

# LA ESTAFA COMO DELITO DE PELIGRO: ESTRUCTURA Y CONSECUENCIAS

## THE SCAM AS A CRIME OF DANGER: STRUCTURE AND CONSEQUENCES

JUAN JOSÉ RONDÓN MANRÍQUEZ \*

ABOGADO

CHILE

**RESUMEN:** El autor recorre el modelo tradicional de la estafa, como tipo de lesión y resultado material, para plantear que dicha categoría dogmática no es coincidente con la tipicidad de las figuras básica y residual de la misma. Sugiere que el modelo chileno se ajusta más a la idea de un tipo de mera actividad y de peligro. Para ello, el reconocimiento de parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, del elemento subjetivo del tipo, ánimo de lucro, cobra real trascendencia para el modelo.

Finalmente se reconocen ciertas objeciones, que en caso alguno, derrumban el planteamiento dogmático que se cree correcto para este nuevo modelo.

**PALABRAS CLAVE:** Estafa, delito de peligro, delito de mera actividad.

**ABSTRACT:** *The author traces the traditional model of the scam, as a type of injury and a material result, to suggest that this dogmatic category does not coincide with the typicity of the basic and residual figures of the same. He suggests that the Chilean model is more in line with the idea of a type of physical activity and danger. For this, the recognition of part of our doctrine and jurisprudence, the subjective element of the type, profit motive, takes on real transcendence for the model.*

*Finally certain objections are recognized, which in any case, collapse the dogmatic approach that is believed correct for this new model.*

**KEY WORDS:** *Scam, crime of danger, crime of mere activit.*

---

\* Juan José Rondón Manríquez, abogado. Magister en Derecho Público, Universidad de los Andes. Diplomado en Derecho Penal Económico por la Universidad Alberto Hurtado, y diplomado en Reforma Procesal Penal por la Universidad Central.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA PERSPECTIVA TRADICIONAL ACERCA DE LA ESTRUCTURA DE LA ESTAFA

La dogmática jurídico-penal, a ratos permanece absolutamente pasiva, e incluso inerte, frente a la legislación decimonónica, aún vigente en el caso chileno, y la mala técnica legislativa frecuente en el último tiempo.

Siguiendo a BOBBIO, lo que prima actualmente en el Derecho, es lo atingente a una razón débil. Una razón de amparar el derecho existente, que dista de la idea central del amparo irrestricto al Derecho racional que, a juicio de este autor, es la razón fuerte. Concluye, tajantemente, que la razón fuerte de hoy es una razón débil, pues se ampara en lo dado por los textos legales y no por el rigor de los juristas en la construcción, desde una *prima facie*, del Derecho antes de la discusión parlamentaria. La anteposición de los juristas ha sido el constante fracaso<sup>1</sup>.

El ordenamiento jurídico históricamente más influyente, el del Derecho Romano, como también el actualmente más influyente del mundo, el de Estados Unidos; contemplan el delito de estafa como un simple engaño, es decir, la violación de un deber de veracidad sin que se requieran consecuencias ulteriores como un peligro patrimonial o un daño patrimonialmente relevante. Esta circunstancia, se contrapone directamente con el derecho continental vigente, donde el modelo predominante se encuentra radicado en la configuración de un tipo penal consistente en un daño patrimonial a través de un engaño con ánimo de lucro<sup>2</sup>. La formulación indiscutida<sup>3</sup> en el derecho comparado acerca de la estructura del comportamiento constitutivo de estafa consiste en “la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”<sup>4</sup>.

Pues bien, este verdadero dogma que trasunta desde los inicios de la figura de estafa como una figura de falsedad, hasta las consideraciones del daño patrimonial en forma de peligro; presentan situaciones que van más allá de la sola atribución a una clasificación determinada en cuanto al tipo. Son cuestiones que generan problemas, además, en el *iter criminis* y en la determinación de la pena.

### 1.1. Generalidades

Por una parte, desde un punto de vista formal, se considera unánimemente a la estafa como un delito de resultado<sup>5</sup>, en el sentido de que la descripción del tipo consistiría en la causación de un perjuicio en un patrimonio ajeno<sup>6</sup>. Esta circunstancia, establecería por cierto, el estadio de consumación del delito. Por otro lado, materialmente se le define como un delito de lesión, pues la relación de ofensividad con el bien jurídico patrimonio consistiría en el detrimento sustancial del mismo<sup>7</sup> (aspecto que resulta controversial en la hipótesis de la puesta en peligro como perjuicio patrimonial), más allá de las divergentes opiniones acerca del criterio normativo que permita iden-

<sup>1</sup> BOBBIO, NORBERTO: *La razón en el Derecho*. (Observaciones preliminares) (trad. de Alfonso Ruiz Miguel), Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho 2, 1985, pp. 17-26.

<sup>2</sup> VOGEL, JOACHIM: “Estafa en la UE”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coords.): *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: Eurodelitos de corrupción y fraude*, Editorial Servicio de publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, España, 2006, p. 44.

<sup>3</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio: *Fraude de seguros. Cuestiones penales de técnica legislativa*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 49.

<sup>4</sup> ANTÓN ONECA, José: “Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IX, 1957, p. 1.

<sup>5</sup> ROMERO, GLADYS: *Los elementos del tipo de estafa*, Editorial Lerner, Argentina, 1985, p. 226.

<sup>6</sup> VOGEL, “Estafa...”, p. 48.

<sup>7</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Delitos contra intereses instrumentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Nº 1, 2004, pp. 294-298. Vale destacar empero que el análisis se refiere a una concepción jurídico-económica (o mixta) del patrimonio.

tificar esta afectación, fuertemente condicionadas por la adscripción a una u otra teoría de lo que ha de comprenderse como patrimonio en sede penal<sup>8</sup>.

Sin embargo, esta definición correspondería a un esquema dogmático de naturaleza extralegal, que se ha impuesto como patrón interpretativo del casuístico catálogo de delitos contemplados en el epígrafe 8 del Título IX, Libro II del Código Penal, aún no consagrado positivamente en Chile como sí lo ha sido en otros modelos legislativos, ejemplificativamente España<sup>9</sup> y Alemania<sup>10</sup>.

En todo caso, la explicación histórica para la mantención de este modelo de incriminación es la reproducción, prácticamente íntegra e inalterada, (salvo algunas excepciones) del Código Penal español de 1848 en esta materia<sup>11</sup>. Este compendio de normas es el que habría prescindido de la prolija definición de la estafa de su versión previa de 1822 (proveniente del derecho francés), disgregando caóticamente el concepto originario mediante una serie de figuras ordenadas de acuerdo a la casuística vigente en conjunto con otros delitos sistemáticamente fuera de lugar<sup>12</sup>, actualmente consagrados bajo el título “Estafas y otros engaños”.

En lo que respecta a la aplicación por parte de la práctica de nuestros tribunales, del modelo tradicional e irrestricto, asistimos a situaciones insalvables. El modelo tradicional, empero ser matriz de cierta rectitud normativa en cuanto a los elementos del tipo objetivo de estafa, es generador de conflictos que se pretenden salvar con este trabajo.

Así por ejemplo, encontramos en nuestra jurisprudencia un caso de real connotación pública que bien sirve de modelo a estos conflictos ya prevenidos: el caso Eurolatina. En el año 2008, la corte de apelaciones de Santiago<sup>13</sup>, más que pronunciarse respecto del bullado caso antes mencionado, se limitó a confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia, con voto de disidencia del ministro señor Zepeda. Durante la primera parte de la década del 90' del siglo pasado, por medio de pagarés suscritos con la “Financiera Eurolatina” se facilitaban además, el pago de contratos de mutuo de adhesión, vale decir, aquellos cuyo contenido es fijado unilateralmente por una de las partes, en este caso, los agentes de la empresa Eurolatina, limitándose el rol de la contraparte a la suscripción o no suscripción de éstos pagarés, o hipotecas respecto de diversos inmuebles, con cláusulas de garantía general para garantizar los pagarés. Las sumas, debían devengar un interés mensual de 3,3 %, las cantidades se debían pagar en cuotas mensuales, iguales y sucesivas. Ante el cumplimiento parcial de los deudores y su interpelación judicial, los representantes de la empresa en cuestión los conducían a “reprogramaciones de las deudas”. Al producirse tales incumplimientos por parte de los deudores de la “financiera”, se procedía con la ejecución de los títulos respectivos y adjudicándose los bienes inmuebles respecto de los cuales estaban constituidas las garantías hipotecarias de los diversos créditos convenidos. De conformidad a la tesis aquí favorecida, ya la propia suscripción de tales instrumentos, configura una puesta en peligro (concreto) para el patrimonio de las víctimas, más aún si se considera los términos en los cuales fueron suscritos, aún antes de la

<sup>8</sup> GALLEGO SOLER, JOSÉ-IGNACIO: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, España, pp. 298-300. KINDHÄUSER, Urs: “Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho Penal”, *Anuario de Derecho Penal económico y de la empresa*, N° 1, 2011, pp. 53-58.

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR: “Aproximación a la problemática de la estafa”, *Problemas actuales de Derecho Penal*, Editorial Universidad Católica de Temuco, Chile, 2003, pp. 150-152.

<sup>10</sup> BOTTKE, WILFRIED: “¿Qué es o a qué se le llama estafa?”, *Revista de Derecho Penal: Estafas y otras defraudaciones*, N° 2, 2000, pp. 21-39.

<sup>11</sup> MERA FIGUEROA, JORGE: *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta*, 2ª Edición, Editorial Cono Sur, Chile, 2001, pp. 75-76.

<sup>12</sup> ANTÓN, “Las estafas...”, pp. 4. La definición del Código Penal español de 1822 era la siguiente: “Cualquiera que con algún artificio, engaño o superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante, hubiese sonsacado a otro dineros, efectos o escrituras, o le hubiera perjudicado de otra de manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial”. Esta descripción habría contenido todos los requisitos dogmáticos actualmente predominantes. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, Tomo II, 2ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, España, 1977, pp. 580-581. MERA, *Fraude*, p. 75.

<sup>13</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 23 diciembre de 2008, pronunciada en causa Rol: 2248-2008.

ejecución de los mismos, por cuanto, la sola suscripción de tales instrumentos<sup>14</sup>, es determinante a efectos de conducir de forma directa a la ejecución de los bienes de las víctimas y asimismo, respecto de los inmuebles hipotecados. Empero, la conducta misma, la de producir la suscripción engañosa de tales instrumentos, aisladamente considerada<sup>15</sup>, es la que opera como nexo lógico – causal– a la producción final del perjuicio patrimonial en los términos del inciso final del artículo 467 de nuestro Código punitivo, siendo aplicable además, conforme a nuestro planteamiento, lo preceptuado al efecto en el artículo 69 del mismo cuerpo normativo, en relación a la extensión del daño efectivamente causado.

De igual forma, nuestro Supremo Tribunal (reafirmando lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago) ha planteado que la sola existencia de sociedades de inversión, no puede ser considerado como parte de maquinaciones tendientes a la obtención de ganancias ilegítimas por medio de tales defraudaciones, por cuanto, estos, constituyen actos jurídicamente válidos, cuyo objeto societario es o puede ser la obtención de créditos en diversas entidades del rubro, considerando que ello determina la existencia de una sociedad con giro real. Fue revocada la sentencia de primera instancia por parte de la Corte de apelaciones de Santiago, y confirmada esta última sentencia por parte de la corte Suprema considerando entre otros puntos cuál o cuáles sociedades del Grupo BHC, relacionadas con el Banco Hipotecario de Chile, fueron utilizadas por el Comité Ejecutivo del Grupo para obtener créditos; cuál es el valor de los créditos recibidos por las sociedades del Grupo BHC que no fue pagado a su vencimiento; cuáles fueron, específicamente, los perjuicios ocasionados; cuál es el monto específico de los daños ocasionados a cada una de tales entidades financieras involucradas; cómo se produjo el menoscabo ocasionado a cada una de las entidades perjudicadas, y en qué consistió el engaño que produjo la disposición patrimonial de las entidades defraudadas<sup>16</sup>. De conformidad al planteamiento aquí afirmado, el hecho no de constituir una sociedad de inversiones, sino que el operar de forma consciente del daño a ocasionar, por medio de la suscripción engañosa de tales créditos, los cuales *ab initio* se sabía no se podría cubrir hasta la satisfacción total del monto adeudado, sin embargo, la forma fraudulenta de operar es la que constituirá una forma especial de peligro concreto para el patrimonio, considerando además, la forma en que operan dichos mercados, siendo la conducta misma, la que constituye la forma de generar la puesta en peligro (concreto), no siendo necesario la aplicación del (a nuestro juicio, errado) paradigma de la lesividad, menos aun considerando lo contemplado en el artículo 473 del Código Penal en el sentido de una conducta desplegada orientada-a-perjudicar mediante defraudación.

