



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

Fases de desarrollo del delito de estafa con atención a sus elementos típicos, especialmente el perjuicio, a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Suprema.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

VICENTE PABLO CANALES AVELLO.

Profesor Guía

JAVIER ARÉVALO CUNICH

Santiago,

Chile 2021

“Actuar es entregarse a este vaivén de necesidad y casualidad.”

Hegel, Filosofía del Derecho

Dedicatoria:

A todos quienes me quieren, especialmente mi hermano Benjamín.

Contenido

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN.	5
CAPÍTULO I. EL DELITO DE ESTAFA Y SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA.	8
1.1 FIGURA ELEMENTAL DE ESTAFA.	8
1.2 LUGAR QUE OCUPA EL DELITO DE ESTAFA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.	10
1.3 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.	12
1.3.1. <i>Concepción jurídica del patrimonio.</i>	13
1.3.2. <i>Concepción económica del patrimonio.</i>	15
1.3.3. <i>Concepciones mixtas.</i>	16
1.3.4. <i>Concepciones funcionales y personales.</i>	17
1.3.6. <i>Toma de postura respecto a la visión del bien jurídico.</i>	20
1.4 RELACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA CON OTROS DELITOS.	21
CAPÍTULO 2. ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE ESTAFA.	23
2.1 ORIGEN DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE LA ESTAFA.	23
2.2 ENGAÑO	24
EL ENGAÑO ES EL ELEMENTO CARACTERÍSTICO DE LA ESTAFA, PUNTO QUE PARECIERA SER OBVIO A ESTAS ALTURAS EN LO QUE RESPECTA A LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL. CADA ESTUDIO ACABADO SOBRE ESTE DELITO SE DETIENE EN LO QUE ES EL ENGAÑO TÍPICAMENTE RELEVANTE, COMPRENDIENDO QUE LA EXISTENCIA DE ESTE ES LA PUERTA DE ENTRADA PARA DESENCADENAR LOS DEMÁS ELEMENTOS QUE TIENE ESTE DELITO.	24
2.3 ERROR	28
2.4. DISPOSICIÓN PATRIMONIAL.....	29
2.5 PERJUICIO.....	31
2.5.1. <i>Caracterización del perjuicio patrimonial para este trabajo.</i>	32
2.5.2. <i>Relación con las Fases de Desarrollo del Delito.</i>	35
2.6. ÁNIMO DE LUCRO.	37
2.7 RELACIÓN DE CAUSALIDAD.....	40
CAPÍTULO 3. EL PERJUICIO Y LAS FASES DE DESARROLLO DE LA ESTAFA.	42
3.1 LA CONCURRENCIA Y CONCEPTO DE PERJUICIO EN LA DETERMINACIÓN DE LA FASE DEL DELITO EN VIRTUD DE LA POSTURA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA.	42
3.2 CONSECUENCIAS JURÍDICAS RESPECTO A ESTAS ACTITUDES JURISPRUDENCIALES.	51
3.3. POSTURAS DIVERSAS A LAS OPCIONES QUE HA ADOPTADO LA CORTE SUPREMA Y SUS CONSECUENCIAS.	59
CONCLUSIONES.....	65
REFERENCIAS	67

Resumen

La memoria que se presenta a continuación tiene relevancia ya que la estafa ha estado presente en el estudio especial del Derecho Penal desde hace muchos años y que hoy sigue incitando discusiones profundas desde sus características más basales, a cuestiones específicas, como son las que se ultimen en este trabajo; sobre las fases de desarrollo del delito.

La necesidad de ahondar en estos asuntos radica en que la complejidad de este delito tiene soluciones en lo que respecta la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal y que, sin duda, tienen consecuencias jurídicas que se han de analizar para una mejor aplicación normativa y para elucubrar sobre nuevas alternativas.

Con un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre las perspectivas que ha impuesto la segunda sala de la Excelentísima Corte Suprema respecto del elemento del perjuicio típicamente relevante y como esto imbuye la comprensión de las fases de desarrollo del delito de estafa, se acercará a algunas de las materias más controvertidas respecto del delito de estafa.

Introducción.

Muchas veces el ser estafado parece ser una cuestión fácil de determinar en una situación en particular, cuando nos invitan a un evento que no cumple con nuestras expectativas, si en una compraventa hemos pagado más de lo comercialmente justo, o cuando nos enteramos de que el pordiosero al que donamos camino a nuestra jornada laboral realmente tiene mejor puesto que uno. Es por eso por lo que esta investigación se avocará no sólo a responder a qué es una estafa propiamente en un sentido jurídico-penalmente relevante, además se adentrará a los límites en su desarrollo delictual a través del análisis de uno de los elementos más controversiales de la doctrina nacional, el perjuicio.

Este delito tiene un carácter complejo a diferencia de otros que atentan a bienes jurídicos patrimoniales como los son el robo y el hurto, este radica en la voluntad que tiene la víctima al transferir los bienes al estafador, que, a través de distintos mecanismos fraudulentos, se hace de estos con un guante blanco, provocándole un perjuicio al estafado. Como se puede apreciar, la cronología que tiene este delito puede presentar dificultades en su análisis. Por tanto, nuestro objetivo general es exponer a través de tres capítulos y su conclusión, la configuración del delito de estafa considerando la relación que existe entre la concurrencia de sus elementos típicos, particularmente el perjuicio y las fases de desarrollo del delito.

Para eso el Primer Capítulo buscará explicar la configuración del delito de estafa, partiendo por el lugar que ocupa en nuestra legislación junto a un estudio del bien jurídico protegido, cuestión que para cualquier delito puede no ser un ejercicio espinoso, mas, para la estafa existe una discusión atendida a la naturaleza del bien jurídico que existe sólo a la luz del derecho y la economía. Por consiguiente, se determinará gracias al estudio de la doctrina, el “delito base” de estafa en el Código Penal desarrollando la discusión que se ha formado y optando el artículo 468 del Código al ser esta una figura más básica. Esto nos permitirá comprender la caracterización especial que tiene la estafa con relación a otros fraudes inscritos en el Código y otras fuentes normativas. Esta parte tratará todos estos temas considerando a la doctrina nacional y al análisis normativo, permitiéndonos tener

claridad respecto a lo que es el delito de estafa en la legislación chilena cuestión basal para esta investigación.

Un objetivo secundario, será explicar la manera en cómo la Corte entiende el elemento del perjuicio y cómo este incide en las fases de desarrollo del delito considerando las categorías dogmáticas.

En efecto, el segundo capítulo se abocará a exponer los elementos de la estafa, sus orígenes doctrinales, comparados con su estado actual y la manera en que la Excma. Corte Suprema los entiende. Todo lo anterior con enfoque en el elemento del perjuicio y cómo este incide en las fases de desarrollo del delito establecidas en el artículo 7 del Código Penal, a saber, consumación, frustración y tentación. Esta materia se desarrollará con un estudio paralelo entre la doctrina y la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema.

Otro objetivo por desarrollar consiste en determinar cuáles conflictos jurídicos pueden derivar de estas categorizaciones y qué propuestas existen tanto dogmáticamente como a nivel jurisprudencial. Para esto el tercer capítulo tendrá la finalidad de hacer una calificación jurídica clara gracias a las conclusiones a las que nos dirige la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema en virtud de la doctrina ya analizada anteriormente. Para esto, en el contexto de la Pasantía de Modernización de Jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, se analizaron 147 sentencias de la segunda sala de la Excelentísima Corte Suprema sobre delitos contra la propiedad, de las cuales 26 sentencias de la Corte entre el 2003 al 2014 referidas a estafas y fraudes *lato sensu*, filtrando así hasta 13 fallos que tratan específicamente la estafa, la relevancia del perjuicio y su relación con las fases de desarrollo del delito, este resultado fue en principio plasmado en una ficha de jurisprudencia para ser estudiado y expuesto en el presente trabajo.

Lo anterior permitirá comparar estas posturas y evaluar los efectos que tendría en la aplicación, criterios distintos a los que tiene la Excma. Corte Suprema sobre el delito de estafa, sus elementos y las fases de desarrollo de este.

Comprender los efectos jurídico-penales que tiene este tópico será relevante para una conclusión sobre si se condice la configuración del delito de estafa, sus elementos,

especialmente el perjuicio, con la visión que tiene la segunda sala de la Excma. Corte Suprema sobre las fases de desarrollo que tiene este delito.

Capítulo I. El delito de estafa y su configuración normativa.

1.1 Figura elemental de estafa.

Para adentrarnos en el análisis de lo que es el delito de estafa es necesario delimitar qué se entiende cuando nos referimos a este tipo penal. El objetivo es poder identificar una conducta que contenga los elementos esenciales constitutivos de una estafa comprendiendo la manera en que los fraudes están regulados en nuestro Código, de manera que la figura fundamental nos sirva como guía para luego determinar una especificación del delito de la misma manera como sucede con el homicidio simple (artículo 391 n°2) con relación con el homicidio calificado (art. 391 n°1), el parricidio (art. 390) y el femicidio (art. 390 bis, 390 ter, 390 quater).

Existen diferencias en este punto imbuidas por el carácter con el que el Código Penal trata el delito. Esto ha sido notado por la doctrina¹ ya que se ha preferido una noción casuística y categorizada en virtud de las diferencias que puedan existir en lo que son las defraudaciones a diferencia de otros países que optaron por conceptos más generales.

Esto se puede ver en la redacción del artículo 473 del Código Penal:

“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.”²

Este es considerado la figura residual debido a que abarca expresamente los dos elementos esenciales, el engaño y el perjuicio, asociados a los casos especiales de estafa comprendidos desde el artículo 468 a 472³.

¹ **Guzman., Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramirez. 2018. Manual de Derecho Chileno Parte Especial.** Valencia : Tirant Lo Blanch., 2018. página 354.

² Subrayado propio.

³ Ibidem.

Como ya adelantábamos, esta figura del Código Penal de manera sucinta define los elementos esenciales de la estafa que sirven para que la doctrina complete su sentido. Esto nos hace comprender que la figura da por sobreentendido ciertos elementos para otros fraudes⁴. Esto se denota claramente, ya desde un punto de vista semántico que esta postura se basa en la frase: “que no se haya expresado en los artículos anteriores de este párrafo” la misma que hace que quienes consideran que el delito se encuentra contenido íntegramente en el artículo 468, estimen que esta es una figura distinta y en ningún caso basal.

Lo que respecta al artículo 468 como figura fundamental es una norma ejemplificadora examinando las distintas hipótesis que existen en esta, esclareciendo cuál es su rasgo común, el elemento que las asemeja y que permite asimilar otros engaños, que no estén enumerados⁵. Algunos autores llaman a esta figura del 468 “Estafa Calificada por la Clase de Engaño”⁶.

“Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante.”

Como se aprecia, la relevancia que tiene este artículo es presentar de manera clara el elemento del engaño con características particulares y diferenciadoras de otras conductas típicas. En definitiva, lo que hace la postura que define al art. 468 del Código Penal cómo la figura de estafa propiamente tal es comprender que todas estas conductas tienen en común presentar engaño, dando un concepto de manera inductiva.

Si comparamos ambas visiones, la diferencia radica en la manera en que entienden el elemento fundamental de la estafa, el engaño, debido a que la postura del 473 no necesita de un ardid con *mise en scène* o puesta en escena, de hecho, comprende que una mentira puede constituir un engaño⁷, esto se tratará más adelante cuando nos aboquemos a los

⁴ Ibidem páginas 354-357

⁵ **Etcheberry, Alfredo. 1998.** *Derecho Penal Parte Especial Tomo III.* Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1998. páginas 408-409.

⁶ **Guzman., Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramirez. 2018,** op cit., p.364.

⁷ Ibidem página 355.

elementos de este delito, sin embargo, desde ya se opta por alguna de estas con un criterio de completitud en virtud de lo que protege el bien jurídico.

En definitiva, el artículo 473 en comparación al 468 es el único que se refiere directamente a una relación entre un engaño y un perjuicio, yendo más allá del mero fraude, que se entiende como una forma maliciosa de actuar como expresión del sentido de la conducta⁸.

La consecuencia que tiene optar por el artículo 473 como figura residual que representa la estafa es que, tal como lo han podido demostrar los partidarios de la tesis contraria del artículo 468, esto se inclina por un tipo penal abierto sin requerir de la existencia de un ardid o una maquinación mayor, como ya se resolvió, esta es una cuestión que no es del todo problemática por la jurisprudencia y la doctrina a la hora de determinar una estafa, y además, tiene mayor posibilidad de admitir hipótesis de omisión. Para complementar esta cuestión, se puntualiza que no es una simple mentira, más bien, se refiere a un aprovechamiento pasivo o activo de circunstancias externas preexistentes que corrobora la mentira o el engaño⁹.

En el siguiente capítulo nos abocaremos a comprender las definiciones que se han dado respecto a los distintos elementos que tiene este delito, no obstante, es importante recalcar desde ya que se elige esta visión, a que pese, a lo escueto de la enunciación del delito, esta norma nos otorga el material necesario y suficiente que ha usado la doctrina para comprender los elementos típicos y así dar sistematicidad respecto al lugar que ocupa este delito en relación con otros tipos de fraudes¹⁰.

1.2 Lugar que ocupa el delito de estafa en la legislación nacional.

A lo que se refiere esta parte, es especificar la categoría doctrinal determinada por la ubicación que tiene la norma y sus complementarios en la legislación nacional.

⁸ **Vidal, Miguel Ángel Caro. 2019.** *Aproximación al concepto de perjuicio patrimonial.* Santiago : Revista Estudios de la Justicia, 2019. página 118.

⁹ **Mackinnon, Vivian Bullemore y John.** *Curso de Derecho Penal Tomo IV.* s.l. : LexisNexis. página 78.

¹⁰ **Guzman., Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramirez. 2018,** op cit., p.357.

Como se verá en el siguiente apartado la denominación delitos contra la propiedad no es exacta y más bien tendríamos que hacer referencia a delitos contra el patrimonio, pero lo que es seguro es que para comprender la regulación de este delito de manera orgánica hemos de saber que se encuentra dentro de estos en el título IX del libro II en el subtítulo número VII “De las defraudaciones”.

A su vez la doctrina¹¹ ya desde un punto de vista general ve como género estos delitos contra la propiedad como especie los delitos de apropiación y como subespecies los delitos cometidos por medios materiales, es decir; coacción, violencia, fuerza y sustracción. Por otro lado, por medios inmateriales, estos son fraudes en su mayoría. La división de los fraudes corresponde a: fraudes por engaño, que vendrían siendo las estafas propiamente tal, los fraudes relativos a quiebras, los fraudes por abuso de confianza, los impropios, los fraudes establecidos en leyes especiales. En este orden de cosas, la usura figura como delito autónomo.

También existen autores que de una manera similar viendo desde una panorámica lo que son los delitos contra la propiedad en palabras del Código Penal hace una diferencia entre los delitos de apropiación por medios inmateriales siendo así estos fraudes o defraudaciones y el delito de usura, dentro de los primeros estarían los fraudes por engaño, por abuso de confianza del deudor (dentro de éstos los relativos a insolvencias punibles y los relativos a los medios de pago), lo impropios y los que están en leyes especiales. Luego los fraudes por engaño agrupan a las estafas, las entregas fraudulentas, las supuestas remuneraciones a empleados públicos, la suscripción engañosa de documentos, la celebración maliciosa de contratos aleatorios, los fraudes en el juego, la obtención fraudulenta de prestaciones y los fraudes en el seguro. Dentro de las estafas tenemos tres figuras delictivas: la estafa propiamente tales (art. 468 Código Penal inciso 1), los engaños semejantes al artículo 468 parte final y los llamados restantes engaños del artículo 473^{12 13}.

¹¹ **Etcheberry, Alfredo**, op cit., p.294-458

¹² **Mackinnon, Vivian Bullemore y John**, op cit., p.74-77.

¹³ **Etcheberry, Alfredo. 1998**, op cit., p.406.

Cómo podemos ver cualquiera que sea el entendimiento que se tiene por el delito nuclear de estafa este tiene profunda importancia en el sistema jurídico, puesto que, dentro de todas las categorías que existen vendría siendo una figura basal, pero especial al mismo tiempo, y que, de hecho, puede convivir de manera sistemática con otros delitos fraudulentos¹⁴.

1.3 Bien jurídico protegido.

Este tópico envuelve a cualquier discusión sobre la naturaleza que tiene un delito, para este trabajo es necesario desarrollar ciertos puntos antes de definir el bien que protege este injusto penal.

La definición de bien jurídico tiende a ser bastante amplia en términos teóricos, por tanto, se seguirá la línea trazada por ciertos autores¹⁵ que recomiendan que se hable del bien jurídico-penal como una especie del género bien jurídico, entre varias razones, porque esto significa que existen distintos bienes jurídicos (con cada vez mayor expansión) y que no todos estos merecen protección del sistema penal, en efecto, esta posición se inclina hacia una visión garantista y del Derecho Penal como *ultima ratio* para la solución de los conflictos sociales.

Ya se ha constatado en el apartado anterior que la estafa aparece bajo el título de “Delitos Contra la Propiedad” del párrafo VIII del Título IX del Libro II de nuestro Código Penal. Sin embargo, esto no cierra la discusión, de hecho, se ha cuestionado de manera constante si es la propiedad, tal como para otros delitos que están bajo este título, el verdadero bien jurídico-penal protegido por la estafa.

Es un acuerdo que la propiedad entendida desde el punto de vista civilista definido en el art. 582 del Código Civil, es decir, como un derecho subjetivo sobre determinado objeto corporal, no puede ser el bien jurídico-penal protegido por la estafa debido a que el

¹⁴ *Aproximación a la problemática de estafa. Problemas actuales de Derecho Penal.* **Basualto, Hector Hernández.** 2003. página 176.

¹⁵ **Hoyos, Gustavo Balmaceda.** 2009. *El Delito de Estafa Informática.* Santiago : Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009. páginas 130-131. Esta afirmación es hecha en virtud de Derecho Penal Parte General de Mir Piug (2005).

efecto de esta es una lesión traducida en una pérdida patrimonial, ya que ese bien tiene un valor de cambio determinado que no es necesariamente un ataque a todos los derechos que tiene el patrimonio en sí¹⁶.

