁴.

En los casos de fraudes o estafas informáticas, la jurisprudencia ha considerado que las conductas no constituyen un concurso entre los delitos de espionaje o sabotaje informático y el delito de estafa residual, sino que se trata de conductas atípicas; siendo un ejemplo de esto, lo considerado por el T.J.O.P. de La Serena en el Rol N.º 185-2012⁴⁸⁵, además de las sentencias citadas por OXMAN⁴⁸⁶ en su trabajo y que fueron citadas al momento de analizar el tratamiento penal de los fraudes y estafas informáticas.

484 Ecma. C.S. Rol N.º 12553-2011. Sentencia del 30 de abril de 2013. Considerando noveno: “El delito de usura está sancionado con presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados, en tanto el de estafa que tipifica el artículo 473 del Código Penal se castiga con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Atendido lo dispuesto en el artículo 75 del cuerpo legal ya citado, se aplicará la pena asignada al delito de usura, desde que aparece ser la mayor, optándose en la especie por imponer a los acusados como pena base la de presidio menor en su grado medio y luego, por tratarse de delitos reiterados, se elevará esta pena definitiva atendida la extensión del daño causado con los delitos.”

3.3. La “estafa masiva” como delito continuado

Al momento de analizar el delito continuado, se explicó que éste buscaba sancionar de manera más benigna al autor de delitos reiterados, aunque debían cumplirse ciertos requisitos para que pudiera aplicarse. En lo referido a las estafas masivas, MAYER y FERNANDES consideran que “si son varios los engaños cometidos en el contexto de una estafa colectiva, puede apreciarse un supuesto de delito continuado -que como sabemos, no tiene un reconocimiento legal, pero sí doctrinal y jurisprudencial- y considerar la reiteración de engaños típicos constitutivos de estafa como un único delito”⁴⁸⁷.

Al respecto, la jurisprudencia ha fallado reiteradamente en favor de la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal, pero mirando la situación

485 T.J.O.P. La Serena. R.U.C. N.º 0910021731-4. Sentencia del 22 de agosto de 2012. Considerando décimo: “aún cuando se estimase que la cajera actuó dolosamente para generar los pines en su beneficio y perjuicio de D&S, ésta no recibe ningún bien corporal –corporalidad que incluso es discutible en este caso– mueble legítimamente, sino que generaría éstos engañando al sistema informático, lo que a lo más se parece a una estafa informática que no se encuentra tipificada, porque no hay persona engañada (...) como consecuencia de todo lo razonado en este considerando, es que se deberá dictar sentencia absolutoria respecto de estos cargos.”; y Considerando undécimo: “no quedando acreditado en juicio que la acusada conociera real y efectivamente la vulnerabilidad del sistema informático, y en consecuencia deliberadamente produjera el error en éste, tampoco resulta posible dar por concurrente el delito consagrado en el artículo 1 de la ley 19.223, ya que tal delito exige que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento.”

486 OXMAN, ob. cit. p. 215; T.G. Collipulli, Rol 796-2007; y p. 232: 4º T.J.O.P. Santiago, Rol, 131-2008.

487 MAYER.; FERNANDES, ob. cit. p. 203.

como un concurso real y no como delito continuado. En este sentido, el T.J.O.P. de Antofagasta, en la sentencia Rol N.º 138-2011, ha estimado que es improcedente el delito continuado, debido a que “la continuidad de un delito se determina por la acción permanente, sin interrupción o solución de continuidad, del hecho punible, elemento que, tal cual se advierte claramente, no se da en el presente caso, en que estamos en presencia de diversas disposiciones patrimoniales basadas en el error que generó el engaño, ocurridas una primero y otras después, en cada caso, desde que no es verosímilmente creíble sostener que los encausados hayan previsto en forma precisa y estipulada realizar durante un cierto lapso de tiempo determinadas conductas mediante las cuales se apoderaron de distintas sumas de dinero, desde que no existe el criterio de unidad exigido por la doctrina, no siendo posible considerar todos esos comportamientos como un único y gran delito como ha pretendido la defensa”⁴⁸⁸. En el mismo sentido, el 2º T.J.O.P. de Santiago, en la sentencia Rol N.º 167-2010, también negó la solicitud de la defensa para considerar las estafas reiteradas como un delito continuado, atendiendo a que éste “supone un dolo unitario o conjunto, que debe haber abarcado de antemano el resultado total que se obtendrá mediante la pluralidad de acciones. De este modo, el

488 T.J.O.P. Antofagasta. R.U.C. N.º 0910008393-8. Sentencia del 03 de agosto de 2011. Considerando décimo quinto.

sujeto ha de proponerse desde un principio el resultado total que logrará a través de varios hechos punibles que fraccionadamente se lo irán proporcionando”⁴⁸⁹.

De manera minoritaria, la jurisprudencia ha reconocido la existencia del delito continuado, por ejemplo, en la sentencia dictada por el T.J.O.P. de Rancagua el 10 de agosto de 2007, Rol N.º 151-2007, en la cual se consideró que para la configuración del delito continuado se requiere unidad de acción jurídica que permite vincular a las distintas acciones, agregando que “tal relación se dio, en este caso, al establecerse una unidad delictiva, pues se demostró un conjunto de conductas ilícitas sucesivas ejecutadas por el acusado, en tiempos distintos pero dentro de un mismo periodo, contra igual sujeto pasivo y que lesionaron idéntico bien jurídico e infringieron un mismo tipo penal, con el mismo *modus operandi*”⁴⁹⁰. Criterio similar se puede observar

489 2º T.J.O.P. Santiago. R.U.C. N.º 0900878597-7. Sentencia del 20 de noviembre de 2010. Considerando Décimo cuarto.

490 T.J.O.P. Rancagua. R.U.C. N.º 0710000145-9. Sentencia del 10 de agosto de 2007. Considerando Décimo cuarto: “Se desechó asimismo, la teoría de la querellante respecto de que se trataba de 17 delitos de estafa, toda vez, que en este caso en particular, se dan todos y cada uno de los elementos del delito continuado, es decir, se trata de una misma víctima, de un mismo delito, de una misma forma de operar, y del mismo hechor. En efecto, si bien la figura del delito continuado no tiene consagración positiva en el derecho chileno, ha sido ampliamente acogida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en especial, para situaciones de pluralidad de acciones, cada una de las cuales reúne los requisitos del tipo, pero que no pueden considerarse como varios delitos, en razón de que existe unidad de lesión jurídica y conexión entre las mismas.

Tal relación se dio, en este caso, al establecerse una unidad delictiva, pues se demostró un conjunto de conductas ilícitas sucesivas ejecutadas por el acusado, en tiempos distintos pero dentro de un mismo periodo, contra igual sujeto pasivo y que lesionaron idéntico bien jurídico e infringieron un mismo tipo penal, con el mismo *modus operandi*.”

también en la sentencia del T.J.O.P. de La Serena Rol N.º 41-2006⁴⁹¹.

Respecto al cálculo de la pena, los jueces han estimado que debe atenderse a la extensión del mal causado, siguiendo un criterio similar al establecido en el artículo 74.2 del Código Penal español. Así, lo consideró el 4º T.J.O.P. de Santiago en la sentencia Rol N.º 25-2008 dictada el 15 de mayo de 2008, al considerar que “resulta más favorable la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal. Se aplicará el inciso primero de la mencionada disposición, por estimar el tribunal que se trata de infracciones de la misma especie que pueden estimarse como un solo delito, al sumarse cada uno de los montos defraudados”⁴⁹².

491 T.J.O.P. La Serena. R.U.C. N.º 0210003450-9. Sentencia del 06 de mayo de 2006. Considerando séptimo: “Que estos sentenciadores han concluido en los dos razonamientos precedentes que en el caso sub lite, los hechos materia de la acusación, contenida en el auto de apertura, constituyen un solo delito continuado de estafa, por darse las exigencias para que ello ocurra, a saber, una pluralidad de actos separados en el tiempo, un mismo bien jurídico lesionado, una conexión entre las diferentes acciones, toda vez que ellas iban encaminadas a un mismo propósito criminoso, esto es, obtener mediante engaño el cambio por dinero de los cheques, acciones éstas cometidas por un mismo agente.”

492 4º T.J.O.P. Santiago. R.U.C. N.º 0500655026-8. Sentencia del 15 de mayo de 2008. Considerando trigésimo sexto. Añade también que: “Teniendo presente la extensión del mal causado, la pena se impondrá en el máximo posible, toda vez que el sentenciado perjudicó a personas de escasos recursos, respecto de sumas que conformidad a sus ingresos fueron reunidas luego de varios años de ahorros o mediante préstamos que en algunos casos a la fecha siguen pagándose. Además, nadie ignora lo importante que es acceder a una casa propia y lo frustrante que resulta ser engañado en uno de los grandes anhelos de la vida, teniéndolo supuestamente a la mano.”

3.4. La “estafa masiva” como delito “masa”

La figura del delito masa, creada a partir de la doctrina del delito continuado para ser aplicada a las estafas colectivas, parece no tener asidero jurisprudencial en Chile, y casi nula mención en la doctrina (salvo los casos ya vistos al momento de analizar el delito masa dentro de los concursos). Al menos, dentro de los antecedentes y de los fallos investigados, no ha sido posible encontrar jurisprudencia que use esta doctrina.

No obstante, es posible recordar que SAINZ señala que “lo importante (...) es que el sujeto activo contemple a los componentes individuales del grupo como una unidad, como un todo, con desprecio de las partes”⁴⁹³. Este factor subjetivo adicional puede resultar en una carga probatoria adicional que por su naturaleza sería difícil de cumplir.

4. Proyectos de ley relevantes.

A la fecha, diversos proyectos de ley han sido presentados en busca de modificar o sustituir el actual Código Penal. A continuación, se revisará brevemente aquellos proyectos que aportan a la discusión planteada en esta

493 SAINZ, ob. cit. p. 675

investigación.

4.1. Boletín 3083-07

Este proyecto de ley, iniciado por mensaje presidencial e ingresado a tramitación en la Cámara de Diputados el 02 de octubre de 2002⁴⁹⁴ tiene por objeto tipificar nuevos delitos informáticos, reconociendo una deficiencia en la legislación vigente. Se busca penalizar las siguientes conductas, introduciéndolas en el Código Penal como tipos nuevos o modalidades de comisión de otros delitos ya existentes:

- Falsedades documentales: falsificación de documentos electrónicos, clonación y adulteración de tarjetas de crédito;
- Violación de secretos del comercio;
- Fraudes informáticos; y
- Obtención indebida de servicios de telecomunicaciones

En lo que respecta a la materia de esta investigación, resulta de interés conocer la propuesta referida al delito de fraude informático. En este delito, el

⁴⁹⁴ Mensaje presidencial N.º 13-348. 25 de septiembre, 2002. Boletín 3083-07. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3380&prmBoletin=3083-07>. [Consulta: 20 julio 2015].

proyecto busca hacerse cargo del vacío legislativo que existe en la materia, y que, como quedó en evidencia al analizar los fraudes y estafas informáticas, resulta en la atipicidad de la conducta. En el mensaje se explicita que uno de los problemas de los fraudes informáticos es que debido a la automatización de ciertas acciones que antes solían ser realizadas por personas, en ocasiones el perjuicio patrimonial no está asociado a un engaño o a un error, sino a la manipulación de un sistema o máquina⁴⁹⁵.

El mensaje propone agregar, como inciso segundo, al artículo 468 del Código Penal, el siguiente texto:

“En las mismas penas incurrirá el que, alterando indebidamente el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de la información o los datos contenidos en el mismo, o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante, modificare una situación patrimonial en perjuicio de otro”⁴⁹⁶.

El 21 de noviembre de 2002, en la sesión 26^a de la legislatura extraordinaria 348^a, la propuesta fue modificada para hacerse cargo de la

495 Mensaje presidencial N.º 13-348. Boletín 3083-07.ob. cit. p. 13

496 Mensaje presidencial N.º 13-348. Boletín 3083-07.ob. cit. p. 15

utilización indebida de datos verdaderos, con o sin consentimiento de su titular⁴⁹⁷. Con esto, se rechazó la propuesta del ejecutivo de agregar un inciso segundo al artículo 468 y se aprobó la creación de un nuevo artículo 468 bis, que tipifica el fraude informático:

“Artículo 468 bis.- En las mismas penas del artículo anterior incurrirá el que, con ánimo de lucro, modifique una situación patrimonial en perjuicio de otro, alterando indebidamente el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de la información o los datos contenidos en el mismo, utilizando indebidamente en el mismo datos verdaderos o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante”⁴⁹⁸.

Posteriormente, el 04 de marzo de 2003, en la sesión 50^a, se volvió a modificar la propuesta, con el fin de hacerse cargo de aquellas defraudaciones hechas por medios informáticos o por medios biotecnológicos, reemplazando la frase “manipulación informática o artificio semejante” por “manipulación o

497 Cámara de Diputados. Actas de sesión. Legislatura 348^a, extraordinaria. Sesión 26^a. 21 de noviembre de 2002. Boletín 3083-07.ob. cit. p. 76: “Por último, se propone reubicar la figura de fraude informático propuesta originalmente como inciso segundo del artículo 468, para constituir conjuntamente con la nueva tipificación aquí propuesta un nuevo artículo 468 bis del Código Penal. Concretamente, el nuevo artículo 468 bis que se propone es igual al inciso segundo que se proponía incorporar al artículo 468 (para recepcionar el fraude informático), agregando una nueva modalidad comisiva: la utilización indebida de datos verdaderos obtenidos sin el consentimiento de su titular.”

498 Cámara de Diputados. Actas de sesión. Legislatura 348^a, extraordinaria. Sesión 26^a.Boletín 3083-07.ob. cit. p. 77.

artificio semejante, informático o no, aplicado sobre el referido sistema”⁴⁹⁹, quedando en definitiva el siguiente texto:

“Artículo 468 bis.- En las mismas penas del artículo anterior incurrirá el que, con ánimo de lucro, modifique una situación patrimonial en perjuicio de otro, alterando indebidamente el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de la información o los datos contenidos en el mismo, utilizando indebidamente en el mismo datos verdaderos o valiéndose de cualquier otra manipulación o artificio semejante, informático o no, aplicado sobre el referido sistema.”

Actualmente el proyecto no tiene urgencia alguna y lamentablemente, al día de entrega de la presente investigación, su tramitación se encuentra paralizada desde el 19 de marzo de 2008, en el segundo trámite de constitucionalidad, tal como lo hace notar BALMACEDA: “nos parece que ha transcurrido un tiempo más que razonable para que dicho proyecto se haya transformado en ley. No obstante, ello no ha acaecido. Hasta el cierre de esta investigación su tramitación seguía congelada en el segundo trámite constitucional”⁵⁰⁰.

499 Cámara de Diputados. Actas de sesión. Legislatura 348ª, extraordinaria. Sesión 50ª. Boletín 3083-07.ob. cit. p. 82.

500 BALMACEDA, 2011, ob. cit. p. 114.

Si bien el proyecto no se hace cargo de los supuestos referidos a defraudaciones colectivas por medios informáticos o similares, su aprobación sería muy útil para sancionar este tipo de estafas, haciendo aplicación de las normas concursales que correspondan.

4.2. Boletín 7819-03

Este proyecto de ley, iniciado por moción parlamentaria el 21 de julio de 2011, tiene por objeto tipificar el delito de “fraude colectivo” y velar por la autonomía de las entidades auditoras. En lo que concierne al “fraude colectivo”, los autores del proyecto consideran que la regulación del Código Penal no contiene una regulación referida a la pluralidad de víctimas, con lo cual se pueden presentar situaciones en las que cada víctima denuncie el delito por separado y por consiguiente, el autor sería condenado por cada uno de los delitos denunciados; o, desde el punto de vista de la defensa, podría ser condenado por un solo delito, atendiendo la doctrina del delito continuado⁵⁰¹.

En concreto, el proyecto propone agregar el siguiente texto como inciso

501 Cámara de Diputados. Proyecto de Ley Tipifica el delito de Fraude Colectivo y vela por la independencia de firmas auditoras. Boletín 7819-03. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8218&prmBoletin=7819-03>. p. 2. [Consulta: 20 julio 2015].

segundo al artículo 467 del Código Penal:

“Cuando las defraudaciones se cometan individual o colectivamente, afectando a 50 o más personas, se aplicará la pena de multa del cien al trescientos por ciento del perjuicio ocasionado y presidio mayor en cualquiera de sus grados. Le interposición de querrela criminal por el Servicio Nacional del Consumidor por estos hechos o la mera constatación de los mismos, constituirán presunciones legales de la defraudación en los términos descritos precedentemente”⁵⁰².

Desde su ingreso y hasta la fecha de entrega de esta investigación, el proyecto ha estado paralizado en el primer trámite de constitucionalidad y no se ha discutido en sesión sobre su avance, por lo que no existen mayores antecedentes.

En la opinión de este investigador, tras la revisión de la moción parlamentaria (que no contiene fundamentos doctrinarios) y de su tramitación, la determinación de una cantidad mínima de defraudados (50 víctimas), otorga un grado de certeza al momento de sancionar la conducta, teniendo en consideración que la doctrina referida al delito continuado y al delito masa, no

⁵⁰² Cámara de Diputados. Proyecto de Ley Tipifica el delito de Fraude Colectivo y vela por la independencia de firmas auditoras. Boletín 7819-03. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8218&prmBoletin=7819-03>. p. 4. [Consulta: 20 julio 2015].

hacen referencia de un quórum al momento de referirse a la pluralidad de víctimas; sin embargo, esta determinación parece ser un “arma de doble filo” porque el estafador podría dedicarse a engañar a cantidades menores, llegando hasta 49 víctimas, por lo que cabe preguntarse ¿acaso una estafa a 25 o 40 personas, es menos lesiva? ¿merece menos reproche quien estafó a 49 personas que aquel que haya estafado a 51?. Creo que, si bien la idea que funda el proyecto es plausible, debiera perfeccionarse el concepto de “colectividad”.

