

El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos*



Gustavo Balmaceda-Hoyos**

Universidad de los Andes - Chile

Fecha de recepción: 29 de julio de 2011

Fecha de aprobación: 16 de agosto de 2011

RESUMEN

En este trabajo, se somete a examen el rendimiento de la tesis “tradicional” (naturalística) del delito de estafa frente a las necesidades político-criminales del presente. Para este sistema, entre sus diferentes elementos típicos se exige una relación de causalidad. Al día de hoy, cabría preguntarse si esta solución es conveniente, es decir, si responde eficientemente a los supuestos problemáticos que plantea la realidad de los negocios contemporánea.

Palabras clave: estafa, engaño, perjuicio patrimonial, normativización.

Para citar este artículo: Balmaceda-Hoyos, Gustavo, “El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13, (2), pp. 163-219.



* Principales abreviaturas utilizadas: CA = iltma. Corte de Apelaciones; CP = Código Penal; CS = excma. Corte Suprema; et ál. = et ál.ii (y otros); FM = *Revista Fallos del Mes*; GJ = *Revista Gaceta Jurídica*; GT = *Revista Gaceta de los Tribunales*; pássim = en lugares diversos; NM = número(s) de margen; § = parágrafo(s); RDJ = *Revista de Derecho y Jurisprudencia*; RIT = rol interno del Tribunal; SCA = sentencia(s) de la iltma. Corte de Apelaciones; SCS = sentencia(s) de la excma. Corte Suprema Chilena de Justicia; secc. crim. = Sección criminal; SJG = sentencia(s) del Juzgado de Garantía; STOP = sentencia(s) del Tribunal Oral en lo Penal; STS = sentencia(s) del Tribunal supremo español; TS = Tribunal Supremo español

** Abogado (Universidad de Chile); doctor en Derecho Penal (Universidad de Salamanca, España). Profesor de Derecho Penal (Universidad de los Andes, Chile). Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Posdoctorado Conicyt-Fondecyt de Chile, 2009-2011, N° 3100017, titulado: “El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos”. (gbalmaceda@uandes.cl; gbalma@gmail.com).

The Swindle Crime: a Necessary Normative Construction of its Elements

ABSTRACT

The present work exposes a review about the performance of the “traditional” thesis (Naturalistic) of the swindle crime in front of the needs of the present’s Political Policy. For this system, the various frauds’ elements require a causal relationship. Today it might be wondered whether this solution is desirable, i.e. whether respond efficiently to the problematic assumptions that the contemporary business practices raises.

Key words: swindle crime, deceit, Patrimonial detriment, normative construction.

O crime de fraude: uma necessária normatização de seus elementos típicos

RESUMO

Neste trabalho, submete-se a exame o rendimento da tese “tradicional” (naturalística) do crime de fraude frente às necessidades político-criminais do presente. Para este sistema, entre seus diferentes elementos típicos se exige uma relação de causalidade. Ao dia de hoje, caberia se perguntar se esta solução é conveniente, ou seja, se responde eficientemente aos supostos problemáticos que expõe a realidade dos negócios contemporânea.

Palavras chave: fraude, engano, prejuízo patrimonial, normatização.

1. INTRODUCCIÓN

La estafa es un delito problemático. Ya desde el inicio de su estudio a nivel dogmático eran evidentes las diferencias existentes. Lo desalentador es que esta disputa todavía existe. La discusión reside esencialmente en interpretar la estafa: a) como un ilícito que requiere una calificación del engaño y alguna diligencia por parte de la víctima, o b) como un delito que deba proteger a cualquier víctima.¹



¹ Sobre esto, véase infra N° 4.

En el presente trabajo, nos vamos a ocupar únicamente del estudio de la estructura del *tipo básico de estafa*,² de cuya aclaración depende categóricamente el *necesario* entendimiento del grupo de hipótesis específicas.

Cabe destacar que, dentro del examen de la parte especial del derecho penal, el estudio del tipo de estafa es conocido por ser *especialmente engorroso*.³ De alguna forma —señala Hernández—,⁴ esa fama se explica por los siguientes motivos:

- a) Porque la disposición del delito de estafa, con su aglomeración de exigencias eslabonadas, es mucho más complicada que la de la generalidad del resto de delitos;



² En la doctrina chilena, incluso hoy se discute cuál es el *tipo básico* de estafa, existiendo quienes consideran que se describe en el artículo 468 CP —que señala: “[] el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”—, mientras que, para otros, se trataría de la figura del artículo 473 CP —que dice: “El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado []”—. No obstante, creemos en la postura que sostiene que el artículo 468 constituye el tipo básico, y el artículo 473, la figura residual de estafa, puesto que desde ya el mismo título 8 del libro II CP ha trazado la línea divisoria, al hablar de “estafas y otros engaños”. En este sentido, nos parece que claramente los “otros engaños” a los que alude el CP se encuentran en el artículo 473 (así, Etcheberry, 1998, pp. 391 y 406-407; Silva, 2005, pp. 81 y ss.; Garrido, 2002, pp. 316 y 335-ss.; Bullemore & Mackinnon, 2007, p. 77; Fernández, 2005, p. 183; Balmaceda, 2009, p. 160, nota 145). También, la mayoría de la jurisprudencia chilena se inclina por afirmar que la figura básica se encontraría en el artículo 468 CP y la residual en el artículo 473 CP (por todas, GT 4 sem. secc. crim. CA de Talca 1901 p. 425; STOP de Viña del Mar 05/07/2005, RIT 62-05; STOP de Chillán 10/03/2006, RIT 04-06; STOP de La Serena 06/05/2006, RIT 41-06; STOP de Talca 23/04/2008, RIT 145-07; SCS 28/01/2009, Rol 697-08; SCS 24/03/2009, Rol 649-08; SCS 25/08/2009, Rol 5259-08; SCS 19/07/2010, Rol 993-2009; SCS 31/03/2010, Rol 6489-2008; SCA de Santiago 08/10/2010, Rol 2039-2010. Sin embargo, algunas sentencias dicen exactamente lo contrario, por ejemplo, la de RDJ T. LXIX secc. IV CS 1972 p. 184, al hablar de la “estafa genérica” del artículo 473 CP, subrayando que “no es una figura subsidiaria”). En contra, Politoff et ál. (2005, pp. 411-ss. y 416-ss.) señalan que aquí, como sucede con otros delitos (como los homicidios y las lesiones), lo que hace el legislador es primero expresar los hechos que le parecen especialmente graves, para luego establecer la regla general; Labatut (1996, p. 226), para quien se trata de un concepto general que está previsto para evitar la impunidad; Mera (2001, pp. 58-ss.), que manifiesta que el sentido y alcance del artículo 473, al referirse a cualquier engaño, no exige una puesta en escena.

³ La *jurisprudencia chilena ha manifestado* que los “elementos tradicionales de las estafas son: el engaño, el error, el perjuicio, el acto de disposición, el ánimo de lucro y también [se] agrega la relación de causalidad”. (STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08). Igualmente, ha dicho que “... debe existir un engaño efectuado por el sujeto activo, lo que como consecuencia directa produce un error en el sujeto pasivo, generándose una disposición patrimonial que cause un perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo” (SJG de Antofagasta 19/10/2009, RIT 4656-08. Similar, STOP de Santiago [3°] 22/02/2008, RIT 02-08); que son la “... simulación, error, disposición patrimonial, perjuicio y relación o nexo causal” (STOP de Santiago [4°] 20/01/2007, RIT 96-06. Similar, STOP de Santiago [4°] 06/03/2007, RIT 14-07); o el “... engaño, ardido o simulación que conduzca normalmente a un error y que dicho error genere una disposición patrimonial que redunde en un perjuicio para el sujeto pasivo” (STOP de Talca 10/03/2009, RIT 105-08. Similar, STOP de Curicó 31/07/2009, RIT 48-09); “... en el delito de estafa, los elementos configurativos del hecho punible son: a) la existencia de engaño, a través de la realización de maniobras o maquinaciones artificiosas, b) el perjuicio patrimonial, c) el ánimo de lucro que pretenden obtener los agentes, y d) la relación causal entre los diversos elementos señalados, lo que implica que unos sean consecuencia directa y lógica de los demás” (GJ N° 130 CA de Santiago 1991, p. 76).

⁴ Todo esto se confabula contra un apropiado régimen práctico de la estafa, el que —en opinión del autor citado— en el caso chileno, se ha visto empeorado por la carencia de un método dogmático conveniente del delito que sea apto como pauta para la práctica. (Hernández, 2003, p. 149).

- b) A esa peculiaridad se añade que los comportamientos constitutivos de estafa participan en tareas concernientes al comercio, con un ulterior aspecto de licitud; y,
- c) Finalmente, exceptuando sucesos básicos, los hechos acostumbran encajarse en un entorno muy complicado, lo que procesalmente entorpece la imprescindible recopilación de las particularidades fácticas que serán objeto del estudio de tipicidad.

Y, para complicar las cosas, la estafa en Chile es un delito todavía más confuso, tanto por motivos dogmáticos como por la técnica de tipificación escogida por el legislador,⁵ ya sea por la determinación de sus elementos, o por la disposición de la relación que debería existir entre cada uno de ellos.⁶



⁵ Así, Cabrera & Contreras, 2009, pp. 1 y ss.; Hernández, 2003, p. 149; Hernández, 2010a, p. 10. Similar, para el caso argentino, Soler (1992, p. 345), quien sostiene que la norma posee una "... redacción difusa y ejemplificadora [que] se presta a equívocos"; Donna, 2001, pp. 258 y ss.; Donna & De la Fuente, 2004, pp. 47 y ss.; Finzi, 1961, pp. 25 y ss. Y ya hace más de cincuenta años, Antón (1958, p. 57), advertía para el caso español anterior a la reforma de 1983 que "el Código [...] sigue la vía antigua, o sea, el método ejemplificador, con multitud de figuras incompletas y algunas fórmulas vagas complementarias; simples bocetos y no definiciones precisas como las ordinariamente usadas por la técnica penal". *Incluso, antiguamente la jurisprudencia chilena equivocaba la terminología, por ejemplo, confundiendo la estafa con el delito de apropiación indebida* (por todas, GT 4 sem. secc. crim. CA de Concepción 1901, p. 284; GT 4 sem. secc. crim. CA de Concepción 1901, p. 432; GT 4 sem. secc. crim. CA de Tacna 1901, p. 483; GT 4 sem. secc. crim. CA de Valparaíso 1901, p. 323; GT 4 sem. secc. crim. CA de Valparaíso 1901, p. 435; GT 4 sem. secc. crim. CA de Valparaíso 1901, p. 871; GT 4 sem. secc. crim. CA de Valparaíso 1901, p. 1000; GT 4 sem. secc. crim. CA de Talca 1901, p. 345; GT 1 sem. secc. crim. CA de La Serena 1902, p. 87; GT 1 sem. secc. crim. CA de Valparaíso 1902, p. 564; GT 1 sem. secc. crim. CA de Valparaíso 1902, p. 143; GT 1 sem. secc. crim. CA de La Serena 1902, p. 286; GT 1 sem. secc. crim. CA de Concepción 1906, p. 298; GT 1 sem. secc. crim. CA de Valparaíso 1908, p. 87; GT 2 sem. secc. crim. CS 1909, p. 1058; GT 1 sem. secc. crim. CA de Concepción 1911, p. 298; GT 1 sem. secc. crim. CA de La Serena 1911, p. 739; GT 2 sem. secc. crim. CA de Tacna 1911, p. 177; GT 1 sem. secc. crim. CS 1911, p. 556; GT 1 sem. secc. crim. CA de Valparaíso 1915, p. 259; GT 1 sem. secc. crim. CA de Concepción 1919, p. 814; GT 1 sem. secc. crim. CS 1922, p. 479; GT 2 sem. secc. crim. CS 1931, p. 390; GT 2 sem. secc. crim. CS 1933, p. 239; GT 1 sem. secc. crim. CS 1935, p. 246; GT 1 sem. secc. crim. CS 1940, p. 243; GT 2 sem. secc. crim. CA de Santiago 1950, p. 545).

⁶ La vinculación entre los elementos del delito se ha analizado con criterios de causalidad en *términos naturalísticos* (así, la mayoría en Chile, por todos, Etcheberry, 1998, p. 392; Contreras, 1992, p. 6, o con *criterios normativos* de imputación objetiva: Politoff et ál., 2005, p. 418; Piña, 2006, p. 49; Balmaceda, 2009, pp. 184 y ss.; Balmaceda & Araya, 2009, pp. 14 y ss.; Lira, 2010, pp. 91 y ss.; Pérez, 1995, pp. 285 y ss.; Bajo, 2004, p. 40; Gutiérrez, 1991, pp. 371 y ss.; Torio, 1982, pp. 883 y ss.; Gómez, 1985, pp. 338 y ss.; Valle, 1987, pp. 52, 138, especialmente, 141 y ss.; Choclán, 2009, pp. 91 y ss.; Pastor Muñoz, 2004, pp. 119 y ss., 145 y ss., y 167 y ss.; Namer, 2002, *pássim*).

El CP chileno no define la estafa,⁷ tampoco el engaño⁸ ni el perjuicio.⁹ Por ello, son la doctrina y la jurisprudencia las que se han encargado de proponer un concepto y un esquema de sus elementos típicos. Ilustrativa es



⁷ La jurisprudencia ha tenido el propósito de definir la estafa, señalando: a) la estafa es una defraudación por engaño (GJ N° 159 CS 1993, p. 115); b) "... sin lugar a dudas que el acusado intentó engañar a un tercero, es decir, llevó a cabo una actividad simulante idónea, una mentira inserta en un despliegue engañoso externo, un ardid, maquinación o *mise en scène*, tendiente a producir un error o una falsa representación de la realidad en la víctima, en virtud del cual ésta dispusiera patrimonialmente (lo cual supone un acto de voluntad por el cual el afectado provoca una disminución de su patrimonio o del patrimonio de un tercero) con lo cual se pretendía provocar un perjuicio o daño o menoscabo en el patrimonio del afectado" (STOP de Santiago [2°] 16/05/2008, RIT 48-08. Similar, STOP de Punta Arenas 26/02/2007, RIT 1720-06); c) "... estafa, es quien hace adoptar a otro, con ánimo de lucro, una disposición patrimonial que resulte perjudicial para sí o para terceros mediante un despliegue de medios engañosos tendientes a provocar en la víctima el error acerca de la conveniencia de su decisión" (STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08); d) "... es un perjuicio ocasionado mediante engaño al patrimonio, con intención de enriquecimiento [...] la apropiación ilegítima de valores patrimoniales ajenos, de un modo gratuito y por medio de un engaño [...] es la disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, el cual ha sido logrado mediante ardidés tendientes a obtener un beneficio indebido [...] es la conducta engañosa que determinado error en una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición que se traduce en una consecuencia lucrativa para el agente" (STOP de Santiago [3°] 18/06/2007, RIT 112-07).

⁸ La jurisprudencia también ha tratado de definir el engaño afirmando que consiste en a) "... la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre, inducir a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras, razonamientos u obras aparentes o fingidas. Es el empleo del engaño lo que se denomina *mise en scène*. Este engaño debe ser idóneo, eficaz, suficiente, bastante o adecuado para que se produzca el error en la víctima, atendida sus circunstancias individuales" (STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08); b) en otro interesante fallo, se ha expuesto que "... la acción típica defraudadora o engañosa, no es otra cosa que actos, hechos, maquinaciones, artimañas, artilugios, que inequívocamente reflejan la voluntad del agente para inducir directa y necesariamente a error a la víctima, quien a consecuencia de ello, efectúa una disposición, que le provoca un perjuicio patrimonial" (STOP de Talca 10/03/2009, RIT 105-08); c) "[E]l engaño [...] es, en definitiva, faltar a la verdad al expresar algo o al ejecutarlo, para presentar la realidad con un aspecto distinto al que en verdad tiene o posee. El engaño puede consistir, entonces, en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene (simulación), u ocultando aquellas que efectivamente posee (disimulación)" (STOP de Santiago [3°] 22/02/2008, RIT 02-08).

⁹ Sobre este elemento, la jurisprudencia chilena no es muy fecunda, limitándose a señalar lo siguiente: a) *Se trata de un menoscabo o detrimento patrimonial que en el delito de estafa es "esencial"*, por todas, SCS 29/10/2002, Rol 1364-01; SCS 22/08/2006, Rol 3111-04; SCS 14/08/2007, Rol 2979-07; SCS 31/03/2010, Rol 6489-2008; GJ N° 41 CA de Santiago 1983, p. 56; RDJ T. LXV secc. IV CS 1968, p. 105; SCA de Santiago 08/10/2010, Rol 2039-2010; b) *Que afecta el patrimonio individual*, por todas, GT 1 sem. secc. crim. CA de Temuco 1950, p. 443; (c) *Que debe ser real y efectivo*, por todas, GJ N° 59 CA de Santiago 1985, p. 98; SCS 12/10/2004, Rol 2570-02; GJ N° 41 CA de Santiago 1983, p. 56. *En contra* –a nuestro juicio, acertadamente–, la STOP de Copiapó 19/06/2006, RIT 32-06, al exponer: "4) Perjuicio: puede ser definido como un daño o menoscabo en el patrimonio, el cual debe ser apreciable en dinero, pudiendo recaer tanto en cosas materiales como inmateriales. Además, bastaría en algunos casos que este perjuicio fuera potencial o eventual y no necesariamente se requiere de un perjuicio real". También habla de "perjuicio potencial", la sentencia de FM N° 56 CS 1963, p. 142; d) *Que tiene que ser consecuencia inmediata y directa del engaño*, así, GJ N° 41 CA de Santiago 1983, p. 56. Similar, la SCS 28/01/2009, Rol 697-08, al sostener que respecto del perjuicio se exige que sea real y efectivo y no una mera posibilidad; y que debe ser patrimonial, real y causado por el engaño, o sea, debe menoscabar los derechos patrimoniales del sujeto pasivo, como directa consecuencia del ardid, simulación, abuso de confianza u otra superchería del victimario; e) *Que no se trata de una condición objetiva de punibilidad, sino de un elemento del tipo penal*. A estos efectos llama la atención la STOP de Santiago [7°] 27/11/2006, RIT 327-05, donde se señala también que, si el perjuicio no logra concretarse, podríamos estar frente a un delito de ejecución imperfecta, pero no frente a una cuestión de atipicidad; y, por lo anterior, f) *El perjuicio no desaparece por el pago posterior de la suma defraudada ni por declaración expresa de haber sido reparado*, así, SCA de Temuco 16/10/2006, RIT 988-06.

para la legislación chilena las definiciones que en su día formularon Antón en España y Soler en Argentina.

El primer autor¹⁰ –en una clásica definición– nos dice que “estafa” es “la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”.

El profesor Soler¹¹ –por su parte– construye la definición a propósito del artículo 172¹² CP argentino (que equivaldría al artículo 468 CP chileno): “... no dice [diría] ni más ni menos que lo siguiente: *el que defraudare a otro mediante cualquier ardid o engaño*”, señalando que el problema no consiste en interpretar analógicamente los distintos enunciados ejemplificativos descritos en la norma, sino en fijar el concepto de ardid o engaño, porque la fórmula utilizada por la norma “cualquier otro engaño” debe tratarse también de un ardid.