Es más, el concepto civil no es del todo preciso para determinar la conducta prohibida por el legislador ya que no es el derecho real de dominio, tal como lo exhibe el artículo 582 del Código Civil, el que se ve afectado a la hora de existir un delito contra la propiedad, ya sea robo o hurto, podemos ver como la doctrina determina que es el poder de disposición sobre esta cosa corporal mueble la afectada, por tanto, esto no se traduce en un perjuicio patrimonial¹⁷. De esta manera, cuando nos referimos ante un atentado patrimonial puede ser cualquiera que tenga un valor que pueda llegar a ser reconocido jurídico-económicamente, cuestión a la que nos aproximaremos más adelante.

El patrimonio como bien jurídico-penal a secas no nos brinda claridad respecto al ámbito de protección normativo, considerando todo el desarrollo que ha tenido este punto y que para la concepción de un perjuicio patrimonial es vital, hemos de definir qué concepción del patrimonio es la más precisa. A continuación, veremos los rasgos generales de las distintas visiones que existen sobre el patrimonio¹⁸ y adoptaremos una de estas en virtud de los últimos avances.

1.3.1. Concepción jurídica del patrimonio.

Esta concepción nace en la escuela alemana específicamente de Merkel y Binding que comprende el patrimonio como la suma de todos los derechos y obligaciones patrimoniales de un sujeto de derecho, en efecto, se traduce en la lesión de derechos patrimoniales subjetivos, tal como la doctrina actual comprende que esto sería la propiedad, por tanto, la

¹⁶ *Los Elementos Típicos Del Delito De Estafa En La Doctrina Y Jurisprudencia Contemporáneas*. **Jimenez, José Francisco Leyton**. 2014.. Año 10, N° 2, Santiago, Chile : Ars Boni Et Aequi, 2014., Vol. I. páginas 126-129.

¹⁷ **Aedo, Hermes Hein**. 2017. *Patrimonio, perjuicio y peligro: La exposición al riesgo del patrimonio público en el caso Kodama*. Santiago, Chile : s.n., 2017. páginas 4-6.

¹⁸ Considerando también posiciones que abogan por un concepto dual “patrimonio-propiedad”.

existencia de un derecho por sobre una cosa vendría siendo la base de la existencia de una estafa¹⁹.

Esta noción del patrimonio vendría siendo como un inventario de todos los elementos que están dentro de él, pero no como una unidad de valor cuestión antípoda a la abstracción que se tiene de los derechos patrimoniales inclusive desde el punto de vista de ciertos autores como un contenido indiferenciado.

Cómo se puede adelantar desde ya, este concepto deja fuera cuestiones económicas a las cuales el ordenamiento jurídico al día de hoy ya le da valor tales como la clientela, las expectativas, la posesión, secretos empresariales, entre otros, que no son derechos subjetivos pero pueden ser, como tal, afectados, esto no es aplicable en el Derecho Penal chileno comprendiendo que la penalidad de la estafa en el artículo 467 del Código Penal establece que la pena está directamente relacionada con la cuantía de lo que se ha defraudado²⁰. Además, al rechazar una visión global o conjunta del patrimonio dificultad la figura de la compensación que vendría siendo la entrada el patrimonio de una contraprestación distinta a la original, pero de un valor económico equivalente. Todo esto hace muy confuso diferenciar entre delitos que afectan derechos subjetivos en sí y delitos que afectan el patrimonio en su conjunto por tanto se ha extendido esta crítica al punto de terminar que no es la protección al patrimonio como tal la de esta posición, sino que a otros conceptos como lo es la buena fe en el tráfico²¹.

Sobre este punto una cuestión relevante para la presente memoria es comprender que esta noción subjetiva demasiado el concepto del patrimonio, la razón de esto radica, tal como lo menciona Shelak Muñoz²², en que: “la concurrencia del perjuicio se encuentra sujeta a la voluntad del titular del patrimonio pues de la víctima deberá excluir la afirmación del perjuicio por el hecho de aceptar la prestación ofrecida distinta de aquella que se debe conforme a derecho”. Es decir, acorde a los principios del derecho penal, así

¹⁹ *El Concepto De Patrimonio Y Su Contenido En El Delito De Estafa*. Muñoz, Andrés Schlack. 2008. 2, Santiago, Chile : Revista Chilena de Derecho, 2008, Vol. 35. Pp. 261-292

²⁰ Esto ya nos adelanta el hecho de que el perjuicio tiene de manera inherente susceptibilidad de ser avaluado pecuniariamente

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, con relación a MAURACH, Reinhart (1953): *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil* (Karlsruhe, Verlag C. F. Müller) p.596

como el victimario no puede ser titular de la decisión de lo que se denomina antijurídico, tampoco lo puede ser la víctima, por tanto, la consumación o frustración del delito es una cuestión que se ha de analizar ex post y que será desarrollada al final de este trabajo.

1.3.2. Concepción económica del patrimonio.

Lo formal y limitado de esta teoría hace surgir el concepto económico del patrimonio, esta visión reemplaza los conceptos que se habían dado desde el derecho privado, derechos subjetivos patrimoniales, por cuestiones concretas sobre las relaciones que tiene el titular del patrimonio con los bienes económicos. La principal diferencia es que se protegen derechos subjetivos patrimoniales en la medida en que estén expresados de manera económica o pecuniaria. Esto significa que la posesión²³ estaría en el patrimonio²⁴, las obligaciones naturales, las pretensiones nulas, las expectativas²⁵, también está incluida la clientela, la fuerza de trabajo entendida como contraprestación, entre otros, todo esto resulta en muchos fallos en el Tribunal Supremo alemán en los cuales aparece esta figura de manera predominante con casos en los que la estafa al ladrón respecto de esos bienes hurtados es posible.

Esta fórmula no resulta ser la que cierra el conflicto dogmático sobre la naturaleza del patrimonio, más bien sus tesis más puras son igual de limitadas en el sentido opuesto que lo fue la teoría jurídica, que miraba hacia el derecho privado civil, pero esta lo hace desde la economía. Lo más complejo de afirmar esta posición es que está basada en consideraciones, de hecho, que de todas formas tiene que usar y comprender las normas jurídicas por tanto no se independiza de estas consideraciones y también los contraría como podemos ver en el caso de negocios ilícitos, la protección jurídico penal se extiende hasta puntos en los que frustra el fin que busca. La doctrina comprende que este concepto dobla

²³ Esto incluiría según ciertos autores a la posición de mala fe. BLEI, Hermann (1983): Strafrecht II. Besonderer Teil (München, C. H. Beck, 12. Auflage) 485 pp

²⁴ Estos ejemplos tienen en común que pese a no ser exigibles jurídicamente tienen un valor económico potencial.

²⁵ No así las esperanzas ya que tiene que haber una expectativa basada en una probabilidad cierta de realización.

la unidad y sistematicidad del ordenamiento jurídico lo que para el derecho penal también desde sus principios más básicos no puede tolerar²⁶.

1.3.3 . Concepciones mixtas.²⁷

Estas son un intento por salvar las contradicciones que tenía la teoría económica. Para esto se ocupan “correctivos normativos” que surgen de un criterio económico que al mismo tiempo buscan no tensar el ordenamiento jurídico. Hay distintas variantes, las 3 principales son:

- 1) Tesis que protegen posiciones con valores económicos expresados en derechos subjetivos, como podemos ver al igual que la teoría jurídica excluye muchas cuestiones leyendo la económica que tienen relevancia pero que no podemos decir que son un derecho subjetivo propiamente tal.
- 2) Tesis que exigen que las posiciones económicas valiosas gocen de la protección del ordenamiento jurídico a efecto de considerarlas parte del concepto penal del patrimonio, esta concepción se ha llamado concepto económico de patrimonio sobre bases normativas.
- 3) Tesis que consideran que la posición económica que se trate tenga la aprobación del ordenamiento jurídico o que no sea desaprobada por este por tanto todos aquellos bienes con valor económico que una persona tiene bajo la aprobación del derecho de los bienes son parte de este concepto patrimonial. Esta vendría siendo una posición más atenuada respecto a la anterior, puesto que aquella necesitaba de una protección desde un punto de vista positivo.

En suma, lo que hace esta posición es internar cuestiones que son concretas desde un punto de vista económico a la protección jurídico penal, excluyendo cuestiones como lo son los negocios ilícitos.

²⁶ Muñoz, Andrés Schlack. 2008, op cit., p.261-292.

²⁷ Ibidem.

Desde ya nos podemos arrimar a considerar que esta concepción desde un punto de vista *lege lata* tiene total concordancia con el sistema penal chileno considerando que, el artículo 467 del Código Penal que trata de engaños semejantes, se basan en un régimen cuantitativo para determinar la penalidad de este delito. Esto nos hace comprender que la determinación de la existencia de este delito en un caso determinado va a utilizar herramientas que otorga el Código Procesal Penal como el solo peritaje y en específico los peritajes contables²⁸.

Si bien, la visión más extendida respecto a esta concepción de las anteriormente mostradas es la número 3 debido a que considerando la normativa nacional, la protección de cuestiones tengan un valor económico, pero que provienen de causas antijurídicas, no es algo que esté expreso y que esta visión de manera clara propone ampliando el rango de protección de una manera no tan restringida como lo son las otras posiciones, sin embargo, más allá de esto, la necesidad de ponderación a través de los correctivos es algo que se pone en cuestión y que se ha de tratar a continuación antes de poder a adoptar algunas de estas posiciones.

1.3.4. Concepciones funcionales y personales.

Estas visiones surgen como una respuesta ante las tres concepciones antes mostradas buscando ampliar con criterios marcados el rango de protección del delito de estafa.

La principal crítica que ambas tienen respecto al entendimiento que tienen del patrimonio, sobre todo para las que tienen raigambre económica, es que ven de manera abstracta con base en el derecho y de manera casi aritmética lo que significa la afectación del bien jurídico o sea el perjuicio.

²⁸ **Jimenez, José Francisco Leyton. 2014**, op cit., p.154: “Así, en causa RIT 284 de fecha 14 de julio de 2011, el 4º TOP de Santiago falló: “Para efectos de determinar las devoluciones de dinero de Paola Maldonado hacia los perjudicados, se tuvo en consideración el mismo peritaje contable que a su vez hizo un catastro de las transferencias bancarias realizadas por la acusada a las víctimas, levantando al efecto una planilla que se tuvo a la vista, la cual fue analizada por el Tribunal en conjunto con las cartolas de la cuenta corriente de ésta, N°000005340691 del Banco Santander, instrumentos que dan cuenta fidedigna de las devoluciones realizadas. A partir de este análisis se establecieron las restituciones consignadas en los hechos que se tuvo por establecidos, además de la entrega en especie que dijo haber recibido Felipe Pereira, quien recibió un LCD Sharp AQUOS de 32´ avaluable en \$250.000, valor que fue rebajado a efectos de determinar el perjuicio final””.

Por tanto, las concepciones funcionales y personales lo que hacen es reconocer que el perjuicio se da desde un punto de vista fáctico y usan criterios teleológicos para poder determinar esto.

La visión personal viene siendo la consideración de la existencia del patrimonio como tal, que es una unidad estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito material, entonces lo que reduce esa capacidad se puede determinar un perjuicio²⁹. Para determinar la existencia de un perjuicio patrimonial (cuestión que es sumamente relevante para el presente) se ocupa lo que la doctrina ha llamado la frustración del fin³⁰. Este se comprende como un esfuerzo por valorar las características del contexto particular de cada caso, puesto que muchas veces las cosas no tienen el mismo valor dependiendo de la persona, autores nacionales han tratado este tema y muestran ejemplos como los que sean mostrados en la jurisprudencia Alemana: “El caso de la máquina ordeñadora” que se trata de que el vendedor de una firma comercializadora de máquinas ordeñadoras especiales que ofrecía estas a pequeños empresarios agrícolas apretándoles una inmejorable oferta especial que supuestamente les permitiría adquirirla muy por debajo de su precio normal lo que era falso porque en realidad el precio ofrecido era lo habitual. Muchos clientes ante la perspectiva de perder esta oportunidad única, si bien no estaba en condiciones de hacerlo y en principio había manifestado que no lo harían, adquirieron las máquinas con gran esfuerzo. En algún caso además no obstante haberse expresado la necesidad específica de cada cliente se vendió una máquina totalmente inadecuada para el número de vacas aquella”³¹.

Se aprecia que este criterio entra en una tensión al admitir puntos de vista subjetivos atendidos a la víctima para determinar si esta ha sufrido un perjuicio. No obstante, la dificultad de entrar en cierta tensión con el ordenamiento nacional, este criterio será utilizado de manera restringida para poder aproximarse a el fenómeno de la fase de desarrollo del delito. la doctrina nacional no ha visto esta cuestión como algo dogmático

²⁹ Otto, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, Berlin, 1970, p. 69) citado por (Pastor, 2004, p. 45, n. 98).

³⁰ Basualto, Hector Hernández. 2003, op cit., p.181-182.

³¹ Ibidem.

más bien lo ve como algo práctico circunscrito es lo que es la dificultad de la prueba debido a la dificultad que existe para determinar la producción de una pérdida patrimonial³².

Por otro lado, el concepto funcionalista³³ presentado por Kindhäuser tiene una vocación similar sobre todo buscando que lo que se comprenda como un patrimonio no sea algo abstracto, sino que algo palpable y específico respecto al delito. Afina lo que es la frustración del fin yendo más allá comprendiendo que no puede ser cualquier motivo, deseo o expectativa del titular del patrimonio. En sus palabras, de lo que se trata, sino que es el fin que fundamenta el negocio en particular y lo que hace es un concepto negativo, o sea, la falta de obtención del fin.

Para ir al núcleo de esta teoría, lo que hace es considerar una congruencia entre el patrimonio y la propiedad para así evitar una consistencia puramente formal y no material como lo hace la concepción mixta se construye un concepto de patrimonio en la que la protección se ciñe a objetos bajo el derecho de propiedad sin valor de mercado lo que hace irrelevante que tengan un valor económico actual y pone en relieve la posibilidad de que éstos sean valuados pecuniariamente de manera abstracta. Formarían parte de este patrimonio: “posiciones relativas a objetos jurídicamente adscritos a una persona, que sean susceptibles de valorización monetaria”³⁴.

Los elementos que tiene esta teoría aportan brindando comprensiones específicas respecto al elemento de estudio y que se tocarán más a fondo. No obstante, la razón por la cual no se optará por esta posición para determinar la existencia de un delito de estafa es en primer lugar porque ya hemos definido que la propiedad no es el bien jurídico penal protegido por esta norma y porque nos parece que la valuación pecuniaria abstracta que hace este criterio no se diferencia en términos prácticos del punto de vista jurídico-económico ya que las cuales que sí formarían parte del patrimonio de una persona son en definitiva las cuales pueden ser objeto de esta afección por parte de un injusto como lo es la

³² **Guzman., Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramirez. 2018**, op cit., p.358.

³³ Este apartado referencia completamente a **Aedo, Hermes Hein. 2017**, op cit., con relación a *Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho Penal. Kindhäuser, Urs. 2011*. s.l. : ADPE 1, 201. páginas 51-58.

³⁴ *Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadamente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal. Raffo, Juan Pablo Mañalich. 2017*. 1, Coquimbo : Revista de Derecho. Sección de Estudios., 2017, Vol. 25. páginas 135-180

estafa y para los objetivos de esta memoria es suficiente determinar que son cuestiones aprobadas por el derecho que se pueden valorar a su vez económicamente por tanto hasta este punto las diferencias no son abismales y será hincapié en estas únicamente cuando nos adentramos es la dogmática de la tentativa. Además, no deja de ser enteramente interesante el hecho de que el funcionalismo para ciertos autores le da mayor objetividad a la producción del engaño quitando así el elemento de la causalidad³⁵ (esto se verá con mayor claridad cuando analicemos los elementos del tipo de estafa), y haciéndonos cuestionar la verdadera protección que daría una concepción de estas características, que se ha manifestado que podría ser más bien la infracción de un deber específico de veracidad por parte del autor. Esto hace que esta teoría no sé si ciña específicamente al Derecho más bien a lo sociológico y carezca de raíces jurídicas³⁶.

Con relación a la última crítica esto es nombrado como una falta de contenido por parte de esta concepción ya que como se ha mencionado a propósito de las concepciones mixtas, estos delitos tienen atención en lo que respecta a la cuantía para determinar el desvalor del resultado y además se vuelve a cuestionar el tema del bien jurídico, esta vez, porque estas posturas dan mayor protección a la libertad de disposición que la libertad general debido a que sólo se protege frente a medios como violencia o la intimidación pero no frente al engaño³⁷.

1.3.6. Toma de postura respecto a la visión del bien jurídico.

Como se puede entrever, el presente trabajo privilegia una concepción mixta del patrimonio principalmente porque no deja dudas qué es el patrimonio el bien protegido por este delito cosa que entra en duda en las concepciones personales y funcionales.

Los conceptos puristas; jurídicos y económicos, dan la primera luz sobre cuál van a ser las bases en las cuales se cimenta el delito, pero como la doctrina actual nos ha

³⁵ **Guzman., Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramirez. 2018**, op cit, p.358.

³⁶ Ibidem.

³⁷ **Hoyos, Gustavo Balmaceda. 2009. El Delito de Estafa Informática.** Santiago : Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009. página 159.

revelado, por sí solas excluyen y agregan situaciones en las cuales actualmente contrarían el verdadero sentido de esta figura, a saber, cuestiones que el tráfico comercial y económico valora y que a su vez la legislación aprueba o desaprueba

En concordancia con estas críticas hacia las concepciones funcionales y personales la definición de una estafa en cualquier fase de desarrollo en que ésta se encuentre basta con la correcta comprensión de sus elementos típicos³⁸. Sin perjuicio de lo anterior, las concepciones positivas o negativas de la frustración del fin social pueden adquirir relevancia para determinar la extensión del patrimonio y el perjuicio, por ende, hay cuestiones que pueden ser esclarecidas por estas visiones, mas no bastan para ser descriptivas respecto al fenómeno de la estafa como tal, cuestión que por ahora nos aboca³⁹.