4.3. Anteproyecto de Código Penal de 2005

El artículo 159⁵⁰³ del anteproyecto de Código Penal de 2005 tipifica el delito de estafa, y en su artículo segundo, establece el aumento en un grado de su penalidad, en los casos que el delito revista “especial gravedad”, ya sea por la cuantía del perjuicio o los efectos perjudiciales sobre la víctima. En este

503 Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005. [En línea]. <http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf>. **ART. 159.** El que con ánimo de lucro y mediante un engaño suficiente para provocar error en otro, obtenga que éste realice una disposición patrimonial con perjuicio propio o de tercero, será castigado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio. La pena se podrá elevar en un grado cuando el hecho revista especial gravedad, en atención a la cuantía del perjuicio ocasionado o a los efectos especialmente perjudiciales que tenga para la víctima. Tratándose de perjuicios de ínfima cuantía, el tribunal podrá prescindir de la pena de reclusión e imponer en su lugar sólo la pena de multa de una a diez unidades tributarias mensuales. [Consulta: 20 julio 2015].

sentido, el proyecto sigue un criterio de elevar la penalidad según la extensión del daño causado.

A continuación, el artículo 160⁵⁰⁴, establece la figura del “fraude informático”, en términos similares a lo propuesto en el proyecto del año 2002.

A falta de mayores antecedentes sobre su discusión, no es posible recoger otras opiniones acerca de los artículos citados.

4.4. Anteproyecto de Código Penal de 2014

Este anteproyecto, regula el delito de estafa en su artículo 330⁵⁰⁵, y en su

504 Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005. [En línea]. <http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf>. **ART. 160.** En las mismas penas del artículo anterior incurrirá el que, con ánimo de lucro, modifique una situación patrimonial en perjuicio de otro, alterando indebidamente el funcionamiento físico o lógico de un sistema de tratamiento automatizado de información o los datos contenidos en el mismo, utilizando indebidamente en el mismo datos verdaderos o falsos o valiéndose indebidamente de cualquier otra manipulación o artificio semejante que altere física o lógicamente el funcionamiento del referido sistema. [Consulta: 20 julio 2015].

505 Cámara de Diputados. Anteproyecto de Código Penal de 2014. **ART. 330.** Estafa. El que, para obtener un provecho para sí o para un tercero, mediante engaño provocare un error en otro o lo mantuviere en un error, induciéndolo a hacer, omitir o tolerar algo que importe una disposición patrimonial con perjuicio propio o de tercero, será sancionado con prisión de 1 a 3 años. Si la estafa irrogare un perjuicio grave el tribunal estimará el hecho como una agravante muy calificada. La pena será de multa o reclusión: 1° si el perjuicio irrogado por la estafa no excediere de 5 unidades de fomento; 2° si el engañado no hubiere empleado el cuidado más elemental para advertir el engaño, a menos que se tratare de una conducta reiterada del autor o éste hubiere aprovechado especialmente la credulidad de la víctima. Boletín 9274-07. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9686&prmBL=9274-07>. [Consulta: 22 julio 2015].

artículo 333⁵⁰⁶, el “fraude informático”.

Respecto del artículo 330, en general, establece una sanción más benigna en comparación a la legislación vigente y el proyecto de 2005, pero considera como una “agravante muy calificada” que la estafa irrogare un perjuicio grave. Además, también contempla la figura de la estafa reiterada o el abuso de la credulidad como circunstancias.

El artículo 333, por otra parte, regula el fraude informático estableciendo una hipótesis un poco más restringida que los proyectos del año 2002 y 2005, al mencionar taxativamente los casos que lo conforman; sin embargo, una diferencia significativa, es la enunciación del “perjuicio grave” como agravante muy calificada, al igual que lo hace el artículo 330 de este anteproyecto.

Las normas citadas de este anteproyecto dejan algunas dudas conceptuales, especialmente en lo que debería entenderse por “perjuicio grave”

506 Cámara de Diputados. Anteproyecto de Código Penal de 2014. **ART. 333.** Fraude informático. El que, para obtener un provecho para sí o para un tercero, perjudicare a otro en su patrimonio alterando indebidamente el funcionamiento de un sistema informático o los datos contenidos en el mismo o usando correctamente el sistema luego de haber accedido indebidamente a él mediante vulneración tecnológica de sus mecanismos de seguridad o la obtención sin el consentimiento del titular, por parte de él o de un tercero, del conocimiento de la información secreta que permite el acceso al titular, será sancionado con prisión de 1 a 3 años.

Si el fraude informático irrogare un perjuicio grave el tribunal estimará el hecho como una agravante muy calificada.

Boletín 9274-07. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9686&prmBL=9274-07>. [Consulta: 22 julio 2015].

y “muy calificada”. Al igual que en el anteproyecto de 2005, la falta de discusión de esta propuesta, no permiten recoger opiniones de autores que analicen el detalle de las normas propuestas.

CAPITULO IV. CASOS DE ESTUDIO

1. Caso “La Polar”

El llamado “Caso La Polar” es considerado como uno de los casos más grandes de estafa en la historia de Chile, sino el más grande, tanto por las sumas de dinero involucradas como por el gran número de afectados. Es por ello que, en la presente investigación, se hará una referencia a los hechos de la causa y sus circunstancias jurídicas.

1.1. Reseña histórica del caso.

La Polar, tienda de *retail* que a fines de la década de los '90 estuvo al borde de la quiebra, fue adquirida el año 1998 por el fondo “*Southern Cross Group*” (SCG. S.A.) de propiedad de los empresarios Norberto Morita y Raúl Sotomayor. Este fondo, especializado en inversiones de alto riesgo, con el fin de salvar a La Polar y reactivar su economía, estableció un sistema de incentivos económicos para sus ejecutivos y directores, basado en la participación como accionistas de la empresa y bonos adicionales por el mejor

valor de las acciones, llamados “*stock options*”⁵⁰⁷. Aunque esta herramienta de incentivos no es nueva, tal como lo retrata el Diario Financiero “este incentivo, que es ampliamente utilizado por empresas abiertas en bolsa en todo el mundo pero que en el caso de La Polar adquirió proporciones épicas, se tradujo en un elemento de corrupción para sus ejecutivos”⁵⁰⁸.

El afán de los ejecutivos por ganar mayores comisiones, provocó que durante los años 2008 y 2009 se pusiera en práctica un plan de “normalización” crediticia que consistía en una clasificación de los clientes según su morosidad⁵⁰⁹ a través de un software desarrollado en la misma empresa, con el fin de realizar la cobranza de los créditos o la repactación unilateral de éstos,

507 Los *stock options* son incentivos económicos que algunas empresas ofrecen a sus empleados. Consisten, según lo entiende la US. SEC., en el derecho que tiene el empleado de adquirir una determinada cantidad de acciones a un precio convenido: “*Many companies use employee stock options plans to compensate, retain, and attract employees. These plans are contracts between a company and its employees that give employees the right to buy a specific number of the company’s shares at a fixed price within a certain period of time. The fixed price is often called the grant or exercise price. Employees who are granted stock options hope to profit by exercising their options to buy shares at the exercise price when the shares are trading at a price that is higher than the exercise price*”. U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. 2014. Employee Stock Options Plans. [En línea]. <<http://www.sec.gov/answers/empopt.htm>>. [Consulta: 22 julio 2015].

508 RODRIGUEZ, Rafael. 2011. La polar y las opciones de acciones. [En línea]. Diario Financiero en Internet. 29 de junio, 2011. <<https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/rafael-rodriguez/la-polar-y-las-opciones-de-acciones/2011-06-28/203855.html>>. [Consulta: 22 julio 2015].

509 URQUIETA, Claudia. 2011. La Polar: estos son los correos electrónicos incautados por el Ministerio Público. [En línea]. El Mostrador en Internet. 13 de julio, 2011. <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/07/13/la-polar-estos-son-los-correos-electronicos-incautados-por-el-ministerio-publico/>>. [Consulta: 22 julio 2015]. La clasificación consistía, como se aprecia en el reportaje, en clientes “amarillos” (aquellos cuya morosidad estaba entre 180 y 360 días), clientes “rojos” (aquellos cuya morosidad estaba entre 361 y 720 días) y clientes “morados” (aquellos con morosidad superior a 720 días).

dependiendo del comportamiento financiero de los clientes. Esta política de “normalización” fue adoptada para demostrar un balance favorable de la empresa, haciendo pasar como repactados o cobrables aquellos créditos que deberían haberse considerado como pérdidas; con este engaño, generaban una sensación de confianza y crecimiento de la empresa, que les permitía acceder a una mayor cantidad de acciones y a subir su precio en la bolsa, atrayendo nuevos inversores que compraran acciones de la empresa.

La “normalización” era realizada por una sección especial de trabajadores a quienes no se les instruía en detalle de la labor que realizaban (repactaciones sin el consentimiento del deudor), sino que sólo debían contactar a los clientes para evitar una eventual cobranza. El trabajo del software desarrollado consistía en clasificar a los clientes según el monto de sus deudas, tiempo de morosidad y número de repactaciones, asignándolo a un tramo y volviendo a repactar la deuda selectivamente para evitar sospechas⁵¹⁰.

Pero los clientes afectados por las repactaciones empezaron a notar irregularidades en los cobros y tal como lo señala el Servicio Nacional del

510 CARCAMO, Héctor. 2013. Así operaba la aceitada máquina de repactaciones de La Polar. [En línea]. El mostrador en Internet. 12 de marzo, 2013. <<http://www.elmostrador.cl/mercados/destacados-mercado/2013/03/12/asi-operaba-la-aceitada-maquina-de-repactaciones-de-la-polar/>>. [Consulta: 22 julio 2015].

Consumidor (SERNAC)⁵¹¹, en julio de 2010 recibieron 123 reclamos de clientes que acusaban irregularidades en sus deudas, los que a septiembre de dicho año superaban los 350 afectados; luego, en noviembre, la entidad estatal solicitó un informe a la empresa, y se crearon políticas de reparación a los clientes afectados. Durante el año siguiente, en abril de 2011, se comprobó que la empresa no cumplió con los acuerdos de reparación y en mayo fue demandada en sede civil⁵¹² por la responsabilidad infraccional emanada de la Ley del Consumidor⁵¹³; luego, en junio de 2011, las denuncias superaban los 2.000 casos y a fin de mes, superaron los 10.000 casos, ante lo cual La Polar, señala que el número de clientes afectados supera los 400.000, y reconoce, el 09 de junio de 2011, a través de un Hecho Esencial dirigido a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS)⁵¹⁴, que necesitarían provisiones adicionales que alcanzarían un monto estimado entre 150 y 200 mil millones de pesos. El número de clientes repactados unilateralmente alcanzaba al 40% de la cartera total de crédito, que era disfrazada como activo contable, pero en la

511 SERNAC. 2011. Cronología del caso La Polar. [En línea]. 30 de junio, 2011. <<http://www.sernac.cl/resumen-conologico-del-caso-la-polar/>>. [Consulta: 22 julio 2015].

512 1º Juzgado Civil de Santiago. Rol Nº C-12105-2011. Caratulada "Servicio Nacional del Consumidor c/ Inversiones C.S.G. S.A.

513 CHILE. Ministerio de Economía. 1997. Ley Nº 19.496. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. 07 de febrero, 1997.

514 LA POLAR. 2011. Hecho esencial. [En línea]. <http://www.svs.gob.cl/documentos/hes/hes_2011060090353.pdf>. [Consulta: 23 julio 2015].

realidad se trataba de créditos morosos.

En la arista financiera, los hechos recién mencionados provocaron que el mismo día en que La Polar comunicó el Hecho Esencial, la SVS, a través de la Resolución Exenta N.º 322, suspendiera la oferta pública, cotización y transacciones en bolsa de las acciones de Empresas La Polar; al día siguiente, la consultora PricewaterhouseCooper (PwC) -consultora que en Abril de 2011 informó el excelente estado financiero de La Polar, instando a invertir en ella- dejó de trabajar con La Polar y la cotización de sus acciones en bolsa cayó un 42%⁵¹⁵.

En los días que siguieron, fueron desvinculados: el gerente de productos financieros, Julián Moreno (09 de junio); el presidente del directorio de La Polar, Pablo Alcalde (10 de junio); la gerente corporativa de administración, María Isabel Farah (13 de junio); el gerente de finanzas, Santiago Grage (21 de junio); el gerente de informática, Pablo Fuenzalida (21 de junio); la gerente de créditos, Marta Bahamondes (21 de junio); el jefe de proyectos y análisis, Ismael Tapia (21 de junio); el gerente general, Martín González; además de otros gerentes y ejecutivos.

515 FERNANDEZ, María Eugenia. 2011. El escándalo de La Polar en el año que removi6 al retail. [En Línea]. El Mercurio en Internet. 29 de diciembre, 2011. <<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=91883>>. [Consulta: 23 julio2015].

A fines del mes de junio, diversas Administradoras de Fondos de Pensiones, que acumulan el 24% del total de las acciones de La Polar⁵¹⁶, presentan querellas y anuncian sus pérdidas, que ascienden a 257 millones de dólares. AFP Provida se querella el 16 de junio por el delito de estafa⁵¹⁷; AFP Cuprum y AFP Capital⁵¹⁸ se querellan el 24 de junio. En paralelo a las querellas, las AFP presentan demandas en los tribunales civiles persiguiendo indemnizaciones, contra la empresa, los ejecutivos y la auditora PwC. La banca también resultó afectada, al informar La Polar que les adeuda 290 millones de dólares. Adicionalmente, La Polar debe más de 560 millones de dólares por diversos bonos emitidos⁵¹⁹.

Por su parte, los accionistas minoritarios, en su mayoría personas naturales que adquirieron acciones de La Polar basados en lo informado por

516 De acuerdo a la información entregada por diversos medios de comunicación, la propiedad de La Polar se divide en: Administradoras de Fondos de Pensiones (24%), Fondos de Inversión extranjeros (19%), Fondos Mutuos (9%), Corredores de Bolsa (34%), Fondos de Inversión nacionales y otros accionistas minoritarios (14%).

517 Anón. 2011. AFP Provida presenta querella contra quienes resulten responsables por caso La Polar. [En línea]. El Mercurio en Internet. 16 de junio, 2011. <<http://www.emol.com/noticias/economia/2011/06/16/487687/afp-provida-presenta-querella-contra-quienes-resulten-responsables-por-caso-la-polar.html>>. [Consulta: 23 julio 2015].

518 MARDONES, Carolina. AFP Capital presenta acciones legales en contra de La Polar. BioBio Chile. [En línea]. Bio Bio Chile en Internet. 24 de junio, 2011. <<http://www.biobiochile.cl/2011/06/24/afp-capital-presenta-acciones-legales-en-contra-de-la-polar.shtml>>. [Consulta: 23 julio 2015].

519 BAIRES, Rodrigo; SULLIVAN, Jorge; CHAVEZ, Andres. La Polar: Un mapa para entender cómo se fraguó y ejecutó el lema de "llegar y llevar". [En línea]. <<http://ciperchile.cl/2011/07/08/la-polar-un-mapa-para-entender-como-se-fraguo-y-ejecuto-el-lema-de-%E2%80%9Cllegar-y-llevar-%E2%80%9D/>>. [Consulta: 23 julio 2015].

PwC en abril de 2011. El primero en presentar una querrela por el delito de estafa fue el abogado Luis Villaroel, en contra de los miembros del directorio de La Polar que resulten responsables del fraude; en un sentido similar, se querrelló luego la abogada Bárbara Salinas.

El Ministerio Público, a través de la Fiscalía Metropolitana Centro Norte, representado por el Fiscal Adjunto Jefe de la Fiscalía de delitos de alta complejidad, José Morales, a fines de junio de 2011, abrió una carpeta investigativa en contra de más de 20 imputados, por los delitos de Lavado de Activos (art. 27⁵²⁰, Ley N° 19.913), infracción a la Ley General de Bancos (art.

520 CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N° 19.913. Crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. 18 de diciembre, 2003. **ART. 27.** Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, ley General de Bancos; en el artículo 168 en relación con el artículo 178, N° 1, ambos del decreto con fuerza de ley N° 30, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 213, del Ministerio de Hacienda, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas; en el inciso segundo del artículo 81 de la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual; en los artículos 59 y 64 de la ley N° 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile; en el párrafo tercero del número 4° del artículo 97 del Código Tributario; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies, y los artículos 468 y 470, N° 8, ambos en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal, o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito.

Se aplicará la misma pena a las conductas descritas en este artículo si los bienes provienen de un hecho realizado en el extranjero, que sea punible en su lugar de comisión y en Chile constituya alguno de los delitos señalados en la letra a) precedente.

157⁵²¹, Decreto con Fuerza de Ley N° 3/1997) y a la Ley de Mercado de Valores (art. 59, letra a)⁵²² y letra f)⁵²³; y art. 60 letra e)⁵²⁴, Ley N° 18.045), judicializada en el 2° Juzgado de Garantía de Santiago, R.I.T. N° 6930-2011, R.U.C. N° 1100591305-7.

En el transcurso del proceso, el Ministerio Público llegó a un acuerdo

Para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.

Si el autor de alguna de las conductas descritas en las letras a) o b) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo al inciso primero o final de este artículo será rebajada en dos grados.

La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo.

Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta.

En todo caso, la pena privativa de libertad aplicable en los casos de las letras a) y b) no podrá exceder de la pena mayor que la ley asigna al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes objeto del delito contemplado en este artículo, sin perjuicio de las multas y penas accesorias que correspondan en conformidad a la ley.

521 CHILE. Ministerio de Hacienda .Decreto con fuerza de ley N° 3/1997. Fija texto refundido, sistematizado y concordado con la Ley general de bancos y de otros cuerpos legales que se indican. 19 de diciembre, 1997.**ART. 157.** Los directores y gerentes de una institución fiscalizada por la Superintendencia que, a sabiendas, hubieren hecho una declaración falsa sobre la propiedad y conformación del capital de la empresa, o aprobado o presentado un balance adulterado o falso, o disimulado su situación, especialmente las sumas anticipadas a directores o empleados, serán castigados con reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de mil a diez mil unidades tributarias.

En caso de quiebra de la institución, las personas que hubieren ejecutado tales actos serán consideradas como responsables de quiebra fraudulenta.

522 CHILE. Ministerio de Hacienda. Ley N° 18.045. Ley de Mercado de Valores. 22 de octubre, 1981.**ART. 59.** Sufrirán las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo:

a) Los que maliciosamente proporcionaren antecedentes falsos o certificaren hechos falsos a la Superintendencia, a una bolsa de valores o al público en general, para los efectos de lo dispuesto en esta ley;

para suspender condicionalmente el procedimiento⁵²⁵, estableciendo como condiciones, fijar domicilio, informar su salida del país y la prohibición de acercarse a los otros involucrados, respecto del imputado:

- Iván Dinamarca Contreras, ex gerente general de financiamiento de la filial de La Polar en Colombia, formalizado por el delito de entrega de información falsa al mercado (art. 59 letra a) de la Ley de mercado de valores).