Los ejemplos antes señalados demuestran las lagunas de punibilidad que genera el esquema o modelo tradicional de estafa, los cuales conforme a la propuesta dogmática a desarrollar, pueden ser resueltas de manera satisfactoria, sin que con ello se fuerce la interpretación de los artículos 467, 468, y 473, todos del Código Penal.

## **1.2. Estructura formal del modelo tradicional de estafa**

Los delitos de resultado se definen en atención a que la consumación del tipo sólo se verifica una vez que, a consecuencia de la realización de una acción, se produce en forma separada, espacial y temporalmente, un determinado resultado condicionado por la ejecución de tal acción, circunstancia que se encuentra designada por la ley –en la mayoría de los casos– como la alteración completa en un objeto de actuación (o ataque)<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> KINDHÄUSER, URS: “Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa” en “Estudios de Derecho Penal Patrimonial”, Editorial Grijley, Perú, 2002, pp. 130 y 131, asimismo MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Editorial Marcial Pons, España, 2014 pp. 35 y 36.

<sup>15</sup> En similar sentido es el “ejemplo del anillo” planteado por KINDHÄUSER, Urs: “Concepto”, p. 53.

<sup>16</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Fecha 29 de agosto de 2005 en causa ROL: 519 – 2003.

<sup>17</sup> ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho Penal Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, T. I, 1ª Edición, Editorial Civitas, España, 1997, p. 328. JAKOBS, Günther: *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª Edición, Editorial Marcial Pons, España, 1997, p. 205.

De esta forma la tipicidad de un determinado supuesto de hecho, en el contexto de un delito de resultado, es una pregunta por la identidad de dos eventos (particulares) que integran la descripción típica<sup>18</sup>.

Es en este punto donde cobra relevancia la distinción filosófica entre *evento* y *hecho*. Un evento se define como una entidad que se encuentra espacio-temporalmente ubicada, mientras que un hecho corresponde a una proposición, que puede ser relativa a uno o más eventos, susceptible de ser considerada como verdadera<sup>19</sup>. Lo anterior implica que un mismo evento puede ser objeto de referencia de múltiples descripciones, fenómeno denominado como *efecto acordeón* de las descripciones de acciones<sup>20</sup>, pero solamente cuando uno o varios eventos se identifiquen con la descripción del presupuesto fáctico de una norma de sanción penal, este (o estos) adquiere la relevancia como *hecho* jurídico-penalmente relevante. Así por explicación causal del resultado debe entenderse “la explicación, construida como un argumento nomológico-deductivo o probabilístico-inductivo, del *hecho* consistente en el acaecimiento del *evento* constitutivo del respectivo resultado”<sup>21</sup>. Resultado entonces es un evento identificado con la transformación de un estado en otro estado<sup>22</sup>.

Por todo lo anterior, de ahí que el evento constitutivo de un delito de mera actividad consista en la simple descripción de una acción, mientras que tratándose de un delito de resultado, el supuesto de hecho se describa mediante la referencia al resultado causal (evento 2) de una acción (evento 1)<sup>23</sup>. Ahora bien, la determinación de si un determinado tipo penal obedece a una u otra estructura formal, es una cuestión de interpretación de la ley penal, consistente en averiguar si el legislador ha incorporado como elemento típico “el efecto natural provocado y separable del comportamiento”<sup>24</sup>. Tal resultado puede estar configurado de maneras muy distintas: desde la modificación puramente exterior del sustrato material de un bien jurídico, hasta la producción de un daño meramente inmaterial<sup>25</sup>.

Existe consenso en que el Código Penal chileno, en conjunto con las codificaciones de raíz hispana que siguieron al modelo español de 1848 (tributario –en forma intensificada– a su vez del esquema francés de 1810), no consagra un concepto legal de estafa. Sin embargo, la reconstrucción dogmática de su estructura centra la atención en el tipo del artículo 468 como delito-base<sup>26</sup>, mientras que del resto de figuras contempladas en el epígrafe 8 (salvo aquellas no vinculadas a la estructura típica de la estafa) se extraerían los elementos constitutivos del delito<sup>27</sup>. Ejemplificativamente, el artículo 468 dispone:

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

<sup>18</sup> DE LA VEGA MARTINIS, ORLANDO: *El delito de omisión y su explicación causal*, Editorial Temis, Colombia, 2010, p. 34.

<sup>19</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Editorial Marcial Pons, España, 2014, pp. 58-63.

<sup>20</sup> Es decir, la posibilidad de expandir y contraer secuencias causales, sea en línea recta como en sus ramificaciones, bajo la descripción de una acción. KINDHÄUSER, Urs: “Acerca del concepto jurídico penal de acción”, *Cuadernos de Derecho Penal*, N° 7, 2012, p. 17.

<sup>21</sup> MAÑALICH, NORMA, p. 56.

<sup>22</sup> MAÑALICH, NORMA, p. 35.

<sup>23</sup> DE LA VEGA, *El delito*, p. 36. Debe apuntarse a que el concepto de acción aquí referido consiste en la atribución de agencia a un sujeto en relación al evento (o eventos) descrito en el tipo penal. En la terminología tradicional, acción es el resultado del proceso de imputación subjetiva al agente. De esta forma el tipo contiene una descripción de acción, pero ha de ser diferenciado con la adscripción de agencia que determina la infracción de la norma por el agente.

<sup>24</sup> ACALE SÁNCHEZ, MARÍA: “Los delitos de mera actividad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 10, 2002, p. 16.

<sup>25</sup> STRATENWERTH, GÜNTHER. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, Editorial Aranzadi, España, 2005, p. 126.

<sup>26</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 406-410. GARRIDO MONTT, Mario: *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo IV, 4ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 345-346. BULLEMORE GALLARDO, VIVIAN; MACKINNON ROEHR, JOHN: *Curso de Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo III, 1ª Edición, Editorial Lexis Nexis, 2005, pp. 130-131. La recepción legislativa del modelo español de estafa del Código Penal de 1848 caracteriza una descripción de especies de estafa sin definir un tipo básico, por lo que tampoco resulta lógicamente acertado considerar el artículo 473 del Código Penal como figura básica pues no parece que el tipo base de un delito pueda ser también subsidiario respecto del mismo delito. ROMERO, *Los elementos*, pp. 61-63.

<sup>27</sup> POR TODOS: POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA: *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 411-413. En el mismo sentido: HERNÁNDEZ, “Aproximación...”, p. 151.

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

En atención a lo anterior, la estructura típica de la estafa consistiría en un delito de resultado y de lesión del patrimonio, donde el evento del perjuicio patrimonial se desprendería como criterio de merecimiento de pena implícito del tipo, evidenciado a partir del concepto dogmático de defraudación como lesión del patrimonio ajeno. Es así que la consideración o explicitación de las modalidades de engaño vinculadas a condiciones personales y de relación, al estado económico y una fórmula complementaria de engaño, no serían más que formulas logradas por analogía<sup>28</sup>.

Inicialmente, el *fraude* penal se caracteriza como la utilización de la inteligencia por sobre la violencia (u otro medio físico-externo) para atacar el patrimonio ajeno (en un sentido amplio)<sup>29</sup>. Este es el común denominador de los delitos de desplazamiento patrimonial, o como denominan aún alguno en nuestra doctrina, de “enriquecimiento por defraudación”<sup>30</sup>.

A partir de un análisis de las disposiciones del Código Penal que emplean la palabra defraudación y similares, la doctrina mayoritaria sostiene que el concepto de *fraude* consistiría en dos medios comisivos distintos empleados para atacar el patrimonio: el engaño y el abuso de confianza<sup>31</sup>.

En este sentido, la defraudación envolvería dos requisitos que a su vez constituyen dos eventos vinculados entre sí bajo la estructura de una descripción resultativa: un perjuicio o lesión patrimonial para la víctima y el fraude empleado por el sujeto activo, por lo que *defraudar* sería causar un perjuicio a otro mediante fraude<sup>32</sup>. El esquema (resultativo) de su tipo objetivo por ende sería el siguiente: el engaño (C1) que “causa” el error (C2), que a su vez “causa” un acto de disposición patrimonial (C3), el que por último “causa” el efecto perjuicio patrimonial (E), cerrando la cadena de eventos y consumando el delito<sup>33</sup>.

Esta multiplicidad de sucesos, que constituirían resultados “intermedios” en tránsito hacia la lesión del patrimonio<sup>34</sup>, permiten que tradicionalmente el núcleo de injusto de la estafa se vincule (sin mayor discusión) a la relación causal entre el ánimo de lucro y el resultado patrimonial lesivo, a través de una acción fraudulenta<sup>35</sup>. Este esquema de interpretación absolutamente mayoritario implica que el tipo penal del artículo 468 gravite como eje de la reconstrucción, a partir del cuál se pueden interpretar los demás fraudes por engaño como figuras específicas meramente superfluas o agravadas. Esta consideración predominante habilitaría a sostener que nuestro modelo no se corresponde en su totalidad ni con el casuístico modelo francés ni con el conceptual modelo alemán o suizo, pues la parte final del artículo 468 que señala que será sancionado “el que defraudare a otro [...] valiéndose de cualquier otro engaño semejante”, permite enunciar la disposición central como el hecho de defraudar a otro mediante cualquier ardido o engaño<sup>36</sup>, es decir, delimitando en forma relativamente clara el núcleo de la estructura típica de la estafa.

<sup>28</sup> ANTÓN, “Las estafas”, pp. 15-16.

<sup>29</sup> QUINTANO, *Tratado*, pp. 553-556.

<sup>30</sup> POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, p. 411.

<sup>31</sup> MERA, *Fraude*, pp. 89-96.

<sup>32</sup> MERA, *Fraude*, pp. 89-90. VOGEL, “Estafa...”, p. 48.

<sup>33</sup> PIÑA, *Fraude*, p. 49.

<sup>34</sup> ROJAS AGUIRRE, LUIS EMILIO: “Perjuicio patrimonial e imputación objetiva”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XXXVII, 2011, pp. 427-428 (cita al pie número 46). VILA MAYO, JUAN EMILIO: “Ensayo sobre la estructura del Delito de Estafa”, *Revista General de Derecho*, Nº 520-521, 1988, p. 18.

<sup>35</sup> QUINTANO, *Tratado*, p. 558.

<sup>36</sup> FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Derecho Penal: Parte Especial*, 17ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, 2008, p. 533. En contra, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, p. 416, 443-445, quienes ven en la disposición una figura calificada por la entidad del engaño requerido. Sin embargo, esta supuesta calificación ha sido cuestionada en forma indirecta por la crítica a la teoría francesa de la puesta en escena para la configuración del engaño típico, pues las modalidades de acción del artículo 468 solamente consistirían en hipótesis bastante elementales y poco elaboradas. HERNÁNDEZ, “Aproximación”, p. 161. Circunstancia de lo que (creemos) fluye una eventual disminución considerable del ámbito regulado por el artículo 473.

### 1.3. Estructura material del modelo tradicional de estafa

El modelo tradicional de estructura formal de la estafa exige una cadena de eventos, entendidos como resultados “intermedios”, condicionantes del evento final que permite establecer la consumación del tipo, constituido por el perjuicio patrimonial. Por ello, resulta acertada la conceptualización del modelo clásico de injusto como una relación causal entre el ánimo de lucro y el resultado patrimonial lesivo, a través de una acción fraudulenta<sup>37</sup>, lo que no obsta a la necesidad contemporánea de apartarse de esquemas puramente ontológicos para entender y articular la naturaleza y relación de tales componentes, todo ello a partir de la normativización de tales conceptos<sup>38</sup>.

De esta forma, la estructura tradicional puede ser re-articulada como una *conducta engañosa* (evento 1), valorada jurídicamente como apta, acorde a la relación de lesividad con el patrimonio, para inducir a una *disposición patrimonial* viciada por error (evento 2), que de verificarse, realizaría la totalidad del tipo objetivo a título de consumación, siempre cuando tal evento dispositivo pudiera ser valorado como un *resultado perjudicial* para el bien jurídico<sup>39</sup>. Bajo este esquema normativizado, la defraudación por engaño correspondería a la descripción del resultado de la acción engañar a otro, valorada como lesión del bien jurídico patrimonio individual.

