



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**Departamento de Ciencias Penales**

# **LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE FRAUDE INFORMÁTICO EN CHILE**

**Análisis jurisprudencial, doctrinario y normativo**

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

Autor: PABLO NICOLÁS UTRERAS MIRANDA

Profesor Guía: GONZALO MEDINA SCHULZ

SANTIAGO DE CHILE

Agosto 2017

*A mi familia y Francisca*

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>RESUMEN .....</b>	<b>v</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>4</b>
1. Preámbulo .....	4
2. Análisis sentencias.....	4
3. Conclusiones.....	16
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DOCTRINARIO.....</b>	<b>18</b>
1. Preámbulo.....	18
2. Casos.....	18
3. Engaño.....	20
3.1. Presupuestos.....	20
3.2. Concepto de engaño de la doctrina mayoritaria.....	20
3.3. Concepto de engaño de la doctrina minoritaria.....	23
3.4. Toma de postura.....	24
4. Error.....	26
4.1. Presupuestos.....	26
4.2. Concepto.....	26
4.3. Debate sobre la posibilidad de prescindir del error en la estafa.....	27
4.4. Toma de postura.....	28
5. Disposición patrimonial.....	32
5.1. Presupuestos.....	32
5.2. Concepto.....	32
5.3. Disposición patrimonial como consecuencia del error en la estafa.....	33
5.4. Procedencia de la disposición patrimonial en el fraude informático.....	35
6. Manipulación informática u otro artificio semejante.....	36
6.1. Presupuestos.....	36
6.2. Concepto.....	38
6.3. Artificio semejante o manipulación no informática.....	39

6.4.	Manipulación como una especie engaño.....	40
6.5.	Requisitos de la manipulación informática para su suficiencia típica .....	42
7.	Síntesis de las conclusiones del Capítulo .....	44
<b>CAPÍTULO TERCERO: BREVE ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS QUE TIPIFICAN EL FRAUDE INFORMÁTICO.....</b>		<b>46</b>
1.	Preámbulo.....	46
2.	Fraude informático en proyecto de ley que modifica el Código Penal para incorporar nuevos delitos informáticos .....	46
2.1.	Tipo penal:.....	46
2.2.	Tipo objetivo .....	47
2.3.	Tipo subjetivo.....	50
3.	Fraude informático en el proyecto de ley que establece un nuevo Código Penal .....	50
3.1.	Tipo penal.....	50
3.2.	Tipo objetivo .....	51
3.3.	Tipo subjetivo.....	53
4.	Fraude informático: ¿Estafa, hurto, fraude u otro delito informático? .....	53
4.1.	Las hipótesis que comprende el fraude informático no pueden ser sancionadas a título de hurto según el art. 432 del Código Penal .....	53
4.2.	Sólo algunas hipótesis del fraude informático pueden ser sancionadas como otros delitos informáticos de la ley N° 19.223 .....	54
4.3.	Las hipótesis que comprende el fraude informático no pueden ser sancionadas a título de estafa según los arts. 468 y 473 del Código Penal .....	55
4.4.	Las hipótesis que comprende el fraude informático pertenecen a la familia de las defraudaciones.....	59
5.	Conclusión preliminar .....	60
<b>CONCLUSIONES .....</b>		<b>61</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>		<b>63</b>

## **RESUMEN**

Esta tesis pretende demostrar la necesidad de tipificación del fraude informático en la ley chilena. Para tal efecto, se examinará si la estafa convencional tiene la aptitud de sancionar las hipótesis delictivas del fraude informático, lo que implica determinar con precisión el contenido de injusto de estas figuras penales.

En este sentido, se llevará a cabo una revisión jurisprudencial, doctrinaria y normativa. La perspectiva de la judicatura nos permite vislumbrar los casos conflictivos donde median sistemas informáticos relacionados con defraudaciones. La doctrina, por su parte, desarrolla el sentido y alcance de los elementos propios de los delitos en estudio. Y, por último, el análisis de los proyectos de ley que tipifican el fraude informático en nuestro país -en relación con las disposiciones actualmente vigentes- nos permitirá concluir si los vacíos normativos serían subsanados.

Finalmente, el resultado del estudio arrojó que el fraude informático presenta peculiaridades que hacen imposible su inclusión dentro de la estafa convencional. Otros tipos penales, como el hurto o los delitos informáticos de la ley N° 19.223, tampoco tienen la virtud de sancionar las conductas propias del fraude informático, lo que hace recomendable la tipificación del mismo desde el punto de vista dogmático y de la persecución criminal.

## INTRODUCCIÓN

El paradigma imperante en la actualidad es el llamado “Informacionalismo”, el cual reemplazó el modelo de la sociedad industrial. Tal cambio permitió la génesis de la “sociedad red”, que recogió los valores del viejo capitalismo y agregó otros<sup>1</sup>. De acuerdo a Pekka Himanen, es precisamente el dinero la meta instrumental al tope de la jerarquía del “espíritu del Informacionalismo”, relacionado no sólo con hacer la mayor cantidad de riqueza posible, sino también con la optimización de los recursos y los procesos tecnológicos. Los demás valores apoyan dicho objetivo<sup>2</sup>.

En ese sentido, el patrimonio ocupa un rol capital en la “sociedad red” y corresponde al Derecho –entre otras instituciones– brindarle la debida protección.

Sin dudas, la democratización del conocimiento a través de la red y las singularidades que presenta la internet como ámbito criminal, permiten conductas desviadas socialmente cuyas características complejizan las actuales estructuras jurídicas pensadas inicialmente para las interacciones directas entre personas. Hay un aprovechamiento de las ventajas que otorga la *web* en referencia al espacio, tiempo e identificación de las personas.

Por ello, dadas las peculiaridades de esta clase de delitos, las sociedades se organizan para desarrollar métodos especiales de persecución y prevención, como por ejemplo el “Convenio de Budapest” -un Tratado Internacional contra el Cibercrimen- o la Ley de Delitos Informáticos N° 19.223 en nuestro país. En este escenario, emerge como un especial problema el fraude informático, puesto que la construcción dogmática de la estafa tradicional o convencional -su eventual antecedente- siempre ha estado envuelta de arduas discusiones doctrinarias y es una figura emblemática para el resguardo del patrimonio.

Nuestra legislación no ha tipificado el delito de fraude informático, sin perjuicio que hay propuestas legislativas con esa finalidad. Aquello trae consigo la pregunta evidente:

---

<sup>1</sup> CASTELLS, Manuel. «Informacionalismo y sociedad red.» En: HIMANEN, Pekka. *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*. 2002. 109-124. p. 111.

<sup>2</sup> HIMANEN, Pekka. *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*, 2002, 109-124. Pp. 91-92.

¿Bastan los tipos de estafa tradicional –ya sea la figura del art. 468 o 473, ambos del Código Penal chileno– para sancionar a quien realice la conducta propia del fraude informático? En el transcurso de esta memoria, trataré de demostrar que la respuesta es negativa, por lo que se requiere un tipo especial como los contemplados en los proyectos de ley.

Para dilucidar el problema, es menester determinar cuál es la relación entre la estafa tradicional y el fraude informático, así como el injusto propio de ambas figuras. El profesor Gustavo Balmaceda, ha concluido que hay tres vertientes en este respecto:

- a. La postura mayoritaria sostiene que hay una estrecha cercanía entre ambos delitos, una estructura simétrica: son figuras delictuales con elementos en común, pero también presentan otros que los diferencian.
- b. Por otra parte, subyace una postura minoritaria, la cual reclama una lectura alternativa del tipo de estafa clásico con el fin de posibilitar la inclusión en su seno de las conductas que se contemplan en el fraude informático.
- c. Y, por último, surge una postura negativa que sostiene que no existe ninguna posibilidad de apreciar analogía alguna entre estos delitos ya que, de lo contrario, se correría el riesgo de desnaturalizar los contornos tradicionales del tipo de estafa<sup>3</sup>.

Con todo, ciertamente es pacífico que ambas figuras implican una afectación al patrimonio<sup>4</sup>. No está claro, empero, si la conducta comisiva del fraude informático (*v.gr.* “manipulación informática” en el art. 248.2 del Código Penal Español), es una especie de engaño, y si tiene como correlato lógico el error -o algún concepto alternativo-.

Por consiguiente, la piedra angular de este tema radica en la interpretación que le otorga cada postura a los elementos engaño, error y disposición patrimonial. Dilucidado aquello, tendremos la respuesta sobre la eventual aptitud del tipo de estafa para sancionar el injusto del fraude informático y, consecuentemente, sabremos si es necesario tipificar dicho ilícito en Chile.

---

<sup>3</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El delito de estafa informática*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008. pp. 117-127.

<sup>4</sup> KINDHÄUSER, Urs. «La estafa como autoría mediata tipificada.» En su libro: *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*. Trad. Jorge Perdomo Torres. Lima: Grijley, 2002. p. 103.

A priori, para introducirnos en el tema, es útil revisar someramente en la literatura chilena las dos interpretaciones más afianzadas acerca de la estafa y sus presupuestos:

La doctrina mayoritaria, tradicional o clásica, representada por los profesores Alfredo Etcheberry, Mario Garrido y Héctor Hernández, entre otros, han postulado que la estafa se estructura de la siguiente manera: una persona realiza un engaño en cuya virtud el receptor, una persona natural, padece un error que lo determina a disponer voluntariamente de un patrimonio (suyo propio, o de un tercero), lo que provoca un perjuicio económico<sup>5</sup>. Por ende, los elementos que definen el injusto de la estafa son: engaño, error, disposición patrimonial voluntaria y perjuicio, más el nexo causal entre éstos.

Por otra parte, asoma una postura minoritaria a la que adhiere Gustavo Balmaceda, la cual reconstruye dogmáticamente la estafa tradicional, concluyendo que basta que el engaño se exteriorice, produzca un perjuicio, y que el error no es un elemento autónomo<sup>6</sup>.

Bajo este cariz de argumentos, entre otros, lo que se pretende es determinar el injusto propio del fraude informático. Para tales efectos, se seguirá la siguiente metodología: Primero, se revisarán fallos jurisprudenciales para establecer cuál es el ámbito en cuya virtud la aplicación de la estafa tradicional resulta conflictiva al compás de la doctrina mayoritaria. Posteriormente, se examinarán los elementos que la doctrina exige a la estafa y al fraude informático en forma pormenorizada, una perspectiva comparativa según la visión de distintos autores, a fin de dar respuesta a las preguntas reseñadas en este trabajo. Y, finalmente, se estudiarán las actuales propuestas legislativas en la materia, los cuales parecen reconocer la necesidad de un tipo específico de fraude informático.

En suma, considerando la necesaria protección a la seguridad informática y al patrimonio como bienes jurídicos que demanda la “sociedad red” y habida cuenta que el tema no ha sido agotado por la doctrina y presenta numerosas dificultades para la jurisprudencia, el estudio que abarca esta memoria es de gran relevancia para el Derecho Penal Económico contemporáneo.

---

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, en: GARRIDO, Mario. *Derecho Penal*. Parte especial. Tomo IV. Cuarta ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 332.

<sup>6</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El delito...* Op. Cit. p. 119.

# **CAPÍTULO PRIMERO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

## **1. Preámbulo**

A continuación se revisarán una serie de fallos relativos al delito de estafa y a sus elementos, con especial énfasis en aquellos casos donde intervienen medios informáticos y personas jurídicas, para demostrar las problemáticas que surgen en la praxis jurisprudencial.

## **2. Análisis sentencias**

### **i. Fallo N° 1, dictado por el Juzgado de Garantía de Valparaíso, del año 2007, RUC N° 0500115380-5.**

Síntesis de los hechos: “La empresa de buses TUR-BUS, fue defraudada mediante engaño, en la suma de \$4.000.000, puesto que el acusado Luis Hernán Canales Núñez, aprovechándose de la circunstancia de haber trabajado en la sucursal de la empresa y de la confianza que adquirió con sus compañeros de trabajo Manuel González Hernández y Luis Torres Hernández, obtuvo los *loggins* de acceso de estos funcionarios al sistema computacional de la empresa, lo que le permitió hacer giros de dinero desde la terminal computacional, para lo cual ingresaba estos *loggins* y efectuaba giros de dinero a nombre de diversas personas, las que previamente eran contactadas por su sobrino, el acusado Ariel Hernán González Muñoz, quien con pleno conocimiento del engaño que estaban efectuando les solicitaba a esos terceros sus nombres y cédulas de identidad y les señalaba que tendrían que ir a retirar una determinada cantidad de dinero girada a su nombre, proporcionándoles un código que debía ser indicado al cajero en el momento del retiro, a cambio de lo cual recibirían un porcentaje del dinero recibido.” (Considerando 1°)

Calificación jurídica del Tribunal: “(...) los hechos objeto de la acusación, configuran la existencia de los delitos reiterados de Estafa, previstos y sancionados en el artículo 468 en

relación al artículo 467 N°1 y N°2 del Código Penal, en grado de consumados, puesto que los acusados atribuyéndose otras identidades y mediante una negociación imaginaria, indujeron a error a la víctima –Empresa Tur Bus-, quien en la creencia de haberse efectivamente efectuado un depósito de dinero en sus arcas, provocaron que ésta, en la falsa creencia que se disponía del dinero, procediendo al pago del respectivo giro, transfiriendo en total la suma de \$4.000.000 de su propiedad a los acusados.” (Considerando 3°)

Comentario: El Tribunal adhirió a la dogmática tradicional en cuanto a la estructura de la estafa, razonando de la siguiente forma: Los acusados engañaron a la empresa Tur-Bus, la cual, bajo una creencia errónea realizó una disposición patrimonial –transfirió dinero- lo que le provocó un menoscabo económico.

Por consiguiente, el Juez de la causa estimó que las personas jurídicas pueden equivocarse, noción que contradice la definición de error como un fenómeno psicológico, el cual sólo podrían padecer las personas naturales y no los entes que carecen de estados cognitivos como las empresas<sup>7</sup>.

**ii. Fallo N° 2, dictado por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, del año 2009, RUC N° 0800036205-1.**

Síntesis de los hechos: “El mecanismo utilizado por el acusado para obtener la clave secreta del cliente y poder llevar a cabo el fraude, fue el denominado ‘*phishing*’, mecanismo que consiste en el envío de falsos correos electrónicos supuestamente enviados por las entidades involucradas (bancos, proveedores de internet, tiendas, etc.) que conectan al usuario con falsos sitios web, a fin de obtener de parte de estos la entrega de sus datos financieros secretos. Al efecto, el acusado Fabián González Oliveros ingresó al sitio web del Banco Santander Chile y efectuó un traspaso de \$15.000.000, desde la cuenta corriente de la sociedad South Telecom & Networking Limitada -simulando ser esta empresa- a la cuenta corriente de don Heriberto Araya Peric del Banco Santander Chile.

---

<sup>7</sup> HERNÁNDEZ, Héctor. «Por qué no puede prescindirse de la exigencia de error en la estafa.» *Doctrina y jurisprudencia penal. Edición especial. Del fraude a la responsabilidad penal de las empresas*. Tomo II (2010): 435-448. p. 435.

(...) Realizada la transacción González Oliveros se comunicó con Moraga Veras y este último con Zaldívar Barros, quien acompañó a Heriberto Araya Peric a retirar la suma defraudada. Zaldívar Barros entregó la suma defraudada, previa deducción de su comisión ascendente a la suma de \$200.000, a Marcelo Moraga Veras, quien a su vez le entregó la suma defraudada, previa deducción de su comisión ascendente a la suma de \$500.000, a Fabián González Oliveros”. (Considerando 2°)

Calificación jurídica del Tribunal: “(...) el error o falsa representación de la realidad, la sufre el banco, engañado por la hipótesis de usar nombre fingido, la disposición patrimonial la realiza la máquina o sistema automatizado y el engaño se retoma y se traslada a un hecho posterior al acto de disposición, esto es, al momento en que es retirado el dinero.