Luego, se aplicó la decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 248 letra e), Código Procesal Penal), debido a que no se logró determinar que tuvieron participación en los delitos investigados, respecto de los siguientes imputados no formalizados:

523 CHILE. Ministerio de Hacienda. Ley N° 18.045. Ley de Mercado de Valores. 22 de octubre, 1981.**ART. 59.** Sufrirán las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo:
f) Los directores, administradores y gerentes de un emisor de valores de oferta pública, cuando efectúen declaraciones maliciosamente falsas en la respectiva escritura de emisión de valores de oferta pública, en el prospecto de inscripción, en los antecedentes acompañados a la solicitud de inscripción, en las informaciones que deban proporcionar a las Superintendencias de Valores y Seguros o de Bancos e Instituciones Financieras en su caso, o a los tenedores de valores de oferta pública o en las noticias o propaganda divulgada por ellos al mercado.

524 CHILE. Ministerio de Hacienda. Ley N° 18.045. Ley de Mercado de Valores. 22 de octubre, 1981.**ART. 60.** Sufrirán las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados:
e) Las personas a que se refiere el artículo 166 que al efectuar transacciones u operaciones de valores de oferta pública, de cualquier naturaleza en el mercado de valores o en negociaciones privadas, para sí o para terceros, directa o indirectamente, usaren deliberadamente información privilegiada;

525 Suspensión decretada por el 2º Juzgado de Garantía con fecha 10 de septiembre de 2012. Posteriormente, el 1º de octubre de 2013, tras haber cumplido las condiciones durante el tiempo decretado, se declaró su sobreseimiento definitivo.

- Manuel de la Prida Bravo, ex gerente de promociones y servicio al cliente;

- Jaime Ripoll Monsalve, ex gerente de contabilidad;

- Andrés Escabini Sepúlveda, ex gerente de asuntos legales;

- Rolando Harnisch Salazar, ex subgerente de cobranzas;

- Juan Carlos Leiva Flores, ex sub gerente de riesgo crediticio;

- Fernando Franke García, ex director y miembro del comité de directores;

- Raúl Sotomayor Valenzuela, ex director y miembro del comité de directores;

- Jorge Andrés Ibáñez Tardel, ex director y miembro del comité de directores;

- René Cortázar Sanz, ex director y miembro del comité de directores;

- Manuel Francisco Gana Eguiguren, ex director y miembro del comité de directores;

- Baltazar Sánchez Guzmán, ex director;

- Heriberto Urzúa Sánchez, ex director;

- María Gracia Cariola, ex directora;
- Luis Joignant Pacheco, socio de PwC;
- Katherine D'Angelo Farah, hija de la ex gerente de administración, María Isabel Farah, beneficiaria de usufructo sobre dos propiedades de María Isabel Farah y socia de ésta en las sociedades “Agrícola y Comercial La Candelaria Limitada” y “Agrícola Río Blanco Limitada”;
- Mauro Farah Missoni, beneficiario de usufructo sobre dos propiedades de María Isabel Farah;
- María Raquel Alarcón Gutiérrez, beneficiaria de usufructo sobre dos propiedades de María Isabel Farah;
- Marcela Angélica Farah Silva, hermana de la ex gerente de administración, María Isabel Farah, beneficiaria de usufructo sobre una propiedad de María Isabel Farah;
- Diego Ignacio Tanus Farah, sobrino de la ex gerente de administración, María Isabel Farah, beneficiario de usufructo sobre una propiedad de María Isabel Farah;
- Marcelo Vergara Farah, sobrino de la ex gerente de administración, María Isabel Farah, beneficiario de usufructo sobre dos propiedades de María

Isabel Farah y socio de ésta en la sociedad “Agrícola Río Blanco Limitada”;

- Carolina Silva Alarcón, cónyuge de Marcelo Vergara, beneficiaria de usufructo sobre dos propiedades de María Isabel Farah;

- Jacqueline Ortega Núñez;

- Ana Beatriz Tudela Nettle, esposa de ex gerente de productos financieros, Julián Moreno de Pablo, y socia de éste en las empresas “Asesorías Rio Najerillas Limitada”, “Inmobiliara MT Limitada”, “Inversiones MT Limitada” y “Asesorías y Servicios MT Limitada”;

- Ana Beatriz Moreno Tudela, hija del ex gerente de productos financieros, Julián Moreno de Pablo y socia de éste en las empresas “Asesorías Rio Najerillas Limitada”, “Inmobiliara MT Limitada”, “Inversiones MT Limitada” y “Asesorías y Servicios MT Limitada”;

- María Antonia Moreno Tudela, hija del ex gerente de productos financieros, Julián Moreno de Pablo, y socia de éste en las empresas “Asesorías Rio Najerillas Limitada”, “Inmobiliara MT Limitada”, “Inversiones MT Limitada” y “Asesorías y Servicios MT Limitada”;

- María Josefina Moreno Tudela, hija del ex gerente de productos financieros, Julián Moreno de Pablo, y socia de éste en las empresas

“Asesorías Rio Najerillas Limitada”, “Inmobiliara MT Limitada”, “Inversiones MT Limitada” y “Asesorías y Servicios MT Limitada”;

- María Inés Lagos Salas, esposa del ex presidente del directorio, Pablo Alcalde, y socia de éste en la sociedad “Agrícola Haya Roja Limitada”.

En el mismo acto procesal, se aplicó la misma decisión respecto de las personas jurídicas “La Polar S.A.” e “Inversiones S.C.G. Limitada”;

Los siguientes imputados reconocieron los hechos contenidos en la carpeta investigativa y aceptaron ser procesados de acuerdo a las normas del procedimiento abreviado (art. 406 y siguientes, Código Procesal Penal):

- Nicolás Ramírez Cardoen⁵²⁶, ex gerente comercial (2001-2009) y ex gerente general (2009-2011), imputado por los delitos de entrega de información falsa al mercado (art. 59 letra a) de la Ley de mercado de valores), declaración maliciosamente falsa para valores de oferta pública (art. 59 letra f) de la Ley de mercado de valores), uso de información privilegiada (art. 60 letra e) de la Ley de mercado de valores), e infracción al artículo 157 de la Ley General de Bancos.

⁵²⁶ 2° Juzgado de Garantía de Santiago. R.I.T. N° 6930-2011. R.U.C. N° 1100591305-7. Sentencia del 03 de septiembre de 2014. Condenado a 5 años de presidio menor en su grado máximo, con el beneficio de libertad vigilada, inhabilitación por dos años para ejercer cargos ejecutivos en empresas reguladas por la SVS e inhabilitación perpetua para ejercer cargos públicos, como autor de los delitos señalados.

- Pablo Fuenzalida May⁵²⁷, ex gerente de informática y logística, imputado por los delitos de entrega de información falsa al mercado (art. 59 letra a) de la Ley de mercado de valores), y uso de información privilegiada (art. 60 letra e) de la Ley de mercado de valores).

Por otra parte, los siguientes imputados, cuya responsabilidad era menor, aceptaron la suspensión condicional del procedimiento⁵²⁸ (art. 237, Código Procesal Penal), bajo la condición de fijar domicilio, cumplir 60 horas de trabajo comunitario, no tener contacto entre ellos y cooperar en la investigación:

- Ismael Tapia Vidal, ex jefe de proyectos y análisis, acusado⁵²⁹ por el delito de entrega de información falsa al mercado (art. 157 letra a) de la Ley general de bancos)

- Marta Bahamondes Arriagada, ex gerente de créditos, acusada⁵³⁰ por el delito de entrega de información falsa al mercado (art. 59 letra a) de la Ley de

527 2° Juzgado de Garantía de Santiago. R.I.T. N° 6930-2011. R.U.C. N° 1100591305-7. Sentencia del 25 de Noviembre, 2014. Condenado a 2 años de pena remitida e inhabilitación por dos años para ejercer cargos ejecutivos en empresas reguladas por la SVS, como autor del delito de uso de información privilegiada y cómplice del delito de entrega de información falsa al mercado.

528 Suspensión decretada por el 2° Juzgado de Garantía de Santiago. R.I.T. N° 6930-2011. R.U.C. N° 1100591305-7. Sentencia del 18 de agosto de 2015.

529 Se le acusó en calidad de autor (art. 15 N°1 del Código Penal), del delito contenido en el art. 59 letra a) de la Ley 18.045, en carácter de reiterado, solicitando el Ministerio Público una condena en su contra de 541 días de presidio menor en su grado medio.

530 Se le acusó en calidad de autor (art. 15 N°1 del Código Penal), del delito contenido en el art. 59 letra a) de la Ley 18.045, en carácter de reiterado, solicitando el Ministerio Público una condena en su contra de 541 días de presidio menor en su grado medio.

mercado de valores); y

- Martín González Iakl, ex gerente general interino, acusado⁵³¹ por el delito de declaración maliciosamente falsa para valores de oferta pública (art. 59 letra f) de la Ley de mercado de valores).

Finalmente, se seguirá Juicio Oral ordinario en contra de los siguientes imputados:

- Pablo Alcalde Saavedra, ex gerente general (1999-2009) y ex presidente del directorio (2009-2011), acusado⁵³² por los delitos de entrega de información falsa al mercado (art. 59 letra a) de la Ley de mercado de valores), declaración maliciosamente falsa para valores de oferta pública (art. 59 letra f) de la Ley de mercado de valores), lavado de activos (art. 27 de la Ley N.º 19.913), e infracción al artículo 157 de la Ley General de Bancos.

531 Se le acusó en calidad de autor (art. 15 N°1 del Código Penal), del delito contenido en el art. 59 letra f) de la Ley 18.045, solicitando el Ministerio Público una condena en su contra de 541 días de presidio menor en su grado medio.

532 Se le acusó en calidad de autor (art. 15 N°1 del Código Penal), de los siguientes delitos:- Art. 59 letra a) de la Ley 18.045, reiterado, se solicita una condena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo.

- Art. 59 letra f) de la Ley 18.045, reiterado, se solicita una condena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo.

- Art. 27 de la Ley 19.913, se solicita una condena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado mínimo y multa de 700 Unidades Tributarias Mensuales

- Art. 157 del DFL 3/1997, reiterado, se solicita una condena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado mínimo y multa de 6.000 Unidades Tributarias Mensuales

- María Isabel Farah Silva, ex gerente de administración, acusada⁵³³ por los delitos de entrega de información falsa al mercado (art. 59 letra a) de la Ley de mercado de valores), declaración maliciosamente falsa para valores de oferta pública (art. 59 letra f) de la Ley de mercado de valores), lavado de activos (art. 27 de la Ley N.º 19.913), e infracción al artículo 157 de la Ley General de Bancos.

- Julián Moreno de Pablo, ex gerente de productos financieros, acusado⁵³⁴ por los delitos de entrega de información falsa al mercado (art. 59 letra a) de la Ley de mercado de valores), declaración maliciosamente falsa para valores de oferta pública (art. 59 letra f) de la Ley de mercado de valores), lavado de activos (art. 27 de la Ley N.º 19.913), e infracción al artículo 157 de la

533 Se le acusó en calidad de autor (art. 15 N°1 del Código Penal), de los siguientes delitos:- Art. 59 letra a) de la Ley 18.045, reiterado, se solicita una condena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo.

- Art. 59 letra f) de la Ley 18.045, reiterado, se solicita una condena de 541 días de presidio menor en su grado medio.

- Art. 27 de la Ley 19.913, se solicita una condena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado mínimo y multa de 500 Unidades Tributarias Mensuales

- Art. 157 del DFL 3/1997, reiterado, se solicita una condena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5.000 Unidades Tributarias Mensuales

534 Se le acusó en calidad de autor (art. 15 N°1 del Código Penal), de los siguientes delitos:- Art. 59 letra a) de la Ley 18.045, reiterado, se solicita una condena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo.

- Art. 59 letra f) de la Ley 18.045, reiterado, se solicita una condena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo.

- Art. 27 de la Ley 19.913, se solicita una condena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado mínimo y multa de 400 Unidades Tributarias Mensuales

- Art. 157 del DFL 3/1997, reiterado, se solicita una condena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado mínimo y multa de 4.000 Unidades Tributarias Mensuales

Ley General de Bancos.

- Santiago Grage Díaz, ex gerente de finanzas, acusado⁵³⁵ por el delito de declaración maliciosamente falsa para valores de oferta pública (art. 59 letra f) de la Ley de mercado de valores).

El caso se encuentra, actualmente, a la espera de la Audiencia Preparatoria de Juicio Oral, que había sido fijada para el día martes 18 de agosto de 2015, pero fue suspendida a solicitud de la defensa de uno de los imputados y reagendada para el día 02 de noviembre de 2015.

1.2. Consideraciones jurídicas del caso.

En el caso “La Polar”, tal como se pudo observar al exponer los hechos que lo fundan, se distinguen dos aristas: una referida a las repactaciones unilaterales que afectaron a los clientes que se encontraban morosos, y otra referida al perjuicio sufrido por los accionistas tras la caída del precio de sus acciones, producto del mal estado de las finanzas y la información falsa entregada por los directores y ejecutivos.

⁵³⁵ Se le acusó en calidad de autor (art. 15 N°1 del Código Penal), del delito contenido en el art. 59 letra f) de la Ley 18.045, reiterado, solicitando el Ministerio Público una condena en su contra de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo.

En la primera arista, La Polar fue perseguida por la responsabilidad contravencional emanada de la Ley del Consumidor, en particular, de los artículos 3 letra a)⁵³⁶ y b)⁵³⁷, 12⁵³⁸ y 23⁵³⁹ de dicha Ley. De acuerdo a los hechos, las repactaciones unilaterales provocaron que los clientes pagaran sus créditos en exceso, lo cual les produjo un perjuicio patrimonial considerable; pero no todos pagaron ese exceso. Cabe preguntarse, ¿fueron víctimas de estafa?

En principio, aunque se podría pensar en una respuesta afirmativa,

536 CHILE. Ministerio de Economía. 1997. Ley N° 19.496. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. 07 de febrero, 1997.**ART. 3°.** Son derechos y deberes básicos del consumidor:

a) La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo;

537 CHILE. Ministerio de Economía. 1997. Ley N° 19.496. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. 07 de febrero, 1997.**ART. 3°.** Son derechos y deberes básicos del consumidor:

b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos;

538 CHILE. Ministerio de Economía. 1997. Ley N° 19.496. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. 07 de febrero, 1997.**ART. 12.** Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio.

539 CHILE. Ministerio de Economía. 1997. Ley N° 19.496. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. 07 de febrero, 1997.**ART. 23.** Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio. Serán sancionados con multa de cien a trescientas unidades tributarias mensuales, los organizadores de espectáculos públicos, incluidos los artísticos y deportivos, que pongan en venta una cantidad de localidades que supere la capacidad del respectivo recinto. Igual sanción se aplicará a la venta de sobrecupos en los servicios de transporte de pasajeros, con excepción del transporte aéreo.

analizando la estafa desde sus elementos objetivos (engaño, error, acto de disposición y perjuicio patrimonial), nos encontramos ante una especie de engaño realizado ya sea a través del software o del *call center* de la empresa, que podría ser atípico, en el cual la víctima pagaba voluntariamente con la convicción (errónea) de estar pagando un crédito debido y que por su propia morosidad había aumentado. Este error se vería reforzado, por las respuestas que eran dadas por los empleados del *call center*, quienes debían señalarle a los clientes que las alzas por la “normalización” eran legales y estaban dentro del contrato que habían firmado con La Polar⁵⁴⁰.

En este caso, y tal como señala el SERNAC en su escrito de propuesta de conciliación, al resumir las peticiones hechas en la demanda, “si bien la repactación unilateral y sin consentimiento de los créditos implicó el devengo de intereses y cargos que no se ajustan al monto que correspondía haber cobrado bajo el contrato, es necesario hacer presente que la titularidad y el derecho de

540 FERRANDO, Karina. Instructivo interno de La Polar justificaba las repactaciones unilaterales. [En línea]. La Tercera en Internet. 7 de julio, 2011. <<http://diario.latercera.com/2011/07/07/01/contenido/negocios/10-75538-9-instructivo-interno-de-la-polar-justificaba-las-repactaciones-unilaterales.shtml>>. [Consulta: 25 julio, 2015]. De acuerdo a lo investigado por la periodista, el instructivo señalaba: “Existe un mandato irrevocable firmado por usted al adquirir su tarjeta La Polar, que nos faculta para realizar este procedimiento. Por otra parte, los intereses devengados en esta operación son menores a los que tendría de acuerdo al tiempo que usted ha mantenido su deuda en morosidad”

cobro de los mismos por parte del acreedor no ha sido objeto de discusión”⁵⁴¹, así, los deudores pagaron una obligación existente y de la cual eran sujeto pasivo y el engaño no recayó en la existencia o no de ésta, sino en el monto de intereses que debían pagar. Desde ese enfoque, no hay cabida a la existencia del delito de estafa del art. 468 o 473, sino que eventualmente se podría haber configurado el delito de usura establecido en el artículo 472⁵⁴² del Código Penal, o alguna especie de estafa por medios electrónicos o informáticos, que según lo visto en el capítulo 3, es una conducta atípica.

Respecto a la arista de los inversores, el ente persecutor ha acusado a los ejecutivos por 4 delitos, ya descritos: lavado de activos (art. 27, Ley, 19.913), uso de información privilegiada (art. 60 letra e), Ley de mercado de valores), entrega maliciosa de información falsa (art. 59 letra a) y letra f), Ley de mercado de valores), e infracción a la Ley de Bancos.

Aunque no fueron formalizados por el delito de estafa, vale la pena

541 1° Juzgado Civil de Santiago. Rol C-12105-2011. Sentencia del 10 de diciembre, 2012.

542 CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de Noviembre de 1874 (última modificación: 10 de junio 2015, Ley N°20.844).**ART. 472.** El que suministrare valores, de cualquiera manera que sea, a un interés que exceda del máximo que la ley permita estipular, será castigado con presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

Condenado por usura un extranjero, será expulsado del país; y condenado como reincidente en el delito de usura un nacionalizado, se le cancelará su nacionalización y se le expulsará del país.

En ambos casos la expulsión se hará después de cumplida la pena.

