



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE TEMUCO

Problemas Actuales de Derecho Penal

Enrique Cury U.

Rodrigo Coloma C.

Enrique García V.

Carlos Künsemüller L.

Héctor Hernández B.

Luis Ortiz Q.

Francisco Maldonado F.

Jean Pierre Matus A.



APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA ESTAFA¹

Héctor Hernández Basualto²

1. El presente texto tiene su origen en la transcripción de la clase realizada por el autor en el marco del Diplomado Problemas Actuales de Derecho Penal, en la Universidad Católica de Temuco, entre los días 31 de agosto y 1 de septiembre de 2001. Su publicación amerita dos explicaciones previas. En primer lugar, la clase transcrita es una entre muchas que en los últimos tres años el autor ha dictado sobre la materia en diversas actividades de capacitación en distintas ciudades del país. Por los fines y características de los respectivos programas, en general las clases se han limitado a la exposición sucinta del estado actual de la discusión, aportando algunas pocas orientaciones prácticas, pero sin mayores pretensiones de novedad o profundidad. Por lo mismo, el autor ha sido reacio a publicar su contenido sin antes acometer el trabajo sistemático de investigación que el tema merece, trabajo para el cual, sin embargo, no ha podido encontrar el tiempo necesario. Si no obstante esto ha terminado accediendo a esta publicación, es tanto por la benevolente acogida de los destinatarios de esas clases, quienes en más de una ocasión han manifestado que éstas les han sido útiles y que sería deseable contar con una versión escrita de las mismas, como por la perseverancia e infinita paciencia de Mario Vargas, de la Universidad Católica de Temuco. El texto mantiene el estilo de una clase, y sólo se le han incorporado las citas que parecieron indispensables. En segundo lugar, durante la corrección, la experiencia acumulada en tantas jornadas ha llevado a modificar el orden y estructura de la exposición, a suprimir algunas partes y a incorporar otras tantas, al punto que la transcripción de una clase particular dio paso a un compendio, que, como tal, termina siendo una clase que en realidad nunca se ha dictado y que tal vez nunca se dicte, pero en la que se confía puedan encontrar algo familiar tantos colegas que en Temuco y en muchos otros lugares han soportado estas reflexiones y a quienes están dedicadas estas páginas. El autor confía, por último, que estas páginas constituyan un punto de partida para futuros trabajos monográficos.
2. Abogado, Legum Magister y Doctor en Derecho por la Universidad de Friburgo de Brisgovia, Alemania. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad Alberto Hurtado.



1. INTRODUCCIÓN

En esta sesión nos vamos a ocupar a grandes rasgos de las principales cuestiones problemáticas que plantea la aplicación del tipo penal de estafa. Si bien nuestra legislación sugiere que se debe hablar en plural de «las estafas», en consideración al conjunto de fraudes por engaño previstos en el Código Penal (en adelante sólo CP) y en leyes especiales, aquí nos vamos a dedicar exclusivamente al análisis de la estructura del tipo básico de estafa – sea que éste se vea en la descripción del art. 468 o en aquélla del art. 473 CP –, estructura cuyos aspectos esenciales han sido a mi juicio insuficientemente tratados, y de cuyo esclarecimiento depende decisivamente la debida comprensión también del conjunto de hipótesis particulares.

Dentro de la parte especial del derecho penal, esta materia tiene fama de ser particularmente compleja y oscura. Y en alguna medida esa fama es justificada:

Desde luego, la estructura dogmática de la estafa con su cúmulo de requisitos concatenados es mucho más compleja que la de la mayoría de los delitos. Si se compara, por ejemplo, con la estructura objetiva del homicidio, que no es más que la producción objetivamente imputable de la muerte de una persona, se aprecia que los elementos típicos no sólo son más numerosos, sino que además deben darse en una relación que es mucho más exigente. Desde ese solo punto de vista la estafa es, en efecto, un delito complejo.

A eso se suma que las conductas constitutivas de estafa se insertan en un continuo de actividades propias del tráfico comercial, con una consiguiente apariencia de licitud. No es ilícito el ánimo de lucro ni el propósito de obtener las mayores ganancias posibles a costa de los demás, como tampoco lo es la pérdida de dinero, que es una simple consecuencia del hecho que hay buenos y malos negocios. Es más, aun cuando se obre de mala fe y se abandone con ello el campo de lo lícito, la relevancia de tal ilicitud suele agotarse en los confines del derecho privado. Así, a diferencia de lo que ocurre con unas lesiones corporales, una violación o un robo, la subsunción de una conducta en el tipo de estafa obliga con frecuencia a escudriñar bajo una apariencia inicial de irrelevancia penal.

Por último, salvo casos muy rudimentarios, los hechos de la estafa suelen insertarse en un contexto muy enrevesado, con intervención de muchas personas que se relacionan recíprocamente de manera dinámica y multifacética, de todo lo cual van quedando rastros fragmentarios en grandes volúmenes, lo que procesalmente dificulta en extremo la necesaria selección de las circunstancias fácticas que serán objeto del análisis de tipicidad a título de estafa.

Todo esto conspira contra un adecuado tratamiento práctico de la estafa. A mi juicio, sin embargo, y si bien estas notas problemáticas no se pueden desconocer, en el caso chileno el asunto se ha agravado por la ausencia de un tratamiento dogmático adecuado del delito, que sirva de guía – ésa es, precisamente, la tarea principal de la dogmática – a la práctica. Para decirlo alegóricamente, nuestra práctica se enfrenta a ese verdadero magma que puede ser el caso de estafa sin una mínima «carta de navegación», sin un instrumentario conceptual que le permita, si bien no

eliminar, al menos reducir a niveles aceptables la complejidad del análisis. Sin esa mínima guía el intérprete suele encontrarse completamente perdido, entregado a su suerte en un mar de incertidumbre.

Las consecuencias prácticas son a mi juicio bastante claras: la judicatura suele hacer lo único que le queda en tales circunstancias, que es resolver por mera intuición, para lo cual la magnitud de los perjuicios sufridos por los querellantes o denunciantes y la mayor o menor «honestidad» del imputado expresada en su conducta comercial - esto es, qué tan correcta o incorrecta ha sido su conducta - parecen ser los criterios decisivos. Por su parte, los abogados en general se encuentran en el mismo desamparo, de modo que no están en condiciones de tenderle una mano al juez o al fiscal y simplemente se limitan a sepultarlo con antecedentes comerciales para que sea éste quien despache - gratis - un trabajo conceptual que ellos debieron adelantar. No tengo un respaldo científicamente fundado para estas aseveraciones, pero es lo que a mi juicio fluye con nitidez de la lectura del conjunto de una jurisprudencia (publicada) sin rumbo fijo y de las noticias que llegan de la práctica judicial.

Naturalmente esta entronización de la intuición y con ella de la inseguridad jurídica no es una aproximación racional ni justa a la aplicación del tipo penal de estafa, tanto por la intolerable incertidumbre en que deja a los imputados, como porque conlleva un gran nivel de precariedad en la protección del patrimonio de las personas frente al engaño, del todo incompatible con nuestras pretensiones de contar con un ordenamiento económico respetable.

2. NECESIDAD Y POSIBILIDAD DE UNA «CARTA DE NAVEGACIÓN»

Ahora bien, mi punto de partida en esta materia - y es lo que quisiera someter a su consideración en esta sesión -, es que este estado de cosas es susceptible de transformación. No tengo ninguna duda en cuanto a que es posible un tratamiento más seguro y satisfactorio del tipo de estafa. Para ello, sin embargo, es indispensable hacerse de una «carta de navegación» que permita al operador - abogado, fiscal o juez - reducir a magnitudes abarcables el magma del caso concreto. En mi opinión, tal carta de navegación puede empezar a construirse a partir de los siguientes elementos:

2.1. El esquema de los elementos de la estafa (y algunas reflexiones histórico-legislativas)

Una primera orientación la brinda el esquema de los elementos de la estafa. Como ustedes bien saben, existe un cierto acuerdo en torno a cuáles son los requisitos de la estafa y en torno a la conexión «causal» que debe existir entre ellos. Así, según opinión unánime en la actualidad, la estafa consiste en un engaño que produce un error, el que a su vez motiva una disposición patrimonial que resulta perjudicial.

Antes de recalcar la utilidad de este esquema para la resolución de casos prácticos, debe introducirse aquí un pequeño excursus para hacerse cargo de lo curioso que resulta constatar que dicho esquema, que ustedes mismos comparten de modo completamente pacífico, apenas logra en-

contrarse reflejado en el derecho vigente. Si les pregunto donde se encuentra en nuestra ley la definición de la estafa como un engaño conducente a un error que a su vez conduce a una disposición patrimonial perjudicial, se darán cuenta que al menos en esos o semejantes términos simplemente no se encuentra. Esto no significa en absoluto que tal definición sea incompatible con nuestra ley. Al contrario, con excepción del requisito de la disposición patrimonial - que, en todo caso, tampoco se encuentra en otras legislaciones donde también se le considera elemento constitutivo de la estafa - todos los demás requisitos pueden detectarse en la ley chilena: el engaño en el propio epígrafe del § 8 del Título IX del Libro II del Código, como también en los arts. 468 y 473, y en otras disposiciones particulares. Con ello se puede deducir también el elemento error, como contrapartida de la conducta del agente, envuelto en la equivocidad de la palabra engaño en nuestro idioma. En cuanto al perjuicio, tanto la ubicación sistemática entre los delitos contra la propiedad, la determinación de la pena conforme al monto del perjuicio en el art. 467 o la referencia expresa en el art. 473 CP, permiten sentar sin grandes dificultades también dicha exigencia. En resumen, es perfectamente posible en nuestro derecho mantener la validez del esquema que hemos señalado.

Lo que me interesa recalcar aquí, sin embargo, es que no debe perderse de vista que el concepto de estafa que manejamos es claramente un concepto doctrinario que sólo luego de imponerse intelectualmente se ha compaginado con la ley. El mismo ejercicio de compaginación demuestra que no se trata de un concepto que fluya evidentemente de la ley, sino que todo lo contrario: se toma un concepto extralegal como guía y se empieza a buscar - no sin cierto voluntarismo - su anclaje en el cuerpo legal.³

El concepto extralegal de estafa que empleamos es fruto de la dogmática europea de comienzos del siglo XIX.⁴ Nótese que la estafa es un producto bastante moderno, pues hasta entrado el siglo XIX lo que conocemos como estafa se castigaba a título de hurto o entre las falsedades, y sólo tardíamente se dio paso a una represión autónoma del engaño, en cuando afectaba los derechos de otro, principalmente sus bienes. Pues bien, dicho concepto moderno no nos llegó por vía de nuestros modelos legislativos,⁵ y esa es la razón por la cual no lo encontramos en el Código Penal.

En efecto, si bien en la legislación española ya el Código de 1822 contenía una definición general de la estafa,⁶ donde a pesar de sus defectos destacaba la nítida exigencia de disposición patri-

3. A esta característica del desarrollo dogmático de la estafa en varias legislaciones alude el muy recomendable libro de Romero, Gladys: *Los elementos del tipo de estafa*, Lerner, Buenos Aires 1985 (hay edición posterior), p. 93 y ss., distinguiendo entre tipo del texto y tipo de la interpretación.

4. Al respecto puede verse Antón Oneca, José: *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la Jurisprudencia*, separata de la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T. IX, Barcelona 1957, p. 3 y ss., coincidiendo en el origen revolucionario francés del moderno tipo de estafa, para luego centrarse en el derecho español. Especialmente sobre la evolución en Alemania, por todos, Tiedemann, Klaus, en: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK)*, 11. Aufl., De Gruyter, Berlin - New York, § 263 Rdn. 12 y ss.

5. Sobre la evolución del derecho español, empezando en el derecho romano, puede verse, además de Antón Oneca, cit., p. 2 y ss., Valle Muñiz, José Manuel: *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Bosch, Barcelona 1987, p. 23 y ss., y especialmente p. 104 y ss. Entre nosotros, también Mera, Jorge: *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta*, 2ª Edición, ConoSur, Santiago 1986 (1ª Edición de 1971), p. 60 y ss., 68 y ss.

6. El art. 766 del Código español de 1822 rezaba: «(c)ualquiera que con algún artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante hubiere sonsacado a otro dineros, efectos o escrituras o le hubiere perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituya en verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial, sufrirá la pena de...».

monial por parte de la víctima (con el bello verbo «sonsacar»), inexplicablemente el Código de 1848 deja de lado tal definición y prefiere un concepto más bien difuso centrado en una enumeración casuística de hipótesis de engaño, prácticamente idéntico a nuestro actual art. 468, al que pasó a través del texto peninsular de 1850.⁷ Tanto en España como en Chile el concepto con el que hemos trabajado se tuvo que imponer - a mediados del siglo XX - primero en la doctrina⁸ y en la jurisprudencia, antes que en la legislación. Sólo que en España el paso legislativo de superación de la casuística se dio con la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal del año 1983, ratificada en esta materia por el nuevo Código de 1995,⁹ en tanto que en el derecho chileno se mantiene hasta hoy este relativo divorcio entre texto legal y concepción dominante sobre la estafa.¹⁰

Lo interesante de este divorcio - que el paralelo con la evolución de la legislación española, a mi juicio, no hace más que confirmar y que merece ser destacado -, es que entre nosotros las restricciones o imposiciones legales a la elaboración dogmática en materia de estafa son considerablemente más débiles que respecto de la mayoría de los delitos. Probablemente esto ha contribuido también al insatisfactorio tratamiento de la estafa en nuestro medio, pero al mismo tiempo abre un gran espacio para una discusión dogmática muy amplia y profunda, donde es posible superar las manifiestas deficiencias legislativas. El paso inicial ya ha sido dado hace tiempo, pues desde hace varias décadas progresivamente nuestros autores¹¹ y nuestra jurisprudencia¹² adhieren al concepto doctrinario de estafa. Como luego veremos, el desarrollo más allá de este paso inicial ha sido insuficiente, pero al menos podemos contabilizar como algo ganado un esquema de los elementos de la estafa que debe guiar el análisis de los casos prácticos.

7. El art. 439 del Código español de 1848 rezaba: «incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otros, usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias o valiéndose de cualquier engaño semejante».
8. Se suele reconocer como punto de inflexión en la literatura española el espléndido trabajo de Antón Oneca, ya citado, del año 1957. En Chile, probablemente se deba a la primera edición del influyente manual de Alfredo Etcheberry, de 1965.
9. Cuyo art. 248 dispone que «cometen estafa los que con ánimo de lucrarse utilizaren engaño bastante para producir error en otro induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno».
10. Cómo esta concepción se expresa en las principales codificaciones europeas es evidente. Además del citado código español de 1995, son muy similares las definiciones del derecho alemán (§ 263 StGB: «El que, con el propósito de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro provocando o manteniendo un error mediante la simulación de hechos falsos o la desfiguración o supresión de hechos verdaderos, ser* castigado...»), francés (Art. 313-1 NCP: «L'escroquerie est le fait soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abuse d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir une acte opérant obligation ou décharge») e italiano (Art. 640 CP: «Chiunque, con artificio o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito...»).
11. Así Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal*, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, T. III, p. 392 y ss.; Mera, cit., p. 42 y s.; Silva, Hernán: *Las estafas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 31, 32 y ss.; Garrido, Mario: *Derecho Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, T. IV, p. 321 y ss.; Matus, Jean Pierre / Ramírez, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª Edición, Universidad de Talca, Talca 2002, p. 162 y ss.; Yubero, Julio: *El engaño en el delito de estafa*, ConoSur, Santiago 1993, p. 47 y ss.; no es, sin embargo, evidente ya en Labatut, Gustavo: *Derecho Penal*, 7ª Edición a cargo de Julio Zenteno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1983, T. II, p. 224, ni en los autores anteriores a él.
12. Por sólo mencionar un fallo relativamente reciente, sentencia de la Corte Suprema de 17 de junio de 1999, Contra Roberto Óscar Sassone Fernández, GJ 228 (1999), 107 (108): «tanto la mejor doctrina como la jurisprudencia reconocen unánimemente que para la configuración de la estafa descrita por el artículo 468 son elementos indispensables la existencia de un engaño que causa en la víctima un error, a consecuencias del cual esta última efectúa una disposición patrimonial la que, a su vez, le provoca un perjuicio económico».

La sola existencia de este esquema relativamente asentado y aun antes de indagar siquiera sobre las dificultades interpretativas que cada elemento prodiga, ya es una gran ayuda para un adecuado examen de la tipicidad a título de estafa. Parecerá de perogrullo, pero el esquema indica un orden en el examen, que a su vez permite focalizar la mirada y no perderse en la maraña, y esto tanto desde el punto de vista de la selección de los hechos por analizar como de la aplicación del derecho aplicable.

Así, el operador debe concentrarse primero en detectar la existencia de un engaño, prescindiendo totalmente por ahora - *ceteris paribus* - de otros elementos cuya consideración en este momento sólo contribuiría a confundirlo. Si no logra dar con un engaño la tipicidad a título de estafa queda inmediatamente descartada, con total independencia de la existencia de perjuicios cuantiosos o aun de la evidente mala fe del imputado, de suerte que el análisis al menos en esta sede puede terminar, con el consiguiente ahorro de trabajo. Si, en cambio, se establece la presencia del engaño, recién ahora corresponderá la búsqueda de un error a consecuencia de ese engaño, y así sucesivamente. El esquema de los elementos de la estafa puede y debe servir como una verdadera check-list en el estudio de los casos concretos. Ustedes dirán que esto es una obviedad, pero si insisto en ello es porque la práctica no siempre sigue ese derrotero obvio.

Por otra parte, el esquema de los elementos de la estafa lleva implícita una cierta «cronología» o, como se suele decir, una cierta estructura «causal»: el engaño debe preceder y producir un error en la víctima, la que a consecuencia precisamente de ese error realiza una disposición patrimonial que resulta perjudicial. Esto significa que la estafa objetivamente es algo más que un engaño, un error, una disposición patrimonial y un perjuicio; es el conjunto de esos elementos pero concatenados de una determinada manera y no de otra. Con la sola consideración de esta estructura, sin avanzar todavía una sola línea sobre la correcta interpretación de los distintos elementos de la misma, es posible descartar tempranamente la tipicidad a título de estafa de una serie de situaciones que a primera vista pueden parecer sospechosas. Tal posibilidad pone de relieve el modesto pero a veces decisivo valor práctico que puede tener el uso del esquema de la estafa como check-list.

2.2. Los sujetos intervinientes en la estafa

Un segundo elemento de una carta de navegación para el análisis de los supuestos casos de estafa es la consideración de los sujetos que pueden intervenir en ella. También se trata de un aspecto que, en principio, no debiera ocasionar problemas, pero cuando no existe claridad a su respecto se producen consecuencias graves.

En un supuesto sencillo de estafa tenemos al menos dos sujetos, uno que engaña y otro que a consecuencia del engaño cae en el error, realiza una disposición patrimonial y sufre un perjuicio. Quiero aclarar si que cuando hablo aquí de un sujeto me refiero también, identificados con él, a todas las personas que actúan por él. Así, si se engaña a un empresario pero el dinero estafado lo entrega materialmente un subordinado de dicho empresario siguiendo órdenes del mismo, para los efectos que aquí estamos analizando sigue tratándose de una sola persona.

nalmente creo que, con independencia de la valoración que me merece la actividad comercial de los imputados, ésta contaba con la venia de la autoridad de la época y la reacción posterior de tal autoridad no fue más que la búsqueda de chivos expiatorios para ocultar su ineptitud -, pero lo que interesa en nuestro contexto es si en estos casos puede hablarse de estafa, aun dando por supuesto clandestinidad y mala fe por parte de los imputados. Y esta pregunta se contesta resolviendo previamente cuáles son los sujetos que pueden intervenir en la estafa.