Claramente esta hipótesis no cabe dentro de la tipificación de estafa mediante engaño, puesto que (...) el primer elemento que debe concurrir es el engaño que conduce o induce a quien lo sufre, al error o falsa representación de la realidad, provocando la disposición patrimonial voluntaria, que lesiona o perjudica el patrimonio de la víctima o de un tercero, el planteamiento del ente persecutor habla del Banco como engañado y como quien padeció el error, en circunstancias que la operación financiera ingresa directamente al sistema informático del Banco, no hay intervención de personas naturales que reciban la orden de operar y digiten la clave y, si se refiere a la persona jurídica, solo podrá ser víctima de engaño y error quien represente a la entidad, puesto que, como se ha dicho, solo las personas naturales pueden ser víctimas de engaño y error, al menos típicamente y nada de eso se ha probado respecto del Banco.

(...) se engañó a la máquina, al sistema informático, lo que no aparece aceptable, puesto que como se ha dicho y reiterado, solo el ser humano puede ser inducido a error, es un fenómeno eminentemente psicológico que hace que la víctima del engaño, indudablemente movida por el error a que ha sido inducida, voluntariamente disponga de los bienes, con perjuicio de su patrimonio o de terceros. Las máquinas no pueden ser engañadas, las máquinas no cometen errores, en consecuencia, solo cabe concluir que el hecho... no es constitutivo de delito, es un hecho atípico, y no puede ser penalmente sancionado, más allá de aparecer revestido de cierta ilicitud y, o, ser moral y éticamente reprochable.” (Considerando 12°)

Comentario: Al igual que el caso anterior, el Tribunal no innova en cuanto al análisis estructural de la estafa; sí se diferencian, empero, en la apreciación conceptual de tales elementos. El Juez estimó que ni el Banco -una persona jurídica- ni su sistema informático son susceptibles de yerro alguno, puesto que definió el error como un “fenómeno eminentemente psicológico”. Por tal motivo, concluyó que la conducta desplegada por los acusados es atípica, al no verificarse los presupuestos típicos de la estafa.

A mayor abundamiento, de acuerdo al razonamiento del Tribunal, tampoco se verifica una disposición patrimonial, lo que excluye definitivamente el injusto propio de la estafa. En este sentido, podría estimarse como una conducta constitutiva de un hurto por engaño. Sin embargo, el Juez no podía referirse a tal hipótesis, puesto que afectaría el principio de congruencia procesal.

En definitiva, de manera notoria, se aprecian diversas corrientes judiciales, dado que resuelven de formas diametralmente opuestas en situaciones análogas.

**iii. Fallo N° 3, Sentencia de segunda instancia, dictada por la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, del año 2009, Rol N° 174-2009.**

El caso anterior (fallo N° 2) llegó a conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, luego que tanto el querellante como el Ministerio Público dedujeran sendos recursos de nulidad penal. Me remito a los hechos y argumentos descritos previamente.

En cuanto a las alegaciones de las partes, en primer término, llama la atención la argumentación de los recurrentes en orden a sostener la concurrencia de cada uno de los elementos de la estafa, especialmente, aludiendo a la existencia del error por parte de los operadores de la plataforma virtual del Banco. En sus palabras: “engañando al Banco a través de su plataforma operativa de internet que es manejado por personas naturales de carne y hueso”. Tal razonamiento es revelador de los esfuerzos para imponer una interpretación de los hechos que permita la concurrencia de los presupuestos típicos a situaciones en las cuales el delito de estafa no es el más idóneo, según previene la doctrina tradicional, dado que, en estricto rigor, parece no figurar una participación real y efectiva de estos operadores. Es decir,

difícilmente podrían incurrir en yerro quienes no han sido receptores del engaño y cuya identidad desconocemos en el proceso.

Por otra parte, a modo subsidiario, el Ministerio Público argumenta que si el Tribunal no calificó el hecho como estafa, bien podría haberlo recalificado como un hurto del art. 432 del Código Penal. Alegación que es correctamente desestimada por la Corte de Apelaciones, pues de acogerse se afectaría la garantía procesal del principio de congruencia.

Finalmente, la Corte de Apelaciones rechazó los recursos, fundado en que no hay error de derecho por parte del Tribunal de primera instancia. Agregó que el análisis fue correcto, en la medida que la estafa requiere “la concurrencia de elementos copulativos, entre ellos el error psicológico de la víctima, que hace que ésta disponga de todo o parte de su patrimonio, lo que evidentemente no ocurre pues es la máquina la que hace entrega del bien mueble al haberse obtenido por un tercero la clave secreta del cliente.”

En consecuencia, la Ilustre Corte de Apelaciones, de forma dogmáticamente correcta, adhiere a la concepción tradicional de la estafa y respalda el concepto de error como un fenómeno psicológico, el cual sólo puede sufrir una persona natural.

**iv. Fallo N° 4, dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, del año 2011, RUC N° 0910014546-1.**

Síntesis de los hechos: Los acusados “trabajaban como cajeros del Supermercado Líder, situación en la que obstaculizaron o impidieron el funcionamiento del sistema informático instalado en cada una de las cajas para la venta de códigos telefónicos de prepago, conocidos también como “pines telefónicos”, generando así códigos prepagados de las empresas Entel, Claro y Movistar que nadie pagó a Hipermercado Curicó Limitada, pero que esta sociedad debió pagar a las empresas telefónicas. El modo de operar consistía en ingresar durante un proceso de compra normal de mercaderías, un código erróneo, concretamente un descuento de un producto determinado asociado a los titulares de la Tarjeta Presto, con lo cual se producía que el sistema de las cajas se bloqueara e impidiera el ingreso de nuevos productos a la cuenta del cliente, siendo la única alternativa para regresar al sistema y continuar la

compra, anular el descuento de la Tarjeta Presto ingresado “erróneamente”. En el tiempo entre el ingreso mal hecho y su posterior anulación, la caja quedaba impedida de registrar compras en la boleta del cliente, ni efectuar registros en el sistema de control de ingresos de la caja. Durante ese lapso, los imputados realizaban una o más operaciones de generación de “pines” o códigos prepagados, sin que quedaran registradas ni en la boleta del cliente ni en el sistema de control de la caja, luego desbloqueaban el sistema y concluían la venta. Al término de su jornada, rendían cuenta de sus ventas realizadas omitiendo la generación de pines, y sobre la base del registro de la caja, incompleto por la alteración ya descrita, a sus supervisores les resultaba imposible percatarse del engaño. Con ello las acusadas podían disponer gratuitamente de los códigos o pines generados.” (Considerando 1°)

Calificación jurídica del Tribunal: “(...) el engaño indujo a error a quienes dispusieron este mecanismo informático para el registro de compra ventas de los bienes y servicios que la empresa prestaba. Ya que con ello se indujo a error en el pago de una establecida cantidad de dinero, resultando en definitiva engañado, porque, dicho pago, no se realizó (...)

(...) la caja registradora fue sólo el medio utilizado por los acusados para engañar al sujeto pasivo y perjudicarlo en su patrimonio (...) El cajero sabe que no daña la máquina, sino al dueño de dicha máquina, lo que hacía a través de una compra que no quedaba registrada de pines telefónicos.

(...) el error está dado por todas las ventas de pines falsamente “vendidos”, y que de una u otra forma quedaba registrado en las boletas del servidor y que por figurar como tales, el Líder tuvo que pagar, conclusión a la que se llega pues ninguna empresa paga lo que no se le demuestra que compró o vendió.

Siendo el engaño toda la actividad que por la vía de ventas en apariencias normales realizaban los cajeros frente a sus jefes y usando los medios que el supermercado Líder les entregó. Existiendo en consecuencia una disposición patrimonial consistente en el pago realizado por el hipermercado Líder Curicó, causándole un perjuicio aproximado de \$1.560.000.

(...) son constitutivos de sendos delitos de **ESTAFA**, previsto en el artículo 468 del Código Penal en **concurso** con el **delito informático del artículo 1° de la Ley 19.223**, en grado de consumados.”(Considerando 8°)

Comentario: El Tribunal sigue la dogmática clásica del delito de estafa. Máxime, considerando que cita al profesor Mario Garrido, y define cada uno de los elementos en su sentido tradicional.

En la especie, el razonamiento judicial sostiene que los encargados de las cajas registradoras, empleados del Supermercado, realizaron un engaño, un ardid, que derivó en un error por parte de los desarrolladores del sistema informático, promoviendo que el Supermercado dispusiera patrimonialmente perjudicándose a sí mismo.

Respecto al engaño, el Tribunal razona correctamente en un primer momento, pero luego incurre en confusiones conceptuales, puesto que hace consistir el error en una situación, un conjunto de acontecimientos, y no en un fenómeno psicológico o algún concepto semejante que sea operativo dentro de una dogmática. En sus palabras: “el error está dado por todas las ventas de pines falsamente ‘vendidos’, y que de una u otra forma quedaba registrado en las boletas del servidor y que por figurar como tales”. En tales circunstancias, el Juez equipara los conceptos de engaño con error.

En cuanto al error propiamente tal, el Tribunal enfatiza que la caja registradora no es más que un instrumento, un medio, y que los desarrolladores del sistema fueron quienes incurrieron en yerro, personas naturales anónimas en este caso. Dicha construcción es curiosa, porque en estricto rigor fenomenológico, los creadores del sistema informático en comento no tuvieron conocimiento del engaño mientras éste se llevaba a cabo, no fueron receptores del mismo, por lo que estaríamos ante un caso de *ignorantia facti*, circunstancia que históricamente ha sido rechazada como una posibilidad de error, bajo la definición de éste como un fenómeno psicológico<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ, Héctor. «Aproximación a la problemática de la estafa.» AAVV. Problemas actuales de Derecho Penal. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2003. 147-190. p. 167.

Con todo, la teoría del caso del Tribunal no se sustenta a partir de la estructura dogmática tradicional del profesor Garrido Montt, en cuya virtud es menester la identidad entre la persona engañada y quien dispone patrimonialmente, mas no con el perjudicado final<sup>10</sup>. En sus párrafos finales, el Juez menciona que el Supermercado Líder -una persona jurídica- dispuso patrimonialmente y fue perjudicado. Luego, si en una primera oportunidad indicó que fueron los desarrolladores del sistema los engañados, mal podría postularse que fue el Supermercado el que realizó la transacción.

Por de pronto, es interesante notar cómo la falta de un tipo específico de fraude informático, o bien, una reinterpretación acorde del delito de estafa tradicional, provoca vicios hermenéuticos por parte de la jurisprudencia.

**v. Fallo N° 5, dictado por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, del año 2008, RUC N° 0700157424-2.**

Síntesis de los hechos: “Personas desconocidas pudieron acceder al sistema de tratamiento de información del banco Santander, con el ánimo de apoderarse y de usar indebidamente dicha información; ello se logró a través del envío masivo de *mails* a clientes y titulares de cuentas corrientes de la entidad financiera, los que contenían una dirección de enlace o link, que a su vez los remitía a páginas falsas, supuestamente del banco, y al ingresar los clientes a las mismas, capturaban sus datos, permitiendo entonces hacer todo tipo de operaciones en sus cuentas, simulando ser ellos. Esto es lo que se conoce como *phishing*.”

(...) Con estos datos, se requería la intervención de otras personas, ligadas a las primeras, que en posesión ya de los datos y antecedentes necesarios, intervenían en cuentas corrientes de las que sabían se podía disponer de sus fondos, procediendo entonces a transferirlos vía Internet a otras cuentas, para luego ordenar, falsamente como si fueran sus titulares, para que se emitieran los vales vistas a nombre de las personas previamente reclutadas y seleccionadas que se encargaban a su vez a cobrarlos, materializando dichos trasposos y obteniendo así el dinero.” (Considerando 15°)

---

<sup>10</sup> HERNÁNDEZ, Héctor. *Por qué no...* Op. Cit. p. 437.

Calificación jurídica del Tribunal: “Se advierte la presencia de los elementos del delito de estafa, ya que están presentes en estas conductas, el engaño, el error como consecuencia del anterior, la disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial; el sujeto pasivo es quien soporta en su patrimonio el perjuicio, pero bien puede ser el sujeto pasivo una persona distinta de la del engañado, y ello se advierte claramente cuando se afecta el patrimonio de una persona jurídica, ya que el engaño es el medio para defraudar a otro o perjudicarlo.

Así, el engaño consistió, primero para los cuentacorrentistas, que al recibir un correo y acceder a una página, todo supuestamente proveniente del banco, incurrieron en error, y dejaron al descubierto sus datos y antecedentes personales, de lo cual se aprovecharon los remitentes. Pero se advierte que también el banco resultó engañado, no como la persona jurídica que es, sino a través de sus personeros o empleados, toda vez que en posesión de los datos y las claves necesarias, electrónicamente se hacían los traspasos de fondos por sumas cuantiosas, de una a otra cuenta, y casi simultáneamente o con muy poca diferencia en el tiempo, se daban las instrucciones para la emisión de los vales vista a nombre de las personas ya elegidas y seleccionadas para ello, y proporcionando sus datos, haciendo aparecer dichas instrucciones u órdenes, como provenientes de los titulares, y al dar cumplimiento a ello los personeros bancarios, incurrían en error, pues lo verdadero era que dichas instrucciones provenían de las personas que tenían acceso a las fuentes del banco; se ve claramente, de otra parte, un perjuicio para los cuentacorrentistas que de un momento a otro se quedaron sin sus fondos.

De esta manera, se demuestra que los hechos que han sido establecidos configuran los delitos que fueron materia de la acusación, de espionaje informático, del artículo 2° de la Ley 19.223 y de estafas reiteradas, artículos 467 y 468 del Código Penal y se considera que el primero fue un medio necesario para la comisión de las estafas reiteradas.” (Considerando 15°)

Comentario: En este caso se retrata una de las formas delictivas informáticas más comunes: el *phishing*. El Tribunal lo calificó como estafa y espionaje informático, y sigue una dogmática tradicional al igual que los otros fallos analizados hasta ahora, máxime considerando la cita expresa al profesor Alfredo Etcheberry.

El Juez realiza, en resumen, el siguiente análisis: los acusados engañan a los cuentacorrentistas, quienes dan sus datos, y también a los personeros o empleados del Banco. Éstos últimos, bajo la creencia errónea que se trataba de los verdaderos titulares de las cuentas, dispusieron patrimonialmente del efectivo de los cuentacorrentistas, perjudicándolos.

En este contexto, se trata de una hipótesis no conflictiva en comparación a las anteriores que hemos revisado, ya que es dable calificar la estafa en términos tradicionales sin mayor inconveniente, puesto que el sistema informático opera aquí sólo como un instrumento, un medio que permite edificar la *mise en scène* para engañar a personas naturales, como lo serían los personeros bancarios.

Sin embargo, es menester distinguir si los empleados o personeros del Banco realmente participaron en tales operaciones, ya que éstas, usualmente, se desarrollan de forma automática a través del sistema informático del Banco. En tal caso, no se trata que efectivamente un empleado del Banco ejecute la operación de “transferir a otra cuenta”, o “la autorice”, sino que un *software* lo realiza conforme a su programación. Así las cosas, el engañado –cuentacorrentista- no lleva a cabo la disposición patrimonial, sino que la ejecuta una máquina. Por lo tanto, al compás de la dogmática clásica, no sería correcto sostener que se trata de una figura de estafa, porque no se verifica identidad entre el engañado y disponente.

Por contrapartida, si asumimos la hipótesis factual del Tribunal, en cuya virtud hay participación efectiva de los personeros bancarios, quienes autorizaron la emisión de vales vista, sí es correcto argumentar la concurrencia de todos los presupuestos típicos de la estafa.