Para concluir la exposición del *problema* que se pretende abordar en esta investigación, debe afirmarse que la estafa presenta dos *aspectos importantes*: de un lado, el *perjuicio patrimonial* (la lesión del patrimonio) y, por otro, el *engaño* (la instrumentalización del acto de disposición). De esta manera, de acuerdo con la importancia asignada a cada elemento, emergen las diferentes concepciones de este tipo –es decir, si el injusto de la estafa deriva en considerarlo como delito patrimonial o como delito contra la libertad de disposición–.¹³

Precisamente, a partir de esto último, vamos a exponer la *hipótesis* desde la cual se cimentará este trabajo: para la mayoría de la doctrina¹⁴ y jurisprudencia¹⁵ iberoamericana, entre los diferentes elementos típicos del delito de estafa se exige una *relación de causalidad*, de forma que el error



¹⁰ Antón Oneca, 1958, p. 57.

¹¹ Soler, 1992, p. 345, nota 2.

¹² “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”.

¹³ Pastor, 2004, p. 49.

¹⁴ Por todos, Muñoz, 2010, pp. 429-430; Bajo, 2004, p. 40; Quintero, 2011, p. 80; Etcheberry, 1998, p. 392; Donna, 2001, p. 273; Donna & De la Fuente, 2004, p. 49.

¹⁵ En esta dirección, el TS ha manifestado que es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el desplazamiento patrimonial que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquel ha de ser precedente o, al menos, concurrente al momento en que tal desplazamiento se origina. Por lo tanto, la jurisprudencia española exige que el engaño debe ser la causa del error; y, que el error debe dar lugar al acto de disposición y este ha de ser la causa del perjuicio patrimonial. (STS de 22/09/2004; 1/12/2004. Similar, la jurisprudencia chilena. Por todas, STOP de Talca 10/03/2009, RIT 105-08; SCS 25/08/2009, Rol 5259-08; STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08).

sea consecuencia del engaño; el acto de disposición, del error; y el perjuicio, emanación del acto de disposición.

Por lo que cabría preguntarse si al día de hoy esta solución es *político-criminalmente* conveniente, es decir, si responde esta propuesta a todos, o de forma menos pretenciosa, a “la mayoría” de los supuestos problemáticos que plantea la realidad de los negocios contemporánea.

Aquí nos encontramos frente a un dilema,¹⁶ pues puede sostenerse que las doctrinas de la relación de causalidad no son eficientes para delimitar el engaño que exige el delito de estafa, pilar fundamental en un sistema “no alemán”¹⁷ de este delito, como es el chileno.¹⁸ Entonces, en estos supuestos *al*



¹⁶ Gómez, 1985, pp. 338 y ss.; Pérez, 1995, pp. 285 y ss.; Choclán, 2009, pp. 91 y ss.; Namer, 2002, pp. 39 y ss.

¹⁷ No se olvide de que, debido a la diferente “identidad normativa” que poseen los alemanes, en dicho país el principal filtro normativo de la estafa se sitúa en el perjuicio, no en el engaño. Por ello, al estudiar la literatura alemana sobre la estafa, no es extraño percatarse de que no se preocupan especialmente del engaño, y esta respuesta es sencilla: en Alemania, cualquier información que no se corresponda con la verdad podría ser constitutiva de estafa (Tiedemann, 1999a, NM 36 y ss. Sobre esto, Hernández, 2003, pp. 160 y ss.; Hernández, 2010a, p. 10; Balmaceda, 2009, pp. 177 y ss.; Balmaceda & Araya, 2009, pp. 20 y ss.). Algo similar sucede en los sistemas anglosajones de la estafa, donde tampoco se exige “mucho” al engaño para ser típico (para el caso inglés, véase Herring, 2006, pp. 570 y ss.; Ormerod, 2006, pp. 814 y ss.; Ormerod, 2005, pp. 740 y ss.; Doig, 2006, pp. 19 y ss., y 42 y ss.; en los Estados Unidos, Lafave, 2003, pp. 957 y ss.). Para el estudio de los diferentes sistemas de tipificación de la estafa en la Unión Europea, Pastor, 2006, *pássim*.

¹⁸ Como consideración general, tenemos que subrayar que dentro de los sistemas “latinos” se ha afirmado que el engaño constituye la esencia del delito de estafa, pues ofrece una ilimitada variedad de ejemplos, que son fruto del ingenio y de la picaresca que se da en la vida real (para el estudio de los rasgos criminológicos del engaño en la estafa, Hentig, 1980, pp. 59 y ss., y 123 y ss.) y que se incardina en el seno de un pacto o relación contractual preparada con fin defraudatorio (no se olvide que el popularmente conocido en Chile “cuento del tío”, a fin de cuentas, es un contrato). Incluso, se ha manifestado que “elemento característico del tipo objetivo de estafa –y que permite diferenciarlo de los demás delitos contra el patrimonio, puesto que le da fisonomía propia– es el engaño. Sin su concurrencia no se concibe la estafa, a tal punto que vulgarmente hasta se llega a identificar este requisito con el delito mismo”. Así, Romero, 2007, p. 109. Similar, Arroyo, 2005, p. 22; Mata, 2007, p. 24; Donna, 2001, p. 274; Donna & De la Fuente, 2004, p. 49; Finzi, 1961, p. 36; Quintano, 1977, p. 589; Antón, 1958, p. 61; Yubero, 1993, p. 47; Cabrera & Contreras, 2009, pp. 41 y ss.; Soler, 1992, p. 345. *De igual forma se pronuncia la jurisprudencia chilena*, por todas, RDJ T. LXXXIV secc. IV CS 1987, p. 86 (cuando manifiesta que el requisito “esencial” de la estafa es el engaño); GT 4 sem. secc. crim. CA de Tacna 1901, p. 307 (donde se establece que el elemento diferenciador entre el hurto y la estafa es el “engaño”. Similar, más de cien años después, la STOP de La Serena 27/04/2009, RIT 174-07, establece que en el ilícito de estafa el que recibe la cosa se la apropia con el propósito de defraudar y engañar; en cambio, quien hurta toma o sustrae con la intención de apoderamiento de una especie mueble); GT 2 sem. secc. crim. CA de Iquique 1919, p. 661; GJ N° 130 CA de Santiago 1991, p. 76; GT 1 sem. secc. crim. CS 1919, p. 394 (que señala como elemento esencial del delito la “defraudación”, es decir, “... una actuación idónea para engañar desarrollada con la finalidad de causar un perjuicio” –SCS 25/01/2000, Rol 4622-99–); RDJ T. LX secc. IV CS 1963, p. 217 (al decir que para poder cometerse el delito de estafa es esencial que medie un ardid, engaño o maniobra dolosa); GJ N° 158 CS 1993, p. 78 (donde se sostiene algo sumamente importante –y que muchos al día de hoy todavía confunden, relegando estos casos a la justicia civil–: para que se configure la “estafa contractual”, es indispensable la inducción al contrato mediante el engaño. En el mismo sentido, STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08; STOP de Punta Arenas 20/11/2006, RIT 77-06; SCS 12/10/2004, Rol 2570-02); SJG de La Serena 24/05/2004, RIT 83-02 (afirma que el engaño es el elemento “característico” de la estafa); STOP de Antofagasta 12/04/2008, RIT 27-08 (definiendo el engaño como “el astuto despliegue de medios engañosos”); STOP de Antofagasta 20/05/2008, RIT 69-08 (al manifestar que este tipo penal tiene como elemento básico la realización de una gestión engañosa para llevar a error a la víctima con el objeto de

derecho penal lo que le interesará será revisar la posibilidad de imputar objetivamente, esto es, “normativamente”, el resultado al hecho típico que se ha llevado a cabo.¹⁹

Dicho esto, entonces, la hipótesis que demarcará nuestro punto de partida –que desembocará, por supuesto, en los *objetivos* que desarrollaremos a continuación– consiste en que parece imperiosa una *normativización de los elementos del delito de estafa*. La tendencia de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia chilena al interpretar *naturalísticamente* la estafa, sobre todo a la luz del actual sistema procesal penal y las relaciones jurídico-negociales contemporáneas, creemos que conlleva a soluciones político-criminalmente desafortunadas.

Planteadas nuestras hipótesis, ahora expondremos los *objetivos* de esta investigación. Nuestro *objetivo general* consiste en someter a examen el rendimiento de la tesis naturalística de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia chilena sobre la teoría general de la estafa, y proponer una *normativización* de los elementos de este delito, con el propósito de obtener fines preventivo-generales más eficientes, a la luz de la realidad jurídico-social contemporánea. Ahora, el objetivo general recién mencionado se desarrollará a través de los siguientes *objetivos específicos*: a) recopilar, sistematizar y valorar la jurisprudencia de la CS existente desde el año 1841 hasta el 2010, en relación con el delito de estafa; y, b) analizar la literatura jurídica más importante existente en castellano, italiano y alemán relativa al delito de estafa con el propósito de identificar y sistematizar la normativización de los diferentes elementos de la estafa.

Por último, podemos decir que la *metodología* empleada en la presente investigación utilizará el método *histórico, dogmático y comparativo*. El primero resulta fundamental en nuestro estudio, pues el CP chileno en materia de estafa sigue al CP español de 1848, el cual, a su vez, sigue al sistema del CP francés de 1810.²⁰ Y precisamente aquí comienzan los supuestos proble-

que realice una disposición patrimonial que le cause perjuicio); SCS 28/01/2009, Rol 697-08 (que exige que el engaño sea fraudulento, serio y capaz, vale decir, se sostiene que cualquier engaño no basta, siendo preciso que tenga por fin inducir a la víctima a obrar de una forma determinada y que además debe ser de tal entidad que a través de él se pueda conseguir el fin previsto por el autor); SCS 25/08/2009, Rol 5259-08 (donde se manifiesta que el engaño no puede consistir en una simple mentira, sino que en una farsa inserta en un despliegue engañoso externo, requisito que regiría para todas las hipótesis de estafa, entre ellas las contempladas en los artículos 468 y 473 CP, preceptos que se distinguirían entre sí solo por la gravedad o despliegue escénico del engaño, afirmándose que lo propio del artículo 468 sería el ardid, maquinación o *mise en scène*, pero siempre a partir de ese umbral mínimo común); GJ N° 130 CA de San Miguel 1991, p. 82 (al decir que el elemento propio y característico de la estafa está constituido por el ardid o maquinación engañoso).

¹⁹ Como consecuencia inevitable, pues, la relación de causalidad solamente constituye un presupuesto desde el cual se tiene que afirmar la imputación objetiva del resultado. (Valle, 1987, pp. 159-161; Quintero, 2011, p. 80).

²⁰ El sistema vigente en Francia se define en el actual artículo 313-1 CP, que dispone: “Es estafa el hecho de engañar a una persona física o jurídica, bien mediante el uso de un nombre falso o de una falsa

máticos: este sistema emplea el denominado sistema “ejemplificativo”, en contraposición del sistema de “definiciones generales”. Por ello, no podemos discutir que el principal filtro normativo de la estafa en Chile se sitúa en el engaño y no en el perjuicio. No obstante, ¿por qué seguir utilizando el trasnochado sistema de la *puesta en escena* francés? En efecto, este procedimiento es tan amplio que permite –en nuestro concepto– poder usar cualquier sistema para delimitar normativamente el engaño.

El *método dogmático* –por su parte– también nos va a proporcionar una inestimable ayuda. En efecto, al comenzar esta introducción, esbozamos que los cimientos de la construcción dogmática de la estafa en Chile se construyen a partir de la obra de Antón.²¹ Y este sistema, según nuestro parecer, se podría sintetizar de la siguiente manera: a) los *elementos generales* del delito de estafa son el engaño bastante para producir un error, el acto de disposición patrimonial, el perjuicio, el ánimo de lucro y el nexo causal; b) la *simple mentira* no es un delito, ya que lo que la ley proscribiera es una maquinación o puesta en escena que tiene por fin dar crédito a la mentira y estar destinada a engañar a terceros; c) el *engaño* exige una relación directa y personal entre dos seres humanos; d) el *error* es un elemento autónomo de la estafa. Se considera un elemento “psicológico”, y consiste en una repre-

calidad, bien mediante el abuso de una calidad verdadera, o bien mediante el empleo de maniobras fraudulentas, determinándola así, en perjuicio propio o de tercero, a entregar fondos, valores o cualquier bien, a prestar un servicio o a consentir un acto que le imponga una obligación o aceptar una descarga”. (En <http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/penal_textE.htm> consulta del 7 de marzo del 2011). En el nuevo sistema, también se exige una calificación del engaño a través de la cláusula “maniobra fraudulenta”, pero de forma algo diferente a como se interpreta la puesta en escena en Chile. En efecto, en Francia existen dos casos expresamente previstos por la ley donde una simple mentira es suficiente para ser típica a efectos de la estafa (esto es, cuando se trata del nombre o calidad del agente; y el caso en que el interesado abusa de la confianza que inspira una verdadera cualidad suya). Fuera de los casos mencionados, se afirma que es necesario añadir a la mentira un hecho exterior o un acto material destinado a darle fuerza o crédito, siendo este hecho exterior precisamente el empleo de maniobras fraudulentas. Si bien es cierto que en el derecho francés, en principio, la mentira no puede bastar, no es menos cierto que la jurisprudencia reciente es más laxa, en el sentido de que algunas decisiones se muestran poco exigentes sobre la maniobra fraudulenta necesaria para sancionar la mentira. A principios del siglo XIX, la doctrina y jurisprudencia francesa tenían la tendencia a mostrarse, de manera general, muy exigentes sobre la importancia de las maniobras fraudulentas. Esta actitud obedecía a un razonamiento “civilista”, puesto que a la época se trataba de un marco de derecho común. Consideraban que solamente la estafa podía constituirse sí dentro de la naturaleza de los actos cometidos era de sorprender la vigilancia de alguien de inteligencia normal, esto es, de quien cuida correctamente sus negocios, asimilándolo al buen padre de familia del Código Civil. Aquí se puede constatar la confusión que existía en la época entre el dolo civil y la estafa penal. Se afirma que, siendo la finalidad de la estafa castigar aquel que abusa de otros, es efectivamente legítimo pensar que, al inverso, con mayor razón la perversidad del estafador es más reprochable cuando ataca a los menos lúcidos y es entonces en función de la capacidad de juicio concreto de cada víctima que debe apreciarse la suficiencia de las maniobras que lo engañaron. Debe quedar muy claro que en Francia, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el derecho positivo se ha fijado en que la suficiencia del engaño debe apreciarse en cada caso particular, esto es, en función de la concreta capacidad de resistencia intelectual y psicológica de la víctima en relación con la operación de que se trate, lo que no puede confundirse necesariamente con un nivel intelectual general que sea susceptible de ser batido en brecha por unas fuertes ganas, una fuerte pasión, una fuerte angustia, etc. (Sobre esto, véase Rassat, 2006, pp. 142-143 y 145; Conte, 2005, pp. 317 y ss.; Véron, 2004, pp. 246 y ss.).

²¹ Antón, 1958, pp. 56 y ss.

sentación mental que no responde a la realidad; e) la *disposición patrimonial*, en la configuración de la estafa, debería llevarse a cabo solo por un error humano, entendiéndose por tal una acción u omisión –en sentido amplio– que cause la disminución del propio patrimonio o del ajeno; y, finalmente, f) el *perjuicio*, entendido también como un elemento esencial, tiene que ser real y valorable económicamente.

Pretendemos proponer una *normativización de los elementos de la estafa*, con el propósito de hacer frente de manera coherente a los –reales– problemas que presenta la sociedad contemporánea. Y, para ello, intentaremos a lo largo de la investigación construir nuestra interpretación en este sentido.

Finalmente, debemos tener especial cuidado con el *método comparativo*. Esto, debido a que tendremos que escoger un ordenamiento extranjero que nos sirva de referencia, puesto que identificar correctamente la identidad normativa de cada sociedad es fundamental en la construcción de la estafa –lógicamente, si nuestro propósito es obtener soluciones político-criminales coherentes con la realidad jurídico-social contemporánea “en Chile”–.

Con el propósito de ser consecuentes con el método expuesto, nos serviremos especialmente del derecho español, italiano y alemán, porque los ordenamientos mencionados han constituido un referente obligado para el derecho sudamericano en general y chileno en particular –subrayando, nuevamente, que la utilización de uno y otro va a depender del elemento concreto de la estafa de que se trate, puesto que su normativización puede variar obedeciendo a uno u otro sistema–.

2. EL BIEN JURÍDICO

Tras esta discusión, se esconden una serie de interrogantes que son concluyentes a la hora de conceptualizar la fisonomía de nuestro delito –y, por supuesto, al momento de proponer su normativización–.²² La *mayoría de la doctrina comparada* sostiene que el *patrimonio* es el bien jurídico de la estafa.²³



²² Sobre este problema, con múltiples referencias, Pastor, 2004, pp. 25 y ss., y 39 y ss.; Pastor, 2011, pp. 230 y ss.; Gallego, 2002, pp. 103 y ss.; Zugaldía, 1988, pp. 52 y ss.; Huerta, 1980, pp. 29 y ss.; De la Mata, 2006, pp. 205 y ss.; Fiandaca & Musco, 2005, pp. 3 y ss.; Tiedemann, 1999a, NM 18 y ss.; Lackner, 1988, NM 4; Hernández, 2008, pp. 195 y ss.; Balmaceda, 2009, pp. 146 y ss.; Donna, 2001, pp. 266 y ss.; Donna & De la Fuente, 2004, pp. 42 y ss.

²³ Véase por todos, en España, Antón, 1958, p. 58; Quintano, 1977, p. 619; Muñoz, 2010, p. 428; Bajo, 2004, p. 15; González, 2005, pp. 506-507; Vives & González, 1996, p. 1213; Valle, 1987, p. 84; Choclán, 2009, p. 43; Conde-Pumpido, 1997, p. 34; Gutiérrez, 1991, pp. 214 y ss.; Magaldi, 2004, pp. 741; Pastor, 2004, pp. 29-30, 50 y 55; Pastor, 2011, pp. 230-231; Bacigalupo, 2007, pp. 146 y ss.; Arroyo, 2005, pp. 14-15; en Chile, Politoff et ál., 2005, p. 414; Hernández, 2003, p. 171; Etcheberry, 1998, pp. 287 y ss., y 399; Silva, 2005, p. 119; Balmaceda, 2009, p. 142; en Italia, Fiandaca & Musco, 2005, p. 165; Manzini, 1963, pp. 605 y ss.; Pedrazzi, 1955, pp. 70 y ss.; en Alemania, Tiedemann, 1999a, NM 18 y ss.; Cramer & Perron, 2006a, NM 2; Cramer & Perron, 2006b, NM 1; Lackner, 1988, NM 4; en Argentina, Donna, 2001, p. 263; Donna & De la Fuente, 2004, p. 39; Finzi, 1961, p. 18; Romero, 2007, pp. 217 y ss.