Desde un punto de vista material, centrado en la relación de ofensividad con el bien jurídico, la tendencia mayoritaria soporta la antijuridicidad penal de una conducta sobre una construcción dualista del injusto, a partir de los elementos de desvalor de la acción y desvalor de resultado<sup>40</sup>. El acoplamiento de esta consideración con la teoría de las etapas de ejecución imperfecta del delito, basada en la función del derecho penal entendida como dirigida a la protección de bienes jurídicos<sup>41</sup>, respectivamente conlleva que una tentativa consista en la configuración del desvalor de acción, entendida como conducta peligrosa, sin la ulterior verificación del resultado lesivo<sup>42</sup>. Así, la estafa consumada consistiría en un delito de lesión, pues la afectación sustancial del bien jurídico, determinada conforme a la teoría del patrimonio a que se adscriba para valorar la relevancia del acto de disposición, satisface la constitución dual del injusto necesaria para la aplicación de la norma de sanción respectiva a partir de la constatación de tal lesión, mientras que la verificación de un engaño típicamente relevante, tan solo un estadio de peligro concreto donde la acción potencialmente lesiva generaría una mera tentativa acabada, originando un desvalor de resultado de menor entidad que justifica la reducción en dos grados que señala el artículo 52 del Código Penal.

En lo concerniente a la dimensión subjetiva del delito, bajo el entendimiento de una concepción dualista del sistema de los delitos contra intereses instrumentales, la estafa se enmarca dentro de los denominados delitos de enriquecimiento y no de perjuicio<sup>43</sup>. En el derecho chileno, y a diferencia de prácticamente la unanimidad de los ordenamientos comparados, pese a reconocerse la naturaleza de la estafa como perteneciente al género de delitos de desplazamiento patrimonial<sup>44</sup>, la doctrina mayoritaria, paradójicamente, niega que el tipo penal requiera la concurrencia del elemento subjetivo de ánimo de lucro<sup>45</sup>, en tanto elemento (implícito) adicional al dolo (salvo en la

<sup>37</sup> QUINTANO, *Tratado*, p. 558.

<sup>38</sup> PIÑA, *Fraude*, pp. 46-49.

<sup>39</sup> VOGEL, “Estafa”, p. 48. ROJAS, “Perjuicio”, p. 423.

<sup>40</sup> MALDONADO FUENTES, FRANCISCO: “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, 2006, pp. 54-55.

<sup>41</sup> Lo anterior corresponde a una consideración extremadamente generalizada de uno de los puntos cruciales de la Parte General del Derecho Penal. Sin embargo, un aspecto que no puede dejarse de lado es que la concepción desarrollada *supra* coincide con un presupuesto (que se da por sentado) de toda reconstrucción de la Parte Especial, esto es, la asunción de la protección de bienes jurídicos como el baremo valorativo para la interpretación y adecuación típica de los delitos.

<sup>42</sup> ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: “El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, Fascículo II, 1996, p. 496.

<sup>43</sup> BASCUÑÁN, “Delitos...”, p. 295, aunque el autor asume un concepto jurídico-económico del patrimonio y la estafa como delito de resultado, es decir, de perjuicio con enriquecimiento correlativo. MAYER LUX, Laura: “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XLII, 2014, p. 289.

<sup>44</sup> ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 294.

<sup>45</sup> HERNÁNDEZ, “Aproximación...”, pp. 188-189.

hipótesis [impropia] de estafa tipificada en el artículo 470 N° 9 que exige legalmente ánimo de defraudación, como mecanismo de adelantamiento de la punibilidad<sup>46</sup>).

## 2. PROPUESTA DE UN MODELO ALTERNATIVO: LA ESTAFA COMO DELITO DE PELIGRO (CONCRETO)

### 2.1. Conducta defraudatoria como peligro

Bajo el prisma tradicional de los delitos de peligro, la idea de lesividad, se mantiene siempre presente e inalterada. Incluso situándonos en la génesis del concepto de Derecho Penal moderno, el principio de lesividad reconoce una idea de peligro como antesala de la concreción efectiva del daño o lesión a un bien jurídico<sup>47</sup>.

Esta idea, como advierte KINDHÄUSER, es un paradigma errático<sup>48</sup>. La lesión del bien jurídico, no es algo que se espera como logro final o meta en la conducta de peligro, sino que solo una valoración, como también advierte SILVA, de la realización de la tipicidad *ex post*, fuera del ámbito de la norma primaria<sup>49</sup>.

Tradicionalmente, en nuestra doctrina nacional, quiénes han reconocido la posibilidad de concebir el perjuicio patrimonial en forma de peligro, no se han hecho cargo de la posibilidad que la conducta “defraudar” –engaño en la hipótesis de estafa–, sea en sí misma una conducta de peligro concreto al patrimonio<sup>50</sup>.

El esfuerzo si se reconoce en otro tipo de defraudaciones. En el caso de las figuras relativas a fraudes de tarjetas de crédito y débito, nuestra doctrina ha reconocido que las seis hipótesis del artículo 5 de la ley 20.009, son conductas de peligro concreto al patrimonio<sup>51</sup>.

Por tal motivo, como ya fue observado en los casos que sirven de modelo a este artículo, se hace necesaria la total renuncia al paradigma de la agresión o a cualquier otra forma alternativa bajo el sustento irrestricto a la levedad implícita en la idea de peligro, entendida como riesgo a la futura lesión<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> A nuestro juicio, el método de adelantamiento de la punibilidad consiste en establecer un delito de mera actividad, donde la conducta inculpada radica en la sola acción de suscripción [u orden de un superior a un empleado de que lo haga] por un agente del rubro inmobiliario, de un contrato de promesa de compraventa sobre un bien inmueble dedicado a la vivienda, sin la caución legal que exige el artículo 139 bis del Decreto Ley N° 458 de 1975 [póliza de seguro o boleta bancaria], introduciendo un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente [ánimo de defraudación] que recorta el resultado del perjuicio patrimonial del tipo objetivo. Sin embargo, este se tipifica adicionalmente como una condición objetiva de punibilidad que condiciona la sanción a la efectiva consumación de la conducta, restando en principio impune la sola ejecución del acto.

<sup>47</sup> Algunos catalogan la intervención penal como una solución de extrema ratio. Uno de sus pilares es, precisamente, el principio de lesividad u ofensividad, que pasa a convertirse en uno de los principios políticos centrales del Derecho Penal de la democracia moderna. Éste fortalece un modelo de Derecho Penal ajustado a los cánones del Estado Constitucional de Derecho. FERNÁNDEZ, Gonzalo D: “Bien jurídico y sistema del delito”. Montevideo: B de F, 2004, p. 1 y siguientes.

<sup>48</sup> KINDHÄUSER, URS: “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, In Dret, N°1, Barcelona, 2009, p. 7-10.

<sup>49</sup> SILVA SANCHÉZ, JESÚS: “Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.”, 2ª Edición ampliada y actualizada, Editorial B de F, 2010, p. 670.

<sup>50</sup> De esta forma quién lo plantea y reconoce, BALMACEDA HOYOS, Gustavo: “La estafa en la jurisprudencia chilena” Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Volumen XXIV, N° 1, julio 2011.

<sup>51</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”. Política criminal., N° 5, 2008, A2-5, p. 36.

<sup>52</sup> Encontramos sutilezas irrelevantes, que llaman a la confusión que se observa en los fallos enunciados en: JESCHECK, Hans – Heinrich; WEIGEND, Thomas: “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Trad. De Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Granada, 2002, p. 282; para quién el peligro concreto es entendido como riesgo de lesión en tanto cuanto resultado de la acción. La enorme adición a la postura de ROXIN, *ob. cit.*, p. 404 -405; para quién la concreción del peligro concreto en el tipo es el riesgo de producción de un resultado. Es un riesgo real al objeto protegido por el tipo. La clásica y errática visión, la de nuestra tradición, entiende al peligro concreto como la comprobación (fáctica) de que el bien jurídico ha sufrido un riesgo real de lesión. Así se encuentra en peligro real en el caso individual (ad-hoc) y que si no se ha producido la lesión al bien jurídico es sólo por casualidad. Así, BACIGALUPO, Enrique: “Principios de Derecho Penal, Parte General”. 5ª edición. Akal, Madrid, 1998, p.154 y 222.

Tanto en el artículo 467, respecto a la figura de entrega fraudulenta, como en el artículo 468 del Código Penal, figura básica, y en prácticamente todas las figuras de estafa; la conducta desplegada por el sujeto activo es defraudar a otro.

Si respecto a una figura básica y una especial, concurren las mismas descripciones en torno a la conducta defraudatoria, normativamente no es posible que luego pueda ser entendida de igual forma en torno a una figura residual, para el caso donde la descripción de la conducta sea distinta. Por cierto, esta advertencia reviste especial consideración, pues un sector de nuestra doctrina, de especial injerencia en nuestros tribunales, le atribuye erróneamente la calidad de figura básica al artículo 473<sup>53</sup>.

En el caso de la figura residual de estafa del artículo 473 del Código Penal, el legislador optó por tipificar una conducta como defraudar o perjudicar a otro. A simple vista pareciera ser que tanto peligro como lesión real y efectiva del patrimonio, se miran como equivalentes. Sin embargo, dado que la figura del artículo 473 no se gradúa la pena de conformidad al monto del perjuicio causado; no queda más camino que estimar que la estructura, tanto formal como material, es de lesión y resultado material.

Reafirma lo anterior el hecho que nuestro legislador en otra clase de defraudaciones, por ejemplo en el caso de la apropiación indebida, tipifica una conducta defraudatoria como de “perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren”. Por ello es que no es posible sostener dogmáticamente que se presenten situaciones de peligro en esta clase de ilícitos. Es más, prácticamente unánime es por parte de nuestra doctrina, considerar el perjuicio patrimonial en esta figura, como condición objetiva de punibilidad<sup>54</sup>. Un último caso, lo encontramos en el ya citado artículo 5 de la ley 20.009, donde el perjuicio, entendido como resultado material verificado de las conductas de peligro concreto tipificadas en el mismo artículo, agrava la pena. Las falsedades y usos ahí descritos, son lo que es para la estafa la conducta defraudatoria.

## 2.2. *La necesaria consideración del ánimo de lucro*

Existe consenso en que las raíces históricas de la estafa son confusas, en atención a su delimitación con los delitos de falsedad<sup>55</sup>, pues ambas especies delictivas consistirían en un ataque contra un bien jurídico a través de una violación de la verdad y un correspondiente engaño en el tráfico jurídico<sup>56</sup>. En este punto resulta crucial la escisión entre ambos tipos de injusto. Si bien en la actualidad la determinación del bien jurídico protegido por los delitos de falsedad en general resulta altamente discutida, existe una vinculación mayoritaria a objetos jurídicos de carácter supra-individual (como la denominada fe pública). Y este fenómeno no es trivial por la sencilla razón de que la realización de un engaño *per se* no cumpliría con el mínimo parámetro de merecimiento de pena que justifique la configuración de un injusto penal<sup>57</sup>. La razón de ello deriva de la concepción liberal del individuo, particularmente en relación al tráfico jurídico, constituye un modelo antropológico que no permitiría sostener que un ataque contra la libertad de decisión mediante engaño exhiba la sustancia necesaria para la intervención del derecho penal<sup>58</sup>, lo que se condice con la recepción en el sector patrimonial del principio de la autonomía de la voluntad, y en el sector del moderno penal con los denominados deberes de auto-protección de la víctima, en el contexto de la aplicación de

<sup>53</sup> POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, p. 416.

<sup>54</sup> Por todos, POLITOFF, Sergio. “El delito de apropiación indebida”, Nacimiento, Santiago, 1957, p. 226.

<sup>55</sup> ROJAS AGUIRRE, LUIS EMILIO: “Historia dogmática de la falsedad documental”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXIX, 2012, pp. 556-568.

<sup>56</sup> MEZGER, EDMUND: *Derecho Penal. Parte Especial. Libro de Estudio*, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1959, pp. 237-238.

<sup>57</sup> En particular, en la dogmática alemana del siglo XIX, transitando desde la sanción de la mutación de la verdad en sí misma, hasta la afectación de la confianza pública o la seguridad del tráfico. ROJAS, “Historia...”, pp. 568-578.

<sup>58</sup> KINDHÄUSER, “Concepto”, p. 52.

los criterios de la teoría de la imputación objetiva de la conducta al delito de estafa.