Si se sostiene, como hemos hecho, que la disposición patrimonial debe efectuarla aquél que fue engañado, no es posible configurar en estos casos un delito de estafa. La disposición patrimonial - operaciones con empresas de papel - fue realizada directamente por quienes tenían las facultades de decisión en el banco, y ocurre que evidentemente ellos no actuaron engañados, como que a ellos se les imputa más bien haber engañado a otros. Porque, en efecto, es posible encontrar en toda la maraña que determinadas personas fueron engañadas: podría ser el caso de los accionistas o ahorrantes a quienes se ocultaban ciertas actividades del banco o - si bien esto es fácticamente muy dudoso - el caso de la Superintendencia de Bancos, tal como se consigna en algún fallo condenatorio de primera instancia. Pero aun cuando efectivamente haya habido engaño y error respecto de estas personas, lo cierto es que ellas no realizaron ninguna disposición patrimonial sobre la base de tal error. En otras palabras, quienes dispusieron no actuaron engañados y quienes fueron engañados no dispusieron. Estructuralmente no puede hablarse de estafa.

Se objetará que los controladores se extralimitaron en el ejercicio de sus facultades - lo que me parece indiscutible - y que actuaron de mala fe al provocarle perjuicio al banco. Esto último puede ser más discutible, pero aun siendo cierto, su relevancia jurídico-penal habría que buscarla en otra sede. No por nada la mayoría de las querellas se fundaban en el tipo de apropiación indebida del art. 470 N° 1 CP. Soy escéptico sobre la subsunción de estas hipótesis en la apropiación indebida - más allá de cualquier discusión, al menos sería una solución inaplicable en casos en que las operaciones recayeran sobre bienes raíces o donde se asumieran deudas - y creo que la verdadera solución pasa por la incorporación de un verdadero delito general de administración desleal en nuestro derecho, tal como ocurre en Alemania (Untreue)¹⁵ o en Francia (abus de confiance)¹⁶ y recientemente también, si bien sólo para el ámbito societario, en el nuevo Código español de 1995.¹⁷ Pero lo que interesa destacar aquí es que a título de estafa la subsunción es simplemente imposible. En este sentido, por ejemplo la jurisprudencia española - que tuvo que

15. El § 266 StGB dispone: «El que abuse de la facultad, conferida por ley, orden de la autoridad o acto jurídico, de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro, o infrinja el deber que le incumbe, en virtud de ley, orden de la autoridad, acto jurídico o relación de confianza, de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos, y que de este modo ocasione perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales debe resguardar, será castigado...».

16. El Art. 314-1 NCP dispone: «L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui l'ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé».

17. El art. 295 del CP de 1995 dispone: «Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados...».



Pues bien, la pregunta que puede surgir es si en la estafa pueden intervenir - hecha la aclaración precedente - más de dos sujetos. Teóricamente uno podría imaginar que A engaña a una persona B, pero el error lo sufre otra persona C, en tanto que la disposición patrimonial la realiza la persona D, resultando afectado el patrimonio de E. Es decir, podría imaginar la intervención de 5 personas distintas. ¿Es esto posible? Aparentemente no. Ya la mencionada conexión «causal» entre los elementos de la estafa sugiere que es precisamente B, como destinatario del engaño de A, quien debe sufrir el error y realizar la disposición patrimonial, y no otro, pues sólo en este caso se puede decir que el engaño de A ha «causado» el error y la consiguiente disposición patrimonial perjudicial. Ésta es, hasta donde puedo ver, la opinión unánime en el derecho comparado y también la de los que en Chile se han pronunciado expresamente sobre el punto.¹³

El punto puede parecer una reflexión teórica carente de sentido práctico, pero lo cierto es que puede ser decisivo en casos de la mayor trascendencia. Voy a mencionar un solo caso, o más bien la estructura de una serie de casos que convulsionaron al país a comienzos de la década de 1980, algunos de los cuales todavía están abiertos y que ustedes deben recordar perfectamente. Resumido en términos más bien burdos, ocurría que controladores de grupos económicos poseedores o controladores de empresas de muy diversos rubros, controlaban también empresas bancarias que en buena medida servían como fuente de financiamiento del resto de las empresas del grupo. Sin embargo, la legislación bancaria de la época imponía al igual que hoy determinados límites a las operaciones de los bancos con empresas relacionadas, límites que al ser alcanzados por estos grupos eran eludidos o encubiertos con el expediente de realizar las nuevas operaciones con otras empresas, «de papel», también controladas por el grupo, las que luego traspasaban los recursos a las empresas con las cuales ya no se podía operar. Hasta donde puedo ver, nada sugiere que estos mecanismos se hayan empleado con el propósito final de no devolver los recursos a los bancos así utilizados, sino como un simple expediente para ir más allá de lo que permitía una legislación por naturaleza conservadora en materia de riesgos. Pues bien, el problema se produjo cuando una coyuntura económica internacional agravada por el mal manejo de la autoridad económica provocó la quiebra más o menos masiva de empresas de algunos de estos grupos, de modo que no pudieron hacer frente a sus compromisos con los bancos, los que en trance de quebrar fueron intervenidos por el gobierno. En ese contexto se discutió y se sigue discutiendo sobre la eventual responsabilidad penal de los controladores de dichos grupos económicos, especialmente a título de estafa, que es lo que aquí nos interesa.

La discusión se da a muy diversos niveles. En lo fáctico, las defensas han negado que los imputados realmente hayan controlado los bancos, que realmente hayan intervenido en las operaciones puntuales, que realmente las operaciones con las empresas de papel hayan sido operaciones clandestinas, porque se hacían a vista y paciencia, y aun con la promoción de la autoridad económica de la época, que en realidad los riesgos no eran tales atendidas objetivamente las condiciones de mercado de entonces, etc.¹⁴ Uno puede tener cualquier opinión al respecto - yo perso-

13. Así Garrido IV, p. 328; Yubero, cit., p. 55 y ss.

14. Son reflexiones en ese plano fáctico las que sustentan el reciente fallo absolutorio de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 5 de noviembre de 2002, recaído en la conocida causa seguida contra los directivos del Grupo BHC.

nalmente creo que, con independencia de la valoración que me merece la actividad comercial de los imputados, ésta contaba con la venia de la autoridad de la época y la reacción posterior de tal autoridad no fue más que la búsqueda de chivos expiatorios para ocultar su ineptitud -, pero lo que interesa en nuestro contexto es si en estos casos puede hablarse de estafa, aun dando por supuesto clandestinidad y mala fe por parte de los imputados. Y esta pregunta se contesta resolviendo previamente cuáles son los sujetos que pueden intervenir en la estafa.

Si se sostiene, como hemos hecho, que la disposición patrimonial debe efectuarla aquél que fue engañado, no es posible configurar en estos casos un delito de estafa. La disposición patrimonial - operaciones con empresas de papel - fue realizada directamente por quienes tenían las facultades de decisión en el banco, y ocurre que evidentemente ellos no actuaron engañados, como que a ellos se les imputa más bien haber engañado a otros. Porque, en efecto, es posible encontrar en toda la maraña que determinadas personas fueron engañadas: podría ser el caso de los accionistas o ahorrantes a quienes se ocultaban ciertas actividades del banco o - si bien esto es fácticamente muy dudoso - el caso de la Superintendencia de Bancos, tal como se consigna en algún fallo condenatorio de primera instancia. Pero aun cuando efectivamente haya habido engaño y error respecto de estas personas, lo cierto es que ellas no realizaron ninguna disposición patrimonial sobre la base de tal error. En otras palabras, quienes dispusieron no actuaron engañados y quienes fueron engañados no dispusieron. Estructuralmente no puede hablarse de estafa.

Se objetará que los controladores se extralimitaron en el ejercicio de sus facultades - lo que me parece indiscutible - y que actuaron de mala fe al provocarle perjuicio al banco. Esto último puede ser más discutible, pero aun siendo cierto, su relevancia jurídico-penal habría que buscarla en otra sede. No por nada la mayoría de las querellas se fundaban en el tipo de apropiación indebida del art. 470 N° 1 CP. Soy escéptico sobre la subsunción de estas hipótesis en la apropiación indebida - más allá de cualquier discusión, al menos sería una solución inaplicable en casos en que las operaciones recayeran sobre bienes raíces o donde se asumieran deudas - y creo que la verdadera solución pasa por la incorporación de un verdadero delito general de administración desleal en nuestro derecho, tal como ocurre en Alemania (Untreue)¹⁵ o en Francia (abus de confiance)¹⁶ y recientemente también, si bien sólo para el ámbito societario, en el nuevo Código español de 1995.¹⁷ Pero lo que interesa destacar aquí es que a título de estafa la subsunción es simplemente imposible. En este sentido, por ejemplo la jurisprudencia española - que tuvo que

15. El § 266 StGB dispone: «El que abuse de la facultad, conferida por ley, orden de la autoridad o acto jurídico, de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro, o intrinja el deber que le incumbe, en virtud de ley, orden de la autoridad, acto jurídico o relación de confianza, de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos, y que de este modo ocasione perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales debe resguardar, será castigado...».

16. El Art. 314-1 NCP dispone: «L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui l'ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé».

17. El art. 295 del CP de 1995 dispone: «Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados...».



hacerse cargo por años de un déficit legislativo como el que todavía nos afecta, especialmente, ¡oh, coincidencia!, también en materia de administradores de bancos - es categórica e ilustrativa.¹⁸

Una cuestión distinta es la de quién debe sufrir el perjuicio. En el derecho comparado se admite que puede ser un tercero distinto del engañado que ha realizado la disposición patrimonial,¹⁹ lo que supone, en todo caso, que aquél tenga un poder de disposición sobre patrimonio ajeno. Lo mismo sostiene en general nuestra literatura.²⁰ Debe considerarse, sin embargo, que no todos entienden lo mismo cuando se plantea esta pregunta. Si lo que se está preguntando es si el perjuicio puede recaer en el patrimonio de aquél en cuya representación o por órdenes de quien se dispone, evidentemente habría que dar una respuesta afirmativa, pues en caso contrario las personas jurídicas nunca podrían ser víctimas de estafa. Pero puede entenderse que también están incluidos, como ocurre en Alemania, casos en que una disposición sobre patrimonio propio o sobre el que al menos se tiene poder de disposición tiene efectos perjudiciales sobre patrimonio ajeno. Y esta inclusión no tiene nada de evidente.

Se trata de un tema muy complejo, respecto del cual no tengo todavía una opinión definida. Pero me parece esencial plantearlo para la reflexión, especialmente a la luz de un ámbito en donde la cuestión puede resultar decisiva, como es el de la llamada estafa procesal. En Chile, parte de la literatura admite la posibilidad de una estafa procesal²¹ entendiendo por tal el engaño al juez, quien en virtud del error dicta una resolución - disposición - que afecta el patrimonio de terceros. El ejemplo más sencillo es el del litigante X que, con pruebas falsas, logra la ejecución judicial de una deuda inexistente en perjuicio de Y.

La jurisprudencia, sin embargo, ha sido más bien reacia,²² en parte por un malentendido que he podido advertir en actividades académicas con jueces, consistente en una supuesta imputación de responsabilidad al juez. Naturalmente eso carece de todo sentido, pues también un juez, como cualquier otra persona, puede ser víctima de un engaño, en este caso de un litigante inescrupuloso. Es cierto que en este caso habrá, como se hace ver con frecuencia, un delito contra la administración de justicia, pero nada obsta a que dicho delito se encuentre en concurso ideal con

18. Para sólo citar una de entre muchas sentencias del Tribunal Supremo español conviene transcribir en lo pertinente una del período previo al Código de 1995, la que - en pocas palabras - resume en forma contundente la jurisprudencia española: «En líneas generales, los supuestos de administraciones fraudulentas no pueden integrar los tipos de estafa, porque no hay engaño en los términos de tal infracción delictiva, o porque en todo caso el que engaña en sentido de desleal, es el mismo que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración» (sentencia de 29 de enero de 1991, Referencia Aranzadi 1991, 579; también sentencias de 28 de diciembre de 1987, de 9 de mayo de 1990, de 9 de abril de 1993, de 15 de enero de 1994). Esta conclusión es unánimemente compartida en la literatura penal española, si bien es cierto que, por resultar tan obvia a la luz de la estructura típica de la estafa, se encuentran pocas confirmaciones expresas de ella; véase en todo caso Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 466 (hay ediciones posteriores); Bacigalupo, Enrique: *La problemática de la administración desleal en el derecho penal español*, en: *Hacia un derecho penal económico europeo*, Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann, BOE, Madrid, 1995, p. 387; Nieto Martín, Adán: *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 237 y s.

19. Así expresamente el derecho español y francés, pero es conclusión aceptada también en Alemania y en Italia.

20. Así Etcheberry III, p. 398; Garrido IV, p. 328, 329 y s.; Matus / Ramírez, p. 163.

21. Así Etcheberry III, p. 398; Yubero, cit., p. 57 y ss.; especialmente Grisolia, Francisco: *La estafa procesal en el derecho penal chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 (1997), p. 417 y ss.

22. Cfr. al respecto las sentencias recogidas en Etcheberry, Alfredo: *El derecho penal en la jurisprudencia (DPI)*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1987, T. II, p. 22 y ss.

el delito de estafa, en la medida en que se verifiquen todos los requisitos de esta última. Y es en este nivel más teórico en que se dan las principales dificultades de la estafa procesal. Especialmente en materia de error, el que, como se dirá más adelante, se entiende como un fenómeno psicológico en el destinatario del engaño. Es decir, se requiere efectivamente un convencimiento erróneo por parte del juez, pero ocurre que en muchos ámbitos, especialmente en el ámbito civil, el sistema formal de prueba tasada conduce a resoluciones que no necesariamente se fundan en el convencimiento del tribunal, sino que en la simple constatación de una determinada situación formal.²³ Más allá de ese inconveniente, sin embargo, debería tratarse de un tema relativamente pacífico.

Pero volviendo a la problemática de los sujetos intervinientes en la estafa, el tema se complica cuando el juez no dispone directamente sobre patrimonio del perjudicado. En la ejecución con pruebas falsas el tema es bastante sencillo por la representación legal del ejecutado que el CPC confiere al juez, pero no lo es en el caso, sugerido por Grisolia²⁴ y con muchas variantes ofrecidas por la práctica, del juicio simulado entre el empleador y sus trabajadores, mediante el cual se constituye un privilegio que afecta patrimonialmente - esto me parece indudable, y está en el centro del derecho penal concursal - el crédito de un tercero acreedor que no ha sido parte del juicio. Intuitivamente vería con buenos ojos la aplicación del tipo penal de estafa en hipótesis como estas, pero hacerlo supone contar con un criterio razonable y seguro que permita limitar el ámbito de los casos relevantes, porque ciertamente no se puede dar relevancia a cualquier imaginable efecto económico reflejo de una decisión patrimonial. Dicho criterio - que no estoy seguro que exista - seguramente pasa por la definición de un tipo de vinculación que debería existir entre la decisión del disponente y el patrimonio afectado.

Quisiera dejarles un último ejemplo sobre esta materia para la reflexión. Piensen que dos empresas constructoras están compitiendo por adjudicarse una concesión de obras públicas. Pues bien, los ejecutivos de una de ellas logran hacer llegar al órgano competente en el MOP antecedentes falsos que cargan la balanza en su favor, en circunstancias que la oferta de la otra empresa es técnica y económicamente superior. Aquí quiero que se centren en la posible subsunción a título de estafa, pero no en perjuicio del MOP sino que de la firma desplazada, haciendo abstracción por ahora de la perplejidad que les puede ocasionar el elemento perjuicio, elemento que revisaremos luego. El engañado, el MOP, dispone, pero el perjuicio lo sufre otro, ¿hay estafa o no? Si se sostiene que el patrimonio afectado debe ser el del disponente o al menos uno sobre el cual tenga poder de disposición, se cierra el ámbito de aplicación de la estafa. Si se acepta, en cambio, que pueda ser un patrimonio distinto, pero de alguna manera vinculado, se abre, pero surge el problema de establecer límites. No tengo la respuesta y no he visto tampoco un desarrollo conceptual consistente que permita distinguir satisfactoriamente los casos relevantes de los irrelevantes.

23. Sobre estas y otras muchas dificultades que ofrece la estafa procesal debe verse el monumental trabajo de Löncke, Harald: *Gerichtliche Entscheidungen als Vermögensverfügung im Sinne des Betrugstatbestandes*, Duncker & Humblot, Berlin 2001, *passim*.

24. Grisolia, *cit.*, p. 417.



Lo que sí está claro, a mi juicio, es que tomadas las decisiones dogmáticas pertinentes, la aplicación consistente del esquema de los sujetos intervinientes en la estafa puede aportar de modo relevante al análisis de las supuestas hipótesis delictivas.

2.3. La superación del mito de la exclusión entre fraude civil y fraude penal

La aplicación del tipo de estafa sigue cargando el tremendo peso de un mito que oscurece toda la materia, cual es el de la supuesta exclusión entre fraude civil y fraude penal. Es común escuchar que la principal dificultad práctica en la aplicación de la estafa viene dada por la duda de si se está frente a un «verdadero» ilícito penal o frente a un «mero» ilícito civil, que casi con igual frecuencia se identifica específicamente como un «mero incumplimiento civil de contrato».

Naturalmente no tiene nada de mitológico constatar que existen diferencias entre un ilícito civil y uno penal, como tampoco que no es lo mismo el incumplimiento de un contrato que una estafa. Todo esto es evidente. Lo que no es evidente y es más bien abiertamente erróneo, es creer que tales diferencias son de una naturaleza excluyente, de modo que un supuesto de hecho sólo puede ser calificado de una u otra forma, como si fraude civil (eventualmente: incumplimiento de contrato) y fraude penal se repelieran como agua y aceite. Esta creencia es, desde luego, absurda, pues un mismo supuesto de hecho puede perfectamente satisfacer las exigencias de una y otra calificación. En esta perspectiva, el derecho privado y el derecho penal son órdenes paralelos, contruidos a partir de sus propios principios y necesidades, que pueden aplicarse simultáneamente a un mismo supuesto de hecho.²⁵ Si éste es relevante sólo para el derecho privado o sólo para el derecho penal o bien para ambos, dependerá exclusivamente del cumplimiento de los requisitos de relevancia señalados por cada orden. Así, resulta que un ilícito civil puede ser a la vez un caso de estafa, o bien no serlo, lo que dependerá exclusivamente de si se dan o no todos los requisitos del tipo penal. Esto debería ser por lo demás evidente si se considera que la mayoría de los casos la estafa se inserta en la celebración o en la ejecución de un contrato.