Esta postura exige un *perjuicio patrimonial* como resultado²⁴ –que se interpreta diferentemente según la concepción del patrimonio seguida–²⁵ y, también, una instrumentalización de la víctima a través del engaño –como elemento necesario para imputar el perjuicio al comportamiento del autor–.^{26,27}

La *lesión* al patrimonio consiste en su disminución económica. La determinación de esta disminución es un tema bastante discutido. Para dar solución a este problema, adherimos a la mayoría de la doctrina española,²⁸ es decir, no habría más que estimar el patrimonio en su totalidad como “*universitas iuris*”, porque, si el delito de estafa se consuma al momento del perjuicio patrimonial –y no cuando se lesione un derecho o elemento integrante del patrimonio–, debería ponerse atención en su totalidad, ya que solamente valorándolo antes y después de la lesión podría conocerse su valor económico.²⁹ En definitiva, en la estafa es *imprescindible* un perjuicio económico, cuya determinación a nuestro entender únicamente podrá

²⁴ Sobre este punto, en especial para destacar la diferencia con los delitos contra la propiedad (como el hurto), es importante recordar lo apuntado por Zugaldía (1988, p. 26): “La diferencia más importante entre los delitos de apropiación y los delitos contra el patrimonio es que para los primeros se necesita un perjuicio para el patrimonio de la víctima (también las cosas sin valor económico se pueden robar), aunque casi siempre existe; mientras que para los segundos es requisito imprescindible para su penalidad la iniciativa o por lo menos un intento de perjuicio al patrimonio”.

²⁵ Gallego, 2002, p. 322.

²⁶ Debe tenerse presente que, para esta interpretación, es diferente el “perjuicio” y la “imputación del perjuicio”, lo que trae consigo las siguientes repercusiones: a) la mera existencia de un acto de disposición involuntario no sirve para hablar de un delito de estafa, ya que esta exige que la instrumentalización de la víctima sea idónea para conducir a un acto de disposición perjudicial; b) esta interpretación comprende al delito de estafa como una autoría mediata tipificada en la que el instrumento y la víctima coinciden; y, c) por último, la libertad constituye, por una parte, el objeto sobre el que recae la instrumentalización y, por otra parte –para algunos, que no es nuestro caso–, puede servir para determinar el perjuicio –solo si se sigue una *concepción personal* del patrimonio–. (En este último sentido, Pastor, 2004, pp. 50-51).

²⁷ Pensamos que debería abandonarse la tesis de que también en la estafa se protege la *buena fe* en el tráfico jurídico –porque por ser un interés detrás del patrimonio no alcanzaría la categoría de “bien jurídico”–, ya que no existiría un “derecho a la verdad”, porque el engaño –en sí mismo considerado– no poseería relevancia jurídico-penal, y porque la generalidad del derecho comparado no estima consumado el delito sino hasta la producción de un daño patrimonial. De otra manera, se produciría un indeseado adelantamiento de las formas imperfectas de ejecución, motivo por el que debería considerarse que el engaño en el delito de estafa cumpliría un rol delimitador de la conducta relevante a efectos del derecho penal, y, por lo tanto, serviría también para distinguir las diferentes acciones que atentan contra el patrimonio. En esta dirección, Bajo, 2004, pp. 15-16; Rodríguez & Serrano, 1995, p. 499; Lackner, 1988, NM 4; Cramer & Perron, 2006a, NM 1; Balmaceda, 2009, p. 144; Donna, 2001, p. 265; Donna & De la Fuente, 2004, p. 41. En contra, Antón, 1958, pp. 57-58; Muñoz, 2010, p. 428; Mezger, 1959, p. 238.

²⁸ Véase, por todos, Bajo (2004, pp. 18-19), al decir: “... en el caso concreto de la estafa, es obligado distinguir entre el objeto material de la acción, que indudablemente solo puede ser un elemento integrador del patrimonio, del bien jurídico protegido por el delito, que no puede ser otro que el patrimonio desde una consideración global como *universitas iuris*...”; Antón, 1958, p. 67; Huerta, 1980, p. 45; Bustos, 1991, pp. 193-194; Zugaldía, 1988, pp. 52 y ss.; Mata, 2007, p. 28; en Chile, Politoff et ál., 2005, p. 414; Balmaceda, 2009, pp. 145-146; en Argentina, Donna, 2001, p. 266; Donna & De la Fuente, 2004, p. 42. En contra, Vives & González, 1996, pp. 1109-1110; Valle, 1987, pp. 88 y 229; Muñoz, 2010, p. 428; González, 2005, pp. 506-507; Magaldi, 2004, p. 742.

²⁹ Choclán, 2009, pp. 63 y ss.

considerarse valorando al patrimonio en su conjunto –como universalidad de derecho–, antes y después del delito, atendiendo al valor económico de sus componentes y a la importancia económica que en el conjunto pueda tener el menoscabo –ya que de esta manera se evitan problemas a la hora de una “compensación”–.³⁰

A nuestro juicio, el ámbito del patrimonio no se reduce al derecho real de propiedad, sino que podría recaer en cualquier otro elemento que lo integre –como bienes muebles e inmuebles, derechos reales y de crédito–. Por ello, en la estafa se protegería el patrimonio en sentido amplio.³¹

De esta manera, la lesión de un elemento integrante del patrimonio –como puede ser la propiedad, la posesión, un derecho de crédito, etc.– únicamente sería considerada como estafa cuando pueda constatarse una disminución del valor patrimonial teniendo en cuenta el patrimonio en su totalidad, mientras que, en otros delitos, bastaría la lesión al elemento patrimonial para estimarlos consumados –como sucede en el hurto o en el robo–, pese a que el patrimonio, globalmente estimado, se mantenga igual o, incluso, resulte beneficiado.³²

Teniendo presente nuestro punto de partida, ahora es turno de estudiar un concepto de patrimonio. Como no podía ser de otra manera, también es ampliamente debatido el concepto jurídico-penal de patrimonio a efectos del delito de estafa.³³ Por ello, la doctrina adopta diferentes posturas, a saber:

³⁰ Así, Gutiérrez, 1991, pp. 219-220; Politoff et ál., 2005, pp. 414 y 434.

³¹ En el mismo sentido, Gutiérrez, 1991, pp. 215-216; Gallego, 2002, pp. 25 y ss., y pássim; De la Mata, 2006, p. 207; Zugaldía, 1988, pp. 52 y ss.; Bustos, 1991, p. 189; Silva, 2005, pp. 112-113 y 119; Balmaceda, 2009, p. 145; Rengier, 2006, § 13 NM 1; Joecks, 2005, § 263 NM 1.

³² En esta dirección, Bajo, 2004, p. 20; Rodríguez & Serrano, 1995, pp. 370 y ss., y 500.

³³ Este problema se enmarca en un debate más amplio que tiene por finalidad desentrañar los vínculos existentes entre el derecho civil y penal en la elaboración de los conceptos, y sobre el particular existen dos respuestas radicales: a) por un lado, la estimación del derecho penal como un sistema sancionador que vigoriza enfoques jurídicos preestablecidos por otras ramas del Derecho, de donde emana una completa accesoria de los conceptos penales respecto a las definiciones del derecho privado (como hace Karl Binding); y, b) por otro, la teoría que concibe al derecho penal como una rama del ordenamiento jurídico con funciones diferentes de las otras ramas del Derecho, de donde emana la autonomía (total o relativa, dependiendo de la postura que se siga) del derecho penal en la elaboración de sus conceptos. (Sobre esto, Pastor, 2004, pp. 57 y ss.).

a) una concepción jurídica,³⁴ b) otra económica,³⁵ c) otra mixta o jurídico-económica, y, por último, d) existen las teorías personales/funcionales del patrimonio.³⁶ El estudio de estas tesis excede el propósito de esta investigación. Por eso, nos avocaremos a la doctrina que creemos prudente para cumplir con el objetivo de esta investigación, esto es, la *teoría mixta*.



³⁴ A nuestro juicio, podría elaborarse una crítica general a esta postura (así, Tiedemann, 1999b, NM 128; Asúa, 1993, pp. 57 y ss.; Huerta, 1980, pp. 28 y ss.), en el sentido de que existen expectativas de Derecho –como la clientela, de vital importancia en el derecho mercantil– cuya defraudación puede tener grandes implicancias en el mundo del Derecho y, por otra parte, no parece razonable constatar un delito de estafa tratándose de derechos patrimoniales que no sean valorables económicamente, ya que se cae en una subjetivización insostenible del delito en estudio (en este sentido, Bajo, 2004, pp. 21-22). Sin embargo, algunos autores reconocen la utilidad de esta tesis en tanto tiene el mérito de destacar que, a la hora de elaborar los conceptos penales, es relevante tener a la vista las regulaciones de otras ramas del Derecho. Como el derecho penal tiene sus propios fines, tiene que gozar de cierta independencia en la elaboración de sus conceptos; el principio de unidad del ordenamiento jurídico configura ciertos límites jurídico-civiles a la definición penal de patrimonio, lo que no significa asumir una concepción civilista del patrimonio jurídico-penal, pero sí tomar en cuenta las valoraciones propias de dicha rama del Derecho, ya que así se evitan contradicciones valorativas, proponiéndose un modelo de “accesoriedad valorativa”, en virtud del cual la valoración negativa de una posición de poder emitida por el derecho civil obliga a excluir esa posición de poder del patrimonio penalmente protegido (así, Pastor, 2004, pp. 33-34, 64 y ss.). No obstante, nos parece que debería tenerse presente que el *principio de unidad del ordenamiento jurídico* no determinaría que todas sus partes (sistemas) se desenvuelvan con bases con las mismas finalidades, ya que *sería viable que un comportamiento desaprobado civil o administrativamente no lo sea penalmente*, justamente porque, a pesar de la interrelación entre todos los sectores del ordenamiento, no juegan los mismos principios ordenadores en cada uno de ellos. Por ello, la lesividad ajustada a los delitos contra los intereses patrimoniales parece ser *completada* obligatoriamente por la afectación penalmente relevante –lesión o puesta en peligro– de dicho valor funcional (es decir, el resultado en sentido jurídico), lo que no siempre concernirá al razonamiento de afectación del objeto material (o sea, el resultado en sentido material). En este último sentido, Gallego, 2002, pp. 98 y ss.

³⁵ La crítica más relevante a esta postura es que estima una estafa cuando el menoscabo económico es originado atacando un poder o señorío no tutelado en forma jurídica. Así, se dice que acentúa el papel del engaño –desvalor de acción– y que menosprecia la importancia del desvalor de resultado –el perjuicio–. Se critica también por su imposibilidad de imputar la cosa a un titular con el único elemento del poder de disposición sin referencia alguna a criterios de índole jurídico (en este sentido, Bajo, 2004, p. 22). Dicho de otra manera, se puede señalar en contra de esta postura que, frente a la supuesta claridad que presumen sus postulados, ostentan una muy restringida potencia explicativa. De esta forma, en contra de lo que suele manifestarse en las explicaciones de esta concepción, si bien el concepto de patrimonio se establece según nociones económico-materiales, se adjudicaría un concepto jurídico para instaurar y relacionar la pertenencia patrimonial (en esta dirección, Gallego, 2002, pp. 139-140; Tiedemann, 1999b) NM 132). Junto a la crítica aludida, verdaderamente, la primordial reprensión que se ha volcado en relación con la tesis económica extrema es la de su excesiva amplitud en la protección penal, que alcanza no solo a escenarios económicos sin protección jurídico-civil, sino también a los contextos fácticos de contenido económico poseídos de forma antijurídica, con lo que existiría el peligro de incertidumbre jurídica y el de la existencia de contradicciones valorativas entre los diferentes sectores del ordenamiento jurídico. Y es este exceso en la protección penal el motivo por que se producen correcciones normativas que darán lugar a la tesis “jurídico-económica” del patrimonio (Gallego, 2002, pp. 140-142). Así, un problema conexo a esta extrema objetividad se sintetiza en la “indeterminación” a la que puede conducir (en este sentido, Gallego, 2002, pp. 145-146; Zugaldía, 1988, p. 55; Huerta, 1980, p. 33). Por último, metodológicamente esta concepción económica conjetura un abandono de la concepción civilista del “derecho subjetivo patrimonial”, y, en un sentido más amplio, la no dependencia absoluta de los conceptos extrapenales (así, Lackner, 1988, NM 122-123, donde apunta que el derecho penal no puede emanciparse totalmente de las normas relevantes para la asignación jurídica de las cosas), lo que viene a relacionarse con una noción del derecho penal como conceptualmente autónomo del derecho civil (Gallego, 2002, p. 147).

³⁶ Sobre estos problemas, con múltiples referencias doctrinales y jurisprudenciales, Gallego, 2002, pp. 103 y ss., 108 y ss., 125 y ss., 148 y ss., y 177 y ss.; De la Mata, 2006, pp. 207 y ss.; Balmaceda, 2009, pp. 146 y ss.

Al respecto, debemos manifestar que en la dogmática de la estafa se ha impuesto un modelo económico de patrimonio al que se le han incorporado *correctivos normativos*. Estos filtros se han creado con el propósito de eludir contradicciones valorativas –a las que se llega necesariamente si se sigue una tesis “pura” o “extrema” del patrimonio en sentido económico–. La normativización referida ha dado lugar a la *concepción dominante*,³⁷ esto es, el *concepto jurídico-económico de patrimonio*, con un indiscutible *punto de partida* económico,³⁸ sustrayendo del ámbito de protección exclusivamente aquellas perspectivas que no son valoradas por el ordenamiento jurídico.³⁹

En virtud de la postura seguida, el patrimonio debería entenderse –como hemos adelantado– en sentido amplio, es decir, como una suma de relaciones jurídico-patrimoniales que sean idóneas de valoración económica,⁴⁰ cuyo punto de partida, para cuantificar el cómputo del perjuicio patrimonial –y este es un elemento común con el concepto económico–, consistiría en la comparación del valor del patrimonio antes y después del acto de disposición patrimonial.⁴¹

Por lo anterior, debería rechazarse la *concepción jurídica* del patrimonio⁴² –inspirada por un pensamiento formal del bien jurídico-penal–⁴³ correspondiente a una época en que se estimaba al derecho penal como un ordenamiento acéfalo con carácter secundario y dependiente del derecho privado. De la misma manera, debería dejarse a un lado la *concepción económica*, ya que tiene el defecto de poseer una excesiva amplitud que la hace perder su sentido práctico.⁴⁴

No obstante, no comulgamos con cualquier teoría mixta. Así, no parece adecuado solamente apreciar las posiciones económicas “jurídicamente reconocidas”. A esta conclusión llegamos porque partimos de la base de que pertenece al patrimonio *todo bien* de naturaleza económica mientras posea una “aparición jurídica”, sin que sea importante su reconocimiento jurídico “efectivo” o “real”, pues debe recordarse que todo ordenamiento jurídico de nuestra



³⁷ Por todos, en España, Antón, 1958, p. 68; Conde-Pumpido, 1997, p. 38; Bajo, 2004, p. 23; Valle, 1987, pp. 82 y ss.; Huerta, 1980, pp. 35 y 45; en Alemania, Tiedemann, 1999b, NM 132; Cramer, 1968, pp. 50 y ss., y 100 y ss.; Cramer & Perron, 2006b, NM 82; Welzel, 1969, pp. 372 y ss.

³⁸ Politoff et ál., 2005, pp. 297 y ss., y 414 y ss.; Yubero, 1993, pp. 60 y ss.; Balmaceda, 2009 y pp. 152 y ss.

³⁹ Sobre esta teoría, con múltiples referencias, Asúa, 1993, pp. 100 y ss.; De la Mata, 2006, p. 209 y ss.; Gallego, 2002, pp. 148 y ss.

⁴⁰ Valle, 1987, pp. 83-84, 228-229 y 234; Huerta, 1980, p. 35.

⁴¹ Tiedemann, 1999b, NM 161.

⁴² Sobre las críticas que se hacen al concepto mencionado, Gallego, 2002, pp. 118 y ss.; Zugaldía, 1988, p. 54; Huerta, 1980, pp. 30 y ss.; Rodríguez & Serrano, 1995, pp. 531-532; Lackner, 1988, NM 121.

⁴³ Sobre este tema, Fernández, 2004, pp. 17 y ss. y 102; González-Salas, 2001, pp. 16 y ss.; Hormazábal, 1991, pp. 38 y ss., y 54 y ss.

⁴⁴ Sobre esto, Gallego, 2002, pp. 139 y ss.; Martos, 1990, pp. 25 y ss.; Zugaldía, 1988, pp. 54-55.

órbita de cultura prohíbe las vías de hecho en la solución de los conflictos y obliga al afectado a acudir al poder judicial, donde la *apariencia jurídica* se toma como base suficiente para otorgar derechos y exigir obligaciones.⁴⁵

A pesar de que existen diferentes posturas que avalan las teorías mixtas, podemos percibir cierto *consenso*. El acuerdo a que hacemos referencia –y que tenemos que tener presente como base de la normativización de los elementos de la estafa– alude a lo siguiente:⁴⁶ a) integran parte del patrimonio los elementos que no tengan una *desaprobación* jurídica; b) forman parte del patrimonio los elementos que tengan un reconocimiento jurídico; c) son elementos del patrimonio los que cuenten con una aprobación por parte del ordenamiento jurídico; d) forman parte del patrimonio los elementos en los que existe *protección jurídica*; y, e) por último, hacen parte de él también los elementos que se definen en un *derecho subjetivo patrimonial*.

Nuestro concepto no se encuentra exento de críticas –las cuales, pese a todo, creemos que no tienen la entidad suficiente como para no seguir esta postura, y las exponemos únicamente para tenerlas presentes a efectos del debate–, como las siguientes, a saber:⁴⁷

- a) Según la opinión de Pastor⁴⁸ –que obviamente no compartimos–, estas tesis pueden tener la cara de satisfactorias –para solucionar los casos concretos que tanto la tesis jurídica como la económica no eran idóneas para responder por sí mismas–, pero, en definitiva, carecen del defecto propio de toda construcción ecléctica, esto es, la combinación de principios jurídicos con otros de orden fáctico que se limitan de tal forma que ninguno de ellos termina aplicándose en plenitud.
- b) Se ha señalado también que, si tal postura se pretende como aparentemente objetiva, no puede poner atención a la realidad del daño patrimonial en los supuestos en que el valor de un bien no se capta si no se tiene en cuenta la situación específica (por ello, para no incurrir en contrasentidos injustificados, terminan adoptando criterios correctivos –objetivo-individuales–, de manera que la existencia del perjuicio ya no únicamente penderá de la mengua económico-contable del haber de su titular).

⁴⁵ Así, en España, Bajo, 2004, pp. 22-23; Valle, 1987, pp. 86 y 228-229; Asúa, 1993, pp. 64 y ss.; Asúa, 1995, pp. 133 y ss.; De la Mata, 2006, pp. 210-211; De la Mata, 1995, pp. 243 y ss.; en Chile, Politoff et ál., 2005, pp. 414 y 435; Balmaceda, 2009, p. 154. Pues bien, nos decantamos por una *apariencia jurídica*, o sea, creemos que basta con que el bien jurídico posea un cierto reconocimiento jurídico, aunque sea provisional, como sucede con las cosas que se poseen antijurídicamente. (Gutiérrez, 1991, p. 222).

⁴⁶ Sobre este asunto, Gallego, 2002, pp. 160 y ss.; Cramer & Perron, 2006b, NM 84 y ss.; Tiedemann, 1999b, NM 133 y ss.; Lackner, 1988, NM 127 y ss.; Balmaceda, 2009, pp. 154 y ss.