Una posición contraria (e ilustrativa respecto al modelo chileno) es la que sostuvo MEZGER: “El bien jurídico protegido en la estafa (§ 263) es el *patrimonio* y el *mantenimiento de la verdad y de la buena fe* en el tráfico patrimonial (...) la mención del “patrimonio” como único bien jurídico protegido en la estafa haría incurrir en errores acerca de la exacta caracterización de la estafa y se perdería, por lo tanto, la posibilidad de diferenciarla de otros delitos contra el patrimonio. Sobre todo, se volvería imposible una neta diferenciación entre la estafa (§ 263) y la extorsión (§ 253)”<sup>59</sup>. Sin embargo, al menos en el sistema nacional, tal confusión no puede existir. Siguiendo la línea de la definición del sistema de los delitos contra bienes jurídicos personalísimos instaurada por la codificación europea del siglo XIX, tanto la extorsión como la estafa son delitos contra el patrimonio, diferenciados por los medios comisivos empleados: coacción y engaño. Pero en el aspecto de la reconstrucción sistemática de la Parte Especial, en la tradición continental exclusivamente la coacción se independizó como un núcleo de injusto propiamente tal, justificándose su merecimiento de pena *a secas* en el reconocimiento de la libertad personal como bien jurídico digno de protección penal autónoma, consideración que no podría extenderse al engaño como forma de interacción ilegítima<sup>60</sup>. La consecuencia fundamental es que toda disposición patrimonial realizada vía coacción (lo que bajo el derecho alemán constituiría una extorsión), que no recayere sobre un documento<sup>61</sup>, caería bajo la regulación del delito de amenazas condicionales, por lo que para el Código Penal vigente “la coacción mediante amenaza tiene tanto disvalor autónomo de injusto que absorbe el perjuicio patrimonial, mientras que el engaño sólo es punible en función de la lesión del patrimonio”<sup>62</sup>.

De todo lo anterior se colige que el engaño carece de autonomía lesiva para justificar su punibilidad bajo la sola circunstancia de generar un error en otro. Funcionalmente, el engaño debe vincularse al menoscabo del patrimonio ajeno para justificar el peso de injusto de la estafa. A nivel formal esta co-dependencia tradicionalmente se ha establecido en el elemento del perjuicio patrimonial: “es muy importante señalar que en este delito, lo importante *no es el lucro que se consigue*, sino el *daño* que se ocasiona”<sup>63</sup>. Por ende bajo la posición mayoritaria, existiría un desacoplamiento entre la obtención de una ventaja patrimonial y el daño al patrimonio ajeno, como elementos independientes.

Pero esta separación no se condice con la consideración absolutamente mayoritaria en del derecho nacional de negar la caracterización de la acción engañosa mediante la consideración de un elemento subjetivo del injusto de naturaleza implícita en la estafa, circunstancia que contrasta fuertemente con su consagración positiva en el derecho comparado<sup>64</sup>. Así, por ejemplo, KINDHAUSER señala que “la referencia al enriquecimiento *perseguido* se explica por el hecho de que el efectivo enriquecimiento del autor no es condición necesaria para la consumación de la estafa, que se reconstruye como un delito de resultado cortado: el ánimo de lucro o de aprovechamiento patrimonial constituye una tendencia interna trascendente”<sup>65</sup>. En un sentido adicional a lo anterior, HERNÁNDEZ explica que el delito “la estafa no es simplemente un delito de daño del patrimonio ajeno, sino uno de enriquecimiento a costa de dicho patrimonio”<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> MEZGER, *Derecho*, p. 238.

<sup>60</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “El robo como coacción”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, 2002, p. 100.

<sup>61</sup> Por influencia francesa, recibida a través de la codificación española, el Código Penal sólo tipifica como extorsión la coacción a suscribir, otorgar o entregar un documento que importe una obligación estimable en dinero (artículo 438). Cualquier otra disposición patrimonial obtenida o intentada obtener bajo coacción constituiría amenazas condicionales o coacción violenta. BASCUÑÁN, “El robo...”, p. 74 (cita al pie número 55).

<sup>62</sup> BASCUÑÁN, “El robo”, p. 107. En el mismo sentido: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2009, p. 122.

<sup>63</sup> ROMERO, *Los elementos*, p. 65.

<sup>64</sup> MAYER, “El ánimo”, pp. 290-291.

<sup>65</sup> Citado por: MAÑALICH, *Autotutela*, p. 121.

<sup>66</sup> HERNÁNDEZ, “Aproximación”, pp. 188-189.

Los delitos de resultado cortado constituyen una especie de delitos de tendencia interna trascendente, género que consiste en estructuras delictivas que mediante la incorporación de un elemento subjetivo en el tipo penal, consideran jurídicamente un evento verificado en forma posterior a la conducta, sin que resulte exigible como parte del plano objetivo, pudiendo clasificarse como *delitos de resultado cortado* y *delitos mutilados en dos actos*, siendo que en el primer caso el evento adelantado constituye el resultado de la conducta (anticipación de la consumación), mientras que en el segundo, el evento adelantado consiste en un segundo actuar del agente, para el cual la conducta objetivamente realizada es solo el medio de alcanzarla (la acción para alcanzar otra acción)<sup>67</sup>.

En este sentido, el modelo tradicional, vía recorte por el ánimo de lucro introduciría un quinto evento dentro de la secuencia tradicional: el enriquecimiento (ilícito) del estafador. De esta forma, el efectivo desplazamiento patrimonial se encontraría valorado ya por el elemento subjetivo. Sin embargo, al ánimo de lucro se atribuye una segunda función como elemento subjetivo de *tendencia interna intensificada*<sup>68</sup>, en el sentido de operarían definiendo precisamente aquella forma de ataque que se pretende castigar, caracterizando la conducta de otras que, siendo punibles sin la concurrencia de tal elemento, no integrarían el contenido de lesividad de la figura “como el elemento subjetivo del ánimo de lucro que viene a identificar la forma de lesión del bien jurídico patrimonio que se quiere castigar en numerosos tipos delictivos dejando por impunes otras formas menos graves de perturbación de dicho bien”<sup>69</sup>, excluyendo típicamente en la estafa conductas dirigidas a finalidades diversas, como la producción de un perjuicio no económico para la víctima<sup>70</sup>.

Como se observa, pareciera que el ánimo de lucro cumpliría dos funciones: recortar el acto de disposición patrimonial y a su vez excluir conductas realizadas con motivaciones diferentes al enriquecimiento. De esta forma, por razones sistemáticas y de delimitación del injusto<sup>71</sup>, el ánimo de lucro aparece como un requisito indispensable para la configuración del injusto de la estafa “a menos que se crea en un más que improbable concepto *criollo* de la figura”<sup>72</sup>.

### **2.3. La estafa como delito de resultado cortado: La consideración de su estructura formal como delito de mera actividad**

Ahora bien, de la exégesis de las normas matrices del Código Penal se evidencia que el artículo 473 define la conducta típica como “defraudar o perjudicar a otro usando de cualquier engaño”, mientras que el artículo 468 alude al verbo “defraudar a otro”. Por ende, para el análisis de la estructura de la estafa resulta imprescindible esclarecer el significado jurídico-penal de lo que de entenderse por *defraudación*.

Lo previamente desarrollado no implica necesariamente concluir que la defraudación co-

<sup>67</sup> Esta consideración provendría de los aportes de la dogmática alemana efectuados por BINDING y HEGLER. POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO: *Los elementos subjetivos del tipo legal*, 2ª Edición, Editorial B de F, 2008, pp. 106-112. Similar: GIL GIL, Alicia: “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No 6, 2000, pp. 106-111.

<sup>68</sup> Como señala GIL GIL, la clasificación dogmática de los elementos subjetivos del injusto es un asunto no zanjado en la literatura, siendo aconsejable su ordenación a partir de su efecto y papel que juegan en el tipo. GIL GIL, “El concepto”, p. 105. En este sentido, en el medio nacional, GARRIDO los ordena mediante este criterio considerando (1) elementos de tendencia interna trascendente; (2) de tendencia interna intensificada; (3) de expresión. GARRIDO MONTT, Mario: *Derecho Penal Parte General: Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Tomo II, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 84-86.

<sup>69</sup> GIL GIL, “El concepto”, p. 111.

<sup>70</sup> Esta confusión de funciones se puede apreciar en: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Universitaria Ramón Ercas, 2004, pp. 52-56. Asimismo, en MAYER cuando explica que “concebir el ánimo de lucro como la contrapartida económica del perjuicio patrimonial en tanto resultado del tipo conlleva, no sólo la *necesidad de que exista coherencia conceptual entre la motivación del agente y el resultado típico*, sino que también la de considerar, además de la forma de determinar la pena, la ubicación sistemática de la figura dentro de los crímenes y simples delitos contra la propiedad”, lo que denota su función (en este caso) como tendencia interna intensificada. MAYER, “El ánimo...”, p. 294.

<sup>71</sup> MAYER, “El ánimo...”, p. 294.

<sup>72</sup> HERNÁNDEZ, “Aproximación...”, p. 189.

responda a la descripción del resultado causal “perjuicio patrimonial” de la acción “emplear fraude” (engaño). De retomarse la vinculación histórica entre los delitos de falsedad y estafa<sup>73</sup> puede encontrarse un común denominador en el medio comisivo empleado<sup>74</sup>. En la actualidad, los delitos de falsedad documental también pueden ser reconstruidos como delitos de engaño, distinguiéndose de la estafa solamente a partir de los significados sobre los que recae el fraude: en el primer caso, el engaño se dirige sobre los elementos que determinan la existencia de un documento; mientras que en el segundo, el fraude recae sobre las circunstancias fácticas (o eventualmente valorativas) vinculadas a la generación del perjuicio patrimonial, como las calidades o atributos de la persona del autor<sup>75</sup> (tratándose del artículo 468). Por ello, el engaño como medio comisivo consiste en la responsabilidad del autor por la representación defectuosa de otro<sup>76</sup>.

En esta línea, con la sola excepción del delito de falsificación de instrumento privado, en atención al elemento “con perjuicio de tercero” que resulta interpretado mayoritariamente como un delito de estafa especial<sup>77</sup>, las falsedades documentales se encuentran establecidas como delitos de mera actividad<sup>78</sup>. Pero si la provocación de un error a través de engaño, entendiendo como tal el evento descrito en el tipo penal de estafa como la sola acción de emplear fraude, de acuerdo a la tradición continental no alcanza a fundamentar *per se* un injusto penal, ¿entonces dónde se evidencia el contenido de antijuridicidad de naturaleza patrimonial propio de la estafa? La respuesta tradicional en Alemania (y en la redacción vigente en España), de acuerdo al tenor literal del tipo de estafa, es un perjuicio en un patrimonio ajeno<sup>79</sup>.

Este criterio de merecimiento de pena ha sido ubicado en un evento separado de la conducta bajo una estructura resultativa. Sin perjuicio de ello, si el ánimo de lucro constituye una exigencia sistemática de la estafa, cabe la posibilidad de apreciar una identidad entre la disposición patrimonial económicamente perjudicial, como objetivo pretendido y trascendente al engaño representado por el estafador, y la obtención de un lucro antijurídico, como dos formas de referirse a un mismo evento recortado por el tipo de estafa. Así, la valoración jurídica de la afectación del patrimonio podría considerarse suficientemente incluida mediante la consideración del elemento subjetivo del tipo ánimo de lucro: el estafador pretendería obtener un desplazamiento patrimonial a su favor, en virtud de un acto de disposición para incrementar injustamente su propio patrimonio. Si como se dijo, el ánimo de lucro implica que quien ejecuta la conducta debe actuar con la motivación de obtener un determinado provecho económico injusto, pero no se demanda que efectivamente lo perciba<sup>80</sup>.

<sup>73</sup> Según MAYER, al solo ataque patrimonial debería añadirse, para efecto de justificar la intervención penal ante situaciones reparables por la sola vía del derecho común, un plus de injusto constituido por un trastorno adicional de la *publica fides* necesaria para el normal desenvolvimiento del tráfico, aproximando a la estafa morfológicamente a los delitos de falsedad. QUINTANO, *Tratado*, pp. 553-556. En cierta forma ello incide en la antigua distinción entre el fraude civil y el fraude penal. MERA, *Fraude*, pp. 103-130. Como señala KINDHÄUSER, la diversificación de los delitos de falsedad en grupos de delitos específicos se debe principalmente al surgimiento del liberalismo político, por lo que un simple engaño en un contexto dominado por la libertad de actuación no resultaba acreedor de la sustancia de injusto suficiente para la intervención penal, máxime cuando tales consecuencias se dejarían revertir mediante el derecho civil. KINDHÄUSER, “Concepto...”, pp. 52-53. La rearticulación (moderna) más evidente de esta consideración se materializa en la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, en su vertiente radical como teoría del injusto típico, para la determinación de la relevancia del engaño frente a los denominados deberes de autoprotección de la víctima, a través la idea de lo que reconduce la imputación al autor del engaño es la *infracción a sus deberes de veracidad*. PIÑA, *Fraude*, pp. 54-58. Críticamente: ROJAS, “Perjuicio...”, pp. 428-429.