Si se logra superar este mito, al mismo tiempo se despejaría un importante factor perturbador en la aplicación práctica de la estafa, liberando al intérprete de la angustia de encontrar un límite improbable que no tienen ninguna relevancia para la solución del caso, y permitiéndole concentrarse en lo único que importa, cual es si se verifican o no los elementos típicos de la estafa. Y esto rige aun cuando se mantenga - cuestión que abordaremos críticamente luego - que existe una diferencia esencial entre el engaño típico a título de estafa y las simples mentiras que a lo más darían lugar a responsabilidad civil, pues aunque eso pudiera ser cierto, en ese caso lo único relevante desde el punto de vista de la estafa sería comprobar, junto con los demás requisitos, que se dé aquello que se ha definido como engaño típico y no andar buscando supuestos límites irrelevantes.²⁶

25. Lo único objetable sería que la obligación de indemnizar los perjuicios emanada de ambos ordenamientos se pudieran exigir simultáneamente, lo que constituiría un reprochable caso de *ne bis in idem*, pero esa posibilidad se encuentra debidamente excluida en el contexto tradicional del «cúmulo de responsabilidades».

26. Pudo haber sido mérito indiscutido de Mera, cit., p. 118, 56, haber disipado entre nosotros la confusión, aunque su planteamiento no alcanzó la claridad deseable al mezclarse y confundirse con la polémica sobre las exigencias del engaño típico en la estafa. Más precisa en este punto es la reciente exposición de Garrido IV, p. 317 y s.

2.4. Las necesarias decisiones dogmáticas. Referencia

Hasta aquí me he limitado a dar algunas orientaciones metodológicas bastante elementales sobre la forma de enfrentar el análisis de un caso de estafa. Si lo he hecho es porque creo que, no obstante ser tan rudimentarias, pueden ser de utilidad para reparar en detalles que por obvios muchas veces se pasan por alto, y eso ya puede ser bastante ayuda. Pero indudablemente con esto no se agotan ni con mucho las dificultades interpretativas de la estafa. Más bien al contrario, recién se está en condiciones de empezar a abordar dichas dificultades.

Toda regulación en materia de estafa, en cualquier parte del mundo, debe hacerse cargo de un conjunto de cuestiones problemáticas que le dan su fisonomía propia al sistema de la estafa en cada país, de suerte que la aplicación consciente y consistente de las respectivas decisiones legislativas respecto de esas cuestiones, constituye el último elemento de la carta de navegación que necesita el intérprete. Sin embargo, ocurre entre nosotros que, como ya se ha dicho, el derecho positivo no se hace cargo prácticamente de ninguna de estas cuestiones problemáticas, y a lo más, con buena voluntad, admite en su seno un concepto doctrinario de estafa que le era extraño. En rigor esto no sería problema si la dogmática chilena hubiera logrado completar su tarea y hubiera efectuado las definiciones que la ley no pudo hacer. Pero no ha sido éste nuestro caso. Todavía están abiertas, pendientes de discusión, muchas de las cuestiones relevantes. La mayoría han sido planteadas ya por la literatura, pero no han sido zanjadas, menos aún en la jurisprudencia.

Con todo, si algo positivo puede verse en esta situación de déficit, es que precisamente por la precariedad del sustento legislativo, nadie puede decir seriamente, salvo en cuestiones muy gruesas, que tal o cual decisión es incompatible con el texto legal - como sin embargo se hace, por ejemplo, a propósito de la eventual exigencia de ánimo de lucro (cfr. infra 7) -, de modo que el debate reconoce casi sólo límites de racionalidad y coherencia. En materia de estafa, más que descubrir las decisiones de la ley, el jurista debe adoptar él mismo las decisiones que parezcan más racionales y justas y construir los argumentos que le den sustento y generen el consenso y la seguridad jurídica necesarios. Mientras no tenga lugar el debate dogmático que dé paso a un sistema conceptual en forma, la carta de navegación va a quedar lamentablemente trunca.

Naturalmente no es posible ofrecer en una sesión de pocas horas una propuesta de sistema, sistema que por lo demás no poseo y que no es seguro que alguna vez alcance a desarrollar. Lo más que puedo hacer en este contexto es sugerir cuáles parecen ser las más importantes de esas cuestiones problemáticas, cuáles pueden ser las posibles soluciones, tomando para ello como referencia principalmente las noticias del derecho comparado, y cuáles son las consecuencias que se siguen de tal o cual solución. Esto último es especialmente importante. Como he dicho, el espacio para la toma de decisiones dogmáticas en esta materia está abierto y reconoce pocos condicionamientos, de suerte que el juicio sobre la corrección de una u otra decisión no puede ser, por lo mismo, demasiado categórico. Pero lo que sí puede y debe ser denunciado sin contemplaciones es la inconsecuencia en la aplicación de la decisión. Si algo resulta inaceptable en dogmática es la inconsistencia. Si se adopta una decisión fundamental, ésta debe aplicarse consistentemente de la misma manera en todos los casos donde la cuestión fundamental se presente



en los mismos términos, en tanto que las cuestiones derivadas de esa cuestión fundamental deben resolverse de un modo conceptualmente compatible con la decisión adoptada para ella, a menos que se cambie de premisa de aquí para el futuro. Sólo de esta forma se construye en el mediano plazo una seguridad jurídica que resulta tan indispensable en esta materia.

A continuación vamos a tratar de mostrar - selectivamente y sin mayor profundización - cuáles son estas cuestiones fundamentales, cuáles son las principales alternativas y cuáles son las consecuencias prácticas de seguir cada alternativa.

3. ENGAÑO

El engaño es el elemento de la estafa que mayor discusión ha despertado en Chile, lo que concuerda con su relevancia práctica, pues en nuestro país la inmensa mayoría de los casos se resuelve a este nivel. Mientras los fallos relevantes publicados en materia, por ejemplo, de perjuicio son muy escasos, abundan en cambio las sentencias que resuelven si ha existido engaño o no. No obstante la fuerza de la discusión, sus términos son bastante sencillos y tiene que ver fundamentalmente con el umbral de gravedad o de sofisticación que debe alcanzar el engaño para ser considerado engaño típico para los efectos de la estafa. No es ésta, desde luego, la única cuestión problemática que presenta el elemento engaño - por razones de tiempo no puedo referirme aquí a las declaraciones referidas a hechos futuros ni a la distinción entre declaraciones fácticas y juicios de valor²⁷, entre otras cuestiones -, pero probablemente sea la más importante, también en el plano comparado.

Creo no equivocarme si sintetizo la opinión dominante en Chile sobre esta materia - fuertemente influida por el pensamiento de Alfredo Etcheberry - en los siguientes términos: el engaño típico de la estafa no puede consistir en una simple mentira, sino que en una mentira inserta en un despliegue engañoso externo. Esto rige para todas las hipótesis de estafa, también para las disposiciones generales de los arts. 468 y 473, preceptos que se distinguen entre sí sólo por la gravedad o despliegue escénico del engaño - lo propio del art. 468 sería el ardid, maquinación o mise en scène -, pero siempre a partir de ese umbral mínimo común. Los fundamentos de esta posición giran en parte en torno a la supuesta necesidad de deslindar el fraude penal del fraude civil, como a un planteamiento victimodogmático, según el cual corresponde en primera línea a los potenciales afectados ser diligentes y cuidadosos, sin hacer actos de fe, para recibir protección penal.²⁸ En otras palabras, conforme a un dicho fuertemente enraizado en nuestra cultura jurídica, «el derecho no protege a los tontos», lo que incluye a los ingenuos y a los negligentes.

La principal opinión disidente ha corrido por cuenta de Jorge Mera, quien, si bien situando el asunto en el contexto de la vieja y estéril distinción entre fraude civil y fraude penal, sostiene que

²⁷ Tema sobre el cual debe considerarse, entre muchos otros, el extenso trabajo de Hilgendorf, Eric: *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung*, Duckner & Humblot, Berlin 1998.

²⁸ Fundamental Etcheberry III, p. 394 y s., 407, 411 y s.; en términos muy similares Garrido IV, p. 323 y ss., 337, discrepando, sin embargo, en cuanto a la delimitación entre el art. 468 y el art. 473 CP, p. 359 y s.; así también Yubero, cit., p. 103 y ss.; no tan claro Labatut II, p. 225 y s.

el engaño es un concepto común de ambos fraudes, y que la simple mentira puede ser engaño típico de la estafa porque nada en la ley lo excluye, al menos no en la estafa genérica del art. 473 CP. Lo único que concede Mera es que en algunos preceptos especiales, la ley efectivamente habría requerido un engaño calificado - tal sería el caso del art. 468 CP -, de suerte que en dichos supuestos no sería suficiente la simple mentira.²⁹ Punto de partida de Mera sería, además de consideraciones de texto legal, la necesidad de adecuar la protección penal a las necesidades concretas de la víctima.³⁰ En todo caso, también Mera entiende con la opinión dominante que existe un umbral mínimo de relevancia en el engaño, bajo el cual por adecuación social no se da la tipicidad del engaño, ni aun en materia civil, conforme a la noción de «dolo bueno».³¹

Puedo apreciar que la opinión dominante es también dominante entre ustedes. En efecto, ha llegado a convertirse en un verdadero dogma de nuestra cultura jurídica la exigencia de un despliegue engañoso de cierta entidad como engaño típico de la estafa. Yo no puedo decir tajantemente que eso sea un error, pero al menos quisiera conmover en parte su convicción, presentándoles algunas reflexiones que sugieren que quizás la opinión dominante no es tan indiscutible como parece.

Desde luego - si bien con todo lo que hemos dicho sobre la precariedad del respaldo legal esto no alcanza a ser un argumento - ni una sola letra de la ley sugiere que el engaño típico deba ser algo más que una mentira, ni mucho menos que deba alcanzar un cierto grado de sofisticación. Más bien al contrario, la sola lectura de las supuestas formas calificadas de engaño del art. 468 CP sugiere que se trata de hipótesis bastante elementales y poco elaboradas, como es, por ejemplo, el fingimiento de nombre. Por lo demás, muchas otras disposiciones del Código, fuera del ámbito de la estafa, le atribuyen efectos de la mayor gravedad a hipótesis de simple mentira que siempre han sido interpretadas en su sentido literal y obvio, sin grandes exigencias, como es el caso, apuntado por Mera, del art. 439 CP,³² donde la mentira no sólo tiene relevancia penal, sino que llega a constituir ni más ni menos que hasta violencia en las personas (¡), dando lugar a penas que pueden alcanzar los 20 años de privación de libertad, lo que ciertamente no se condice con la supuesta evidente irrelevancia de la simple mentira en nuestro derecho. Naturalmente es posible que la interpretación tradicional del engaño en esos tipos penales no haya sido la correcta, pero no puede negarse la existencia de una inconsistencia sistemática que obliga a revisar los conceptos con que se está trabajando.

Más desconcertantes todavía me parecen los arts. 171, 179 y 184 CP, en el ámbito de las falsedades. Como se sabe, las falsedades no son más que formas de engaño corporizadas en diversos objetos, que precisamente por esta cualidad y la de ser susceptibles de ser puestas en circulación se suelen castigar autónomamente, sin necesidad de que efectivamente engañen y perjudiquen a

29. Mera, cit., p. 33, 55, 119, 237 y ss. En términos similares y en conexión con la práctica española, recientemente, Matus / Ramírez, p. 168.

30. Mera, cit., p. 34: «Lo determinante debe ser la aptitud real en el caso concreto para inducir a error», p. 105 y s. Además argumenta con el principio de la buena fe, p. 116.

31. Mera, cit., p. 39 y s., 11 v s.

32. Mera, cit., p. 15 y ss.



alguien. Pues bien, todos estos artículos - de muy escasa aplicación práctica, porque versan sobre objetos más o menos anacrónicos, pero plenamente vigentes y con un mensaje normativo formidable - disponen algo completamente incompatible con la opinión dominante. Disponen que si la falsificación fuera «tan ostensible», «tan grosera y ostensible» o «tan mal ejecutada» que cualquiera pueda notarla a simple vista, es decir, en otras palabras, que si la falsificación, que no es más que una forma de engaño, fuera burda y ostensible, carente de toda idoneidad para engañar a alguien, o sea, el epítome de aquello que para la opinión dominante no puede ser engaño típico en la estafa, en esos casos extremos la conducta no se castigará a título de falsedad sino que precisamente a título de estafa.³³

A mi juicio estas disposiciones demuestran que el legislador chileno no vio la más mínima dificultad en admitir un engaño grosero como engaño típico para los efectos de la estafa. Probablemente en estos casos no podrá haber estafa consumada, pero sí al menos una forma imperfecta de tal delito. Muchos dirán que estas normas aisladas no son más que la excepción que confirma la regla, pero habrán de admitir que resulta al menos curioso que a la hora de establecer la pena para los engaños burdos la ley haya elegido un procedimiento tan alambicado como sería el de remitir precisamente a unos delitos donde los engaños burdos por definición, como pretende la opinión dominante, no tienen cabida alguna.³⁴

Ahora bien, al margen de lo que sugiera o deje de sugerir el texto legal, probablemente la cuestión fundamental en esta materia sea de orden político-criminal. A la opinión dominante subyace una nítida decisión político-criminal en orden a limitar la protección penal frente al engaño, asignándole fundamentalmente a la víctima la carga de dicha protección. Como se repite con entusiasmo, la ley no protege ni a los tontos ni a los negligentes. La víctima tiene el deber de ser sagaz y desconfiada, poniendo todo su empeño en detectar el posible engaño. Sólo si el estafador ha logrado superar todos los recaudos que son exigibles a la víctima, lo que supone un despliegue relativamente sofisticado de medios engañosos, ésta puede contar con la protección penal. En caso contrario, sólo ha sido víctima de su propia estulticia o de su propia negligencia.

Desde luego puede ponerse en duda la corrección general de esta aproximación, que no es más que erigir la desconfianza y la mala fe en principios regulativos del ordenamiento jurídico, con el efecto imaginable para el desarrollo de las relaciones comerciales.³⁵ Pero al margen de esa consideración, no puede desconocerse que la opinión dominante tiene como principal consecuencia

33. El texto original del Código señalaba en todos estos casos que los autores se reputarían «reos de engaño» y que serían «castigados por este delito con las penas que se establecen en el título respectivo», sin que cupiera duda alguna que se trataba del título referido a las estafas. Resulta ilustrativo recordar que estas disposiciones fueron introducidas por la Comisión Redactora del Código en su sesión 40, de 27 de mayo de 1871, con el siguiente razonamiento: «Entonces no hai verdadera falsificación, pues no existen las apariencias de verdad que caracterizan a aquella, i el empleo de tales objetos importa sólo un engaño» (Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno. Imprenta de la República, Santiago 1873, p. 81). No innovó en el punto la lamentable adecuación terminológica operada por el DFL N° 3 de 1992, del Ministerio de Justicia, ni tampoco la reciente Ley 19.806, de 11 de mayo de 2002, sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal; más bien al contrario, desde las modificaciones introducidas por esta última ley, los artículos se refieren expresamente al delito de estafa.

34. El argumento va esta en Mera, cit., p. 115 (nota al pie 108) y en Matus / Ramírez, p. 168.

35. Por lo demás, que éstos sean los principios que imperan en el derecho privado vigente, como sugiere Ercheberry III, p. 394, es a mi juicio más que dudoso.

práctica la tendencial desprotección de los sectores más deprivados de la población, que son precisamente aquéllos que, por el propio contexto en que se desarrollan sus operaciones comerciales, son víctimas potenciales de engaños simples y poco sofisticados. Es cierto que entre nosotros el examen de suficiencia del engaño se adapta a las circunstancias del caso concreto - al menos eso es lo que sugiere un vistazo a la práctica de nuestros tribunales - y que la vara efectivamente no es la misma para la gerencia de una sociedad anónima que para un trabajador rural, pero también es cierto que existe un umbral mínimo común para todos, bajo el cual simplemente no hay protección, cualesquiera que sean las circunstancias de la víctima. Y lamentablemente mucha gente en nuestro país se encuentra bajo ese umbral. A decir verdad, no alcanzo a comprender la racionalidad de la idea de un derecho que no protege a los «tontos», pues más bien parece que son ellos quienes necesitan y merecen mayor protección. Creo que aquí está en juego en alguna medida la igualdad ante la ley.

No creo tampoco que la postura dominante tenga sustento en el principio de intervención mínima o en el carácter de ultima ratio del derecho penal, aspectos que en realidad se juegan cuando se toma la decisión de tipificar o no como delito los engaños que dan lugar a disposiciones perjudiciales. Una vez decidido ese paso, lo que corresponde es aplicar igualitariamente el tipo penal, y no es igualitario excluir del campo de aplicación del delito los engaños que tendencialmente conducen a disposiciones perjudiciales a los ciudadanos menos dotados o preparados, que es lo que hace, con un supuesto criterio objetivo, la opinión dominante. Si bien se mira, no son sus detractores sino la propia opinión dominante la que ha subjetivizado el examen del elemento engaño por la vía de supeditarlo a la mayor o menor diligencia de la víctima, privilegiando así de facto la protección penal de sectores bien definidos de la población.

Me parece relevante en este contexto mencionar, por último, que la práctica chilena con su umbral tan alto en materia de complejidad del engaño o, lo que es lo mismo, con exigencias tan altas para la víctima del mismo, no es habitual desde una perspectiva de derecho comparado. Evidentemente no guarda ninguna relación con la opinión dominante en Alemania, que no impone ningún requisito especial de idoneidad al engaño. La simple mentira basta y simplemente no se formula la pregunta por su idoneidad, porque se entiende que si la víctima lo creyó, ésa es prueba suficiente e indesmentible de su «idoneidad» y en consecuencia de su relevancia jurídico-penal.³⁶ Claramente los filtros del derecho alemán en materia de estafa no se encuentran en el ámbito del engaño, sino en el del perjuicio patrimonial. Es cierto que esta concepción tan cara a los juristas alemanes puede verse afectada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que, al menos en materia de etiquetamiento, envasado y publicidad engañosa, ha impuesto a los Estados miembros un modelo normativo de consumidor racio-

36. Hay voces disidentes que por distintos caminos han intentado excluir del ámbito típico las mentiras más o menos burdas, pero se han mantenido aisladas. Cfr. Naucke, Wolfgang: *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Duncker & Humblot, Berlin 1964, p. 165 y ss.; y del mismo: *Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug*, en *Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Mohr, Tübingen 1974, p. 109 y ss.; derechamente cargándole la responsabilidad a la víctima, en clave victimodogmática, entre otros, Ellmer, Manfred: *Betrug und Opfermitverantwortung*, Duncker & Humblot, Berlin 1986, p. 233 y ss., y *passim*; y Hassemer, Raimund: *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin 1981, p. 34 y ss., y *passim*.



nal y diligente como vara para evaluar el carácter engañoso de dichos objetos,³⁷ pero no parece evidente que dicha restricción necesaria respecto de conductas de mero peligro se imponga también en materia de efectivas lesiones patrimoniales.

Ahora bien, frente al modelo alemán existen otros que sí establecen ciertas exigencias al engaño típico, como ocurre con el derecho español, con su exigencia de «engaño bastante», con en el derecho italiano y con el derecho francés. Pero en mi opinión, en ninguno de esos países esas exigencias llegan a los extremos que alcanzan en Chile.