⁴⁷ Gallego, 2002, pp. 174 y ss.

⁴⁸ Pastor, 2004, p. 39.

- c) De otro lado, conceptualizar el patrimonio comenzando por el elemento abstracto de una “mera suma de valor económico” –en opinión de sus detractores– no es suficiente para fundar vinculaciones sociales (así, un concepto puramente económico podría tener sentido en una economía dirigida, organizada y de precios fijos, pero no en un sistema en el que los precios cambian atendiendo a la oferta y la demanda).

Para terminar con el estudio de esta postura, nos resta por manifestar que el *momento* en el que debe llevarse a cabo la comparación del patrimonio –en la estafa– a fin de determinar el perjuicio patrimonial es necesariamente el del acto de disposición patrimonial,⁴⁹ de tal forma que la posterior admisión por parte del autor de medidas encaminadas a la eliminación del perjuicio no deberían valorarse a efectos de su fijación⁵⁰ –ni de la posible presencia de una compensación de dicho perjuicio–, entretanto que sostenemos que sí deben tenerse en cuenta en el entorno de la responsabilidad civil derivada del delito, así como a efectos de la determinación de la pena⁵¹ (p. ej., por la vía del artículo 11, numeral 7, CP chileno –que alude a la atenuante de procurar con celo reparar el mal causado o impedir sus posteriores perniciosas consecuencias–). De igual modo, menos aún corresponderían estimarse los aumentos y/o disminuciones de valor ulteriores.⁵²

3. EL ENGAÑO: FUNDAMENTO PARA SU NORMATIVIZACIÓN

Un paso importante en la normativización de la estafa –según adelantamos en la introducción– podría consistir en la aplicación de la *victimodogmática*. Esto significa introducir la responsabilidad de la víctima en el estudio de la tipicidad, con lo cual se podría favorecer al rechazo del sistema causalista –naturalístico– que estimaba el delito como un proceso unilateral de generación de un resultado lesivo.⁵³

No obstante, la utilización del *principio de subsidiariedad* por parte de la victimodogmática no parece correcta desde un punto de vista metodológico.⁵⁴ Entonces, podemos decir que el aporte que efectuaría tiene relación con



⁴⁹ Tiedemann, 1999b, NM 161.

⁵⁰ *Ibid.*, NM 162.

⁵¹ Gallego, 2002, p. 338.

⁵² Tiedemann, 1999b, NM 162.

⁵³ Choclán, 2009, pp. 123 y ss.; Hernández, 2010a, pp. 20 y ss.; Pastor, 2010, pp. 255 y ss.

⁵⁴ En sentido similar, señalando que no puede ser un criterio decisivo, Arzt (1984, pp. 105 y ss.) expone –con acierto– que, por regla general, la victimodogmática no puede tener como consecuencia la impunidad, sino una mera “atenuación” de la pena. Este criterio parece también acertado en Chile, por aplicación del artículo 69 CP, que dispone: “Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la

llamar la atención en que las posibilidades de *autoprotección de la víctima* podrían ser relevantes en la conceptualización de la conducta típica y, con ello, podría ser útil para delimitar los ámbitos de responsabilidad entre autor y víctima, en relación con los cuales debe enfocarse en un marco más adecuado, es decir, en la *imputación objetiva*.⁵⁵ Sobre los deberes referidos, volveremos a reflexionar en el próximo apartado (infra, N° 4).

Tradicionalmente, se ha dicho que el engaño consiste en la “simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas”.⁵⁶ Comprendido el asunto de esta manera, el *engaño* en la estafa debería ser la *causa*⁵⁷ –en el sentido de la teoría de la condición– de la disposición patrimonial perjudicial.⁵⁸ Interpretar tal elemento de esta manera significaría –como hemos repetido algunas veces– asumir un sistema meramente *naturalístico*. Hemos adelantado nuestro rechazo a esta solución. Por eso, estimamos que se requiere el complemento de este sistema conforme con los requerimientos de la teoría de la *imputación objetiva*.

Las consecuencias que pueden derivar en el supuesto de no asumir esta última postura son muchas. Por ejemplo, en la estafa sería admisible solamente el dolo directo, y no habría estafa en los casos de la simple mentira, el engaño por omisión, o el engaño que recaiga sobre juicios de valoración. ¿Esto sería admisible a la luz de los problemas del mundo de los negocios contemporáneo? No se trata de aumentar los supuestos de punibilidad del delito de estafa, lo que se busca es otorgar soluciones justas frente a los problemas reales que afectan a este tipo de criminalidad en la sociedad actual –con necesidades y formas de actuación bien diferentes a la sociedad de la primera mitad del siglo XX–. Es decir, cuando hablamos de soluciones “justas”, el modelo adoptado perfectamente podría determinar la impunidad de supuestos bajo los cuales, de acuerdo con el modelo de la mayoría de la doctrina, efectivamente sí se tratarían de casos de estafa. Por ejemplo, imagínese una

pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

⁵⁵ Pastor, 2004, pp. 117-118; Balmaceda, 2009, pp. 171 y ss.; Balmaceda & Araya, 2009, p. 14 y ss.

⁵⁶ Antón, 1958, p. 61.

⁵⁷ En este sentido, la jurisprudencia española manifiesta que se exige un “engaño antecedente”, es decir, que el delito de estafa requiere un engaño precedente o concurrente, señalando que es la espina dorsal de la estafa. (Véase STS de 30/10/1997; 7/11/1997; 4/02/1998; 17/07/1998; 1/03/1999; 20/01/2004).

⁵⁸ No se olvide que la teoría de la condición tiene por base el hecho de que es causa del resultado “toda condición” que ha intervenido en su realización con indiferencia del cálculo de su proximidad temporal. Por ello, esta doctrina se conoce también con el nombre de “teoría de la equivalencia”, ya que todas las condiciones del resultado se estiman como equivalentes. Buscar un comportamiento que ha condicionado causalmente un resultado se resuelve por medio del uso de la siguiente hipótesis: “Es causal toda condición del resultado que, suprimida mentalmente, haría desaparecer el resultado”. Para los seguidores de esta concepción, establecer la causalidad como condición resulta suficiente para “afirmar la presencia del tipo objetivo”. (Véase Berdugo, 2004, pp. 219 y ss.).

muy elaborada puesta en escena, tratándose de una hipótesis, en la que no se ha aumentado el riesgo permitido dentro del entorno mercantil.

Comenzaremos a desarrollar nuestra argumentación. El primer gran problema –que interesa al trasnochado debate de la diferenciación entre el fraude civil y penal–⁵⁹ consiste en que al engaño se le ha dado un protagonismo exagerado, ya que, a fin de cuentas, el debate de la distinción de ilicitudes será, en definitiva, un problema de tipicidad⁶⁰ que tendría que solucionarse conforme a los elementos hermenéuticos tradicionales y, como se sabe, los tipos penales tienen que cumplir un objetivo político-criminal determinado, que habría de delimitarse conforme a una interpretación “teleológica”. Dicho con otras palabras, al engaño se le ha otorgado un protagonismo desmedido, puesto que no existe un engaño civil y otro penal, sino que “conductas engañosas que, por cumplir las exigencias típicas, devienen penalmente relevantes”.⁶¹

4. EL ENGAÑO: ESTAFA E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Por todo lo anterior, una vez más repetimos que el problema de fijar la cualificación del engaño para determinar su relevancia jurídico-penal debe resolverse conforme a los criterios de la *teoría de la imputación objetiva*, cuyos rasgos esenciales analizaremos a continuación.⁶²

En primer lugar, asumir una delimitación necesaria del engaño típico en sede de imputación objetiva significa necesariamente que no es correcto afirmar el rechazo *a priori* de un engaño típico a efectos del delito de estafa que no implique una puesta en escena.⁶³

En segundo lugar, –previamente– creemos que sobre este tema resulta sumamente relevante tener presente que el punto de vista desde el que se observe a la víctima cambia totalmente según se trate del juicio de imputación objetiva de la conducta o del resultado. En efecto, si se parte del primer juicio, debe tenerse como base un modelo de víctima para poder de esa manera construir la tipicidad desde un ámbito objetivo, y, por esta razón, se tiene que dejar de lado las características de la víctima y del progreso causal. En



⁵⁹ Ya en la segunda mitad del siglo XIX, se ponía de manifiesto que este problema es arduo, y se decía que resultaba imposible una delimitación segura entre ambos ilícitos. (Groizard, 1870, pp. 7 y ss).

⁶⁰ En el mismo sentido, Valle, 1987, pp. 18, 40 y 75; Bajo, 2004, pp. 70 y ss.; Hernández, 2003, p. 158; Garrido, 2002, pp. 317-318; Balmaceda, 2009, pp. 183 y ss.; Balmaceda & Araya, 2009, pp. 25 y ss.; Donna, 2001, p. 277; Donna & De la Fuente, 2004, p. 51, nota 39.

⁶¹ Gutiérrez, 1991, p. 342.

⁶² Sobre esto, Cabrera & Contreras, 2009, pp. 55 y ss.; Hernández, 2010a, pp. 13 y ss.

⁶³ Así, por todos, Muñoz, 2010, p. 431; Quintano, 1977, pp. 596-597; Vives & Antón, 1996, p. 1224; Romero, 2007, p. 121; Valle, 1987, pp. 144-145; Fernández, 2005, pp. 186 y ss.; Balmaceda, 2009, pp. 184 y ss.; Balmaceda & Araya, 2009, pp. 25 y ss.

cambio, en el juicio de imputación objetiva del resultado –que defendemos en este trabajo– son importantes las peculiaridades de la víctima: de hecho, debe ponerse atención en la víctima del caso concreto y en el proceso causal que realmente se originó.⁶⁴

De esta manera, no existe entonces unanimidad en torno a lo que se entiende por “imputación objetiva”, e, incluso, todavía existen detractores de este juicio de imputación (sobre todo, desde la teoría final de la acción). Sin embargo, entendemos que la doctrina dominante considera que el punto central de atención es el del juicio de *imputación objetiva del resultado*, tanto desde un punto de vista general como en relación con el delito de estafa en particular, partiendo del siguiente supuesto:⁶⁵ asegurada la relación de causalidad conforme con la teoría de la equivalencia de las condiciones, deben agregarse criterios correctores de índole normativo que exigen la ejecución de un peligro por parte del autor, y que este no se encuentre cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.

En tercer lugar, si la estafa –en cuanto delito de resultado– debe ser analizada conforme lo propugna la teoría de la imputación objetiva, entonces, las mismas deficiencias imputadas a las teorías causales en el ámbito del homicidio pueden ser objetadas en el ámbito de la estafa.⁶⁶ En este sentido, como delito de resultado, la estafa presenta características especiales que han de tenerse en cuenta al efectuar su examen de imputación objetiva.⁶⁷ De una parte, el proceso causal que fundará la producción del perjuicio económico aparece típicamente dispuesto en sus hitos cardinales;⁶⁸ y, de otro lado, es un delito que demanda la participación de la víctima en el transcurso ejecutivo.⁶⁹ En relación con este problema, podemos decir que pueden desprenderse las siguientes consecuencias:



⁶⁴ Pastor, 2004, p. 147. Sobre este tema, en detalle, Hernández, 2010a, pp. 10 y ss.; Mayer, 2008, pp. 381 y ss.; Pastor, 2010, pp. 255 y ss.

⁶⁵ Por todos, Martínez, 1992, pp. 41 y ss., 125 y ss., 172 y ss., 265 y ss.; Roxin, 1997, pp. 342 y ss.; Mir, 2006, pp. 357 y ss.

⁶⁶ Pérez, 1995, pp. 285-286.

⁶⁷ Así, la jurisprudencia chilena ha manifestado que el engaño típico requiere haber generado un riesgo idóneo o típicamente relevante (analizado *ex ante* y conforme al hombre medio), al bien jurídico propiedad, imputable objetivamente al actuar doloso del sujeto activo (STOP de Santiago [2^o] 16/05/08, RUC: 0700861460-6).

⁶⁸ López, 1990, pp. 219 y ss.

⁶⁹ En efecto, en relación con esto, la jurisprudencia española señala que, si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, aquellos engaños en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. También, manifiesta que, cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño, según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello, ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo, que en opinión del TS, en realidad, es preponderantemente subjetivo. (STS de 15/02/2005).

- a) Los hitos fundamentales del proceso causal del delito de estafa son, de un lado, la preparación del proceso causal que convergerá en el perjuicio económico que únicamente puede originarse por el engaño; y, de otra parte, que algunas legislaciones representan explícitamente no solo la acción y el resultado, sino que insinúan otro eslabón intermedio de la cadena: el acto de disposición patrimonial.⁷⁰ Ello significa que este pueda ser examinado como resultado del engaño y como condición del perjuicio;⁷¹ y
- b) La existencia del acto de disposición muda a la estafa en lo que la doctrina designa como “delito de relación”,⁷² de forma que, para el estudio de la imputación objetiva del resultado, no solo tendrán que examinarse las características del comportamiento del autor –el engaño–, sino también las que posea la participación de la víctima –el acto de disposición realizado por error–. Esto concebirá como sustancialmente relevante el estudio del fin de protección de la norma en el delito de estafa.⁷³

En este sentido, el TS ha declarado que, como último estadio de la imputación objetiva, adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que, afirma, constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al derecho penal.⁷⁴ Así mismo, ha manifestado que, de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que, con una mínima diligencia, hubiera evitado el menoscabo, pues como el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien;⁷⁵ por último, el TS afirma que no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que



⁷⁰ Expresamente se menciona este elemento en el artículo 248.1 CP español. No sucede lo mismo en los artículos 640 CP italiano, 468 y 473 CP chileno, ni en el § 263 del CP alemán. No obstante, en estos últimos países, se estima como elemento esencial, entendido como “elemento no escrito”. (Así, véase, en Alemania, Wessels, 2009, pp. 276 y ss.; Cramer & Perron, 2006b, NM 54; en Italia, Fiandaca & Musco, 2005, pp. 170, y 178 y ss.; en Chile, Politoff et ál., 2005, pp. 418 y 433-434; Balmaceda, 2009, p. 186, nota 256; Balmaceda & Araya, 2009, p. 27, nota 62).

⁷¹ Pérez, 1995, pp. 290 y ss.

⁷² Salvador & Silva, 1999, p. 99; Pastor, 2004, p. 265.

⁷³ Así, desde antiguo, se viene comprendiendo el delito de estafa, para diferenciarlo del resto de delitos contra el patrimonio, como un delito que se caracteriza por constatarse una cooperación de la víctima del engaño (como hacen, por ejemplo, Quintano, 1977, pp. 640 y ss.; González, 2005, p. 513).

⁷⁴ STS de 15/02/2005; 07/07/2005; 29/12/2005; 22/09/2006; 20/12/2006; 31/12/2008.

⁷⁵ STS de 15/02/2005; 07/07/2005; 20/12/2006; 01/02/2007; 31/12/2008.

el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose que ello tenga lugar mediante un engaño “bastante”.⁷⁶

En este contexto, en conclusión, *al engaño lo concebimos como aquella conducta –cualquiera, incluso la simple mentira– que pueda crear un riesgo típicamente relevante, para cuya idoneidad objetiva bastaría con que genere un riesgo típicamente relevante de producción de un acto de disposición por error que desemboque en un perjuicio patrimonial.*⁷⁷

En cuarto lugar, conforme con lo que hemos apuntado, la determinación de la tipicidad del engaño requiere una valoración de su capacidad para provocar un error y estimular el acto de disposición patrimonial. Lo tradicional sería utilizar aquí la tesis de la adecuación, de donde se concluiría que se debería maniobrar con una doble medida, objetiva y subjetiva, de forma similar a como se concibe el deber de cuidado en los delitos imprudentes. No obstante, estimamos que debe renunciarse a esta forma de proceder y suplantarla por el juicio de pronóstico posterior objetivo, de acuerdo con el cual se enjuicia, según la doctrina española mayoritaria, la idoneidad objetiva de una conducta para originar un determinado resultado.⁷⁸

Igualmente, acorde con un importante sector de la doctrina española,⁷⁹ habrá que efectuar un juicio en relación con la probabilidad de que el engaño –la falta de verdad en lo que se dice o se hace con o sin puesta en escena–, estimado *ex ante*, origine un acto de disposición por error, basándose en las circunstancias conocidas o identificables por el hombre prudente en la órbita social del autor más los accidentes conocidos o reconocibles por el autor con base en sus conocimientos específicos, lo que no nos parece correcto, como veremos.



⁷⁶ Para resumir, la jurisprudencia española, al restringir el ámbito del engaño típico, se ciñe a su texto legal, afirmando que solamente es típico el engaño *bastante*, o sea, el que sea capaz de traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y además que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de una persona. (STS de 21/01/2002; 23/10/2002; 28/11/2004; 08/04/2003; 20/01/2004; 28/01/2004; 25/03/2004; 15/02/2005; 17/02/2005; 23/06/2005; 07/07/2005; 29/12/2005; 22/02/2006; 16/07/2008; 24/09/2008).

⁷⁷ Similar, Pérez, 1995, p. 299; Balmaceda, 2009, p. 187; Balmaceda & Araya, 2009, p. 28; Donna, 2001, pp. 309 y ss.; Donna & De la Fuente, 2004, p. 71.

⁷⁸ Valle (1987, pp. 164 y ss.) explica el juicio de adecuación del engaño como primer elemento de la imputación objetiva del delito de estafa, sosteniendo la exigencia de no perder de vista las circunstancias verdaderas y específicas del engañado y, afirmando también, la idoneidad del engaño cuando el autor logra obtener el resultado en virtud de conocimientos individuales que le posibilitan un dominio especial del hecho. No obstante, tenemos que apuntar que el autor no es del todo claro, pues parece que las peculiaridades de la víctima tienen autonomía en el juicio de adecuación, separadamente del conocimiento que de ellas tenga o pudiera poseer el autor. Así mismo, ubica equivocadamente el principio de autorresponsabilidad, pues este no incide en el juicio de adecuación, sino en la relación de riesgo y en lo que él denomina “esfera de protección de la norma en el tipo de estafa”. (Véase Pérez, 1995, p. 297, nota 46).

⁷⁹ Pérez, 1995, pp. 293 y ss., y 302 y ss.