<sup>74</sup> CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO: *El delito de estafa*, Editorial Juritexto, Costa Rica, 2001, pp. 37-38.

<sup>75</sup> ROJAS AGUIRRE, LUIS EMILIO: “Falsedad documental como delito de engaño”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 41, Nº 2, 2014, p. 547.

<sup>76</sup> KINDHÄUSER, URS: “La estafa como autoría mediata tipificada”, *Estudios de Derecho Penal patrimonial*, Editorial Grijley, Perú, 2002, p. 110. En el sistema de la Parte Especial, el engaño no constituye un núcleo de injusto autónomo, como sí la coacción. MAÑALICH, *Autotutela*, p. 122.

<sup>77</sup> VARGAS PINTO, TATIANA: “Daño del engaño en documentos privados. Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados”, *Revista de Derecho*, Volumen XXIV, Nº 2, 2011, p. 195. Y en este sentido la asunción de la estafa como delito de mera actividad y de tendencia interna, presentaría dificultades sistemáticas en relación al tipo penal del artículo 197 del Código Penal. Una posible vía de solución (a explorar) sería la consideración del perjuicio como de naturaleza extra-patrimonial.

<sup>78</sup> POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, pp. 567, 570.

<sup>79</sup> KINDHÄUSER, “Concepto...”, p. 52.

<sup>80</sup> MAYER, “El ánimo”, pp. 290-291.

El ánimo de lucro es unánimemente comprendido como un elemento subjetivo de tendencia interna *intensificada*, pues su función radicaría en delimitar la conducta punible de otras subsumibles en el tipo objetivo (como el mero uso de la cosa en el caso del hurto)<sup>81</sup>, y no un elemento de tendencia interna *trascendente*, los que se caracterizan por tipificar la acción como un acto preparatorio o una tentativa acabada en relación a la lesión del bien jurídico (delitos mutilados en dos actos), o bien prescindir del acaecimiento del resultado de la acción como elemento objetivo (delitos de resultado cortado)<sup>82</sup>. Por ende, en la concepción dominante de la estafa no se trata de un caso de adelantamiento de punibilidad, pues la consumación (en un sentido material, coincidente con la lesión del bien jurídico) no resulta incorporada subjetivamente al momento de la ejecución de la acción.

Esta configuración del delito puede ser interpretativamente modificada mediante su consideración como delito de mera actividad en tanto delito de resultado cortado, pues el ánimo de lucro constituiría el elemento fundamental para conectar funcionalmente el engaño a un núcleo de injusto en el que cobra relevancia penal, como lo es el patrimonio. Si se acoge la interpretación de la defraudación como la descripción del solo evento de emplear engaño, bajo una estructura de mera actividad, el dolo consistiría en la representación (y voluntad) de afirmar falsamente un hecho y comunicarlo engañosamente a otro<sup>83</sup>, provocando una falsa representación acerca del suceso, *con el motivo* de obtener provecho patrimonial para sí o eventualmente, aunque de forma controversial en nuestro derecho, para un tercero. Esto implica que la estructura formal de la estafa se emparejaría con las falsedades documentales, distinguiéndose de ellas por la concurrencia del ánimo de enriquecimiento injusto<sup>84</sup>, elemento que revelaría el injusto de carácter patrimonial que subyace a esta modalidad de engaño.

Siguiendo esta aproximación, si el verbo rector de los artículos 468 y 473 del Código Penal se refiere al evento *empleo de engaño con ánimo de lucro*, el posterior acto de disposición patrimonial (valorado en forma perjudicial de acuerdo al criterio de perjuicio vinculado a la teoría del patrimonio a que se adscriba), ya cubierto por la necesaria vinculación dolosa de la acción a esta posibilidad, constituye un evento externo a la descripción típicamente relevante, constitutiva del *hecho* de haberse estafado a otro con tal o cual resultado perjudicial. Por lo que el evento estafa queda típicamente reservado para la acción de engañar. Esto implica replantear la estructura de la estafa: efecto de la conducta es el juicio falso que se produce en el receptor, a partir de la comunicación irregular realizado con ánimo de lucro, lo que *puede* derivar en un perjuicio patrimonial. Esto permite concebir a la estafa como un delito cuyo supuesto de hecho consiste en un proceso esencialmente comunicativo<sup>85</sup> por sobre un puro fenómeno natural, lo que incide en la reconstrucción de sus elementos en forma esencialmente normativa<sup>86</sup>.

Perjuicio patrimonial entonces, bajo este esquema, sería el *hecho* (extra-típico) consistente en la valoración negativa sobre el *evento* (extra-típico) del acto de desplazamiento patrimonial, querido y representado como posible por el estafador. Se trataría de un resultado de carácter inmaterial que se materializa en el evento de la traslación de elementos del patrimonio hacia el estafador, lo que puede ser definido como el *hecho* de lo que resultó de la estafa, eventualmente constitutivo del supuesto de hecho de un delito civil, de acuerdo a los términos del artículo 2284 en relación al artículo 2314 del Código Civil.

Esta estructuración formal de la estafa como un delito de mera actividad implica que ma-

<sup>81</sup> MAYER, "El ánimo", pp. 291-292.

<sup>82</sup> GIL GIL, "El concepto", pp. 106-111.

<sup>83</sup> BOTTKE, "¿Qué es...?", p. 35.

<sup>84</sup> Posición que conlleva replantear la interpretación de la falsedad documental sobre instrumento privado del artículo 197 del Código Penal como delito de estafa.

<sup>85</sup> VILA MAYO, "Ensayo...", p. 23.

<sup>86</sup> ROJAS, "Perjuicio...", p. 424. PIÑA, "Fraude...", p. 49.

terialmente constituya un delito de peligro concreto contra el bien jurídico<sup>87</sup>, dado que si verificado el engaño se considera consumado el delito, el estadio de menoscabo del patrimonio se corresponde con un grado de afectación previo a su lesión<sup>88</sup>.

En general, la doctrina suele distinguir entre la estafa *propia* y la estafa *impropia*, aunque muchas veces intercambiando los conceptos de fraude y estafa<sup>89</sup>. Medularmente, la distinción apunta a que será un delito de estafa propia el fraude por engaño que requiere de la concurrencia de todos los elementos típicos tradicionales de su concepto dogmático (engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio), por lo que se trataría sólo de formas específicas (generalmente redundantes) o agravaciones del tipo común, mientras que las estafas impropias se caracterizarían porque en su estructura típica puede faltar uno o más de aquellos elementos, radicando su tipificación en la satisfacción de algunas lagunas de punibilidad que genera el tipo de delito de estafa (propia). Particularmente, en el derecho comparado se han defendido ciertas interpretaciones que acogen una estructura formal de mera actividad (estafa impropia) para determinadas modalidades de estafa aún vigentes en nuestro país.

En primer lugar, el tipo penal del artículo 469 N° 4 del Código Penal que consagra la estafa consistente en emplear engaño para lograr la defraudación mediante la suscripción de un documento, para nuestra doctrina resulta una especie superflua de estafa pues la estructura típica sería idéntica a la estafa genérica<sup>90</sup>. Sin embargo, en el derecho comparado (especialmente argentino<sup>91</sup>) se ha pretendido radicar la consumación del delito en el solo acto de suscripción, lo que altera su dependencia típica con el delito de estafa propia. Bajo esta interpretación, el tipo penal asume una estructura material de peligro contra el patrimonio<sup>92</sup>, similar a la extorsión<sup>93</sup>. Las principales objeciones contra esta posición radican en que la configuración del perjuicio dependerá del uso que se dé del documento o a su naturaleza<sup>94</sup>, es decir, de si la suscripción por sí sola o si esta en relación a un evento posterior que deba verificarse constituye el acto de disposición patrimonial valorable como perjudicial para el patrimonio ajeno<sup>95</sup>, lo que no es otra cosa que la concreción legislativa expresa de un supuesto de hecho, que en ciertos casos, genera una situación de riesgo patrimonial rayana en la certeza, circunstancia que en términos dogmáticos ha suscitado la problematización acerca de su eventual interpretación como lesión patrimonial<sup>96</sup>. De esta forma considerar como

<sup>87</sup> Salvo que se asumiera una variante radical del bien jurídico protegido, como la propuesta originalmente por KINDHÄUSER, centrándose en el *derecho a la verdad* en el tráfico negocial. BAJO, *Los delitos*, p. 28. No puede dejarse de lado que el mismo autor abandonó esta posición. KINDHÄUSER, “La estafa”, p. 109 (cita al pie número 40). Actualmente la articulación de la afectación de la libertad de disposición como eje del tipo implica el modelamiento del injusto de la estafa mediante la doctrina de la *obtención del fin* de la inversión, bajo un concepto funcional de patrimonio. KINDHÄUSER, “Concepto”, pp. 57-58. MAÑALICH, *Autotulela*, pp. 121-122.

<sup>88</sup> La consumación en un sentido formal, viene determinada solamente por el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo, disociándose en determinadas estructuras delictivas de la consumación en sentido material. Por ende, la aplicación material del concepto de consumación dependerá de la concreta técnica legislativa empleada (v. gr. delitos de tendencia, delitos de estado, delitos de peligro, delitos de lesión, delitos permanentes, etc.). JAKOBS, *Derecho*, p. 855.

<sup>89</sup> SILVA SILVA, HERNÁN: *Las estafas. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 28. Aunque el autor señala que la estafa sería una forma particular de engaño, pero no todo engaño penalmente relevante sería una estafa, sino exclusivamente los que la Ley ha tipificado como tales [ello resulta claro tratándose de una de las modalidades de robo con violencia o intimidación en las personas del artículo 439]. SILVA, *Las estafas*, p. 82. Sin embargo, durante el desarrollo de la obra el autor utiliza indistintamente los conceptos de fraude y estafa impropia, por lo que la diferenciación se torna confusa ya que estaría asimilando a una estafa el delito de hurto de posesión, por ejemplo. Por lo que la distinción se asumirá estrictamente en el sentido de los elementos de la estafa.

<sup>90</sup> GARRIDO, *Derecho*, p. 363. ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 415. En el derecho español, por todos: QUINTANO, *Tratado*, pp. 707-708.

<sup>91</sup> QUINTANO, *Tratado*, p. 709.

<sup>92</sup> Crítica efectuada por SOLER. Citado en: DONNA, EDGARDO. *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo II-B, 1ª Edición, Editorial Rubinzal - Culzoni, 2001, p. 383.

<sup>93</sup> ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 415.

<sup>94</sup> Opinión suscrita por POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, p. 450. DONNA, *Derecho*, p. 383.

<sup>95</sup> Así por ejemplo: “[S]e firme el finiquito de una deuda por engaño, el perjuicio se sufrirá de inmediato y en consecuencia el delito estará consumado, en tanto que si lo firmado es la compraventa de un inmueble, el perjuicio se producirá una vez que se inscriba la transferencia en el Conservador de Bienes Raíces, y recién en ese momento el bien saldrá del patrimonio del sujeto pasivo y se consumará el hecho”. GARRIDO, *Derecho*, p. 364. FONTÁN, *Derecho*, p. 562.

<sup>96</sup> Esta consideración sirve de base para que en el derecho argentino GONZÁLEZ ROURA sostenga que el delito se consuma con la mera suscripción del documento: “[S]i pues la obligación importe propiamente una amenaza de perjuicio, un daño en potencia, una seguridad patrimonial; esta inseguridad, ese perjuicio posible son tan serios, que bien pueden equipararse al daño efectivo, tratándose, como se trata, de la extorsión. Porque quien se obligó por temor, es casi seguro que no se defenderá y porque la prueba de la violencia para destruir las constancias de un documento es por demás difícil, de tal manera que prácticamente el perjuicio es casi siempre real”, citado en: DONNA, *Derecho*, pp. 382-383.

regla absoluta que la mera suscripción consume el tipo desvincularía al acto de su dimensión patrimonial como criterio de merecimiento de pena<sup>97</sup>, pues no debería olvidarse que el delito consiste en defraudar a otro mediante la suscripción engañosa<sup>98</sup>.