Especialmente interesante me parece una mirada por el derecho francés, de donde viene la idea de la mise en scène, tan usada entre nosotros en esta materia.³⁸ Contrariamente a lo que de modo inadvertido se podría creer, la mise en scène no es sino una de las muchas formas de engaño típico que conoce el derecho francés. El Art. 313-1 NCP conoce cuatro tipos de engaño típico: el uso de nombre falso, el uso de una cualidad falsa o - tercer tipo, creado jurisprudencialmente y luego recogido en el código - el abuso de una cualidad verdadera y, finalmente, las llamadas maniobras fraudulentas (manoeuvres frauduleuses). Lo que me interesa destacar es que las tres primeras hipótesis de engaño no conocen exigencias adicionales para los efectos de su tipicidad, a su respecto basta la mera aseveración mendaz. Sólo respecto de la última forma, de las maniobras fraudulentas, que no son más que una categoría residual, se exige algo más que la simple mentira. Pero aquí las exigencias tampoco parecen excesivas. La jurisprudencia ha desarrollado grupos de casos, y así se entiende que es una maniobra fraudulenta, por ejemplo, el uso de instrumentos falsos, también sin mayores exigencias adicionales, o bien el apoyo de terceras personas, etc. Recién en este contexto, como caso adicional, aparece la escenificación o mise en scène, pero antes que eso, como podemos ver, hay un amplio espacio donde priman criterios mucho más flexibles que los que, en general, rigen en Chile.

Ciertamente harían bien los consumidores franceses y alemanes en aprender siquiera algo de la astucia y sagacidad del consumidor chileno.

En la misma línea, y para culminar con la problemática del engaño, debe mencionarse al menos la discusión sobre si es posible un engaño por omisión. Debe distinguirse previamente, en todo caso, entre engaño concluyente y engaño por omisión. El engaño concluyente es engaño por acción y se da cuando, no obstante no haber una declaración expresa, a una conducta desplegada en un determinado contexto social y comunicacional se le puede asignar con cierta seguridad un significado determinado, al punto que se le puede considerar una declaración en ese sentido.³⁹

37. He escrito sobre el particular en Hernández, Héctor: *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung - § 4 UWG*, C.F. Müller, Heidelberg 1999, p. 192 y ss., con abundantes referencias a la jurisprudencia del TJCE.

38. Sigo aquí la exposición iuscomparatista de Walter, Tonio: *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg 1999, p. 80 y ss., con abundantes referencias a la literatura y jurisprudencia francesas.

39. Sobre el concepto de engaño concluyente puede verse, por todos, Tiedemann, LK § 263 Rdn. 28 y ss., así como la crítica general de Tönnies, Sybille: *Die Ausdehnung des Täuschungsbegriffs durch die Konstruktion des Betruges durch schlüssiges Verhalten*, Diss., Kiel 1971, *passim*.

Es lo que ocurre, por ejemplo, con la tradicional «estafa de consumo», esto es, nuestro «perro muerto», porque el trato social le asigna a la conducta del individuo que se sienta a la mesa de un restaurante y ordena determinados platos el significado de una declaración concluyente de su voluntad y capacidad de pagar por los alimentos que consuma, aunque nada diga.⁴⁰ Pues bien, esta construcción se puede aplicar en una serie de situaciones de la vida comercial, con tal que los significados de determinadas conductas sean lo suficientemente compartidos como para poder ser imputados con relativa seguridad. Tampoco constituyen engaño por omisión las declaraciones incompletas, que son aquéllas que versan sobre un tema determinado y cuyos vacíos permiten extraer conclusiones erróneas sobre el mismo tema. En el caso del engaño por omisión, en cambio, el sujeto simplemente no ha dicho nada sobre el tema ni su conducta se inserta en un contexto comunicacional lo suficientemente desarrollado que permita adjudicarle un sentido claro.⁴¹

Las dudas que puede plantear la admisión de un engaño por omisión, se ubican en distintos planos. Por una parte se trata de las dudas generales sobre la compatibilidad de los delitos de omisión impropia con el principio de legalidad en nuestro derecho, si bien puede decirse que, no obstante tratarse de una situación irregular, la institución se encuentra fácticamente reconocida,⁴² de modo que en ese plano no se observan objeciones relevantes. En un plano más específico, si se asume como - más bien improbable - fundamento de la tipicidad de los delitos de omisión impropia en nuestro derecho el argumento a partir del art. 492 CP, en cuanto alude a omisiones que de mediar dolo o malicia constituiría un crimen o simple delito contra las personas, en circunstancias que el Título VIII del Libro II del Código no contiene ningún delito de omisión propia, de suerte que ha de estar referido a los de omisión impropia, puede argumentarse que la omisión impropia no tiene cabida más allá de tales límites sistemáticos, no abarcando en consecuencia a la estafa. Esta argumentación, sin embargo, no ha sido objeto de mayor discusión.

Más delicada puede ser la polémica habida en el derecho comparado en torno a si es posible la punición de la omisión impropia cuando ésta versa sobre tipos penales en los cuales la conducta no es plana y no importa sólo la producción objetivamente imputable de un resultado, como es el caso del homicidio, sino que está rodeada de exigencias de contenido relevantes para el injusto, como, precisamente, podría ser el caso de la estafa. Esto naturalmente a condición que se mantenga con la opinión dominante, que el engaño es más que la producción objetivamente imputable de un error.⁴³ Con todo, curiosamente, en general nuestros autores no ven obstácu-

40. Así lo ha entendido nuestra literatura, así, Etcheberry III, p. 398 y aparentemente p. 396; Garrido IV, p. 322; Matus/Ramírez, p. 164. La jurisprudencia ha sido más bien vacilante, cfr. Etcheberry DPI, T. II, p. 20 y s.

41. Sobre la distinción entre declaraciones incompletas y la omisión de una declaración puede verse Hernández, *Strafrechtlicher Vermögensschutz*, cit., p. 232 y ss.

42. En general, los autores nacionales terminan encontrando una salida formal al asunto, así, por sólo mencionar manuales, Novoa, Eduardo: *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, T. I, Santiago 1960, p. 345; Etcheberry I, p. 203 y ss.; Cury, Enrique: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1992, p. 294 y ss.; Garrido II, p. 181; Politoff, Sergio: *Derecho Penal. Parte General*, T. I, 2ª Edición, ConoSur, Santiago 2001, p. 240 y ss. En la jurisprudencia baste la ya célebre sentencia de la Corte Suprema, de 4 de agosto de 1998, *Contra Carlos Castro Muñoz*, GJ 218 (1998), 109 (113), que abiertamente reconoce prescindir «de algunas reservas sobre la constitucionalidad».

43. Ésa es la base de la opinión de Yubero, cit., p. 125 y ss., contraria al engaño por omisión.

los para admitir un engaño por omisión, siempre que en el caso concreto exista un deber de información para el omitente.⁴⁴

No es, en cambio, un argumento de peso la llamada «objeción cronológica» consistente en que lo distintivo de la estafa es que sea la conducta del agente la que produzca un error en la víctima, en tanto que en estos casos se trataría de un error preexistente que el imputado sólo ha omitido remover.⁴⁵ El argumento no convence porque esa constatación se da en todos los delitos de omisión impropia, donde se castiga por no evitar la consumación de un curso causal por definición preexistente. El punto sería más claro si se hablara de una «objeción causal», desde que ha dejado de ser controvertida la ausencia de relevancia causal de las omisiones.

Pero más allá de estas dificultades conceptuales - supuesto que se superen -, lo realmente difícil en la práctica de la estafa será el establecimiento de la posición de garante - cabe preguntarse, además, ¿de protección o de (auto)vigilancia?⁴⁶ - de la cual debe emanar el deber de información frente a la víctima. En general parecen prevalecer en esta materia las fuentes tradicionales de la ley - o reglamentaciones en general - y el contrato. Más difícil parece construir una hipótesis de injerencia, por ejemplo, basada en la participación en el mercado, lo que conduciría a equiparar sin más la calidad de comerciante con la de garante. Alguna vez se ha planteado el principio de la buena fe⁴⁷ como fuente de posición de garante, pero se le ha considerado demasiado genérico y vago.⁴⁸

4. ERROR

El error típico a los efectos de la estafa se concibe en general como un fenómeno psicológico, es decir, como algo que necesariamente afecta a una persona natural. Aunque no es así en todas partes y, por ejemplo, en Francia la exigencia de error es meramente formal y no juega casi ningún papel,⁴⁹ admitiéndose expresamente el error de las personas jurídicas, en Chile parece imponerse sin dificultades una concepción psicológica del error.⁵⁰

Por razones de tiempo no puedo discutir aquí en detalle las cuestiones que suscita esta comprensión del error, pero al menos pueden quedar mencionadas las que, a mi juicio, son las principales.

44. En efecto, admiten esta posibilidad Etcheberry III, p. 397 (en sede de error) y antes en p. 392 (en cambio, la posición en p. 396 sobre el silencio parece referirse al engaño concluyente, como en los ejemplos en p. 398); y Garrido IV, p. 322. Asimismo lo admiten, entre quienes no siguen la opinión dominante, Matus / Ramírez, p. 164, aunque algunos de sus ejemplos parecen más bien de engaño concluyente.

45. Sobre el «óbice cronológico» puede verse Pérez del Valle, Carlos: Estafa y engaño por omisión, en Bacigalupo, Enrique (director): Curso de Derecho Penal económico, Marcial Pons, Madrid 1998, p. 151 y s.

46. Conforme a la distinción impuesta por Kaufmann, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Otto Schwartz, Göttingen 1959, p. 283 y ss. En castellano, por todos, Mir Puig, Santiago: Derecho Penal. Parte General, 4ª Edición, PPU, Barcelona 1996, p. 305 y ss.

47. Sobre el particular puede verse Kamberger, Petra: Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Garantenstellung im Strafrecht?, Peter Lang, Frankfurt a.M., et al 1996 passim.

48. Sobre el estado de la discusión en Alemania, por todos, Tiedemann, LK § 263 Rdn. 51 y ss.; en España, el citado trabajo de Pérez del Valle.

49. Cfr. Walter, cit., p. 177 y ss.

50. Cfr. Etcheberry III, p. 396 y s.; Garrido IV, p. 326 y s.; Matus / Ramírez, p. 162; Magliona, Claudio / López, Macarena: Delincuencia y fraude informático, Jurídica de Chile, Santiago 1999, p. 221 y ss., especialmente 224 y ss.; en España, por todos, si bien críticamente en lo que a la exclusión de personas jurídicas como sujeto del error concierne, Gutiérrez Francés, María Luz: Fraude informático y estafa, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 414 y ss.

En primer lugar, debe zanjarse si el concepto de error para los efectos de la estafa supone efectivamente una representación positiva errónea por parte de la víctima o si basta con la mera ignorancia facti, esto es, con la vaga y genérica representación de encontrarse «todo en orden». En el derecho comparado la ignorancia facti suele no constituir error típico,⁵¹ pero no es posible dar una opinión categórica en Chile, donde el punto no ha sido objeto de discusión, pues cuando entre nosotros se distingue entre ignorancia y error se está discutiendo, en rigor, sobre la tipicidad de la estafa por omisión, tema íntimamente relacionado pero no idéntico.⁵²

Asimismo, debe decidirse si es posible afirmar la existencia de error típico en caso de duda o sospecha por parte de la víctima, lo que probablemente, en vista de la opinión dominante en materia de engaño, si bien son temas distintos, probablemente se resuelva en términos negativos, aunque a la luz del derecho comparado pueda ponerse en duda.⁵³

Ahora bien, si la subsunción de una conducta a título de estafa pasa entonces porque sea posible identificar en el caso concreto una persona natural engañada, surgen grandes problemas prácticos en una serie de contextos organizativos que tienden precisamente a dificultar esa identificación. Es lo que ocurre especialmente en todos los ámbitos donde se han automatizado procesos de trabajo con el apoyo de computadores, pues conceptualmente las máquinas no pueden ser engañadas en el sentido del tipo penal de estafa, en tanto que no siempre se puede echar mano al error de las personas naturales que ejercen funciones de control y vigilancia del proceso informático, pues en muchos casos esos controles son aleatorios, con lo que la tipicidad de la conducta queda entregada al azar, sin contar con que, aun cuando se enfrenten a la manipulación sin detectarla, en muchos casos más que darse una «falsa» representación de la realidad se está en una hipótesis de la aludida ignorancia facti.⁵⁴ Ésta es una de las razones, si bien no la única, que ha movido en el derecho comparado a la introducción de tipos especiales de fraude informático.⁵⁵

51. En Alemania, por todos Lackner, Karl / Kühl, Kristian: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23. Aufl., München 1999, § 263 Rdn. 18; en España sostuvo esa posición también Valle Muñiz, cit., p. 192 y ss.

52. Cfr. Etcheberry III, p. 397; Garrido IV, p. 326; Matus / Ramírez, p. 161; Yubero, cit., p. 49 y ss.; Magliona / López, cit., p. 215, aunque luego, en p. 223 y s. la influencia de la literatura extranjera los lleva a negar, sin mencionarla, el carácter de error típico de la ignorancia facti.

53. Sobre la discusión en Alemania, Tiedemann, LK § 263 Rdn. 84 y ss.

54. Como hemos dicho, en Francia esto no es problema. En España Gutiérrez Francés, cit., p. 414 y ss., 585, ha abogado, en la línea del derecho francés, por un concepto abstracto de error, atribuible sin más, por ejemplo, a personas jurídicas y que ciertamente permite resolver todos los problemas prácticos, pero ese planteamiento ha permanecido aislado.

55. Así ocurrió en Alemania mediante la Segunda Ley contra la Criminalidad Económica, de 15 de mayo de 1986, que entre otras disposiciones introdujo el § 263 a StGB, cuyo inciso primero reza: «El que, con el propósito de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial ilícito, perjudica el patrimonio de otro influyendo en el resultado de un proceso de tratamiento de datos mediante la incorrecta configuración del programa, mediante la utilización de datos incorrectos o incompletos, mediante la utilización no autorizada de datos o mediante cualquier otra intervención indebida en el desarrollo, se castiga con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa» (de casi idéntico tenor es el inciso primero del art. 221 del Código portugués [Burla informática e nas comunicações]); en Italia, mediante la Ley 547 de 23 de diciembre de 1993 se introdujo el art. 640 ter CP (Frode informatica), que dispone, a la letra: «Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire centomila a due milioni»; y en España con el nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995, cuyo art. 248 define en el primer inciso la estafa, prescribiendo en su inciso segundo que «también se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero».

Con todo, las dificultades no se circunscriben al ámbito de la delincuencia informática. Me parece mucho más complejo el futuro de la dogmática de la estafa en un contexto de fuerte división del trabajo en el seno de las empresas, donde la «decisión» de las mismas es el resultado de una cadena de decisiones acotadas relativamente independientes unas de otras, sin que sea del todo claro entonces el «dónde» y, con eso, sin tener certeza del «si», de un error típico, sin contar con las complicaciones adicionales que importa introducir en el análisis lo que ya hemos dicho sobre la ignorancia facti y la duda. ¿Hay estafa si el principal decide equivocado pero el empleado que preparó los antecedentes entendía correctamente la situación, o al menos tenía dudas? En otras palabras, ¿es imputable el conocimiento de los subordinados a la empresa supuestamente estafada? El tema apenas ha sido abordado en la literatura comparada,⁵⁶ y en Chile aparentemente no ha sido objeto de discusión.

5. DISPOSICIÓN PATRIMONIAL

Si bien no es un elemento que las legislaciones recojan siempre expresamente - no se encuentra en nuestro código, como tampoco en el alemán, a diferencia del código español y del francés - se entiende que la disposición patrimonial por parte de la víctima del engaño, quien actúa precisamente en virtud del error en que dicho engaño lo ha puesto, constituye una exigencia estructural de la estafa que le da, incluso más que el elemento engaño, su especificidad. En efecto, también puede haber un hurto mediante engaño (no es más que eso nuestro «robo con fuerza en las cosas» del art. 440 N° 3 CP), porque lo realmente distintivo de la estafa es su carácter de delito de «autolesión», es decir, que sea la propia víctima la que perjudica voluntariamente - aunque engañada - su patrimonio, disponiendo de él. No es el agente el que «mete la mano» en el patrimonio de la víctima, lo que es propio del hurto, sino que es la víctima engañada la que saca con su propia mano algo de su patrimonio. Por eso en Alemania se suele caracterizar la estafa como la tipificación de una hipótesis de autoría mediata, donde el instrumento del agente es la propia víctima.⁵⁷

Esto es especialmente importante en aquellos casos en que el engaño está dirigido a obtener la entrega de una cosa mueble, porque ahí se plantea el problema práctico de distinguir entre un hurto o una estafa. Ahora bien, la distinción no puede hacerse sobre una base corporal o mecánica, sino sobre una normativa. Obviamente no puede ser decisivo un detalle casual como es que la víctima ponga el objeto en las manos o deje que el otro la tome. Lo único decisivo es si, en uno o en otro caso, pues rige para ambos, fue la víctima la que transfirió la custodia de la cosa o si, en cambio, ésta fue rota por el agente, entendiéndose por custodia la relación fáctica de poder de una persona sobre una cosa, concretada en la posibilidad de disposición material de la misma.⁵⁸ Es lo que hace el que le presta su computador portátil a un amigo, en tanto que no lo hace el que sólo

56. Al respecto puede consultarse Tiedemann, LK § 263 Rdn. 82.

57. Así incluso el título del artículo de Kindhäuser, Urs: Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft, en Festschrift für Günther Bommert zum 70. Geburtstag, Nomos, Baden-Baden 1997, p. 339 y ss.

58. Sobre el punto, entre nosotros, puede verse Bascuñán, Antonio: Delitos contra la propiedad (4): Delitos de expropiación con apropiación correlativa. Tercera Parte: Los delitos de apropiación con ruptura de custodia (hurto y robo), apuntes de clases (inéditos), Universidad de Chile. Santiago 2001, p. 11 y ss., de donde se toma la definición de custodia.

se lo pasa para que lo admire en su presencia. Sólo en el primer caso cabe analizar la posibilidad de una estafa; en el segundo sólo podrá haber un delito de apropiación.

Los ejemplos sugeridos pueden parecer de muy poca trascendencia práctica. Por eso, quisiera graficar la importancia del concepto de disposición patrimonial con un problema que demuestra qué tan compleja puede llegar a ser la discusión y cómo puede tener consecuencias prácticas de la mayor gravedad. El contexto es el de la obtención indebida de dinero en cajeros automáticos mediante el uso no autorizado de la tarjeta de acceso del titular y de su número secreto, averiguado de cualquier forma, o bien mediante el uso de una tarjeta de acceso falsificada. La calificación jurídica de esta hipótesis ha sido tremendamente discutida en el derecho comparado. Mientras los franceses no sienten ninguna dificultad para castigar por estafa,⁵⁹ los españoles mayoritariamente entienden que hay hurto (o más bien robo con fuerza en las cosas, por el uso de la tarjeta que se considera llave)⁶⁰ y los alemanes creen que no es ni lo uno ni lo otro⁶¹ y se vieron obligados a introducir un tipo penal especial de estafa informática que en la práctica básicamente se hace cargo de estos casos.⁶²

Pues bien, como dijimos antes, nosotros deberíamos coincidir con alemanes y españoles en cuanto a que el tipo de estafa no sería aplicable porque el cajero automático, incapaz de incurrir en error (supra 4), no puede ser engañado. Pero ya no es tan claro por cuál de estos dos modelos debemos optar para dar el paso siguiente. Como en Chile no existe norma especial, si siguiéramos la opinión dominante en Alemania, habría que admitir que la conducta es simplemente atípica. La razón por la cual en Alemania mayoritariamente ni siquiera se plantea la posibilidad del hurto es precisamente porque se entiende que el operador del cajero automático ha consentido en que el agente saque el dinero o, dicho en los términos que se emplean para la estafa, ha realizado una disposición patrimonial en favor de todos los que con una tarjeta y un correspondiente número secreto extraigan dinero del aparato, consentimiento o disposición patrimonial que es estructuralmente incompatible con el concepto de apropiación del hurto. En Chile el tema conceptual no ha sido mayormente discutido, al menos no en textos publicados, pero es

59. A pesar de estar a mano el fácil recurso del delito informático del art. 323 NCP, no se ha seguido ese camino y el abuso de cajeros automáticos se sanciona sencillamente a título de estafa (escroquerie, art. 313 NCP), fundando el error requerido por el tipo en una representación previa, general y abstracta de los responsables del cajero automático, consistente en que sólo personas autorizadas podrán obtener dinero del mismo; asimismo, el carácter voluntario de la entrega se reconduce a una voluntad inicial de los responsables, que queda fijada por anticipado en el programa del cajero, v. al respecto Walter, cit., p. 435 y s., con abundante referencia a la literatura francesa.