En la substanciación y fallo de los procesos instruidos para la investigación de estos delitos, los tribunales apreciarán la prueba en conciencia.

recordar que las primeras querellas interpuestas por los bancos y accionistas minoritarios, fueron por el delito de estafa (art. 473 y 468 en relación al art. 467 del Código Penal); argumentando el querellante que “los querellados, tanto la administración, esto es el Directorio y la Gerencia, engañaron a los accionistas de LA POLAR S.A., montando toda una misse en escene (*sic*), bajo el supuesto que los resultados financieros reales eran los que se contenían en la Memoria y Balances, debidamente auditados por Price Waterhouse”⁵⁴³, detallando además que se configurarían los “tres elementos” (*sic*) que exige el tipo penal de estafa: la lesión (“materializada en un menor valor de las acciones y la imposibilidad de percibir dividendos”), el engaño (“dado por el artilugio urdido por los querellantes para falsear los resultados de la empresa”), y el ánimo de lucro (“ya que producto del engaño un porcentaje va a dar a sus arcas personales, por los incentivos establecidos a favor de estos”). Más allá de los errores cometidos por el querellante en su libelo referidos a los elementos de la estafa, parece más apropiada para la persecución de esta arista la posición planteada por el Ministerio Público a través de la acusación fiscal, pues se trata de tipos penales que tratan las conductas de forma más específica que los artículos del Código Penal referidos a la estafa.

⁵⁴³ Querrela criminal por delitos de acción pública interpuesta ante el 2º Juzgado de Garantía de Santiago el 14 de Junio de 2011 por el abogado Luis Villarroel, como accionista de La Polar. Rol Único de Causa 1110018369-4. p. 4.

2. Caso “Fermex”/ “Labomax”: La “estafa de los quesitos”

Otro caso del alta notoriedad en nuestro país fue la llamada -coloquialmente- “estafa de los quesitos”, defraudación realizada por la ciudadana francesa Gilberte Van Erpe en Chile y Perú, a través de un esquema piramidal y cuyas víctimas alcanzan las 5.500 en Chile⁵⁴⁴ y 1.017 en Perú⁵⁴⁵, y que en décadas anteriores también cobró víctimas en México, Bélgica⁵⁴⁶, Colombia, Ecuador, Brasil, Sudáfrica y Estados Unidos⁵⁴⁷.

La “estafa de los quesitos” consistió en un esquema piramidal montado por Van Erpe junto a otras personas, oculta tras la empresa Fermex S.A., en la cual se ofrecía a las víctimas unos “packs” con fermentos lácteos que tras algunos días de cuidado serían adquiridos por la empresa vendedora al doble de su valor, pues serían exportados y comprados por importantes empresas de

544 GRONDIN, Anaëlle. 2015. *L'escroquerie aux petits fromages magiques devant le tribunal*. [En línea]. *20 Minutes* en Internet. 7 de junio, 2015. <<http://www.20minutes.fr/societe/1625267-20150607-escroquerie-petits-fromages-magiques-devant-tribunal>>. [Consulta: 10 agosto 2015].

545 VERGES, Jean Pierre. 2009. *Une Française a arnaqué 6000 Sud-Américains*. [En línea]. *Le Journal du Dimanche* en Internet. 1 de marzo, 2009. <<http://www.lejdd.fr/Societe/Justice/Actualite/Une-Francaise-a-arnaque-6000-Sud-Americains-77472>>. [Consulta: 11 agosto 2015].

546 EFE. 2015. La mujer que prometía convertir quesos en cosméticos. [En línea]. *Excelsior* en Internet. 13 de marzo, 2015. <<http://www.excelsior.com.mx/global/2015/03/13/1013357>>. [Consulta: 11 agosto 2015].

547 PIÑEIRO, María. 2015. La Madoff de la belleza, al banquillo. [En línea]. *La Voz de Galicia* en Internet. 10 de junio, 2015. <http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2015/06/10/madoff-belleza-banquillo/0003_201506G10P29994.htm>. [Consulta: 13 agosto 2015].

la industria cosmética europea.

2.1. Reseña histórica del caso.

La ciudadana francesa nacida en Jordania, Gilberte Van Erpe, llamada coloquialmente “Madame Gil”, y apodada por la prensa “Madame Yogurt”⁵⁴⁸ o “la Madoff de la belleza”⁵⁴⁹ comenzó su carrera delictiva en el continente africano a mediados de la década de 1970, cuando su hermana Astrid Elizabeth se convirtió en una de las esposas del dictador centroafricano Jean Bedel Bokassa, auto-proclamado emperador Bokassa I, y Gilberte pudo dedicarse a la venta de marfil y diamantes para el emperador, además de ser directora regional de Avon.

Fue en sudáfrica que Madame Gil ideó por primera vez el esquema piramidal que la volvió tristemente conocida en Chile, Perú y otros países. Valiéndose de su conocimiento como antigua vendedora de productos cosméticos, vendía unos fermentos lácteos que se cultivaban en leche o yogurt, y que una vez cultivados, serían adquiridos por los grandes laboratorios cosméticos como L'Oreal (aunque en la realidad los laboratorios nunca los

548 VERGES, Jean Pierre. 2009. ob. cit.

549 PIÑEIRO, María. 2015. ob. cit.

usaron, ni mantuvieron contrato alguno con Van Erpe ni con las empresas que formó), prometiendo un retorno del 100% de la inversión.

Posteriormente, en la década de 1980, usando el mismo timo, Van Erpe defraudó a 3400 personas en Bélgica, alcanzando una ganancia ilegítima estimada actualmente por *Le Parisien* en 25 millones Euros⁵⁵⁰. Al caer la pirámide, se trasladó a México, lugar en el que implementó un plan similar pero fue sorprendida con pasaportes falsos, volviendo a Bélgica en 1994 para cumplir una condena de 5 años de cárcel por el delito de estafa.

Tras salir de prisión, llega a Perú el año 2003, estableciendo la empresa “Labomax SRL” junto al periodista Homero Alcalde. La empresa operó entre octubre de 2003 y octubre de 2004, buscando “emprendedores” en varias localidades, principalmente Piura, región costera del norte del Perú, cercana a la frontera con Ecuador; ofrecían la venta de un *pack* de fermento “YoFlex”⁵⁵¹ que contenía un saco de fermento y varios filtros de seda, que tras un tiempo estimado entre 12 y 15 semanas producirían una especie de “quesito” cuyo

550 VERGES, Jean Pierre. 2013. *L'affaire : les 1 001 entourloupes de Madame yaourt*. [En línea]. *Le Parisien* en Internet. 28 de marzo, 2013. < <http://www.leparisien.fr/magazine/grand-angle/l-affaire-les-1-001-entourloupes-de-madame-yaourt-26-03-2013-2672277.php#xtref=https%3A%2F%2Fwww.google.cl%2F>>. [Consulta: 15 agosto 2015].

551 YoFlex es una marca registrada de la empresa danesa Chr.Hansen A/S, empresa dedicada a la producción de fermentos lácteos para producir diversas variedades de quesos, yogurt y otros alimentos similares.

valor correspondía, tal como ya fue indicado, al 100% de lo invertido. A fines del año 2004, la estafa salió a la luz, y de acuerdo a los reportes de prensa francesa, los afectados del caso “Labomax” suman 1.017, aunque algunos reportes de prensa peruana, cuentan alrededor de 3.000 afectados. A causa de esta estafa, Homero Alcalde fue condenado a 8 años de prisión por el delito de estafa, por el Tercer Juzgado Penal de Huancayo, pena que empezó a cumplirla el 22 de noviembre de 2004.

En Chile, siguiendo un esquema similar al usado en Perú, el 15 de noviembre de 2004 se crea la Sociedad Anónima Cerrada “Fermex Chile S.A.”⁵⁵², inscrita en el libro Registro Conservador de Comercio de Santiago el día 23 de ese mismo mes⁵⁵³. Los socios de esta empresa son los chilenos Víctor Mella Hay-Sang-Lay y Fernando Jara Gutiérrez; y dentro del objeto de la sociedad, se enumeran:

a) la importación y exportación de insumos para fermentos lácteos;

b) el procesamiento, transformación y deshidratación de fermentos lácteos;

552 Escritura pública de constitución de Sociedad Anónima Cerrada, otorgada ante el Notario Público don Jaime Morandé Orrego, titular de la 17ª Notaría de Santiago, el 15 de noviembre de 2004.

553 Inscrita en el libro Registro Conservador de Comercio, a Fs. 37523, N° 27904, del año 2004, con fecha 23 de noviembre de 2004.

c) la distribución, comercialización y exportación de fermentos lácteos;

d) demás actos que los socios acuerden y que digan relación directa o indirectamente con el objeto social.

Para hacer una puesta en escena convincente, Madame Gil, junto a sus socios locales, organizó reuniones masivas, en las que encantó a las personas por su carisma y la promesa de un retorno alto a su inversión (100% de lo invertido en dos pagos parcializados: el primer pago, correspondiente al valor de lo “invertido” y el segundo pago, 16 semanas después de la entrega de los sobres). El kit de fermentos, idéntico al ofrecido en Perú, era vendido por Fermex a \$250.000 pesos (aproximadamente USD \$420, al tipo de cambio de la época), en circunstancias que el costo real de los productos vendidos no superaba los \$3.500 (aproximadamente USD \$6, al tipo de cambio de la época). Se prometía la exportación a una empresa intermediaria: Betota, supuesta sociedad con asiento en Congo cuyo objeto era enviar a Francia los fermentos, que serían utilizados por L'Oreal y Revlon en la producción de cosméticos. Así, en las reuniones, para darle mayor credibilidad al engaño, Madame Gil presentó al abogado francés Eric Pantou como director de Betota.

La realidad demostró que los fermentos lácteos no tenían el valor cosmético que le atribuía Van Erpe y sus socios locales, que nunca fueron

exportados al Congo ni a Francia (cabe recordar que fue el programa de televisión “Contacto” de Canal 13 quien descubrió toneladas de “quesitos” descompuestos almacenados en una bodega), y que el dinero que recibieron algunos “productores” provenía del aportado por los nuevos adquirentes del kit, pero no de la venta o exportación del producto. Así se señala en la acusación verbal hecha por el Ministerio Público: “A diferencia de lo que aparentaban, en realidad no se trataba de un verdadero negocio o empresa solvente o rentable, puesto que la realidad era que:

1) Pagaban lo prometido a quienes quisieran retirar su inversión con el mismo dinero que otros depositantes entregaban;

2) Nunca efectuaron exportación alguna del producto a Francia;

3) Nunca vendieron producto alguno a Revlon, Loreal, empresas cosméticas francesas o la industria salmonera;

4) Los premios millonarios entregados eran falsos, no eran reales;

5) No existía contrato con comprador alguno que asegurara el funcionamiento del negocio por 1 ó 2 años más;

6) La mayor parte de los sobres que entregaban previo depósito de al menos \$ 250.000, realmente eran comprados por los imputados por

sumas inferiores a \$ 3.500;

7) Los productos elaborados por las víctimas habían sido eliminados por orden de los imputados o almacenados apilados en una bodega sin condiciones que permitan su conservación;

8) Es imposible que pudieran dar cumplimiento a los compromisos asumidos con los depositantes de pagar una cifra cercana al doble de la inversión o depósito efectuado”⁵⁵⁴.

Como en todo esquema piramidal, los primeros niveles de la pirámide deben obtener algún beneficio para así dar testimonio que el negocio funciona y atraer nuevas personas a la estafa; en este caso, 711 personas resultaron beneficiadas por la estafa y los afectados superaron los 5.500. De forma similar a lo ocurrido en el Perú, se siguió en Chile un juicio por el delito de estafa (art. 468 en relación al art. 467 del Código Penal) en calidad de reiteradas, contra los socios locales de Fermex Chile, y contra Van Erpe. Respecto de los primeros, fueron condenados el 28 de diciembre de 2007, por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, R.I.T. N.º 7503-2006, a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo efectivo, en calidad de autores (art. 15 N.º 1 del

⁵⁵⁴ 7º Juzgado de Garantía. Santiago. R.I.T. N.º 7503-2006. R.U.C. N.º 600289809-6. Sentencia del 28 de enero de 2007. Considerando Segundo.

Código Penal), sanción que fue reemplazada el 24 de enero de 2008 por la I.C.A. de Santiago⁵⁵⁵ por 6 años de libertad vigilada. En el contexto de este proceso, el 07 de agosto de 2006, el Ministerio Público solicitó a la I.C.A. de Santiago la extradición de Gilbert Van Erpe a las autoridades francesas, la cual no tuvo respuesta por lo que se decretó el sobreseimiento definitivo de Van Erpe.

En Francia, por otra parte, se siguió un proceso penal en contra de Van Erpe y sus colaboradores franceses: Victor Partouche (“mano derecha” de Van Erpe, en rebeldía por haber salido del país, presumiblemente con destino a Israel), Michèle Vermeulen (amiga de Van Erpe y partícipe de las sociedades pantalla, encargada de comprar y distribuir los fermentos desde Europa hacia Sudamérica) y el abogado Eric Pantou (asesor legal de Van Erpe), por el delito de “*escroquerie en bande organisée*” (estafa en grupo organizado) sancionada en el inciso final del artículo 313-2⁵⁵⁶ del Código Penal francés. En sentencia del

555 Ilustrísima Corte de Apelaciones. Santiago. Sentencia Rol N.º 53-2008. Sentencia del 24 de enero de 2008.

556 FRANCIA. *Ministère de la Justice. Code Penal. 1994. ART: 313-2. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende lorsque l'escroquerie est réalisée:*
1° *Par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission ;*
2° *Par une personne qui prend indûment la qualité d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ;*
3° *Par une personne qui fait appel au public en vue de l'émission de titres ou en vue de la collecte de fonds à des fins d'entraide humanitaire ou sociale ;*

07 de julio de 2015, el *Tribunal Correctionnel* de París decidió respecto de los acusados las siguientes condenas⁵⁵⁷:

a) Gilberte Van Erpe, a la pena de 6 años de prisión (3 años efectivos) y multa de 250.000 Euros;

b) Victor Partouche, a la pena de 4 años de prisión y multa de 200.000 Euros;

c) Michèle Vermeulen, a la pena de 2 años de prisión (18 meses efectivos) y multa de 50.000 Euros;

d) Eric Pantou, absuelto.

2.2. Consideraciones jurídicas de la sentencia dictada en Chile.

En el curso de la audiencia celebrada ante el Séptimo Juzgado de

4° Au préjudice d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ;

5° Au préjudice d'une personne publique, d'un organisme de protection sociale ou d'un organisme chargé d'une mission de service public, pour l'obtention d'une allocation, d'une prestation, d'un paiement ou d'un avantage indu.

Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 1 000 000 euros d'amende lorsque l'escroquerie est commise en bande organisée.

557 Anón. 2015. *Trois ans ferme pour «Madame Gil» et ses petits fromages magiques*. [En línea]. *Le Figaro* en Internet. 7 de julio, 2015. < <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/06/08/01016-20150608ARTFIG00110-madame-gil-et-ses-petits-fromages-magiques-jugee-pour-escroquerie.php>>. [Consulta: 18 agosto 2015].

Garantía de Santiago, el Ministerio Público, ejerciendo la facultad establecida en el inciso segundo del Art. 407⁵⁵⁸ del Código Procesal Penal, acusó verbalmente a los imputados Víctor Mella y Fernando Jara, por el delito de estafa (art. 468 en relación al 467 del Código Penal), en calidad de reiteradas, y por el delito de asociación ilícita (art. 292⁵⁵⁹, 293⁵⁶⁰ y 294⁵⁶¹ del Código Penal). A esta acusación fiscal se adhirieron los querellantes.

558 CHILE, Ministerio de Justicia. 2000. Código Procesal Penal. 12 de octubre, 2000 (última modificación: 6 de febrero de 2015, Ley 20.813).**ART. 407.** *Oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado.* Una vez formalizada la investigación, la tramitación de la causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado podrá ser acordada en cualquier etapa del procedimiento, hasta la audiencia de preparación del juicio oral.

Si no se hubiere deducido aún acusación, el fiscal y el querellante, en su caso, las formularán verbalmente en la audiencia que el tribunal convocare para resolver la solicitud de procedimiento abreviado, a la que deberá citar a todos los intervinientes. Deducidas verbalmente las acusaciones, se procederá en lo demás en conformidad a las reglas de este Título.

Si se hubiere deducido acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Título. Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N° 9, del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena.

Si el procedimiento abreviado no fuere admitido por el juez de garantía, se tendrán por no formuladas las acusaciones verbales realizadas por el fiscal y el querellante, lo mismo que las modificaciones que, en su caso, éstos hubieren realizado a sus respectivos libelos, y se continuará de acuerdo a las disposiciones del Libro Segundo de este Código.

559 CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de Noviembre de 1874 (última modificación: 10 de junio 2015, Ley N°20.844).**ART. 292.** Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.

560 CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de Noviembre de 1874 (última modificación: 10 de junio 2015, Ley N°20.844).**ART. 293.** Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

Cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados para los individuos comprendidos en el acápite anterior.

Al tratarse de un procedimiento abreviado, que implica la aceptación de los hechos que forman parte de la acusación, el tribunal dio por probado los hechos constitutivos del delito de estafa, pero rechazó la imputación del delito de asociación ilícita; en este sentido, el tribunal calificó los hechos como una estafa reiterada, aceptando la calificación propuesta por el ente persecutor nacional.

Siguiendo una tendencia jurisprudencial mayoritaria, tal como fue expuesta al momento de analizar la doctrina del delito continuado, el sentenciador rechazó el planteamiento de la defensa de los imputados para tratar los hechos como un delito continuado en base a la “homogeneidad de la forma de comisión y en el menoscabo del mismo bien jurídico”⁵⁶². Consideró, al contrario, que dicha calificación jurídica debe tratarse de las siguientes hipótesis⁵⁶³:

- a) una unidad, con continuidad de actos y un mismo propósito;
- b) una ejecución fraccionada por dificultades ajenas al autor;

⁵⁶¹ Código Penal **ART 294**. Cualesquiera otros individuos que hubieren tomado parte de la asociación y los que a sabiendas y voluntariamente le hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados, en el primer caso previsto por el artículo precedente, con presidio menor en su grado medio, y en el segundo, con presidio menor en su grado mínimo.

⁵⁶² 7° Juzgado de Garantía. Santiago. R.I.T. N° 7503-2006. R.U.C. N° 600289809-6. Sentencia del 28 de enero de 2007. Considerando Sexto.

c) no se puede fijar con exactitud la fecha de comisión, el número de delitos, el valor del perjuicio u otra modalidad.