En segundo lugar, la estafa tipificada en el artículo 470 N° 6 del Código Penal consistente en emplear engaño en el acto de celebración de un contrato aleatorio, trata de aquella estafa específica que se fragua al momento de la celebración misma del contrato<sup>99</sup>, pero como señala ETCHEBERRY, la interpretación sistemática de la norma implica necesariamente considerarla una estafa propia, por lo que la consumación debe situarse en el momento de la producción del perjuicio, no pudiendo validarse su consumación en el evento de la mera celebración del contrato<sup>100</sup>.

En tercer lugar, la estafa del artículo 470 N° 7 del Código Penal consistente en el engaño empleado en juegos de naturaleza ilícita para asegurar la suerte, además de considerarse una estafa propia de carácter superflua y mal redactada, y sin perjuicio de su utilidad para considerar la protección penal del patrimonio aún tratándose de negocios ilícitos<sup>101</sup>, en el derecho español PUIG PEÑA ha planteado que se trataría de un delito de mera actividad y por ende de una estafa impropia, posición minoritaria<sup>102</sup> y que contrasta con el carácter indiscutido en nuestro medio de delito de resultado como estafa propia, donde la consumación debe apreciarse en la producción del perjuicio y no en la ejecución de la trampa<sup>103</sup>.

Sobre la base de lo anterior, como alternativa al esquema dogmático de naturaleza extralegal dominante, el tipo delictivo de los arts. 468 y 473 del Código Penal admitiría ser reconstruido como la simple descripción de la acción de *emplear engaño con ánimo de lucro*, constituyendo un delito formalmente de mera actividad y materialmente de peligro. Así, por ejemplo, desde el punto de vista lógico, la constatación del perjuicio patrimonial constituye sólo la valoración del estado de cosas ocasionado por el acto de disposición patrimonial<sup>104</sup>, de manera que difícilmente puede hablarse de causalidad *stricto sensu* en la estructura resultativa del delito.

Defraudación, sobre la base de esta elaboración, podría considerarse como el acto de emplear fraude con ánimo de enriquecimiento. El injusto de la estafa estaría conformado por un ataque de significación patrimonial mediante el medio comisivo del engaño. La imputación subjetiva de la acción a título de dolo en conjunto con el elemento subjetivo de tendencia interna intensificada cubrirían y delimitarían la intención de obtener un desplazamiento patrimonial injusto, cuya obtención no constituye condición necesaria de punibilidad al considerar el tipo como una forma de adelantamiento de la protección del patrimonio, aunque sí baremo de penalidad de acuerdo a la concreta acción ejecutada. El acto jurídico constitutivo de este desplazamiento (disposición patrimonial) constituiría el concreto riesgo de lesión al patrimonio representado por el estafador, justificador de la relación de ofensividad con el bien jurídico, aunque se trataría de un evento desacoplado a la descripción legal cuya valoración negativa a título de perjuicio constituye un simple hecho, lo

<sup>97</sup> El hacer suscribir el documento sin vinculación a elementos sustanciales que determinen los resultados patrimoniales lesivos no cumple la previsión del tipo, pues tal acto sólo constituye algo meramente instrumental dado que el elemento rector de la estafa es la defraudación querida o lograda. QUINTANO, *Tratado*, pp. 708-709.

<sup>98</sup> FONTÁN, *Derecho*, p. 562.

<sup>99</sup> GARRIDO, *Derecho*, PIÑA, *Fraude*, p. 78. Ello se refuerza en la historia del Código Penal pues la Comisión Redactora habría considerado el caso del artículo 556 del Código de Comercio, que priva de la acción indemnizatoria al contratante que hubiere celebrado un seguro con conocimiento de la pérdida o salvación de la cosa (o sea, de que ya no existía el riesgo asegurado). ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 416.

<sup>100</sup> ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 416.

<sup>101</sup> QUINTANO, *Tratado*, pp. 717-718. En el medio nacional, para LABATUT sólo podría tratarse de juegos lícitos, pues los arts. 1.466, 1.468 y 2.259 del Código Civil sancionan con nulidad absoluta la celebración de contratos sobre juegos de azar. En contra, GARRIDO y ETCHEBERRY lo hacen extensible a tales juegos. Como puede observarse, y sin que el marco positivo constriña a adoptar en forma concluyente alguna tesis, se trata de una discusión más profunda y no articulada respecto a este problema concreto, basada en la concepción de patrimonio que resulta operativa en el contexto del derecho penal y del criterio funcional a la determinación del perjuicio patrimonial. GARRIDO, *Derecho*, pp. 365-366. ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 417.

<sup>102</sup> QUINTANO, *Tratado*, p. 718.

<sup>103</sup> GARRIDO, *Derecho*, p. 366. ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 417.

<sup>104</sup> VOGEL, "Estafa...", p. 48. ROJAS, "Perjuicio...", p. 423.

que no obsta que la teoría a que se adscriba para concebir el patrimonio condicione la articulación de los contornos de la acción típica antedicha.

Atendido el hecho de que en la estafa existe un amplio ámbito de competencia de la víctima para evitar la lesión patrimonial<sup>105</sup>, estimar la consumación del delito con el despliegue del fraude con ánimo de enriquecimiento, permite acoplar la estructura de injusto de la estafa como delito de engaño<sup>106</sup> con la connotación patrimonial (subjética) que justifica su incorporación en el respectivo párrafo, por ende, sin desnaturalizar su contenido característico de antijuridicidad, sino más bien realizándolo. Lo anterior se fundamentaría en que el criterio de reconocimiento para la relevancia típica de la conducta gravite en torno al desvalor de acción, esto es, el engaño. Esta pauta interpretativa permite explicar, más allá de una caracterización histórica, la ordenación de las modalidades de estafa a partir del tipo de engaño empleado, particularmente tratándose de los casos agravados: engaño mediante la entrega defectuosa de cosa debida (o fraude en la entrega) aplicable a traficantes y plateros/joyereros<sup>107</sup> (artículos 469 N° 1 y 2 del Código Penal); engaño mediante la alteración de la rendición de cuentas por un comisionista (artículo 469 N° 3 del Código Penal) y por un capitán de buque<sup>108</sup> (artículo 469 N° 44 del Código Penal); engaño consistente en aparentar una situación falsa de cohecho activo<sup>109</sup> o de estafa con causa ilícita para la lógica naturalística del planteamiento de POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ<sup>110</sup> (artículo 469 N° 5 del Código Penal). Adicionalmente, implica fundamentar la existencia del engaño mediante la celebración de contrato simulado (artículo 471 N° 2 del Código Penal) como tipo privilegiado de estafa, otorgando luces acerca del fundamento subyacente a la penalidad de un solo grado de la denominada estafa residual (artículo 473 del Código Penal) en atención a la menor entidad del desvalor de acción, circunstancia que realza interpretar los medios comisivos de la estafa genérica del artículo 468 del Código Penal como bastante menos exigentes que una verdadera puesta en escena<sup>111</sup>.

## 2.4. Objeciones a la propuesta

Las principales dificultades evidentes que implica la consideración de una estructura de peligro y de mera actividad pueden enumerarse de la siguiente forma: (1) El sistema de determinación de la pena del delito vinculado al monto de la defraudación; (2) las limitaciones que implica

<sup>105</sup> PIÑA, *Fraude*, p. 55.

<sup>106</sup> ROJAS, "Falsedad", pp. 545-549.

<sup>107</sup> En ambos casos la agravación se fundamenta en una especie de alevosía de parte de los sujetos activos [en su modalidad de actuación sobre-seguro] en relación a que debido a su grado de especialización, difícilmente las víctimas podrán percatarse del engaño. Por todos: MERA, *Fraude*, pp. 309-311, 314-315.

<sup>108</sup> La doctrina mayoritaria en Chile identifica este delito como un fraude por abuso de confianza, y por ende, un tipo distinto a la estafa. GARRIDO, *Derecho*, pp. 382-386. ETCHEBERRY, *Derecho*, pp. 435-438. POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, pp. 452-453. SILVA, *Las estafas*, pp. 98-99. Sin perjuicio de ello, HERNÁNDEZ acertadamente explica que el delito consiste en defraudar al mandante mediante un engaño al momento de rendirle cuentas: los comisionistas alteran precios y condiciones en sus cuentas, en tanto que los capitanes de buque suponen gastos o los exageran, también en sus cuentas, y de este modo lo defraudan. De esta forma el engaño no se castiga como acto de abuso de confianza, pues si el comisionista en vez de mentir exhibe las cuentas verdaderas, no se realiza el tipo delictivo. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: "La administración desleal en el derecho penal chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI, 2005, pp. 203-204. En este sentido, el delito del artículo 470 N° 2 sería el único tipo penal de administración desleal de patrimonio ajeno consagrado en el Código Penal. Se trata precisamente de efectuar actos de disposición en nombre del naviero no autorizados legalmente, afectando con eso el patrimonio de aquél, sea reduciendo su activo, como ocurre con la venta o gravamen del buque, sea aumentando su pasivo, como pasa con el giro de letras a su cargo. A la ley le basta con estos excesos para imponer sanciones. No se necesita nada más, particularmente no se necesita engaño de ningún tipo. HERNÁNDEZ, "La administración", p. 204. Como se observa, el fundamento de agravación consiste en el contexto de ejecución del engaño, esto es con ocasión de una administración encomendada, a nuestro juicio, especie de prevalimiento del sujeto activo que incrementaría el desvalor objetivo (o peligrosidad) de la acción. Se trata entonces de una estafa propia, con estructura de resultado (que se vería frustrado por ejemplo, si el mandante descubre el ardid antes del acto de disposición patrimonial).

<sup>109</sup> Se argumenta como fundamento de agravación la ofensa al honor del empleado público aludido por el engaño, lo que explica la mención a la eventual acción de calumnia por la falsa imputación. GARRIDO, *Derecho*, p. 362. QUINTANO, *Tratado*, p. 809. Sin embargo, consideramos que existe un problema relativo al principio *ne bis in idem* de considerar un concurso entre ambos delitos, el que generalmente será en unidad de hecho (concurso ideal), pues si la agravación de la estafa se basa en la afectación del honor del funcionario, esa propiedad del hecho no podría volver a utilizarse para fundamentar la imputación por el delito de calumnia sin infringir la prohibición de doble valoración. Una situación no explorada significaría atribuir una dimensión abstracta de lesividad a tal circunstancia, de manera que la afectación a otro interés (como la confianza en la Administración Pública) se viese afectada.

<sup>110</sup> POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, p. 456.

<sup>111</sup> HERNÁNDEZ, "Aproximación", pp. 161-162.

la estructura de mera actividad<sup>112</sup> (la construcción interpretativa de un delito impropio de omisión y la delimitación entre la tentativa acabada e inacabada); (3) la legitimación de la incriminación de la mera puesta en peligro del patrimonio individual (tentativa).

#### 2.4.1. *El sistema de determinación de la pena del delito de estafa*

Con la salvedad de la interpretación del delito de celebración de contrato simulado del artículo 471 N° 2 como modalidad específica privilegiada de estafa<sup>113</sup>, pues la disposición sanciona la conducta con la pena alternativa de presidio o relegación menor en su grado mínimo o multa de 11 a 20 UTM, y la denominada estafa residual del artículo 473<sup>114</sup>, el primer inconveniente que presenta esta concepción del delito es la expresa disposición legal del artículo 467 del Código Penal que regula la penalidad de la estafa acorde al monto de la defraudación o al valor de la cosa defraudada. La lectura más evidente de esta circunstancia es identificar a la defraudación como resultado, en el sentido de la transformación de un estado patrimonial en otro (más allá de lo que se entienda por perjuicio patrimonial) que funge como núcleo de injusto, y por ende, de merecimiento de pena. Sin embargo, que la determinación de la pena del delito de estafa se vincule a un evento carente de significación para el tipo objetivo, esto es, la valoración económica del acto de disposición patrimonial de acuerdo al artículo 467, consideramos que no dificulta en extremo su interpretación como delito de mera actividad, a pesar de que el legislador explícitamente habría declarado que el quantum acerca del merecimiento de pena se basa en la entidad de la lesión al bien jurídico. Así por ejemplo, tratándose del delito de hurto, se critica el modelo de las cuantías por enfocarse exclusivamente en el desvalor de resultado y que generaría problemas respecto a la imputación subjetiva de la conducta<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> ACALÉ, “Los delitos...”, pp. 31-39.