De esta forma, si una mentira es objetivamente idónea, *ex ante* considerada, para inducir a error estribará, de un lado, de que una alta cifra de contingencias provoque un error a un hombre medianamente prudente.⁸⁰ Sin embargo, la doctrina sostiene que hay que perfeccionar el modelo objetivo con uno subjetivo que establezca la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del engañado.⁸¹

En relación con este problema, quienes sigan la línea de Pérez⁸² estimarían que esto no es completamente correcto, por tanto las circunstancias de la víctima únicamente podrían ser asumidas en el juicio de adecuación si son conocidas o identificables por el autor del engaño (y así, en los supuestos combatidos habitualmente del niño o el débil mental, se aseverará la idoneidad del engaño si son accidentes indagados y revisables por el autor, lo que sucederá en la mayor parte de los casos).⁸³

Por último y en quinto lugar, a modo de complemento de lo manifestado anteriormente, se constata también la circunstancia de que en el delito de estafa es relevante el papel de la víctima titular de ciertos *deberes de autoprotección*.⁸⁴ Incluso, se ha llegado a afirmar que el delito de estafa es un delito de “autolesión o de autoría mediata”, utilizando como base el principio de “autorresponsabilidad” de la víctima.⁸⁵ Es decir, se trata de averiguar si la participación de la víctima –de vital importancia en el delito de estafa– distorsiona o no los criterios de imputación del error, o finalmente del perjuicio, a la conducta de engaño.⁸⁶

Según lo que hemos afirmado, no creemos –como lo hace un sector de la doctrina española–⁸⁷ que el engaño, desde este punto de vista, sea bastante –idóneo– para producir el error, cuando, examinado *ex ante* desde la perspectiva de un tercero imparcial, el comportamiento y sus circunstancias –especialmente los deberes de autoprotección que incumben a la víctima–



⁸⁰ Así, aunque sin utilizar la terminología de la imputación objetiva, Rodríguez y Serrano analizan el engaño conforme a parámetros semejantes, señalando: “En esta relación de adecuación han de tenerse en cuenta las circunstancias todas del caso concreto, entre ellas muy especialmente las que aprovecha o artificialmente crea el estafador para que el engaño encuentre un terreno abonado por la credulidad, v. gr., en relaciones anteriores sostenidas con el estafado”. (1995, p. 507).

⁸¹ Por todos, Vives & González, 1996, pp. 1220 y ss.; Bajo, 2004, pp. 33 y ss. Hay que llamar la atención que sobre esto ya hace cincuenta años afirmaba Finzi (1961, p. 40) que la intensidad del engaño no tendría medirse sobre la base de la prudencia mediana, sino conforme con las condiciones intelectuales personales del engañado en cada caso en concreto. (En el mismo sentido, Donna, 2001, p. 277; Donna & De la Fuente, 2004, p. 52).

⁸² Pérez, 1995, p. 293, nota 29, y p. 297.

⁸³ Así, Torío, 1982, p. 884.

⁸⁴ En detalle, Mayer, 2008, pp. 381 y ss.

⁸⁵ Kindhäuser, 2002, pp. 83 y ss.

⁸⁶ González, 2005, pp. 510-511; Donna, 2001, pp. 312 y ss.; Donna & De la Fuente, 2004, pp. 74 y ss.

⁸⁷ Pérez, 1995, pp. 293 y ss., y 302 y ss.

supongan el riesgo que después se concreta en el resultado. Si bien es cierto que, de esta forma, se termina con el problema de la postura tradicional, que, partiendo de un examen *ex post* de la relación engaño-error, casi siempre termina afirmando dicha relación de causalidad, pensamos que debería exigirse un requerimiento adicional: el fin de protección de la norma.⁸⁸ Por ello, el error no debería incluirse en el engaño, ya que conllevaría al absurdo de desvalorar en el tipo el comportamiento *solo* en función de la diligencia de la víctima, su credibilidad, o educación. Entonces, la aptitud para generar el error determinará no la existencia del engaño, sino, en su caso, su “relevancia” jurídico-penal.⁸⁹ En este sentido, el camino que nos parece más convincente será determinar el ámbito de protección del tipo de estafa, es decir, tendremos que orientar la función protectora de la estafa desde el bien jurídico tutelado,⁹⁰ donde se plantea el conflicto del significado de la conducta de la víctima para la delimitación del alcance del tipo delictivo (así, en este lugar nos parece que no debería exigirse a la víctima la conducta de un héroe o un santo, sino que una exigencia mínima dirigida a la auto-defensa, cuando sea fácil de evitar el engaño por medio de una cómoda conducta dirigida a evitar la lesión del bien jurídico).⁹¹

Dicho con otras palabras –para concluir y reafirmando lo que ya hemos manifestado–, estimamos que, para buscar si un riesgo cae o no dentro del ámbito del fin de protección de la norma,⁹² debería ponerse atención en los deberes de autoprotección de la víctima, los que dependen de las pautas sociales en el caso concreto y de las relaciones que existen entre el sujeto activo y el perjudicado (como la capacidad y acceso a las posibilidades de autoprotección, la existencia o no de una relación de confianza, su debilidad o fortaleza, etc.),⁹³ es decir, en cuanto al relevante problema del engaño y su relación con el riesgo permitido, ya se ha expresado que, para afirmar la tipicidad del engaño, se requeriría que el riesgo creado o incrementado de producir error e inducir al acto de disposición debería constituir un riesgo no permitido.



⁸⁸ En esta dirección, Torío, 1982, pp. 883 y ss.; Valle, 1987, pp. 163 y 168-169; Choclán, 2009, pp. 97 y 108; Balmaceda, 2009, p. 189; Balmaceda & Araya, 2009, p. 30.

⁸⁹ Gutiérrez, 1991, pp. 343-344.

⁹⁰ Valle, 1987, p. 171.

⁹¹ De esta manera, corresponde al intérprete determinar en qué casos el engañado merece el amparo de acuerdo con el sentido del tipo penal y cuándo deben desterrarse del ámbito de lo punible los comportamientos frente a los cuales el sujeto pasivo puede fácilmente protegerse a sí mismo y en forma razonable. (Choclán, 2009, pp. 123, 126 y 131-132).

⁹² Choclán, 2009, pp. 137 y ss.

⁹³ *Ibíd.*, pp. 297 y ss.

5. EL ENGAÑO: NORMATIVIZACIÓN REFERIDA A INFRACCIONES DE DEBERES DE VERACIDAD

El engaño típicamente relevante como *infracción a deberes de veracidad*,⁹⁴ por su parte, utiliza un modelo de determinación en abstracto de la suficiencia del engaño.⁹⁵ Consecuente con la moderna normativización de la teoría del delito, echa por la borda la estimación ontológico-causal de las estructuras típicas clásicas, enfocándose al tratamiento de criterios de imputación (de la conducta) puramente normativos, hondamente formalizados y totalmente ajenos a los aspectos empíricos.⁹⁶

Se construye sobre el fundamento de que cualquier actividad realizada en sociedad necesita cierto grado de confianza para poder llevarse a cabo. Se afirma que su eliminación conllevaría estorbos insoportables en el ámbito mercantil. Por eso, la “confianza” sería propia de la experiencia, de forma que todos los comportamientos deberían orientarse a partir de las expectativas que se destinan a quienes interactúan en nuestro entorno.⁹⁷ Así, la función de la estafa consistiría en confirmar la confianza de la información entregada. Esto, siempre y cuando los sujetos se encuentren autorizados a fundarse en dichas informaciones conforme con criterios normativos de *distribución de competencias* construidos sobre el rol de cada uno en la interacción patrimonial específica.⁹⁸ Esta distribución de competencias se edifica tomando como punto de partida un modelo de decisión especificado *ex ante* a partir de las informaciones que se consideren importantes para que la víctima pueda tomar una opción, sin tener en consideración sus características psíquicas. Este modelo será el que se encuentre vigente en el mercado, porque estiman que el delito de estafa protegería al patrimonio como un poder jurídicamente reconocido en la interacción mercantil.⁹⁹ De este modo, el engaño se normativiza a través de la infracción de un deber de veracidad por parte del autor del engaño, que es correspondiente a un derecho a la verdad de la víctima, sosteniéndose la relevancia normativa del engaño en una competencia que



⁹⁴ Por todos, Piña, 2006, pp. 54 y ss.; Mayer, 2008, pp. 387-388; Pastor, 2004, pássim; Pastor, 2011, p. 233. Sobre esto, Cabrera & Contreras, 2009, pp. 53 y ss; Hernández, 2010a, pp. 17, 22 y ss.; Mayer, 2008, pp. 381 y ss.

⁹⁵ Con otra terminología, la STOP de Antofagasta 12/04/2008, RIT 27-08, afirma que tanto las relaciones civiles como de orden comercial deben estar gobernadas por el principio de la *buena fe*, especialmente cuando en las negociaciones la información proporcionada tiene la apariencia de ser verdadera para el hombre medio.

⁹⁶ Pastor, 2004, pássim, especialmente, pp. 217 y ss.; Piña, 2006, pp. 54 y ss.

⁹⁷ Piña, 2006, pp. 64 y ss.

⁹⁸ Sobre esto, Cabrera & Contreras, 2009, pp. 66 y ss.

⁹⁹ Pastor, 2004, pp. 186 y ss.

se imputa objetivamente (gracias a la desorientación que se ha producido en la víctima).¹⁰⁰

Finalmente, podemos decir que esta postura repite con insistencia que el derecho a la verdad no es el bien jurídico protegido en el delito de estafa, y no se libra de la necesidad de una “doble medida”,¹⁰¹ como sucede con la teoría tradicional dominante en España.¹⁰²

6. EL ENGAÑO: SU OBJETO Y FORMAS

Respecto al problema de si son viables o no como forma de engaño los juicios de valor, un sector estima que, al contrario de lo que sucede en el derecho alemán,¹⁰³ no lo impediría el derecho español vigente y su jurisprudencia.¹⁰⁴ Según otros, habrá que someter también los juicios de valor al



¹⁰⁰ Pastor, 2004, pp. 167 y ss.

¹⁰¹ La concepción *objetivo-subjetiva* surge para determinar qué es un engaño penalmente relevante. Exige algo parecido a la “puesta en escena” del derecho francés, equivalente a lo que el modelo alemán denomina “acción concluyente”. Según este sistema, el engaño se mide, en primer término, de forma *objetiva*, exigiendo que la maniobra fraudulenta tenga un aspecto de seriedad y realidad suficiente para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia. No obstante, debido a que en la estafa se requiere por parte del engañado cierta credulidad, confianza y buena fe, la concepción en examen apunta que hay que completar este proceso con un módulo *subjetivo* que determine la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del sujeto pasivo. Es decir, se busca la idoneidad del engaño si se constata que el error se ha debido al engaño o, por el contrario, a algún comportamiento negligente de la víctima, pues, en estos últimos casos, estiman debe negarse la relación de causalidad y, por lo tanto, el carácter idóneo del engaño (por todos, Bajo, 2004, pp. 34 y ss.). De forma semejante, el sistema *italiano* exige la existencia de “artificios” o “insidias”. Por *artificio*, se entiende la simulación o disimulación de la realidad apta para inducir en error a una persona a causa de la percepción de una falsa apariencia; en otras palabras, cada comportamiento efectuado aparentando lo que no existe, y que actúe sobre la realidad externa. Por *insidia*, por su parte, se concibe cada involucramiento solapado de la psique ajena, apto para causar un error a través de una falsa apariencia, realizado por medio de un programa ingenioso de palabras destinado a persuadir y a orientar de modo desviante las representaciones y las decisiones ajenas. Finalmente, se dice que la diferencia entre los artificios y las insidias debería ser vista en el diferente grado de intensidad engañadora: la insidia, consistiendo en una maquinación solapada, causaría más fácilmente la inducción en error que con respecto del artificio, que solicitaría actos y palabras idóneas para transformar la realidad exterior. (Sobre esto, Fanelli, 1998, pp. 29 y ss.; Lucarelli, 2002, pp. 11 y ss.; Maggini, 1988, p. 7 y ss.; Pedrazzi, 1955, pp. 177 y ss.; Zannotti, 1993, y pp. 17 y ss.; Antolisei, 2002, pp. 353 y ss.; Fiandaca & Musco, 2005, pp. 172 y ss.; Mantovani, 2002, pp. 191 y ss.; Pecorella, 2006, NM 4 y ss.).

¹⁰² Bajo, 2004, p. 42.

¹⁰³ En contra, Romero, 2007, pp. 115 y ss.; Bacigalupo, 2007, p. 166; Suárez, 1997, p. 709. Sin embargo, la mayoría de la doctrina española aboga por su aceptación dentro del concepto de engaño, por todos, Antón, 1958, p. 64; González, 2005, p. 511; Rodríguez & Serrano, 1995, p. 502; García, 2005, p. 27. En Alemania, Tiedemann (1999b, NM 7 y ss.) expresa que los hechos versan sobre algo pasado o presente que se manifiesta en la vida real y que, por eso, pueden probarse. Por ello, apunta que deben excluirse las declaraciones sobre hechos “futuros” y las meras “valoraciones”. En el mismo sentido, Cramer y Perron (2006b, NM 8 y ss.) manifiestan que un comportamiento engañoso únicamente puede tener como punto de referencia unos “hechos”, los que definen como todos los sucesos concretos, pasados o presentes, o las situaciones del mundo exterior y del fuero interno con cierta certeza objetiva. Finalmente, estos últimos autores rechazan como hechos los acontecimientos futuros, pero afirman que los conocimientos científicos que admiten conclusiones sobre hechos futuros hay que comprenderlos como hechos del presente.

¹⁰⁴ A favor, por todos, Antón, 1958, p. 61; Gómez, 1985, p. 343. En Chile, Fernández (2005, p. 190) señala que no existe ningún dato en la legislación chilena (equiparándola a la italiana y española) que lleve a excluir del ámbito del engaño típico a efectos de la estafa, a los engaños consistentes en valoraciones.

juicio de adecuación, y, por lo tanto, tendrían que analizarse las circunstancias del caso y el conocimiento que de ellas tenga o debiera tener el autor.¹⁰⁵ Para otro importante sector de la doctrina española, en principio no pueden constituir una modalidad de engaño, salvo cuando se sitúen fuera de la órbita de una mera “opinión”, pues en esos casos se estaría presuponiendo falsamente la existencia de unos hechos, circunstancia que implicaría un incremento del riesgo permitido¹⁰⁶ –nuestro parecer lo desarrollaremos un poco más abajo–.

De otro lado, problemática resulta la relación existente entre el *engaño* y la *estafa por omisión*.¹⁰⁷ Tradicionalmente, discute la doctrina si se puede engañar mediante una conducta omisiva, de manera que pueda considerarse típica a efectos del delito de estafa.¹⁰⁸

Sobre estos temas (idoneidad de la omisión y de los juicios de valor a efectos de la estafa), a nuestro entender, *creemos que cualquier comportamiento podría constituir un engaño típico, siempre y cuando satisfaga las necesidades de imputación objetiva*, es decir, que sea idóneo para producir error –no siendo necesario que se produzca un estado de error “efectivo”–,¹⁰⁹ o sea, dependerá de la admisión o no del estado de error como exigencia típica, y si cabe o no dentro de la esfera de protección de la norma. En este sentido, el engaño podría producirse a través del habla o por medios escritos, por medio de conductas positivas, e incluso a través de gestos.¹¹⁰

Similar, Balmaceda, 2009, pp. 190 y ss.; Balmaceda & Araya, 2009, pp. 31 y ss. Sobre este punto, el TS ha afirmado que en el concepto de engaño no se comprenden los hechos futuros ni los juicios de valor, porque sostiene que en la medida en que solo los hechos pueden ser verdaderos o falsos, el objeto del engaño debe ser en todo caso un hecho. Y así, ha entendido que un hecho es algo que ha ocurrido o que existe, que ha llegado a ocurrir y llegado a ser realidad. En consecuencia, expresa que, si el engaño se reduce a la afirmación de un hecho falso o al ocultamiento de un hecho verdadero relevante para la decisión del sujeto pasivo, quedan descartados como objeto de engaño los “hechos futuros” y los *juicios de valor*, en la medida en la que no son hechos, sin perjuicio de ciertas excepciones admitidas en la doctrina respecto de juicios de valor que comportan afirmaciones tácticas. (STS de 5/02/2004).

¹⁰⁵ En esta dirección, Gómez, 1985, p. 343; Pérez, 1995, p. 298.

¹⁰⁶ Así, Bajo, 2004, p. 43.

¹⁰⁷ A favor, por todos, véase Tiedemann, 1999b, NM 51 y ss.; Gómez, 1985, pp. 343 y ss.; González, 2005, p. 511; Romero, 2007, pp. 124-125; Pérez, 2005, pp. 207 y ss.; Antón, 1958, pp. 64-65; Rodríguez & Serrano, 1995, p. 502; Muñoz, 2010, pp. 431-432; Suárez, 1997, p. 709; Etchberry, 1998, pp. 392 y 397; Garrido, 2002, p. 322; Politoff et ál., p. 425; Balmaceda, 2009, pp. 191 y ss.; Balmaceda & Araya, 2009, pp. 32 y ss.; Hernández, 2003, p. 166, quien acepta únicamente como fuentes de la posición de garante a la ley y el contrato, señalando que debe excluirse como tal a la buena fe, aunque tenga reconocimiento legal; Donna, 2001, pp. 284 y ss.; Donna & De la Fuente, 2004, pp. 57 y ss. En contra, por todos, Quintano, 1977, p. 600; Valle, 1987, pp. 172 y ss.; Salvador & Silva, 1999, pp. 106 y ss.; Yubero, 1993, pp. 120 y ss.; declarando que es muy difícil constatarla, reduciéndola al ámbito civil, Bajo, 2004, pp. 42-43.

¹⁰⁸ La jurisprudencia chilena ha aceptado que se puede engañar mediante una conducta omisiva para el caso del artículo 473 CP (*estafa residual*). (SCA Iquique 27/12/2007, Rol 129-07).

¹⁰⁹ Gómez, 1985, pp. 333 y ss. Véase infra N° 7.

¹¹⁰ Sobre el particular, nos parece que no cabe formular juicios generales a priori, ya que, a fin de cuentas, el desarrollo de la teoría del delito determinará, finalmente, lo que es o no penalmente relevante (de manera similar, pero en relación con los juicios de valor, Gutiérrez, 1991, pp. 345-346).

Pero, más allá de estas dificultades –en el supuesto de que se superen–, lo realmente problemático en la práctica del delito de estafa será el establecimiento de la posición de garante de la que deba surgir el deber de información frente a la víctima.¹¹¹

Debe hacerse presente que si se estima a la estafa como *maquinación* (*mise en scène*), habría que rechazar su posibilidad omisiva y en forma de juicio de valor. Así mismo, y como regla general, en España se observa la tendencia a admitir el engaño en el caso de los comportamientos concluyentes –aquellos casos en que de forma tácita se lleva consigo la afirmación falsa de un hecho–,¹¹² y quienes rechazan los demás casos de omisión sostienen que son relegados al ámbito civil.¹¹³ Por último, se reconocería la comisión por omisión cuando el sujeto tuviese el deber jurídico de informar y no lo hace.¹¹⁴

A esta altura del debate, pensamos que debería afirmarse que el engaño aisladamente considerado no aporta criterio alguno para juzgar lo típico y lo atípico. En este sentido, lo relevante no será el engaño, ni tampoco el engaño “bastante”, sino el “engaño bastante para producir error en otro”, el que deberá examinarse, como se ha defendido, de acuerdo con los filtros de la teoría de la imputación objetiva.¹¹⁵

En conclusión –como se adelantó–, siguiendo a Gómez¹¹⁶ a los efectos de la tipicidad de la estafa, el engaño será “toda aquella conducta tendente a generar error en otra persona, realizada con fines defraudatorios, e idónea para conseguirlo”. Como se puede deducir de lo que hemos manifestado, nos encontramos frente a un tipo legal susceptible de recibir múltiples lecturas y, por ello, lo que signifique la creación de un riesgo desaprobado o el incremento del riesgo permitido, y lo que tenga relación con el ámbito de protección de la norma, será un problema que, al final, se encontrará en manos del intérprete. Así, se excluyen de la tipicidad los engaños que



¹¹¹ Nos parece que, de forma general, se imponen en la doctrina las fuentes tradicionales de la ley –o reglamentaciones en general– y el contrato. Más problemático parece efectuar una hipótesis de injerencia, por ejemplo, basada en la participación en el mercado, lo que redundaría en equiparar sin más la calidad de comerciante con la de garante. Así mismo, alguna vez se ha propuesto el principio de la buena fe como fuente de posición de garante, pero se lo ha estimado demasiado genérico y vago (sobre este problema, Tiedemann, 1999b, NM 66 y ss.; Pérez, 2005, pp. 211 y ss., y 217 y ss.).