Consideró el sentenciador, sin profundizar mayormente el análisis, que no se cumplían los requisitos materiales del delito continuado, recién señalados; por lo que se desprende de su razonamiento, que en el caso concreto no se identifica una unidad de acción y propósito (como fue desarrollada al estudiar el delito continuado), aunque en la realidad sí se den los presupuestos que la defensa alegó: homogeneidad en la comisión y mismo bien jurídico lesionado.

La segunda hipótesis señalada por el tribunal (ejecución fraccionada), aparentemente no tiene cabida en este caso, ya que los perjuicios patrimoniales (elemento objetivo que permite consumir el delito de estafa) se concretaban al momento de depositar los fondos en alguna de las cuentas de Fermex, según se señaló en los hechos de la acusación. Respecto a la tercera hipótesis del tribunal, al rechazar el delito continuado, el tribunal ha considerado que cada estafa se puede precisar, tanto en su fecha, monto y finalmente, se puede

563 7º Juzgado de Garantía. Santiago. R.I.T. N° 7503-2006. R.U.C. N° 600289809-6. Sentencia del 28 de enero de 2007. Considerando Sexto. Considerando Sexto.: Sin embargo, a contrario de lo que sostienen los defensores particulares, los hechos investigados en esta causa no pueden ser constitutivos de un delito continuado, puesto que éste es un solo ilícito o unidad con una continuidad de actos en el tiempo unidos por un mismo propósito, o la ejecución fraccionada de uno cuando el autor quiere realizarlo en su totalidad y no puede hacerlo por dificultades, o cuando no puede ser fijada con exactitud la fecha de comisión de los distintos hechos que integran el acto del ilícito o no puede ser individualizado el número de aquéllos, el valor sustraído en cada ocasión o cualquier otra modalidad que pueda particularizar cada una de las partes en que se fraccionó la totalidad, ninguna de cuyas situaciones corresponde al caso estudiado.

precisar el número total de delitos cometidos; sin embargo, llama la atención a que no se haga mención de ninguno de estos tres detalles, tanto, al momento de acusar, como al de sentenciar.

En otra consideración, el tribunal hace referencia al dolo como un elemento constitutivo del delito continuado, señalando que “debe haber estado dirigido desde un comienzo a la totalidad de los distintos perjuicios patrimoniales, no bastando una resolución delictiva adoptada de manera general para cometer todas las estafas posibles de una clase determinada”⁵⁶⁴. El argumento usado por el tribunal (como rechazo), no parece del todo suficiente, especialmente considerando el escaso desarrollo dogmático que hace del elemento subjetivo. Si consideramos que el dolo se configura como un dolo global, tendremos como resultado que el razonamiento del tribunal para rechazar es correcto, pues el autor deberá concebir el delito como un todo; mientras que si consideramos que se debe tratar de un dolo de continuación, resulta irrelevante que el autor tenga un plan defraudatorio global (como un conjunto cerrado), sino que cobra relevancia la homogeneidad de la conducta y la intención de seguir defraudando a la mayor cantidad de víctimas posible.

Al rechazar la continuidad, el sentenciador le otorga expresamente el

⁵⁶⁴ 7º Juzgado de Garantía. Santiago. R.I.T. N°7503-2006. R.U.C. N° 600289809-6. Sentencia del 28 de enero de 2007. Considerando Sexto.

carácter de delitos reiterados en concurso real⁵⁶⁵ y aplica la norma del Art. 351, ya analizada, aumentando la pena en dos grados en atención al número de ilícitos perpetrados, para luego disminuirla en dos grados, atendiendo a las circunstancias atenuantes que favorecían a los imputados.

Finalmente, resulta interesante el alcance que hacen MAYER y FERNANDES respecto a este caso: “puede afirmarse, que la “estafa de los quesitos” constituyó un delito económico, porque además de lesionar un bien jurídico individual, a saber, los intereses patrimoniales de los afectados, incidió en un interés de dimensiones supraindividuales, atendida la extensión del perjuicio provocado”⁵⁶⁶. A este comentario, cabría señalar que si bien el caso Fermex perjudicó a miles de personas, su extensión no fue tal que llegase a afectar el orden económico ni el mercado, para ser considerada un delito económico. En este sentido, el razonamiento que plantean, no parece errado, en cuanto, como ya se analizó, una estafa masiva puede afectar el orden económico, pero no parece del todo aplicable a este caso en concreto.

565 7º Juzgado de Garantía. Santiago. R.I.T. N°7503-2006. R.U.C. N° 600289809-6. Sentencia del 28 de enero de 2007. Considerando Séptimo

566 MAYER; FERNANDES. ob. cit. p. 196.

3. Caso “Madoff”

Considerada como una de las mayores estafas de la historia, Bernard Madoff, por más de dos décadas en Estados Unidos, ideó e implementó un esquema de Ponzi con el cual logró defraudar a miles de inversores, que incluyen personas naturales y organizaciones con y sin fin de lucro, quienes entregaron su dinero en forma directa o indirecta, a su firma de corredor de bolsa y a su empresa de asesorías de inversiones “*Bernard L. Madoff Investment Securities LLC.*”, causando una defraudación que supera los USD \$50.000.000.000, tal como lo menciona su sentencia condenatoria dictada el 29 de junio de 2009 por la *U.S. District Court*, del distrito sur de *New York*⁵⁶⁷.

3.1. Reseña histórica del caso.

La sociedad *Madoff Investment Securities* fue fundada a mediados de la década de 1960, y fue creciendo paulatinamente como *market maker* (una compañía que mantiene un *stock* constante de acciones para comprar y vender a un precio previamente anunciado), cooperando, en la creación del *NASDAQ*, la bolsa de valores electrónica, e incluso, siendo Bernard Madoff el presidente

⁵⁶⁷ US. DISTRICT COURT, Southern district of New York. Case N.º 09 Cr. 2013 (DC). *United States of America v. Bernard L. Madoff*. Sentencia del 29 de junio de 2009.

de esta bolsa.

Se cree que a partir de los años '80, empezó la operación del esquema de Ponzi (aunque no existe una fecha cierta para establecer el origen del fraude, tal como lo señala CNN en español⁵⁶⁸), aprovechando una herramienta de inversión poco regulada: los *hedge funds*, conocidos en español como “fondos de cobertura”, que se caracterizan por reunir el dinero de los inversionistas en busca de un retorno positivo, a través de estrategias de inversión más flexibles y riesgosas en comparación, por ejemplo, a los fondos mutuos; y por lo tanto, están enfocados a inversores cuyo capital es alto y pueden afrontar altos riesgos y eventuales pérdidas⁵⁶⁹, logrando alcanzar el 5% del total de transacciones de la *NYSE*, la bolsa de Nueva York. Buscando clientes de alto nivel económico, ofrecía un retorno entre el 10 y 15%, que no se

568 SMITH, Aaron. 2013. 5 cosas que no sabías de la épica estafa de Bernard Madoff. [En línea]. CNN en español en Internet. 11 de diciembre, 2013. <<http://cnnespanol.cnn.com/2013/12/11/5-cosas-que-no-sabias-sobre-la-epica-estafa-de-bernard-madoff/#0>>. [Consulta: 20 agosto 2015]. “Nadie ha podido probar cuándo Madoff comenzó a robarle a los inversionistas. El mismo Madoff ha hecho afirmaciones contradictorias respecto a cuándo inició el crimen. Hace unos meses, le dijo a *CNNMoney* en una entrevista que todo comenzó en 1987, pero después dijo que el plan empezó en 1992. Algunos informes dicen que el crimen épico de Madoff podría haber comenzado tan pronto como en los años sesenta, cuando empezó a trabajar en *Wall Street*.”

569 US. SEC. *Hedge Funds. Investor Bulletin*. [En línea]. <<http://investor.gov/news-alerts/hedge-funds>>. [Consulta: 20 agosto 2015]. Texto original: “Hedge funds pool money from investors and invest in securities or other types of investments with the goal of getting positive returns. Hedge funds are not regulated as heavily as mutual funds and generally have more leeway than mutual funds to pursue investments and strategies that may increase the risk of investment losses. Hedge funds are limited to wealthier investors who can afford the higher fees and risks of hedge fund investing, and institutional investors, including pension funds. ”

veía afectado por las variaciones del mercado, con lo que aparentaba una inversión segura y de menor riesgo comparada con sus competidores (quienes, en ocasiones, llegaban a ofrecer mejores tasas de retorno), prometiendo que los fondos serían invertidos en *common stocks*⁵⁷⁰, *options*⁵⁷¹, y otros instrumentos financieros pertenecientes a grandes empresas de buena reputación, tal como se describe en los hechos relevantes de su sentencia condenatoria.

En la realidad, la promesa de negocios de Madoff era un esquema de Ponzi, en el cual, los fondos aportados por sus clientes eran destinados al beneficio personal de Madoff, a la devolución y pago de otros inversores, a comisiones destinadas a financiar negocios de *Bernard L. Madoff Investment Securities* en la bolsa, como *market maker*, y a donaciones de caridad. Madoff creó una apariencia de negocio legítimo, en la cual una parte minoritaria de los

570 Traducidas al español como “acciones ordinarias” y también conocidas como “*ordinary shares*”. Son acciones que permiten adquirir cierta propiedad sobre la empresa que es objeto de la inversión, con la posibilidad de escoger miembros del directorio y participar en el gobierno corporativo. Si bien tienen el riesgo de no tener preferencia de pago, en comparación a las *preferred stocks*, al mediano y largo plazo pueden ser más rentables que éstas. Fuente: “*Common stocks*”, *Investopedia*. [En línea]. <<http://www.investopedia.com/terms/c/commonstock.asp>>. [Consulta: 25 agosto 2015].

571 Traducidas al español como “contratos de opción”. Son contratos en las que una parte tiene el derecho, pero no la obligación, de comprar o vender acciones, bonos u otro tipo de participación o inversión, en un plazo determinado, en condiciones previamente pactadas y dentro de un plazo establecido. Para firmar una opción, debe pagarse una prima al momento de la firma, cuyo valor dependerá del precio de los activos financieros a adquirir, la variabilidad del precio y el plazo. Fuente: “¿Qué son las opciones?”, Bancafácil, el sitio educativo de la SBIF. [En línea]. <<http://www.bancafacil.cl/bancafacil/servlet/Contenido?indice=1.2&idPublicacion=400000000000111&idCategoria=9>>. [Consulta: 25 agosto 2015].

fondos sí eran invertidos de acuerdo a lo pactado, pero que recurría a algunas tácticas que le servían de protección:

- sus clientes no podían revisar en línea el estado de sus inversiones, y toda comunicación era realizada por correo ordinario;

- entregó informes falsos al ente regulador (*US. SEC.*), y ocultó información a las autoridades;

- falsificó reportes financieros de la empresa, balances contables, declaraciones de ingresos, flujos de caja y auditorías internas;

- ocultó sistemáticamente los detalles de las inversiones, tanto a las autoridades como a los mismos inversores, alegando que eran “demasiado complicadas para que personas ajenas a la empresa pudieran entenderlas”.

- ofrecía un porcentaje de retorno relativamente bajo (10 – 15 %), que no llamaba la atención, en circunstancias que la mayoría de los esquemas de Ponzi y esquemas piramidales suelen ofrecer retornos por sobre el 20% de lo invertido.

- cultivó una imagen de prestigio y exclusividad aprovechando lo ganado mientras fue director del *NASDAQ*, en ocasiones, negándose a atender a los inversionistas o concurriendo a captar clientes en lugares exclusivos como el

*Palm Beach Country Club*⁵⁷², pero sin alardear de su riqueza.

Pero el modelo de negocios no siempre pasó desapercibido. La US. SEC. investigó a Madoff en 1992, 1999, 2000, 2002, 2004, 2006 y 2007; llegando a interrogarlo en dos oportunidades.

En 1992, los investigadores del ente regulador, sospechaban que la empresa de Madoff operaba bajo una práctica denominada “*front runner*”, que consiste en beneficiar a ciertos inversores en desmedro de otros, para obtener mayores ganancias, y que detrás de la corredora se escondía un fraude de, al menos, USD \$400.000.000. En esa oportunidad, según explica el reportaje realizado por el *Wall Street Journal*⁵⁷³, el ente regulador, si bien encontró que existían irregularidades, no pudo hallar perjuicio alguno, por lo que no fue posible acusar por fraude, aunque ya se sospechaba que funcionaba como un esquema de Ponzi.

Luego, los años 1999 y 2000, la empresa fue investigada bajo la sospecha de irregularidades en la entrega de información al mercado, a lo cual Madoff dictó nuevos procedimientos para adecuarse a lo solicitado por la US.

572 AGUILERA, Manuel. 2008. Millonarios pardillos en el Palm Beach Country Club. [En línea]. El Mundo en Internet. <<http://www.elmundo.es/mundodinero/2008/12/16/economia/1229412245.html>>. [Consulta: 27 agosto 2015].

573 SCANELL, Kara. 2009. *Madoff chasers dug for years, to no avail*. en línea]. *Wall Street Journal* en Internet. 5 de enero, 2009. <<http://www.wsj.com/articles/SB123111743915052731>>. [Consulta: 27 agosto 2015].

SEC.

En el 2004, nuevamente fue investigado por sospechas de *front running*, sin encontrar pruebas suficientes para acusarlo. Luego, en el 2005, se abrió una investigación amplia, en la cual se comprobó que la empresa no estaba debidamente registrada en el ente regulador, pues operaba con más clientes y dinero del que tenía registrado; sin embargo, en su defensa, Madoff declaró que no todos los clientes tenían inversiones, que todas las operaciones investigadas se hicieron en mercados extranjeros y a horas en las que no operan las bolsas de Estados Unidos, y por esto, no debía sujetarse estrictamente a las normas establecidas para las inversiones en Estados Unidos.

Fue a fines del año 2005, que el esquema empezó a develarse. En noviembre, Harry Markopolos, un ex ejecutivo de la empresa de Madoff, dirige una comunicación a la US. SEC. explicando cómo la empresa sería el “esquema Ponzi más grande del mundo”, cuyo capital fluctúa entre los USD \$20.000.000.000 y USD \$50.000.000.000; pero la US. SEC, tras investigar los antecedentes, nuevamente no logra probar la existencia de un fraude.

El 2007, la US. SEC. volvió a investigar, esta vez, por movimientos en partes de la empresa de Madoff que no registraban clientes, sin que el regulador se pronunciara al respecto, debido a que en el curso de esa

investigación, se produjo la caída del esquema Ponzi.

Finalmente, a principios de diciembre de 2008, Bernard Madoff fue arrestado por el FBI bajo el cargo de fraude, cuyo monto se estimó en USD \$50.000.000.000⁵⁷⁴. Fue la crisis económica del año 2008 que provocó la caída del esquema Ponzi, cuando los inversores de Madoff empezaron a pedir el retiro de sus fondos.

La lista de víctimas del fraude es extensa y de acuerdo al resumen hecho por la ASFI⁵⁷⁵, suman alrededor de 3 millones, contados entre fondos de inversión, bancos, universidades, empresas, organizaciones gubernamentales, corporaciones, fundaciones y personas naturales. Entre los mayores perjudicados, se cuentan, según el *Wall Street Journal*⁵⁷⁶:

- *Fairfield Greenwich Advisors*, empresa norteamericana dedicada a las inversiones, cuyo perjuicio asciende a USD \$7.500.000.000, representando más de la mitad de las inversiones de dicha empresa;

- *Tremont Group Holdings*, empresa norteamericana dedicada al *asset*

574 GLOVIN, David; SCHEER, David. 2008. *Madoff Charged in \$50 Billion Fraud at Advisory Firm*. [En línea]. *Bloomberg, News* en Internet. 11 de Diciembre, 2008. <<http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=anWXzISP4XCg>>. [Consulta: 29 agosto 2015].

575 ASFI. 2009. ob. cit. p. 81

576 WALL STREET JOURNAL. 2009. *Madoff's victims*. [En línea]. *Wall Street Journal* en Internet. 31 de agosto, 2015. <http://s.wsj.net/public/resources/documents/st_madoff_victims_20081215.html>. [Consulta: 29 agosto 2015].

managment, cuyo perjuicio asciende a USD: \$3.300.000.000;

- Banco Santander, banco español cuyo perjuicio asciende a USD \$2.870.000.000, debiendo destinar más de € 1.300.000.000 en compensaciones a sus clientes personas naturales, ubicados en España, Latinoamérica y otros países;

- *Bank Medici*, banco austríaco cuyo perjuicio asciende a USD \$2.100.000.000;

- *Ascot Partners*, fondo de inversión (*hedge fund*), cuyo perjuicio asciende a USD \$1.800.000.000;

- *Access International Advisors*, empresa de asesorías de inversión, cuyo perjuicio asciende a USD \$1.500.000.000, de los cuales, USD \$50.000.000 pertenecían a uno de sus fundadores, Thierry Magon de la Villehuchet, quien se suicidó tras perder todo su patrimonio a causa del fraude orquestado por Madoff;

- *Fortis*, banco holandés, cuyo perjuicio asciende a USD \$1.300.000.000, aunque no mantenía inversiones directas, varios fondos de inversión que fueron financiados con préstamos de este banco, tenían inversiones parciales en la empresa de Madoff, perdiendo su valor;

- *HSBC*, banco británico, cuyo perjuicio asciende a USD \$1.000.000.000, aunque, al igual que *Fortis*, no tenía inversiones con Madoff, dio financiamiento a clientes y empresas que invirtieron en el esquema de Ponzi, volviéndose créditos incobrables;

- *Union Bancaire Privée*, asociación de bancos suizos, cuyo perjuicio asciende a USD \$700.000.000, materializados a través de al menos 10 fondos de inversión en la empresa de Madoff.

- Carl Shapiro, inversionista norteamericano, cuyo perjuicio asciende a USD \$500.000.000, de los cuales, entregó personalmente a Madoff, al menos, USD \$250.000.000

Durante el juicio, Bernard L. Madoff aceptó todos los cargos y se declaró culpable. Por esto, y acogiendo la solicitud del fiscal, y el acusado fue sentenciado por la *US. District Court, Southern District of New York*, el 29 de junio de 2009, a la pena de 150 años de prisión, que se desglosan en⁵⁷⁷:

- 40 años de prisión por dos cargos de lavado de activos internacional (*international money laundering*)

- 20 años de prisión por un cargo de *securities fraud*

⁵⁷⁷ HENRIQUES, Diana. 2009. *Madoff Is Sentenced to 150 Years for Ponzi Scheme*. [En línea]. *New York Times* en Internet. 29 de junio, 2009. <<http://www.nytimes.com/2009/06/30/business/30madoff.html>>. [Consulta 29 agosto 2015].