1.4 Relación del delito de estafa con otros delitos.

Como se aprecia el delito de estafa ocupa un lugar estratégico desde el punto de vista sistemático en nuestra legislación dentro de lo que son los delitos contra la propiedad por medio de inmateriales y particularmente los que son a través del fraude. Este otorga la infraestructura por las cuales estos nacen a la vida del Derecho otorgando pautas para su esclarecimiento y ejecución penal.

Sobre esta misma línea, la existencia de otro tipo de delitos de fraude surge gracias a la complejidad que tiene el Derecho producto de la evolución de nuestra sociedad y la técnica jurídica. el delito de estafa informática, fraude al Mercado de Valores, delitos de funcionarios, tales como, el cohecho y el fraude al fisco, son una muestra clara de que esta figura antijurídica ha tenido un impacto en lo que son los límites de este tipo de conductas, el estudio de la estafa a la luz de las nuevas teorías nos acerca a una comprensión integral de este delito.

³⁸ Ibidem. página 157

³⁹ Diferenciación de lo que se postula en: **Hoyos, Gustavo Balmaceda. 2009.** Respecto a que no hay ningún problema que no pueda ser solucionado por una postura jurídico-económica, puesto que, como vimos, hay cuestiones como las fases de desarrollo de este delito que pueden ser definidas de manera más acabada cuando nos refiramos a cuestiones más específicas,

Una característica que comparten los delitos ya mencionados es que se verifica su existencia gracias a lo que es el perjuicio, cuestión que importa sobremanera para el presente trabajo, si bien hay ciertas excepciones, tal como sucede en cierta jurisprudencia con el delito de apropiación indebida⁴⁰ del art. 470 número 1 de nuestro Código Penal en relación con el 467 número 11, esta es una característica que se denota es la misma redacción por ejemplo del artículo 473 de estafa, el art. 467 número 3 sobre fraude por firmas en blanco, número 9 sobre fraudes en contratos de promesa y compraventa⁴¹ y art. 471 número 2 y 3. Esta característica no es única de este tipo de delitos, mas, es la que los transforma en conductas con relevancia penal superando así la discusión que se tiene respecto a la existencia de delitos civiles y penal que nuestra jurisprudencia ha sabido resolver⁴², esto no se trata de una cuestión de dicotomía entre un sistema u otro más bien tiene que ver exclusivamente con la concurrencia de los elementos típicos⁴³ que pasaremos a estudiar a continuación.

⁴⁰ En virtud de lo resuelto en causa rol 1954-2009 por la Excma. Corte Suprema

⁴¹ Es notorio en este caso como se menciona al perjuicio de manera particular como requisito necesario y suficiente para la existencia del delito.

⁴² Fallo de la Excma. Corte Suprema Rol 2426-2005. Este de manera íntegra establece que el caso no es de índole penal, ateniéndose a conceptos jurídicos a lo largo del fallo del siguiente caso: Considerando Cuarto: "...la Comercializadora Inmobiliaria y Constructora Becker Limitada, con fecha 28 de enero de 2005, presentó ante el tribunal de Castro, una querrela criminal dirigida en contra de Enelida del Carmen Gallegos Caro, en la cual se señala que luego de conocer a través de terceros a la querellada, ésta se hizo conocida de su círculo familiar y social, lo que le permitió ganarse la confianza de los querellantes, lo que le permitió realizar actividades comerciales, que comenzaron con adquisiciones de diversas mercaderías, que posteriormente ella vendía a un precio mayor, pagando debidamente por ello. Sin embargo, dada la confianza, decidieron abrirle una línea de crédito, con fecha 20 de septiembre de 2003, autorizándola a retirar diversas especies de su local, las que eran anotadas, y ella debía posteriormente abonarlas a medida que las vendía; pero dado los sucesivos incumplimientos, con fecha 15 de enero del año 2004, decidieron los querellantes cerrar la línea de crédito, lo que culminó con la apropiación de las especies, sin efectuar los pagos correspondientes, lo que originó un perjuicio de \$2.088.780.- (dos millones ochenta y ocho mil setecientos ochenta pesos), todo lo cual fue obtenido por medio de engaños, consistentes en aparentar solvencia, contactos sociales en la comuna de Castro, para de esa manera instarlos a hacer negocios, obteniendo la entrega de diversas mercaderías, las que posteriormente comercializaba en la localidad de Dalcahue, pero que culminó en la situación descrita anteriormente."

⁴³ **Basualto, Hector Hernández**, op cit, p.158.

Capítulo 2. Estudio de los elementos típicos del delito de estafa.

2.1 Origen de los elementos típicos de la estafa.

En el Capítulo anterior se delimitó la naturaleza del delito de estafa y cómo está representada por la doctrina nacional dando los parámetros generales de este mismo, sin embargo, no es posible alcanzar una definición clara y precisa de lo que entendemos como un delito consumado de estafa sin ahondar en sus elementos típicos objetivos.

Del análisis y toma de posición respecto de la figura de elemental de este delito se rescata la afirmación de que la legislación evidentemente entrega las pautas necesarias para sancionar este tipo de conductas, estas han necesitado de la doctrina y la jurisprudencia para su establecimiento. Ni el artículo 468, ni el 473 por sí solos, abarcan la complejidad de este delito y es por eso por lo que el estudio detenido de estos ha generado las distintas posiciones sobre la figura nuclear, sus respectivos elementos, entre otras materias.

La única inferencia válida en este aspecto es que los elementos típico-objetivos de este delito provienen de la doctrina. Este concepto doctrinal se ha construido desde los inicios de este delito como autónomo en el Código Penal Prusiano de 1851 y luego, para nuestras latitudes gracias a la doctrina española, se ha logrado comprender que estos son: un engaño bastante para producir un error, acto de disposición patrimonial perjudicial y ánimo de lucro, a lo que se le debe agregar el nexo causal y demás requerimientos de la moderna teoría de la imputación objetiva⁴⁴. Este concepto de manera particularizada (a saber, engaño, error, disposición patrimonial, ánimo de lucro y perjuicio, todos unidos por una relación de causalidad) ha sido adoptado por la doctrina nacional especialmente Etcheberry⁴⁵, no obstante, este considera que son sólo dos los elementos, el engaño y el perjuicio, siendo el resto secundarios para el análisis, hecho que ha sido rebatido

⁴⁴ Hoyos, Gustavo Balmaceda, op cit, p.163-164.

⁴⁵ Etcheberry, Alfredo. 1998, op cit, p.294-358

fervientemente por la doctrina nacional⁴⁶, todas estas conclusiones han de ser criticadas, considerando las nuevas teorías y tendencias jurisprudenciales.

Antes de abocarnos a estudiar los elementos desde sus rasgos más generales a los más específicos, es necesario destacar que este delito tiene un desarrollo mucho más dogmático que legislativo, de hecho, en Chile, para el delito nuclear no han habido muchas modificaciones en el último tiempo, esto en la práctica ha generado que se convierta en un tipo de interpretación que permite subsumir los casos que se plantean bajo la hipótesis de ambos artículos reuniendo así los elementos ya mencionados⁴⁷.

2.2 Engaño

El engaño es el elemento característico de la estafa, punto que pareciera ser obvio a estas alturas en lo que respecta a la Doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional⁴⁸. Cada estudio acabado sobre este delito se detiene en lo que es el engaño típicamente relevante, comprendiendo que la existencia de este es la puerta de entrada para desencadenar los demás elementos que tiene este delito.

Como se ha hecho hincapié, este elemento, junto con los demás, no tienen definición por parte de las normas que prohíben esta conducta, lo más próximo a esto son los ejemplos dados en el art. 468 del Código Penal, que como ya vimos son bastante ilustrativos y se enmarca en la casuística que tiene la regulación de este delito, es por eso que las maneras en que la doctrina ha interpretado este elemento tiene suma relevancia para la dogmática de la estafa, cuestión que se abordará sucintamente, puesto que podemos afirmar que es el elemento bisagra de este delito para los efectos de este trabajo, que de hecho sin este, el próximo elemento, el error, pierde relevancia, tal como lo afirma el profesor Carlos Künsemüller: “ No existe delito de estafa cuando el error no procede del engaño del autor, sino de la ignorancia o de las creencias previas del sujeto pasivo”⁴⁹.

⁴⁶ **Jimenez, José Francisco Leyton. 2014**, op cit., p.135-136.

⁴⁷ Ibidem páginas 134-135.

⁴⁸ *Aspectos actuales de los delitos de estafa. Künsemüller, Carlos. 2017. 2*, Santiago, Chile : Revista de Ciencias Penales, 2017, Vol. XLIV.página 51.

⁴⁹ Ibidem.

Además, el destinatario del engaño puede ser cualquier persona externa a la que engaña, puede ser un individuo o varios, cuestión que se le conoce como fraude colectivo. Sin embargo, como ya se expresó, este elemento es fundamental para definir la existencia de una estafa puesto que no es necesario que el engañado sea el mismo el que experimente el perjuicio pudiendo configurar sé lo que se llama la estafa triangular, cuestión que es pacífica dentro de la doctrina y jurisprudencia nacional⁵⁰.

Una de las discusiones centrales en este ámbito es la definición de si es necesario un ardid o maquinación o basta una simple mentira, por tanto, las definiciones y posturas que existen en esta materia se avocan a tratar este punto. De las definiciones más clásicas es la del español Antón Oneca: “simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas”⁵¹. La doctrina nacional en un amplio sentido se ha plegado a esta definición, trabajando sobre esta base y profundizándolo, se ha afirmado que este engaño consiste en dos momentos, la simulación (del sujeto activo) y el error ajeno, acercando los elementos de engaño y error, fundiéndose entre sí⁵². Esto no es adoptado en este trabajo, sin embargo, da cuenta de como están unidos causalmente los elementos del delito, cuestión que se tratará más adelante. En virtud de estos acercamientos se ha definido al engaño como:” cualquier acción u omisión que pueda crear en otro una falsa representación de la realidad”⁵³. Esta definición puede tener ciertos problemas si consideramos que una simple mentira no constituye engaño, pero sí una omisión, cuestión que también ha sido abordada por la doctrina más distinguida seguida en el país⁵⁴, es por eso, por lo que, además, se opta en este trabajo por el art. 473 para determinar el delito de estafa.

Cuando se definió el artículo 473 como el que concretamente se refiere a la estafa, esta opción se debe principalmente a que; el artículo 468 sin lugar a dudas habla de ardid

⁵⁰ Aseveraciones a partir de: **Künsemüller, Carlos. 2017**, op cit., p.51.

⁵¹ **Oneca, Antón. 1957.** *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y la jurisprudencia.* Barcelona : Nueva Enciclopedia Jurídica, 1957. IX. página 5.

⁵² **Etcheberry, Alfredo. 1998**, op cit., p.392.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ **Oneca, Antón. 1957**, op cit., p.8: “Entendemos que, en efecto, es de aplicar aquí la doctrina general sobre las conductas omisivas y, conforme a nuestro criterio general en este tema, si bien no en todos los casos en que hubiera obligación de obrar del silencio ser considerado causa de la defraudación, hay ocasiones en que la acción y la omisión son equivalentes en la valoración social de la conducta.”

o maquinaciones punto que hace pensar a los partidarios de este artículo que no basta una simple mentira, sin perjuicio de lo anterior, se considera que una situación intermedia entre la simple mentira y el ardid es suficiente, en este sentido toma relevancia lo que es el aprovechamiento activo o pasivo de circunstancias externas preexistentes que corroboren la mentira⁵⁵.

Esto genera que la opción por el artículo 473 que es una figura con menor penalidad en relación con las demás hace que estas sean figuras agravadas, con una entidad distinta y así lo ha reconocido la doctrina y los tribunales superiores de Justicia⁵⁶.

Ambas cuestiones, ya sea, ser la condición *sine qua non* para admitir la existencia de cualquier modalidad del delito de estafa y a su vez, ser no solo una mentira, si no que algo más, como un ocultamiento o una mentira con elementos externos que lo hagan convincente, pero no necesariamente una maquinación o una *misé en scene*, se ve expresada en sostenida jurisprudencia de nuestra Excma. Corte Suprema⁵⁷. Considerando esta tendencia, es interesante ver cómo hay casos en los que el análisis *a priori* se fija en el elemento engaño cuando se considera el art. 468 como el que da paso a la existencia de una estafa, sin si quiera circunscribirlo en el art. 473 debido a ciertas interpretaciones sobre

⁵⁵ **Künsemüller, Carlos. 2017**, op cit., p.58-59 en referencia a **Etcheberry, Alfredo. 1998**, op cit. y **Mackinnon, Vivian Bullemore y John, op cit.**

⁵⁶ **Künsemüller, Carlos. 2017**, op cit., p.58.

⁵⁷ Excma. Corte Suprema Rol 5576-2005: “En el fundamento segundo del primer fallo, se tuvo por establecido que la Sociedad Compañía Minera Aridos Tabolango S.A. procedió a la venta del inmueble denominado Lote A, sector Tabolango, antes perteneciente a la comuna de Valparaíso y luego Viña del Mar y actualmente a la comuna de Limache, a la Constructora de Obras Civiles y Viales S.A., Conovia, contrato celebrado el 17 de julio de 1996 en la Notaría de Kamel Saquel Zaror, señalándose en la misma, por parte del vendedor, que la propiedad se encontraba libre de todo gravamen, prohibición, embargo o litigio, ocultándose la hipoteca y prohibición de celebrar actos e incluso un embargo, que se constituyó a favor del Banco Internacional, mediante el engaño de aprovecharse de la falta de nota marginal de la reinscripción de dominio en Limache, obteniendo por lo tanto, un certificado de dominio vigente y un certificado de hipoteca y prohibiciones libre de anotaciones, para consumir el engaño y evitar que la compradora se enterara de la operación ilícita, la que finalmente debió cancelar al acreedor original, la suma de veintidós millones de pesos, a fin de lograr la cancelación del crédito y el alzamiento de los gravámenes que recaían sobre la propiedad.”...” Contrariamente a lo sostenido por los ministros que concurrieron a la vista de la causa, en la Corte de Apelaciones, y como puede apreciarse además, con meridiana claridad en el hecho que se tuvo por demostrado y que se ha transcrito precedentemente, el engaño que expresamente se reconoce existir- no aparece encaminado simplemente a la celebración del contrato de compraventa, sino a la adquisición de un inmueble que se encontraba afectado por gravámenes que limitaban su libre circulación y que, a mayor abundamiento se encontraba sometido al embargo dispuesto por un tribunal con el objeto de proceder a su venta forzada en pública subasta, con el claro propósito de pagar una deuda del vendedor.”

instituciones jurídicas, como lo son los contratos válidamente celebrados y el no pago de obligaciones, cuestión que corresponde al Derecho Privado y no necesita de la intervención jurídico-penal⁵⁸.

Esto último sucede en caso en que no se considere la existencia de un engaño relevante debido a términos meramente jurídicos que tienen significación económica y que, por tanto, deviene en la no existencia de un perjuicio patrimonial, no obstante, esto pasa en otros casos, incluso con la determinación que es el art. 473 el quebrantado⁵⁹.

A su vez, en materias en las que las maquinaciones que hace el presunto estafador no tienen la entidad suficiente para doblegar la voluntad de la víctima⁶⁰ se aprecia como surge el elemento de la idoneidad del engaño, cuestión que adquiere relevancia para los fines de este trabajo, ya que incide en la existencia o no de este delito. Sobre este asunto se ha pronunciado nuestra Excma. Corte Suprema, siguiendo a Etcheberry y definiendo lo que estiman engaño, sin distinguir si se siguen las pautas del art. 468 o 473, refiriéndose genéricamente a “estafa”:

“El engaño consiste en faltar a la verdad al expresar o ejecutar algo y se corresponde con el ardid o mise en scène, esto es, la maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer revestida de características o cualidades que no posee, en alguna de las modalidades delineadas por la ley, con el designio de aprovecharse del patrimonio ajeno, lo que no concurre en la especie, pues tal ardid debe ser idóneo o con aptitud necesaria para inducir al error en las víctimas, que debe determinarse tanto con apego a criterios subjetivos atendidas las peculiaridades personales de los afectados y las coyunturas de cada caso, cuanto objetivos en función del hombre medio.”⁶¹

Si bien se ha trabajado por sobre criterios adoptados de manera independiente, pero no enteramente contrarios, a como resuelve la jurisprudencia, se han demarcado los límites para definir la entidad del engaño típicamente relevante y cuáles son los puntos en que pudiera haber problemas. A continuación, se sigue con la explicación de estos elementos

⁵⁸ Fallo de Casación de Oficio de la Excma. Corte Suprema Rol 208-2004, especialmente sus considerandos 1° y 2°.

⁵⁹ Excma. Corte Suprema Rol 2829-2006.

⁶⁰ Excma. Corte Suprema Rol 1918-2007. Considerando Cuarto: “Que en los delitos de estafa es de la esencia que concurra engaño mediante el cual el sujeto pasivo quiebra su voluntad y cede en beneficio de los propósitos del sujeto activo, provocándole un perjuicio...”

⁶¹ Fallo Excma. Corte Suprema Rol 2280-2010, Considerando Séptimo

para finalmente describir lo que se considera la estafa en términos de este trabajo en contraste con los criterios que ha adoptado la jurisprudencia nacional.