¹¹² Sobre el particular, el TS afirma que el engaño puede ser manifiesto o concluyente, y que existe engaño cuando el autor realiza una acción que por su significación social (acción concluyente) implica la afirmación de circunstancias que son relevantes para la decisión de la disposición patrimonial de la otra parte (STS de 21/10/1998). Así mismo, ha señalado que el engaño puede tener lugar no solo a través de una acción manifiesta, sino también por medio de una acción concluyente, es decir, cuando el autor se comporta según determinados usos sociales y comerciales que implican una afirmación de ciertas circunstancias. (STS de 3/06/2003).

¹¹³ Por todos, Bajo, 2004, pp. 7 y ss.

¹¹⁴ Vives & González, 1996, pp. 1218 y ss.

¹¹⁵ Así, Gutiérrez, 1991, pp. 350-352. Similar, García, 2005, pp. 31 y ss.; Balmaceda, 2009, pp. 184 y ss.; Balmaceda & Araya, 2009, pp. 25 y ss.

¹¹⁶ Gómez, 1985, p. 338.

generen un peligro jurídicamente irrelevante y aquellos que no incrementen el riesgo inexistente, por ejemplo, cuando nos encontramos frente a exageraciones comunes, inexactitudes socialmente toleradas, o cuando se empleen *tips* habituales en la publicidad.

7. EL ERROR: ¿ELEMENTO AUTÓNOMO?

A efectos del delito de estafa, tradicionalmente al error se lo ha comprendido como “una representación mental que no responde a la realidad”,¹¹⁷ o como un “conocimiento viciado de la realidad”.¹¹⁸ Se dice que debe ser consecuencia de un *engaño idóneo*¹¹⁹ y, así mismo, que tiene que constituir la razón por la cual la víctima ejecuta el acto de disposición patrimonial perjudicial.¹²⁰ De este modo, como se exige que la potencial víctima “pueda conocer el error”, un engaño dirigido a un sujeto que carezca de las facultades intelectivas “mínimas”, que le impidan conocer la significación y efecto de sus actos, se debería calificar como hurto y no como estafa.¹²¹

En este lugar, debe tomarse *postura* en relación con el problema de si el error se presenta como un *elemento autónomo* del tipo de estafa,¹²² producto del engaño y detonante del acto de disposición patrimonial lesivo, siendo imprescindible la constatación de dicho estado psicológico en la víctima a consecuencia del engaño; o bien, si lo requerido por la ley sería que la conducta engañosa sea, *ex ante*, suficiente para lograr el error en otro, resultando irrelevante que en el caso concreto se produzca o no tal estado psíquico en la víctima.

Siguiendo a Gómez,¹²³ somos de la opinión de que no debería exigirse un “estado de error efectivo” de la víctima –por este motivo, pensamos que



¹¹⁷ Antón, 1958, p. 65.

¹¹⁸ Bajo, 2004, p. 46.

¹¹⁹ En este sentido, para la jurisprudencia española, el error del sujeto pasivo en el delito de estafa se define como la representación falsa de la realidad que se forma el engañado como consecuencia del engaño. (STS de 29/10/2004).

¹²⁰ Bajo, 2004, p. 46.

¹²¹ Donna, 2001, pp. 301 y ss.; Donna & De la Fuente, 2004, pp. 65 y ss. Confróntese STS de 4/04/1992. Igualmente, la jurisprudencia española afirma que se ha de producir un error esencial en la víctima que le haga desconocer o conocer deformada o inexactamente la realidad, y que le lleve a emitir una manifestación de voluntad viciada, actuando bajo una falsa presuposición, que determina un fraude de traspaso patrimonial. (Véase STS de 30/10/1997; 7/11/1997; 4/02/1998; 24/03/1999; 4/05/1999; 16/07/1999; 6/03/2000; 1/03/2000).

¹²² De esta opinión, Hernández, 2003, pp. 157 y 166 y ss.; Hernández, 2010b, pp. 202 y ss.; Galán, 2005, pp. 357, 362, 364 y 392 y ss.; Choclán, 2009, pp. 177 y ss.; Magaldi, 2004, p. 757; Bacigalupo, 2007, pp. 171-172; Arroyo, 2005, pp. 30-31; Romero, 2007, pp. 161 y ss.; Núñez, 1998, pp. 79 y ss., y 96 y ss.; García, 2005, pp. 36 y ss.; Donna, 2001, pp. 273 y 299 y ss.; Donna & De la Fuente, 2004, pp. 49 y 63 y ss.; Mata, 2007, p. 22.

¹²³ Gómez, 1985, pp. 333 y ss. En el mismo sentido, Gutiérrez, 1991, pp. 362 y ss. Similar, Piña, 2006, p. 87; García, 2005, p. 23; Balmaceda, 2009, p. 192; Balmaceda & Araya, 2009, p. 33.

no se trataría de un elemento “autónomo” de este delito—. Es decir, el error tendría que aparecer como un “punto de referencia” para una descripción típica adecuada del engaño, el que solo sería típico en la medida en que sea “idóneo para generar un error”. Por ello, sostenemos que el error cumpliría únicamente el papel de delimitar los engaños típicos.

De otro lado, debe resolverse el *problema* de si es viable o no afirmar la existencia de un error típico en caso de duda o sospecha –*ignorantia facti*– por parte de la víctima, lo que seguramente, en vista de la *opinión dominante* en materia de engaño, si bien son temas diferentes, posiblemente se resuelva en términos negativos, no obstante a la luz del derecho comparado pueda ponerse en duda.¹²⁴ Así, para un importante sector de la doctrina española,¹²⁵ no se encuentra en estado de error el que duda, pero, sin embargo, se sostiene que la duda puede dar lugar al acto de disposición patrimonial y, en definitiva, al delito de estafa, y que tiene que excluirse la punición de supuestos en que se amplíe excesivamente el delito en examen –como los casos de adivinos o curanderos en que se produce un acto de disposición no por error, sino por caridad o curiosidad–, porque, de acuerdo con la imputación objetiva, el perjuicio no sería imputable al engaño debido a que la conducta no ha incrementado el riesgo no permitido.

Es menester recalcar que no debería exigirse un “estado de error efectivo”. Creemos que esta interpretación es perfectamente compatible con el principio de legalidad y es, a nuestro juicio, muy conveniente político-criminalmente, debido a la naturaleza de las relaciones actuales del tráfico jurídico-económico –a diferencia del derecho alemán, en donde se exige expresamente la concurrencia del error en la víctima del engaño–.¹²⁶ La ventaja que parece tener esta forma de comprender el tipo de estafa consiste en que toleraría afirmar la tipicidad cuando el engaño solo ha generado dudas, o una carencia absoluta de representación de la realidad que, conjuntamente con otras particularidades que concurren en la víctima, tenga eficacia para inducirla al acto de disposición, en menoscabo de su patrimonio o en el de un tercero.¹²⁷

Por otra parte, existirían más argumentos para fundamentar esta solución, como son:¹²⁸ a) desde el punto de vista del *bien jurídico*, la discusión político-criminal que la reconoce, y su proyección en la labor de interpretación de los tipos penales aboga también por la propuesta aludida; y b)

¹²⁴ Sobre la discusión en Alemania, confróntese Tiedemann, 1999b, NM 84 y ss.

¹²⁵ Pérez, 1995, pp. 307 y ss.

¹²⁶ Sobre esto, Gutiérrez, 1991, pp. 291 y ss.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 298.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 298 y ss.

además, la *función de motivación* que corresponde al tipo penal aportaría un argumento en relación con la conveniencia de esta solución: los tipos penales solo pueden actuar en correspondencia con las conductas, y no sobre resultados –lo que no quiere decir que tanto el desvalor de acción como el de resultado no tengan la misma importancia–, entonces, al tipo penal solamente le cabe motivar al individuo para que no realice una conducta evitable –dolosa o imprudente– que, considerada *ex ante*, sea peligrosa para algún bien jurídico-penal. Relacionado con lo anterior, la motivación que el tipo de estafa pretende se debería instrumentalizar por medio de una concreta prohibición de comportamientos –engaños idóneos– de los que se derivarían ciertos resultados –perjuicios patrimoniales injustos–.

De otra parte, se sostiene que el error tiene que darse en “otra persona”, motivo por el cual existiría una “relación de alteridad”.¹²⁹ En virtud de este criterio, se ha podido establecer la diferencia con el ilícito regulado en el artículo 24¹³⁰ de la Ley 19.496 –publicidad engañosa–, ya que en esos casos la oferta se orienta a una cantidad indeterminada de personas, es decir, no tiene un “destinatario específico”.

Finalmente, en cuanto a este problema, parece mucho más complicado el futuro de la dogmática de la estafa en un contexto de fuerte segmentación del trabajo en el seno de las empresas, donde la “decisión” de estas es la consecuencia de una sucesión de decisiones acotadas relativamente autónomas unas de otras, sin que sea del todo claro entonces el “dónde” y, con ello, sin tener certeza del “sí”, de un error típico, sin contar con los entorpecimientos adjuntos que concierne introducir en el estudio de lo que ya hemos manifestado sobre la *ignorantia facti* y la *duda*.¹³¹



¹²⁹ Corcoy, 2004, p. 569.

¹³⁰ “Las infracciones a lo dispuesto en esta ley serán sancionadas con multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales, si no tuvieren señalada una sanción diferente. La publicidad falsa o engañosa difundida por medios de comunicación social, en relación a cualquiera de los elementos indicados en el artículo 28, hará incurrir al infractor en una multa de hasta 750 unidades tributarias mensuales. En caso de que incida en las cualidades de productos o servicios que afecten la salud o la seguridad de la población o el medio ambiente, hará incurrir al anunciante infractor en una multa de hasta 1.000 unidades tributarias mensuales. El juez, en caso de reincidencia, podrá elevar las multas antes señaladas al doble. Se considerará reincidente al proveedor que sea sancionado por infracciones a esta ley dos veces o más dentro del mismo año calendario. Para la aplicación de las multas señaladas en esta ley, el tribunal tendrá especialmente en cuenta la cuantía de lo disputado, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima, el beneficio obtenido con motivo de la infracción, la gravedad del daño causado, el riesgo a que quedó expuesta la víctima o la comunidad y la situación económica del infractor”.

¹³¹ Al respecto, puede consultarse Tiedemann (1999b, NM 82), el cual afirma que, en virtud del principio de que quien sufre el error y el disponente deben ser la misma persona (es decir, que deben coincidir), depende como punto de partida del error de quien efectúa, en sentido penal, la disposición patrimonial perjudicial. Esto es, el que una empresa o persona jurídica, a menudo, también se encuentre autorizada para efectuar una disposición patrimonial; y, en el caso de que el disponente y, además, los demás representantes o ayudantes que sufren el error, quienes preparan la disposición o colaboran con ella, la regla es que si haya una estafa, por vía de la autoría mediata, del engaño concluyente, y/o de la idea del disponente de

8. RESULTADO TÍPICO: “ACTO DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL PERJUDICIAL”

8.1. El acto de disposición

Antes de comenzar con el estudio del acto de disposición patrimonial, nos gustaría llamar la atención en el hecho de que la *mayoría de la doctrina*¹³² acostumbra a estudiar como elementos autónomos la disposición patrimonial y el perjuicio. Este sistema tiene el *mérito* de subrayar que cronológicamente puede no coincidir el momento de la disposición patrimonial con el perjuicio. Así mismo, recalca la necesaria intervención de la víctima en el delito. No obstante, *no debe olvidarse que el resultado de este delito no es doble sino único*: el acto de disposición patrimonial perjudicial.¹³³ De esta manera, únicamente a efectos de hacer más clara la exposición, los estudiaremos por separado.

Con respecto al tema que estamos revisando, es imprescindible tener claro el papel que juegan los sujetos de la estafa. En una *hipótesis simple* de estafa, tenemos al menos *dos sujetos*: uno que engaña¹³⁴ y otro que, producto del engaño, incurre en error, que efectúa una disposición patrimonial y que padece un perjuicio.¹³⁵ Debe esclarecerse que, cuando se habla aquí de “un sujeto”, aludimos también, identificados con él, a todos los individuos que intervienen por él.¹³⁶ Realizada la puntualización precedente, la *interrogante* que puede surgir consiste en saber si en la estafa pueden participar más de dos sujetos. Aparentemente esto no es posible, y esta es, al parecer, la opinión unánime en Hispanoamérica.¹³⁷

que todo esté en orden. Así mismo, sostiene el autor que son problemáticos los casos en los cuales existe un error del disponente, pero en el que los representantes o ayudantes del disponente disponen de un conocimiento, por lo que, si el disponente dispusiera de ello, habría excluido el error. De la misma forma, afirma que se puede transmitir la idea o el concepto del derecho civil, al derecho penal, de que se pueden imputar conocimientos ajenos sin poder de representación. Ello lo explica, porque manifiesta que se destaca correctamente respecto al problema similar de la estafa en triángulo, donde se traspasa una decisión a un tercero, y donde también tiene que haber el riesgo de una decisión negativa y, por ende, debe imputarse el error del tercero a la víctima. Sin embargo, termina el autor diciendo que ello no es válido en todo caso, pues debe distinguirse según el caso concreto.

¹³² Por todos, Bajo, 2004, pp. 48 y ss., y 49 y ss.; Muñoz, 2010, pp. 433 y ss.; Quintero, 2011, p. 81.

¹³³ En el mismo sentido, Gutiérrez, 1991, pp. 433 y ss.; Balmaceda, 2009, pp. 223 y ss.

¹³⁴ Para el estudio de los rasgos criminológicos del sujeto activo de la estafa, Hentig, 1980, pp. 153 y ss., y 181 y ss.

¹³⁵ Hernández, 2003, p. 153; Hernández, 2010 b, pp. 202 y ss.

¹³⁶ González, 2005, p. 513.

¹³⁷ Por todos, en España, Bajo, 2004, p. 48. En Chile, por todos, Garrido, 2002, p. 328. En Argentina, Donna, 2001, p. 308; Donna & De la Fuente, 2004, p. 76; Romero, 2007, pp. 110 y ss., y 201 y ss.

La *conducta típica* puede ser realizada por *cualquier* sujeto,¹³⁸ es decir, por la persona física que utiliza el engaño idóneo del cual se deriva la disposición patrimonial lesiva.¹³⁹ Aquí estamos aludiendo al “autor principal”, aquel cuyo comportamiento pueda directamente ser subsumido en el tipo; aquel “que observa la conducta descrita en el tipo, bien ejecutándola por sí mismo, bien valiéndose de otro, al que instrumentaliza ejecutarla”.¹⁴⁰ El autor, entonces, tiene que utilizar, con ánimo de lucro, un *engaño bastante* para producir error en otro, del que se derive el resultado típico.¹⁴¹

Para identificar en estos supuestos al(los) autor(es), delimitándolos de otros intervinientes, se tiene que prestar atención al aporte de cada uno en el caso concreto. Así, en esta materia tiene un rol relevante el criterio del “dominio del hecho”,¹⁴² que faltará en quien no actúe en forma dolosa y con ánimo de lucro, pero, no será autor, aunque tenga el dominio del hecho, quien no lleve a cabo directamente la conducta engañosa típica, bien sea por sí solo, bien usando a otro como instrumento.¹⁴³

Un tema diferente consiste en averiguar quién debe soportar el perjuicio. En la doctrina hispanoamericana, se acepta que puede ser un tercero diferente del engañado que ha efectuado la disposición patrimonial,¹⁴⁴ lo que no presume, en todo caso, que aquel tenga un poder de disposición en el patrimonio ajeno.^{145,146}



¹³⁸ Sobre esto, resulta sugerente apuntar que, bajo el aspecto criminológico relativo a la personalidad de los autores, el estafador es, por lo general, un individuo adulto que eleva su tendencia agresivo-apropiatoria por lo ingeniosa, insidiosa y no raramente fantasiosa manipulación de la realidad (una parecida tendencia a la alteración de la realidad que puede, a veces, traicionar torrentes psicológicos de la personalidad). A diferencia del ladrón, el estafador para conseguir su objetivo de enriquecimiento injustificado, lejos de atacar físicamente a las potenciales víctimas, recluta con ellas un tipo de contienda psicológica, por lo que la estafa ejemplifica una lucha partidaria con armas “espirituales”. Por otro lado, existe una actitud de admiración que el público a veces manifiesta frente a las formas más geniales de estafa junto a una menor alarma social que esta figura suscita con respecto a las agresiones violentas del patrimonio ajeno. (Fiandaca & Musco, 2005, p. 169).

¹³⁹ Gutiérrez, 1991, p. 319; Balmaceda, 2009, pp. 167 y ss.

¹⁴⁰ Gutiérrez, 1991, p. 320.

¹⁴¹ González, 2005, p. 508.

¹⁴² Recordemos que la teoría del dominio del hecho tiene su origen en el finalismo, y en su afirmación de que en los delitos dolosos es autor quien domina “finalmente” la realización del hecho, de la misma forma que encuentra lo medular del comportamiento en el control final del hecho. Con posterioridad, se ha impuesto como teoría objetivo-subjetiva, pues, pese a que el dominio del hecho supone un control final (subjetivo), no requiere únicamente la finalidad, sino también una postura objetiva que delimite el efectivo (material) dominio del hecho. Así, puede resumirse el sentido de la teoría afirmando que es autor, porque posee el dominio del hecho quien tenga dolosamente en su poder el curso del acontecer típico. (MIR, 2008, pp. 374 y ss.).

¹⁴³ Gutiérrez, 1991, p. 327.

¹⁴⁴ Por todos, González, 2005, p. 513; Bajo, 2004, p. 48; Pérez, 1998, pp. 440 y 451; Muñoz, 2010, pp. 434-435.

¹⁴⁵ Véase, por todos, en España, Antón, 1958, p. 66; en Chile, Politoff et ál., 2005, p. 420; Hernández, 2010b, pp. 202 y ss.; en Argentina, Romero, 2007, pp. 201 y ss.; Donna, 2001, p. 316; DONNA & De la Fuente, 2004, p. 77.