**vi. Fallo N° 6, dictado por el Segundo Juzgado de Garantía de Santiago, del año 2009, RUC N° 0800736750-4.**

Síntesis de los hechos: “Jorge Antonio Plasencia Llaro, trabajó para la empresa Archivert S.A., donde se desempeñó en el área que confeccionaba las tarjetas usadas para pagar en el Sistema de Transporte Público de Santiago, trabajo que consistía en su personalización de la misma y la grabación de la clave en el chip y que permite operar a la tarjeta. Dicha clave corresponde a un algoritmo diseñado por personal del AFT, que sólo es

conocido por dos funcionarios de la entidad, guardando cada uno, en una caja fuerte, la mitad de la misma y que fue ingresada en forma segura por éstos en el servidor de la empresa Archivert S.A, que debía ser almacenada en forma segura. Es así como, aprovechando el acceso que tenía a los sistema computacionales de la empresa Archivert S.A., el Sr. JORGE PLASENCIA LLARO, procedió a guardar el algoritmo o clave de operación en un sistema de respaldo ajeno a ésta, apoderándose indebidamente de dicha información, almacenándola en un computador de su casa, y que mantuvo aún cuando ya no era trabajador de la referida sociedad. De este modo, con el algoritmo y el *software mifare*, procedió a incorporar la información en diversas tarjetas, que había sacado de la misma empresa y que en virtud de la información que se les agregaba eran reconocidas como medio de pago legítimo por los validadores del Sistema de Transporte Público de Santiago; además simulaba cargas de dinero en las tarjetas, de modo que las hacía aparecer como si hubiesen sido cargadas en el marco de transacción normal en los puestos de carga del sistema, que fluctuaban entre los \$3.800 y los \$20.400, sin que dicho dinero haya sido realmente pagado o enterado, provocando un perjuicio económico al Administrador Financiero del Transantiago, que al 19.12.2008 alcanzaba aproximadamente \$1.432.000, por viajes realizados y no pagados, tanto en el metro como en microbuses.” (Considerando 2°)

Calificación jurídica del Tribunal: “Los hechos descritos se estiman constitutivos del delito de estafas reiteradas del artículo 473 del Código Penal, esto es una estafa no expresamente descrita en el Código Penal. Jorge Plasencia Llaro y Díaz Guaquiante, aprovechando la información que el primero había obtenido en forma ilegal de la empresa Archivert, claves secretas, que les permitía duplicar tarjetas de transporte en el Transantiago, cargando dinero en tarjetas para ser utilizadas en forma fraudulenta, provocándole un perjuicio a la empresa de \$1.432.000. Asimismo, se estima acreditada la infracción al artículo 2 de la ley 19.223.” (Considerando 5°)

Comentario: A partir de las explicaciones del Tribunal se aprecia sólo el engaño - consistente en la conducta del autor quien realizaba copias de las tarjetas BIP y las configuraba para que aparecieran cargadas con dinero- y el perjuicio patrimonial de la

empresa -toda vez que transportó pasajeros sin que éstos realmente pagaran el servicio- mas no hay referencias respecto al error y la disposición patrimonial.

Luego, frente al silencio del Tribunal en cuanto a estos elementos, podemos sostener las siguientes hipótesis:

Puede ser que el Tribunal adhiera a una reconstrucción dogmática como la del profesor Gustavo Balmaceda, quien considera prescindible el elemento error dada la suficiencia típica de un engaño que se exteriorice<sup>11</sup>. No obstante, de ser este el caso, habría sido necesario que el Juez explicite tales razonamientos, por tratarse de una noción minoritaria y poco conocida.

Una alternativa más factible supone que el Tribunal interpreta el art. 473 del Código Penal, como una estafa que, al no ser descrita como las anteriores, reviste caracteres distintivos de la estructura clásica. En ese sentido, el núcleo de una estafa estaría compuesto sólo por el engaño y el perjuicio patrimonial –que fueron los únicos elementos analizados por el Juez-. El problema de esa tesis es que el injusto propio de la estafa, así entendida, se difuminaría con el hurto por engaño, ya que desconoce el valor de la disposición patrimonial voluntaria. De acuerdo a Hernández, es precisamente el hecho que la estafa sea un delito de autolesión lo que caracteriza su injusto respecto de otras figuras como el hurto<sup>12</sup>.

Propongo el siguiente análisis del caso: La disposición patrimonial la realizan los operarios del Transantiago, quienes permiten y transportan a pasajeros sin que éstos, en realidad, hayan pagado el servicio, lo que perjudicó económicamente a la empresa. En ese sentido, dichos empleados incurrieron en un error, esto es, pensar que en realidad la tarjeta BIP de los usuarios contaba con dinero –en virtud de una *mise en scène* muy sofisticado, indicativo de un engaño irresistible- y permitirles, en consecuencia, el ingreso al bus o al metro. Con todo, dicha teoría del caso no es muy satisfactoria para los supuestos en los que los pasajeros ingresaron al metro, por ejemplo, donde no hay un supervisor directo o presencial como el conductor o los fiscalizadores de los buses, y sólo opera el sistema automático de los torniquetes.

---

<sup>11</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El delito de...* Op. Cit. p. 119.

<sup>12</sup> HERNÁNDEZ, Héctor. *Aproximación...* Op. Cit. p. 168.

### 3. Conclusiones

- i.** Los jueces adhieren a la dogmática tradicional de la estafa.
- ii.** Ningún fallo adhiere a la doctrina alternativa del profesor Balmaceda.
- iii.** Los jueces tienen presente que una máquina, o un sistema informático, no es susceptible de yerro. Sin embargo, para evitar sostener lo contrario en ciertas situaciones, exponen discutibles argumentos, como indicar que fueron los desarrolladores del sistema quienes fueron engañados, aun cuando éstos no tuvieron participación alguna en el hecho. Si seguimos esa lógica podrían verificarse discutibles supuestos irrisorios: por ejemplo, que los ingenieros creadores del sistema –quienes permanecen anónimos en los fallos como se ha constatado- estén muertos a la fecha en que se realizó la manipulación informática, y aun así se les atribuya yerro.
- iv.** Se presentaron fallos en los cuales los jueces estimaron que una persona jurídica podía ser engañada y otros en los que no. Ello evidencia la discrepancia conceptual sobre la materia.
- v.** Algunos jueces equipararon conceptualmente el engaño con su consecuencia: el error.
- vi.** Cuando el error no es entendido como un fenómeno psicológico, es menester redefinirlo, pues se estaría innovando en una noción muy arraigada en la dogmática de la estafa. Con todo, varios jueces otorgaron al error su sentido tradicional, pero lo aplicaron de forma incorrecta a los casos en concreto.
- vii.** Los jueces estimaron, muchas veces, que la disposición patrimonial no fue ejecutada por el sujeto engañado, aún cuando la dogmática tradicional exige identidad entre dichas personas. El problema de esa tesis es que el único motivo que justifica disponer patrimonialmente es el error, de otro modo se alteraría la naturaleza del delito de estafa como un injusto de autolesión.
- viii.** En definitiva, podemos constatar una serie de dificultades interpretativas que tienen lugar cuando median sistemas informáticos y personas jurídicas en hipótesis fraudulentas. Para

el profesor Héctor Hernández, no hay un tratamiento dogmático adecuado para el delito de estafa y la judicatura resuelve estos casos por “mera intuición”, sin tener un rumbo fijo<sup>13</sup>. Por consiguiente, ante las vacilaciones de la jurisprudencia, es clara la necesidad de dar respuesta a la pregunta que examina este trabajo, puesto que si describimos una concepción coherente sobre el engaño y error en la estafa tradicional y si examinamos su pertinencia en el injusto propio del fraude informático, podremos solucionar los problemas hermenéuticos aquí reseñados.

---

<sup>13</sup> HERNÁNDEZ, Héctor. *Aproximación...* Op. Cit. pp. 149-150.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DOCTRINARIO**

### **1. Preámbulo**

En el siguiente capítulo se revisarán los conceptos de engaño, error, disposición patrimonial y manipulación informática con el fin preciso de determinar su eventual procedencia en el injusto del fraude informático. Por ello, se evitarán discusiones irrelevantes para estos efectos.

### **2. Casos**

Antes de entrar al análisis pormenorizado de los elementos propios de la estafa, expondré algunas hipótesis conflictivas de la delincuencia informática, lo cual es necesario considerando que en nuestro país no existe un tipo específico de fraude informático y es imprescindible comprender qué conductas o situaciones debería sancionar:

(a) Primera hipótesis: Un sujeto “A”, envía numerosos correos electrónicos en los cuales invita a los receptores de los mismos a donar dinero para los niños con cáncer. En dicha invitación se presentan los datos de una cuenta corriente que supuestamente sería la de una Corporación sin fines de lucro que realiza esta campaña, pero en realidad es su cuenta personal. Los sujetos “B” y “C”, conmovidos por el mensaje, transfieren la suma de \$100.000 y \$150.000 pesos respectivamente.

(b) Segunda hipótesis: Una persona natural “A”, a través de un *software*, recrea la página web de un conocido Banco. Un usuario del Banco, el sujeto “B”, utiliza la página web mencionada, bajo la creencia errónea que se trata del sitio original del Banco, escribe su usuario y contraseña para hacer varias transferencias a terceros. El sujeto “A”, en conocimiento de tales datos, realiza una transferencia electrónica desde la cuenta de “B” hacia la cuenta de “C”, su socio delictual.

(c) Tercera hipótesis: Un experto *hacker*, el sujeto “A”, realiza una manipulación informática al Banco “P”, y logra transferir dinero desde la cuenta de las personas “B” y “C” hacia su cuenta personal en el Banco Suizo “Y”.

(d) Cuarta hipótesis: Dos sujetos logran clonar las tarjetas bancarias de las personas “B” y “C”, y obtienen sus datos a través de una minúscula cámara de video puesta en el cajero. Luego, giran dinero desde otro cajero con las tarjetas falsas.

Claramente no todos los casos en los que median sistemas informáticos son conflictivos, ni tienen la virtud para delimitar el injusto propio del fraude informático respecto a la estafa tradicional. De esta forma, la primera hipótesis “(a)” no presenta ninguna dificultad desde el punto de vista de la dogmática tradicional de la estafa, pues el sistema informático, en este caso, únicamente sirve para edificar la *mise en scène*, la cual, a su vez, permite engañar a los receptores de los correos electrónicos (personas naturales), quienes bajo una creencia errada de la realidad dispusieron voluntariamente de su patrimonio.

El caso “(b)”, en tanto, recrea el *modus operandi* llamado *phishing*. Dicha situación es manifiestamente conflictiva a la luz de la dogmática tradicional, puesto que la disposición patrimonial no la realiza fenotípicamente la persona engañada. Es decir, no obstante hay engaño y error, aquel yerro no es el que motiva la disposición patrimonial, por lo que falta el nexo causal que liga estos elementos, lo que impide calificar el hecho como estafa.

El presupuesto “(c)”, por su parte, revela un engaño exteriorizado, mas no se verifican error ni disposición patrimonial voluntaria. Aquí el problema está en delimitar este actuar delictivo respecto del hurto. ¿Es un fraude informático o un hurto?

Y, por último, en la hipótesis “(d)”, concurre un engaño exteriorizado que afecta a las personas “B” y “C”, quienes incurrieron en el error de creer que nadie obtendría sus datos. Sin embargo, ese error no motiva la disposición patrimonial ejecutada por el cajero, pues no hay identidad entre el engañado y quien dispone patrimonialmente –una máquina-. Por tanto, no es posible sancionar a título de estafa, por falta de nexo causal y ausencia de error<sup>14</sup>. Con todo, en

---

<sup>14</sup> En este mismo sentido: HERNÁNDEZ, Héctor «Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves.» *Política Criminal* 5 (2008): 1-38. [en línea]. <[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_2\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf)>. pp. 5-7.

Chile se promulgó la ley N° 20.009 que sanciona el uso indebido de tarjetas falsificadas y sustraídas y de sus claves, en orden a no dejar impune aquel comportamiento, lo que revela claramente que el legislador estimó que la estafa convencional no era aplicable en estos casos.

En definitiva, es precisamente en estos tres últimos supuestos (b), (c) y (d) en los cuales no es posible sancionar a título de estafa convencional, donde eventualmente tendría aplicación un delito de fraude informático en Chile.

Por consiguiente, a continuación se revisarán los elementos de la estafa desde un punto de vista doctrinario con miras a resolver estos supuestos conflictivos, los cuales parecen demostrar la necesidad de un tipo específico de fraude informático que logre sancionar las conductas que escapan a los tipos penales actualmente vigentes.

### **3. Engaño**

#### **3.1. Presupuestos**

La doctrina es pacífica al sostener que el engaño es un elemento de la esencia de la estafa. No obstante, hay divergencias para definirlo y establecer si se requiere que éste sea o no “relevante”.

Para este estudio importa determinar si el engaño necesariamente conlleva un error, lo que se aprecia en una doble faz. Primero, si el concepto mismo de engaño implica su acción y efecto y si el engaño necesariamente produce un error en el contexto de la estafa.

#### **3.2. Concepto de engaño de la doctrina mayoritaria**

En cuanto a su definición, José Antón Oneca sostiene que "el engaño consiste en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas"<sup>15</sup>. Ya en este clásico concepto se observa la simbiótica relación entre engaño y error.

---

<sup>15</sup> Citado por GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p. 332.

Para el profesor Alfredo Etcheberry, la estafa es “un engaño, pero no cualquier engaño es una estafa”<sup>16</sup>. Luego, identifica la estafa propiamente tal -en su concepto la que figura en el art. 468 del Código Penal- con una puesta en escena, *mise en scène*, “un despliegue externo de apariencias falsas”. A su turno, cuando el Código Penal reseña “otros engaños”, se refiere a un engaño que no sea un ardid, pero que constituya algo más que una mentira<sup>17</sup>.

Pero lo verdaderamente interesante de la interpretación de Etcheberry para este trabajo radica en su comprensión del engaño como un elemento único que se desdobra en dos momentos: la simulación y -su consecuencia- el error. La simulación es “cualquier acción u omisión que pueda crear en otro una falsa representación de la realidad (error)”<sup>18</sup>. Por lo tanto, es intrínseco al engaño el hecho que pueda producir error. Así entonces, no es posible sostener que quien manipule un cajero automático para girar dinero de una cuenta bancaria de un tercero, pueda cometer estafa, por ausencia de los elementos engaño y error.

A su turno, el profesor Mario Garrido define el engaño como “faltar a la verdad al expresar algo o al ejecutarlo, para presentar la realidad con un aspecto distinto al que en verdad tiene o posee”, esto es, una simulación o una disimulación. Agrega, entonces, respecto a Etcheberry, la hipótesis de disimulación y limitadas opciones omisivas, pero sigue la misma línea argumentativa en cuanto a que el engaño necesariamente debe conducir a error<sup>19</sup>.

Politoff, Matus y Ramírez discrepan con Etcheberry respecto a la idea que el engaño necesariamente es una *mise en scène*, pues no se verifica ningún indicio de ello en el Código Penal; y disienten con Garrido en cuanto a la tradicional clasificación entre simulación/disimulación, puesto que quien “simula como verdadero un hecho que es falso, siempre está disimulando el hecho verdadero que destruiría su simulación y viceversa”<sup>20</sup>. Estos autores adhieren al concepto de engaño como “cualquier conducta que, influyendo en la representación intelectual de otro, le conduzca a una falsa idea de la realidad o lo mantenga en

---

<sup>16</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Parte Especial. Tomo III. Tercera ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 406.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p. 422.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p. 392.

<sup>19</sup> GARRIDO, Mario. Op. Cit. p. 332-333.

<sup>20</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte especial. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 424.

ella”<sup>21</sup>. En este sentido, agregan, el engaño implica tanto una actividad del agente como un efecto sobre la víctima<sup>22</sup>. Por consiguiente, al igual que los otros autores, el engaño presenta una simbiótica relación con el elemento error.

El profesor Hernán Silva sostiene que el engaño es el dolo o elemento subjetivo del delito de estafa, y que aquel debe reunir una serie de condiciones para su relevancia penal, esto es, que sea fraudulento (conducta dolosa); serio y capaz (un engaño idóneo, suficientemente grave para producir error); una acción (no admite variable omisiva); y que sea bastante adecuado<sup>23</sup>. De esta forma, el autor adhiere a la noción de engaño ligado directamente al error.

A su turno, Urs Kindhäuser, interpreta el engaño como una infracción a un deber de veracidad y no cualquiera es típicamente relevante, sino exclusivamente aquel apto para “fundamentar una autoría mediata del que engaña”<sup>24</sup>.