2.3 Error

El error, naturalmente, es un elemento que surge necesariamente del preexistente engaño gracias a la relación de causalidad envuelta en este delito, así pues, Antón Oneca lo define como una representación mental que no corresponde a la realidad⁶² y para Etcheberry este es: "...una falsa representación de la realidad. Versa, igualmente, sobre hechos presentes o pasados; nunca sobre el futuro. El error valorativo o de apreciación sólo es relevante si se fundamenta en una equivocada representación de hechos."⁶³

En esta definición este error reside en el sujeto pasivo, siendo entonces un efecto de lo que es el engaño del sujeto pasivo, esta cuestión hace ver al error como algo meramente psicológico, que, al parecer, es dominante en Chile⁶⁴. Mas, esto no es algo que sea igual en todas las latitudes y mucho menos, la cuestión sobre si el error o la *ignorantia facti* recae en terceros que son parte del proceso de decisiones que hacen que finalmente a raíz de un engaño devenga un perjuicio. Las respuestas que pueden resonar en nuestra jurisprudencia, son en las que se ocupa el mismo criterio del engaño, es decir, si el error es cometido por un subordinado debido a un engaño y esto provoca otro error en otra persona, el responsable sea quien cometió el engaño en primer lugar, más allá si objetivamente quien indujo a error en la cadena intermedia sea otro⁶⁵.

A su vez, respecto del error como condiciones para que éste sea típicamente relevante se sostiene que ha de ser esencial⁶⁶ y determinante⁶⁷. Estas dos características delimitan la discusión si es entonces un error en su sentido más estricto, o basta la *ignorantia facti* para establecer la existencia de este elemento. Si el engaño es el que abre la

⁶² **Oneca, Antón. 1957**, op cit., p.9.

⁶³ **Etcheberry, Alfredo. 1998**, op cit., p.396.

⁶⁴ **Basualto, Hector Hernández. 2003**, op cit., p.166.

⁶⁵ Fallo de la Excma Corte Suprema Rol 2284-2005.

⁶⁶ Cuando nos referimos a lo esencial esto se ve con atención a las circunstancias de la cual deriva el perjuicio que proviene o no de un engaño.

⁶⁷ **Romero, Gladys. 2007**. *Delito de Estafa, Análisis de modernas conductas típicas de estafa. Nuevas formas de ardid o engaño*. Buenos Aires : Hammurabi, 2007. página 161.

puerta para la existencia de una estafa, por ende, un error en un sentido amplio que surja de un engaño es típicamente relevante y no así algo que no se conoce. La representación parcial de la realidad, pero con importantes lagunas, de modo que la idea formada de la totalidad resulte equivocada es también un caso de error, pero una total falta de representación de los hechos esto es la ignorancia total no constituye el error causado por el engaño y por consiguiente no daría lugar a la estafa⁶⁸.

Es deducible que esta cuestión trae a colación la discusión sobre si existe una estafa por omisión, cuestión que se abordará más adelante y que no incide para los efectos de la presente parte del trabajo en la que se define entonces que el error tiene una faz psicológica pero no absoluta puesto que median cuestiones circunstanciales que lo establecen, tiene que ser sí o sí determinado por el engaño, y no puede ser una mera ignorancia de los hechos que pueden devenir en un perjuicio.

2.4. Disposición Patrimonial.

La consecuencia del engaño y del error será esta acción que genera el engañado, es decir, la disposición patrimonial como elemento del delito de estafa. Este consiste; “en disponer la víctima de la cosa como consecuencia del error en que ha sido inducida por el autor, en provecho de este”⁶⁹. Ciertos autores postulan que este elemento da la especificidad del delito de estafa, principalmente porque existiendo la posibilidad de un hurto por engaño como en el art. 440 n°3 del Código Penal, es la posibilidad de una “autolesión” por parte de la víctima a través de una disposición patrimonial⁷⁰.

Etcheberry nos entrega una definición de disposición patrimonial congruente con lo que se ha afirmado: “...acto de voluntad por el cual el sujeto provoca activa o pasivamente una disminución de su patrimonio”⁷¹. Esta definición viene aparejada por la determinación de que lo que se disponga no sea necesariamente dinero o cosas, también pueden ser

⁶⁸ **Romero, Gladys. 2007**, op cit., p.162 en relación con **Oneca, Antón. 1957**, op cit., p.9.

⁶⁹ **Romero, Gladys. 2007**, op cit., p.189 en relación con **Finzi, Conrado. 1961**, op cit., p.71.

⁷⁰ **Basualto, Hector Hernández. 2003**, op cit., p.168.

⁷¹ **Etcheberry, Alfredo. 1998**, op cit., p.398.

compromisos, renuncia de crédito o una simple omisión, cómo no reclamar derechos dentro de un plazo. Por ende, no solamente se refiere a la salida de bienes físicos. También se incluyen el egreso de derechos o bienes inmateriales, el no ingreso de derechos o bienes que han debido entrar, la adquisición de obligaciones o compromisos, aunque todavía no se haya efectuado la prestación respectiva⁷². Esto sigue la concepción mixta del patrimonio que ya se ha revisado.

Sobre esta misma base, se postula que la disposición patrimonial marca la línea entre una estafa y un hurto, ya que, la transferencia de la custodia o el quebrantamiento de esta ha de ser la cuestión más importante a la hora de juzgar la concurrencia de uno u otro delito⁷³. Un ejemplo que se ha dado en la doctrina es el de la persona que se hace pasar por un empleado de la compañía de gas para entrar a una casa, si este se apodera subrepticamente de bienes estamos bajo la hipótesis de un hurto, porque hay un quebrantamiento de la custodia de manera activa del victimario, sin embargo, si este cobra la factura correspondiente a la cuenta de gas, estamos ante la hipótesis de fraude⁷⁴.

Más aún, el problema que subyace es si es esta disposición consciente o inconsciente para considerarse inscrito en la descripción del delito de estafa, es decir, si es necesario que la víctima comprenda que está transfiriendo la cosa, resurgiendo la discusión de la *ignorantia facti*, pero se ha solucionado comprendiendo que la situación de la víctima que no ignora que está disponiendo de su patrimonio, es peor de la que sí está consciente de aquello⁷⁵. Este criterio pondría en duda lo que se ha dicho del error en el presente trabajo, sin perjuicio de aquello, la salvedad más plausible es considerar que de haber una inconsciencia en la disposición, es porque hubo un error que es causa de un engaño, por tanto, hablaríamos de estafa, caso contrario sería que esta disposición venga de una *ignorantia facti* que no proviene de un engaño, más bien de un ocultamiento. Se ve como la causalidad que envuelve a los elementos es un ingrediente que no deja de aparecer y otorgar este tipo de pautas.

⁷² Ibidem página 399.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Basualto, Hector Hernández. 2003, op cit., p.170-171.

Este elemento se mantiene firme en la determinación como parte de la estafa, la jurisprudencia así lo ha cimentado y no ha dudado en mencionarlo sin siquiera dudar de aquello o recurrir a doctrina especializada, considerando que normativamente no está claro el concepto⁷⁶.

2.5 Perjuicio.

Hasta ahora se han revisado los elementos principales que estima la jurisprudencia y doctrina de manera ordenada, en consecuencia, es menester dedicar atención al elemento que culmina de configurar la estafa.

La doctrina que ha seguido en distintas ocasiones la Excma. Corte Suprema lo define de manera simple y sucinta; daño o menoscabo en el patrimonio⁷⁷. Esta definición, como se analizará, se ha ido complejizando debido a las consecuencias que acarrea. La principal, sin importar cual sea la postura que se adopte es que el perjuicio la da a la estafa su carácter de delito material, así, el engaño (con toda la doctrina que existe sobre este) por sí solo, salvo en contadas ocasiones, no es reprimido por el Derecho Penal, el perjuicio que conlleva este le da el tono criminal que interesa en el presente⁷⁸.

A su vez, una cuestión que interesa sobre este elemento es la definición sobre el tipo de perjuicio que importa al Derecho Penal, tratado arduamente en la doctrina y aún vivo, presenta la interrogante sobre si es un perjuicio efectivo o se admite un peligro de perjuicio al patrimonio⁷⁹, que como ya se mencionó, se adoptará una visión mixta de este último concepto. Con la comprensión de esto último, se definirá qué es lo que pertenece como afecto a un perjuicio, puesto que esto viene dado del bien jurídico y de lo que este injusto protege, por ende, no será necesario ahondar más en esto.

⁷⁶ Fallo Excma. Corte Suprema 2611-2003 Considerando Cuarto: “El despliegue escénico ejecutado por el delincuente está destinado a producir un error en el perjudicado, quien, movido por su equivocada percepción de esa realidad, orienta a que se disponga de su patrimonio, situación que finalmente le acarreará una lesión pecuniaria. Así son elementos del injusto en estudio el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio, debiendo mediar entre todos ellos una relación de causalidad directa e inequívoca.”

⁷⁷ **Etcheberry, Alfredo. 1998**, op cit., p.399.

⁷⁸ **Basualto, Hector Hernández. 2003**, op cit., p.171.

⁷⁹ **Etcheberry, Alfredo**, op cit y **Vidal, Miguel Ángel Caro. 2019**, op cit., p.138. Esta discusión se relaciona de manera directa con la determinación de la inmediatez o mediatez entre la disposición patrimonial y el perjuicio.

En lo que respecta a las fases de desarrollo del delito este elemento tiene una relación directa, puesto que su concurrencia, es el determinante de si el delito está consumando o tentado *lato sensu*. Las teorías del *iter criminis*⁸⁰ lo consideran como una parte importante y veremos como inciden las definiciones anteriores en este fenómeno. Es también la discusión sobre la determinación del perjuicio algo que se abordó de manera íntegra respecto al estudio del bien jurídico-penal protegido, pero sí será necesario retomarlo, con el concepto mixto a la vista del patrimonio, para establecer los límites que tiene el perjuicio y su relación con el capítulo siguiente.

2.5.1. Caracterización del perjuicio patrimonial para este trabajo.

Como ya se mencionó, el elemento perjuicio tiene un puesto relevante entre los distintos elementos, Vidal menciona que considerando que una característica propia de este es que se afecta individualmente de una manera real y efectiva como consecuencia directa e inmediata del engaño. Tal como este autor menciona; “El perjuicio no es una condición objetiva de punibilidad, sino de un elemento del tipo penal, por lo que no desaparece por el pago posterior de la suma defraudada ni por la declaración expresa de haber sido reparado”⁸¹.

Esto ha promovido la discusión sobre la relación que tiene el perjuicio patrimonial con el elemento de disposición patrimonial. Sobre todo, lo que dice relación con que ha de existir una inmediatez entre la disposición y el perjuicio, tanto así, que existen postulaciones por un concepto de disposición perjudicial⁸².

La discusión sobre la necesidad de un perjuicio real y efectivo o uno potencial o eventual es algo que se ha ido desarrollando y que a continuación, se presentan sus argumentos.

Respecto al perjuicio efectivo:

⁸⁰ *El “iter criminis” en la estafa a las compañías de seguros.* **Bustos, Laura Mayer Lux y Andre Pinto. 2015.** Valparaíso : Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso., 2015. y **Jimenez, José Francisco Leyton. 2014** , op cit.

⁸¹ **Jimenez, José Francisco Leyton. 2014**, op cit., p. 153.

⁸² **Vidal, Miguel Ángel Caro. 2019**, op cit.

“En este contexto, la inmensa mayoría de la jurisprudencia y doctrina hispanoamericana exigen un perjuicio efectivo. Así las cosas, en América Latina son pocos quienes aceptan la figura del perjuicio en forma de peligro. De todas formas, se exige un perjuicio efectivo en Argentina, Brasil y Colombia. El argumento fundamental de esta opinión se basa en la naturaleza del delito de estafa, que constituye un delito de lesión.”⁸³

Respecto al perjuicio potencial:

“...Muchas veces un perjuicio meramente potencial es ya suficiente, por el daño que produce (...) En estrecha relación con dicho punto está la cuestión de la mera exposición a peligro del patrimonio”⁸⁴

Como vemos ambas posturas se apegan a nociones jurídicas aceptadas, no obstante, se rescata el esfuerzo de Balmaceda Hoyos por hacer comprender que sin desconocer que este delito tiene un carácter lesivo de disposición patrimonial concreta verificada en una disminución cuantificable del patrimonio, el resultado puede ser también en forma de peligro no transformando la estafa en un delito de peligro y esto se debe gracias al concepto mixto jurídico económico, porque es posible que no exista una alteración real y jurídica del bien económico en lo que atañe al patrimonio y a su vez, que el bien se encuentra en peligro, situación que disminuye su valor y por lo tanto también el del patrimonio⁸⁵.

Aseveraciones que este trabajo toma como postura y que se pueden resumir en la siguiente cita:

“Y en este entorno, para estimar la presencia de un perjuicio patrimonial, necesariamente debe admitirse su existencia por la mera circunstancia de contraerse una obligación, ya que, comenzando de una concepción jurídico-económica del patrimonio, que siempre tiene como partida un punto de vista económico, debe afirmarse que dicha acción tiene ya un valor económico incuestionable, ya que al patrimonio debe estimárselo en sentido amplio, es decir, como una suma de relaciones jurídico-patrimoniales que sean susceptibles de apreciación económica, donde —bajo un punto de vista económico— lo destacable no es el derecho subjetivo, sino que la “posición de dominio” que se

⁸³ *ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL CONCEPTO DE “PERJUICIO” EN EL DELITO DE ESTAFA*. Peller, Gustavo Balmaceda Hoyos y Michael Ferdinan. 2006. 7, Santiago, Chile : Revista Estudios de la Justicia, 2006. página 194. Este autor está de acuerdo con esta tesis, sin embargo, la utiliza para generar un nuevo concepto llamado el “perjuicio en forma de peligro”.

⁸⁴ Etcheberry, Alfredo. 1998, op cit., p. 400.

⁸⁵ Peller, Gustavo Balmaceda Hoyos y Michael Ferdinan, op cit., p. 213

encuentra detrás de él.”⁸⁶

A su vez la relación que tiene la disposición patrimonial con el perjuicio se ve afectada por esta determinación, ya que, estimar que puede existir un perjuicio en forma de peligro indica que una vez que se ha dispuesto patrimonialmente de cualquier forma, esto deja, en efecto, en una situación de un potencial perjuicio al patrimonio, por ende, su división no es más que ilustrativa, ya que es necesario que esta disposición devenga en perjudicial⁸⁷. A esto se refiere el problema de la inmediatez de estos dos elementos, es decir, no es necesario que estas concurren al mismo tiempo lo que se necesita es que la disposición tenga un carácter tal que implique al menos una forma de peligro hacia el patrimonio.

Esto es lo que da nacimiento a la irrelevancia de si el engaño, error y disposición patrimonial recae sobre un sujeto pasivo distinto del que es perjudicado patrimonialmente, ya que, sobre esta base, ya con la disposición patrimonial se genera este hilo conector con el perjuicio, que se concreta en un momento posterior, pero que tiene la entidad suficiente para determinar que el patrimonio está afecto. Esto es algo que nuestra Excma. Corte Suprema ha respondido de manera cabal:

“El deterioro que requiere la estafa consiste en que la víctima realice un acto de significación patrimonial, en virtud del cual se produzca correlativamente un daño para ella y un enriquecimiento para otro, en otras palabras, precisa una conexión normativa entre la pérdida de uno y la ganancia de un tercero. En definitiva, intrínsecamente el menoscabo no es sino una disminución del patrimonio, siendo indiferente que incida en el del propio engañado que realiza el acto de disposición o en el de otro sujeto distinto. Producido el resultado esperado -acción típica- que la ley prohíbe y reprime, la eventualidad que el ofendido sea reparado después por un tercero, en virtud de un contrato mercantil, es irrelevante para la cualificación de la conducta del acusado y es exactamente lo que acontece con la indemnización enterada por la compañía aseguradora que finalmente sería la perjudicada.”⁸⁸

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Vidal, Miguel Ángel Caro. 2019, op cit., p. 142.

⁸⁸ Fallo de la Excma. Corte Suprema, Considerando Undécimo Rol 2284-2005.

Sin embargo, hay ciertas cuestiones ligadas a eventualidades imprevistas que no se consideran en este tipo de fallos y que serán analizadas con detención en el último capítulo de este trabajo.

2.5.2. Relación con las Fases de Desarrollo del Delito.

Antes de abordar esta relación, la doctrina más extendida ha comprendido que la noción que ya hemos determinado del patrimonio necesita también de conceptos que extienden su significado en pos de alcanzar definiciones importantes, que en este caso son las ligadas a la determinación del patrimonio y que se postula pueden ser también sobre las fases de desarrollo del delito.

Lo anterior se esclarece gracias a Antón Oneca:

“La valoración de la disminución patrimonial ha de hacerse en primer término en un plano objetivo, estimando la cuantía según medidas generales, no según la opinión del sujeto pasivo. Sin embargo, esto no quiere decir que carezca de significado el momento subjetivo... En un segundo término han de tenerse presentes, en efecto, las circunstancias del caso individual dentro de las cuales destacan las necesidades y fines del engañado. Quien creyendo suscribirse a una revista de su especialidad, resulta inducido a error por el agente, que ha pagado la suscripción de otra nada interesante para él; el labrador a quien el viajante ha vendido una máquina de igual valor, pero distinta de la que necesitaba; el que creyendo comprar una vaca de leche, recibe otra que sólo vale para carne y que no es fácilmente vendible, etcétera; todos estos han quedado perjudicados, aunque las cosas obtenidas sean de igual valor que las contratadas”⁸⁹.

Lo anteriormente dicho es tomado por cierta doctrina española que comprende entonces que no hay un inconveniente en aceptar la eficacia de la estafa en perjuicio de tenor subjetivo, aunque esto no se traduzca en económico de valor objetivo⁹⁰. Si bien esto es algo que en la doctrina para los delitos de estafa puede discutir, cuando se refiere a otros

⁸⁹ **Oneca, Antón. 1957.** *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y la jurisprudencia.* Barcelona : Nueva Enciclopedia Jurídica, 1957. IX. Citado en **Romero, Gladys. 2007,** op cit., p. 270.