60. Al respecto puede verse Quintero Olivares, Gonzalo (director): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª edición, Aranzadi, Madrid 1999, pp. 497 (Quintero), 522 (Valle); González Rus, Juan José: *Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos*, en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* 01-14 (1999), 22, si bien plantea dudas sobre la calificación como robo. En general, salvo voces aisladas como Bacigalupo, Enrique: *Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados*, en *Poder Judicial*, Especial IX, 85 y ss., no se ha puesto en duda el carácter de sustracción de la conducta del agente.

61. Un resumen de la discusión puede verse en Wessels, Johannes / Hillenkamp, Thomas: *Strafrecht. Besonderer Teil / 2. Straftaten gegen Vermögenswerte*, 21. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 1999, Rdn. 168 y ss.

62. El ya mencionado § 263 a StGB, sobre cuya interpretación puede verse, por todos, Tiedemann, Klaus: *Wirtschaftsbetrug* [edición especial de la 11ª edición del *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, §§ 263a y ss.], De Gruyter, Berlin-New York 1999, § 263 a. En castellano puede leerse también mi traducción de Kindhäuser, Urs: *La estafa mediante computadoras en el código penal alemán (§ 263 a StGB)*, en Mir Puig, Santiago et al (coordinadores): *Estudios de derecho penal económico*, LivrosCA, Caracas 2002, p. 649 y ss., de próxima publicación en Chile.



posible encontrar ambas posiciones en textos inéditos. Así, Antonio Bascuñan, uno de los que más se han preocupado de la estructura dogmática de los delitos contra la propiedad entre nosotros, en sus apuntes de clase concuerda con la tesis de la atipicidad,⁶³ en tanto que, por mi parte, en un trabajo inédito sobre delincuencia informática preparado para el Ministerio de Justicia he sostenido que la subsunción a título de hurto es posible en la medida que la disposición o el consentimiento del responsable del cajero ha sido - porque puede serlo - condicional.⁶⁴ El tema es extremadamente dudoso y como ustedes pueden ver se resuelve en un detalle dogmático que podría parecer menor, como es si la disposición patrimonial o el consentimiento a la apropiación puede o no estar sujeto a condiciones para estos efectos.⁶⁵

Más allá de estos casos en que se discute el límite con los delitos de apropiación, debe destacarse que la disposición patrimonial típica es un concepto amplio, no circunscrito a la entrega positiva de porciones patrimoniales. También hay una disposición patrimonial en comportamientos pasivos, como la omisión de cobrar un crédito o la aceptación tácita de una cuenta. Debe abandonarse la visión reduccionista de la disposición patrimonial emparentada con la imagen de la víctima entregando dinero o celebrando un contrato. Lo único que debe establecerse en el caso concreto es simplemente una manifestación de voluntad de la víctima con efecto en su situación patrimonial.⁶⁶

Surge, por último, la pregunta de si la disposición patrimonial debe ser consciente, es decir, si se requiere que la víctima del engaño se dé cuenta que está disponiendo de su patrimonio. El ejemplo que puede graficar el punto es el de la secretaria que entre el cúmulo de papeles que debe firmar rutinariamente su jefe desliza un pagaré en su favor. En el derecho alemán eran célebres los casos de personas que inadvertidamente firmaban supuestas listas para ir en apoyo de causas tan altruistas como la protección de las ballenas o el rechazo a la guerra y resultaban suscribiéndose a revistas por las cuales no tenían ningún interés o bien firmaban creyendo solicitar más información o simplemente confirmando la visita del vendedor y resultaba que habían celebrado un contrato. La opinión dominante en el derecho alemán y aparentemente también en el derecho español está por no exigir dicha conciencia, entre otras razones porque desde un punto de vista político-criminal la situación de la víctima es aún peor que la de la víctima consciente.⁶⁷ Sin embargo, en casos de disposición inconsciente puede ponerse en duda la relación entre error y disposición o aun la existencia de un verdadero error más allá de la ignorancia facti. Como el tema no deja de ser dudoso, hay quienes han sugerido el establecimiento de un tipo penal especial de obtención fraudulenta de la firma inconsciente de un contrato,⁶⁸ función que entre nosotros, sin embargo, podría cumplir con otra lectura el art. 470 N° 4 CP («los que

63. Bascuñan, cit., p. 13 y s.

64. Hernández, Héctor: *Tratamiento de la criminalidad informática en el derecho penal chileno. Diagnóstico y propuestas* (inédito), Santiago 2002, p. 10 y ss.

65. Sobre este punto puede verse Arzt, Gunther / Weber, Ulrich: *Strafrecht BT. Lehrbuch*, Gieseking, Bielefeld 2000, § 13 Rdn. 55 y s.

66. Así también la opinión dominante en el derecho español, por todos Quintero Olivares, *Comentarios*, cit., p. 520 (Valle).

67. Sobre el estado de la cuestión en Alemania, Tiedemann, LK § 263 StGB Rdn. 118 v ss.; sobre España, Valle Muñoz, cit., p. 216 y s.

68. Así, en Alemania, Bohnenberger, Claus: *Betrug durch Vertragsschleichung*, C.F. Müller, Heidelberg 1990, *passim* (propuesta legislativa en p. 101).

defraudaren haciendo suscribir a otro con engaño algún documento»), el que en esta perspectiva y contra lo que se piensa habitualmente, no sería un tipo superfluo.⁶⁹

6. PERJUICIO PATRIMONIAL

6.1. Concepto jurídico vs. concepto económico de patrimonio y su respectivo concepto de perjuicio

El elemento central del perjuicio patrimonial confiere a la estafa su carácter de delito material. Salvo casos excepcionales y eso a través de tipos específicos que se hacen cargo de su especial objeto o de sus modalidades, el engaño no se reprime penalmente per se,⁷⁰ sino sólo cuando tiende al perjuicio patrimonial. Esta concepción de la estafa como delito patrimonial, común al derecho alemán, español e italiano - no así al derecho francés, donde, no obstante venir exigida por la ley, la exigencia de perjuicio se interpreta de una manera tan generosa que para afirmarlo basta una vulneración de la libertad de disposición⁷¹ - probablemente se encuentra en el origen mismo del delito, en la época en que éste se emancipa de las falsedades, correspondiéndole tal vez a la exigencia de perjuicio la tarea de compensar a la falta de fijación corporal - en monedas, documentos, sellos, etc. - del engaño típico de la estafa.⁷²

Ahora bien, qué debe entenderse por perjuicio patrimonial es una cuestión bastante más ardua de lo que parece, respecto de la cual entre nosotros, más allá de coincidencias bastante rudimentarias en aspectos generales, dista de haber consenso y hasta conciencia de las aristas del tema. A lo más puede decirse que hay acuerdo en cuanto a que el perjuicio patrimonial importa pérdida de valor económico, pecuniario, y no de valores inmateriales, ideales morales o de afectación, lo que es indudablemente cierto, pero constituye apenas un punto de partida para la discusión. La determinación del concepto de perjuicio patrimonial supone la de un concepto previo, cual es el concepto de patrimonio, concepto que, más allá de las apariencias, ha sido muy poco estudiado entre nosotros. Porque no estamos hablando aquí simplemente en general sobre el bien jurídico protegido en el Título IX del Libro II del Código, esto es, sobre lo que debe entenderse por «propiedad» para los efectos de la tutela penal,⁷³ ni tampoco sobre la distinción conceptual y sistemática entre «propiedad» y «patrimonio»,⁷⁴ sino que, en el ámbito de los delitos contra el patrimonio en sentido estricto, qué se entiende formar parte de él y cuando se está frente a un perjuicio. Tampoco se trata de los problemas que en general trata nuestra literatura civil a pro-

69. Cfr. Etcheberry III, p. 415; Garrido IV, p. 353. El argumento contrario del texto aparece ya, para el derecho español, en Antón Oneca, cit., p. 23 y s.; también Valle Muñiz, cit., p. 216 y s.

70. Al respecto puede verse el ilustrativo ensayo de Silva Sánchez, Jesús María: *Las inveracidades de los particulares ante el derecho penal*, en Salvador Coderch, Pablo / Silva Sánchez, Jesús María: *Simulación y deberes de veracidad*, Civitas, Madrid 1999, p. 75 y ss., *passim*.

71. Cfr. al respecto Walter, cit., p. 239 y ss.

72. Sobre el significado del perjuicio patrimonial en la construcción histórica de la estafa en Alemania, puede verse Cramer, Peter: *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Gehlen, Bad Homburg et al 1968, p. 22 y ss.; Naucke, *Lehre vom Betrug*, cit., p. 65 y ss., 191 y ss.; Schlüchter, Ellen: *Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens beim Betrug - Ärgernis oder Rechtsstaatsanforderung*, en *Festschrift für Winfried Trusen*, Paderborn et al 1994, p. 573 y ss., *passim*.

73. Al respecto Etcheberry III, p. 287 y ss.; Garrido IV, p. 139 y ss.; Matus / Ramírez, p. 97 y s.

74. Al respecto Zugaldía Espinar, José Miguel: *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal, Madrid 1988, p. 22 y ss.

pósito del concepto de patrimonio.⁷⁵ Los términos de la discusión comparada, que gira sobre los verdaderos problemas prácticos de la aplicación de los tipos penales, avanzan por caminos muy distintos, los que han sido relativamente poco tratados en Chile. A continuación se ofrece un muy apretado resumen de dichos términos, fundamentalmente de la mano del estado de la discusión en Alemania, país donde probablemente se asista al debate más rico y diferenciado en esta materia.⁷⁶

Básica e históricamente se enfrentan dos conceptos «puros» de patrimonio. Por una parte el concepto jurídico y por la otra un concepto económico de patrimonio, debiendo aclararse ya en este lugar que para ambos conceptos es común la necesaria relevancia pecuniaria de lo involucrado en el concepto. Las diferencias entre ambos conceptos se encuentran en otro plano.

El concepto jurídico de patrimonio entiende que éste es el conjunto de derechos y obligaciones de orden patrimonial (material) de los cuales es titular una determinada persona. La determinación de tales derechos y obligaciones corre por cuenta de las regulaciones extrapenales, respecto de las cuales el derecho penal es absolutamente accesorio. Consecuentemente, el concepto de perjuicio deriva de la aplicación de la teoría del incumplimiento de las obligaciones. Muy unido a lo anterior, se puede decir que, en general, es propio de un concepto jurídico de patrimonio su consideración como conjunto o suma de derechos determinados y no como una unidad o universalidad, lo que tiene gran importancia en cuanto excluye la posibilidad de compensar la pérdida de una porción patrimonial determinada por el ingreso de otro elemento patrimonial de igual o mayor valor, puesto que de todas formas se ha visto afectado el patrimonio en su concreta constitución. A partir de esta base, se le dirigen las siguientes críticas:

Por una parte se trata de un concepto muy estrecho, pues deja fuera de consideración una serie de valores económicos de la mayor trascendencia en una economía moderna, en cuanto carecen de la «dignidad» de ser derechos personales o reales. Es lo que ocurre, entre otras posiciones fácticas valiosas, con la fuerza de trabajo, el know-how, la clientela o las expectativas serias, posiciones que quedan al margen de la protección penal. Al mismo tiempo, su apego a un concepto formal del cumplimiento de las obligaciones le niega relevancia a lo que desde esa perspectiva no pasa de ser una «puesta en peligro» del patrimonio, pero que económicamente hablando representa igual gravedad.

Por la otra, sin embargo y aunque parezca paradójico, se fustiga que se trata de un concepto en extremo amplio, específicamente a la hora de determinar un perjuicio, pues el referido apego al concepto formal del cumplimiento de las obligaciones impide considerar compensaciones económicas. En efecto, con total independencia de posibles ganancias que podrían dar por com-

75. Basta revisar brevemente, por todos, el extenso trabajo de Figueroa, Gonzalo: *El patrimonio*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997, para apreciar que las disputas conceptuales allí abordadas no guardan relación con los problemas prácticos de la estafa.

76. Para evitar el exceso de citas puntuales, para la exposición siguiente se remite a Tiedemann, LK § 263 Rdn. 126 y ss., así como también a la - menos actual y compleja, pero por lo mismo más accesible - exposición de Lackner, LK (10. Aufl.) § 263 Rdn. 120 y ss.

pensada la disposición errónea de la víctima engañada, habrá perjuicio patrimonial toda vez que ésta no reciba aquello que corresponde conforme a derecho. En la práctica, esta comprensión del perjuicio conduce a la completa subjetivización del mismo, pues lo único fácticamente decisivo para la relevancia penal del caso es la aceptación o no por parte de la víctima de la prestación divergente con su derecho. De facto el elemento perjuicio pierde relevancia, pues se identifica con los deseos de la víctima. Más que un delito patrimonial, la estafa pasa a ser un delito contra la libertad de disposición - esto es, contra la libertad para disponer del propio patrimonio del modo deseado, sin coacciones ni engaños - y, en último término, un delito de mero engaño, un delito contra la verdad, un delito formal de sustrato exclusivamente moral. Para poner un caso extremo pero conceptualmente inobjetable, el que mediante engaño compra un auto rojo y recibe un auto blanco ha sufrido un perjuicio típico para los efectos de la estafa.

Por su parte, el concepto económico de patrimonio concibe el patrimonio como una unidad de valor económico (universalidad) conformada por el conjunto de bienes, derechos, posiciones u otros valores económicos respecto de los cuales una persona tiene un poder fáctico de disposición. Consecuentemente, lo decisivo en la determinación de aquello que forma parte del patrimonio - y cuya pérdida, consecuentemente, puede considerarse perjuicio patrimonial - es su valor económico y su sujeción fáctica al poder del titular. Asimismo, la concepción del patrimonio como unidad de valor obliga a considerar en la determinación de un posible perjuicio si la pérdida de valor asociada a la disposición patrimonial no ha sido fácticamente compensada de algún modo (principio de compensación).

De lo anterior resulta que, por ejemplo, puede hablarse de perjuicio cuando el engañado se ha desprendido de una expectativa fácticamente realizable, en tanto que tal perjuicio debe descartarse cuando, no obstante no recibirse aquello a lo que se tenía derecho, lo recibido equivale - compensa - económicamente lo dado o pagado. Lo único que importa es si el valor económico del patrimonio se reduce o no. Es decir, existe perjuicio cuando, luego de la operación que ha presupuestado un engaño, un error y una disposición patrimonial, esta unidad vale menos que lo que valía antes. Si su valor se mantiene igual - y con mayor razón cuando crece - no habrá perjuicio, aunque la operación sea del todo insatisfactoria para el afectado.

Por último, en la determinación de la variación de valor del patrimonio se sigue un criterio fáctico-económico más que jurídico, de modo que el establecimiento de un poder de disposición sobre el propio patrimonio, que queda completamente fuera del ámbito de competencia del titular ya puede considerarse económicamente como una pérdida, aunque el afectado tenga derecho para impugnar - pero no para evitar actualmente que actúe - dicho poder o aunque éste aún no haya actuado. En otras palabras, hay ya perjuicio patrimonial con la suscripción y entrega de un cheque, aunque éste aún no se haya cobrado. El concepto económico de patrimonio admite que las situaciones no son idénticas, pero las considera igualmente relevantes desde el punto de vista de la tipicidad a título de estafa, en lo que se ha dado en llamar «puesta en peligro del patrimonio equivalente (yo diría 'constitutiva de') al perjuicio» (schadensgleiche Vermögensgefährdung).

Como se puede ver, el concepto económico puro de patrimonio supera las críticas que se le formulan al concepto jurídico: protege sin distinciones aquello que tiene valor económico y evita caer en el subjetivismo extremo. Sin embargo, y sin perjuicio de lo que se dirá luego sobre la frustración de los fines de la víctima (infra 6.2), al mismo tiempo se le critica que, llevado consistentemente hasta sus últimas consecuencias, puede conducir a graves contradicciones intrasistemáticas al brindar amparo jurídico-penal a situaciones que no sólo no tienen reconocimiento jurídico, sino que incluso son repudiadas por el derecho, como sería el caso si se considerara patrimonialmente perjudicado al receptor que mediante engaño se desprende de la cosa receptada sin recibir nada a cambio o al buen sicario que no obstante haber realizado impecablemente su criminal encargo se le escamotea su justa retribución. Éste es un defecto en el cual la concepción jurídica del patrimonio ciertamente no incurre.

Todas estas críticas han impedido que se haya impuesto alguna de estas concepciones «puras» - especialmente el concepto jurídico se suele calificar como un concepto históricamente superado - y más bien se asiste al triunfo de concepciones que integran elementos jurídicos y económicos. En principio puede decirse que lo que se ha impuesto en la dogmática alemana es un modelo económico de patrimonio al cual se le han introducido correctivos normativos para evitar precisamente las contradicciones valorativas a que podía conducir la versión «pura» del mismo, dando lugar al actualmente dominante concepto jurídico-económico de patrimonio, con un claro punto de partida económico, sustrayendo del ámbito de protección exclusivamente aquellas posiciones desvaloradas por el derecho.⁷⁷

Debe mencionarse, sin embargo, que a partir de la década del 90 se ha producido un cierto renacimiento de las concepciones jurídicas del patrimonio, aunque en términos difícilmente conciliables con la doctrina que tradicionalmente recibió esa denominación, y que más bien, en la línea de la creciente normativización de los conceptos jurídico-penales, buscan fundar de mejor manera la actual doctrina dominante.⁷⁸ Por lo mismo, para evitar confusiones, conviene reservar el nombre de concepto jurídico para la posición tradicional - del todo superada - que expusimos bajo ese nombre.