En esta línea, Laura Mayer, sostiene que el engaño “debe ser entendido, genéricamente, como una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes.”<sup>25</sup> La autora, siguiendo la teoría de los actos de habla, distingue desde un punto de vista normativo el engaño activo respecto del omisivo. El primero consiste en efectuar una afirmación falsa prohibida, mientras que el engaño por omisión supone “no realizar una afirmación verdadera mandada, no obstante haber sido esta posible y exigible de ejecutar.”<sup>26</sup> El engaño concluyente, en tanto, sería una especie de engaño activo, caracterizado porque la aserción del sujeto es indirecta o implícita, como una comunicación kinésica por ejemplo<sup>27</sup>. Estos actos de habla tienen por objeto hechos típicamente relevantes en el contexto de la relación negocial de la estafa, esto es, aquellos con alguna implicancia patrimonial. Lo anterior es reconocido en el Código Penal Chileno, por ejemplo, en el art. 467, disposición que versa sobre un engaño

---

<sup>21</sup> El concepto es de Cramer/ Schönke / Shröder. Véase en POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean; RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit. p. 424.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 418.

<sup>23</sup> SILVA, Hernán. *Las estafas*. Segunda ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 39.

<sup>24</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría...* Op. Cit. pp. 108-109.

<sup>25</sup> MAYER, Laura. «El engaño concluyente en el delito de estafa.» *Revista Chilena de Derecho* 41.Nº 3 (2014): 1017-1048. p. 1037.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, p. 1030.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 1031.

típico consistente en la “sustancia, cantidad o calidad de las cosas”<sup>28</sup>. Laura Mayer adhiere a la doctrina tradicional de la estafa, habida cuenta que caracteriza este delito como uno patrimonial, de comunicación y autolesión, lo que implica comprender los cuatro elementos - engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio- en una indefectible cadena causal. Por lo tanto, su concepto de engaño (como elemento de la estafa) debe producir error en la víctima. Adhiero a esta definición basada en la teoría de los actos de habla, por los argumentos que señalaré posteriormente.

Así las cosas, hasta ahora todos los autores reseñados se ciñen a la doctrina tradicional, y promueven conceptos de engaño –en el contexto analítico de la estafa- cuya consecuencia ha de ser el error del disponente.

### **3.3. Concepto de engaño de la doctrina minoritaria**

Gustavo Balmaceda define el engaño como “aquella conducta –cualquiera- que puede crear un riesgo típicamente relevante, para cuya idoneidad objetiva bastaría con que el mismo genere un riesgo relevante de producción de un de un acto de disposición por error que desemboque en un perjuicio patrimonial.”<sup>29</sup> Para el académico, cualquier comportamiento podría constituir engaño típico, siempre y cuando cumpla los requisitos de la imputación objetiva, y debe ser idóneo para producir error, no obstante en la práctica puede pasar que no se produzca “error efectivo”<sup>30</sup>. Por consiguiente, a diferencia de la doctrina mayoritaria, su concepto de engaño no se vincula simbióticamente al error. En este sentido, sugiere que basta que el engaño se exteriorice, y no necesariamente ha de tener por receptor una persona física, dado que prescinde del error como presupuesto típico<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> *Ibíd.*, p. 1037.

<sup>29</sup> El concepto es de PÉREZ MANZANO, Mercedes. Véase en BALMACEDA, Gustavo. «El engaño en el delito de estafa.» *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal. U. Andes.* 1 (2010). p. 21.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, p. 20.

<sup>31</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El delito de...* Op. Cit. p. 123.

### 3.4. Toma de postura

En suma, la mayoría de la doctrina equipara el engaño a una maquinación o puesta en escena, y discute ampliamente si el engaño debe ser relevante o idóneo para su suficiencia típica (debate que escapa a los fines de esta tesis). Por de pronto, interesa comprender que muchos autores postulan una simbiótica relación conceptual entre el engaño y su consecuencia: el error. Una minoría, al contrario, insiste en que basta un engaño exteriorizado, el cual puede o no generar error en la víctima.

A mi juicio, primeramente, es menester señalar que el engaño ocupa un lugar importante en el ordenamiento jurídico. En efecto, ilustrativamente, en el ámbito civil puede constituir un vicio que conlleva la nulidad del acto jurídico. Luego, cuando el engaño produce, de forma directa o indirecta, un perjuicio patrimonial, nace el concepto de fraude o defraudación, el cual trasciende igualmente la esfera penal<sup>32</sup>. Así, tenemos un engaño que pueda viciar el consentimiento; un engaño que forma parte del fraude tributario, fraude al fisco, fraude en la entrega, estafa convencional, etc.

Por consiguiente, cabe preguntarse, ¿qué es lo que caracteriza al engaño en estos términos generales?

En mi opinión, es el concepto de la académica Laura Mayer Lux el más coherente, lógico y funcional para describir cualquier clase de engaño. Ciertamente, al amparo de la teoría de los actos de habla, podemos desentrañar su real sentido, como una afirmación falsa sobre hechos relevantes (engaño activo), puesto que es una definición general que nos permite incluir formas indirectas de expresión como el engaño concluyente. De esta manera, cada vez que estudiamos un fraude, en cualquier ámbito del Derecho, nos encontraremos con una afirmación falsa sobre hechos, como quien realiza una declaración falsa de impuestos (art. 97 N° 4 del Código Tributario), o el que propone un negocio sin sustento fáctico. Concluyentemente, le atribuyo a esta definición un alcance mayor respecto al que la

---

<sup>32</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El engaño...* Op. Cit. p. 6.

académica dispuso en principio, esto es, para “cualquier delito que requiera típicamente ser cometido a través de un engaño”<sup>33</sup>.

Ahora bien, ¿es una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes, un concepto que indefectiblemente tenga como consecuencia un error? La respuesta es negativa. Aunque está paradigmáticamente asentado el hecho que la comunicación requiere de al menos dos intervinientes, es perfectamente posible sostener hipótesis de actos de habla expresados por una persona sin mediar un receptor directo o inmediato (*v.gr.* quien escribe en su diario de vida secreto; quien digita códigos en su computador para la creación de un *software*; quien ensaya un discurso frente al espejo, etc.), pues lo que caracteriza estos actos es la expresión de un contenido simbólico que contiene una idea –y no la efectiva recepción del enunciado-. Por lo tanto, conceptualmente, y en términos generales, basta un engaño que sea exteriorizado, sin que necesariamente reciba el mensaje una persona física.

La ley parece reconocer este paradigma al tipificar figuras como, por ejemplo, el fraude al fisco: es imposible hacer que el fisco incurra en un error, pues carece de estados cognitivos,<sup>34</sup> pero el sentido defraudatorio viene dado por una afirmación falsa por parte del funcionario público quien, comportándose de forma desleal con la administración, acaba por afectar el erario público. Esta interpretación puede aplicarse tanto para la doctrina que postula al fraude al fisco como una estafa especial, como a la reconstrucción dogmática de este injusto como administración desleal.

En definitiva, no es consustancial al concepto de engaño que éste tenga como consecuencia el error. Sin embargo, dicha concepción teórica no obsta que sea un presupuesto típico de la estafa que el engaño produzca necesariamente error. Como dice el profesor Mañalich, es una exigencia típica que el engaño condicione un error para la persona que realiza la disposición patrimonial: “la específica conexión (funcional) entre el engaño, el error

---

<sup>33</sup> MAYER, Laura. Op. Cit. p. 1033.

<sup>34</sup> MAÑALICH, Juan. «La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales.» *Política criminal* 7.Nº 14 (2012): 357-377. [en línea]. 14 de noviembre de 2015. <[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_07/n\\_14/Vol7N14A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A4.pdf)>. p. 373.

y la disposición patrimonial perjudicial que es característica de la estafa en tanto delito de autolesión patrimonial”<sup>35</sup>.

Dicho de otra forma, todos los fraudes (género) implican un engaño que basta sea exteriorizado; mientras que en la estafa (especie), el engaño debe tener la aptitud de generar un error en quien disponga del patrimonio. Adelanto que esa es la razón por la cual me refiero a “fraude informático” y no a “estafa informática”.

## **4. Error**

### **4.1. Presupuestos**

Para este trabajo importa definir si el error simplemente puede ser concebido como un fenómeno psicológico; si acaso podemos prescindir de éste; si es consecuencia del engaño; y su eventual procedencia en el fraude informático.

### **4.2. Concepto**

De acuerdo a la inmensa mayoría de la doctrina el error es una falsa representación de la realidad, esto es, un fenómeno psicológico que es consecuencia del engaño, y motiva la disposición patrimonial. Por lo tanto, no es posible que las máquinas o sistemas informáticos yerren, ni tampoco las instituciones, dado que carecen de estados cognitivos. Tal consideración obliga a rechazar la posibilidad de sancionar una hipótesis de fraude informático como estafa.

En este sentido, Etcheberry sostiene que: “es esencial, para que haya error, que exista una persona natural equivocada. Por esta razón hace notar Soler que no hay estafa al hacer

---

<sup>35</sup> MAÑALICH, Juan. «¿Responsabilidad jurídico-penal por causaciones de menoscabo patrimonial a propósito de fallas en la construcción de inmuebles?» *Política Criminal* 5.Nº 10 (2010): 341-351. [en línea]. 14 de noviembre de 2015. <[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_10/Vol5N10A2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A2.pdf)>. p. 343-344.

funcionar una máquina automática mediante una moneda falsa u otro truco semejante (habrá hurto o robo, según las circunstancias), porque no hay una mente errada”<sup>36</sup>.

El profesor Garrido Montt, en esta misma línea argumentativa, señala que “Esta exigencia (de que la persona engañada tenga capacidad de incurrir en error), hace improbable que se puedan incorporar a los tipos de fraude por engaño las apropiaciones que se llevan a cabo por medio mecánico electrónico, en particular con la computarización”<sup>37</sup>. Sin embargo, este autor reconoce que hay opiniones disidentes, de las cuales me haré cargo posteriormente.

#### **4.3. Debate sobre la posibilidad de prescindir del error en la estafa**

El razonamiento de la doctrina mayoritaria es cuestionado por Gustavo Balmaceda, quien plantea la posibilidad de prescindir del error, velando por su utilidad sólo como referencia para determinar el engaño relevante. En efecto, para este autor basta que el engaño se exteriorice, lo que implica que no necesariamente se produce un error efectivo, idea que descansa en la no explicitación de este elemento como presupuesto típico en el delito de estafa del Código Penal. Por otra parte, obviar el error permitiría admitir las hipótesis de duda por parte de la víctima.

Tal reconstrucción dogmática aprobaría la inclusión del injusto de la “estafa informática” en el seno de la estafa convencional. Ergo, no sería necesario tipificar la estafa informática en nuestro país<sup>38</sup>.

Por contrapartida, Héctor Hernández, estribando la doctrina mayoritaria, critica la teoría de Balmaceda, y sostiene que no es posible prescindir del error en la estafa. El autor razona sobre la base que, primero, la estafa es un delito de autolesión. Precisamente, lo que caracteriza al injusto es la circunstancia que la propia víctima lesiona su patrimonio voluntariamente (a diferencia, por ejemplo, del hurto), y la única razón que la motiva a tal disposición patrimonial es precisamente estar en un error. Es decir, es perfectamente operativa y necesaria la noción de yerro como fenómeno psicológico (la doctrina no ha logrado elaborar

---

<sup>36</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. pp. 396-397.

<sup>37</sup> GARRIDO, Mario. Op. Cit. p. 337.

<sup>38</sup> BALMACEDA, Gustavo. Op. Cit. 119.

un concepto alterativo así de funcional)<sup>39</sup>. Por lo tanto, prescindir del error implica despreciar lo que es realmente característico del injusto de la estafa<sup>40</sup>. Tesis a la que adhiero.

Hernández agrega que el engaño como concepto irrefutablemente se refiere tanto a la acción y efecto (el error) de engañar<sup>41</sup>. Discrepo con él en este punto por los argumentos vertidos en el apartado anterior. Me parece que podría identificarse al elemento engaño como un acto ilocutivo, y al error como un efecto perlocutivo<sup>42</sup>, lo que demuestra que no pueden equipararse estos conceptos; puede haber engaño sin error, no obstante el delito de estafa convencional reclame el nexo causal entre éstos.

Por otro lado, Hernández cuestiona el argumento esgrimido por Balmaceda en cuanto a que prescindir del error permitiría admitir las hipótesis de duda, puesto que si la víctima –o más bien el disponente- vacila sobre la veracidad de las afirmaciones del agente que lleva a cabo el engaño, es porque sí está en un error, dado que desconoce el panorama completo de la realidad producto del ardid.

#### **4.4. Toma de postura**

Adhiero a la opinión de Hernández en cuanto a que no es posible prescindir del error en la estafa convencional.

Cabe preguntarse ahora, ¿hay error en el fraude informático? A priori, parece obvio que si consideramos al error como un fenómeno psicológico no es posible sostener que las máquinas yerren.

Con todo, vale la pena analizar los casos conflictivos de forma pormenorizada a fin de dar una respuesta contundente al problema:

##### a) Caso de duda respecto a los hechos

---

<sup>39</sup> HERNÁNDEZ, Héctor. *Por qué no...* Op. Cit. p. 446.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 442.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, p. 443.

<sup>42</sup> En referencia a la obra de AUSTIN, John, véase en: SOLER, Marta. «Desde los actos de habla de Austin a los actos comunicativos. Perspectivas desde Searle, Habermas y CREA.» *Revista Signos* 43 (2010): 363-375. [en línea]. 16 de noviembre de 2015. <<http://www.scielo.cl/pdf/signos/v43s2/a07.pdf>>. p. 365.

Uno de los argumentos para abonar a la tesis de Gustavo Balmaceda sobre la prescindencia del error en la estafa convencional, supone que la duda por parte de la víctima no significa un yerro, puesto que no se representó falsamente la realidad. Por ello, en su concepto, el tipo penal de estafa convencional podría sancionar hipótesis en que no hay error, lo que admitiría incorporar en su seno hipótesis de fraude informático.

Es posible refutar dicha opinión a la luz de lo explicado por Politoff, Matus y Ramírez, quienes equiparan este caso al de un error,<sup>43</sup> lo cual es lógico considerando que hacer dudar a la víctima implica que ésta tiene una visión falsa de la realidad: comprender la situación parcialmente producto de un engaño, es lo mismo que estar en un error.

Por consiguiente, en los casos de duda, habrá necesariamente una persona equivocada, cuestión incompatible con las hipótesis que sanciona el fraude informático, dado que las máquinas no yerran.

b) Caso de *ignorantia facti*

Previamente, es menester distinguir si estamos ante un caso de ignorancia completa de los hechos que no se vincula al engaño, o un caso de desconocimiento de la realidad producto del ardid.

b.1) Ignorancia total: desconocimiento del engaño

Esta situación es equiparable en sus efectos a la de no intervención del personal.

Por ejemplo, un famoso *hacker* (A) obtiene el usuario y contraseña de la cuenta bancaria de otra persona (B) a través de un *software*, sin mediar intervención alguna por parte de (B). (A) ingresa al portal del banco y hace una transferencia por \$1.000.000 de pesos a su socio delictual (C).

---

<sup>43</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia. Op. Cit. pp. 432-433.

¿Incorre (B) en un error? La respuesta claramente es negativa. Como el error es un fenómeno psicológico, mal podría sufrirlo quien no ha sido receptor del engaño. Es decir, se verificó el acto ilocutivo, pero éste no produjo ningún efecto perlocutivo en (B).

Esta es la hipótesis más común cuando median sistemas informáticos, pues supone una persona perjudicada que no sabe del ardid, hasta que recibe la noticia que fue perjudicado. Por consiguiente, no es posible sostener que se verifique error en este caso, lo cual reafirma que la estafa convencional no es apta para sancionar estas conductas. Hernández señala que esta es la razón por la cual muchas legislaciones optaron por la introducción de tipos especiales de fraude informático<sup>44</sup>.

#### b.2) Ignorancia producto del engaño

La situación descrita en el punto anterior es distinta a si la ignorancia se produce por el engaño. Por ejemplo, en una compraventa, el vendedor sujeto (A) omite señalar que el producto presenta un determinado vicio al comprador (B), en virtud del cual (B) no habría adquirido la cosa al elevado precio que está pagando.