⁹⁰ **Ripollés, Antonio Quintano. 1977.** *Tratado de la parte especial del derecho penal.* Madrid : Instituto "Francisco Vitoria", 1977. II. página 658.

delitos que no median engaño, pero sí perjuicio, como la apropiación indebida, la Excma. Corte Suprema no ha dudado en señalar la inexistencia del delito⁹¹. Esto es relevante si consideramos que la existencia de este delito como tal, es la primera aproximación a la determinación de la fase en la que sucedió el delito, el perjuicio entonces es lo que consuma el delito⁹².

Entrando en materia, el art. 7 del Código Penal no puede ser aplicable para delitos de mera actividad⁹³, como vimos la discusión sobre la inmediatez entre la disposición y el perjuicio patrimonial avivaba esta discusión, sin embargo, como ya se resolvió, para este delito, cual sea el artículo que se estime pertinente, la cuestión es que es un delito de lesión que debe ser comprensivo de la manera en que este se desenvuelve en la realidad jurídica, tal como resuelve Caro Vidal:

“...se trata de determinar un concepto acorde a nuestra realidad normativa de acuerdo a las normas vigentes delimitando los elementos que la componen, permitiendo aplicar en vez de complejas fórmulas que funcionan principalmente en la teoría sobre cómo se estructura el delito con una serie de pasos y cursos causales complejos para llegar a la consumación del delito y la pena aplicable, las normas generales de determinación de la pena en cuanto a la extensión del daño causado, sin que se deje de dar una adecuada protección al patrimonio, ya sea del propio engañado o de un tercero”.⁹⁴

En consonancia, es interesante apreciar como otros autores añaden argumentos para incluso, determinar con mayor precisión la fase de desarrollo del delito, relacionado con la forma de afectación al perjuicio:

“Contra la admisibilidad de la figura del perjuicio en forma de peligro, ya hemos dicho que se argumenta que no es posible su apreciación porque el delito de estafa tiene una estructura típica de resultado material. Sin embargo, también se dice que tolerarlo constituye una evidente (y grave)

⁹¹ Fallo Excma. Corte Suprema, Considerando Quinto Rol 1954-2009: “En el caso concreto, si bien se tuvo por probado que el acusado recibió efectivamente una suma de dinero a propósito de un préstamo que solicitó a nombre de su mandante, se estableció del mismo modo que procedió directamente al pago de esas sumas, una parte a la fecha de vencimiento de las cuotas respectivas y otras, con posterioridad, a través del depósito en la cuenta corriente del querellante de sumas muy superiores al crédito obtenido, de donde se concluyó, por los jueces de alzada, que no se había producido perjuicio alguno y además, que no se probó un comportamiento incorrecto por parte del imputado en su calidad de administrador de los bienes del querellante señor Salazar”

⁹² **Bustos, Laura Mayer Lux y Andre Pinto. 2015**, op cit., p.109.

⁹³ *Ibidem* páginas 103-106.

⁹⁴ **Vidal, Miguel Ángel Caro. 2019**, op cit., p.143.

consecuencia de castigar como delito consumado lo que en realidad —en opinión de estos autores— no es más que una tentativa o frustración.”⁹⁵

En suma, la necesidad de admitir esa forma de afectación al patrimonio se esclarece gracias a que este delito admite distintas formas de ejecución porque es el perjuicio el que define la entidad del delito en virtud de su ejecución, cuestión explicada a continuación:

“Hay delito frustrado en una defraudación cuando el agente ejecuta toda la conducta típica defraudatoria (esto es, cuando realiza todos los actos que la ley pone de su cargo) y no se produce el perjuicio patrimonial (consumación) por causas independientes de su voluntad. Por su parte, hay delito tentado en una defraudación cuando el agente da principio a la ejecución de la conducta típica defraudatoria a través de hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento. Si ni siquiera hay tentativa de defraudación puede existir un acto preparatorio. Ya que éstos no se sancionan penalmente en materia de defraudaciones, salvo en hipótesis más bien aisladas, adquiere particular relevancia la distinción entre la tentativa (punible) y los actos preparatorios (impunes).”⁹⁶

Con respecto a lo recién citado nuestra jurisprudencia en general no es titubeante, sin embargo, existen resoluciones que ponen en duda qué es a lo que se le pone atención para juzgar respecto a la fase del desarrollo o ejecución del delito. Es en este sentido que se dirigirá la última parte de este trabajo también.

2.6. Ánimo de Lucro.

Este elemento el más controversial de todo estos principalmente porque se ha considerado que tiene una raigambre bastante subjetiva perteneciendo a los elementos subjetivos del tipo⁹⁷. Además, a nivel de derecho comparado existen diversas legislaciones como la alemana, italiana y española que comprenden la relevancia de este elemento⁹⁸.

⁹⁵ Peller, Gustavo Balmaceda Hoyos y Michael Ferdinan. 2006, op cit., p.199.

⁹⁶ Bustos, Laura Mayer Lux y Andre Pinto. 2015, op cit., p.108.

⁹⁷ Künsemüller, Carlos. 2017, op cit., p.62.

⁹⁸ Basualto, Hector Hernández. 2003, op cit., p.188.

La discusión de la adopción de este elemento presenta significativas consecuencias, especialmente cuando se desnaturaliza el tipo de estafas para cubrir conductas que a través del engaño produzcan un perjuicio y que sea motivadas por un ánimo de lucro. Esto lo explica muy bien uno de los partidarios por incluir este elemento:

“...si se va más allá de los ejemplos clásicos de los textos ... y se piensa por ejemplo en el asesor de empresas que conduce mediante engaño a la adopción de decisiones perjudiciales por cualquier otro motivo Ruin distinto del ánimo de enriquecimiento se advierte que no se trata de una decisión menor es probable que tales conductas aparezcan como merecedoras de pena...”⁹⁹.

Las principales razones por las cuáles se intenta ir en contra de la doctrina mayoritaria al incluir el ánimo de lucro serían;

- 1) La estafa no es simplemente un delito de daño del patrimonio ajeno, sino uno de enriquecimiento a costa de este, en efecto, no sería requisito que el estafador obtenga el enriquecimiento, pero sí debe exigirse que actúe movido por él¹⁰⁰.
- 2) También situar la estafa dentro de lo que son los delitos de apropiación por medio de inmateriales resulta enteramente lógico que el ánimo de lucro sea parte de la infracción como es en el hurto¹⁰¹.
- 3) Además, el silencio de la ley respecto a este elemento no es del todo convincente considerando que la mayoría de estos son construcciones doctrinales tal como la disposición patrimonial¹⁰².

En contraposición el argumento más esgrimido vendría siendo que esto no está considerado en la fórmula legal que usó el legislador y que se excluirían conductas que tengan una simulación, error, disposición patrimonial y perjuicio, por tanto, fraudulentas por no tener en sí una búsqueda de enriquecimiento¹⁰³. Más allá de estos argumentos, no se considerará este elemento porque contraviene y se aleja de lo que es el bien jurídico penal

⁹⁹ Ibidem página 189.

¹⁰⁰ **Künsemüller, Carlos**, op cit., p.63.

¹⁰¹ **Jimenez, José Francisco Leyton. 2014**, op cit. y **Hoyos, Gustavo Balmaceda. 2009**, op cit.

¹⁰² **Künsemüller, Carlos. 2017**, op cit., p.63.

¹⁰³ **Etcheberry, Alfredo. 1998**, op cit., p.402-403.

protegido por el tipo, ya que, para argumentar esto se afirma que la entrada a todos los delitos contra la propiedad estaría determinada por las exigencias del referido artículo 432 del Código Penal, fundando supuestamente la esencialidad del ánimo de lucro en el delito de estafa¹⁰⁴.

Dentro de los posibles conflictos que podría tener la inclusión de este elemento y que uno de sus promotores bien identifica, es si el lucro deseado o perseguido por el agente debe ser el mismo que el perjuicio que se ocasiona, esto lleva a afirmar que no es un delito que solamente se inclina al enriquecimiento patrimonial, más bien es uno que tiende al traspaso patrimonial¹⁰⁵. Esta cuestión no es algo que no se pueda extraer de los elementos que pacíficamente la doctrina ha considerado y que de hecho tiene consonancia con la jurisprudencia nacional¹⁰⁶.

Si consideramos la exclusión de conductas que podrían tener relevancia penal, mas no ánimo de lucro, la determinación de la fase de desarrollo del delito de la estafa se excluye, puesto que ni siquiera consideran tentativa dichas actuaciones, dejando en una posición compleja a la jurisprudencia.

Si bien es algo que la legislación aún puede abordar, y que la jurisprudencia ha podido resolver sin entrar en profundas contradicciones, el ánimo de lucro es un elemento que todavía puede definir ciertas cuestiones si es que es incluido, no obstante, basta con lo que se ha referido, que en síntesis es considerar que este no es relevante, puesto que no se aproxima al bien jurídico-penal protegido y tampoco comprende la manera en que se ha entendido las distintas formas de ejecución del delito.

Finalmente, sobre este asunto el presente trabajo plantea la posibilidad de excluir el ánimo de lucro sin hacer alusión a lo que respecta el dolo directo, tal como se ha hecho en

¹⁰⁴ **Jimenez, José Francisco Leyton. 2014**, op cit., p. 137.

¹⁰⁵ **Basualto, Hector Hernández. 2003**, op cit., p. 190.

¹⁰⁶ Fallo Excma. Corte Suprema Rol 2368-2010, Considerando Noveno: “Que tanto la mejor doctrina como la jurisprudencia reconocen que la figura penal en cuestión consiste en una apropiación por medios inmateriales que reposan en un ardid, una ventaja realizada para provocar la distorsión de lo concreto en la apreciación sensorial de la víctima. El despliegue escénico ejecutado por el delincuente está destinado a producir un error en el perjudicado, quien, movido por su equivocada percepción de esa realidad, orienta a que se disponga de su patrimonio, situación que finalmente le acarreará una lesión pecuniaria. Así son elementos del injusto en estudio el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio, debiendo mediar entre todos ellos una relación de causalidad directa e inequívoca.”

la doctrina, puesto que las razones que se han dado tienen que ver con otras cuestiones y se comprende que el dolo en sí, puede ir más allá del contenido de la expectativa que tiene el sujeto activo con su actuar¹⁰⁷.

2.7 Relación de Causalidad

En lo que respecta su reconocimiento como parte de lo que es el delito de estafa, no existen dudas que debe haber un nexo causal entre el engaño y el perjuicio apareciendo este concepto en las distintas definiciones doctrinales entregadas, sin embargo, esta y la jurisprudencia no han sido claras respecto a qué es la relación de causalidad necesaria para establecer este delito. De hecho, hay doctrina que no menciona esta cuestión como elemento en lo que respecta las defraudaciones¹⁰⁸.

Por otro lado, tenemos a autores como Etcheberry que ven la relación de causalidad como un elemento más, que sigue las reglas generales, pero que su relevancia radica en lo que es la idoneidad de la simulación¹⁰⁹ para los casos de delito frustrado o tentado. En este sentido plantea que, si alguien no es engañado a través del medio que se le presenta porque se da cuenta y no incurre en error, esto no significaría que estamos ante una tentativa inidónea. En esta línea, afirma que cuando la falta de consumación se refiere a factores externos no hay problema para admitir frustración o tentativa, que son punible porque tienen una “idoneidad inicial”. Es decir, para esta doctrina no tiene sentido hablar de idoneidad respecto de fraudes que tenían plausibilidad de realizarse exitosamente dado el caso concreto, porque para cada sujeto, el engaño puede tener distintos efectos respecto a sus características personales¹¹⁰.

El criterio que tiene este autor no será descartado de plano en este trabajo puesto que lleva a conclusiones correctas, sobre todo en la comprensión que tiene la idoneidad en lo que son las fases de desarrollo del delito. Sin embargo, en el siguiente capítulo se

¹⁰⁷ **Künsemüller, Carlos. 2017**, op cit., p. 62

¹⁰⁸ **Mackinnon, Vivian Bullemore y John**, op cit., p. 76.

¹⁰⁹ Este autor ve la simulación como parte del engaño en conjunto con el error.

¹¹⁰ **Etcheberry, Alfredo. 1998**, op cit., p.401-402.

analizará más a fondo esta cuestión, puesto que ha habido cierto desarrollo que se relaciona con la visión que se tiene respecto del perjuicio y la frustración¹¹¹.

A su vez, es interesante como estas posiciones que si bien, no consideran esta cuestión como un elemento del delito como tal, comprenden que dada las características que este tiene, la causalidad es trascendente para establecer la existencia del delito a través de los elementos, se sitúan en una posición donde es sólo el dolo directo el posible para configurar el delito, dada la estrecha correspondencia entre el propósito y la ejecución¹¹².

Esto tiene cierta relación por añadidura con posturas que reconocen esto como un elemento, mas, que no lo desarrollan más allá y lo sitúan como parte indivisible e importante del delito, dando así, definiciones bastante acertadas:

“La relación de causalidad significa que el menoscabo patrimonial que sufre la víctima es consecuencia directa y necesaria de la disposición patrimonial que efectuó, en virtud del previo error generado por el engaño.”¹¹³

Esta definición será la adoptada a este respecto para poder desarrollar los temas que quedaron establecidos para concretar en el capítulo venidero.

¹¹¹ *Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo.* **Raffo, Juan Pablo Mañalich.** 2019. 27, s.l. : Política Criminal: Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, 2019, Vol. 14. páginas 296-375. Este punto de vista reformula la visión respecto de lo que es la idoneidad a la luz del delito putativo y estima que su relatividad es tal, que no permite llegar a conclusiones clara en lo que respecta el dolo y las fases de desarrollo del delito.

¹¹² **Jimenez, José Francisco Leyton,** op cit., p. 138.

¹¹³ **Künsemüller, Carlos.** 2017, op cit., p.59.

Capítulo 3. El perjuicio y las fases de desarrollo de la estafa.

3.1 La concurrencia y concepto de perjuicio en la determinación de la fase del delito en virtud de la postura de la Excma. Corte Suprema.

En esta parte el trabajo se dirigirá hacia la explicación de las definiciones que tiene la Excma. Corte Suprema sobre los elementos ya mencionados, con especial atención en el perjuicio, puesto que, como se esclareció Capítulo anterior es este elemento que tiene mayor trascendencia para establecer las fases de desarrollo del delito, en especial la tentativa y la frustración en el sentido dado por el art. 7 del Código Penal.

Para poder llevar a cabo esta labor se ocupará como base la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema en la que existe esta materia y así, comprender cuales son los parámetros que tiene el máximo órgano jurisdiccional del país al delimitar estas fases y así, poder commensurar y desentrañar las consecuencias que esto tiene a nivel jurídico.

A continuación, se presentarán y explicarán algunos fallos de la Excma. Corte Suprema que tienen relación con esta problemática y posteriormente se determinará la postura que predomina en este periodo.

1) **Rol 253-2003**: En este fallo sobre Recurso de Casación en el Fondo, se rechaza la pretensión de la recurrente, esta era revocar la decisión de la Corte de Apelaciones de Arica del 27 de noviembre de 2002 en la cual decide absolver a la acusada de autora de estafa consumada del art. 473 del Código Penal por la cual fue condenada en primera instancia a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo.

En lo que respecta a los hechos se reproducen a continuación:

“3º) Que los hechos establecidos por los tribunales del fondo y reconocidos incluso por todos los intervinientes en la causa son los siguientes:

a) El 15 de agosto de 2000, a las 00.30 horas, falleció en Arica Alfredo Onell Vásquez, a la sazón de 72 años y 21 días de edad, defunción ocurrida en el Hospital Doctor Juan Noe de esa ciudad.

b) El día siguiente, 16 de agosto de 2000, se presentó en la Notaria de doña María Antonieta Niño de Zepeda Parra, en la ciudad de Arica, la procesada Graciela Isabel Vásquez Gutiérrez, acompañada por un individuo, nunca identificado en los autos, que suplantó a Alfredo Onell y, en tal calidad, procedió a suscribir con ella una escritura pública mediante la cual aparentó vender y transferir a la mencionada Vásquez Gutiérrez el único inmueble que poseía Onell, una casa ubicada en Pasaje Los Quiscos 2339 de la ciudad de Arica, que el suplantado adquirió por herencia quedada al fallecimiento de su cónyuge premuerta, y en la cual posteriormente convivió con Graciela Vásquez por un lapso que en el proceso no se ha determinado exactamente. Con dicha escritura pública la procesada Vásquez obtuvo que el bien raíz fuera inscrito a su nombre en el Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces de Arica, con fecha 25 de agosto de 2000. Dicha inscripción rola a fojas 2351 N° 7632 del registro citado.

c) Interpuesta querrela por una de las hermanas de Alfredo Onell, e iniciado el procedimiento en contra de Graciela Vásquez, el 3 de octubre de 2000 la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) certificó que esta última había acreditado poseer la calidad de indígena perteneciente a la etnia Aymará, en conformidad con la letra b) del artículo 2° de la Ley 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los Indígenas. El 12 de abril de 2001 se dictó por la Directora suplente de la CONADI resolución que da por acreditada la calidad de cónyuge del Alfredo Onell, de Graciela Vásquez, a la cual se atribuye haber sido su conviviente por más de 15 años. Sobre esas bases, la encausada solicitó la posesión efectiva de los bienes del difunto Onell, la cual se otorgó el 12 de abril de 2002, esto es, dos días después de haberse dictado en estos autos sentencia condenatoria de primera instancia en su contra¹¹⁴.”

En la sentencia se está de acuerdo con la Corte de Apelaciones de Arica considerando que no existe el delito del art. 473 del Código Penal y que tampoco es posible apreciar el delito de falsificación de instrumento público, no obstante, considera que esto importa porque fue el medio por el cual se llevó a cabo el supuesto engaño que incide directamente en el perjuicio, citando para estos efectos al profesor Etcheberry:

“5°: Si a través de una declaración mentirosa consignada en un documento público se crea una falsa apariencia, se engaña y se perjudica, el hecho será característicamente una estafa”¹¹⁵

Además, se considera que la conducta, *a priori*, es un ardid a través de un instrumento público, constituyendo una negociación imaginaria, tal como lo proscribiera el art. 468 del Código Penal, empero, esto no deviene en una sentencia condenatoria, puesto

¹¹⁴ A lo largo de esta explicación se han hecho ciertas correcciones a errores ortográficos con los que venía el texto original, esto se realizará con las siguientes sentencias también.