- 20 años de prisión por un cargo de fraude por correo (*mail fraud*)
- 20 años de prisión por un cargo de fraude electrónico (*wire fraud*)
- 20 años de prisión por un cargo de falsificación documental ante la autoridad (*false filing with the SEC*)
- 10 años de prisión por un cargo de lavado de dinero (*money laundering*)
- 5 años de prisión por un cargo de *investment adviser fraud*
- 5 años de prisión por un cargo de declaraciones falsas (*false statements*)
- 5 años de prisión por un cargo de perjurio (*perjury*)
- 5 años de prisión por un cargo de hurto de beneficios de un empleado (*theft from a employee benefit plan*)

3.2. Aspectos jurídicos comparados.

Al analizar los diversos antecedentes judiciales del caso Madoff, y la legislación aplicable al caso, es posible observar el razonamiento del sistema judicial norteamericano y sacar algunas lecciones respecto de cómo una estafa

piramidal o un esquema de Ponzi puede afectar la estabilidad de un sistema financiero.

Dejando de lado el cómputo de la extensa pena aplicada al acusado, que desde la óptica del derecho penal vigente en Chile puede parecer excesiva, es posible ver algunos aspectos relevantes de los delitos imputados a Madoff.

En primer lugar, los cargos que aportan más tiempo a la pena versan sobre el delito de lavado de dinero o “*money laundering*” (3 cargos de lavado de dinero, uno nacional y dos internacionales), delito que es regulado en el Título 18 del *US Code*, §1956 (a) (1)⁵⁷⁸ y (a) (2)⁵⁷⁹, y §1957. Este delito, en una forma

578 ESTADOS UNIDOS. Cámara de representantes. 1986. *US. Code, Title 18, Part I, Chapter 95 §1956 (a) (1). Laundering of monetary instruments.*(1) *Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity*
(A)
(i) *with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or*
(ii) *with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986; or*
(B) *knowing that the transaction is designed in whole or in part—*
(i) *to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or*
(ii) *to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law,*
shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. For purposes of this paragraph, a financial transaction shall be considered to be one involving the proceeds of specified unlawful activity if it is part of a set of parallel or dependent transactions, any one of which involves the proceeds of specified unlawful activity, and all of which are part of a single plan or arrangement.

579 ESTADOS UNIDOS. Cámara de representantes. 1986. *US. Code, Title 18, Part I, Chapter 95 §1956 (a) (2). Laundering of monetary instruments.*(2) *Whoever transports, transmits, or transfers, or attempts to transport, transmit, or transfer a monetary instrument or funds from a place in the United States to or through a place outside the United States or to a place in the United States from or through a place outside the United States—*
(A) *with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or*

análoga a la regulación establecida en la Ley N.º 19.913, sanciona el blanqueamiento de capitales cuyo origen es ilícito. Si bien este delito no es materia de la presente investigación, es plausible recordar que se solicitó la aplicación de este tipo penal contra los ejecutivos de La Polar, caso estudiado al inicio de este capítulo.

Otro grupo de delitos por los cuales se condenó a Madoff, es el *Mail*

(B) knowing that the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer represent the proceeds of some form of unlawful activity and knowing that such transportation, transmission, or transfer is designed in whole or in part—

(i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or

(ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. For the purpose of the offense described in subparagraph (B), the defendant's knowledge may be established by proof that a law enforcement officer represented the matter specified in subparagraph (B) as true, and the defendant's subsequent statements or actions indicate that the defendant believed such representations to be true.

fraud (18 U.S. Code § 1341⁵⁸⁰) y *Wire fraud* (18 U.S. Code § 1343⁵⁸¹). Estos delitos son muy similares entre sí y castigan al actor que hace uso del correo ordinario o medios electrónicos (radio, televisión, fax, telex, telegrama, correo electrónico, etc) para concretar su estafa, siempre que ésta se encuentre dirigida a una pluralidad de sujetos o al público general. DOYLE⁵⁸² identifica

580 ESTADOS UNIDOS. Cámara de representantes. 1948. *US. Code, Title 18, Part I, Chapter 63 §1341. Frauds and swindles. Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, or to sell, dispose of, loan, exchange, alter, give away, distribute, supply, or furnish or procure for unlawful use any counterfeit or spurious coin, obligation, security, or other article, or anything represented to be or intimated or held out to be such counterfeit or spurious article, for the purpose of executing such scheme or artifice or attempting so to do, places in any post office or authorized depository for mail matter, any matter or thing whatever to be sent or delivered by the Postal Service, or deposits or causes to be deposited any matter or thing whatever to be sent or delivered by any private or commercial interstate carrier, or takes or receives therefrom, any such matter or thing, or knowingly causes to be delivered by mail or such carrier according to the direction thereon, or at the place at which it is directed to be delivered by the person to whom it is addressed, any such matter or thing, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. If the violation occurs in relation to, or involving any benefit authorized, transported, transmitted, transferred, disbursed, or paid in connection with, a presidentially declared major disaster or emergency (as those terms are defined in section 102 of the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act (42 U.S.C. 5122)), or affects a financial institution, such person shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both.*

581 ESTADOS UNIDOS. Cámara de representantes. 1952. *US. Code, Title 18, Part I, Chapter 63 §1343. Fraud by wire, radio, or television. Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, transmits or causes to be transmitted by means of wire, radio, or television communication in interstate or foreign commerce, any writings, signs, signals, pictures, or sounds for the purpose of executing such scheme or artifice, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. If the violation occurs in relation to, or involving any benefit authorized, transported, transmitted, transferred, disbursed, or paid in connection with, a presidentially declared major disaster or emergency (as those terms are defined in section 102 of the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act (42 U.S.C. 5122)), or affects a financial institution, such person shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both.*

582 DOYLE, Charles. 2011. *Mail and Wire Fraud: a brief overview of federal criminal Law. Congressional Research Center.* [En línea]. <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41930.pdf>>. [Consulta: 30 agosto 2015].

cinco elementos que componen estos delitos:

- a) el uso de comunicaciones por correo o medios electrónicos
- b) un esquema o plan defraudatorio
- c) un engaño
- d) una intención de apropiación
- e) el objeto de esa intención son la propiedad o servicios de otro

Para configurar un delito de *mail fraud* o *wire fraud*, se requiere que la comunicación sea utilizada como parte del plan de la defraudación, aunque ésta, por si sola no sea suficiente para provocar el fraude o no tenga como objeto provocar la defraudación. En este sentido, estos delitos resultan más amplios que las defraudaciones por medios electrónicos o informáticos estudiadas en el capítulo 3, al abarcar una variedad más amplia de medios y de tipos de comunicación.

En el caso Madoff, el persecutor, al momento de señalar los cargos en su escrito acusatorio, señaló respecto del delito de *mail fraud* que el acusado “envió, hizo enviar y entregar, por medio del servicio postal, declaraciones falsas y fraudulentas referidas al estado de sus cuentas, desde su empresa, a

clientes en Nueva York”⁵⁸³. En un sentido similar, afirmó respecto del delito de *wire fraud* que “MADOFF provocó el envío por medios electrónicos de aproximadamente \$2 millones de fondos de sus inversores, desde Bloomington, Minnesota hacia New York, New York”⁵⁸⁴.

Un tercer grupo de delitos, son aquellos referidos a las defraudaciones financieras: el *securities fraud* y el *investment advisor fraud*.

En la acusación fiscal presentada contra Madoff, el *securities fraud* es configurado a través del “uso de medios e instrumentos de comercio interestatal, correo e instalaciones destinadas al intercambio de valores, en un contexto de compraventa de valores, con un fin manipulativo y engañoso”⁵⁸⁵,

583 US. DISTRICT COURT, Southern district of New York. 2009. Case N.º 09 Cr. 2013 (DC). *United States of America v. Bernard L. Madoff. United States Attorney Charges. p. 10.* [En línea]. <<http://www.justice.gov/sites/default/files/usao-sdny/legacy/2012/04/16/20090310criminalinfo.pdf>>. [Consulta: 30 agosto 2015]. Texto original: “...MADOFF sent and caused to be sent and delivered via the Postal Service a false and fraudulent account statement from BLMIS to a client in New York...”

584 US. DISTRICT COURT, Southern district of New York. 2009. Case N.º 09 Cr. 2013 (DC). *United States of America v. Bernard L. Madoff. United States Attorney Charges. p. 11.* [En línea]. <<http://www.justice.gov/sites/default/files/usao-sdny/legacy/2012/04/16/20090310criminalinfo.pdf>>. [Consulta: 30 agosto 2015]. Texto original: “...MADOFF caused approximately \$2 million of investor funds to be sent by wire from Bloomington, Minnesota, to New York, New York”

585 US. DISTRICT COURT, Southern district of New York. 2009. Case N.º 09 Cr. 2013 (DC). *United States of America v. Bernard L. Madoff. United States Attorney Charges. p. 8.* [En línea]. <<http://www.justice.gov/sites/default/files/usao-sdny/legacy/2012/04/16/20090310criminalinfo.pdf>>. [Consulta: 30 agosto 2015]. Texto original: “by the use of means and instrumentalities of interstate commerce, the mails, and the facilities of national securities exchanges, in connection with the purchase and sale of securities, did use and employ manipulative and deceptive devices and contrivances, in violation of Title 17, Code of Federal Regulations, Section 240.10b-5”

contraviniendo lo establecido en la sección 240.10b-5⁵⁸⁶ del Título 17 del *Code of Federal Regulations*. Señala, más en detalle, el agente Theodore Cacioppi del FBI en su presentación fechada el 11 de diciembre de 2008, que Madoff “engañó a los inversionistas al operar negocios de valores en los que comercio y perdió el dinero de sus inversionistas, para luego pagar los retornos prometidos a ciertos inversionistas, con cargo al dinero recibido por otros inversionistas”⁵⁸⁷.

Este delito, hasta cierto punto, análogo a los delitos de entrega de información falsa o fraudulenta al mercado por los cuales se ha perseguido a los ejecutivos de La Polar en Chile, sanciona aquellas conductas fraudulentas que atentan contra los deberes de veracidad que afectan y causan perjuicio a

586 ESTADOS UNIDOS. Gobierno federal. 1948. *Code of Federal Regulations*. s.f. *Title 17, Chapter II, Part 240, Subpart A §240.10b-5. Employment of manipulative and deceptive devices*. It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange,
(a) To employ any device, scheme, or artifice to defraud,
(b) To make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or
(c) To engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person,
in connection with the purchase or sale of any security.

587 FBI. 2008. En *US. DISTRICT COURT, Southern district of New York. Case N.º 09 Cr. 2013 (DC)*. p. 2. [En línea]. < <http://www.justice.gov/sites/default/files/usao-sdny/legacy/2012/04/16/criminalcomplaint.pdf>>. [Consulta: 30 agosto 2015]. Texto original: “MADOFF deceived investors by operating a securities business in wich he traded and lost investor money, and then paid certain investors purported returns on investment with the principal recieved from other, different investors, wich resulted in losses of approximately billions of dollars”

los inversionistas y al mercado de valores.

En cuanto al *investment adviser fraud*, además de lo establecido en la acusación fiscal, en la presentación hecha por la *US. SEC.* Con fecha 28 de diciembre de 2008, se le acusó de fraude en la asesoría de los clientes y violación del deber fiduciario como asesor de inversiones⁵⁸⁸. Al momento de fundamentar los cargos, tanto la *US. SEC.*, como el *FBI* señalan, como argumento común, que las asesorías de inversión eran conducidas por Madoff en un piso separado dentro de las oficinas de su empresa, y que los reportes financieros de esas inversiones eran mantenidas bajo llave, evitando discutir el asunto con otros empleados de su empresa.

Con este cargo, se buscó sancionar a Madoff respecto a las faltas a sus deberes como asesor de inversiones respecto a los clientes y potenciales clientes de su empresa, al haber contravenido lo establecido en las secciones

588 *US. SEC. 2008. US. SEC. Vs Bernard L. Madoff. p.7. [En línea]. <<https://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp-pr2012-126.pdf>>. [consulta: 30 agosto 2015].* Texto original: "*Fraud upon advisory clients and breach of fiduciary duty by investment adviser*"

80b-6⁵⁸⁹ y 80b-17⁵⁹⁰ del Título 15 del *US. Code*.

Otro grupo de delitos, se refiere a las falsedades, principalmente documentales y testimoniales, que el acusado presentó a las autoridades con el fin de ocultar su conducta ilícita. En este grupo se distinguen los delitos de “*false filing with the Securities and Exchange Commission*” (15 *US. Code* §78q (e) y §78ff ;17 *CFR* §240.17a-5, §240.17a-13 y §210.2-01), el de “*perjury*” (18 *US. Code* §1621) y el de “*false statements*” (18 *US. Code* §1001). Debido a las características de los delitos señalados, y en atención a la extensión y objetivos de esta investigación, no serán analizados en el presente trabajo.

589 ESTADOS UNIDOS. Cámara de representantes. 1940. *US. Code, Title 15, Chapter 2D, Subchapter II, §80b-6. Prohibited transactions by investment advisers. It shall be unlawful for any investment adviser by use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce, directly or indirectly—*
(1) *to employ any device, scheme, or artifice to defraud any client or prospective client;*
(2) *to engage in any transaction, practice, or course of business which operates as a fraud or deceit upon any client or prospective client;*
(3) *acting as principal for his own account, knowingly to sell any security to or purchase any security from a client, or acting as broker for a person other than such client, knowingly to effect any sale or purchase of any security for the account of such client, without disclosing to such client in writing before the completion of such transaction the capacity in which he is acting and obtaining the consent of the client to such transaction. The prohibitions of this paragraph shall not apply to any transaction with a customer of a broker or dealer if such broker or dealer is not acting as an investment adviser in relation to such transaction; or*
(4) *to engage in any act, practice, or course of business which is fraudulent, deceptive, or manipulative. The Commission shall, for the purposes of this paragraph (4) by rules and regulations define, and prescribe means reasonably designed to prevent, such acts, practices, and courses of business as are fraudulent, deceptive, or manipulative.*

590 ESTADOS UNIDOS. Cámara de representantes. 1940. *US. Code, Title 15, Chapter 2D, Subchapter II, §80b-17. Penalties. Any person who willfully violates any provision of this subchapter, or any rule, regulation, or order promulgated by the Commission under authority thereof, shall, upon conviction, be fined not more than \$10,000, imprisoned for not more than five years, or both.*

Finalmente, el cargo de *“theft drom an employee benefit plan”* (18 US. Code §664), referido a la sustracción de dineros desde fondos de pensión y previsionales de trabajadores, que fueron entregados por sus administradores y debían ser destinados a inversiones, se presenta, en parte, como un delito análogo al de apropiación indebida de dinero, específicamente, sobre cotizaciones previsionales; en este contexto, resulta inevitable recordar y hacer un paralelo con algunos hechos del caso La Polar, por cuanto una cantidad considerable del perjuicio por las pérdidas de las inversiones en ese caso, pertenece a las AFP, y finalmente es dinero proveniente de los ahorros de pensión y previsionales de los trabajadores.

CONCLUSIONES

En el curso de la investigación desarrollada, se analizaron la dogmática y normas referidas a los concursos de delitos y al delito de estafa (en general), las particularidades de las estafas “masivas” y luego los casos de estudio enunciados en el título de esta memoria, con el objetivo de poder aclarar si es suficiente la regulación existente en nuestro país para hacer frente a defraudaciones de alto impacto social y económico, tanto por su extensión patrimonial como por el alto número de víctimas involucradas, y las soluciones para el cálculo de la pena que se han dado en los casos de estudio.

En el Capítulo I, se expuso en forma general las normas y doctrina referida a los concursos de delitos(en general), tocando las particularidades del concurso real, el concurso ideal, el concurso medial, el concurso aparente, los delitos continuados y los delitos “masa”.

Al explorar las normas referidas al concurso real o material (art. 74 del Código Penal), encontramos que cada delito llevará una pena y el autor deberá cumplirlas en forma simultánea (si son de distinta naturaleza) o en forma sucesiva (si son de la misma naturaleza).

En el concurso ideal o formal, aquel en que una misma acción es penada por dos o más delitos, se hizo distinción entre el concurso ideal homogéneo y heterogéneo, desarrollando sus particularidades; y en lo que respecta a su tratamiento penal, se debe aplicar lo señalado en el artículo 75, aplicando la pena mayor del delito más grave. En un sentido similar, se desarrolla el concurso medial o material impropio, según el cual un delito es un medio necesario para cometer otro y al cual se le deben aplicar las normas del artículo 75, con un resultado práctico similar al del concurso ideal.

Respecto al concurso aparente, que en la realidad no es un concurso sino sólo un problema de interpretación y aplicación de la ley penal, una misma acción resulta en dos o más normas que pueden ser igualmente aplicables, pero en definitiva, la que se aplique excluirá al resto, definiendo la aplicación mediante criterios de especialidad, consunción, subsidiariedad o alternatividad.

En lo que concierne al delito continuado, se busca castigar como un sólo delito agravado, aquellos actos que sean constitutivos de más de un delito, siempre que se trate de acciones análogas que afecten el mismo bien jurídico (se excluyen los bienes personalísimos) y exista un dolo general o unitario del autor, con el fin de lograr una penalidad más benigna para el autor. Luego, se ha analizado el delito “masa”, cuya enunciación resulta similar al delito

continuado, pero con la diferencia que su aplicación se restringe a delitos patrimoniales, y que el sujeto pasivo no sólo debe ser plural, sino que el autor debe verlo como “masa” y su objetivo ha de ser el perjuicio esta “masa”, con independencia de las individualidades. Al ir avanzando y analizando jurisprudencia, se pudo observar que en Chile, las normas de los artículos 74 y 75 del Código Penal, en conjunto con el artículo 351 del Código Procesal Penal, permiten desarrollar fundamentos para aplicar todas las teorías de concursos, pero en la práctica, se ha hecho una aplicación restrictiva de esas normas, interpretando la reiteración de delitos, normalmente, como un concurso real. Pese a esta aplicación práctica, las defensas jurídicas de personas imputadas por estafas reiteradas, en varias oportunidades han solicitado la aplicación del delito continuado, lo que ha sido rechazado por la jurisprudencia. Llama la atención, además, que no se pudo encontrar jurisprudencia en la que se haya acogido o alegado la existencia de un delito “masa”, lo que podría explicarse por el escaso desarrollo doctrinario de dicha teoría concursal.