Con claridad, Etcheberry sostiene que: “la ignorancia de determinados hechos es en verdad una falsa representación de la realidad: el sujeto se la imagina esos hechos, cuando en verdad éstos forman parte de ella. En consecuencia, la ignorancia de hechos puede constituir error, siempre que haya sido provocada por la simulación del sujeto activo...”<sup>45</sup>.

#### c) Caso de intervención de persona anónima

En la jurisprudencia revisada en el capítulo anterior, se utilizó como argumento para sancionar a título de estafa convencional muchos casos en los cuales se desconocía el presunto disponente del patrimonio quien incurrió en el error. Por ejemplo, cuando se habló de los personeros o empleados del banco, que autorizaron la emisión de vales vista.

---

<sup>44</sup> HERNÁNDEZ, Héctor. *Por qué no...* Op. Cit. p. 435.

<sup>45</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 397.

Lógicamente, lo que interesa no es la identidad de la persona, sino el hecho que ésta exista, haya sido engañada, y dispuso de un patrimonio causando un perjuicio. Lo anterior supone que en el proceso penal respectivo se prueben tales puntos; no basta que el Juez señale que “fueron los empleados del banco los engañados”, o “los creadores del sistema informático”, quienes incurrieron en error sin más, sino que debe haber fundamentos que demuestren su efectiva intervención en la estafa. De otro modo, si no se prueba injerencia de estas personas, podría especularse que se trata de argumentaciones artificiosas tendientes a soslayar el hecho que las máquinas no yerran, para forzar la sanción de conductas propias del fraude informático a título de estafa convencional y evitar la impunidad.

d) Caso sin intervención del personal

Esta hipótesis también es usual cuando median sistemas informáticos. Claramente, no es posible admitir hipótesis de error sin que haya intervención del personal. El yerro es un fenómeno psicológico, y las máquinas no se equivocan. Por lo tanto, no es posible sancionar a título de estafa convencional estos casos.

e) Caso de intervención del personal de forma atemporal

Otro argumento llamativo de la jurisprudencia supone que los operadores del sistema informático fueron quienes incurrieron en error, de forma posterior a cuando diseñaron el programa. En este sentido se refiere las opiniones disidentes que comentaba el profesor Garrido Montt: “algunos autores estiman que en realidad hay engaño, ya que se ha inducido a error al que instaló la máquina y ofrece el servicio, porque quien prepara un mecanismo automático para realizar un acto de disposición contra el pago de una cantidad, resulta engañado si el pago de esa cantidad no se realiza y sí, en cambio, el acto de disposición por haber introducido el estafador objetos falsos, provocando el funcionamiento de la máquina.”<sup>46</sup>

A mi juicio tal disidencia no tiene lógica, pues resulta paradójal que la persona que preparó el sistema no tenga noticia alguna de la maniobra del autor, y mal podría sufrir un fenómeno psicológico quien no recibe el mensaje ilocutivo. Por otro lado, puede ocurrir

---

<sup>46</sup> GARRIDO, Mario. Op. Cit. p. 338.

inclusive que el desarrollador del sistema esté muerto o inconsciente, y aun así esta parte de la doctrina le atribuye un error. A mayor abundamiento, debe verificarse una identidad entre el engañado y quien dispone patrimonialmente lo que en este caso no se cumple.

En suma, es menester distinguir si el receptor del engaño fue una persona natural, o simplemente se trató de un engaño exteriorizado a través de un sistema de tratamiento automático de la información. Esto último representa en alguna medida el injusto del fraude informático. Luego, si el error es concebido como un fenómeno psicológico y se trata de un presupuesto ineludible para la estafa convencional, como bien demostró Hernández, no es posible sancionar a título de este delito a quien realice dicha conducta sin la intervención de una persona humana.

Finalmente, concluyo que el error no es consustancial al concepto de engaño (en eso discrepo con Hernández), lo que justifica que los fraudes (tributario, al fisco, etc.) no se dirijan precisamente a causar error en una persona, sino que basta un engaño que se exteriorice para que eventualmente produzca una ventaja patrimonial indebida. De esta forma, los fraudes, en general, no tienen como presupuesto típico el error, incluyendo el injusto del fraude informático, pero sí lo tiene la estafa convencional.

## **5. Disposición patrimonial**

### **5.1. Presupuestos**

En este apartado interesa definir un concepto de disposición patrimonial; si este elemento es consecuencia del error; y, si tiene lugar en el fraude informático.

### **5.2. Concepto**

Alfredo Etcheberry define la disposición patrimonial como el “acto de voluntad por el cual el sujeto pasivo provoca, activa o pasivamente, una disminución de su patrimonio.”<sup>47</sup> De esta suerte, una máquina o un sistema informático no podrían ejecutar dicho cometido, por

---

<sup>47</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 398.

carecer de voluntad. Pero este concepto es inexacto ya que el perjuicio puede darse tanto en el patrimonio del disponente como en el de un tercero, teniendo lugar en este último caso la llamada estafa triangular.

Hernán Silva define disposición patrimonial como una “conducta por parte de la víctima por la cual entrega en forma libre y sin coacción una cosa mueble o inmueble, valores o bienes al autor del delito”<sup>48</sup>. Así, de las voces “conducta” y “sin coacción”, se colige que, al igual que para Etcheberry, la disposición patrimonial es un hecho humano y voluntario.

Por contrapartida, Politoff, Matus y Ramírez, adhieren a la propuesta alemana que señala “cualquier acto, tolerancia u omisión que conduce inmediatamente a una disminución patrimonial”. Por ello, el sentido de disponer no se limita al ámbito civil, sino material, y de allí que un cajero, una máquina, podría realizar una disposición patrimonial<sup>49</sup>.

Finalmente, cabe considerar el simple y clásico concepto de Antón Oneca, quien sostiene que la disposición patrimonial es “una acción u omisión que cause la disminución del propio patrimonio o del de un tercero”<sup>50</sup>. El problema de esta definición es que omite el elemento volitivo de dicho acto.

Por lo tanto, una definición adecuada de disposición patrimonial sería: acción u omisión voluntaria que cause la disminución del propio patrimonio o del de un tercero.

### **5.3. Disposición patrimonial como consecuencia del error en la estafa**

Con la disposición patrimonial ocurre algo similar que con el engaño. Respecto a éste último, sostuve que aunque conceptualmente no tiene una relación simbiótica con el error, sí tiene un nexo indisoluble como presupuesto típico en la estafa. Luego, si bien la definición recién marcada de disposición patrimonial no hace presumir que sea en sí misma motivada por un error, el injusto de la estafa convencional reclama dicha conexión lógica, como lo ha reiterado la doctrina en numerosas oportunidades.

---

<sup>48</sup> SILVA, Hernán. Op. Cit. p. 50.

<sup>49</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia. Op. Cit. p. 434.

<sup>50</sup> Concepto de ONECA, Antón. Véase en SILVA, Hernán. Op. Cit. pp. 50-51.

Para ilustrar este punto, es valiosa la referencia al profesor Héctor Hernández. El académico sostiene que la estafa es un delito de autolesión, en virtud del cual el perjuicio se realiza por la propia víctima contra su patrimonio o el de un tercero. A diferencia del hurto o del robo, donde el autor quebranta la esfera de custodia de la víctima, en la estafa hay acuerdo sobre el cambio de custodia. Por consiguiente, lo realmente característico de la estafa convencional es la disposición patrimonial voluntaria. En este sentido, como se mencionó en el apartado sobre el error, lo único que puede motivar una disposición de este modo es precisamente tener una visión equivocada de la realidad producto del ardid.<sup>51</sup> Ergo, la disposición patrimonial en la estafa debe, necesariamente, ser antecedida por un error del propio disponente.

De esta manera, intuitivamente podría colegirse que en el fraude informático, al no ser posible un error de la máquina, no se verifica una disposición patrimonial voluntaria en tal sentido. Pero no es así, porque nada obsta que se consagre igualmente dicho elemento en los términos generales en que se definió y según explica Kindhäuser.

El profesor Urs Kindhäuser sostiene que la estafa convencional es una tipificación de autoría mediata. En efecto, la mayoría de los delitos se tipifican como autoría neutra. Otros, en cambio, como autoría inmediata, esto es, aquellos en los cuales el actuar contra la voluntad de la víctima pertenece al tipo (*v.gr.* el hurto, o el robo). Y están los delitos de autoría mediata, es decir, aquellos en que el tipo penal reclama un actuar con la voluntad de la víctima (*v.gr.* Estafa). En este contexto, el titular del patrimonio (hombre de delante) actúa como un instrumento, en un sentido penalmente irrelevante, pues no cumple con el elemento objetivo o subjetivo del tipo. El hombre de atrás (el autor inmediato, quien engaña) es el responsable del defecto del hombre de adelante<sup>52</sup>.

Por lo tanto, la disposición patrimonial voluntaria es el acto del titular del patrimonio quien es instrumentalizado por el autor del delito, enfatizando que este cambio de custodia del patrimonio es atribuible al titular del mismo.

---

<sup>51</sup> HERNÁNDEZ, Héctor. *Por qué no...* Op. Cit. p. 442.

<sup>52</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría...* Op. Cit. pp. 83-99.

#### 5.4. Procedencia de la disposición patrimonial en el fraude informático

La pregunta inmediata es si en el fraude informático sucede lo mismo que en la estafa. Para el profesor Kindhäuser, en el fraude informático, el cambio de posesión del patrimonio a favor del autor es aquí una disposición del titular del mismo, si bien es realizada fenotípicamente por el autor. En otras palabras, el autor actúa formalmente cubierto por el titular del patrimonio, pero materialmente contra el mismo. Se presenta una apariencia formalmente eficaz de una competencia del titular del patrimonio. En palabras del académico: “Tanto la estafa, como la estafa por medio de computadoras, tienen que fundamentar la responsabilidad del autor por una transmisión patrimonial que puede imputarse formalmente como disposición al titular del patrimonio, pero que es contraria a su verdadera voluntad”<sup>53</sup>.

El ejemplo del *phishing* es útil para entender este punto: si bien el autor (A) es quien tipea en el computador el “usuario”, y “clave” de la víctima dueña del patrimonio (B) en la página web del Banco, se trata efectivamente del usuario y clave de la víctima. Por lo tanto, formalmente habrá sido (B) quien realiza la transferencia electrónica. El Derecho reconoce dicho acto de (B) como eficaz. Por lo tanto, hay una apariencia formal que la disposición patrimonial fue realizada por él.

En consecuencia, al igual que en la estafa convencional, en el fraude informático hay una tipificación de autoría mediata, lo que obliga a desechar la hipótesis de hurto para sancionar la conducta propia del injusto del fraude informático. Con todo, para el profesor Kindhäuser la “estafa por medio de computadoras” no es en rigor una estafa, pues no presentaría los elementos engaño ni error<sup>54</sup>.

Intuitivamente, podría plantearse el reparo que esta interpretación restringe en demasía el alcance del injusto del fraude informático en la práctica, lo que puede traer consigo nuevas hipótesis de impunidad. Sin embargo, si se aprecia con atención la praxis, la inmensa gran mayoría de los sistemas informáticos presuponen que será el titular del patrimonio quien actúe

---

<sup>53</sup> KINDHÄUSER, Urs. «La estafa por medio de computadoras: ¿una estafa?» En. *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*. Lima: Grijley, 2002. pp. 158-167.

<sup>54</sup> *Ibíd.*, p. 175.

por sí o mediante un tercero autorizado, y para ello generan una serie de mecanismos de seguridad. Por ejemplo, el conocimiento del usuario y la clave secreta. Evidentemente, nadie permitiría el manejo de su patrimonio a través de un programa o *software* sin que se verifiquen tales medidas de protección. De esta manera, aunque la interpretación es restrictiva, ciertamente no implica una reducción del alcance punitivo del injusto para la persecución criminal de estas conductas.

En suma, la disposición patrimonial como concepto es una acción u omisión voluntaria que causa la disminución del propio patrimonio o el de un tercero. En este sentido, tiene la virtud de caracterizar tanto la estafa convencional como el fraude informático pues marca el carácter de tipificación de autoría mediata en ambos injustos. Sin embargo, en la estafa convencional debe necesariamente estar motivada por un error, lo que impide equiparlos como presupuestos típicos.

## **6. Manipulación informática u otro artificio semejante**

### **6.1. Presupuestos**

En esta tesis importa definir si el verbo rector del fraude informático, esto es, una manipulación informática, puede concebirse como una especie de engaño. Luego, determinar si aquel produce un error –o algún concepto alternativo- y cómo arriba al resultado defraudatorio.

Cabe consignar que utilizo la voz “manipulación informática” para comprender un sinfín de conductas típicas que se presentan en el derecho comparado, un panorama con variadas fórmulas o modelos.

Así, por ejemplo, el legislador alemán optó por un modelo exhaustivo que comprende cuatro modalidades comisivas<sup>55</sup>:

- a) Incorrecta configuración del programa.

---

<sup>55</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El delito de...* Op. Cit. p. 277.

- b) Utilización de datos incorrectos o incompletos.
- c) Utilización no autorizada de datos.
- d) Cualquier otra forma de influencia no autorizada en el proceso de tratamiento de datos.<sup>56</sup>

Es importante destacar la norma de clausura “otra manera”, lo que determina que el injusto del fraude informático alemán, pese a ser exhaustivo, igualmente pretende un alcance amplio.

En Italia, por su parte, optaron por un modelo general que sanciona: a) Alteración de cualquier modo del funcionamiento de un sistema informático o telemático; y, b) Intervención sin derecho con cualquier modalidad sobre datos, informaciones o programas<sup>57</sup>. Esto es, un modelo de definición general<sup>58</sup>.

Por último, también como un modelo de definición general, tenemos el art. 248.2 del Código Penal Español<sup>59</sup>, en el cual la conducta comisiva es una manipulación informática u otro artificio semejante<sup>60</sup>.

Por ahora, asumiremos que todas aquellas conductas pueden resumirse en el concepto manipulación informática, pues representa la regla general como conducta comisiva si se entiende en sentido amplio<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Código Penal Alemán: “§263a. *Estafa por computador*  
*Quien con el propósito, de procurarse para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, en la medida en que él perjudique el patrimonio de otro, por una estructuración incorrecta del programa, por la utilización de datos incorrectos o incompletos, por el empleo no autorizado de datos, o de otra manera por medio de la influencia no autorizada en el desarrollo del proceso, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.*”

<sup>57</sup> Código Penal Italiano: Art. 640 ter: “*Quien, alterando de cualquier modo el funcionamiento de un sistema informático o telemático o interviniendo sin derecho cualquier modalidad sobre datos, informaciones o programas contenidos en sus sistema informático o telemático o a ellos pertinentes, procura para sí o a otro un injusto provecho con daño ajeno, es castigo privación de libertad de seis meses a tres años y con multa de 51 euros a 1,032 euros.*”

<sup>58</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El delito de...* Op. Cit. 287.

<sup>59</sup> Código Penal Español: Art. 248.2 “*También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consiguen la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.*”

<sup>60</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El delito de...* Op. Cit. p. 298.

<sup>61</sup> *Ibíd.*, p. 349.

## 6.2. Concepto

Gustavo Balmaceda adhiere al concepto de Romeo Casabona, quien define la manipulación informática como “la incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado de datos, mediante la alteración de los datos que se introducen o ya contenidos en el computador en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero”<sup>62</sup>.

Por otra parte, Rovira del Canto la define como: “cualquier acción voluntaria de intervenir o afectar, de forma subrepticia, inautorizada y astuta, elementos o bienes tangibles o intangibles, afectando la información informatizada, los datos o los programas que la representen, o las funciones propias de un sistema informático o telemático, con lesión o puesta en grave riesgo o peligro de bienes individuales y colectivos objeto de protección jurídico penal”<sup>63</sup>.