<sup>113</sup> En doctrina se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de este delito, sobretudo a partir de su delimitación con el delito concursal del artículo 466 inciso II. En detalle: MILLÁN GUTIÉRREZ, Iván: *Tratamiento penal del contrato simulado*, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Penal, Universidad de Chile, 2011, pp. 11-35. En realidad, en realidad pareciera que, siguiendo el modelo de tipificación originario del Código Penal, se trataría exclusivamente de modalidades de comisión específicas [y por ende superfluas] de los delitos de alzamiento de bienes, estafa y administración desleal. MILLÁN, *Tratamiento*, pp. 36-38. Aunque más adelante el autor suscriba la opinión de que la utilidad de la tipificación autónoma del delito consiste en configurar una estafa impropia, pues en estricto rigor no se verificaría error alguno en la víctima, la que efectuaría el acto de disposición solamente a consecuencia de la celebración del contrato simulado por los hechos, quienes estarían plenamente concertados. MILLÁN, *Tratamiento*, pp. 39-40. Asume esta posición explícitamente ETCHEBERRY, para quien se trataría de un fraude impropio pues no existiría engaño ni abuso de confianza, por lo que las partes contratantes buscarían solamente la creación de una situación que se desea mantener oculta, pero no provocar una disposición patrimonial en un tercero. ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 442. Pero ambos autores desconocen que, como delito de participación necesaria, la celebración misma constituye el engaño a un tercero ajeno a la convención, confundiendo la eventual disposición patrimonial entre los simuladores que sirve de base para la construcción del engaño, con la disposición por error que genera este mismo ardid. En general, la discusión estriba en la articulación de lo que ha de comprenderse como acto de ejecución en relación a las reglas de intervención múltiple, particularmente la coautoría. En palabras de CREUS: “son en sí arditos que causan perjuicio o que pueden emplearse como medio de maniobras engañosas que induzcan en error a la víctima para hacerle disponer de su propiedad de modo no compensatorio. En un caso, la simulación es un engaño, en el segundo integra el engaño”, citado en: DONNA, *Derecho*, p. 398. Por ende, se trata de una estafa propia en que las partes contratantes utilizan el contrato simulado para defraudar a un tercero ajeno a la relación jurídica originaria fundante del engaño. FONTÁN, *Derecho*, pp. 565-567. De esta manera, de no existir como tipificación autónoma, consideramos que cabría dentro de las hipótesis del artículo 468 (aparentar negociaciones imaginarias), circunstancia que no justifica el tratamiento privilegiado que ostenta inclusive ante la estafa residual. MILLÁN, *Tratamiento*, p. 35.

<sup>114</sup> La disposición ha generado polémica en atención a la garantía de determinación de la ley penal en tanto concreción del principio constitucional de legalidad por su naturaleza de cláusula analógica. QUINTANO, *Tratado*, pp. 810-818. Sin perjuicio de ello, se considera que se trataría de una estafa propia cuya delimitación con la estafa genérica del artículo 468 resulta problemática. ETCHEBERRY establece los campos de aplicación mediante la consideración de la entidad del engaño, por lo que la estafa del artículo 473 debería ser menos que un ardid cuya aparición externa constituya las modalidades del artículo 468 y más que una simple mentira. ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 422. GARRIDO por su parte rechaza esta consideración pero sin aportar un criterio explícito. GARRIDO, *Derecho*, p. 369. Sin embargo, el mismo artículo 468 aludiría a engaños de naturaleza tan burda, lo que sumado a la tipificación en el Código Penal de diferentes formas de ataque basadas en la sola mentira, al menos permiten cuestionar en forma bastante creíble la opinión mayoritaria acerca de la falta de aptitud de la mentira como engaño típico, por lo que el criterio tradicional de ETCHEBERRY decaería. HERNÁNDEZ, “Aproximación”, pp. 161-162. En todo caso se trata de una defraudación por engaño, lo que deriva de la interpretación del concepto de fraude como causación de un perjuicio patrimonial. Sistemáticamente la alusión al que (alternativamente) perjudicare a otro mediante engaño, no puede considerarse como la producción de un perjuicio no patrimonial para intentar dotar de contenido a la expresión (es decir como la causación de daños –en sentido amplio– por engaño), pues ello privaría a la disposición del contenido material de antijuridicidad fundado en la afectación del patrimonio. QUINTANO, *Tratado*, p. 812. Todo lo cual produciría un quiebre dentro del sistema de la Parte Especial donde el engaño en sí mismo no constituye un núcleo independiente de injusto (a diferencia por ejemplo de la coacción) digno de merecimiento de pena, sino un modo de ataque contra otros núcleos de injusto. MAÑALICH, *Autotutela*, p. 122.

<sup>115</sup> OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: *Delitos contra la propiedad*, Editorial Legal Publishing, 2013, pp. 158-159.

Sin embargo, en materia de estafa, a diferencia del hurto, la conducta no se refiere a la defraudación sobre cantidades indeterminadas (como lo sería una apropiación furtiva de lo todo lo que se encontrare *a mano*), por lo que bastaría ser valorado ya en principio como representación propia de la imputación por dolo y por ende correlato del desvalor subjetivo de la acción, mientras que la alusión al perjuicio patrimonial como “el valor de la cosa defraudada”, resulta interpretable también como la suma por la cual el estafador ha realizado la conducta constitutiva de la antijuridicidad penal del comportamiento a título de peligro, reflejo de la imputación subjetiva: el lucro proyectado. Así, basta reconocer que en la imputación subjetiva a título de dolo ya se identificaría la voluntad defraudatoria hacia una determinada porción patrimonial de ataque, pues la representación (y voluntad) del empleo del engaño incorporaría suficientemente el concreto objeto de la acción a la capacidad cognitiva del agente, lo que permitiría fundamentar el reproche por el eventual desplazamiento patrimonial posterior. De esta forma, bajo el modelo tradicional y la aplicación de la pena del artículo 467 del Código Penal respecto a una situación de tentativa, “para determinar qué clase de delito habría constituido la respectiva estafa consumada, de haberse satisfecho las condiciones de su realización completa, lo cual incluye el perjuicio, ha de tomarse, como punto de referencia, la hipótesis de estafa que de hecho se habría realizado si el perjuicio en cuestión se hubiera producido, tal como se lo representó la imputada”<sup>116</sup>.

#### **2.4.2. Limitaciones que impone la estructura material de mera actividad**

En primer lugar, la doctrina ampliamente dominante excluye la posibilidad de configurar por vía interpretativa un delito impropio de omisión a las estructuras típicas de mera actividad, tanto por razones materiales como formales<sup>117</sup>, lo que contrasta con el no menos discutido desarrollo dogmático al respecto<sup>118</sup>, particularmente al seno de la (moderna) teoría de la imputación objetiva en torno a esta posibilidad bajo el esquema tradicional, sin perjuicio de que la incidencia práctica de esta limitación constituya una circunstancia de menor relevancia<sup>119</sup>.

En segundo lugar, en la medida de que se asuma la correspondencia entre tentativa estricto sensu y tentativa inacabada, y frustración y tentativa acabada, en los delitos de mera actividad cabría reconocer que sólo se podría verificar el estadio de tentativa inacabada, pues la ejecución completa de la acción típica bajo el modelo propuesto implicaría necesariamente su consumación<sup>120</sup>. Sin perjuicio de ello, en el derecho chileno, a partir de la segunda tipificación del controvertido delito-falta de hurto, conceptualmente se ha producido una corriente, inicialmente jurisprudencial, que intenta articular una solución dogmáticamente satisfactoria para considerar el estadio de frustración en estructuras de mera actividad<sup>121</sup>.

#### **2.4.3. La legitimación de la incriminación de la mera puesta en peligro del patrimonio individual (tentativa)**

Si la conducta formal de la estafa entonces se configura como la descripción del evento de engañar a otro con ánimo de lucro, en principio se producen dificultades al momento de su defini-

<sup>116</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 3, 2013, p. 282.

<sup>117</sup> En detalle: SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1ª Edición, Editorial Bosch, 1986, pp. 350-359.

<sup>118</sup> HERNÁNDEZ, “Aproximación”, pp. 164-166; PIÑA, *Fraude*, pp. 83-86.

<sup>119</sup> Circunstancia que implica la tarea aún pendiente de la revisión acerca del estado de cosas en la jurisprudencia nacional, extremadamente excepcional inclusive a nivel de delitos tradicionales como el homicidio.

<sup>120</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004.

<sup>121</sup> En detalle: OLIVER, *Delitos*, pp. 122-127. Inicialmente: RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia: “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI, 2005, pp. 133-141.

ción material. Pues la inclusión de un elemento de tendencia interna trascendente (o de esta función incluida en aquel), recortando determinado evento del tipo objetivo, consiste precisamente en una técnica legislativa orientada al adelantamiento de punibilidad ya que el sujeto sólo debe ya esperar el acaecimiento del resultado que vendría a identificar la lesión del bien jurídico<sup>122</sup>.

Lo anterior significa necesariamente interpretar a la estafa como un delito de peligro concreto para el patrimonio, dado que lo contrario, es decir, considerar la lesión de un bien jurídico con la sola ejecución del engaño significaría deslindar a la estafa de una connotación estrictamente patrimonial, vía el establecimiento de un bien jurídico adicional<sup>123</sup> o en reemplazo del patrimonio individual en sentido estricto. Pues inclusive vía la asunción de una teoría del patrimonio distinta al concepto mixto, sea entendido bajo una teoría *personal*<sup>124</sup> o una teoría *funcional*<sup>125</sup>, tanto la frustración del fin de la disposición patrimonial como la merma de la capacidad patrimonial resultante, se encontrarían materialmente en grado de tentativa, por lo que la consumación del tipo sólo constituiría un estadio de peligro para el patrimonio del engañado.

De esta forma, la forma más plausible de valorar el perjuicio patrimonial bajo una estructura formal de mera actividad, al parecer, consiste en constreñir la estructura material a un delito de peligro concreto. La lesión al patrimonio no sería otra cosa que un evento extra-típico, por lo que el *hecho* de haber acaecido un perjuicio en el patrimonio de la víctima sólo cobraría relevancia como *evento* a partir de las reglas generales sobre responsabilidad civil delictual.

Ahora bien, la consideración de la estafa como delito de peligro concreto supone dos dificultades vinculadas a la relación de lesividad.

En primer lugar, esta interpretación implicaría justificar la protección anticipada de un bien jurídico instrumental en forma similar a los intentos de legitimación de los delitos contra el patrimonio público, cuyo distinto nivel de operación admitiría mayor tolerancia ante el distanciamiento de la lesión como paradigma de injusto<sup>126</sup>.

En segundo lugar, se generan problemas para legitimar la incriminación del estadio de la tentativa (inacabada, según se dijo). Ello por cuanto predomina en la doctrina la consideración de las denominadas *teorías de la peligrosidad* para justificar el castigo de la tentativa, esto es, la creación de un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico apreciable desde una perspectiva *ex-ante*<sup>127</sup>, situación que implicaría que una tentativa de estafa bajo el modelo propuesto constituiría un delito aparentemente de peligro abstracto contra el patrimonio individual, cuya carga de legitimación material difícilmente resultaría conciliable con un modelo de derecho penal nuclear (o liberal en sentido clásico).

Sin embargo, este problema resulta condicionado por la adscripción a determinadas formas de interpretar el delito como constructo jurídico. Pues a partir de ciertas vertientes de las deno-

<sup>122</sup> GIL GIL, "El concepto", p. 110 (cita al pie número 19).

<sup>123</sup> Así para MEZGER "la estafa es, en primer término, un delito contra el patrimonio, pero es también *al mismo tiempo*, un delito de falsedad en sentido amplio, esto es, una violación del deber de veracidad que es *punible* por cuanto afecta al tráfico jurídico patrimonial". MEZGER, *Derecho*, p. 297.

<sup>124</sup> GALLEGO, *Responsabilidad*, pp. 366-380.

<sup>125</sup> KINDHÄUSER, "Concepto", pp. 57-58. MAÑALICH, *Autotutela*, pp. 112-122.