¹¹⁵ **Etcheberry, Alfredo. 1998**, op cit., p.168.

que existe una situación que era inesperada para la acusada hasta ese momento que era la declaración que le hace la CONADI:

“7°: Que, en efecto, la posibilidad de que se reconociera su pertenencia a la etnia Aymará y de que, consiguientemente, se le abriera la oportunidad de ser tenida por cónyuge de hecho del ya desaparecido Onell de conformidad con lo previsto en el artículo 4° de la Ley N° 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los Indígenas, constituía, al momento de ejecutar las maniobras fraudulentas, una alternativa con la cual la procesada no contaba pues, en otro caso, no se entendería para qué montó el ardid conducente a engañar a la

Notaría y sus dependientes y, como consecuencia de ello, a los posibles herederos de Onell. Tal actitud ciertamente carecería de sentido si la autora hubiese sospechado que existía esa probabilidad de transformarse ella misma en heredera legítima de su ex - conviviente.”

Para la CS esto es un “tipo de error al revés”, destacando varios autores¹¹⁶ que lo acuñan así y determina como:

“8: Ella consiste, precisamente, en que el autor, de acuerdo con el criterio de un hombre razonable, se representa, ex ante, la concurrencia en los hechos de todos los elementos del tipo objetivo del delito de que se trate, pero, en la realidad, uno o más de ellos están ausentes”

Debido a este error al revés, no se produce perjuicio, y para la CS en la redacción del ministro Enrique Cury, esto significa que el delito cometido por la acusada es un delito frustrado de estafa del art. 468 del Código Penal. Sin perjuicio de lo anterior, el sentenciador falla que esto es antijurídico pero atípico, porque valora dos veces el hecho de que el delito se haya frustrado, en primer lugar, para aplicar el art. 51 del Código, que genera que se aplique la pena en grado más baja que la del art. 467, lo que según la Corte implica que la figura aplicable es el del art. 494 n° 19 del Código, y en segundo, cuando arguye que esta es una falta y en virtud del art. 9 y 7 del Código, estas solo se castigan cuando están consumadas.

En definitiva, esta sentencia es clara al determinar que los engaños que no resultan en perjuicios, por ende, son estafas frustradas, gracias al silogismo legal que nos presenta

¹¹⁶ Tal como los menciona la CS: “Véase, al respecto, con algún detalle, Maurach, Reinhart y Zipff, Heinz, Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, 1998, tomo I, 23, I, A, en especial número marginal 2, página 399, y tomo II, 40 I, A, número marginal 5, páginas 18 y 19; desde mucho antes, también, Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, 1962, tomo II, 41, I, A, 2, página 174. En la literatura nacional, con especial referencia a la estafa, Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Santiago, 2004, página 420, quienes se sirven de un caso muy semejante al de autos para ejemplificarlo”

no son punibles y que si bien, la manera en la que se ejecutó el engaño (que sí existió, pero que no fue punible) fue particular, esta cabe en las conductas típicas del art. 468 del Código Penal.

2) **Rol CS 1933-2007**: el Segundo Juzgado del Crimen de Santiago el 3 de noviembre de 1995 falló en contra de varios acusados como coautores del delito de estafa y algunos como cómplices de este. Distintos condenados interpusieron Recursos de Casación en la forma y apelación en la Corte de Apelaciones de Santiago los cuales fueron desestimados. Este fallo versa sobre dos de estos condenados por un Recurso de Casación en la forma y otro en el fondo impugnando la decisión de segunda instancia.

El desarrollo de esta sentencia argumenta relacionando la doctrina y la jurisprudencia para dejar en claro la existencia de este delito cometido por los condenados, cuestión que es el núcleo de sus alegaciones.

Para esto define la estafa y sus distintos elementos.

Sobre la Estafa:

“DÉCIMO TERCERO: Que tanto la mejor doctrina como la jurisprudencia reconocen que la figura penal en cuestión consiste en una apropiación por medios inmateriales que reposa en un ardid, una ventaja realizada para provocar la distorsión de lo concreto en la apreciación sensorial de la víctima. El despliegue escénico ejecutado por el delinciente está destinado a producir un error en el perjudicado, quien, movido por su equivocada percepción de esa realidad, orienta a que se disponga de su patrimonio, situación que finalmente le acarreará una lesión pecuniaria. Así son elementos del injusto en estudio el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio, debiendo mediar entre todos ellos una relación de causalidad directa e inequívoca.”

“DÉCIMO CUARTO: Que, con mayor exactitud, la doctrina apunta a que la estructura de la estafa reposa sobre la utilización de un engaño por el sujeto activo que, por su naturaleza, entidad y circunstancias, sea suficiente para producir un error en el sujeto pasivo, induciéndole a realizar un acto de disposición en detrimento propio o ajeno. A su vez, es necesaria que entre el artificio y el acto de disposición exista un enlace causal de tal manera que haya sido el desencadenante del comportamiento del engañado y el causante del deterioro originado.”

Sobre el Engaño:

DÉCIMO QUINTO: Que, según común opinión, desde un punto de vista semántico, engaño es hacer creer a alguien con palabra o 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 el resultado lucrativo buscado¹¹⁷. Es su eficacia real en el caso concreto lo que determina la aparición de la estafa. Es evidente que la provocación del error en las personas afectadas puede conseguirse, tanto por medio de una conducta activa o bien a través de ocultaciones de la realidad, que provocan la captación de la voluntad del ofendido.

Sobre la disposición patrimonial y el perjuicio:

DÉCIMO SEXTO: “Que, bajo este prisma, la estafa requiere que el autor induzca al perjudicado, mediante engaño, a realizar una disposición patrimonial perjudicial. Requiere en todos los casos una necesaria distinción entre el sujeto activo y pasivo, de tal manera que el hechor del fraude sea siempre distinto del engañado que realiza la disposición patrimonial...”

VIGESIMO SEGUNDO: “... El deterioro que requiere la estafa consiste en que la víctima realice un acto de significación patrimonial, en virtud del cual se produzca correlativamente un daño para ella y un enriquecimiento para otro, en otras palabras, precisa una conexión normativa entre la pérdida de uno y la ganancia de un tercero. En definitiva, intrínsecamente el menoscabo no es sino una merma del patrimonio, siendo indiferente que incida en el del propio engañado que practica el acto de disposición o en el de otro individuo diverso ...”

Sobre el Error:

VIGÉSIMO PRIMERO: Que todavía es menester dejar en claro que el error requerido por la descripción normativa en estudio, se concibe como un fenómeno psicológico, es decir, como algo que necesariamente afecta a una persona natural, la que resulta ser engañada la que debe tener una capacidad mínima que le permita entender y comprender su entorno, quien basándose en este conocimiento adopta decisiones, pues la única que puede formarse un falso concepto de la realidad y determinar, en definitiva, la disposición patrimonial y el perjuicio, que bien puede recaer en el engañado o en otra persona, natural o jurídica, que va a ser finalmente el sujeto pasivo del delito, como ocurre en el asunto de marras. Entonces no es necesario que la persona engañada sea quien sufra el detrimento. El error tiene que ser directamente imputable al engaño y, por otro lado, tiene que ser el motivo por el cual el engañado realiza el acto de disposición patrimonial perjudicial.

Una cuestión que es constante en las defensas es que existe una identidad entre el engañado y el perjudicado y que vendría siendo el mismo condenado, debido a que éste forma parte de la administración de la corporación y según su defensa esto representa un autoengaño. Esto es desestimado por la Corte:

¹¹⁷ Subrayado propio.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, por lo pronto, el autoengaño resulta atípico en determinadas circunstancias cuando la identidad entre el sujeto activo y pasivo hace que el traspaso de los bienes no produzca daño apreciable para nadie. Pero no se puede confundir la inexistencia de engaño con la inexistencia de engañados. El compareciente pretende englobar y difuminar su actuación personal, individual e insustituible en el complot corporativo, estimando que, junto con el presidente de la entidad financiera, sólo pueden asumir u ostentar a la vez la doble condición de timador y timado. No puede pretender el recurrente tener facultades omnímodas y supraindividuales que le convierta a su vez en engañador y engañado, como si fuera el único titular del patrimonio de la financiera del que puede disponer sin traba alguna con olvido e incluso desprecio de los intereses de la misma. Admitir la tesis del oponente nos llevaría a sentar que toda maniobra falaz realizada en el seno de una corporación por los encargados de su administración, nunca puede ser punible. Los comportamientos delictivos de colaboradores de la empresa contra la entidad misma o contra otros de sus colaboradores se pueden someter, sin dificultad, a las reglas comunes de la estafa.

En efecto, la sentencia determina, a lo largo de distintos considerandos, claramente en base a la doctrina de la estafa triángulo¹¹⁸, que no es necesario que sea la misma persona que dispone que la perjudicada, por tanto, en este caso, sí existen perjudicados y se perfecciona el delito.

Además, es interesante como explica la concurrencia de este delito atendiendo a las particularidades de este caso

DECIMO OCTAVO: “... Por lo demás, no podemos preterir que el ilícito de estafa presenta una variadísima multiformidad, de tal manera que, en algunos casos, se trata de un acto simple y casi instantáneo, en el que coinciden, en un mismo momento temporal, la maniobra engañosa y la defraudación, y, en otros, como sucede en el caso presente, nos encontramos ante una estructura compleja que tiene sus orígenes en un momento anterior a la perfección del hecho delictivo, pero que se consuma cuando el engaño surte el efecto de desplazamiento patrimonial buscado.”¹¹⁹

También hace referencia a la relación que tiene el engaño y el perjuicio para determinar las fases de desarrollo del delito:

¹¹⁸ Representada por la CS a través de: Mario Garrido Montt: Derecho Penal, parte especial, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, I, 2000, página 328; Bajo Fernández y Pérez Manzano: Manual de Derecho Penal Especial, Editorial Civitas, Madrid, 1993, página 283; José Valle Muñiz: El delito de Estafa, Boch S.A., Casa Editorial, Barcelona, 1987, página 205; José Cerezo Mir: Temas Fundamentales del Derecho Penal, tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, página 55

¹¹⁹ Subrayado propio.

“VIGÉSIMO TERCERO: Que no está demás constatar que el ilícito en estudio se entiende consumado cuando se produce la lesión patrimonial, o sea, la disposición de la víctima, existiendo, por tanto, una identificación jurídico penal entre ésta y la configuración del delito de estafa; donde el engaño, cuya presencia acepta el compareciente, constituye el ingrediente desencadenante de los restantes elementos del tipo. De forma tal que, en caso de ser efectivo lo planteado por el reo, en orden a la falta del factor perjuicio, ello no acarrea la inexistencia del hecho punible, tornándose en lícito su comportamiento como pretende el recurrente, sino que tan sólo significa que no se presenta el citado hecho delictual en grado consumado, quedando abierta la posibilidad, de acuerdo con las reglas generales, de la tentativa y del delito frustrado. Normalmente en nuestro régimen jurídico cuando falta ese resultado perjuicio para el patrimonio ajeno se origina un delito frustrado, pero nunca deviene la licitud del hecho, a menos que medie un desistimiento voluntario del delincuente.^{120”}

Gracias a las definiciones que hace esta sentencia podemos comprobar cuales son los elementos necesarios para configurar una estafa consumada, dentro de esto menciona que lo que es relevante del engaño es su idoneidad, cuestión que no se desarrolla a fondo y será objeto de análisis en la siguiente Parte de este Capítulo. No se hace una definición clara respecto a qué conductas del artículo 468 del Código Penal se castigan, sin embargo, se remite a los elementos típicos ya mencionados.

A su vez reconoce la doctrina de la estafa triángulo y comprende que el perjuicio es efectivo, independiente de si este se configuró en un momento distinto al pretendido, volviendo a la discusión sobre si esta disposición ha de ser perjudicial¹²¹. En añadidura, se hace hincapié en que la falta de perjuicio no significa la existencia de la estafa, más bien, abre la posibilidad de un delito frustrado o tentado.

3) Rol **2284-2005**: Esta sentencia de Recurso de Casación en el Fondo trata de revocar la sentencia confirmada del 29 de enero de 2005 en la Corte de Apelaciones de Iquique sobre robo, hurto y estafas reiteradas cometido en contra de distintos sujetos por dos imputados como coautores. Esto no es logrado por la defensa y se basa en los siguientes considerandos principalmente:

¹²⁰ Subrayado propio.

¹²¹ La Excma. Corte Suprema estimaría en este caso en particular que sí ha de ser una disposición perjudicial debido a que como vimos, se afirma que todos estos actos (y elementos típicos) formaban parte del tipo antes de que se produjera el perjuicio.

Los hechos fijados en el caso de la estafa:

“NOVENO: ...el día 25 de febrero de 2001, dos sujetos desconocidos en el transcurso de la tarde, ingresaron al supermercado Santa Isabel, ubicado en calle Héroe de la Concepción N° 2855, procediendo a efectuar una compra que asciende a la suma de \$ 177.701, la cual cancelaron con un cheque del Banco de Santiago, el que habían robado a su propietario el día 23 de febrero de dos mil uno.”

En esta ocasión también se define la estafa en los mismos términos que vimos anteriormente:

“DECIMO: ...el delito de estafa es una apropiación por medios inmateriales que se fundamenta en un ardid, una ventaja realizada para provocar la distorsión de la realidad en la apreciación sensorial de la víctima. El despliegue escénico realizado por el sujeto activo está destinado a producir un error en el perjudicado, quien, movido por su equivocada apreciación de la realidad, orienta que se disponga de su patrimonio, situación que en definitiva le acarrearía un detrimento pecuniario. Así, son elementos del injusto en estudio el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio, debiendo existir entre todos ellos una relación de causalidad directa e inequívoca.”

Lo que se alega es la falta de perjuicio, elemento que define el sentenciador y afirma su existencia gracias a argumentos similares a los que se hacen en el caso anterior:

“ÚNDECIMO: ...El deterioro que requiere la estafa consiste en que la víctima realice un acto de significación patrimonial, en virtud del cual se produzca correlativamente un daño para ella y un enriquecimiento para otro...En definitiva, intrínsecamente el menoscabo no es sino una disminución del patrimonio, siendo indiferente que incida en el del propio engañado que realiza el acto de disposición o en el de otro sujeto distinto...”

La alegación de los recurrentes son que el Supermercado tenía un seguro contratado, entonces la disposición patrimonial no les significaba un perjuicio, esto es rechazado por la Excma. Corte Suprema en redacción del ministro Señor Rodríguez Espoz:

“ÚNDECIMO: ... Producido el resultado esperado -acción típica- que la ley prohíbe y reprime, la eventualidad que el ofendido sea reparado después por un tercero, en virtud de un contrato mercantil, es irrelevante para la cualificación de la conducta del acusado y es exactamente lo que acontece con la indemnización enterada por la compañía aseguradora que finalmente sería la perjudicada.”

Además, de igual manera que en la sentencia anterior, falla que la falta de perjuicio no significa que el delito no existe y es entonces la apertura a la posibilidad de considerar un delito frustrado o tentado:

DUODÉCIMO: Que no está demás constatar que el ilícito en estudio se entiende consumado cuando se produce la lesión patrimonial, o sea, la disposición de la víctima, existiendo, por tanto, una identificación jurídico penal entre ésta y la configuración del delito de estafa; donde el engaño, cuya presencia acepta el objetante, constituye el ingrediente desencadenante de los demás elementos del tipo. De forma tal que, en caso de ser efectivo lo planteado por el imputado, en orden a la falta del factor perjuicio, ello no acarrea la inexistencia del hecho punible, tornándose en lícito su comportamiento como pretende el recurrente, sino que tan solo significa que no se presenta el citado hecho delictual en grado consumado, quedando abierta la posibilidad, de acuerdo con las reglas generales, de la tentativa y del delito frustrado. Normalmente en nuestro régimen jurídico cuando falta ese resultado -perjuicio para el patrimonio ajeno-se origina un delito frustrado, pero nunca deviene la licitud del hecho, a menos que medie un desistimiento voluntario del delinciente.

Esta sentencia, respecto a lo que no se aprecia en las anteriores, da luces sobre la situación en la que no se corresponda el sujeto de perjuicio que el estafador ha pretendido afectar, en este caso, el Supermercado gracias a un contrato de seguros. Esta cuestión es despejada con la teoría de la estafa triángulo, pero es discutible, puesto que se podría decir que la Aseguradora no se ve “perjudicada”, ya que, es esta la obligación que tiene encomendada por el contrato mercantil suscrito y la obligación legal de los artículos 512 y 524 del Código de Comercio, no siendo esto producto de un engaño¹²² y tampoco el Supermercado, porque respecto de su patrimonio no ha habido un menoscabo, por consiguiente, es necesario abrir paso a otros argumentos para la decisión tomada por la Excm. Corte Suprema.¹²³

¹²² **Bustos, Laura Mayer Lux y Andre Pinto**, op cit., p.111-112

¹²³ Además, este caso de pago con cheque robado se configura la conducta del art. 473 del Código Penal, sin considerar que esto pueda formar parte de alguna de las conductas del art. 468 del Código Penal, a saber, nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante.

3.2 Consecuencias jurídicas respecto a estas actitudes jurisprudenciales.

En este apartado se ahondará en las decisiones que ha adoptado la Excma. Corte Suprema en las sentencias anteriormente expuestas. Esto llevará a comprender qué consecuencias tienen estos criterios y en virtud de ellas, elucubrar sobre razonamientos doctrinarios alternos que aclaren o mejoren inclusive la practica jurisprudencial.

3.2.1) La decisión respecto a qué conductas son las que exigen la aplicación del art. 468 o 473 del Código sancionatorio es difusa, habiendo casos en los que sin miramientos se aplica uno u otro en virtud de las frases “engaño semejante” o “cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores” respectivamente. Evidentemente esto puede tener consecuencias sobre todo para la determinación de la consumación del delito, puesto que, como se ha manifestado repetidas veces en este trabajo y en las decisiones de la Excma. Corte Suprema, el engaño es el elemento desencadenante, mas no el más relevante, en lo que respecta las fases de ejecución de la estafa.