¹⁴⁶ Sobre este tema, el TS ha dicho que no es necesario que conste la *identidad* del sujeto pasivo del engaño, es decir, que carece de relevancia que el sujeto pasivo del engaño haya sido identificado, cuando

Sentado lo anterior, debe decirse que el *sujeto pasivo* de este delito es, entonces, el *titular*¹⁴⁷ del patrimonio afectado, respecto al cual no sería necesaria su identificación y, a *nuestro juicio*, se comprende que el Estado no puede ser sujeto pasivo del delito de estafa, porque el patrimonio público se encuentra tutelado por otros delitos –como los de malversación de caudales públicos o los delitos contra la hacienda pública–.¹⁴⁸

Finalmente, debido a que, en nuestra opinión, el engaño típico no tiene por qué estar vinculado con una relación personal intersubjetiva, cuyo destinatario sea una persona física, no vemos ningún problema en que la víctima pueda serlo también una persona jurídica, ya que no se puede argumentar que carece de capacidad de acción, de culpa y de pena, pues no se discute en este lugar su capacidad para “delinquir”, sino su capacidad para ser “engañada”, lo que, si es admitido en todo el Derecho, no tiene sentido que se niegue en la esfera penal. Además, en relación con la negación de esta posibilidad apelando al error, nos parece que no tiene por qué interpretarse el error como un estado psicológico o como una representación equivocada de la realidad. En efecto, se trata de una realidad innegable que una persona jurídica actúe en el tráfico jurídico por medio de personas naturales o de “máquinas”, donde, si el ordenamiento jurídico le reconoce una voluntad negocial, no tiene por qué negarse que no pueda ser objeto de un engaño a efectos del delito de estafa.¹⁴⁹

Entonces, es el engañado quien tiene que efectuar, como consecuencia de su error, una acción u omisión¹⁵⁰ que origine el menoscabo de su propio patrimonio o el de un tercero.¹⁵¹ Debe hacerse hincapié en que puede llevarse a cabo tanto de una forma activa como omisiva,¹⁵² y que puede consistir

es indudable que tuvo que ser otra persona, distinta del acusado, la que realizó la disposición patrimonial perjudicial (STS de 18/02/2005). Así mismo, ha expresado que la *víctima* ha de ser persona distinta de quien realiza el engaño, es decir, que el autoengaño resulta atípico, en determinadas circunstancias, cuando la identidad entre el sujeto activo y pasivo hace que el traspaso de los bienes no produzca un perjuicio apreciable para nadie (STS de 29/07/2002). Finalmente, también se ha sostenido que en el delito de estafa tanto es sujeto pasivo del delito el sujeto que obra por un error al que ha sido inducido mediante engaño y realizó la disposición patrimonial, como el que sufre el daño patrimonial, que puede ser un sujeto distinto del que realizó la disposición patrimonial (STS de 21/12/2004).

¹⁴⁷ Para el examen de los rasgos criminológicos del sujeto pasivo de la estafa, Hentig, 1980, pp. 203 y ss.

¹⁴⁸ En este sentido, Bajo, 2004, p. 17; Pérez, 1998, pp. 440 y 451; Balmaceda, 2009, p. 170. En contra, González (2005, p. 512), quien señala que “sujeto pasivo de la estafa puede ser, en principio, cualquier persona; incluso los entes públicos”.

¹⁴⁹ En el mismo sentido, Gutiérrez, 1991, pp. 502-503; Balmaceda, 2009, p. 171. Véase supra N° 7.

¹⁵⁰ Por quienes la entienden únicamente como una “acción”. (González, 2005, p. 513).

¹⁵¹ Como dice el TS: ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero. (STS de 1/03/2000).

¹⁵² En este sentido, Valle, 1987, pp. 215 y ss.; Donna, 2001, pp. 314 y ss.; Donna & De la Fuente, 2004, pp. 76 y ss.

tanto en entregar o gravar un objeto como en prestar un servicio.^{153,154} De esta manera, cuando hablamos de “acto de disposición”¹⁵⁵ en relación con el delito de estafa, debemos concederle un sentido amplio,¹⁵⁶ pues no debería utilizarse la expresión como equivalente a “negocio jurídico” o “declaración de voluntad”, en el sentido que le otorga el derecho civil. Por ello, no habría que exigir que el disponente tenga facultad jurídica para disponer de los objetos involucrados.¹⁵⁷

La relación que tiene el elemento en análisis con el engaño saca a relucir una necesaria “identidad” entre el engañado y el disponente, que no tiene por qué mostrarse con el perjudicado –titular del bien jurídico–.¹⁵⁸ Dicho con otras palabras, *lo corriente será que el engañado sea el disponente y, a su vez, el posible perjudicado*. No obstante, en los casos de la denominada “estafa en triángulo”, el engañado y disponente es el mismo sujeto, pero no se relaciona “directamente” con el perjudicado –hablamos de una *relación indirecta*, donde al menos tendrían que existir facultades aparentes de disposición–.¹⁵⁹ Pero, en todo caso, el disponente necesariamente tiene que ser el engañado.

Surge, así mismo, la interrogante de si la disposición patrimonial debe ser consciente, es decir, si se demanda que la víctima del engaño se percate que está disponiendo de su patrimonio. La *opinión dominante*¹⁶⁰ no exige dicho elemento, entre otros motivos, porque, desde un punto de vista político-criminal, en tales supuestos la situación de la víctima es aún peor que la de la víctima consciente.



¹⁵³ Así, Bajo, 2004, p. 49.

¹⁵⁴ En contra de incluir la prestación de servicios, García (2005, pp. 38 y ss.) indica que no son “algo de lo que se pueda disponer”, sino una actividad que se efectúa a lo largo del tiempo, por lo que manifiesta que estos supuestos deben resolverse en sede civil.

¹⁵⁵ Como ya se dijo, este elemento se menciona expresamente en el CP español, pero no sucede lo mismo en el CP alemán, CP italiano, ni en el CP chileno. No obstante, en dichos países, se estima como un elemento implícito en el tipo. (Véase supra, nota 71).

¹⁵⁶ Así, Antón, 1958, p. 66; Pastor, 2011, pp. 230 y ss.

¹⁵⁷ En el mismo sentido, Pérez, 1998, pp. 450-451; González, 2005, p. 513; Vives & González, 1996, p. 1229; Balmaceda, 2009, pp. 224-225.

¹⁵⁸ Bajo, 2004, p. 48; Hernández, 2010b, pp. 202 y ss.

¹⁵⁹ Corcoy, 2004, p. 570; Donna, 2001, pp. 319 y ss.

¹⁶⁰ Por todos, Tiedemann (1999b, NM 118 y ss.), quien opina que la consciencia de la disposición, en la práctica, sería la regla general, pero, así mismo afirma que es un elemento necesario jurídico-penalmente de la disposición. Su razonamiento consiste en que, teleológicamente, un engaño que se oculta a la víctima, ya en tal carácter, como afectación al patrimonio, tal comportamiento es más peligroso y tiene un mayor injusto que un engaño en el que se oculta a la víctima únicamente el carácter perjudicial a su patrimonio; Conde-Pumpido, 1997, p. 85; Romero, 2007, pp. 196 y ss.; Valle, 1987, pp. 214 y 217; Bacigalupo, 2007, p. 173.

El acto de disposición tiene que aparecer como la herramienta que utiliza el sujeto activo para obtener el enriquecimiento injusto, es decir, tiene que ser capaz de causar el daño patrimonial.¹⁶¹

En último lugar, como en todo caso el disponente tiene que ser el engañado, de esta circunstancia se derivan dos *consecuencias*:¹⁶²

- a) En la estafa, es el sujeto posiblemente perjudicado quien efectúa la entrega de la cosa al sujeto activo, sin conocer que esa entrega es perjudicial; y
- b) Es el engaño previo al desplazamiento patrimonial el elemento que permite distinguir una estafa del delito de apropiación indebida.

8.2. El perjuicio patrimonial

8.2.1. Introducción

En este apartado, nos dedicaremos a tratar de esbozar los elementos normativos que se estiman relevantes a la hora de interpretar el concepto de perjuicio en la estafa, a la luz de las necesidades de la política criminal contemporánea.

La doctrina chilena de la estafa no ha demostrado mayor interés sobre el tema.¹⁶³ La razón es simple y compleja a la vez: se trata de un problema de *identidad normativa*. Si se revisa la jurisprudencia chilena sobre la estafa, no va a ser extraño que en su inmensa mayoría el juzgador se preocupe –quizá de forma exagerada– de modo casi exclusivo sobre el engaño.¹⁶⁴ ¿Por qué? Debido al motivo recién esbozado. Por lo mismo, no es raro que la mayoría de la jurisprudencia alemana se preocupe del perjuicio en desmedro del engaño. No se trata de que existan mejores o peores sociedades, cada una posee un rasgo que las diferencia y que las hace únicas o similares a un conjunto de ellas: su identidad normativa. No obstante, esto no quiere decir que en la estafa exista un elemento más importante que otro. En efecto, ambos elementos –“perjuicio y engaño” o, si queremos ser respetuosos con la identidad

¹⁶¹ Bajo, 2004, p. 48.

¹⁶² Corcoy, 2004, p. 570.

¹⁶³ Sobre algunos trabajos recientes e interesantes, véase Schlack (2008, pp. 261 y ss.), el cual construye un concepto de perjuicio patrimonial a partir de la teoría mixta jurídica-económica; Hernández (2008, pp. 195 y ss.), quien estudia el posible rendimiento de la normativización del perjuicio en la estafa bajo el prisma del derecho chileno (rechazándolo, por un problema de técnica legislativa), a la luz de la teoría de la frustración del fin económico; Balmaceda & Peller, 2006, pp. 185 y ss.; Balmaceda, 2009, pp. 235 y ss.; Balmaceda, 2010, pp. 106 y ss. En los tres últimos, se analiza también una posible normativización del perjuicio en la estafa, a la luz de la teoría mixta jurídico-económica, y poniendo sobre la mesa (positivamente) la posible aplicación del concepto de “perjuicio en forma de peligro” en el derecho chileno.

¹⁶⁴ En el mismo sentido, Valle, 1987, pp. 18, 40 y 75; Bajo, 2004, pp. 70 y ss.; Hernández, 2003, p. 158; Garrido, 2002, pp. 317-318; Balmaceda, 2009, pp. 183 y ss.; Balmaceda & Araya, 2009, pp. 25 y ss.

normativa chilena, “engaño y perjuicio” – son igualmente relevantes en la configuración del delito.

8.2.2. Concepto de “perjuicio”

El *perjuicio patrimonial* en el delito de estafa consiste en toda “disminución del patrimonio”¹⁶⁵ (determinada o determinable) –siempre valorable económicamente– del engañado o de un tercero,¹⁶⁶ debiendo en todo caso consistir en la realización del riesgo creado o aumentado por el engaño (que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma del delito de estafa).¹⁶⁷ Recordemos que se trata de un elemento del tipo, no de una condición objetiva de punibilidad (con todas las grandes consecuencias que ello trae consigo).¹⁶⁸

Por último, no olvidemos que su papel es fundamental, no solo para constatar la presencia del hecho punible,¹⁶⁹ sino también: a) para comprobar la existencia de una compensación;¹⁷⁰ b) a efectos de la consumación;¹⁷¹ y c) en la determinación de la competencia territorial del tribunal llamado a conocer del conflicto de relevancia jurídica.¹⁷²

8.2.3. Procedimiento para la determinación del perjuicio

En este lugar hay que ser consecuente con el concepto de patrimonio que se siga. A estos efectos, entonces, nos parece¹⁷³ que, si la estafa se consuma en el momento de la disposición patrimonial lesiva, es en ese instante donde tiene que proceder la determinación del perjuicio.¹⁷⁴ Así mismo, para este



¹⁶⁵ Véase supra, nota 10; Balmaceda, 2009, pp. 225 y ss.; Balmaceda, 2010, pp. 106 y ss.

¹⁶⁶ Antón, 1958, p. 67; Bajo, 2004, p. 49; Politoff et ál., 2005, p. 434.

¹⁶⁷ Véase supra N° 4.

¹⁶⁸ Enérgica la STOP de Santiago (7°) 27/11/2006, RIT 327-05, donde se señala también que, si el perjuicio no logra concretarse, podríamos estar frente a un delito de ejecución imperfecta, pero no frente a una cuestión de atipicidad.

¹⁶⁹ Así, Antón (1958, p. 67) afirma: “Elemento esencial de la estafa es el perjuicio logrado o intentado (...). Engaño sin perjuicio no es estafa (...). El engaño, reprobable siempre dentro del orden ético, carece de sustancia delictiva si no hay perjuicio (...)”.

¹⁷⁰ Debido a que una compensación redundante en la eliminación del perjuicio. Por todos, Valle, 1987, pp. 249 y ss.; Politoff et ál., 2005, p. 434.

¹⁷¹ Ya que la consumación en el delito de estafa se ve condicionada por el efectivo y material detrimento patrimonial que sufre el sujeto pasivo, y no por la obtención de la ventaja económica a la que aspira el sujeto activo. (Gutiérrez, 1991, p. 454; Romero, 2007, pp. 218 y ss.).

¹⁷² Aunque esta se determine por el lugar en que se efectúa la disposición patrimonial, la competencia territorial se guía por el lugar donde se consuma el delito, y no por el lugar donde principia el *iter criminis* (así, Bajo, 2004, p. 69).

¹⁷³ Véase supra N° 2; Balmaceda, 2009, pp. 229 y ss.; Balmaceda, 2010, pp. 109 y ss.

¹⁷⁴ En este contexto, tenemos que subrayar que el punto de partida para la determinación del perjuicio debe ser uno exclusivamente económico. En *derecho comparado*, el Tribunal Supremo Federal Alemán

procedimiento –siguiendo a Gutiérrez–,¹⁷⁵ creemos que debe ponerse atención en lo siguiente: a) no debería atenderse a puros criterios económicos, sino también a la lesión de la posición jurídica del sujeto con respecto a la cosa; b) no existiría perjuicio si la conducta tiene por objeto una cosa sin valor económico, aunque los daños morales sean compensables en sede civil; c) las meras expectativas no constituyen un perjuicio; d) la cosa poseída anti-jurídicamente pertenecería al patrimonio, pues, como el ladrón se lucra, y como la única forma de quitarle la cosa es por medio de vías lícitas, se admite la estafa con causa ilícita; e) igualmente, la consideración del delito de estafa no puede quedar condicionada a la existencia de una ilicitud civil, ya que siempre que, por medio del engaño se genere un menoscabo patrimonial con ánimo de lucro injusto, habrá estafa, aunque el estafado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral;¹⁷⁶ y f) finalmente, cabe preguntarse si los criterios por considerar para calcular la existencia y entidad del perjuicio deben analizarse desde un punto de vista objetivo o subjetivo.¹⁷⁷

(BGH) señala que este procedimiento debe estimar las circunstancias concretas del caso y las necesidades concretas de los individuos afectados, ya que, en su opinión, los objetos no tendrían el mismo valor patrimonial para todas las personas. Comenzando con esta delimitación, según el BGH, pese a la aparente equivalencia económica entre prestación y contraprestación, puede afirmarse un perjuicio patrimonial al menos en los siguientes supuestos: a) cuando conforme a un tercero imparcial la prestación recibida es para la víctima total o parcialmente inutilizable de acuerdo con los fines del contrato o de otra forma soportable; b) cuando la disposición patrimonial de la víctima la obliga a optar por medidas perjudiciales para su patrimonio, como cuando debe obtener un crédito a intereses; c) cuando su disposición patrimonial acota a tal punto sus medios que pone en peligro el cumplimiento de otras obligaciones, presentes o futuras; o d) cuando queda en situación de no poder seguir manteniendo su nivel de vida (sobre esto, Hernández, 2003, pp. 182-183). Estos tres últimos grupos de supuestos se estructuran bajo el concepto de una afectación de la libertad de movimiento en materia económica (*wirtschaftliche Bewegungsfreiheit*), y han sido los más debatidos, en tanto que el primero (que alude a la inutilidad de la prestación) se ha consolidado sin problemas. Esta explicación es lo que se ha denominado como el componente individual o personal en la determinación del perjuicio (*individueller [persönlicher] Schadenseinschlag*) en la dominante concepción jurídico-económica del patrimonio en Alemania (sobre el particular, por todos, Tiedemann, 1999b, NM 177 y ss.). El TS, por su parte, sostiene que las cosas deben valorarse por el precio medio de mercado, bien para determinar los límites cuánticos en orden a la calificación del hecho como delito o falta en determinadas infracciones patrimoniales, o la especial gravedad del daño, bien para precisar las cantidades indemnizatorias, o bien (en los delitos contra la salud pública) para imponer las multas, etc. Pero, cuando para la determinación del quebranto económico, el objeto material del delito u objeto apropiativo lo integre precisamente el dinero, según el TS ya aparece determinado el perjuicio directamente, sin necesidad de ninguna especial operación que haga referencia al precio medio o de mercado. (STS de 14/03/2003).

¹⁷⁵ Gutiérrez, 1991.

¹⁷⁶ En relación con lo anterior, conforme con la postura del bien jurídico seguida (véase supra N° 2), no cabría duda de que forman parte del patrimonio los bienes obtenidos de forma antijurídica (sobre este problema, Bajo, 2004, pp. 81 y ss.; Valle, 1987, p. 253; Quintano, 1977, pp. 624 y ss.; Politoff et ál., 2005, pp. 437 y ss.), siempre y cuando esta antijuridicidad no constituya, a su vez, un injusto penal, e incluso, en este último caso, formarán también parte del patrimonio aquellos bienes, en los supuestos de prescripción del delito (Gallego, 2002, p. 281). *Mutatis mutandis*, la anterior argumentación nos sirve para aseverar la potencial existencia de responsabilidad penal, hallándonos ante una estafa si el engaño es previo y se encuentran presentes el resto de elementos típicos. (Gallego, 2002, pp. 283-284).

¹⁷⁷ Sobre este problema, nos parece que la posición objetivo-individual resulta la más adecuada, en el sentido de que existiría una disminución patrimonial no solo cuando se produzca un detrimento en términos monetarios objetivos, sino también cuando se frustran los fines perseguidos por la víctima (por todos, Asúa

Así las cosas –como ya se adelantó–, la compensación eliminaría el perjuicio¹⁷⁸ y, por ello, el delito de estafa, y solamente habrá compensación cuando la pérdida de la cosa o de su valor económico sea subsanada con otro valor económico.¹⁷⁹

Por último, y debido a que debe responderse a la pregunta sobre qué *instancia* es la que se encuentra legitimada para establecer que un bien o posición económica tenga valor económico (y la entidad de ese valor), se han brindado diferentes *alternativas*: a) *en primer lugar*, la contemplación del patrimonio desde una postura abstracta, sin tomar en consideración a su titular, acudiendo al valor monetario de mercado; b) *en segundo término*, existe una concepción subjetivista, en cuya virtud lo que sea y lo que valga el patrimonio lo decide su titular; y c) *finalmente*, se puede adoptar una perspectiva concreta o personal, que consiste en observar el patrimonio teniendo en cuenta al titular en cuanto ocuparía un concreto lugar en las relaciones económicas.¹⁸⁰

Sobre este tema, creemos en una postura ecléctica, es decir, la *objetivo-individual*. Para quienes seguimos esta tesis, hay que tener en cuenta ciertos *criterios*, con el objeto de poder determinar la existencia de un perjuicio patrimonial en el ámbito de los negocios jurídicos no unilaterales (o

[1993, p. 107], cuando dice: “El daño no puede quedar cifrado en la frustración de la pretensión subjetiva de una utilidad concreta, porque sería volver a lo que propugnaba la concepción jurídica. Lo que se protege no puede ser la obtención de la utilidad específica que el titular pretende, sino el mantenimiento de su potencial económico. Por ello será necesario conjugar el aspecto de la utilidad individual con el criterio económico del saldo global. La teoría objetivo-individual del daño patrimonial intentará combinar ambos aspectos delimitando el alcance del ‘valor de utilidad’ con baremos normativos que hacen referencia a otras utilidades posibles. Delimitación que presupone la existencia real de una contraprestación, esto es una transacción donde se han acordado prestaciones recíprocas, que efectivamente se han producido, pero insatisfactoriamente para la parte que fue víctima del engaño de la otra en cuanto a las características de utilidad”). En detalle, Hernández, 2008, pp. 199 y ss.; Schlack, 2007b, pp. 168 y ss.