En el Capítulo II, se analizó la doctrina y normas del delito de estafa. En esta parte de la investigación se expuso, en primer lugar, el concepto, los elementos de la estafa, el bien jurídico protegido, su *iter criminis* y el tratamiento penal en Chile.

Desde un principio, se evidenció la falta de una definición legal en el Código Penal nacional, y a través de la doctrina, tanto nacional como extranjera, se buscó un concepto de estafa; luego, se analizaron los elementos objetivos y subjetivos del delito: engaño, error, acto de disposición patrimonial, daño, dolo y ánimo de lucro.

El engaño, entendido como un actuar fraudulento y serio destinado a provocar un error en la víctima, puede presentar diversas formas y consideraciones según sea la teoría que se acoja: la puesta en escena, el engaño subjetivo, la teoría de la imputación objetiva, la infracción a deberes de veracidad y el engaño omisivo. En cuanto al error, como falsa representación de la realidad provocada por el engaño, es el fundamento del acto de disposición patrimonial, y su análisis presenta algunas particularidades referidas a la ignorancia, la capacidad de la víctima y el error preexistente. El acto de disposición patrimonial es el desprendimiento que la víctima hace de algún elemento susceptible de valoración económica, en favor del autor del engaño. El perjuicio patrimonial es el resultado final del delito de estafa, consistente en la disminución económica que sufre el patrimonio de la víctima, y la doctrina se ha detenido en aquellos casos que el disponente no es el titular del patrimonio (estafas triangulares).

En cuanto a los elementos subjetivos, la doctrina mayoritaria ha estimado que se debe tratar de un dolo directo, pero se discute si acaso el ánimo de lucro debe ser un elemento, debido a que las normas referidas a la estafa no lo mencionan, como sí lo hacen las normas referidas al hurto y robo.

La discusión referida al bien jurídico protegido ha sido larga y prolífica. En principio, y tal como lo señala nuestro código, se entendió que el bien protegido era la propiedad, pero la doctrina mayoritaria ha considerado que es el patrimonio, cuyo concepto varía según se siga un concepto jurídico, un concepto económico, mixto, personal-funcional, sin embargo, algunos consideran que bien jurídico protegido es la libertad de disposición, y otros han planteado que la estafa podría ser un delito económico, por sus efectos extra-patrimoniales.

Respecto al *iter criminis* de la estafa, se puede distinguir que su ejecución principia con el engaño, y se pueden distinguir la consumación, agotamiento, tentativa y frustración.

El tratamiento penal de la estafa en Chile, se contiene en dos tipos básicos: la estafa “residual” del artículo 473 y 468 parte final de nuestro Código Penal, ambos en relación al artículo 467 del mismo cuerpo; y la estafa “calificada del artículo 468, también en relación al artículo 467, ambos del

mismo Código. No obstante esto, existen un número importante de otros delitos patrimoniales defraudatorios, tanto en el Código Penal (como la apropiación indebida, la usura o el fraude de seguros, entre otros), como en otros cuerpos legales (como la ley de mercado de valores, o la ley de bancos, entre otros).

En el Capítulo III, se desarrolló el concepto y particularidades de las estafas "masivas" o "fraudes colectivos". En primer lugar, se buscó un concepto de "estafa masiva", llegando a desarrollar un concepto de masividad como una "colectividad indeterminada" o una "generalidad", sin que exista claridad respecto a un número determinado desde el cual se entiende estar frente a una masa. Al desarrollar los elementos de la estafa masiva, guiados por el desarrollo hecho en el capítulo previo respecto de los elementos de la estafa, se encontró que el engaño reviste pocas diferencias, pero requiere ser dirigido contra una pluralidad de sujetos pasivos; por consiguiente, el error y el acto de disposición patrimonial son individuales; pero el perjuicio, si bien afecta a cada patrimonio defraudado, terminará por ser visto como uno solo por el autor del delito. Será, entonces, vital para determinar el carácter de masividad, la intención del autor, quien reviste a su actuar de un dolo global o continuado, viendo a la masa como un solo conjunto, distinto e indiferente de las individualidades de sus víctimas.

La necesidad de cautela de este tipo de defraudaciones es justificada por esa visión colectiva de sus víctimas, las que suelen ser estafadas en montos pequeños y por consiguiente, su penalidad individual resulta baja o nula. Algunos autores plantean, además, que este tipo de delitos pueden afectar la economía o "el mercado", revistiendo un carácter "híbrido": patrimonial y económico.

Estas estafas suelen presentarse a través de esquemas intrincados y usando los medios tecnológicos disponibles, para aumentar su llegada a más personas. En este análisis, se pudo distinguir entre las estafas piramidales, con todas sus variantes (pirámides clásicas, financieras, o no financieras), y otras estafas cometidas por medios electrónicos o informáticos. Las estafas piramidales, básicamente consisten en un esquema en el cual el estafador promete un negocio de bajo riesgo cuyo retorno es superior a los promedios del mercado, y en el cual se pagan las ganancias con el dinero de los nuevos inversionistas, hasta el punto que la pirámide colapsa y el estafador huye con el dinero. En las estafas por medios electrónicos, se encuentran los timos telefónicos, conocidos coloquialmente como "cuento del tío" y las estafas informáticas, como el *phishing*, el *pharming*, y otras similares.

Al momento de tratar los criterios concursales para aplicar penas en las

estafas masivas, encontramos que la jurisprudencia mayoritaria las ha considerado como concurso real, aunque suele sancionarlas como un solo delito agravado en virtud del artículo 351 del Código Procesal Penal. El concurso ideal ha sido planteado en varias oportunidades referido a estafas cometidas por medios informáticos, pero la jurisprudencia ha considerado que se trata de engaños que si bien son merecedores de reproche, no se encuentran tipificados en la ley, por lo que resultan atípicas. El tratamiento de estas estafas como delito continuado es una discusión que no está ajena a nuestra jurisprudencia, y en varias oportunidades las defensas han buscado una condena más favorable aplicando esta teoría, pero ha sido repetidamente rechazada por los sentenciadores. En el curso de la investigación, no se pudo encontrar sentencias que permitieran mostrar la aplicación de la doctrina del delito masa a estos casos.

El Capítulo IV, se enfocó en el análisis de los casos de estudio: "La Polar", "Fermex" y "Madoff".

El caso "La Polar" se trató de una defraudación realizada por un grupo de ejecutivos, quienes ideando un plan de repactaciones unilaterales a clientes de su tienda de *retail*, hicieron pasar por activos contables a un porcentaje importante de la cartera de créditos morosos, que en la práctica eran

incobrables. Con este balance positivo, recaudaron altas cifras de dinero en la bolsa, pues se veía como un negocio atractivo, hasta que las denuncias de irregularidades hicieron caer la mentira y develar el real estado financiero de la empresa. En este caso, a pesar que las primeras querellas fueron interpuestas por el delito de estafa, el Ministerio Público formalizó y acusó por lavado de activos, por delitos contenidos en la Ley de mercado de valores y en la Ley de bancos, tipos que resultan mas adecuados y específicos para las conductas descritas. Respecto a los consumidores afectados, se hizo valer la responsabilidad de la empresa según lo establecido en la Ley del consumidor.

El caso "Fermex", se trató de una estafa piramidal masiva que afectó a más de 5.000 chilenos y otros miles de ciudadanos peruanos (caso "Labomax") entre los años 2004 y 2005. En esta estafa, al autora ofrecía retornos del 100% de lo invertido en la compra de unos fermentos lácteos que tras ser cultivados, serían re-adquiridos por Fermex y vendidos a Betota, para luego ser enviados a Francia. Si bien más de 700 personas fueron beneficiadas inicialmente y recibieron los pagos prometidos, las víctimas se contaron por miles. Judicialmente, se sentenció a los socios locales de Fermex a 6 años de libertad vigilada, tras considerar el tribunal que se trataba de un concurso real de estafas y hacer aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal. En

Francia, la principal cabecilla de estas estafas fue procesada junto a sus cómplices europeos, siendo todos sentenciados a prisión por el delito de estafa cometida en banda organizada.

El caso "Madoff" se trató de otra estafa piramidal (esquema de Ponzi), en el cual Bernard L. Madoff, a través de su empresa de inversiones, realizó una defraudación cuyo monto se estima entre 50 y 60 billones de dólares. Esta estafa fue descubierta el año 2008 y su origen, según algunos, podría datar desde los años '80 o incluso antes. El acusado prometía un retorno seguro de las inversiones de su cartera, prometiendo un pago que rondaba entre el 10% y 15%, independiente de las variaciones de mercado, pero en la realidad sólo un pequeño porcentaje era destinado a la inversión y la mayoría de los pagos se hacían con cargo al dinero de los nuevos inversores. Se le acusó de 11 delitos: *securities fraud, investment adviser fraud, mail fraud, wire fraud, money laundering*, entre otros, siendo condenado a 150 años de prisión, en total.

Tras la exposición realizada en este trabajo, es tiempo de volver a preguntarse, al igual que en el principio, ¿son suficientes las normas de los concursos y de la estafa, para castigar adecuadamente los casos de estafas "masivas" o "colectivas"?

Se pudo evidenciar que tanto el derecho nacional como extranjero ha ido

creando diversas doctrinas que se adaptan y aplican a las diversas situaciones que la realidad jurídica presenta, pero las respuestas no parecen siempre satisfactorias. Por un lado, encontramos que en aquellos casos cuya complejidad es tal, que las operaciones fraudulentas se hacen a través de instrumentos financieros o engañando al mercado, no se deben aplicar las normas generales de la estafa, pues existen normas especiales que rigen esa conducta. Por otro lado, tenemos que las normas actuales han dejado impunes (por atípicos) fraudes que en otros países son castigados, como las estafas informáticas. Pero algunos proyectos de ley han intentado modernizar las normas que pueden ser aplicables. El año 2002 se intentó tipificar delitos informáticos, el año 2005 se propuso la creación de un nuevo Código Penal, el año 2011 se ideó tipificar los fraudes colectivos y el año 2014 otra comisión propuso otro proyecto de Código Penal. Ninguno de esos proyectos ha sido aprobado.

Parece plausible, frente a este escenario, proponer una modernización de las normas referidas a fraudes y estafas, que permita a los entes persecutores y a los jueces alcanzar aquellos casos cuya sanción se muestra muy débil o inexistente, por ejemplo, a través de la inclusión de normas simples como la contenida en el artículo 74.2 del Código Penal Español, de normas más

amplias como las del *Wire fraud* del US. Code, o normas más modernas, como la propuesta del Boletín N.º 3083-07 del año 2002.

Será tarea de nuevos investigadores adentrarse en el estudio de este tipo de delitos, creando nueva doctrinas y contribuyendo al desarrollo de la ciencia penal, con el fin de lograr a futuro, políticas criminales que sancionen en forma justa y efectiva los delitos patrimoniales por medios inmateriales, especialmente en aquellos casos cuya magnitud pueda poner en peligro a un gran número de personas y/o el orden económico.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina.

BACIGALUPO, Enrique. 1996. Manual de Derecho Penal: Parte General (Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela). 3ª reimpresión. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

BALMACEDA, Gustavo. 2011. El delito de estafa informática en el derecho europeo continental. En Revista de Derecho y Ciencias Penales N.º 17. Universidad San Sebastián, Santiago, Chile. pp. 111 - 149.

BASCUR, Gonzalo. 2012. Reflexiones acerca de la teoría del delito continuado y aproximación crítica al derecho penal chileno vigente. p. 36

BERNAUS, José Félix. 1983. El delito de estafa y otras defraudaciones. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.

BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. 2007. Curso de Derecho Penal: Teoría del Delito, Tomo II. 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis (Legal Publishing).

BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. 2007. Curso de Derecho Penal: Parte Especial, Tomo IV. 2ª edición. Editorial Lexis Nexis (Legal Publishing).

BULLEMORE, Vivian. 2011. Tratado Jurisprudencia y Doctrina: Derecho Penal, Tomo I. Santiago, Chile. Thomson Reuters, Puntolex: Fallos del mes.

BULLEMORE, Vivian. 2011. Tratado Jurisprudencia y Doctrina: Derecho Penal, Tomo II. Santiago, Chile. Thomson Reuters, Puntolex: Fallos del mes.

BUSTOS R. Juan. 1991. Manual de Derecho Penal: Parte Especial. 2ª edición. Barcelona, España. Editorial Ariel.

CABRERA GUIRAO, Jorge; CONTRERAS ENOS, Marcos. 2009. El engaño típicamente relevante a título de estafa: modelos dogmáticos y análisis jurisprudencial. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing.

CODERCH, Pablo Salvador; SILVA SANCHEZ, Jesús María. 1999. Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica. Editorial Civitas. Madrid, España.

DONNA, Edgardo Alberto. 2001. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo II-B. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores.

ETCHEBERRY, Alfredo. 1998. Derecho Penal: Parte General, Tomo II. 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

ETCHEBERRY, Alfredo. 1998. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo III. 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

GARRIDO MONTT, Mario. 2003. Derecho Penal: Parte General, Tomo II. 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

GARRIDO MONTT, Mario. 2005. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo IV. 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. 2003. Aproximación a la problemática de la

estafa. En: Diplomado Problemas Actuales de Derecho Penal: 11 de agosto y 1 de septiembre de 2001. Temuco, Universidad Católica de Temuco, Escuela de Derecho.

INGLESI, Andrea. 2011. El “ánimo de lucro” en el delito de estafa: ¿es necesario como elemento subjetivo del tipo penal?. En Universidad San Sebastián. 2011. Revista de Derecho y Ciencias Penales N°17. p. 181-195.

IÑESTA PASTOR, Emilia. 2011. El Código Penal Español de 1848. Universidad de Alicante. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. 1959. Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito. 3ª edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot.

LABATUT GLENA, Gustavo. 1969. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

MEZGER, Edmund. 1958. Derecho Penal: Parte General (traducción 6ª edición alemana por Dr. Conrado A. Finzi). Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina.

NUÑEZ, Ricardo. 1967. Derecho Penal Argentino. Parte Especial. Tomo V. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina. 582p.

OXMAN, Nicolás. 2013. Estafas informáticas a través de Internet: acerca de la imputación penal del “phishing” y el “pharming”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. N° XLI. pp. 211-262.

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

PASTOR MUÑOZ, Nuria. 2009. Delitos contra el Patrimonio (II). En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2ª edición. Madrid, España. Editorial Atelier.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. 2005. El engaño omisivo en la estafa. En: BACIGALUPO, Enrique. Curso de Derecho Penal Económico. 2ª edición. Barcelona, Madrid. Editorial Marcial Pons.

PIERANGELLI, José Henrique (Coord). 1980. Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica. Bauru, Brasil. Editora Jalovi Ltda.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. 2004. Lecciones en Derecho Penal Chileno: Parte General, Tomo I. 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. 2005. Lecciones en Derecho Penal Chileno: Parte Especial, Tomo II. 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

ROMERO, Gladys. 1998. Delito de estafa: análisis de modernas conductas típicas de estafa – Nuevas formas de ardid o engaño. 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi.

SILVA, Hernán. 2005. Las estafas: doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

SOLER, Sebastián. 1963. Derecho Penal Argentino: Parte Especial, Tomo IV. 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. Tipográfica Editora Argentina.

SOLER, Sebastián. 1992. Derecho Penal Argentino: Parte General Tomo II.

Reimpresión 4ª ed. Buenos Aires, Argentina. Tipográfica Editora Argentina.

VELASQUEZ, Fernando. 2009. Derecho Penal: Parte General Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

VELASQUEZ, Fernando. 2009. Derecho Penal: Parte General Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

VÉRON, Michel. 1999. *Droit Pénal Spécial*. 7ª edición. París Francia. Editorial Armand Colin.

YUBERO CANEPA, Julio. 2010. El engaño en el delito de Estafa: doctrina y jurisprudencia. 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cruz del Sur.

Leyes.

ALEMANIA. *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* (Ministerio de Justicia y Protección al Consumidor). 1871. *Strafgesetzbuch*, 15 de Mayo de 1871, última reforma 31 de enero de 1998 (traducción: LÓPEZ D, Claudia. 1999. Código Penal Alemán. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia).

ARGENTINA. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 1985. Código Penal, 21 de Enero de 1985 (última modificación 10 de junio de 2015, Ley N°27.147).

CHILE. Ministerio de Justicia. 1855. Código Civil, 14 de Diciembre de 1855 (última modificación: 21 de abril de 2015, Ley N°830).

CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de Noviembre de 1874

(última modificación: 10 de junio 2015, Ley N°20.844).

CHILE, Ministerio de Justicia. 2000. Código Procesal Penal. 12 de octubre, 2000 (última modificación: 6 de febrero de 2015, Ley 20.813).

CHILE. Ministerio de Justicia. 1993. Ley N° 19.223. Tipifica figuras penales relativas a la informática. 28 de mayo, 1993.

CHILE. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. 1980. Constitución Política de la República, 22 de septiembre de 2005 (última modificación: 21 de julio de 2015, Ley N°20.854).

CHILE. Ministerio de Hacienda. 2005. Ley N° 20.009. Limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas. 18 de marzo, 2005.

CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N° 19.913. Crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. 18 de diciembre, 2003.

CHILE. Ministerio de Hacienda .Decreto con fuerza de ley N° 3/1997. Fija texto refundido, sistematizado y concordado con la Ley general de bancos y de otros cuerpos legales que se indican. 19 de diciembre, 1997.

CHILE. Ministerio de Hacienda. Ley N° 18.045. Ley de Mercado de Valores. 22 de octubre, 1981.

CHILE. Ministerio de Economía. 1997. Ley N° 19.496. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. 07 de febrero, 1997.

ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 1995. Código Penal. 23 de Noviembre de 1995 (última modificación: 31 marzo del 2015, BOE-A-2015-3439).

ESTADOS UNIDOS. *House of Representatives* (Cámara de representantes). 1986. *US. Code*. s.f.

ESTADOS UNIDOS. *Federal Government* (Gobierno federal). 1948. *Code of Federal Regulations*. s.f.