En esta línea, la decisión de una u otra norma otorga un sentido distinto al delito mediante engaño. Por ende, el perjuicio adquiere mayor relevancia para la determinación de la existencia de algún grado de ejecución de la estafa, puesto que, para ambas conductas, en virtud de la doctrina y la jurisprudencia, este es un elemento común. Si se estableciera un criterio más claro para establecer qué tipo de engaño estamos enfrentando, el perjuicio otorgaría las pautas respecto al nivel de ejecución del delito y los otros elementos, especialmente el engaño, solo manifestarían qué tipo de estafa está ante los ojos del intérprete.

3.2.2) Sobre el engaño hemos de mencionar que se ha mencionado la idoneidad que este ha de tener para ser constitutivo de estafa, esta podría ser una postura plausible si se explicara a fondo cuál es la razón para afirmar esto, por ende, es controversial la utilización del concepto e incide directamente en la determinación de todas las fases contenidas en el art. 7 del Código.

Para poder comprender bien esta apreciación la lógica con la que opera la Excma. Corte Suprema en el caso 2) del apartado anterior, esta cree que, si este engaño no ha sido

idóneo, es decir en palabras del sentenciador, que no haya logrado: *“hacer creer a alguien con palabra o cualquier manera, una cosa que no es realidad”*, más allá de si esto es una acción u omisión, no es un engaño típicamente relevante. El criterio nos libera de la discusión sobre si sólo las acciones pueden ser parte de un engaño, incluyendo a las omisiones, pero nos deja con la interrogante de qué es un engaño que resulte en una tentativa de estafa que no es idónea (inidónea según la literatura especializada).

Para comprender esto la definición de tentativa inidónea a nivel doctrinal es la siguiente:

“acciones sostenidas por una completa resolución al hecho, respecto de las cuales ya en el momento de su ejecución consta objetivamente que ellas no pueden realizar el tipo”.¹²⁴

Esta definición, junto con sus complementos ha sido sumamente criticada por su falta de claridad y se cree según otros sectores del pensamiento que la distinción entre tentativas idóneas e inidóneas es impracticable¹²⁵. Se argumenta que toda tentativa es una situación en la cual el autor no se encontraba con la “oportunidad para la acción” analizado desde un punto de vista ex – post resulta en que todas estas fases de ejecución resulten inidóneas en cuanto a los medios y en cuanto a los objetos¹²⁶.

En este sentido, que el engaño tenga idoneidad va a depender mucho de las circunstancias y aumente la posibilidad de que los casos sean múltiples y diversos a tal punto que dibujar esa línea divisoria sea más difícil. Respecto a la idoneidad en el delito de estafa en lo que se refiere al engaño, se proponen distintos casos:

- *El sujeto A le dice a B que los porotos que tiene son mágicos y se los cambia por su vehículo. B que es una persona muy crédula y fanática de los cuentos de ficción le cree y realiza el trato. Tiempo después, B al tratar de activar la supuesta mágica de estos porotos, se da cuenta que estos eran comunes y corrientes. El siguiente mes A le dice lo mismo a C, un culto amigo, pero también un ávido lector de cuentos fantásticos, esta vez, C se da cuenta del engaño y decide increparlo.*

¹²⁴ ZACZYK, Rainer, “§ 22” y “§ 23”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans Ullrich (coords.), Strafgesetzbuch. NomosKommentar, 5ª ed., tomo I, 2017, § 22, n.m. 34

¹²⁵ **Raffo, Juan Pablo Mañalich.** 2019, op cit., p.323.

¹²⁶ Ibidem. Página 330.

- *El sujeto A le hace creer a D, disfrazándose en un vehículo de lujo prestado, que es un exitoso empresario y le ofrece un negocio en el cuál D debe aportar \$1.000.000.- (un millón de pesos) y luego tendrá ganancias de 10% mensuales es decir \$100.000.- (cien mil pesos) por 20 meses, es decir, duplicará su inversión recibiendo al cabo de este tiempo \$2.000.000.- (dos millones de pesos). D accede, pese a tener sospechas porque este es un modelo que había estudiado en la carrera de Ingeniería Comercial que usualmente se usa para las “Estafas Piramidales”, pero D tiene muchos problemas económicos que le han llevado a una serie de problemas de ansiedad y neurosis que le hacen arriesgar parte de su patrimonio. Finalmente, al cabo del tiempo A nunca le devuelve el dinero prometido y se muda a un paraíso fiscal y sin extradición después de hacer este trato con muchas personas más. A al cabo de un tiempo se queda sin dinero en ese lugar e intenta hacer lo mismo con E un empleado del hotel donde se hospeda, pero este leyó los periódicos esa mañana y supo que A era un estafador y decide no aceptar el trato.*
- *El abogado F todos los días le dona dinero a un pordiosero A que se instala fuera de su estudio jurídico, este hombre no está en situación de calle, sólo lo simula, pero siempre consigue engañar a F. Un día G el hijo de 13 años de F va a visitar a su padre y se da cuenta que A lleva un sombrero, que, aunque parece viejo y arrugado, es un sombrero de una marca italiana de lujo, luego al mirarlo con mayor detención, se da cuenta que toda su vestimenta no pertenece a una persona con necesidades económicas y lo increpa a lo que A sale corriendo al ser descubierto.*

Como vimos en los casos anteriores, en todas existe un engaño o una mentira sumada a un aprovechamiento de las circunstancias que dependiendo del sujeto y de otros factores externos deviene en que este engaño sea idóneo o inidóneo para configurar una estafa. En todos los casos se usa el mismo medio, pero las circunstancias, inclusive en casos donde pudiesen ser más “idóneas”, generan que sea solamente una tentativa de estafa.

Es por eso por lo que la consecuencia jurídica de determinar la tentativa de un delito de estafa por la idoneidad de su engaño es algo que resulta problemático y nos invita a analizar

otros elementos como el perjuicio, considerando que la estafa consiste en un “cúmulo de requisitos concatenados”¹²⁷. En el siguiente apartado se profundizará esto, para comprender una tentativa *lato sensu* en la estafa.

3.2.3) El asentamiento de la doctrina de la “estafa triángulo” complementa el elemento perjuicio en el delito de estafa. La doctrina, no muy alejada de los criterios de la Corte, estima que esta es:

*“...aquella en que el engañado realiza una disposición que no tiene efectos perjudiciales sobre su propio patrimonio, sino sobre uno distinto. O, visto desde la perspectiva de la protección patrimonial, aquella en que la disposición perjudicial no la realiza el titular del patrimonio afectado sino un tercero engañado.”*¹²⁸

La aplicación de esta teoría tiene sus diferencias respecto a los casos 2) y 3). En el número 2, esta es plausible al estimar que pese a que puede haber existido un *autoengaño* como lo pretende el recurrente, este generó detrimento a otros sujetos, en efecto, si en base a ese supuesto engaño atípico, existe un perjuicio para estos, sí hay estafa. Es necesario tener en mente que la estafa es un delito de *autolesión*, y en este caso estamos hablando de una persona jurídica¹²⁹ conformada por personas naturales que sí son perjudicadas por alguien que es parte de la misma. En este sentido, las facultades del agente están limitadas y no son absorbidas como pretende, por la personalidad jurídica. Esta conducta hoy en día no tendría mayores dificultades en considerarse como parte del n° 11 del art. 470 del Código Penal, el delito de administración desleal, que desde el 2018 forma parte del cuerpo normativo¹³⁰.

Sobre este orden de cosas, las acciones que haya cometido el agente en este caso ya no necesitan de la discusión sobre la facultad que este tenía para disponer de los derechos o

¹²⁷ **Hernández Basualto, Héctor**, op cit., p.149. De otra opinión **Balmaceda Hoyos, Gustavo**, El delito de estafa en la jurisprudencia chilena, en Revista de Derecho, 24 (Valdivia 2011) 1, página 65.

¹²⁸ *La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal.* **Basualto, Héctor Hernández. 2010.** 1, s.l. : Revista de Derecho UDP., 2010, Vol. XXXIII. página 202

¹²⁹ Las personas jurídicas también son sujetos de estafa, como se ve en **Basualto, Héctor Hernández. 2010**, op cit., p.204.

¹³⁰ **ALVIÑA, CONSTANZA OYANGUREN. 2019.** *EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN CHILE.* Santiago : s.n., 2019. página 25.

créditos que este se irroga¹³¹ si consideramos que este tenía la administración sobre los mismos.

Respecto de la estafa triángulo en el caso 3), si bien esta no es mencionada expresamente como en el caso anterior, los argumentos utilizados son los mismos. Además, cuando se argumenta el por qué este caso debe ser considerado una estafa punible no se menciona ninguna norma ni teoría, el sentenciador sólo hace un llamado a la cordura manifestando:

“la eventualidad que el ofendido sea reparado después por un tercero, en virtud de un contrato mercantil, es irrelevante para la cualificación de la conducta del acusado y es exactamente lo que acontece con la indemnización enterada por la compañía aseguradora que finalmente sería la perjudicada.”

Al respecto surgen 2 problemáticas. En primer lugar, sobre los sujetos del triángulo de estafa, es decir, quienes intervienen en el delito. Esto se postula porque en la sentencia no se menciona la influencia que tiene el cajero del Supermercado en los hechos, cuestión que llama la atención ya que este es quién recibe el cheque y admite hacer la compraventa en nombre del Supermercado por los bienes de este. El engañado es este sujeto, quien dispone, pero no se ve perjudicado.

Ahora bien, la siguiente discusión es quién es el perjudicado, pareciera que la sentencia es clara al determinar que es la compañía aseguradora, pero como adelantábamos esto es discutible porque, de hecho, el delito autónomo de fraudes a compañías de seguro incorporado en año 2013, no incorpora este tipo de conductas, para este delito no hay consumación con el pago indebido de la compañía, más bien se da con el comportamiento del agente que deviene en la obtención del pago¹³². Es decir, para que se pudiese aplicar este delito, es el Supermercado quien ha de defraudar a la Empresa de Seguros, de esa forma se vendría beneficiada por parte del detrimento, producto de un engaño, de la Compañía, transgrediendo el contrato y las normas del Código de Comercio.

La explicación de la punibilidad de esta conducta en especial, a través de la estafa triángulo, trae como consecuencia que no consideremos realmente a quienes forman parte

¹³¹ Basualto, Héctor Hernández. 2010, op cit., p.206.

¹³² Bustos, Laura Mayer Lux y Andre Pinto. 2015, op cit., p.114.

de esta triada (en este caso, el agente, el cajero y el Supermercado) y que dejemos sin explicación clara porqué condenamos a alguien que en su actuar, aparentemente no generó un perjuicio palmario. En el siguiente apartado se aportarán alternativas para resolver el asunto desde la perspectiva de las fases de ejecución del delito.

3.2.4) La falta de perjuicio abre la posibilidad de considerar fases de desarrollo imperfectas del delito como lo son la frustración y la tentativa. Empero, pareciera ser que la decisión respecto del caso 1) del apartado anterior es correcta, que sean antijurídicos pero atípicos las estafas en esta forma, sin embargo, la argumentación expuesta, resulta problemática puesto que puede llevar a que tal como lo conceptualiza la Corte, este “error al revés” pueda ser interpretado de la manera que la doctrina más cercana al subjetivismo hace, con lo que se llama el “argumento de la inversión” que la doctrina, veremos, ha tratado.

El problema no es la conceptualización como “error al revés” que hace la Corte, lo que urge son las bases para determinar si, más allá de que la acusada debido a un silogismo normativo no es condenada, afecta el bien jurídico protegido por la norma sancionatoria. Y es que esto último desde la postura que este trabajo sostiene es claro en determinar que no, puesto que, sólo hay una puesta en peligro del patrimonio¹³³. Existen todos los demás elementos de la estafa, mas el perjuicio no se presenta por causas independientes de su voluntad, en consecuencia, hay delito frustrado en virtud del art. 7 del Código Penal.

Por el contrario, estas posturas cercanas a una valoración mucho más intensa y exhaustiva de la culpa o el dolo del sujeto activo, como la de Marcelo Sancinetti de la del “desvalor de la acción” que busca derrotar lo que califica como la “magia causal”¹³⁴, comprenderían -en base a la inversión del error al revés- que este delito está consumado, puesto que la intención del agente y sus acciones eran tendientes a esto y debido al azar esto no produjo un perjuicio, que sí es efectivo en ese sentido.¹³⁵

¹³⁴ **Sancinetti, Marcelo.** Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs. Bogotá: Temis, 1995.

Se destaca que estas posturas tienen una aversión tal al azar y la causalidad que no incluyen en sus estudios el resultado¹³⁶, por ende, las fases de desarrollo del delito pierden raudamente relevancia¹³⁷.

La cuestión puede ser ilustrada gracias a la doctrina, que con explicaciones desde la lógica del lenguaje explican cómo ha de desarrollarse correctamente el argumento de la inversión.¹³⁸

Como antecedente; Siempre que X no se ha representado las circunstancias que realizan el tipo, en consecuencia; entonces (necesariamente) X no es punible a título de delito doloso¹³⁹. Y a *contrario sensu*, como antecedente; Siempre que X se ha representado las circunstancias que realizan el tipo, en consecuencia; entonces (necesariamente) X es punible a título de delito doloso¹⁴⁰.

Para el punto de vista que no admite esta argumentación, con el que se está de acuerdo en esta memoria, esto sólo funcionaría si estas oraciones tuviesen equivalencia lógica, cuestión que no es así, puesto que no es la única forma de “invertir” estas proposiciones, habiendo más posibilidades¹⁴¹ cómo la obversión:

Que tiene como antecedente; Siempre que X se ha representado las circunstancias que realizan el tipo, en consecuencia; entonces (sólo) posiblemente X es punible a título de delito doloso¹⁴².

¹³⁶ **Lioi, Antonia Silva.** 2021. *AZAR, RESPONSABILIDAD Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA: UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL DEBATE ACERCA DE LA “SUERTE MORAL”*. Santiago : s.n., 2021.

¹³⁷ Es menester considerar que si bien, esto está de acuerdo con la teoría que acabamos de mencionar, se hacen dentro de esta, ciertas distinciones en lo que respecta a la tentativa, estas no serán consideradas para los efectos del presente trabajo.

¹³⁸ **Raffo, Juan Pablo Mañalich.** 2019, op cit.

¹³⁹ **Raffo, Juan Pablo Mañalich.** 2019, op cit., p.318.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Esto dentro de la lógica proposicional que el autor valora de **COHEN, Morris; NAGEL, Ernest**, *Introducción a la Lógica y al Método Científico*, tomo I, Trad. MIGUEL, Nestor, Buenos Aires: Amorrortu editores, 1968, pp. 75 ss. Además, menciona otras propuestas como la contraposición y la conversión que no son explyadas en este trabajo porque se escapan de sus objetivos y no se atienen a la explicación del caso.

¹⁴² *Ibidem* página 320.

Para concretizar esto digamos que; Siempre que la agente del caso 1) del apartado anterior, se ha representado las circunstancias que realizan el tipo, posiblemente es punible a título de delito doloso de estafa.

Como vemos, el error de tipo al revés, desde la postura esgrimida, no admite la posibilidad de hacer punible de manera consumada la estafa del caso 1) del apartado anterior. La falta de perjuicio de manera inevitable lleva a una ejecución imperfecta del delito y no así una inexistencia como se ha alegado infructíferamente ante la Corte, ni tampoco una consumación de este como lo pudiese defender cierta doctrina, sin embargo, aún queda proponer alguna alternativa para que este tipo de casos tenga relevancia real desde un punto de vista dogmático y así, comprender realmente el fenómeno de la tentativa.

3.3. Posturas diversas a las opciones que ha adoptado la Corte Suprema y sus consecuencias.

Respecto de lo afirmado en el 3.2.1) del apartado anterior, se identifican dos cuestiones que parecieren estar desligadas, pero como vimos, en este delito de resultado pueden tener una implicancia mutua gracias a la causalidad que los envuelve.

Por un lado, está la entidad del engaño, que ya se ha presentado en este trabajo y que se relaciona con la teoría de la *misce en scene*. Desde ya, se afirma que para la estafa, es el punto medio entre un ardid o engaño tal como se presenta en el 468 -más cercano a esta teoría- y entre una “simple mentira”. Esto abre la posibilidad que este engaño genere una disposición que ponga *en forma de peligro*¹⁴³ el patrimonio. Esto en vista y considerando que la disposición que sigue al engaño ha de resultar perjudicial¹⁴⁴. Esta pauta para la consideración del engaño relevante, que tiene que ver más con la disposición relevante, deja espacio para que el perjuicio culmine el establecimiento de una conducta como estafa.

Por otro, está la cuestión del perjuicio, como se manifestó desde un principio este elemento tiene profunda relación con el bien jurídico, es decir, el patrimonio. Ya comprendimos entonces que una visión mixta del mismo, otorga características generales del delito y nos asiste en caso de haber ciertas dificultades en su determinación típica. No obstante, podemos rescatar ciertas propuestas de teorías como las funcionales/personales¹⁴⁵ para complementar esta visión que como se señaló, de todas maneras, es perfectible.

Lo cuantificable en ciertos casos puede ser difuso o complejo por distintos factores como se manifestó en el capítulo destinado al entendimiento del patrimonio como bien jurídico penal. Los contextos particulares pueden ser considerados de una manera más completa por la teoría de “la frustración del fin” puesto que en determinadas circunstancias

¹⁴³ En virtud de lo argumentado en **Peller, Gustavo Balmaceda Hoyos y Michael Ferdinan**, op cit., p.29. Dejando en claro que el delito sigue siendo de resultado pero que un bien se encuentre en peligro disminuye el valor del bien, (considerando la teoría jurídico-económica también considerada a favor en este trabajo) por ende, del patrimonio.

¹⁴⁴ **Jimenez, José Francisco Leyton**, op cit., p.142.