Ahora bien, surge la pregunta sobre cuál de estos conceptos se ajusta a lo que en Chile se entiende por patrimonio y por perjuicio. Ésta es una pregunta extraordinariamente difícil, pues más que ver las declaraciones de la literatura y las más ocasionales de la jurisprudencia, para dilucidar los conceptos se debe ver cómo se resuelven en definitiva los casos concretos. Los autores nacionales que en trabajos publicados se han hecho cargo de la oposición entre un concepto jurídico

77. Cfr. por todos Tiedemann, *LK § 263 StGB Rdn. 132*.

78. Aunque tienden a ir más allá, pues no se limitan a excluir sólo las posiciones desvaloradas por el derecho, sino que exigen algo más en la línea de un cierto positivo reconocimiento jurídico de las posiciones integrantes del patrimonio. En esta línea puede verse Nelles, Ursula: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*, Duncker & Humblot, Berlin 1991, p. 438 y ss.; y Hefendehl, Roland: *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, Duncker & Humblot, Berlin 1994, p. 115 y ss. Asimismo, si bien desde perspectivas diferentes, Pawlik, Michael: *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Heymanns, Köln et al 1999, p. 259 y ss. En el mismo grupo debería considerarse también el trabajo de Vogel, Joachim: *Legitimationsprobleme beim Betrugsstrafrecht*, Freiburg 1999, lamentablemente inédito.

y otro económico de patrimonio, no exhiben un panorama homogéneo. Así, si bien en un comienzo Etcheberry parece optar por un concepto jurídico de patrimonio a propósito de un tema tan específico como es el de las prestaciones unilaterales a título gratuito (cfr. *infra* 6.3), inmediatamente, al matizar esa posición niega el perjuicio en virtud de una compensación económica, con lo cual asume un elemento central de la concepción económica, al tiempo que, también en sintonía con esta última concepción, deja abierta la puerta para ver un perjuicio ya en la puesta en peligro del patrimonio y para la relativa protección de las expectativas;⁷⁹ Garrido no toma partido explícitamente, pero su opción por el patrimonio como suma de objetos determinados y no como universalidad, su rechazo a la protección de expectativas y sus reservas para aceptar la compensación lo ponen en sintonía con una concepción jurídica de patrimonio, la que, sin embargo, se rompe cuando niega toda relevancia a la causa ilícita en la consideración del perjuicio.⁸⁰ Por último, Yubero y Matus / Ramírez optan por un concepto «económico-jurídico» o, más bien, como se suele decir en España, por un concepto «mixto» de patrimonio, esto es, tomando como punto de partida uno esencialmente económico, pero con el correctivo normativo de excluir las situaciones expresamente reprobadas.⁸¹ Como sea, veo ciertas similitudes con el estado de la discusión en España - la influencia de la literatura española en esta materia, en uno o en otro sentido, es evidente -, país donde, en principio rige un concepto «mixto» de patrimonio, el que a primera vista coincidiría con el concepto dominante en Alemania y que acabamos de exponer, pero cuyos alcances son bastante diferentes.⁸²

Personalmente intuyo que en Chile rige un concepto que tendencialmente combina lo más restrictivo de los posibles modelos en discusión. A continuación expondré mi interpretación de lo que de facto se podría entender por patrimonio y por perjuicio en nuestra práctica. Empleo la expresión interpretación y no descripción, porque lo cierto es que se trata de una materia donde nada es seguro. Como ya he dicho, una vez despejado el elemento engaño, los demás elementos de la estafa reciben poca atención jurisprudencial, de suerte que las sentencias interesantes sobre la materia son en general muy pocas, por lo que no debe extrañar que no exista una clara línea jurisprudencial sino sólo sentencias aisladas que simplemente resuelven cuestiones concretas en un sentido o en otro. Con todo, me parece importante ensayar al menos una interpretación de la realidad, asumiendo el riesgo del error.

Desde una determinada perspectiva se podría pensar que entre nosotros se sigue un concepto marcadamente económico, si se considera que en principio nunca se considera que ha habido perjuicio sólo por no haberse recibido aquello a lo cual se tenía derecho. En efecto, aparentemente la idea de una pérdida patrimonial que puede ser compensada por beneficios económicos

79. Etcheberry III, p. 399 y ss.

80. Garrido IV, p. 319 y s., 331 y ss.

81. Yubero, *cit.*, p. 60 y ss., especialmente 62; Matus / Ramírez, p. 97, 159 y s., quienes, en cuanto ven lo decisivo en la reprobación jurídica y no en el reconocimiento jurídico positivo, siquiera aparente, se alejan de sus fuentes españolas y se ponen más en la línea del derecho alemán.

82. Cfr. Valle Muñiz, *cit.*, p. 82 y ss., 227 y ss.; Bajo Fernández, Miguel: *El delito de estafa*, en Cobo del Rosal, Manuel (Director): *Comentarios a la legislación penal*, T. V, Vol. 2º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1985, p. 1165 y s., 1170 y ss.; Zugaldía, *cit.*, p. 54 y ss. Una visión crítica del estado actual de la discusión peninsular puede verse en el reciente e importante libro de Callego Soler, José-Ignacio: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 158 y ss.

correlativos está afianzada entre nosotros, de modo que - si bien lo digo con muchas reservas, porque en mis actividades docentes con operadores he podido advertir que esta tendencia dista de ser unánime -, aquél que engañado celebra un contrato y recibe algo distinto de lo debido, no sufre perjuicio si lo efectivamente recibido equivale económicamente a lo pagado.

Otra clara manifestación de una concepción económica, bastante radical incluso, porque es precisamente el centro de las críticas contra un concepto económico «puro» de patrimonio, la brinda la irrelevancia que para nuestra literatura y jurisprudencia tiene el carácter jurídicamente desvalorado de las posiciones económicas perdidas, aunque esto pueda conducir a contradicciones valorativas insalvables al interior del ordenamiento jurídico. El argumento principal, aparte de los de texto, basados en disposiciones como las del art. 469 N° 5 o del art. 470 N° 7 CP, gira en torno a la imposibilidad político-criminal de admitir un espacio de impunidad para los estafadores, una especie de tierra de nadie donde no regiría la ley sino el refrán «ladrón que roba a ladrón, cien años de perdón».⁸³

En la jurisprudencia se puede mencionar un caso interesante, donde, si bien sin mayor discusión sobre el punto, el carácter ilícito de la prestación correlativa no impidió la calificación a título de estafa. Unos funcionarios del Servicio de Impuestos Internos encargados de la fiscalización de una empresa le presentan a la misma una falsa liquidación, completamente exagerada y abultada. Ante la alarma del director, le sugieren acto seguido su colaboración para disimular la base impositiva, a cambio, naturalmente, de un pequeño incentivo pecuniario. En realidad los sujetos no pensaban defraudar al fisco, sino que simplemente hacer correctamente su trabajo, aunque aprovechándose del empresario. En un primer momento, el empresario aceptó pagar la dádiva, pero luego se arrepiente y denuncia los hechos. Al margen de una discusión sobre si no se trataba más bien de un delito funcionario, los funcionarios fueron condenados por estafa frustrada,⁸⁴ pero lo interesante es que, si se dan cuenta, la supuesta contraprestación que no hubiese recibido el empresario era la comisión de un delito (por lo demás, el ya se encontraba probablemente en una tentativa de cohecho, o de cohecho consumado, conforme el derecho actualmente vigente), pero esto no fue obstáculo para considerar que, de haber pagado la dádiva, hubiese sufrido un perjuicio patrimonial.⁸⁵

83. Así la opinión dominante en nuestra literatura: Labatut II, p. 225; Etcheberry III, p. 404 y s.; Garrido IV, p. 332 y s.; y en la tendencia también Matus / Ramirez, quienes no obstante adherir a un concepto mixto de patrimonio (p. 160), admiten en general el perjuicio en estos casos: claramente en el caso del estafador estafado (p. 172), en tanto que tratándose del ladrón estafado, aparentemente sólo lo descartan si es víctima del legítimo titular de la cosa (p. 173) o, en el caso de aquél a quien se ha encomendado la realización de un hecho ilícito, sólo lo niegan si dicho hecho constituye delito (p. 174).

84. Sentencia de la Corte Suprema, de 21 de noviembre de 1972, *Contra José Goldstein Canapka y otros*, RDJ T. LXIX, 2°, 4°, p. 184 (187).

85. Debe considerarse sí, que la concepción jurídico-económica del patrimonio dominante en Alemania hubiese llegado a la misma conclusión, pues ésta no se plantea el asunto en términos genéricos de si tiene cabida la protección penal en el seno de relaciones ilícitas, sino que resuelve específicamente qué puede ser considerado parte del patrimonio de una persona. Desde esa perspectiva, el dinero ciertamente puede serlo, de suerte que su pérdida no compensada siempre constituye perjuicio, pero no ocurre lo mismo, en principio, con la «fuerza de trabajo» aplicada a fines ilícitos o los «créditos» con objeto ilícito. Por eso, sufre perjuicio el sujeto que paga al supuesto sicario, pero no el buen sicario que no recibe su paga. Naturalmente, se trata de un punto de vista discutible. Al respecto, por todos, Tiedemann, LK § 263 Rdn. 138, 151. Debe tenerse presente esto a la hora de calificar las soluciones que se dan en nuestra literatura.

Pero al margen de estas notas características de una concepción económica de patrimonio, todo indica que el concepto jurídico tiene más importancia que la que se le atribuye. Desde luego por un aspecto central en la discusión comparada, como es que en general no se admite la existencia de un perjuicio por la pérdida de expectativas o de valores económicos que no constituyan ni estén directamente asociados a derechos reales o personales. Lo cierto es que prácticamente no existen pronunciamientos expresos en este sentido, pero el hecho que aquello que en la jurisprudencia aparece como perjuicio patrimonial sea siempre la pérdida de derechos o de intereses económicos diferentes pero asociados a un derecho, demuestra la vigencia de una concepción fuertemente jurídica.

Otra manifestación de lo anterior se aprecia cuando se trata de desentrañar el significado concreto de la reiterada exigencia de «perjuicio efectivo», término oscuro que se encuentra muy arraigado también en la dogmática española. Desde luego se trata de una expresión redundante, pues es indudable que el perjuicio, como todos los elementos típicos del delito, deben darse de un modo efectivo, a menos que realmente quiera designar algo diferente, como sería un determinado concepto de perjuicio, caso en el cual no parece apropiado designar con un término indiscutible algo que no tiene por qué serlo. Y en realidad es un determinado concepto de perjuicio lo que subyace a la expresión, concepto que aparentemente se expresaría en las siguientes definiciones prácticas parciales:

Por una parte, existiría tal perjuicio efectivo no ya cuando el patrimonio se vea gravado por una obligación contraída en virtud del engaño, sino recién cuando en definitiva el afectado debe desembolsar materialmente dinero. Es lo que nítidamente entiende la Corte Suprema, por ejemplo, en el siguiente caso: Mediante engaño, un sujeto hace creer a otro que ha recibido de una empresa el encargo de vender unas acciones, encargo por el cual recibirá una cuantiosa comisión. Sin embargo, como para cumplir con su encargo necesita hacer frente a ciertos gastos, le pide dinero con la promesa de devolverle el dinero y además pagarle una parte de su comisión. El otro sujeto le proporciona unas letras de cambio aceptadas por él. Pues bien, todo esto era un engaño. No había tal encargo ni había tales acciones. Las letras no fueron devueltas, fueron protestadas y el aceptante tuvo que pagarlas sin recibir nada a cambio. Como era previsible, la Corte Suprema confirma que aquí ha habido estafa consumada, sólo que entiende que tal consumación, esto es, que el perjuicio patrimonial se verificó cuando, en definitiva, el engañado tuvo que pagar el valor de las letras de cambio entregadas.⁸⁶ Es decir, para la Corte Suprema existió perjuicio recién cuando se desembolsó dinero, no cuando se entregaron las letras que obligaban a tal desembolso. Consecuentemente, por ejemplo, habría que decir que no sufre perjuicio ninguno quien mediando engaño suscribe un cheque por una cifra cuantiosa y que el perjuicio recién se verifica cuando el cheque es cobrado y pagado.

A primera vista este efecto restrictivo podría entenderse precisamente como restricción de una visión jurídica que viera en la mera asunción de una obligación un perjuicio patrimonial. Pero si

86. Sentencia de la Corte Suprema, de 20 de mayo de 1968, Contra Alberto Merlet Gillet, RDJ T. LXV, 2º, 4º, p. 105 (107).



se mira con cuidado se verá que al mismo tiempo es una restricción respecto de una aproximación económica, pues en vez de preguntar si el patrimonio - económica, fácticamente - ha visto disminuido su valor, ignora ese dato objetivo y sólo considera como perjuicio la pérdida de porciones patrimoniales concretas, con lo cual se inserta de lleno en la tradición del concepto jurídico de patrimonio. La consecuencia es que para los efectos de la estafa la transformación de un patrimonio no gravado en otro cargado de deudas, que evidentemente tiene menos valor económico que antes, simplemente no es relevante, sin contar con que, al abandonar la concepción del patrimonio como unidad de valor para abrazar la de un conjunto de efectos patrimoniales determinados, impide la consideración de posibles compensaciones económicas, so pena de incurrir en graves inconsistencias conceptuales.⁸⁷

Desde otra perspectiva, a la hora de apreciar el valor de la obligación correlativa compensatoria de la propia disposición, parece entenderse que recién hay perjuicio patrimonial cuando se verifica formalmente, conforme a las reglas del derecho privado, el incumplimiento de dicha obligación correlativa, con total independencia de la valoración fáctico-económica que se pueda hacer de la situación. Imaginen la siguiente situación. Unos supuestos inversionistas extranjeros llegan a la ciudad para echar a andar un ambicioso proyecto turístico en Puerto Saavedra. Se instalan en grandes oficinas, realizan actividades de difusión de su proyecto, con presentaciones, maquetas, folletos que dan cuenta de otros proyectos realizados en otros países, invitando a inversionistas locales a participar en el financiamiento del proyecto. Algunos empresarios de la región prestan dinero a estos inversionistas, a un año plazo. Al día siguiente de tener a su disposición el dinero, cierran las oficinas y los supuestos inversionistas desaparecen. Días después la Policía Internacional informa que se trata de falsos inversionistas, conocidos por actividades ilícitas en otros países y que actualmente se encuentran en el Caribe dándose la gran vida. Los empresarios locales inician inmediatamente acciones legales contra los timadores, pero surge entonces la pregunta por el fundamento de tales acciones, esto es si se está frente a una estafa consumada o no. El punto es si puede hablarse ya de perjuicio o si se debe esperar un año - cuando todo indica que del dinero no quedará nada - para tener por consumado el delito. Muchos de ustedes, y probablemente también los tribunales, entienden que no puede haber perjuicio por estar vigente un plazo, al cabo del cual - si bien es altamente improbable - los sujetos pueden devolver todo el dinero. Pues bien, ésa sería una posición nítidamente fundada en una valoración jurídica y no económica de las cosas.

Lo mismo ocurre cuando, ahora con independencia de cualquier plazo, se alega que una persona no ha sido perjudicada mientras tenga un crédito que cobrar, con total prescindencia de si dicho crédito es económicamente cobrable o no. Esto puede ser razonable desde el punto de vista de la definición de las cosas en el derecho civil, pero poco comprensible si de lo que se trata es de protección real de intereses económicos, ámbito en el cual lo único decisivo es la posibilidad real de ejecución. Desde esa perspectiva, nadie duda que hay un perjuicio económico si a cambio de

87. En las que incurría, a mi juicio, la exposición de Valle Muñiz, cit., p. 229, 232 y ss., uno de los más reputados exponentes de la dogmática española en materia de estafa.

una prestación real se recibe un crédito incobrable, aunque tenga toda las bendiciones del Código Civil. La práctica contable es muy sincera en este punto.

Pues bien, esto es lo que a veces hace la jurisprudencia, negando un perjuicio desde puntos de vista exclusivamente jurídicos, a despecho de la realidad económica. Es muy notable en este sentido una sentencia de la Corte Suprema, anterior a la Ley 18.092 sobre Letras de Cambio y Pagarés, y que probablemente motivó la creación del tipo penal del art. 110 de dicha ley. El supuesto de hecho era el siguiente: El portador de una letra de cambio quiere obtener el pago forzado de la misma, para lo cual debe preparar la vía ejecutiva, gestión en la cual un suscriptor de la letra tacha de falsa su firma, descubriéndose luego que la firma era auténtica. Hoy hay un tipo penal especial para esas hipótesis, pero en la época en que se dictó el fallo no existía y el afectado se querelló por estafa. La Corte Suprema resolvió que no había estafa, en parte porque a su juicio no había engaño, pero también porque supuestamente no concurría el elemento perjuicio, considerando que la sola pérdida de la vía ejecutiva no constituía perjuicio típico.⁸⁸ La pregunta es si, desde un punto de vista económico, se puede decir que no fue perjudicado. Nosotros sabemos que, salvo que sea mucho el dinero involucrado, si no se tiene disponible la vía ejecutiva no se tiene nada, sólo una quimera jurídica. En este caso la Corte Suprema aplicó, de facto, un concepto jurídico del patrimonio.⁸⁹

No es inusual tampoco que se niegue la existencia de un perjuicio aludiendo a las posibilidades de accionar para obtener protección jurídica civil. Valga como ejemplo el siguiente razonamiento, tomado casi al azar de una sentencia más o menos rutinaria de la Corte de Apelaciones de Santiago: «no ha habido daño patrimonial derivado del contrato de mutuo al que se ha hecho referencia, puesto que el actor puede cobrar su acreencia por la vía procesal pertinente, no existiendo, en consecuencia, un perjuicio real y efectivo».⁹⁰ En rigor, las razones decisivas para la Corte en este caso eran otras, pero el solo hecho de haberse deslizado esta frase a mayor abundamiento permite apreciar la fuerza sugestiva del concepto jurídico de patrimonio.⁹¹

Todos estos casos se resuelven de otra manera si se sigue un concepto económico de patrimonio, con o sin correctivos normativos. Como ya dije, lo decisivo para un concepto económico puro de patrimonio, como también en el punto de partida para el concepto económico-jurídico, es si el valor de la unidad que constituye el patrimonio ha disminuido o no, y esto con criterios fáctico-económicos, que pueden coincidir, pero no necesariamente con la regulación civil.

Si esto es así, cuando mediante engaño se contraiga una obligación, la aceptación o no de un perjuicio dependerá de si económicamente esa obligación afecta al patrimonio, lo que depende-

88. Sentencia de la Corte Suprema, de 12 de septiembre de 1957, *Morand contra Palacios*, RDJ T. LIV, 2º, 4º, p. 194 (195): «la mayor protección que signifique un determinado procedimiento para perseguir el cumplimiento de una obligación, no constituye una lesión del patrimonio».

89. Si bien no se puede excluir en este caso que la decisión de la Corte, más allá del concepto de perjuicio, se haya visto influida por el rechazo latente contra la estafa procesal (supra 2.2), que es lo que representa el caso. En esa línea, señaló, además, que la sola tacha de falsedad no sería engaño, porque no engañaría a nadie.

90. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de junio de 1998, GJ 221 (1998), 112 (116).

91. Aunque ciertamente ese concepto no llega a los extremos del fallo citado, y ciertamente ve un perjuicio cuando el derecho afectado debe restablecerse por vía judicial.

rá fundamentalmente del poder fáctico de ejecución de la misma. Tendencialmente habrá perjuicio cuando se ha constituido un poder de disposición efectiva sobre porciones patrimoniales que ya no depende de la voluntad del afectado. Habrá perjuicio, en consecuencia, cuando mediante engaño se suscriba y entregue un cheque, sin necesidad de esperar el pago del mismo, porque el pago ya no es algo que dependa - sino de un modo muy restringido - del girador. Si el pago se verifica o no en definitiva no es algo que altere la presencia del perjuicio típico, porque claramente el valor del patrimonio ya ha disminuido. Se dirá que puede darse el caso que el cheque nunca se cobre, de modo que nunca saldrá el importe del patrimonio, pero en realidad en esos casos, pasado un determinado tiempo, sólo se ha visto subsanado un perjuicio que efectivamente ocurrió. Así visto, en el caso de las letras entregadas al supuesto comisionista hubo perjuicio en el momento en que se entregaron, no en el momento más o menos azaroso de su pago.