Pérez Manzano, escuetamente, la definió como una alteración del *software*<sup>64</sup>. Sin embargo, es perfectamente posible afectar el sistema informático sin alterar *software*, sino valiéndose de él. En otras palabras, el concepto de la académica no se sostiene pues, “la manipulación del programa puede ser, o bien *conforme* al sistema o bien *contraria* al sistema”<sup>65</sup>.

Ciertamente, la creatividad delictiva en éste ámbito es infinita, por lo tanto, corresponde apreciar un concepto amplio de manipulación informática. Además, se debe tener presente que las definiciones incorporan o mezclan nociones de lenguaje informático con lenguaje común, por ejemplo, decir que “alguien está utilizando el *software*” equivale a decir, en lenguaje informático, que “está ingresando, modificando o quitando datos”. Así, propongo la siguiente definición de manipulación informática: “acción u omisión voluntaria que incide

---

<sup>62</sup> *Ibíd.*, pp. 300-301.

<sup>63</sup> ROVIRA DEL CANTO, Enrique. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granda: Comares, 2002. pp. 571 y ss.

<sup>64</sup> Concepto de PÉREZ MANZANO, Mercedes. Véase en MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2007. p. 69.

<sup>65</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El delito de...* Op. Cit. p. 279.

en un sistema informático de forma indebida, mediante la alteración de los datos que se introducen o ya contenidos en el computador en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, en perjuicio de un tercero”.

### **6.3. Artificio semejante o manipulación no informática**

Muchas legislaciones han incorporado normas de clausura con redacciones como “u otro artificio semejante” (248.2 del Código Penal Español); o el proyecto de ley chileno (Boletín 3083-07) que crea el art. 468 bis en el Código Penal que se refiere a “manipulaciones no informáticas”<sup>66</sup>. Se discute cuál es el sentido de estas expresiones, pero claramente revelan la intención del legislador por extender la conducta típica y no dejar vacíos legales. Balmaceda señala que la idea legislativa era “castigar también las manipulaciones en máquinas automáticas que proporcionan servicios o mercancías que en el caso concreto no pudieran calificarse como informáticas, lo que es criticado, pues la obtención fraudulenta de este tipo de prestaciones probablemente nada tienen de semejante a una manipulación informática.”<sup>67</sup>

La crítica es pertinente: Si alguien ingresa una moneda falsa a una máquina expendedora para obtener una gaseosa, parece inadecuado dar aplicación a un injusto propio de la familia de las defraudaciones como lo es el fraude informático. ¿Dónde figura la disposición patrimonial voluntaria atribuible, al menos formalmente, al titular del patrimonio? Tal máquina fue pensada para la liberación del producto en forma anónima, a diferencia de los medios electrónicos de pago, donde ciertamente podemos constatar al menos una apariencia de disposición patrimonial. En mi opinión, lo sensato será sancionar esas conductas a título de hurto o robo con fuerza en las cosas.

Sin perjuicio de ello, estimo que una fórmula válida para interpretar estas voces, “artificio semejante”, “manipulación no informática”, es ligándolas a conductas que no sean propiamente informáticas -en el sentido de la adición de datos (*input*), salida de los mismos

---

<sup>66</sup> BOLETÍN 3083-07. Proyecto de ley en Chile. Fecha de Ingreso 2 de Octubre de 2002. Modifica el Código Penal con el objeto de recepcionar, en los tipos penales tradicionales, nuevas formas delictivas surgidas a partir del desarrollo de la informática. [en línea] 14 de marzo de 2016. <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=3380&prmBoletin=3083-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3380&prmBoletin=3083-07)>

<sup>67</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El delito de...* Op. Cit. p. 302.

(*output*) o la alteración del programa- sino actos que afecten el sistema informático de forma indirecta. Por ejemplo, quien realiza una alteración en la placa base a nivel del *hardware*, o quien agrega una tarjeta o memoria a un cajero automático, son manipulaciones no informáticas o indirectamente informáticas, pues exigen un paso previo a la alteración de los datos del sistema para repercutir en el resultado del proceso. En este sentido, la doctrina dice que se trataría de manipulaciones mecánicas, químicas, biotecnológicas<sup>68</sup>. Lo relevante será que dicha manipulación presente los caracteres suficientes para su exigencia típica, esto es, principalmente, que tenga aptitud para incidir el resultado o el proceso del sistema informático, como se verá más adelante.

Con todo, reconozco que es un tema abierto y queda pendiente para la dogmática penal interpretar un sentido y alcance de tales voces sin desnaturalizar el injusto propio del fraude informático.

#### **6.4. Manipulación como una especie engaño**

Se ha discutido en la doctrina si la manipulación informática y otro artificio semejante equivalen al engaño y error en la estafa convencional.

Urs Kindhäuser, entre otros, señala que la manipulación informática no es un engaño, pues no es posible engañar a una máquina y no corresponde humanizarla. De esta manera, el fraude informático no puede ser interpretado en analogía con la estafa convencional<sup>69</sup>.

Por contrapartida, Ricardo Mata y Martín postula que la manipulación informática u otro artificio semejante “equivale al engaño bastante y el error al que debe conducir al sujeto pasivo o tercero”<sup>70</sup>.

A mi juicio, nada obsta considerar la manipulación informática como una especie de engaño si entendemos éste como una afirmación falsa sobre hechos relevantes, desde el punto

---

<sup>68</sup> LONDOÑO, Fernando. «Los delitos informáticos en el proyecto de reforma en actual trámite parlamentario.» *Revista Chilena de Derecho Informático* N° 4 (2004). p. 181.

<sup>69</sup> KINDHÄUSER, Urs. «La estafa por medio de computadoras: ¿una estafa?» En. *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*. Lima: Grijley, 2002. p. 175.

<sup>70</sup> MATA Y MARTÍN, Ricardo. Op. Cit. p. 64.

de vista de la teoría de los actos de habla. En efecto, el engaño concluyente, recordamos, es una afirmación falsa indirecta<sup>71</sup>. Si alguien concurre a un restaurant, se sienta y come, está diciendo implícitamente “tengo dinero para gastar y voy a hacerlo”, y luego se va raudamente sin pagar la cuenta, es que realizó una afirmación falsa, porque realmente no tenía el dinero. Paralelamente, nos sirve de nuevo el ejemplo del *phising*: Si un sujeto “A” obtiene el usuario y clave de la cuenta bancaria de “B”, entra a la página web desde su computador, ingresa los datos de “B” y realiza una transferencia electrónica a “A”, está realizando una aseveración falsa implícita, esto es, “soy el sujeto ‘B’, o al menos tengo autorización de su parte para realizar esta transferencia”, lo cual no es cierto. Por lo tanto, es dable realizar una afirmación falsa a medios electrónicos. Dicha comprensión encaja con la idea de la disposición patrimonial atribuible en apariencia a la voluntad del dueño del patrimonio.

Ahora bien, podrían plantearse dos reparos desde el punto de vista de los actos de habla:

Primero, que el enunciado requiere un receptor persona natural consciente, lo que no sucede cuando el destinatario del enunciado es una máquina, observación de la cual ya me hice cargo al referirme al engaño, pues nada obsta que el mensaje no tenga un receptor inmediato y directo para ser calificado como un acto de habla<sup>72</sup>.

Segundo, no sería posible sostener que el ingreso (*input*) o salida de datos (*output*) pueda ser considerado como un acto de habla. Falso. Lo realmente característico de los actos de habla es que expresan, mediante un sistema de símbolos, un determinado contenido que puede ser interpretado; es la representación de una idea o de objetos mediante símbolos. Los sistemas informáticos, por su parte, están contruidos sobre la base de programas y *softwares*, los cuales se erigen a través de un lenguaje computacional. La programación es, en sí misma, la creación de un conjunto de instrucciones, asimilables a una obra literaria. Tal es así, que el Derecho de la Propiedad Intelectual ha protegido los programas y *softwares* como obras literarias. De acuerdo a la doctrina “la consideración como obra literaria en el sentido del

---

<sup>71</sup> MAYER, Laura. Op. Cit. 1031.

<sup>72</sup> *Supra* pp. 24-25.

derecho de autor, se sustenta en que el *software* se expresa en código fuente y se reproduce a partir del código objeto, en un lenguaje natural creado artificialmente por el hombre para una comunicación especializada”<sup>73</sup>. Lo anterior se consagra textualmente en el art. 10 del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio “ADPIC”:

“Artículo 10

Programas de ordenador y compilaciones de datos

1. Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)”<sup>74</sup>.

En este contexto, no sólo la creación de un programa es un acto de habla, sino también toda interacción con un sistema informático, que se realiza mediante el ingreso (*input*), salida de datos (*output*), y/o la modificación del programa. Todas esas acciones requieren necesariamente el envío de órdenes a un procesador a través del lenguaje computacional.

De esta manera, la manipulación informática puede ser un acto de habla, y si se realiza una afirmación falsa sobre hechos relevantes, bien puede considerarse una especie de engaño. Por lo demás, únicamente la manipulación entendida de esa forma es apta para producir una disposición patrimonial que consagre el injusto como un delito de autoría mediata.

### **6.5. Requisitos de la manipulación informática para su suficiencia típica**

Si bien ya tenemos un concepto de manipulación informática, claramente se debe vincular con la disposición patrimonial y el perjuicio, para lo cual debe reunir ciertas características en orden a calificar su suficiencia típica. A saber:

---

<sup>73</sup> ARGUDO, Esteban. «Los Derechos de Propiedad Intelectual y la protección del software.» *REUNIÓN REGIONAL de Directores de oficinas de Propiedad Industrial y de oficinas de Derecho de Autor de América Latina*. Guadalajara: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, 2004. p. 2.

<sup>74</sup> Me refiero al Anexo 1C del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

a) Afirmación falsa sobre hechos relevantes: Como ya fue enunciado, la manipulación informática debe considerarse como una especie de engaño en esos términos, pues representa el desvalor de la conducta en la familia de las defraudaciones.

De otro modo, asumiendo que se tratara de una afirmación verdadera, si la intervención en el sistema informático provoca igualmente un perjuicio patrimonial, será forzoso estudiar hipótesis de hurto, robo u otros delitos informáticos para sancionar tales conductas.

b) Aptitud para incidir en el resultado o proceso informático: Lógicamente, la conducta del autor, ya sea mediante el ingreso, salida de datos, o la alteración del programa, debe ser capaz de incidir en el sistema informático.

En ausencia de dicha calidad, no generará un riesgo penalmente relevante. Por ejemplo, quien simule ser otra persona en un computador sin internet, pero con un servidor grabado en la “memoria *caché*”, y no logra hacer la transferencia de dinero porque la página web del Banco requería estar conectado a la red para ejecutar dicha maniobra. Aquella conducta no fue suficiente para generar un riesgo al bien jurídico.

c) Que dicha aptitud para incidir en el sistema informático permita una disposición patrimonial que singularice el injusto como uno de autoría mediata: Debo insistir en que es característico del fraude informático la consideración que se trate de una autoría mediata tipificada, lo que se evidencia a través de una disposición patrimonial atribuible formalmente - o en apariencia- al titular del patrimonio.

Lógicamente, la única forma de que se produzca ese efecto es mediante una manipulación informática como afirmación falsa. Si fuera verdadera, no hay desvalor de la conducta, por lo que la disposición patrimonial sería autorizada (ya sea por un tercero mandatado o por el dueño del patrimonio). En ese sentido, ya no podríamos sostener que se trata de una instrumentalización del disponente como autoría mediata y se desvanece el carácter autolesivo del injusto.

A mayor abundamiento, si aceptáramos la hipótesis de una manipulación informática como afirmación verdadera, igualmente puede darse que el autor quiebre la custodia del

patrimonio, pero será contra la voluntad de la víctima, esto es, no se verifica una disposición patrimonial ni siquiera en apariencia del titular. Este caso, empero, escapa al injusto del fraude informático y deberá ser sancionado por otros tipos idóneos como el hurto, robo con fuerza en las cosas, sabotaje informático, etc.

En suma, la manipulación informática será típicamente suficiente si logra incidir en un sistema informático, produciendo una disposición patrimonial atribuible formalmente al dueño del patrimonio o el de un tercero.

## **7. Síntesis de las conclusiones del Capítulo**

### 1. Engaño:

- 1.1. El engaño conceptualmente es una afirmación falsa sobre hechos relevantes, definición amplia que aplica a cualquier especie de fraude en el ordenamiento jurídico.
- 1.2. El engaño en la estafa convencional, empero, debe ser apto para producir error en el disponente, lo que representa un requisito para su suficiencia típica.
- 1.3. El engaño en el fraude informático adquiere otro matiz respecto a la estafa, puesto que no requiere como receptor una persona natural y no produce yerro.

### 2. Error:

- 2.1. El error es un fenómeno psicológico y consiste en una representación equivocada de la realidad.
- 2.2. El error es un elemento imprescindible en la estafa, ya que es la única forma de motivar una disposición patrimonial voluntaria en el sentido autolesivo que caracteriza el injusto.
- 2.3. El error no es un elemento del fraude informático, pues las máquinas no yerran.
- 2.4. Tales motivos nos permiten adelantar que en Chile no es punible el fraude informático.

### 3. Disposición patrimonial:

- 3.1. La disposición patrimonial es una acción u omisión voluntaria que causa la disminución del propio patrimonio o del de un tercero.
- 3.2. Es un elemento imprescindible en la estafa convencional, puesto que caracteriza el injusto como un delito de autoría mediata tipificada, en el sentido de instrumentalizar a la víctima y configurar un delito de autolesión.
- 3.3. En el fraude informático también es un elemento imprescindible, ya que caracteriza el delito como uno de autoría mediata. Con todo, el cambio de custodia del patrimonio será atribuible al titular del mismo sólo en apariencia o formalmente, dado que fenotípicamente es el autor quien realiza la disposición. Esto último marca la diferencia entre la disposición patrimonial en la estafa respecto al fraude informático.
- 3.4. En el fraude informático la disposición patrimonial se atribuye sólo en apariencia al titular del mismo, por lo tanto, no requiere ser antecedido por un error, a diferencia de la estafa.

### 4. Manipulación informática u otro artificio semejante:

- 4.1. Concepto: Acción u omisión voluntaria que incide en un sistema informático de forma indebida, mediante la alteración de los datos que se introducen o ya contenidos en el computador en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, en perjuicio de un tercero.
- 4.2. La manipulación es una especie de engaño. Nada obsta considerarla como una afirmación falsa sobre hechos relevantes, habida cuenta que la intervención en un sistema informático siempre se configura a través de un lenguaje computacional que bien puede ser entendido como un acto de habla.
- 4.3. La conducta debe tener la aptitud de incidir en el resultado de un proceso de tratamiento de información en orden a constituir un riesgo penalmente relevante.
- 4.4. Dicha incidencia en el sistema informático debe, a su vez, derivar en una disposición patrimonial atribuible formalmente al titular del patrimonio.

# **CAPÍTULO TERCERO: BREVE ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS QUE TIPIFICAN EL FRAUDE INFORMÁTICO**

## **1. Preámbulo**

En este capítulo propongo, básicamente, sistematizar y darle coherencia a las ideas que he venido explicando, aterrizadas a nuestro paradigma normativo. Con este fin, analizaré las figuras de fraude informático que constan en dos proyectos legislativos, para decidir si aquellos tipos son una especie de fraude, estafa, hurto, o bien, otro delito informático.

## **2. Fraude informático en proyecto de ley que modifica el Código Penal para incorporar nuevos delitos informáticos<sup>75</sup>**

### **2.1. Tipo penal:**

El proyecto de ley que consta en el boletín 3083-07 crea el art. 468 bis del Código Penal, e indica:

#### **“FRAUDE INFORMATICO**

4) Incorpórese al Código Penal el siguiente artículo 468 bis:

Artículo 468 bis.- En las mismas penas del artículo anterior (presidio menor en cualquiera de su grados, dependiendo del monto de lo defraudado) incurrirá el que, con ánimo de lucro, modifique una situación patrimonial en perjuicio de otro, alterando indebidamente el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de la información o los datos contenidos en el mismo, utilizando indebidamente en el mismo datos verdaderos o valiéndose

---

<sup>75</sup> BOLETÍN 3083-07. Proyecto de ley en Chile. Op. Cit.

de cualquier otra manipulación o artificio semejante, informático o no, aplicado sobre el referido sistema.”