¹⁴⁵ Esta indistinción en virtud de como lo señalan distintos autores como **Vidal, Miguel Ángel Caro**, op cit. y **Peller, Gustavo Balmaceda Hoyos y Michael Ferdinan**, op cit.

las cosas tienen un valor de uso que ha de considerarse de manera inherente y no excluirse por la determinación del valor económico de esto¹⁴⁶. En esta línea, “el fin” ha de ser lo que tenga estricta relación al negocio en cuestión de manera expresa y clara, no pudiéndose alejar de esto para evitar un subjetivismo extremo¹⁴⁷. Para las finas líneas entre un delito de estafa consumado, frustrado y tentado, son estas visiones las que otorgan aun mayor claridad, mas no son las que fijan la existencia de una conducta que es jurídico-penalmente relevante que constituya estafa, puesto que esto ya se resuelve con la visión mixta del patrimonio.

El tema del engaño está también presente en el 3.2.2) del apartado anterior en lo que se refiere su idoneidad y se conecta con el perjuicio de la misma manera que el problema anterior, por causalidad. Empero, en este punto hay una divergencia mayor, puesto que la manera en la que se desarrolla la conducta por sí sola permite indicar, que el engaño es idóneo o inidóneo, dejando el análisis del perjuicio *a posteriori*.

En este sentido, al derribar la tesis de si es posible o necesario determinar una conducta como idónea o inidónea se debilita una concepción que tiene raigambre en el estudio de la estafa, que es comprender los elementos por sí solos, sin una conexión más que la de un paso habilitante para el siguiente, en contrario de comprenderlos en conjunto. Si bien la Excma. Corte Suprema ha dado luces sobre esto último, como en el caso 1)¹⁴⁸, es necesario que se afirme esta tendencia para no dar cabida a dificultades teóricas como lo puede ser la idoneidad de las conductas en delitos de resultado.

La dificultad para defender la idoneidad de estas conductas ya ha sido expuesta e ilustrada, en efecto, profundizar respecto a las complejidades que esto tiene para alcanzar algún consenso sobre las fases de ejecución del delito sólo puede ser complementada por alguna otra alternativa. Para esto la postura adoptada es que no es necesario que exista un análisis de si la tentativa *lato sensu* fue idónea o inidónea.

¹⁴⁶ Basualto, Hector Hernández, 2014, op cit., p.184.

¹⁴⁷ Kindhäuser, Urs, 2011, op cit., p.58.

¹⁴⁸ A su vez se destaca la Sentencia Rol 2611-2003 de la Excma. Corte Suprema, considerandos Cuarto, Quinto y Sexto.

Es menester mencionar que dentro de la teoría de la idoneidad existe lo que son las tentativas absoluta o relativamente inidóneas, sobre las primeras mayoritariamente se impugna su punibilidad, porque en este caso jamás podría llegarse a un resultado punible, esto es lo que es llamado “delito imposible”, por ejemplo, matar a occiso o estafar a un animal. En contrario, sí se cree que las relativamente inidóneas son punibles, siendo actos con mayores posibilidades de realizarse¹⁴⁹, como los casos propuestos en el apartado anterior.

Si bien la discusión a este respecto parece ser superada, existen autores que creen que los delitos imposibles pueden ser punibles desde una postura cercana al subjetivismo¹⁵⁰, por ende, la mayoría tendría una visión más objetiva del problema. Como vemos ambas cuestiones tienen dificultades, como bien lo expresa el profesor Juan Pablo Mañalich:

“En el mundo actual, cuyas exactas circunstancias determinaban la situación en la cual el potencial autor ejecutó u omitió la acción en cuestión, que el delito no haya alcanzado la consumación, constituyéndose en cambio como una tentativa, es indicador suficiente de la imposibilidad de su consumación.”¹⁵¹

En este trabajo se pretende avizorar que tener una aversión a los factores externos dentro de las conductas posiblemente delictuales de los agentes o la “Suerte Moral”, especialmente ligado a la suerte causal o consecuencial¹⁵², es como ya se mencionó, tan fútil como tener una valoración apasionada respecto de las motivaciones de estos.

Cualquiera de estas alternativas, indistintamente, dificultan el entendimiento de las fases de desarrollo delictuales en el delito de estafa.

Sobre lo que se mencionó respecto del 3.2.3) del anterior apartado se enfatiza que el “triángulo” de esta estafa no está entre los agentes que la sentencia describe, es decir, el estafador, el supermercado y la aseguradora. Está bien descrito en la doctrina¹⁵³ que el

¹⁴⁹ **Lifschitz, Sergio Politoff.** 2009. El delito imposible en el derecho chileno. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración.* México D.F : Jurídica de las Américas., 2009. página 133.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ **Raffo, Juan Pablo Mañalich,** 2019, op cit., p.38.

¹⁵² Ambas cuestiones explicadas en **Lioi, Antonia Silva,** op cit., p.6.

¹⁵³ **Basualto, Héctor Hernández,** 2010, op cit., p.211.

agente que tiene facultades para operar en nombre de otro, el o la cajera del Supermercado en este caso, es quién forma parte del triángulo, porque es una persona que fue engañada y eso deviene en la disposición de otro. Con esto despejado, se puede comprender cuál será la mejor alternativa para que este delito llegue a estar consumado.

Con una visión mixta del patrimonio, la pérdida de valor de este, de todas maneras, ha de ser cuantificable¹⁵⁴. Como se ha expuesto en el punto anterior, esto, para una definición de lo que es efectivamente un delito de estafa no existen mayores dificultades, inclusive para casos complejos. Pero también es ostensible sostener que el comercio, sus operaciones y el mercado fluctúan de maneras inesperadas y que conceptos de otras teorías respecto del patrimonio pueden complementar estas abstracciones.

Si consideramos sólo una visión jurídico-económica, el hecho de que el seguro haya operado para el Supermercado a través de un injusto penal le podría significar un perjuicio. Esto es relativo, considerando la variabilidad que pudiere tener este tipo de contratos en virtud de la Ley N°20.667. Por ende, no se puede asegurar la existencia de perjuicio para todos los casos, siendo una condición necesaria y no suficiente de esta, al ya tener claro quiénes son los reales intervinientes en el “triángulo”.

Las visiones funcionalistas atenderían entonces al perjuicio devenido en que no se haya cumplido el fin perseguido con el que se inició el negocio¹⁵⁵. ¿Cuál es este? La inexistencia de pautas complica su establecimiento, puesto que el caso particular no involucra a la aseguradora que fue la fuente del dinero que “puso fin al perjuicio”. Para responder a esto primero descartemos desde ya las alegaciones de la defensa, no porque son ilógicas, si no, porque no van a lugar, no tiene que ver la Compañía de Seguros en el delito que el victimario provocó, esto es algo de carácter privado entre el Supermercado y esta empresa. Luego, si nos ceñimos netamente en el “triángulo”, la posibilidad de un detrimento económico es alta, independiente del seguro o no.

Entonces, si bien, el resultado se efectuó, pero luego se resarcó, gracias a factores externos, puede, en virtud del art. 7 del Código Penal, ser constitutivo de delito frustrado de estafa, tal como lo afirma la Corte. No obstante, la diferencia entre la consumación de un

¹⁵⁴ Peller, Gustavo Balmaceda Hoyos y Michael Ferdinan, op cit., p.212.

¹⁵⁵ Aedo, Hermes Hein, op cit., p.50.

delito y su frustración parece estar mediada por la contratación de un contrato de seguro, por ende, es necesario buscar una base más sólida para establecer la categoría de esta conducta antijurídica.

La consumación de este delito debe tener fundamento entonces en la afectación al patrimonio del Supermercado, si bien, la teoría funcionalista da un vasto margen para definir un fin, es claro que lo que no buscaba el Supermercado en esta transacción era obtener un cheque robado¹⁵⁶. Se ha empujado a este agente a ir en contra de su fin económico lo implica que existe la posibilidad de perjuicio. Además, desde lo meramente jurídico-económico, cobrar el seguro tiene implicancias económicas, mas no cuantificables que también son considerables.

Sobre lo sostenido en la sección anterior en el 3.2.4) sobre el caso 1), ya despejada la cuestión sobre si es el error al revés o no la mejor forma de explicar la conducta y su respectiva calificación jurídica, puesto que la Corte más allá de mencionar y describir el concepto para el caso concreto no ahonda sobre las falencias ya expuestas sobre esta conceptualización, es necesario proponer entonces algún argumento alternativo que explique y complemente la decisión de dejar impune esta conducta.

La cuestión es demostrar que esta estafa está efectivamente frustrada y en ese sentido se invoca el concepto de “inmediatez para la acción” acuñado por la doctrina más reciente¹⁵⁷ y que es una cuestión mucho más general que el “error al revés” propuesto por esta jurisprudencia. Esto no quiere decir que este último es un concepto errado para la situación de la que trata el fallo, empero, utilizarse sin un desarrollo detallado respecto de la visión que se tiene del art. 7 del Código, deja sujeta esta cuestión a interpretaciones que como ya se auguró, pueden resultar contradictorias.

Este concepto propuesto se refiere a que la tentativa (*lato sensu*) como tal, existe cuando:

¹⁵⁷ Principio de ejecución e inmediatez-de-acción: una reconstrucción aplicativa del art. 7º, inc. 3º del Código Penal chileno. **Raffo, Juan Pablo Mañalich. 2021.** Coquimbo : Revista de Derecho UCN, 2021, Vol. 28. ISSN: 0718-9753.

“el agente queda en posición de ejecutar u omitir una acción que, de ser acertada su su representación de las circunstancias que configuran la situación, habría de llegar a ejemplificar el tipo de acción sometido a prohibición o requerimiento.”¹⁵⁸

Esto da un parámetro mucho más objetivo que la teoría que es reformulada por esta, es decir la “de la acción inmediata” que le da al autor y a su subjetividad más preponderancia, porque se fija en si este no necesita ejecutar u omitir alguna acción para quedar en esta posición, estando este resuelto a realizar la conducta de la que debería abstenerse¹⁵⁹.

Tener una base interpretativa más objetiva genera que si se aproxima el juzgador a echar mano al “error al revés” quede menos espacio para dudas y ambivalencias para la determinación de un delito frustrado de estafa.

Para el caso concreto se aprecia como el agente estaba en posición para ejecutar la acción, es decir, inscribir el inmueble a su nombre por medio de un engaño, si es que esto habría sido necesario para apoderarse de este bien, puesto que como ya es sabido, esto era inútil, porque por razones externas este ya le pertenecía. Es importante ver como esto se aprecia de manera positiva, es decir, manifiesta las condiciones por las cuales la tentativa delictual queda iniciada¹⁶⁰, acomodándose así a la cuestión de que el sujeto ya está en esta posición de inmediatez.

¹⁵⁸ Ibidem, página 2.

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Ibidem.

Conclusiones

A lo largo de esta memoria se ha defendido una visión mixta del patrimonio (jurídico-económica) respecto a la estafa para que así, bajo este prisma se evalúe la existencia de un perjuicio jurídicamente relevante. Este elemento, como vimos está concatenado por causalidad con los demás, a saber, engaño, error y disposición patrimonial. Esta última cuestión no deja de ser relevante si consideramos que existen visiones que no están de acuerdo con el análisis causalista unido al resultado de las conductas para definir su punibilidad. Se acentúa a su vez, que esta interconexión de los elementos ya mencionados hace que se comprendan entre sí de manera armónica, desde la entidad que ha de tener el engaño para que de paso a las fases de desarrollo del delito, el error que lo sigue, la disposición patrimonial que ha de tener ya una implicancia en el renombrado perjuicio.

Además, es importante señalar que esta postura del patrimonio es perfectible en virtud de situaciones en las cuales no existe una respuesta firme ni en el Derecho ni la Economía y en conjunto, sobre qué o cuanto es lo perjudicado en relación con la idea que se tiene de patrimonio. En efecto, se ha abierto la posibilidad para la comprensión de las fases de desarrollo del delito, de comprender el patrimonio desde teorías alternas como la de la “frustración del fin” y a su vez, dar paso a la posibilidad de entender como jurídicamente relevante un “perjuicio en forma de peligro”, pero no un peligro de perjuicio a secas.

En relación a este punto, también se ha hecho un esfuerzo por desarrollar una visión moderada comparado con posturas que podrían situar al Derecho Penal desde una vereda demasiado subjetiva, que le de al autor imperio respecto de lo que se determina como punible o no para así despejar cualquier elemento externo, como lo es la “teoría del desvalor de la acción”.

Este esfuerzo fue realizado exclusivamente para comprender con mayor claridad la diferenciación entre la consumación, la frustración y la tentativa. El resultado de esto fue

que se define que, respecto a estas fases, el engaño pierde relevancia porque se ha postulado una visión sobre su idoneidad que adolece de precisión al no poder ser uniforme, provocando casos en los que se pueda extender o limitar la aplicación del art. 7 del Código Penal. Es por eso por lo que se ha apuntado a que esta idea de la idoneidad debe dejarse de lado y que sea la existencia o no de perjuicio lo que determine el grado de desarrollo de la estafa.

Finalmente, algunas de las cuestiones más inusitadas por este delito en la jurisprudencia como lo son el error al revés y la estafa triángulo tienen definiciones casi pétreas, sin embargo, es necesario que se profundicen con las propuestas hechas en el presente por ejemplo con la teoría de la “inmediatez para la acción”, puesto que con el surgimiento y refuerzo de la doctrina en delitos con protección de bienes jurídicos tan abstractos como lo es el patrimonio, se desdibujan los límites entre lo que es aceptable y lo que da paso a una bifurcación de la práctica jurisdiccional.

Referencias

- El Concepto De Patrimonio Y Su Contenido En El Delito De Estafa.* **Muñoz, Andrés Schlack.** 2008. 2, Santiago, Chile : Revista Chilena de Derecho, 2008, Vol. 35. pp. 261-292..
- Aedo, Hermes Hein.** 2017. *Patrimonio, perjuicio y peligro: La exposición al riesgo del patrimonio público en el caso Kodama.* Santiago, Chile : s.n., 2017.
- ALVIÑA, CONSTANZA OYANGUREN.** 2019. *EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN CHILE.* Santiago : s.n., 2019.
- ANALISIS DOGMATICO DEL CONCEPTO DE “PERJUICIO” EN EL DELITO DE ESTAFA.* **Peller, Gustavo Balmaceda Hoyos y Michael Ferdinan.** 2006. 7, Santiago, Chile : Revista Estudios de la Justicia, 2006.
- Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadamente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal.* **Raffo, Juan Pablo Mañalich.** 2017. 1, Coquimbo : Revista de Derecho. Sección de Estudios., 2017, Vol. 25.
- Aproximación a la problemática de estafa. Problemas actuales de Derecho Penal.* **Basualto, Hector Hernández.** 2003. 2003.
- Aspectos actuales de los delitos de estafa.* **Künsemüller, Carlos.** 2017. 2, Santiago, Chile : Revista de Ciencias Penales, 2017, Vol. XLIV.
- Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho Penal.* **Kindhäuser, Urs.** 2011. s.l. : ADPE 1, 2011.
- El “iter criminis” en la estafa a las compañías de seguros.* **Bustos, Laura Mayer Lux y Andre Pinto.** 2015. Valparaíso : Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso., 2015.
- El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma.* **Raffo, Juan Pablo Mañalich.** 2020. 3, s.l. : InDret, 2020. 10.31009.
- Etcheberry, Alfredo.** 1998. *Derecho Penal Parte Especial Tomo III.* Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Finzi, Conrado.** 1961. *La estafa y otros Fraudes.* Buenos Aires : Depalma, 1961.
- Guzman., Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramirez.** 2018. *Manual de Derecho Chileno Parte Especial.* Valencia : Tirant Lo Blanch., 2018.
- Hoyos, Gustavo Balmaceda.** 2009. *El Delito de Estafa Informática.* Santiago : Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.
- La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal.* **Basualto, Héctor Hernández.** 2010. 1, s.l. : Revista de Derecho UDP., 2010, Vol. XXXIII.
- Lifschitz, Sergio Politoff.** 2009. *El delito imposible en el derecho chileno. Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración.* México D.F : Jurídica de las Américas., 2009.

Lioi, Antonia Silva. 2021. AZAR, RESPONSABILIDAD Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA: UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL DEBATE ACERCA DE LA “SUERTE MORAL”. Santiago : s.n., 2021.

Los Elementos Típicos Del Delito De Estafa En La Doctrina Y Jurisprudencia Contemporáneas.
Jimenez, José Francisco Leyton. 2014.. Año 10, N° 2, Santiago, Chile : Ars Boni Et Aequi, 2014., Vol. I.

Mackinnon, Vivian Bullemore y John. *Curso de Derecho Penal Tomo IV.* s.l. : LexisNexis.

Oneca, Antón. 1957. *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y la jurisprudencia.* Barcelona : Nueva Enciclopedia Jurídica, 1957. IX.

Principio de ejecución e inmediatez-de-acción: una reconstrucción aplicativa del art. 7º, inc. 3º del Código Penal chileno. **Raffo, Juan Pablo Mañalich. 2021.** Coquimbo : Revista de Derecho UCN, 2021, Vol. 28. ISSN: 0718-9753.

Raffo, Juan Pablo Mañalich. 2014. *Norma, causalidad y acción: una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros.* Madrid : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2014. ISBN: 9788415948919.

Ripollés, Antonio Quintano. 1977. *Tratado de la parte especial del derecho penal.* Madrid : Instituto "Francisco Vitoria", 1977. II.

Romero, Gladys. 2007. *Delito de Estafa, Análisis de modernas conductas típicas de estafa. Nuevas formas de ardid o engaño.* Buenos Aires : Hammurabi, 2007.

Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo. **Raffo, Juan Pablo Mañalich. 2019.** 27, s.l. : Política Criminal: Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, 2019, Vol. 14.

Vidal, Miguel Ángel Caro. 2019. *Aproximación al concepto de perjuicio patrimonial.* Santiago : Revista Estudios de la Justicia, 2019.