FRANCIA. *Ministère de la Justice* (Ministerio de Justicia). 1994. *Code pénal*, 01 de Marzo de 1994 (última modificación: 07 de septiembre de 2012, JORF N°0033).

PERÚ. Ministerio de Justicia. 1991. Código Penal, 08 de Abril de 1991 (última modificación 08 de julio 2014, Ley N°20.130).

UNIÓN EUROPEA. *Council of Europe*. 2001. Convenio sobre la ciberdelincuencia. Serie de tratados europeos n.º 185. 23 de Noviembre 2001.

Revistas.

BALMACEDA, Gustavo. 2011. El delito de estafa informática en el derecho europeo continental. *Revista de Derecho y Ciencias Penales Universidad San Sebastián*, Santiago, 17: pp. 111-149.

BALMACEDA, Gustavo. 2013. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Santiago, 2(3): pp. 69-133.

FIGUEROA OSSA, Ulda. 2012. Revisión a algunas discusiones dogmáticas en torno a la estafa con ocasión de la dictación de la sentencia condenatoria en la causa RUC 0600443058-K. Revista Jurídica del Ministerio Público, Santiago, 50: pp. 191-210.

INGLESI, Andrea. 2011. El “ánimo de lucro” en el delito de estafa: ¿es necesario como elemento subjetivo del tipo penal? En: Revista de Derecho y Ciencias Penales Universidad San Sebastián, Santiago, 17: pp. 181-195.

JOSHI, Ujala. 1992. Unidad de hecho y concurso medial de delitos. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 45(2): pp. 613-636.

MAYER L. Laura y FERNANDES G., Ines. 2013. La estafa como delito económico. Revista de la Universidad Pontificia Católica de Valparaíso, Valparaíso, 41(2): pp. 183-209.

SÁINZ, José A. 1971. El delito masa. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 24(3): pp.649-676.

SERRANO G., Alfonso. 1985. El delito continuado. Boletín Facultad de Derecho Universidad de Educación a Distancia (España). España, 13: pp. 17-27.

Tesis.

ARAYA PAREDES, Ignacio y FIGUEROA, Alex. 2012. Sistematización jurisprudencial del delito de estafa en el Nuevo Proceso Penal. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

En línea.

AGUILERA, Manuel. 2008. Millonarios pardillos en el Palm Beach Country Club. [En línea]. El Mundo en Internet. <<http://www.elmundo.es/mundodinero/2008/12/16/economia/1229412245.html>>. [Consulta: 27 agosto 2015].

Anón. 2008. Investigan denuncias por juego de la 'célula' en concepción. [En línea]. La Nación en Internet. 22 de enero, 2008. <<http://www.lanacion.cl/noticias/pais/investigan-denuncias-por-juego-de-la-celula-en-concepcion/2008-01-22/134605.html>>. [Consulta: 16 julio 2015].

Anón. 2011. AFP Provida presenta querrela contra quienes resulten responsables por caso La Polar. [En línea]. El Mercurio en Internet. 16 de junio, 2011. <<http://www.emol.com/noticias/economia/2011/06/16/487687/afp-provida-presenta-querrela-contra-quienes-resulten-responsables-por-caso-la-polar.html>>. [Consulta: 23 julio 2015].

Anón. 2015. *Trois ans ferme pour «Madame Gil» et ses petits fromages magiques*. [En línea]. *Le Figaro* en Internet. 7 de julio, 2015. <<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/06/08/01016-20150608ARTFIG00110-madame-gil-et-ses-petits-fromages-magiques-jugee-pour-escroquerie.php>>. [Consulta: 18 agosto 2015].

Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005. [En línea]. <http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf>. [Consulta: 20 julio 2015].

AUTORIDAD DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO (ASFI.). 2009. Estafas Piramidales. Lecciones Aprendidas. p. 7. [En línea]. <<https://www.asfi.gob.bo/Portals/0/Documentos/EstafasPiramidales.pdf>>. [Consulta: 15 julio 2015].

BAIRES, Rodrigo; SULLIVAN, Jorge; CHAVEZ, Andrés. La Polar: Un mapa para entender cómo se fraguó y ejecutó el lema de “llegar y llevar”. [En línea]. <<http://ciperchile.cl/2011/07/08/la-polar-un-mapa-para-entender-como-se-fraguo-y-ejecuto-el-lema-de-%E2%80%9Cillegar-y-llevar%E2%80%9D/>>. [Consulta: 23 julio 2015].

Boletín 3083-07. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3380&prmBoletin=3083-07>. [Consulta: 20 julio 2015].

Boletín 7819-03. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8218&prmBoletin=7819-03>. [Consulta: 20 julio 2015].

Boletín 9274-07. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9686&prmBL=9274-07>. [Consulta: 22 julio 2015].

CARCAMO, Héctor. 2013. Así operaba la aceitada máquina de repactaciones de La Polar. [En línea]. El mostrador en Internet. 12 de marzo, 2013. <<http://www.elmostrador.cl/mercados/destacados-mercado/2013/03/12/asi-operaba-la-aceitada-maquina-de-repactaciones-de-la-polar/>>. [Consulta: 22 julio 2015].

DAVID, Nick. El fraude millonario que tiene en problemas a Antigua. [En línea]. BBC Mundo en Internet. 21 de Marzo, 2012. <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/03/120311_antigua_allen_stanford_t

sb.shtml>. [Consulta: 18 julio 2015].

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española. [En línea]. <<http://www.rae.es/drae> >. [Consulta: 22 agosto 2015].

DOYLE, Charles. 2011. *Mail and Wire Fraud: a brief overview of federal criminal Law. Congressional Research Center.* [En línea]. <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41930.pdf>>. [Consulta: 30 agosto 2015].

DRIVER, Ana. *Charges Stanford with massive Ponzi scheme.* [En línea]. Reuters en Internet. 27 de febrero, 2009. <<http://www.reuters.com/article/2009/02/28/us-stanford-idUSTRE51Q66G20090228>>. [Consulta: 18 julio 2015].

EFE. 2015. La mujer que prometía convertir quesos en cosméticos.[En línea]. Excelsior en Internet. 13 de marzo, 2015. <<http://www.excelsior.com.mx/global/2015/03/13/1013357>>. [Consulta: 11 agosto 2015].

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). 2008. En *US. DISTRICT COURT, Southern disctrict of New York. Case N.º 09 Cr. 2013 (DC)*. p. 2. [En línea]. <<http://www.justice.gov/sites/default/files/usao-sdny/legacy/2012/04/16/criminalcomplaint.pdf>>. [Consulta: 30 agosto 2015].

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). 2015. *Scams & Safety. Common Fraud Schemes. Pyramid Scheme.*: “In pyramid schemes, however, the victims themselves are induced to recruit further victims through the payment of recruitment commissions”. [En línea]. <<https://www.fbi.gov/scams-safety/fraud>>. [Consulta: 15 Julio].

FERNANDEZ, María Eugenia. 2011. El escándalo de La Polar en el año que removi6 al retail. [En Lnea]. El Mercurio en Internet. 29 de diciembre, 2011. <<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=91883>>. [Consulta: 23 julio 2015].

FERRANDO, Karina. Instructivo interno de La Polar justificaba las repactaciones unilaterales. [En lnea]. La Tercera en Internet. 7 de julio, 2011. <<http://diario.latercera.com/2011/07/07/01/contenido/negocios/10-75538-9-instructivo-interno-de-la-polar-justificaba-las-repactaciones-unilaterales.shtml>>. [Consulta: 25 julio, 2015].

GLOVIN, David; SCHEER, David. 2008. *Madoff Charged in \$50 Billion Fraud at Advisory Firm*. [En lnea]. *Bloomberg, News* en Internet. 11 de Diciembre, 2008. <<http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=anWXzISP4XCg>>. [Consulta: 29 agosto 2015].

GRONDIN, Anaëlle. 2015. *L'escroquerie aux petits fromages magiques devant le tribunal*. [En lnea]. *20 Minutes* en Internet. 7 de junio, 2015. <<http://www.20minutes.fr/societe/1625267-20150607-escroquerie-petits-fromages-magiques-devant-tribunal>>. [Consulta: 10 agosto 2015].

GUTIERREZ, Francisco. Denuncian malas prcticas de polmico negocio multinivel enfocado a cremas de rejuvenecimiento. [En lnea]. La Nacin en Internet. 25 de Abril, 2014. <<http://www.lanacion.cl/noticias/reportajes/nacional/denuncian-malas-practicas-de-polemico-negocio-multinivel-enfocado-a-cremas-de-rejuvenecimiento/2014-04-17/194528.html>>. [Consulta: 16 julio 2015].

HENRIQUES, Diana. 2009. *Madoff Is Sentenced to 150 Years for Ponzi Scheme*. [En línea]. *New York Times* en Internet. 29 de junio, 2009. <<http://www.nytimes.com/2009/06/30/business/30madoff.html>>. [Consulta 29 agosto 2015].

HERNÁNDEZ, Leticia. Sólo se recupera 1% del fraude Stanford. [En línea]. *El Financiero* en Internet. 6 de febrero, 2014. <<http://www.elfinanciero.com.mx/archivo/solo-se-recupera-del-fraude-stanford.html>>. [Consulta: 18 julio 2015].

ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPU. El cuento del tío. Historias reales. [En línea]. <<http://www.municipalidadmaipu.cl/wp-content/uploads/2014/02/Manual-Cuento-del-Tio-para-web-5.2-Final.pdf>>. [Consulta: 18 julio 2015].

INTUIT INC. *Phishing, pharming, vishing and smishing*. [En línea]. <<https://security.intuit.com/phishing.html>>. [Consulta: 18 julio 2015].

LA POLAR. 2011. Hecho esencial. [En línea]. <http://www.svs.gob.cl/documentos/hes/hes_2011060090353.pdf>. [Consulta: 23 julio 2015].

MALDONADO, Esteban. s.a.. Phishing y Pharming: Una aproximación desde el Cibercrimen. p.3. [En línea]. <<http://www.asepol.cl/spa/areainvestigacionEstudios/pdf/Phishing.pdf>>. [Consulta: 19 julio 2015].

MARDONES, Carolina. AFP Capital presenta acciones legales en contra de La Polar. *BioBio Chile*. [En línea]. *Bio Bio Chile* en Internet. 24 de junio, 2011. <<http://www.biobiochile.cl/2011/06/24/afp-capital-presenta-acciones-legales-en->

contra-de-la-polar.shtml>. [Consulta: 23 julio 2015].

PIÑEIRO, María. 2015. La Madoff de la belleza, al banquillo. [En línea]. La Voz de Galicia en Internet. 10 de junio, 2015. <http://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2015/06/10/madoff-belleza-banquillo/0003_201506G10P29994.htm>. [Consulta: 13 agosto 2015].

POZZI, Sandro. EL PAIS. 2012. El financiero Allen Stanford condenado a 110 años de cárcel por fraude piramidal. [En línea]. El País en Internet. 14 de junio, 2012. <http://economia.elpais.com/economia/2012/06/14/actualidad/1339692990_313673.html>. [Consulta: 16 julio 2015].

REOL, Antonio. S/A. El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa. p. 21. [En línea]. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2776561>>. [Consulta: 7 julio 2015].

RODRIGUEZ, Rafael. 2011. La Polar y las opciones de acciones. [En línea]. Diario Financiero en Internet. 29 de junio, 2011. <<https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/rafael-rodriguez/la-polar-y-las-opciones-de-acciones/2011-06-28/203855.html>>. [Consulta: 22 julio 2015].

SCANELL, Kara. 2009. *Madoff chasers dug for years, to no avail*. en línea]. *Wall Street Journal* en Internet. 5 de enero, 2009. <<http://www.wsj.com/articles/SB123111743915052731>>. [Consulta: 27 agosto 2015].

SERNAC. 2011. Cronología del caso La Polar. [En línea]. 30 de junio, 2011. <<http://www.sernac.cl/resumen-conologico-del-caso-la-polar/>>. [Consulta: 22

julio 2015].

SMITH, Aaron. 2013. 5 cosas que no sabías de la épica estafa de Bernard Madoff. [En línea]. CNN en español en Internet. 11 de diciembre, 2013. <<http://cnnespanol.cnn.com/2013/12/11/5-cosas-que-no-sabias-sobre-la-epica-estafa-de-bernard-madoff/#0>>. [Consulta: 20 agosto 2015].

URQUIETA, Claudia. 2011. La Polar: estos son los correos electrónicos incautados por el Ministerio Público. [En línea]. . El Mostrador en Internet. 13 de julio, 2011. <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/07/13/la-polar-estos-son-los-correos-electronicos-incautados-por-el-ministerio-publico/>>. [Consulta: 22 julio 2015].

US. DISTRICT COURT, Southern disctrict of New York. 2009. Case N.º 09 Cr. 2013 (DC). United States of America v. Bernard L. Madoff. United States Attorney Charges. [En línea]. <<http://www.justice.gov/sites/default/files/usao-sdny/legacy/2012/04/16/20090310criminalinfo.pdf>>. [Consulta: 30 agosto 2015].

U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (US. SEC.). Fast Answers. Pyramid Scheme. "In the classic "pyramid" scheme, participants attempt to make money solely by recruiting new participants into the program". [En línea]. <<http://www.sec.gov/answers/pyramid.htm>>. [Consulta: 15 julio 2015].

U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. 2014. Employee Stock Options Plans. [En línea]. <<http://www.sec.gov/answers/empopt.htm>>. [Consulta: 22 julio 2015].

U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. 2008. US. SEC. Vs Bernard L. Madoff. p.7. [En línea].

<<https://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp-pr2012-126.pdf>>.
[consulta: 30 agosto 2015].

U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. 2013. *Investor Alerts and Bulletins. Beware of Pyramid Schemes Posing as Multi-Level Marketing Programs*. [En línea]. <http://www.sec.gov/enforce/investor-alerts-bulletins/investoralertsia_pyramidhtm.html>. [Consulta: 16 julio 2015].

U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. 2014. *Press Release. SEC halts pyramid scheme targeting dominican and brazilian immigrants*. [En línea]. <<http://www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1370541520559>>. [Consulta: 16 julio 2015].

U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. 2013. *Press Release. SEC Halts Pyramid Scheme Targeting Asian-American Community*. [En línea]. <<http://www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1370539880547>>. [Consulta: 18 julio 2015].

U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Hedge Funds. Investor Bulletin*. [En línea]. <<http://investor.gov/news-alerts/hedge-funds>>. [Consulta: 20 agosto 2015].

VERGES, Jean Pierre. 2009. *Une Française a arnaqué 6.000 Sud-Américains*. [En línea]. *Le Journal du Dimanche* en Internet. 1 de marzo, 2009. <<http://www.lejdd.fr/Societe/Justice/Actualite/Une-Francaise-a-arnaque-6000-Sud-Americains-77472>>. [Consulta: 11 agosto 2015].

VERGES, Jean Pierre. 2013. *L'affaire: les 1.001 entourloupes de Madame yaourt*. [En línea]. *Le Parisien* en Internet. 28 de marzo, 2013. <

<http://www.leparisien.fr/magazine/grand-angle/l-affaire-les-1-001-entourloupes-de-madame-yaourt-26-03-2013-2672277.php#xtref=https%3A%2F%2Fwww.google.cl%2F>>. [Consulta: 15 agosto 2015].

VERMONT SECURITIES DIVISION (VSD.). 1998. Principios básicos de ahorro e inversión. Sección 5. Inversiones fraudulentas. p. 8. [En línea]. <https://www.svs.cl/portal/principal/605/articles-13945_Inversiones_fraudulentas_.pdf>. [Consulta: 15 Julio 2015].

WALL STREET JOURNAL. 2009. *Madoff's victims*. [En línea]. *Wall Street Journal* en Internet. 31 de agosto, 2015. <http://s.wsj.net/public/resources/documents/st_madoff_victims_20081215.html>. [Consulta: 29 agosto 2015].

Jurisprudencia.

Excelentísima Corte Suprema. Rol N° 12553-2011. Sentencia del 30 de abril de 2013.

Ilustrísima Corte de Apelaciones. Santiago. Sentencia Rol N° 53-2008. Sentencia del 24 de enero de 2008.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. La Serena. R.I.T. N° 82-2007. R.U.C. N° 0410003153-7. Sentencia del 20 de noviembre de 2010.

2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Santiago. R.I.T. N° 167-2010. R.U.C. N° 0900878597-7. Sentencia del 20 de noviembre de 2010.

4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Santiago. R.I.T. N° 96-2006. R.U.C. N° 0500292395-1. Sentencia del 20 de enero de 2007.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Ovalle. R.I.T. N° 14-2009. R.U.C. N° 0600163226-2. Sentencia del 23 de marzo de 2010.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. La Serena. R.I.T. N° 185-2012. R.U.C. N° 0910021731-4. Sentencia del 22 de agosto de 2012.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Antofagasta. R.I.T. N° 138.2011. R.U.C. N° 0910008393-8. Sentencia del 03 de agosto de 2011.

2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Santiago. R.I.T. N° 167-2010. R.U.C. N° 0900878597-7. Sentencia del 20 de noviembre de 2010.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Rancagua. R.I.T. N° 151-2007. R.U.C. N° 0710000145-9. Sentencia del 10 de agosto de 2007.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. La Serena. R.I.T. N° 41-2006. R.U.C. N° 0210003450-9. Sentencia del 06 de mayo de 2006.

4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Santiago. R.I.T. N° 25-2008. R.U.C. N° 0500655026-8. Sentencia del 15 de mayo de 2008.

2° Juzgado de Garantía de Santiago. R.I.T. N° 6930-2011. R.U.C. N° 1100591305-7. Sentencia del 03 de septiembre de 2014.

2° Juzgado de Garantía de Santiago. R.I.T. N° 6930-2011. R.U.C. N° 1100591305-7. Sentencia del 25 de Noviembre de 2014.

2° Juzgado de Garantía de Santigo. R.I.T. N° 6930-2011. R.U.C. N°

1100591305-7. Sentencia del 18 de agosto de 2015.

7° Juzgado de Garantía de Santiago. R.I.T. N° 7503-2006. R.U.C. N° 600289809-6. Sentencia del 28 de enero de 2007.

1° Juzgado Civil de Santiago. Rol C-12105-2011. Sentencia del 10 de diciembre de 2012.

US. DISTRICT COURT, Southern district of New York. Case N.º 09 Cr. 2013 (DC). United States of America v. Bernard L. Madoff. Sentencia del 29 de junio de 2009.