## 2.2. Tipo objetivo

El injusto se estructura a partir de una serie de modalidades comisivas -todas subsumibles dentro de la hipótesis de manipulación<sup>76</sup>- en virtud de las cuales se incide en un sistema informático o su procesamiento, causando una disposición patrimonial perjudicial.

### 2.2.1. Modalidades comisivas:

La voluntad del legislador es evitar vacíos legales. Exacerbando dicha premisa, el tipo penal incorpora una serie de modalidades comisivas provenientes del derecho comparado, mezclando modelos como el italiano y alemán.

Según Tiedemann, las manipulaciones “pueden afectar tanto la fase de suministro o alimentación (*input*) de datos, como a la fase de salida (*output*) y la de su procesamiento...”<sup>77</sup>. Rovira del Canto agrega las manipulaciones directas de la información. El proyecto de fraude informático comprende dichas ideas, a saber:

- f) Alteración indebida del funcionamiento del sistema: Un sistema es un conjunto de programas. Por lo tanto, esta variable es equiparable a una “manipulación al programa”, que se ejecuta modificando las instrucciones, “alterando o eliminando algunos pasos o introduciendo partes nuevas en el mismo”<sup>78</sup>. En el fondo, es una forma comisiva proveniente del art. 640 del Código Penal Italiano, y consiste en “una modificación del desarrollo regular del proceso de elaboración y/o de transmisión de datos realizado por un ‘sistema informático o telemático’.”<sup>79</sup>
- g) Alteración indebida de los datos del sistema informático: La voz “datos” puede entenderse de dos maneras. Primeramente, como las manipulaciones directas de

<sup>76</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El delito de...* Op. Cit. p. 372.

<sup>77</sup> En referencia a TIEDEMANN, Klaus, véase en: MAGLIONA, Claudio y LÓPEZ, Macarena. *Delincuencia y Fraude Informático*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999. p. 123.

<sup>78</sup> MATA y MARTIN, Ricardo. Op. Cit. p. 86.

<sup>79</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El delito de...* Op. Cit. p 287-288.

información, esto es, “creación de información simulada en el propio sistema informático o telemático: los datos son verdaderos pero simulan otros distintos dando lugar a confusión...”<sup>80</sup>. La segunda interpretación consiste en una manipulación directa de datos, es decir, suministrar datos falsos al ordenador en su fase de entrada (*input*), o bien, modificando los datos de salida, lo cual afecta el resultado del procesamiento (*output*)<sup>81</sup>.

- h) Manipulación informática: Esta expresión proviene del art. 248.2 del Código Penal Español e incorpora las modalidades comisivas anteriores, porque eventualmente toda interacción a través de un sistema informático se reduce a órdenes consistentes en suministrar datos de entrada (*input*), modificación de los datos de salida (*output*), o una alteración en el programa. Por lo tanto, bastaba que el tipo penal se refiriera a esta modalidad<sup>82</sup>.
- i) Artificio semejante: La redacción inicial del proyecto decía “manipulación informática o artificio semejante”, pero se modificó por “manipulación o artificio semejante, informático o no, aplicado sobre el referido sistema.” Los legisladores explicaron dicha modificación: “Lo verdaderamente relevante es que el objeto de la acción sea una máquina, siendo la forma concreta de llevar adelante este engaño un elemento de segundo nivel. Por ello, para los efectos del delito, no tendría mayor importancia si la acción se llevaba a cabo por medios estrictamente informáticos u otros como los biotecnológicos”, ejemplo de estos últimos serían “los trasplantes de tejidos, injertos de huellas dactilares y otros semejantes, los que equivalen a la utilización de datos verdaderos sin la correspondiente autorización”<sup>83</sup>.

No obstante la aclaración de los legisladores, todas las hipótesis a que se refieren ya estaban comprendidas en la voz “artificio semejante”, de allí que es confusa

---

<sup>80</sup> ROVIRA DEL CANTO, Enrique. Op. Cit. p. 268.

<sup>81</sup> MAGLIONA, Claudio y LÓPEZ, Macarena. Op. Cit. p. 192-194.

<sup>82</sup> BALMACEDA, Gustavo. *El delito de...* Op. Cit. p. 373.

<sup>83</sup> Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. *Boletín 3083-07. Informe para proyecto de ley.* Congreso Nacional. Valparaíso, 2003. [en línea]. 19 de Enero de 2016. <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=5857&prmTIPO=INFORMEPLEY>>. pp. 21-22.

la distinción entre artificio semejante informático y no informático, si entendemos que toda actuación informática ya estaba subsumida en la expresión manipulación informática, la cual es *per sé* amplia y mutable en el tiempo.

Ahora bien, lo común de todas estas expresiones, cualquiera sea la modalidad, es la necesaria aptitud de incidir en un sistema informático, porque de otro modo nos alejaríamos del alcance del tipo, como ocurre en el caso de las máquinas mecánicas automatizadas (*v.gr.* insertar una moneda falsa en una máquina expendedora de bebidas gaseosas, la cual carece de sistema informático). Esta idea se consagra en el proyecto de ley con la frase final “aplicado sobre el referido sistema”.

En suma, la técnica legislativa tiene una pretensión excesivamente amplia. Todas las modalidades comisivas pueden resumirse en la voz “manipulación”, la cual consiste en una afirmación falaz, habida cuenta que el artículo utiliza la expresión “indebida” para las primeras variables, ratificando que el engaño es el desvalor de la conducta. Además, el propio concepto de “manipulación” y “artificio” revelan este carácter.

#### 2.2.2. Incidir en el resultado o el proceso del sistema informático:

La frase final “aplicado sobre el referido sistema” da cuenta que la manipulación ineludiblemente debe incidir sobre el resultado o el proceso del sistema informático, lo cual se relaciona con la posibilidad de erosionar el bien jurídico.

#### 2.2.3. Disposición patrimonial:

La expresión “modifique una situación patrimonial” consagra este elemento. La disposición patrimonial debe ser atribuible formalmente o en apariencia al dueño del patrimonio, ya que el tipo penal se regula bajo el epígrafe de las “Estafas y otros engaños”; además, el proyecto presenta el titular “Fraude informático”; y, lo más importante, el injusto reclama dicha noción para distinguirse de los delitos de heterolesión.

#### 2.2.4. Perjuicio

Claramente la frase “En perjuicio de otro” revela que es un delito de resultado, particularmente una afectación del patrimonio ajeno, en consideración a la palabra “patrimonial”.

### **2.3. Tipo subjetivo**

Es un tipo penal que sólo admite dolo. Además, requiere ánimo de lucro.

## **3. Fraude informático en el proyecto de ley que establece un nuevo Código Penal<sup>84</sup>**

### **3.1. Tipo penal**

El proyecto de ley que consta en el Boletín 9274-07, crea el art. 333 del nuevo Código Penal, e indica:

“Art. 333. Fraude informático. El que, para obtener un provecho para sí o para un tercero, perjudicare a otro en su patrimonio alterando indebidamente el funcionamiento de un sistema informático o los datos contenidos en el mismo o usando correctamente el sistema luego de haber accedido indebidamente a él mediante vulneración tecnológica de sus mecanismos de seguridad o la obtención sin el consentimiento del titular, por parte de él o de un tercero, del conocimiento de la información secreta que permite el acceso al titular, será sancionado con prisión de 1 a 3 años.

Si el fraude informático irrogare un perjuicio grave el tribunal estimará el hecho como una agravante muy calificada.”

---

<sup>84</sup> BOLETÍN 9274-07. Proyecto de ley en Chile. Fecha de Ingreso 10 de Marzo de 2014. Establece un nuevo Código Penal. [en línea] 5 de Junio de 2016 <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=9686&prmBoletin=9274-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9686&prmBoletin=9274-07)>.

### 3.2. Tipo objetivo

Se presenta un modelo exhaustivo, con los siguientes elementos:

#### 3.2.1. Modalidades comisivas:

a. Alteración indebida del funcionamiento de un sistema informático.

b. Alteración indebida de los datos contenidos en el sistema informático.

Para evitar reiteraciones en cuanto a qué significa cada modalidad, me remito a lo señalado a propósito del proyecto de ley anterior, pues comparten estas variantes<sup>85</sup>.

c. Usando correctamente el sistema luego de haber accedido indebidamente a él mediante vulneración tecnológica de sus mecanismos de seguridad o la obtención sin el consentimiento del titular, por parte de él o de un tercero, del conocimiento de la información secreta que permite el acceso al titular: Esta expresión consagra la idea de que es perfectamente posible obtener una disposición patrimonial perjudicial sin alterar o dañar el *software* sino que valiéndose de aquél. Se trata de una modalidad ideal para sancionar el *phishing*.

Por otra parte, esta variante permite sancionar conductas que afectan indirectamente al sistema informático, como quien manipula un *hardware*, o quien por medios químicos, electrónicos o mecánicos interviene finalmente en el resultado del procesamiento automático de la información (v.gr. un sujeto con un injerto dactilar logra ingresar al sistema sin la autorización correspondiente). Lo remarcable de la disposición es que logra el mismo efecto que otras legislaciones, sin caer en expresiones ambiguas como “otro artificio semejante”, puesto que la expresión “luego de haber accedido a él...” contempla el supuesto de un paso previo a la manipulación directa sobre el sistema informático, sin perjuicio que eventualmente la acción debe incidir en el resultado del proceso.

---

<sup>85</sup> *Supra* pp. 47-48.

En definitiva, este tipo penal presenta más ventajas respecto al analizado anteriormente, principalmente por su claridad y orden en cuanto a las modalidades comisivas. En efecto, el art. 333 del proyecto de nuevo Código Penal no contiene expresiones ambiguas como “manipulación”, u “otro artificio semejante”. Es un modelo exhaustivo, sin cláusula general o residual que permita incorporar conductas que escapen al alcance de lo establecido expresamente. Ello evita problemas de interpretación y facilita su aplicación en la práctica.

### 3.2.2. Incidir en el resultado o el proceso del sistema informático:

Todas las modalidades comisivas contienen la referencia al sistema informático, lo que obliga a rechazar hipótesis relacionadas con sistemas mecánicos o de otra especie.

### 3.2.3. Disposición patrimonial:

Es posible reconocer este elemento de forma implícita. Primero, a partir de la expresión “perjudique a otro en su patrimonio” para “obtener un provecho para sí o un tercero”. Segundo, porque el injusto del fraude informático así lo reclama con el fin de distinguirse de otros delitos, de acuerdo a la interpretación del profesor Kindhäuser.

Sobre esto último, cabe mencionar que las voces que hacen referencia al sentido defraudatorio del tipo como las expresiones “indebida”, “sin el consentimiento del titular”, “con conocimiento de la información secreta”, revelan que todas las modalidades comisivas implican una manipulación, en el sentido de afirmación falaz, puesto que es la única vía para que la acción derive en una disposición patrimonial atribuible al menos formalmente al titular del patrimonio, y que de esa forma pueda distinguirse respecto a los delitos de heterolesión como el hurto, el daño informático (art. 303 del proyecto), o la perturbación de un sistema informático (art. 302 del proyecto). Si es indebida la acción, lo habitual será que se trate de una afirmación falsa. Por ejemplo, quien altera el *software*, y obtiene una ventaja patrimonial, está afirmando implícitamente que está autorizado para tal efecto -lo que es falso- y permite atribuir aparentemente la disposición patrimonial a su titular.

### 3.2.4. Perjuicio

La frase “perjudicare a otro en su patrimonio” revela claramente que es un delito de resultado, particularmente una afectación del patrimonio ajeno.

### **3.3. Tipo subjetivo**

Es un tipo penal que sólo admite dolo. Además, requiere ánimo de lucro, pues señala “para obtener un provecho para sí o para un tercero”.

## **4. Fraude informático: ¿Estafa, hurto, fraude u otro delito informático?**

Por último, justificaré porqué considero que el injusto analizado en este trabajo se corresponde a una especie de fraude, idea que se refuerza con los proyectos de ley en comento.

### 4.1. Las hipótesis que comprende el fraude informático no pueden ser sancionadas a título de hurto según el art. 432 del Código Penal

El art. 432 del Código Penal dispone:

“Art. 432. El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto.”

En primer término, la manipulación (informática o no) puede interpretarse como una afirmación falaz, y es un elemento indispensable en el fraude informático. El hurto puede cometerse con prescindencia del engaño, ya que no es un presupuesto típico.

En segundo lugar, el fraude informático representa un injusto de autoría mediata toda vez que la disposición patrimonial es atribuible formalmente o en apariencia al dueño del patrimonio, lo que configura la instrumentalización de la víctima. Por su parte, el hurto es un

delito de tipificación de autoría inmediata, ya que el tipo reclama un actuar contra la voluntad del perjudicado. En consecuencia, el fraude informático es un delito de autolesión, mientras que el hurto es uno de heterolesión.

A mayor abundamiento, el objeto del delito en el hurto es una cosa corporal, mientras que en el fraude informático puede tratarse de bienes intangibles, servicios profesionales, acciones y derechos. En otras palabras, el bien jurídico protegido por el fraude informático (el patrimonio) es más amplio que el tutelado por el hurto (la propiedad).

En definitiva, las hipótesis defraudatorias estudiadas en este trabajo, como el *phishing*, no pueden ser sancionadas por el art. 432 del Código Penal.

#### 4.2. Sólo algunas hipótesis del fraude informático pueden ser sancionadas como otros delitos informáticos de la ley N° 19.223

“Artículo 1°.- El que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

Si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, se aplicará la pena señalada en el inciso anterior, en su grado máximo.

Artículo 3°.- El que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información, será castigado con presidio menor en su grado medio.”

Los arts. 1 y 3 de la ley en comento sancionan supuestos de sabotaje informático.

El fraude informático es más amplio que estas figuras, puesto que si bien puede ser ejecutado mediante un sabotaje, esto es, contra el sistema, también presenta otras modalidades comisivas, incluso sin alterar el programa sino valiéndose de él.

Cabe consignar que, en el evento de producirse un fraude informático mediante la alteración de datos de un sistema y asumiendo que se apruebe el proyecto de ley que agrega el

art. 468 bis al Código Penal<sup>86</sup>, estaremos en presencia de un concurso ideal de delitos, punibles según la regla del art. 74 del Código penal.

“Artículo 2°.- El que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio.

Artículo 4°.- El que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado.”

El art. 2 sanciona la intromisión informática, mientras que el art. 4 castiga la revelación indebida y difusión de datos. Ambos delitos tutelan la privacidad de las personas como bien jurídico protegido<sup>87</sup>. El fraude informático, en cambio, pretende el resguardo del patrimonio. Basta esa consideración para concluir que estos delitos sancionan hipótesis criminales diferentes.

Máxime, de promulgarse el proyecto de ley (Boletín 3083-07), el autor de un supuesto de *phishing* sería sancionado por cometer los delitos del art. 2 de la ley 19.223, y art. 468 bis del Código Penal, en concurso real.

#### 4.3. Las hipótesis que comprende el fraude informático no pueden ser sancionadas a título de estafa según los arts. 468 y 473 del Código Penal

“8. Estafas y otros engaños:

Art. 468. Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes,

---

<sup>86</sup> BOLETÍN 3083-07. Proyecto de ley en Chile. Op. Cit.

<sup>87</sup> MEDINA, Gonzalo. «Estructura típica del delito de intromisión informática.» *Revista chilena de Derecho y Tecnología* 3.N° 1 (2014): 79-99. [en línea]. 20 de enero de 2016. <<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/126717>>. p. 80.

crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante.

Art. 473. El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multas de once a veinte unidades tributarias mensuales.”

Tal como se expuso en el Capítulo primero, es habitual que la jurisprudencia subsuma hipótesis de fraude informático dentro de las categorías de estafa que contempla el Código Penal con todos los problemas que ello implica.

Desde el punto de vista doctrinal, la postura mayoritaria está en lo cierto al considerar el delito de estafa como un injusto de autolesión que consiste en un engaño, en cuya virtud se induce a error a quien realiza un acto de disposición patrimonial perjudicial. Cada elemento es necesario y se halla en una indisoluble cadena causal, lo que justifica darle un trato determinado a cada presupuesto.