Desde otro punto de vista, la potencia compensatoria de la obligación correlativa no puede quedar absolutamente supeditada a la verificación formal del incumplimiento conforme al derecho civil. El ejemplo extremo de los supuestos inversionistas de Puerto Saavedra conduce ese planteamiento al absurdo. Intuitivamente cualquiera de nosotros aprecia que en ese caso hubo ya una estafa consumada y que no es necesario esperar un año. Al menos la contabilidad no tiene dudas al respecto. A mi juicio, en esta materia pueden cumplir un rol orientador decisivo las prácticas asentadas de la contabilidad, en cuanto expresión más o menos aceptada de las valoraciones económicas. Por mi parte puedo mencionar como criterios básicos la voluntad y capacidad de pago del agente al momento de la operación, las que deben deducirse de las circunstancias del caso concreto. Indudablemente no puede hablarse de perjuicio por el solo hecho de prestar dinero, pues esa merma se ve compensada - jurídica y, lo que es más importante y decisivo, económicamente - con el ingreso al patrimonio de un crédito, que como tal tiene un valor económico real, supuesto que el deudor quiera y pueda pagar, pero si no es ése el caso, el crédito no es más que una apariencia hueca, que no puede compensar la disminución de valor. Indudablemente se trata de elementos difíciles de dilucidar y en buena medida subjetivos, pero eso no tiene nada de anormal en el trabajo jurídico.

A mi juicio, esta aproximación da, además, una respuesta muy clara a una cuestión estructural de la estafa que no siempre se discute, como es la del momento en que debe apreciarse la existencia del perjuicio típico. Mientras que algunos pueden mantener un momento variable, en mi opinión dicha apreciación debe hacerse siempre en un único momento, cual es el momento de la disposición patrimonial. En otras palabras, más que tratarse de una disposición patrimonial que conduce a un eventual perjuicio, debería hablarse más precisamente de una disposición patrimonial perjudicial, pues a mi juicio ambos elementos deben coincidir en el tiempo. Es en el momento de la disposición en que debe verificarse la existencia de perjuicio, siendo irrelevante el ulterior desarrollo de los acontecimientos.

Se podría objetar que este proceder conduce a un adelantamiento del momento consumativo de la estafa, con una consiguiente ampliación del ámbito de la punibilidad. Sin embargo, debe

considerarse también que en muchos casos el método propuesto conduce más bien a una restricción de la punibilidad, excluyendo de su ámbito disposiciones patrimoniales que en su momento no fueron perjudiciales, con independencia del desafortunado desarrollo posterior de las cosas. Tal sería el caso del comerciante que, teniendo una situación que le permite pagar sin contratiempos y el inequívoco propósito de hacerlo, para conseguir un préstamo falsea sus antecedentes comerciales - donde aparecen unos protestos no resueltos de su época universitaria -, pues sabe que con ellos no va a obtener crédito.⁹² Si el banco le presta dinero confiando en los antecedentes falsos, es indudable que ha habido un engaño, un error y una disposición patrimonial, pero todo indica que esa disposición no ha sido perjudicial. Pues bien, esto no puede cambiar si luego y de modo absolutamente imprevisible los negocios del comerciante empeoran y termina sin poder pagar el crédito.⁹³ Por la inversa, no debe cambiar tampoco la situación si los timadores que se encuentran en el Caribe tienen un cambio místico y además mucha suerte y vuelven para pagar todo lo que defraudaron. En su caso sólo cabría reconocerles la atenuante de procurar con celo reparar el mal causado. No puede ser el azar el que determine si ha habido perjuicio patrimonial o no, y esto para bien o para mal de los imputados.

Sé que esta visión del asunto puede parecerles polémica. Al mismo tiempo, es evidente que requiere de un desarrollo enorme para poder satisfacer las necesidades prácticas, desarrollo que no estoy en condiciones de realizar por ahora. Con todo, creo que se trata de una orientación que merece consideración. Espero que al menos pueda motivar su reflexión sobre un tema que dista de estar zanjado.

6.2. Frustración de los fines de la víctima y perjuicio

Ahora bien, desde una perspectiva distinta de la que define la oposición entre un concepto jurídico y uno económico de patrimonio - si bien en sus resultados guarda cierta sintonía con una concepción jurídica -, ha surgido una serie de conceptos alternativos que tienen en común el propósito de atender a los fines o intereses del titular del patrimonio a la hora de definir el perjuicio patrimonial. Se constata que la aplicación del criterio económico objetivo o al menos intersubjetivo, incluidos sus correctivos normativos, puede conducir a resultados desafortunados e injustos desde el punto de vista concreto de la víctima, por cuanto no se consideran suficientemente sus fines económicos.

Un ejemplo sencillo de la clase de casos que ha motivado estos esfuerzos es el siguiente: Una señora compra a un vendedor que va de casa en casa una enciclopedia escolar en varios tomos para sus hijos en edad escolar. La han convencido los folletos finamente editados que le entrega el vendedor, donde supuestamente se reproducen páginas de la obra. Al recibir el producto, sin

92. Presumiblemente, la subsumibilidad de la conducta en este caso se debería discutir a propósito del tipo especial de estafa del art. 160 de la Ley General de Bancos, que es una genuina estafa y no una «estafa de crédito» como las conocidas en el derecho comparado (cfr. § 265 b StGB), precisamente por la exigencia de perjuicio.

93. Se podría alegar también que en este caso no ha habido dolo, pues el comerciante probablemente ni siquiera previó la posibilidad del perjuicio, pero es difícil encontrar un ámbito en el cual, en virtud del elemento engaño, el «resultado» actúe tan marcadamente como «prueba» del dolo.

embargo, advierte que la enciclopedia se encuentra en un idioma extranjero que ni la señora ni sus hijos dominan. Ahora bien, el precio pagado por la señora corresponde plenamente al valor normal de mercado de la enciclopedia, e incluso está por debajo de que habitualmente se cobra, de suerte que desde el punto de vista del concepto económico de patrimonio no habría perjuicio, aunque para la señora el producto es completamente inutilizable. Mientras que probablemente pocos hubieran admitido la existencia de perjuicio para la señora si la calidad de la edición o la actualidad de los contenidos no hubiesen correspondido a los ofrecidos, con tal que el precio pagado correspondiera al valor de lo comprado, este caso ciertamente extremo tal vez haga dudar hasta a los más «objetivistas», porque aun desde una perspectiva estrictamente económica se intuye que las cosas pueden tener para las distintas personas distintos valores económicos.

Tanto es así, que en Alemania un caso parecido obligó en 1961 a hacer una excepción al férreo concepto esencialmente económico sostenido desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo Imperial (RG), sin perjuicio de los correctivos normativos introducidos luego por el Tribunal Supremo Federal (BGH) y que dieron lugar a la ya mencionada tesis dominante en la actualidad. El paso se dio con motivo de fallar el célebre «Caso de las máquinas ordeñadoras»;⁹⁴ El vendedor de una firma comercializadora de máquinas ordeñadoras ofrecía tales máquinas a pequeños empresarios agrícolas aparentándoles una inmejorable oferta especial que supuestamente les permitiría adquirirlas muy por debajo de su precio normal, lo que era falso, porque en realidad el precio ofrecido era el habitual. Muchos clientes, ante la perspectiva de perder esta oportunidad única, si bien no estaban en condiciones de hacerlo y en principio habían manifestado que no lo harían, adquirieron las máquinas con gran esfuerzo. En algún caso, además, no obstante haberse expresado las necesidades específicas de una cliente, se vendió una máquina totalmente inadecuada para el número de vacas de aquella.

Pues bien, no obstante reafirmar que el punto de partida para la determinación del perjuicio es uno exclusivamente económico, el BGH señala que este punto de partida debe considerar las circunstancias concretas del caso y las necesidades específicas de las personas afectadas, pues los objetos no tendrían el mismo valor patrimonial para todas las personas. A partir de este matiz, señala que, no obstante la aparente equivalencia económica entre prestación y contraprestación, puede afirmarse un perjuicio patrimonial al menos en los siguientes cuatro casos: a) cuando a juicio de un observador imparcial la prestación recibida es para la víctima total o parcialmente inutilizable conforme a los fines del contrato o de otra forma soportable; b) cuando la disposición patrimonial de la víctima la obliga a tomar medidas perjudiciales para su patrimonio, como cuando debe conseguir un crédito a intereses; c) cuando su disposición patrimonial limita a tal punto sus medios que pone en riesgo el cumplimiento de otras obligaciones, presentes o futuras; o d) cuando queda en situación de no poder seguir sustentando su estándar de vida. Estos tres últimos grupos de casos se agrupan bajo la noción de una afectación de la libertad de movimien-

94. BGHSt. 16, 321 (fallo de 16 de agosto de 1961). Un completo resumen con análisis puede verse en Tiedemann, Klaus: *Fälle und Entscheidungen zum Strafrecht - Besonderer Teil*, J. Aull, Metzner, Frankfurt a. M. 1983, p. 154 y ss. La recopilación oficial de los fallos del Tribunal Supremo Federal (BGH) en materia penal (BGHSt. número de tomo, número de página), está disponible en la Biblioteca del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; en tanto que una selección de los mismos puede verse en internet, bajo la dirección: http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/dfr_bsjahre.html.

to en materia económica (*wirtschaftliche Bewegungsfreiheit*), y han sido los más controvertidos, en tanto que el primero referido a la inutilidad de la prestación se ha consolidado claramente. Este desarrollo es lo que se ha dado en llamar el componente individual o personal en la determinación del perjuicio (*individueller [persönlicher] Schadenseinschlag*) en la dominante concepción jurídico-económica del patrimonio.⁹⁵

Con todo, el correctivo ideado por el BGH no ha logrado detener la tendencia doctrinaria hacia una mayor consideración de los fines de la víctima. Si bien se mira, el componente individual del perjuicio no se funda en los fines subjetivos de la víctima sino en sus necesidades o circunstancias objetivamente consideradas, desde una perspectiva externa: para afirmar un perjuicio no basta con que la víctima reciba algo que no satisface sus deseos o fines concretos, sino que se requiere que a juicio de un tercero el objeto resulte inaprovechable, de modo que si a su juicio la víctima - con buena voluntad y resignación - está en condiciones de arreglárselas, aunque con ello no sea feliz ni pueda desarrollar sus planes económicos, no hay perjuicio. De esta forma el BGH ha pretendido- y en la práctica lo ha logrado - evitar o al menos limitar el subjetivismo en esta materia, subjetivismo que podría conducir a traicionar el carácter patrimonial de la estafa para dar paso a un delito que proteja la simple libertad de disposición. Pero en la medida que ha abierto ya una puerta a la consideración de las necesidades de la víctima, el límite autoimpuesto queda sometido a una dura crítica por inconsistente y arbitrario, pues se dice que sólo la víctima misma y no un *homo oeconomicus*, inexistente en la realidad, puede decidir si un objeto es todavía aprovechable para ella o no,⁹⁶ y que todo lo de más sería una imposición autoritaria. De ahí que en la literatura se hayan desarrollado varios intentos para fundar un concepto de patrimonio que permita una definición de perjuicio respetuosa de los verdaderos fines de la víctima.

La variante principal probablemente viene dada por el llamado concepto personal de patrimonio, cuyos orígenes se encuentran en el contexto del subjetivismo de los oscuros años 30 y 40 en Alemania,⁹⁷ pero cuya formulación más conocida y desarrollada se encuentra en los trabajos de Otto⁹⁸, para quien el patrimonio es la «potencia materialmente garantizada de la persona en el ámbito económico», esto es, la garantía material para el libre desenvolvimiento de la persona en el ámbito económico, con lo cual los fines perseguidos por el titular del patrimonio resultan esenciales y, consecuentemente, constituye perjuicio patrimonial la frustración de tales fines. Pero además, se pueden mencionar otros intentos en la misma dirección, como el llamado concepto funcional de patrimonio desarrollado por Weidemann⁹⁹ o el concepto dinámico de patrimonio expuesto alguna vez por Eser, quien a partir del referido fallo sobre las máquinas ordeñadoras pero yendo más allá entendió el patrimonio como libertad de movimiento en materia

95. Sobre el particular, por todos, Tiedemann, LK § 263 StGB Rdn. 177 y ss.

96. Así Jakobs, Günther: *Die objektiv-individuelle Schadensermittlung beim Betrug* - OLG Köln, NJW 1976, 1222, JuS 1977, 228 (229 y ss.).

97. Especialmente en Bockelmann, Paul: *Der Unrechtsgehalt des Betruges*, en *Festschrift für Kohlrausch*, Berlin 1944, p. 248 y ss.

98. Fundamentalmente en Otto, Harro: *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Duncker & Humblot, Berlin 1970, p. 56 y ss., 75, 77, y en una serie de trabajos posteriores, entre ellos su manual: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 3. Aufl., De Gruyter, Berlin - New York 1991 (hay ediciones posteriores), §§ 38, 51 III 4. Merece destacarse también el trabajo de su discípulo Geerds, Detlev: *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, Schmidt-Römhild, Lübeck 1990. Con todo, las bases de un concepto personal de patrimonio se encuentran ya nitidamente en Hardwig, GA 1956, 6 (17 y ss.) y en Heinitz, JR 1968, 387 y ss.

99. Weidemann, Jürgen: *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, Diss., Bonn 1972, p. 205 y ss.

económica,¹⁰⁰ o las propuestas de Amelung¹⁰¹ y Tiedemann¹⁰² para reconocer al menos en el ámbito del patrimonio estatal, en cuanto patrimonio definido por su vinculación a fines, perjuicio en toda frustración de tales fines, entre muchas otras variantes, entre las cuales deberían considerarse las aplicaciones siquiera parciales de la doctrina de la frustración del fin (Zweckverfehlungslehre).¹⁰³ En alguna medida esta tendencia se ve también en España.¹⁰⁴

Es común, sin embargo, a la mayoría de estas concepciones, un denodado esfuerzo para tratar de demostrar que sus planteamientos no conducen a la protección ilimitada de la simple libertad de disposición, sino que se encuentran todavía en el ámbito de la protección del patrimonio. Los resultados de ese esfuerzo no parecen demasiado convincentes. A mi juicio, una vez que se abre la puerta a correctivos fundados en los fines de la víctima, el límite con el subjetivismo extremo o bien se difumina o bien se demuestra arbitrario. Como ustedes bien pueden intuir, entre el caso extremo de la señora de la enciclopedia y el de quien recibe un auto de distinto color al prometido, hay un universo inabarcable de posibilidades, en el cual la fijación de límites claros y convincentes es extremadamente difícil. Se trata, con todo, de una discusión pendiente en Chile, que a pesar de sus dificultades no puede ser eludida. Entre nosotros, en la literatura reciente, Mario Garrido ha abierto aparentemente los fuegos, al afirmar un perjuicio aunque no haya habido disminución económica «siempre que subjetivamente haya concurrido un interés especial en recibir exactamente lo convenido, pues - agrega - la noción de lesión patrimonial corresponde apreciarla frente a las circunstancias concretas, y en ellas la víctima juega un rol determinante, con fundamento en el principio de utilidad para el afectado. No recibir lo que verdaderamente se esperaba, sino algo en compensación de aquello y de igual o mayor valor económico, no presta al sujeto pasivo la misma utilidad. Los fines u objetivos de tener una cosa en determinadas circunstancias constituyen un valor de uso que no puede cercenarse para los efectos de determinar el valor económico».¹⁰⁵

6.3. Prestaciones unilaterales a título gratuito y perjuicio

Curiosamente, una de las constelaciones de casos más discutidas en materia de perjuicio patrimonial es la de las prestaciones unilaterales a título gratuito obtenidas mediante engaño, en circunstancias que a primera vista la afirmación del perjuicio en estos casos parece muy poco problemática. En efecto, si se regala o dona algo sin recibir nada a cambio casi necesariamente disminuye el valor del patrimonio y debe afirmarse la existencia del perjuicio. Desde el punto de vista de un concepto jurídico también, pues se ha perdido injustamente una porción determinada del patrimonio. Sin embargo, desde antiguo han suscitado viva discusión casos como los del falso ciego o paralítico que pide limosna a la salida de la iglesia. Probablemente nadie en su sano

100. Eser, Albin: *Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden*, GA 1962, 289 y ss.

101. Amelung, Knut: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt a.M. 1972, p. 374 y s.

102. Tiedemann, Klaus: *Der Subventionsbetrug*, ZStW 86 (1974), 897 (911); del mismo, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, Rowohlt, Reinbek 1974, p. 314 y s.

103. Un buen resumen de estas doctrinas puede verse en Gerhold, Thomas: *Zweckverfehlung und Vermögensschaden*, Duncker & Humblot, Berlin 1988, *passim*.

104. Un panorama de la recepción de conceptos personales y funcionales de patrimonio en la dogmática española puede verse en Gallego Soler, cit., p. 206 y ss., exponiendo su propia definición en esa línea en p. 229 y ss.

105. Garrido IV, p. 332 y s., si bien sus palabras pueden ser simple consecuencia de una concepción jurídica.

juicio iniciaría un procedimiento penal contra un falso mendigo, pero la verdadera relevancia práctica de la cuestión se aprecia inmediatamente si se piensa en grandes campañas de beneficencia en las cuales personas y empresas pueden hacer aportes significativos o, más aún, si se piensa en subvenciones estatales que pueden llegar a ser muy cuantiosas.

Si se prescinde del malestar que ocasiona la posible relevancia penal de casos insignificantes - los que, con todo, como se ha podido ver, no son los únicos posibles -, la principal intuición contraria a la aceptación sin más del perjuicio patrimonial en estos casos gira en torno a que en ellos disposición patrimonial y perjuicio pasan a ser sinónimos, y que siempre y cada vez que mediante engaño y error se obtenga una disposición patrimonial unilateral a título gratuito habrá por definición una estafa consumada, lo que puede parecer un exceso. De ahí que frente a esta posibilidad se hayan desarrollado argumentos para negar, si no ya la concurrencia del perjuicio típico, sí al menos la tipicidad de la conducta a título de estafa, en algunos casos sin excepción, en otros respecto de ciertas hipótesis. Aquí mencionaremos un par de dichas argumentaciones.

Tratándose de la obtención indebida de subvenciones estatales, materia en que por diversas razones se ha dudado de la aplicabilidad del tipo de estafa,¹⁰⁶ se deslizó, entre otros argumentos, una supuesta ausencia de virtualidad causal de la disposición respecto del perjuicio, por considerar que éste se hubiera producido de todas formas, sólo que en otras manos, ya que el prestador estaba determinado en todo caso a disponer a cambio de nada.¹⁰⁷ Si no se hubiera gastado el dinero en la empresa X, de todas formas se hubiera gastado en la empresa Y, de modo que el engaño no fue la causa del perjuicio. El razonamiento podría tal vez confundir momentáneamente a alguno, pero ustedes saben bien desde sus estudios de Parte General que las llamadas «causas de reemplazo» o «causas de reserva» son irrelevantes para los efectos del juicio de causalidad, de modo que tal como sigue siendo causal el disparo sobre el condenado a muerte o sobre el enfermo terminal, sigue siéndolo también la actividad que en concreto permitió obtener la subvención.¹⁰⁸ En realidad se trata de un pésimo argumento, que debe descartarse.