<sup>126</sup> El concepto *paradigma de la agresión* fue acuñado por KINDHÄUSER para denominar el esquema rector mayoritario (dual) acerca del contenido de la antijuridicidad material. De esta forma el paradigma de afección de un bien jurídico es el perjuicio directo de su propia substancia (lesión), mientras que la generación de una condición de riesgo (de lesión), corresponde a una sub-especie de injusto accesorio al injusto paradigmático o central, sobre el que pesa una (urgente) carga de legitimación, que se acrecienta si el objeto tutelado corresponde a un estado de cosas "espiritualizado". KINDHÄUSER, Urs. "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1 (2009), pp. 7-10.

<sup>127</sup> MAÑALICH, "La tentativa", pp. 140-141. Así la aplicación de la tesis sobre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, en tanto juicio de adecuación típica de una conducta, se trasladaría a la teoría de la tentativa en forma "casi como paralela y automática, puesto que la tentativa consiste precisamente en la realización de una conducta delictiva que no desemboca en un resultado, es decir, coincide, en su parte objetiva, con lo que hemos llamado la creación de un riesgo típicamente relevante". ALCÁCER, "El juicio", p. 496.

minadas *teorías de la expresión*<sup>128</sup>, si la tentativa se construye como un error de tipo al revés no sólo en un sentido descriptivo, sino que dogmáticamente basado en la distinción analítica entre normas de comportamiento y reglas de imputación, el injusto de la tentativa ha de fundamentarse como una estructura de responsabilidad subsidiaria basada en la satisfacción de las reglas de imputación (en sentido tradicional: tipo subjetivo y culpabilidad) sin verificación de antinormatividad (realización del tipo)<sup>129</sup>, esto es, con independencia de la relación de lesividad al faltar la realización típica, sino más bien por expresión del solo injusto de la acción: el intento de perjudicar.

### 3. SÍNTESIS

La alternativa de reconstrucción dogmática del tipo de estafa consiste en admitir su conceptualización como la descripción de la acción de *emplear engaño con ánimo de lucro*, constituyendo un delito formalmente de mera actividad y materialmente de peligro.

La estructura formal implica que el acto jurídico de disposición patrimonial constituiría el concreto riesgo de lesión al patrimonio representado por el estafador, recortado por un elemento de tendencia interna trascendente (ánimo de lucro), que funge como baremo de penalidad de acuerdo a la concreta acción ejecutada acorde a los parámetros del artículo 467 del Código Penal. De esta forma la consumación formal del delito se configura con la ejecución de la acción típica de engaño, mientras que la consumación material generaría una etapa de terminación (o fase de agotamiento), que se prolongaría hasta la verificación del acto de disposición patrimonial<sup>130</sup>, recortado vía su consideración previa en el ánimo de lucro.

La relevancia jurídico-penal de esta fase de agotamiento radicaría en que de verificarse el evento de la disposición patrimonial, como resultado extra-típico, habilitaría la consideración de su concreta repercusión en el sujeto pasivo mediante la regla sobre individualización judicial de la pena exacta establecida en el artículo 69 del Código Penal, desvinculando o abriendo la puerta para la consideración de teorías alternativas para la evaluación del contenido del perjuicio patrimonial distintas a los predominantes modelos jurídico-económicos. La relevancia jurídica general de la etapa post-consumativa<sup>131</sup> radica en que de verificarse la disposición patrimonial, esta configuraría un hecho ilícito doloso como fuente de la obligación de indemnizar todo daño imputable a malicia, según las reglas generales de la responsabilidad civil establecidas en el Título XXXV CC.

De esta forma, el centro del contenido de injusto del delito de estafa gravitaría, bajo la nomenclatura tradicional, en torno al desvalor objetivo de la acción<sup>132</sup>, entendido como la ejecución del engaño típico. Esta consideración puede tener relevancia para la reconstrucción dogmática y

<sup>128</sup> JAKOBS, *Derecho*, pp. 863-866. El modelo paradigmático se basa en el funcionalismo radical, el que fomentaría una apreciación sólo cuantitativa y no cualitativa entre tentativa y consumación. MAÑALICH, "La tentativa", pp. 145-146.

<sup>129</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: "Norma e imputación como categorías del hecho punible", *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 12, 2010, pp. 184-185.

<sup>130</sup> Siguiendo a HRUSCHKA, nos referimos a la terminación del delito (o consumación en sentido material) en relación al punto temporal en el que cesa toda la antijuridicidad del hecho penal (máxima gravedad lesiva de su propio injusto), y no a la etapa posterior a la consumación en sentido formal. BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO: "La terminación del delito", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVII, Fasc. I, 1995, p. 137. La consumación en un sentido formal, viene determinada solamente por el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo, disociándose en determinadas estructuras delictivas de la consumación en sentido material. Por ende, la aplicación material del concepto de consumación dependerá de la concreta técnica legislativa empleada (por ejemplo: delitos de tendencia, delitos de estado, delitos de peligro, delitos de lesión, delitos permanentes, etc.). JAKOBS, *Derecho*, p. 855.

<sup>131</sup> La relevancia jurídico-penal de la etapa post-consumativa (o terminación) en determinadas estructuras típicas que la consideran en su descripción, forma parte de los presupuestos de punibilidad y tiene consecuencias en la responsabilidad penal, como por ejemplo, la posibilidad de configurar un concurso ideal de verificarse un segundo delito. MAÑALICH, "La tentativa", p. 162. En detalle: BORJA, "La terminación", pp. 167-185.

<sup>132</sup> Esta consideración permite explicar (no así justificar) que el tratamiento de la estafa residual del artículo 473 del Código Penal imponga una sanción única a toda defraudación por engaño que no se encuadre típicamente en los supuestos de los arts. 467 y ss. Ello pone de relieve la eventual predominancia valorativa en torno a la acción típica y no estrictamente al resultado jurídico. Una manifestación de lo anterior, por ejemplo, es la interpretación del perjuicio en el delito de apropiación indebida como mera condición objetiva de punibilidad. POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, p. 460.

sistematización de los fraudes por engaño contra el patrimonio individual tipificados en el Código Penal, en la debida articulación del contenido de injusto que justifica la existencia de tipos agravados (como las situaciones de engaño en la rendición de cuentas) y privilegiados (por ejemplo, un determinada interpretación del otorgamiento de contrato simulado como estafa privilegiada), y en la solución de otros problemas dogmáticos como por ejemplo, en la eventual configuración de un concurso de delitos entre una estafa genérica del artículo 468 y una estafa agravada de las tipificadas en el artículo 469.

Por otra parte, la consideración material de la estafa como un delito de peligro admite la restricción de la viabilidad de la construcción de una tentativa punible, al menos bajo la comprensión mayoritaria de su justificación basada en las denominadas nuevas teorías de la peligrosidad<sup>133</sup>, dado que el distanciamiento del hito de lesión del patrimonio implicaría asumir su procedencia como un delito de peligro abstracto (instancia de riesgo del peligro concreto que significa la consumación formal del engaño).

Desde un punto de vista negativo, quedaría excluida la posibilidad de elaborar interpretativamente una realización por omisión impropia, así como en principio, su verificación en estadio de frustración. Se trataría necesariamente de un caso de adelantamiento de la punibilidad, cuya legitimación se encuentra pendiente.

## BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA: “Los delitos de mera actividad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 10, 2002.

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: “El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, Fascículo II, 1996.

ANTÓN ONECA, JOSÉ: “Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IX, 1957.

BACIGALUPO, ENRIQUE: “Principios de Derecho Penal, Parte General”. 5ª edición. Akal, Madrid, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Universitaria Ramón Erecas, 2004.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Delitos contra intereses instrumentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, 2004.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “El robo como coacción”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, 2002.

BOBBIO, NORBERTO: “La razón en el Derecho. (Observaciones preliminares) (traducción de Alfonso Ruiz Miguel), Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2 (1985), ps. 17-26.

BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO: “La terminación del delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVII, Fasc. I, 1995.

<sup>133</sup> ALCÁCER, “El juicio”, pp. 501-506. No así como se dijo, mediante la articulación de las denominadas teorías de la expresión modificadas por un modelo analítico del hecho punible (tentativa como error al revés en sentido estricto).

BOTTKE, WILFRIED: “¿Qué es o a qué se le llama estafa?”, *Revista de Derecho Penal: Estafas y otras defraudaciones*, N° 2, 2000.

BULLEMORE GALLARDO, VIVIAN; MACKINNON ROEHRS, John: *Curso de Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo III, 1ª Edición, Editorial Lexis Nexis, 2005.

CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO: *El delito de estafa*, Editorial Juritexto, Costa Rica, 2001.  
DE LA VEGA MARTINIS, ORLANDO: *El delito de omisión y su explicación causal*, Editorial Temis, Colombia, 2010.

DONNA, EDGARDO. *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo II-B, 1ª Edición, Editorial Rubinzal - Culzoni, 2001.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Derecho Penal: Parte Especial*, 17ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, 2008.

GALLEGO SOLER, JOSÉ-IGNACIO: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, España.

GARRIDO MONTT, MARIO: *Derecho Penal Parte General: Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Tomo II, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

GARRIDO MONTT, MARIO: *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo IV, 4ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

GIL GIL, ALICIA: “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No 6, 2000.

HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR: “Aproximación a la problemática de la estafa”, *Problemas actuales de Derecho Penal*, Editorial Universidad Católica de Temuco, Chile, 2003.

HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR: “La administración desleal en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI, 2005.

HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”. *Política criminal.*, N° 5, 2008, A2-5.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª Edición, Editorial Marcial Pons, España, 1997.

JESCHECK, HANS – HEINRICH; WEIGEND, THOMAS: “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Trad. De Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Granada, 2002

KINDHÄUSER, URS: “Acerca del concepto jurídico penal de acción”, *Cuadernos de Derecho Penal*, N° 7, 2012.

KINDHÄUSER, URS: “Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho Penal”, *Anuario de Derecho Penal económico y de la empresa*, N° 1, 2011.

KINDHÄUSER, URS: “La estafa como aut oría mediata tipificada”, *Estudios de Derecho Penal patrimonial*, Editorial Grijley, Perú, 2002.

KINDHÄUSER, URS: “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, In Dret, N°1, Barcelona, 2009.

MALDONADO FUENTES, FRANCISCO: “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, 2006.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 3, 2013.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, 2010.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2009.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Editorial Marcial Pons, España, 2014.

MERA FIGUEROA, JORGE: *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta*, 2ª Edición, Editorial Cono Sur, Chile, 2001.

MEZGER, EDMUND: *Derecho Penal. Parte Especial. Libro de Estudio*, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1959.

MILLÁN GUTIÉRREZ, IVÁN: *Tratamiento penal del contrato simulado*, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile, 2011.

OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: *Delitos contra la propiedad*, Editorial Legal Publishing, 2013.

PIÑA ROCHEFORT, JUAN IGNACIO: *Fraude de seguros. Cuestiones penales de técnica legislativa*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

POLITOFF, SERGIO. “*El delito de apropiación indebida*”, Nacimiento, Santiago, 1957.

POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO: *Los elementos subjetivos del tipo legal*, 2ª Edición, Editorial B de F, 2008.

POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, Tomo II, 2ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, España, 1977.

RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA: “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI, 2005.

ROJAS AGUIRRE, LUIS EMILIO: “Falsedad documental como delito de engaño”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 41, N° 2, 2014.

ROJAS AGUIRRE, LUIS EMILIO: “Historia dogmática de la falsedad documental”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXIX, 2012.

ROJAS AGUIRRE, LUIS EMILIO: “Perjuicio patrimonial e imputación objetiva”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXVII, 2011.

ROMERO, GLADYS: *Los elementos del tipo de estafa*, Editorial Lerner, Argentina, 1985.

ROXIN, CLAUS: *Derecho Penal Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, T. I, 1ª Edición, Editorial Civitas, España, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1ª Edición, Editorial Bosch, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.*, 2ª Edición ampliada y actualizada, Editorial B de F, 2010.

SILVA SILVA, HERNÁN: *Las estafas. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

STRATENWERTH, GÜNTHER. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, Editorial Aranzadi, España, 2005.

VARGAS PINTO, TATIANA: “Daño del engaño en documentos privados. Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados”, *Revista de Derecho*, Volumen XXIV, N° 2, 2011.

VILA MAYO, JUAN EMILIO: “Ensayo sobre la estructura del Delito de Estafa”, *Revista General de Derecho*, N° 520-521, 1988.

VOGEL, JOACHIM: “Estafa en la UE”, en: ARROYO ZAPATERO, LUIS; NIETO MARTÍN, ADÁN (coords.): *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: Eurodelitos de corrupción y fraude*, Editorial Servicio de publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, España, 2006.