En este sentido, el engaño debe necesariamente ser apto para producir error, y la disposición patrimonial estar motivada por éste. Tales circunstancias son ajenas e incompatibles al injusto del fraude informático, por los siguientes motivos:

Primero, si bien la manipulación informática (o no informática) puede ser concebida como una especie de engaño exteriorizado, en tanto acto comunicativo sin receptor inmediato y directo, aquel no está destinado a generar error alguno, puesto que las máquinas y los sistemas informáticos no se equivocan. El engaño en la estafa está dirigido a una persona natural.

Segundo, la disposición patrimonial tanto en la estafa como en el fraude informático caracterizan ambos injustos como delitos autolesivos, de tipificación de autoría mediata, pero con matices que hacen imposible equiparlos. La disposición patrimonial en la estafa es ejecutada directamente por la persona engañada, el sujeto de adelante. En el fraude

informático, en cambio, este acto sólo es atribuible al dueño del patrimonio en términos formales o aparentes, ya que fenotípicamente es el autor quien la lleva a cabo mediante una manipulación.

Por consiguiente, las hipótesis que contempla el fraude informático no pueden ser sancionadas a título de estafa convencional.

Escapa a los fines de esta memoria darle coherencia al entramado de normas que contiene el Código Penal chileno respecto a las “Estafas y otros engaños”, cuestión ampliamente debatida por la doctrina. Así, Alfredo Etcheberry sostiene que el art. 468 del Código Penal presenta una serie de casos que exigen la concurrencia de una *mise en scène*. Por su parte, el art. 473 representa “otros engaños”, y se caracteriza por sancionar engaños no constitutivos de *mise en scène*<sup>88</sup>.

Sin embargo, y en convergencia con la tesis que adhiero en cuanto al concepto de engaño, de Laura Mayer, resulta útil seguir su interpretación de estos tipos a fin de controvertir la visión de la doctrina minoritaria respecto al fraude informático. Para esta autora, el art. 468 se trataría de casos de estafa “calificada” y el art. 473, un caso de “estafa residual”. Lo que los diferencia, en realidad, es que en el art. 468 el legislador ha indicado una descripción típica de hechos cuya afirmación falsa considera particularmente grave. Ello con independencia de la concurrencia o no de una *mise en scène*<sup>89</sup>.

En todo caso, sea cual fuere la interpretación de estos autores, igualmente los tipos penales suponen que dicho engaño tenga la aptitud de generar error, por lo que pertenecen a la doctrina mayoritaria en referencia al tema de fondo que trata esta memoria.

Pero vale la pena complejizar el análisis y agotar el tema considerando los argumentos de la doctrina minoritaria -particularmente de Balmaceda- tendientes a destacar la necesidad de una reinterpretación de estos tipos penales, porque efectivamente el tenor literal del art. 473 del Código Penal chileno sólo expresa como elementos el engaño y el perjuicio, por tanto,

---

<sup>88</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. pp. 406-407.

<sup>89</sup> MAYER, Laura. Op. Cit. p. 1038.

nada obstaría sancionar conductas como la del fraude informático –concluye esta parte de la doctrina-.

Sin embargo, dicha interpretación es incorrecta. Lo que plantea la doctrina minoritaria, en el fondo, es que el art. 473 del Código penal representa un delito de “fraude general” (que solo implique engaño y perjuicio) y no de estafa. El problema es que no es posible que un ordenamiento jurídico basado en los principios del Derecho Penal contemporáneo presente una figura tan amplia y sin una estructura que ligue sus presupuestos típicos. Lo lógico es que ante silencio de la ley sea la doctrina y la jurisprudencia quienes desarrollen cómo se vinculan estos elementos, y lo han hecho a través del error y la disposición patrimonial. Si no se verificaran estos elementos, la estafa perdería su carácter de autolesión y poco se distinguiría de las hipótesis de hurto o robo.

Los fraudes tipificados en la ley como el fraude al fisco, fraude aduanero, fraude tributario, etc. tienen una especificidad que reclama una normativización de los elementos que vinculan al engaño con el perjuicio de forma particular o, al menos, exigen señalar expresamente los hechos relevantes sobre los que versa la afirmación falaz.

Y lo mismo ocurre con el fraude informático, en consideración de todas las peculiaridades que presenta, tales como una manipulación informática que incide en el resultado del procesamiento, o una disposición atribuible en términos meramente formales al titular del patrimonio. Su carácter excepcional y único impide trazar sus elementos de forma natural y obvia como se hace con la estafa. En otras palabras, no es prudente interpretar que el art. 473 vincula el engaño y el perjuicio a través del error y la disposición patrimonial, y asumir al mismo tiempo que tiene la aptitud de sancionar hipótesis de fraude informático.

En suma, ante el silencio de la ley sobre qué elementos ligan el engaño y el perjuicio, necesariamente debemos tomar una postura. Entonces, la doctrina mayoritaria está en lo cierto al vincular estos presupuestos típicos mediante el error y la disposición patrimonial, por tratarse de una estructura lógica, común y aplicable a la mayoría de las hipótesis delictivas, amén que el epígrafe del párrafo versa “Estafas y otros engaños” (y no “Defraudaciones”).

4.4. Las hipótesis que comprende el fraude informático pertenecen a la familia de las defraudaciones<sup>90</sup>

Los conceptos “fraude” o “defraudación” han variado en el tiempo y ciertamente su significado es ambiguo<sup>91</sup>. Con todo, desde una perspectiva general del ordenamiento jurídico, el uso común de la palabra fraude se relaciona con el engaño, y la defraudación con su consecuencia: el perjuicio. Así, cada vez que nos topemos con un fraude en el ordenamiento jurídico, debemos asimilarlo a un engaño en el sentido de afirmación falaz sobre hechos relevantes, cuyos matices dependerán de la norma y la rama del derecho.

En el ámbito penal, todos los fraudes propiamente tales se erigen a través del engaño y el perjuicio,<sup>92</sup> y la estructura que los vincula definirá la especificidad del injusto en particular. Además, esta clase de delitos se caracteriza porque no son ejecutados con violencia, intimidación o fuerza, sino mediante un comportamiento subrepticio y sagaz<sup>93</sup>.

Para algunos, la denominación de fraude informático “es meramente ilustrativa” porque no tiene relación alguna con la familia de las defraudaciones<sup>94</sup>. Contrariamente, a mi juicio, es perfectamente posible que el fraude informático sea considerando una especie de fraude en los términos que he venido explicando, por los siguientes argumentos:

- a. La manipulación informática (o no informática) puede ser concebida como afirmación falaz, un engaño (aunque distinto al engaño de la estafa convencional, insisto);
- b. Es un delito de resultado con perjuicio patrimonial;
- c. Se emplea un *modus operandi* subrepticio y sagaz; y,

---

<sup>90</sup> En este sentido: MAGLIONA, Claudio y LÓPEZ, Macarena. Op. Cit. p. 191.

<sup>91</sup> GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz. *Fraude informático y estafa: (Aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991. p. 103.

<sup>92</sup> SILVA, Hernán. Op. Cit. p. 20.

<sup>93</sup> *Ibíd.*

<sup>94</sup> LONDOÑO, Fernando. Op. Cit. p. 181.

- d. El injusto del fraude informático reclama una disposición patrimonial atribuible formalmente o apariencia al dueño del patrimonio, lo que excluye hipótesis delictivas en las que media la violencia, intimidación o fuerza.

## **5. Conclusión preliminar**

Los tipos penales vigentes en nuestra ley no son aptos para sancionar las hipótesis de fraude informático.

## **CONCLUSIONES**

La necesidad de tipificar el fraude informático en nuestro país es palmaria.

En efecto, los resultados del análisis jurisprudencial, doctrinal y normativo coinciden en que la falta de un tipo específico de este injusto origina una serie de problemas dogmáticos y criminológicos que hacen imprescindible la promulgación de alguno de los proyectos de ley revisados.

En la especie, la jurisprudencia adhiere a la doctrina clásica de la estafa convencional, lo que implica considerar el error como un fenómeno psicológico. Sin embargo, y de manera contradictoria, aún en situaciones donde la manipulación o engaño se dirige a un sistema informático, hay jueces que estimaron procedente alguno de los tipos penales vigentes y sancionaron la conducta propia de un fraude informático a título de estafa. Otros jueces, en cambio, decidieron que la conducta era atípica.

Esta discordancia de criterios y fundamentos en la judicatura es una muestra clara que los tipos penales vigentes no son idóneos para sancionar hipótesis de fraude informático. Al parecer, los fallos condenatorios están motivados como medio para soslayar la impunidad, en lugar de argumentaciones estrictamente jurídicas.

Por su parte, a partir de un análisis doctrinario, sostengo que la postura mayoritaria es la correcta respecto a la estructura de la estafa convencional. La tesis de Gustavo Balmaceda fracasó en la medida que la única forma de justificar una disposición patrimonial en el contexto de un delito de autolesión es, precisamente, una motivación psicológica errada. Dicha exigencia impide incluir el fraude informático dentro del injusto de la estafa.

A su turno, el fraude informático está compuesto por los siguientes presupuestos típicos: manipulación informática (u otro artificio semejante); disposición patrimonial; y

perjuicio. Los elementos engaño y disposición patrimonial tienen un parecido únicamente conceptual respecto a los de la estafa, pues la estructura de estos injustos reclama matices diferenciadores que impiden equiparlos en cuanto a presupuestos típicos.

Es decir, la estafa y el fraude informático presentan una estructura similar, pero las peculiaridades de ambos injustos los apartan diametralmente.

Por último, el análisis de nuestra normativa vigente en relación con las propuestas legislativas actuales que tipifican el fraude informático en nuestro país, también arrojó los mismos resultados. Claramente, las hipótesis de fraude informático desbordan el alcance de tipos penales como el hurto, la estafa, y los delitos informáticos de la ley N° 19.223.

En este contexto, ante la singularidad del fraude informático y en consideración a que los proyectos de ley todavía no entran en vigencia, la realización de las conductas propias de este injusto es atípica. Luego, situados en una era digital, y ante la creciente masificación de los recursos tecnológicos y el avance en conocimientos por parte de la población en este rubro<sup>95</sup>, es aconsejable la inmediata tipificación del fraude informático para tutelar el patrimonio de las personas.

---

<sup>95</sup> CASTELLS, Manuel. Op. Cit. p. 56.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ARGUDO, Esteban. «Los Derechos de Propiedad Intelectual y la protección del software.» *REUNIÓN REGIONAL de Directores de oficinas de Propiedad Industrial y de oficinas de Derecho de Autor de América Latina*. Guadalajara: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, 2004.
- BALMACEDA, Gustavo. «El engaño en el delito de estafa.» *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal. U. Andes*. 1 (2010).
- BALMACEDA, Gustavo. *El delito de estafa informática*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008.
- CASTELLS, Manuel. «Informacionalismo y sociedad red.» En: HIMANEN, Pekka. *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*. 2002. 109-124. [en línea]. 24 de enero de 2016. <<http://eprints.rclis.org/12851/1/pekka.pdf>>.
- Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. *Boletín 3083-07*. Informe para proyecto de ley. Congreso Nacional. Valparaíso, 2003. [en línea]. 19 de Enero de 2016. <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=5857&prmTIPO=INFORMEPLEY>>.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Parte Especial. Tomo III. Tercera ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- GARRIDO, Mario. *Derecho Penal*. Parte especial. Tomo IV. Cuarta ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz. *Fraude informático y estafa: (Aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991.
- HERNÁNDEZ, Héctor. «Aproximación a la problemática de la estafa.» AAVV. *Problemas actuales de Derecho Penal*. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2003. 147-190.
- —. «Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática.» *Revista Chilena de Derecho* 37.1 (2010): 9-41.
- —. «Por qué no puede prescindirse de la exigencia de error en la estafa.» *Doctrina y jurisprudencia penal. Edición especial. Del fraude a la responsabilidad penal de las empresas*. Tomo II (2010): 435-448.
- —. «Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves.» *Política Criminal* 5 (2008): 1-38. [en línea]. <[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_2\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf)>.

- HIMANEN, Pekka. *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*. 2002. [en línea]. 3 de marzo de 2016. <<http://eprints.rclis.org/12851/1/pekka.pdf>>.
- KINDHÄUSER, Urs. «La estafa como autoría mediata tipificada.» En. *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*. Trad. Jorge Perdomo Torres. Lima: Grijley, 2002.
- —. «La estafa por medio de computadoras: ¿una estafa?» En. *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*. Lima: Grijley, 2002.
- LONDOÑO, Fernando. «Los delitos informáticos en el proyecto de reforma en actual trámite parlamentario.» *Revista Chilena de Derecho Informático* N° 4 (2004).
- MAGLIONA, Claudio y LÓPEZ, Macarena. *Delincuencia y Fraude Informático*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- MAÑALICH, Juan Pablo. «¿Responsabilidad jurídico-penal por causaciones de menoscabo patrimonial a propósito de fallas en la construcción de inmuebles?» *Política Criminal* 5.N° 10 (2010): 341-351. [en línea]. 14 de noviembre de 2015. <[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_10/Vol5N10A2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A2.pdf)>.
- —. «La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales.» *Política criminal* 7.N° 14 (2012): 357-377. [en línea]. 14 de noviembre de 2015. <[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_07/n\\_14/Vol7N14A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A4.pdf)>.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2007.
- MAYER, Laura. «El engaño concluyente en el delito de estafa.» *Revista Chilena de Derecho* 41.N° 3 (2014): 1017-1048.
- MEDINA, Gonzalo. «Estructura típica del delito de intromisión informática.» *Revista chilena de Derecho y Tecnología* 3.N° 1 (2014): 79-99. [en línea]. 20 de enero de 2016. <<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/126717>>.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- ROVIRA DEL CANTO, Enrique. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granda: Comares, 2002.
- SILVA, Hernán. *Las estafas*. Segunda ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- SOLER, Marta. «Desde los actos de habla de Austin a los actos comunicativos. Perspectivas desde Searle, Habermas y CREA.» *Revista Signos* 43 (2010): 363-375. [en línea]. 16 de noviembre de 2015. <<http://www.scielo.cl/pdf/signos/v43s2/a07.pdf>>.

### **Sentencias:**

- Juzgado de Garantía de Valparaíso. 24 de febrero de 2007. RUC N° 0500115380-5.-
- Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. 25 de abril de 2008. RUC N° 0700157424-2.-
- Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. 13 de enero de 2009. RUC N° 0800036205-1.-
- Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago. 24 de abril de 2009. Rol N° 174-2009.
- Segundo Juzgado de Garantía de Santiago. 16 de septiembre de 2009. RUC N° 0800736750-4.-
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó. 7 de marzo de 2011. RUC N° 0910014546-1.-

### **Legislación y proyectos de Ley:**

- Código Penal de Alemania, RGBI. 1871 S. 128-203, Alemania, 15 de mayo de 1871.
- Código Penal de Chile, Diario Oficial de la República de Chile, Chile, 12 de noviembre de 1874.
- Código Penal de España, Ley Orgánica 10/1995, Madrid, España, 23 de noviembre de 1995.
- Código Penal de Italia, Decreto Real N° 1398, Italia, de 19 de octubre de 1930.
- Ley N° 19.223, Diario Oficial de la República de Chile, Chile, de 7 de julio de 1993.
- BOLETÍN 3083-07. Proyecto de ley en Chile. Fecha de Ingreso 2 de Octubre de 2002. Modifica el Código Penal con el objeto de recepcionar, en los tipos penales tradicionales, nuevas formas delictivas surgidas a partir del desarrollo de la informática. [en línea] 14 de marzo de 2016. <  
[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=3380&prmBoletin=3083-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3380&prmBoletin=3083-07)>
- BOLETÍN 9274-07. Proyecto de ley en Chile. Fecha de Ingreso 10 de Marzo de 2014. Establece un nuevo Código Penal. [en línea] 5 de Junio de 2016 <  
[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=9686&prmBoletin=9274-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9686&prmBoletin=9274-07)>