Otro sector de la doctrina, que tiene sus orígenes en una aplicación particular de la antigua tesis de la «prohibición de regreso» que veía en estos casos una interrupción del curso cau-

106. Clásico al respecto Tiedemann, Klaus: *Der Subventionsbetrug*, ZStW 86 (1974), 897 *passim*; del mismo: *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, Rowohlt, Reinbek 1974, p. 299 y ss.; del mismo: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Rowohlt, Reinbek 1976, T. II, p. 91 y ss. Tales dificultades dieron lugar, en distintos países de Europa, a la incorporación de tipos especiales de fraude de subvenciones, como el § 264 StGB en Alemania, incorporado mediante la 1. WiKG de 1976, o el art. 350 del antiguo CP español, incorporado mediante LO 2/1985, actual art. 308 del nuevo Código Penal. En castellano puede verse, entre muchos otros, Asúa Batarrita, Adela: *Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional*, en *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, cit., p. 125 y ss.

107. Algo así se desliza en esta cita de Muñoz Conde, para quien las prestaciones estatales se harían «a fondo perdido, de regalo, y por lo tanto, si se obtienen engañosamente, el Estado no podría decirse perjudicado en un sentido estrictamente económico: sólo se frustrarían los fines o propósitos previstos en la respectiva subvención o asignación», citado por Etcheberry III, p. 421. No pudimos consultar el original.

108. Por sólo mencionar manuales nacionales, se hacen cargo de los cursos causales hipotéticos Politoff, cit., p. 201; y Náquira, Jaime: *Derecho Penal. Teoría del delito*, McGraw-Hill, Santiago 1998, T. I, p. 103 y s.; con más detalle puede verse Jakobs, Günther: *Strafrecht AT*, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin - New York 1993, 7/15 y ss. (hay versión castellana: *Derecho Penal. Parte General* [trad. Cuervo Contreras / Serrano González de Murillo], Marcial Pons, Madrid 1997); y en el concierto hispanoamericano, entre otros, Reyes, Yesid: *La imputación objetiva*, 2ª Edición, Temis, Bogotá, p. 217 y ss.

sal,¹⁰⁹ niega la tipicidad a título de estafa de estas hipótesis por entender que en estos casos la víctima ha sido plenamente consciente del carácter perjudicial de su disposición, en circunstancias que, en su opinión, la estafa supondría que tal carácter perjudicial permaneciera oculto al disponente. Sobre esta base resulta que en estos casos nunca podría verificarse el delito de estafa, lo que también a todas luces parece poco convincente. Por lo mismo, esta tesis no ha tenido gran efecto en la jurisprudencia alemana, la que en general aprecia sin dificultad la existencia de perjuicio en las prestaciones unilaterales a título gratuito.¹¹⁰

En las últimas décadas se ha abierto una nueva vertiente de discusión, que si bien admite en general la existencia de perjuicio en estas hipótesis, incorpora un correctivo normativo para evitar sancionar situaciones que no parecen merecedoras de penas. El correctivo pasa por exigir que, junto con la disminución patrimonial, se hayan visto frustrados los fines de la operación. Es decir, se trata de echar mano a las doctrinas de la frustración del fin, sólo que en este caso no para fundar el perjuicio, sino que, al contrario, para limitar su relevancia. Sólo se podrá hablar de perjuicio típico de la estafa cuando el disponente, además de ver mermado su patrimonio, vea frustrados los fines que ha perseguido en el negocio. Ahora bien, la verdadera restricción consiste en que para estos efectos no se considera cualquier fin imaginable que pueda pasar por la mente del disponente, sino sólo los fines objetivos del correspondiente tipo de prestaciones. Así, en el caso de donaciones caritativas, el fin objetivo de la operación es el fin altruista, y no, por ejemplo, a propósito de un célebre caso resuelto por los tribunales alemanes,¹¹¹ el propósito propagandístico de no aparecer dando menos que lo supuestamente donado por las empresas competidoras. Ahora bien, si por fin objetivo de la operación se van a considerar sólo fines muy genéricos o se va a admitir algún grado de concreción, es una cuestión que permanece abierta. Así, antes de llegar al caso extremo de quien dona una determinada cantidad de dinero sólo para no aparecer dando menos que sus competidores y de quien ve frustrado su genérico propósito altruista porque simplemente el dinero se destinaba al beneficio privado de los supuestos recolectores, existe una serie de posibilidades respecto de las cuales la consideración del perjuicio va a depender del grado de relevancia que se le asigne a los específicos fines de la víctima. Piénsese que los fondos recolectados por una agencia verdadera de beneficencia para ir en ayuda de los niños de Irak, pero que los tiene realmente destinados para gastos de administración; o que realmente van a ir en ayuda de niños en otra parte del mundo; o efectivamente van a ir a Irak, pero en realidad la campaña no cuenta con el patrocinio del Vaticano como se dijo en la publicidad, etc.

Como ustedes pueden ver, paradójicamente, en estos casos en que sería relativamente sencillo afirmar sin más la existencia de perjuicio, irrumpe una vez más, aunque ahora para restringir el ámbito de punibilidad, la idea de la frustración del fin, que habíamos visto antes. Naturalmente no deja de ser curioso que esta idea, que hasta ahora ha sido en general rechazada por la opinión dominante como fundamento del perjuicio en el contexto de relaciones sinalagmáticas, donde

109. Cfr. Lackner, LK (10. Aufl.) § 263 Rdn. 166.

110. Cfr. Lackner, LK (10. Aufl.) § 263 Rdn. 166; Tiedemann, LK § 263 Rdn. 182.

111. BayOblG NJW 1952, 798.

sólo la defienden los partidarios de las teorías personales o funcionales de patrimonio, tenga bastante más acogida en el contexto de prestaciones unilaterales a título gratuito, sin que sea evidente la radicalidad de la diferencia estructural entre ambas clases que justifique un tratamiento jurídico diferenciado. Yo me he limitado a hacer aquí un resumen muy apretado y muy incompleto del estado actual de una discusión caracterizada por la diversidad y la confusión,¹¹² con el objeto de motivar una reflexión al respecto.

En el derecho chileno, el tema aparece legislativamente zanjado al menos tratándose de prestaciones unilaterales del Estado, a través del art. 470 N° 8 CP, incorporado mediante DL 3.443, de 2 de julio de 1980.¹¹³ Respecto de las prestaciones unilaterales no estatales, como serían los casos de beneficencia propuestos, se mantiene la pregunta que ha atormentado a los autores extranjeros. Personalmente tiendo a no ver dificultades en la aplicación pura y simple del tipo de estafa conforme a un concepto económico de patrimonio y de perjuicio. Sin embargo, es impresionante ver cómo la idea de la frustración del fin, en general desconocida entre nosotros, ha aparecido en algún caso precisamente a propósito de prestaciones unilaterales, aunque sin que quede claro con qué alcances.

El caso es el siguiente: Un funcionario de la Caja de la Dirección General de Carabineros hizo creer a una empresa proveedora de la institución, que se estaba formando un fondo para ir en ayuda de los funcionarios de la institución y de sus parientes que habían sido víctimas del terremoto y maremoto que sacudieron el sur del país en mayo de 1960, solicitándole la donación de un porcentaje del total de las facturas de un determinado período. Pues bien, la empresa hizo donaciones, de las cuales el funcionario se apropió. Por lo mismo, era dudoso si se podía plantear la calificación a título de estafa o más bien se trataba de una malversación de caudales públicos, pero lo que para nuestro tema es relevante es que se discutió básicamente la tipicidad a título de estafa, delito por el cual fue condenado en ambas instancias. Curiosamente, la Contraloría General de la República, que perseguía la recalificación del delito, interpuso un recurso de casación argumentando que no podía haber estafa porque no había habido perjuicio, toda vez que se trataba de prestaciones a título gratuito, en las cuales a priori se sabía que no se iba a obtener contraprestación alguna, es decir, alegó, como parte de la doctrina comparada, atipicidad por conciencia del carácter perjudicial de la prestación. La Corte Suprema rechazó tal alegación, pero no por el camino sencillo de constatar simplemente la disminución económica del patrimonio de los donantes, sino que haciendo valer los propósitos y fines determinados perseguidos por el engañado, sugiriendo que era la frustración de los mismos lo que daba lugar al perjuicio.¹¹⁴ Por su parte, en la literatura, también Etcheberry parece ver el perjuicio en la frustración de los fines ideales de quien ha realizado la prestación a título gratuito.¹¹⁵ En ambas fuentes el recurso a los fines ideales del afectado se ha empleado para fundamentar la existencia

112. Un panorama actual de la discusión puede verse en Tiedemann, LK § 263 Rdn, 183 y ss.

113. Cuyo origen se vincula con un bullado caso de estafa en perjuicio fiscal y no guarda ninguna relación, como lo demuestra la fecha de su dictación, con el derecho español, donde un tipo equivalente (art. 350 CP, actual art. 308) se incorpora recién en el año 1985. Cfr. Etcheberry III, p. 420.

114. Sentencia de la Corte Suprema, de 11 de diciembre de 1969, Contra Héctor Brito Escobar y otros, en RDJ T. LXVI, 2º, 4º, p. 355 y ss.; el argumento de la Contraloría en p. 357, la decisión de la Corte en p. 358.

115. Etcheberry III, p. 399 y s., 421.



del perjuicio, pero cabe preguntarse si dicha construcción no puede llegar a convertirse entre nosotros en un correctivo restrictivo de la tipicidad en esta clase de casos. Como pueden ver, el tema puede tener mucho futuro.

7. ¿ÁNIMO DE LUCRO?

Para terminar, cabe hacer algunas reflexiones muy breves sobre la tipicidad subjetiva de la estafa. Desde luego, el tipo de estafa requiere dolo conforme a las reglas generales. Ha habido cierta discusión en torno a si puede haber estafa con dolo eventual, siendo muy fuerte la tesis contraria.¹¹⁶ Por mi parte, no veo inconvenientes en que se pueda engañar mediante dolo eventual - tal sería el caso de quien entrega una información comercial en un determinado sentido, sin estar seguro de su exactitud y aceptando las consecuencias perjudiciales que de su falsedad puedan derivar para la otra parte -,¹¹⁷ pero entiendo que esto es poco compatible con la opinión dominante en materia de engaño, pues es difícil imaginar un gran despliegue escénico que no esté presidido por un propósito definido.

Más discutida ha sido, sin embargo, la cuestión de si en el derecho chileno la estafa requiere adicionalmente un elemento subjetivo distinto del dolo, cual es el ánimo de lucro. Si bien no se discute que el delito de estafa se consuma ya con la producción del perjuicio patrimonial - yo diría: con la disposición patrimonial perjudicial - en el plano objetivo y no requiere que adicionalmente ese perjuicio sea a la vez beneficio para el agente, otra cosa es si la conducta de éste debe al menos subjetivamente dirigirse hacia la consecución de un beneficio económico. Mientras que la exigencia de ánimo de lucro está legalmente sancionada en la mayoría de las legislaciones que nos han servido de referencia - Alemania, España, Italia -, en nuestro código es notoria su ausencia en contraste con lo previsto en el art. 432 CP para el hurto. Eso ha llevado a un sector de nuestra doctrina que podría considerarse mayoritario, a mantener que en nuestro derecho no se requiere tal animus especial.¹¹⁸

Sin embargo, junto con algunas voces aisladas en la literatura¹¹⁹ y algunos pronunciamientos de la jurisprudencia,¹²⁰ parece más conforme con lo que fenomenológicamente se entiende por estafa exigir dicho ánimo. En efecto, tanto los orígenes históricos del tipo penal como el contex-

116. Cfr. Etcheberry III, p. 405; Garrido IV, p. 341; con bastante detalle, para el derecho español, Valle Muñiz, cit., p. 264 y ss., 271 y ss.

117. En el mismo sentido, entre nosotros, Matus / Ramírez, p. 174 y ss., quienes dan además ejemplos de estafas por omisión; aparentemente, en cuanto no restringe, admite también una estafa con dolo eventual Yubero, cit., p. 68 y s., aunque su exposición es muy confusa. Ésta es opinión absolutamente dominante en Alemania, cfr. por todos, Tiedemann, LK § 263 Rdn. 240 y ss.

118. Así Etcheberry III, p. 402 y s.; Garrido IV, p. 333; Matus / Ramírez, p. 162. No obstante se le suele contar como partidario de esta postura, la posición de Labatut II, p. 226, es dudosa, pues si bien dice que en el derecho chileno no es un elemento esencial, porque en casos particulares puede darse estafa sin él, luego (p. 228) pareciera que no se refiere a casos concretos, sino que a determinados tipos especiales de estafa, como sería la del 469 N° 6 CP, «único caso en nuestra legislación en que la estafa no requiere ánimo de lucro».

119. Yubero, cit., p. 69 y ss.; antes también la memoria de prueba de Buzada, Yusef: El engaño en el delito de estafa, Editorial Universitaria, Santiago 1957, p. 37 y s.

120. Así, la citada sentencia de la Corte Suprema, Contra Alberto Merlet Gillet, p. 106; también sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 27 de octubre de 1989, GJ 113 (1989), p. 84 (85). Lo pone en duda, pero no lo niega, la citada sentencia de la Corte Suprema, Contra Roberto Óscar Sassone Fernández, p. 108.

to ineludible del derecho comparado¹²¹ - a menos que se crea en un más que improbable concepto «criollo» de la figura - y la imagen arraigada del injusto en que incurre el estafador indican que la estafa no es simplemente un delito de daño del patrimonio ajeno, sino uno de enriquecimiento a costa de dicho patrimonio, y que si la ley no exige la efectiva consecución de dicho enriquecimiento por razones de técnica legislativa, por demás extendidas en la tradición comparada en que se inserta nuestra legislación, sí al menos debe exigirse que el agente actúe movido por ese propósito. A la misma conclusión deberían llegar consecuentemente aquellos autores que, entre nosotros, clasifican la estafa entre los delitos de apropiación (por medios inmateriales) contra la propiedad, como hace Etcheberry, o bien entre los delitos de enriquecimiento por defraudación, como hacen Matus / Ramírez, en vez de tratarlos entre los delitos de destrucción o daño.¹²² Más allá de la opinión que puedan merecer tales clasificaciones, lo cierto es que no se puede sino coincidir con ellas en cuanto a la ubicación de la estafa, la que, sin embargo, para ser correcta, requeriría que el ánimo de lucro presidiera necesariamente este delito. Argumentar en contra exclusivamente sobre la base del silencio de la ley es, en materia de estafa, como hemos dicho insistentemente, al menos poco convincente, pues con igual criterio se debería también negar la exigencia de disposición patrimonial.

La importancia del punto ciertamente no es estética, sino que puede tener gran relevancia. Si se va más allá de los ejemplos clásicos de los textos, como el del sujeto envidioso que mediante engaño logra que el ganador de la lotería destruya el boleto sorteado, y se piensa por ejemplo en el asesor de empresas que conduce mediante engaño a la adopción de decisiones perjudiciales por cualquier otro motivo ruin distinto del ánimo de enriquecimiento, se advierte que no se trata de una decisión menor. Es probable que tales conductas aparezcan como merecedoras de pena - en algunos casos, cuando la disposición patrimonial errónea pase por la destrucción de bienes corporales muebles, se puede castigar a título de daños en autoría mediata - pero no parece adecuado desnaturalizar el tipo de estafa para cubrirlas, y por lo demás, parecería que una decisión de ese tipo requiere un debate legislativo que no hemos tenido, pues no puede descartarse que la responsabilidad civil extracontractual sea remedio suficiente.

Ahora bien, si se entiende que la estafa requiere ánimo de lucro, surgen algunos problemas adicionales que, justo es decirlo, la opinión dominante no tiene.

En primer lugar, puede discutirse para quién debe perseguirse el beneficio característico del ánimo de lucro, esto es, si debe tratarse de beneficio propio o si puede ser ajeno. Algunas legislaciones - Italia, Alemania - disponen derechamente que el beneficio perseguido puede ser para otra persona, y probablemente ésa sea la posición más razonable, pero es algo que debe discutirse.

121. Especialmente la tradición española, donde desde antiguo y con textos legales idénticos a los nuestros se ha requerido ánimo de lucro, aun antes de la consagración legislativa en 1983. Cfr. Antón Oneca, *cit.*, p. 14, quien lo veía inmerso en el verbo defraudar, tal como hace también entre nosotros Yubero, *cit.*, p. 70.

122. Esta observación no se puede extender a Garrido, quien ubica las defraudaciones como un tercer grupo entre los delitos contra la propiedad por apoderamiento y aquellos por destrucción.

Por otra parte, surge la pregunta de si el lucro deseado o perseguido por el agente debe corresponder precisamente al perjuicio ocasionado - lo que los alemanes llaman la igualdad material (Stoffgleichheit), como si fuesen las dos caras de la misma moneda, lo que supone entender que la estafa no sólo es un delito que tiende al enriquecimiento, sino que más precisamente tiende al traspaso patrimonial.¹²³ Por ejemplo, tenemos el caso de los vendedores de una AFP o de una compañía de seguros autorizada para recibir ahorros previsionales voluntarios que obtienen mediante engaño que algunas personas se cambien de institución, en condiciones de rentabilidad que les son desfavorables. Por cada nueva afiliación los vendedores obtienen de la institución una comisión, que es lo que persiguen cuando engañan a los clientes. Suponiendo que la institución ignora completamente los métodos de sus vendedores, resulta que en este caso indudablemente ha habido engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio. También ha habido ánimo de lucro,¹²⁴ porque los vendedores quieren ganar una comisión, pero al menos a primera vista no parece que dicha comisión sea la contrapartida del perjuicio del cliente, con lo cual, desde una determinada posición teórica podría ser dudosa la tipicidad a título de estafa. El asunto se podría eludir resolviendo en un determinado sentido la cuestión anterior, es decir, que el beneficio buscado puede ser para un tercero, lo que permitiría decir que para los efectos de la tipicidad a título de estafa los vendedores antes que nada buscaban el beneficio de la empresa, de modo que perjuicio y beneficio se corresponden. Pero de todas formas el problema conceptual persiste.

En Alemania, donde este tema ha sido especialmente discutido, la discusión dista de estar cerrada,¹²⁵ lo que es un índice de las complicaciones a que se debe hacer frente cuando se va construyendo una dogmática de la estafa.

123. Menciona esta exigencia también para el derecho español Valle Muñiz, cit., p. 277, pero sin mayores consecuencias.

124. Y cabría suponer que ha habido dolo, al menos eventual, a menos que el vendedor crea positiva pero erróneamente que la rentabilidad en su institución sea mayor, con lo cual el perjuicio para el cliente no estaría cubierto por el dolo. El tema puede verse distinto si, como decíamos supra 2.2 se pudiera considerar una estafa en perjuicio de la institución que ha perdido a un cotizante, pues en ese caso el dolo ex re parecería indudable.

125. Sobre el estado actual de la discusión en Alemania, por todos, Tiedemann LK § 263 Rdn. 256 y ss.