¹⁷⁸ En contra, la SCA de Temuco 16/10/2006, RIT 988-06.

¹⁷⁹ Bajo, 2004, pp. 49-50.

¹⁸⁰ Sobre esto, en detalle, Pastor (2004, pp. 73 y ss). La autora citada propone una perspectiva concreta o personal ajustada a la posición del titular en la relación económica, para lo cual efectúa el siguiente razonamiento: sostener que solamente el mercado posee legitimidad para definir el patrimonio implicaría afirmar que debe imponerse al titular del patrimonio la racionalidad del mercado, entonces, en su concepto no se explicaría cómo, si se supone que el patrimonio tiene que ser protegido porque otorga poder a su titular, en concreto se protegería contra su voluntad. Entonces, afirma que solamente desde una perspectiva concreta se puede explicar el hecho de que el valor de un bien no es inherente a él, sino producto de una interpretación, por ello, si la determinación del valor de mercado no tiene más límites que los impuestos por el Derecho, en su opinión, no tiene sentido que el titular del patrimonio no pueda manifestar una valoración distinta a la que reine en el mercado. Señala que la dinámica de las relaciones mercantiles muestra que, cuando los intervinientes expresan valoraciones vinculantes, estas evidentemente son importantes en las relaciones económicas. Y, en último lugar, sostiene que el reconocimiento de un punto de vista concreto o personal como legítimo no exonera la precisión de los presupuestos que deben concurrir en el caso concreto para sostener la relevancia de la valoración personal para la definición del patrimonio. Para ello, la autora sostiene que la personalización debe superar un filtro procedimental que garantice la obtención de una importancia intersubjetiva.

sinalagmáticos):¹⁸¹ a) el principio de compensación entre las contraprestaciones, de forma que, si existe esta, no hay perjuicio; y b) si falla la compensación, habría que acudir al “principio de la determinación objetivo-individual del perjuicio” a partir de ciertas restricciones normativas. Estos criterios son los siguientes:¹⁸²

La utilidad contractualmente prevista, expresa o implícitamente, en la transacción correspondiente (habrá perjuicio patrimonial si no se puede satisfacer).

La carencia de valor de uso de la contraprestación considerada de acuerdo con lo que puede estimarse útil para un sujeto económicamente razonable situado en el lugar del afectado. De tal manera, que, si la contraprestación fuese útil para un tercero en el mismo entorno (mercantil), no existiría el perjuicio patrimonial.

La imposibilidad de otorgar a lo recibido otro uso razonablemente exigible para la víctima (donde habrá perjuicio cuando no sea viable que el afectado dé otro uso, exigible razonablemente –como la transformación o reventa del bien recibido– para recuperar el valor patrimonial).

8.2.4. ¿Perjuicio efectivo o en forma de peligro?

Sobre esto ya nos hemos referido en otro lugar.¹⁸³ Nos gustaría recordar que el fundamento de nuestra argumentación se construye sobre la base de que estimamos que en este entorno se ha producido una grave confusión. En efecto, creemos que se ha sufrido una confusión conceptual en cuanto a que se insiste en que el “perjuicio potencial” constituye una figura de delito de peligro, cuando en realidad se trata de un delito de lesión. En este sentido,



¹⁸¹ Gallego, 2002, pp. 344 y ss., especialmente, p. 357; Schlack, 2007a, pp. 133 y ss. Para el estudio del tema en los negocios unilaterales, Schlack, 2007b, pp. 168 y ss.

¹⁸² En opinión de Gallego (2002, pp. 351 y ss.), todas estas correcciones normativas deben poseer un incuestionable efecto en el tipo subjetivo, pues, según él, el dolo típico debería abarcar también el conocimiento del déficit económico de las contraprestaciones, o de la falta de utilidad considerada en la transacción, o de la no posibilidad de transformación económica o reventa del bien recibido, o de su inutilidad. El efecto práctico de esta configuración del tipo subjetivo, señala el autor citado, es evidente; cuantos más requisitos deban integrar el dolo más difícil será comprobar su presencia en todos los supuestos y, por lo tanto, en hipótesis de ignorancia o error acerca de alguno de ellos (error de tipo) habrá impunidad por no estar regulada –generalmente– la incriminación imprudente en los delitos patrimoniales. A pesar de todas las críticas expuestas, en Alemania se ha establecido la “teoría objetivo-individual”, mientras que en España la doctrina mayoritaria no parece admitir, salvo casos concretos, correcciones a la concepción jurídico-económica del patrimonio. Pero, para el autor citado, el principal cuestionamiento que cabe realizar a estas limitaciones normativas es que se echa de menos una fundamentación de los motivos por los que se deba recurrir a ellas, así como por los límites con los que trabajan, al mismo tiempo que no pueden superar las críticas que se dirigen contra las propias tesis económicas, tesis que son la base y punto de partida de esta doctrina. Similar, Schlack, 2007a, pp. 133 y ss.

¹⁸³ En detalle, Balmaceda & Peller, 2006, pp. 185 y ss.; Balmaceda, 2009, pp. 235 y ss., y la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

nos parece que se puede, efectivamente, constatar un “perjuicio en forma de peligro”, que no es lo mismo que un “delito de peligro”.¹⁸⁴

En tal aspecto, también se manifiesta, en Chile, Etcheberry,¹⁸⁵ al decir que “... muchas veces un perjuicio meramente potencial es ya suficiente, por el daño que produce (...). En estrecha relación con dicho punto está la cuestión de la mera exposición a peligro del patrimonio”.

En relación con este debate, el *argumento* propuesto por la mayoría de la doctrina hispanoamericana es comprensible, a primera vista, porque en todo el resto del derecho penal la puesta en peligro y la lesión constituyen escalones diferentes de la intensidad de afectación de un bien jurídico, en el sentido de que la puesta en peligro es previa a la lesión. No obstante, debería constatarse una *diferencia* en aquellos delitos que tengan como bien jurídico protegido al patrimonio, pues *cabría en ellos cualquier afectación negativa al patrimonio (bajo un punto de vista económico) como perjuicio de este*.¹⁸⁶ El perjuicio en forma de peligro se sitúa (exactamente) en un punto intermedio entre un delito de peligro concreto y un delito de lesión, pero, no obstante,



¹⁸⁴ La *confusión conceptual* que, a nuestro juicio, existe obedece, en parte, a problemas terminológicos que existen tanto en la literatura hispanoamericana como en donde ha surgido la doctrina más sólida de la figura en estudio, esto es, en Alemania. Así, la inmensa mayoría de la doctrina alemana ocupa el término “*schadensgleichen Vermögensgefährdung*”, que se suele traducir –de forma simplificada– como “puesta en peligro” del patrimonio (véase Gallego, 2002, pp. 386 y ss.). Literalmente, quiere decir una “puesta en peligro del patrimonio equivalente al perjuicio” (véase Hernández, 2003, p. 173), pero, sin embargo, esto no parece correcto desde un punto de vista técnico-jurídico a propósito del delito de estafa. En efecto, a primera vista, no se trataría de un “perjuicio” en sentido material, sino de un “riesgo de perjuicio patrimonial” (en este sentido, por todos, Fischer, 2008, § 263 NM 94). Nos parece que esta afirmación resulta falsa –como ya hemos adelantado–, pues efectivamente nos encontraríamos en estos supuestos frente a un “perjuicio” –en sentido material– y, por ende, ante verdaderos “delitos de lesión”. Una *opinión minoritaria* en la doctrina en castellano –a nuestro juicio correcta– habla, de forma similar a nosotros, de “puesta en peligro del patrimonio constitutiva de un perjuicio” (así, Hernández, 2003, p. 173). Sin embargo, creemos que el término es demasiado extenso a efectos prácticos y, así mismo, la expresión coloca un énfasis en la puesta en peligro, y no en el perjuicio. De otro lado, hay quienes hablan de un “perjuicio potencial” (por todos, Etcheberry, 1998, p. 400; Bullemore & Mackinnon, 2007, p. 76). No obstante, como la voz “potencial” significa, según el diccionario de la Real Academia Española, no solo aquello “que tiene la virtud o eficacia de otras”, sino también lo “que puede suceder o existir, en contraposición de lo que existe”, de esta manera, entra en juego un elemento de incerteza y futuro que no tiene nada que ver con el concepto que analizamos, pues, en *nuestra opinión*, lo que es incierto y futuro es la “existencia” de un perjuicio efectivo, no de un perjuicio en el sentido del delito de estafa. En la literatura alemana, se ha propuesto por algunos autores la denominación de “*schadensdarstellende Vermögensgefährdung*” –puesta en peligro del patrimonio representante de un perjuicio– (Riemann, 1989, p. 7), expresión que posee los mismos problemas que la expresión más utilizada en dicho país, esto es, la de “*schadensgleichen Vermögensgefährdung*” (en este sentido, Hefendehl, 1993, p. 130). También se ha propuesto el término “*schädigende Vermögensgefährdung*” –puesta en peligro que perjudica al patrimonio–, denominación que, a nuestro juicio, continúa colocando un énfasis en la “puesta en peligro” y no en el “perjuicio” (así, Hefendehl, 1993, p. 130). Parece ser que la expresión que mejor expresa la naturaleza de la figura sometida a examen, que sería un peligro que ya constituye un perjuicio, es la del “perjuicio en forma de peligro”, que equivale al término alemán de “*Gefährdungsschaden*” (propuesta en Fischer, 2008, § 263 NM 94; Kindhäuser, 2005, § 263 NM 186).

¹⁸⁵ Etcheberry, 1998, p. 400.

¹⁸⁶ Riemann, 1989, pp. 9-10.

por aplicación del principio de legalidad, habría que inclinar su aplicación hacia el segundo, donde debería delimitarse en ese entorno.¹⁸⁷

Para admitir un perjuicio patrimonial en estos casos, tendríamos que admitir su presencia por el mero hecho de *contraerse* una obligación,¹⁸⁸ pues, comenzando a partir de un concepto jurídico-económico del patrimonio, que siempre tiene como punto de partida un punto de vista *económico*,¹⁸⁹ debería sostenerse que dicha acción posee ya un *valor económico* indudable,¹⁹⁰ debido a que nos parece que *el patrimonio hay que comprenderlo en sentido amplio, esto es, como una suma de relaciones jurídico-patrimoniales que sean idóneas de valoración económica*,¹⁹¹ donde bajo un punto de vista económico lo relevante no es el derecho subjetivo, sino la “*posición de dominio*” que exista detrás de él.¹⁹² De esta forma, creemos indiscutible que nadie va a comprar una pretensión del acreedor al valor nominal o normal cuando el deudor tenga problemas de solvencia.¹⁹³ Al mismo resultado puede llegarse también a partir de un punto de vista “jurídico”, donde debe entenderse como perjuicio el nacimiento de obligaciones, en las que la víctima se ve gravada por una “*pretensión jurídica*”.^{194,195}



¹⁸⁷ Hefendehl, 1993, p. 131.

¹⁸⁸ Como lo hace la doctrina prácticamente unánime en Alemania, por todos, Tiedemann, 1999b, NM 173; Rengier, 2006, § 13 NM 83; Cramer & Perron, 2006b, NM 237. Sobre esta opinión en España, véase Choclán, 2009, p. 191; Bajo, 2004, p. 67; Bacigalupo, 2007, pp. 176-177.

¹⁸⁹ Rengier, 2006, § 13 NM 67.

¹⁹⁰ Por todos, véase Tiedemann, 1999 b, NM 173; Cramer & Perron, 2006b, NM 237; Seelmann, 1982, p. 512. En España, en contra de esta postura, por todos, confróntese Valle (1987, p. 244), quien afirma rotundamente: “En definitiva, a nuestro juicio, la estafa contractual, al igual que el resto de modalidades, se consume con la efectiva lesión del bien jurídico atacado. En consecuencia, será necesaria la efectiva ejecución de las prestaciones prometidas, sin las cuales podrá afirmarse ciertamente, un peligro para el patrimonio, pero nunca su daño definitivo y material”; en el mismo sentido, Muñoz, 2010, pp. 435 y ss.; Torío, 1982, p. 897.

¹⁹¹ Como consecuencia de que en este trabajo se entiende el patrimonio como una *universitas iuris*, deben tomarse en consideración las prestaciones mutuas como valores patrimoniales, pues su existencia per se podría constituir un perjuicio (en este sentido, Meyer, 1975, pp. 357 y ss.). Véase supra, nota 29.

¹⁹² Cramer, 1968, p. 130.

¹⁹³ Arzt & Weber, 2000, § 20 NM 96.

¹⁹⁴ Tiedemann, 1999b, NM 173.

¹⁹⁵ A modo de ejemplo, la *jurisprudencia española* no ha encontrado problemas en constatar un perjuicio en los siguientes supuestos: i) vendedores que hicieron suscribir a unos compradores un contrato en el que no se declaraban las cargas hipotecarias que pesaban sobre un inmueble, afirmándose, concluyentemente, que estas no existían, estimando el tribunal que no cabe poner en duda ni los elementos del tipo objetivo de la estafa ni la relación de causalidad que debe existir entre ellos, dado que, si los compradores hubieran sabido del gravamen hipotecario, no habrían realizado la disposición patrimonial que les produjo el perjuicio o hubieran podido, al menos, tomar otras medidas de cuidado para evitar el daño que finalmente se les produjo (STS de 21/10/1998); ii) sujetos que ocultaron un hecho verdadero, de conocimiento esencial para la suscripción de un contrato de seguro, consistente en un accidente sufrido, con graves resultados personales para el vehículo asegurado. Y, como consecuencia del engaño, se produjo el error consistente en creer la compañía aseguradora que el vehículo asegurado no había tenido ningún accidente (auto del TS de 10/09/2001). En ambos casos, para el TS, el daño patrimonial, en el sentido de *disminución del patrimonio causado por la disposición patrimonial del sujeto pasivo engañado, no necesita para su existencia real de la consumación del contrato*. En este sentido, afirma que es suficiente con que el patrimonio del

Subrayemos que la mayoría de la jurisprudencia y doctrina chilena rechaza la figura del *perjuicio en forma de peligro*, señalando que debe tratarse de un perjuicio “real y efectivo”.¹⁹⁶ A efectos de lo que nos interesa exponer en este trabajo, vamos a presentar una síntesis de las ideas que creemos más importantes:

- a) El delito de estafa es un delito de resultado material y, por lo tanto, el carácter lesivo de la disposición patrimonial se debería concretar en una disminución cuantificable del patrimonio.
- b) No obstante, a nuestro juicio, este resultado también puede ser en forma de peligro, circunstancia que no transformaría la estafa en un delito de peligro. Ello al parecer resulta de forma indudable a partir de un concepto mixto jurídico-económico del patrimonio, ya que existirían situaciones en las que, aunque no se haya producido ninguna alteración real y jurídica del bien económico en el ámbito del patrimonio –en su conjunto–, podría suceder que el bien (o el derecho) –como tal– se encuentre en peligro, situación que disminuiría el valor del bien (o del derecho) y, por lo tanto, también el del patrimonio en su conjunto. Y, en este entorno, para estimar la presencia de un perjuicio patrimonial, necesariamente debería admitirse su existencia por la mera circunstancia de contraerse una obligación, ya que, comenzando a partir de una concepción jurídica-económica del patrimonio, que siempre tendría como base un punto de vista económico, debería afirmarse que dicha acción tendría ya un valor económico inquestionable, ya que al patrimonio debería estimárselo en sentido amplio, es decir, como una suma de relaciones jurídico-patrimoniales que sean susceptibles de apreciación económica, donde –bajo un prisma económico– lo destacable no sería el derecho subjetivo, sino la “posición de dominio” que se encuentra detrás de él.
- c) De otro lado, en lo que a la delimitación del ámbito de aplicación del perjuicio en forma de peligro se refiere, tenemos que subrayar que, en nuestra opinión, se trataría siempre de una delimitación normativa en el ámbito del concepto económico-jurídico del patrimonio.
- d) Igualmente, este siempre debería versar sobre una puesta en peligro que ya disminuiría la situación patrimonial actual, y no sobre una “mera posibilidad” de futura afectación al patrimonio. Así las cosas, cuando no resulte viable determinar que el valor del patrimonio haya disminuido “material-

sujeto pasivo haya quedado obligado a responder por una relación jurídica cualquiera. Y, sin perjuicio del concepto dogmático de patrimonio propio del delito de estafa (jurídico, económico, mixto, personal) al que se recurra, sostiene que lo cierto es que quien incorpora a su patrimonio una obligación (suscrita por engaño) sufre una disminución patrimonial, independientemente del nivel de ejecución alcanzado por el contrato en cuyo marco resultó engañado.

¹⁹⁶ Véase supra, nota 10.

mente”, no se podría estimar un perjuicio en forma de peligro. Entonces, existiría un perjuicio en forma de peligro siempre y cuando en la puesta en peligro haya una puesta en marcha de un curso causal irreversible orientado a una pérdida patrimonial duradera.

- e) A nuestro entender, de todas formas hay que tener en consideración el caso concreto a la hora de estimar el supuesto de un peligro concreto al patrimonio y, por ello, de un perjuicio en forma de peligro. Así mismo, este último no podría estimarse a través de una definición exhaustiva, porque existiría únicamente una diferencia gradual entre una “mera” puesta en peligro del patrimonio y un perjuicio en forma de peligro.

9. ASPECTOS SUBJETIVOS

9.1. El dolo

El dolo¹⁹⁷ en el delito de estafa exige la “conciencia y voluntad de engañar a otro produciéndole un perjuicio patrimonial a él mismo o a una tercera persona”, y este debería ser “antecedente o coetáneo” al engaño, por lo que el dolo “subsiguiente” sería indiferente para constatar un delito de estafa.¹⁹⁸

Sobre este elemento, el TS ha dicho que el tipo subjetivo del delito de estafa requiere, además del ánimo de lucro, el llamado *dolo defraudatorio*, consistente en el conocimiento por parte del autor de que se está engañando a otro, al producir en este un engaño a través del escenario construido, de manera que determine el acto de disposición. De igual modo, ha afirmado el TS que la existencia de tal elemento, a causa de su naturaleza, es necesario obtenerla a través de una inferencia que, basándose en datos de hecho acreditados, generalmente, en la propia mecánica de los hechos, conduzca naturalmente a esa conclusión;¹⁹⁹ también, ha dicho la jurisprudencia española que el dolo de la estafa debe presidir la conducta realizada, con su elemento *intelectivo*, consistente en conocer que se está engañando y perjudicando a un tercero, y, con su elemento *volitivo*, dirigido a la acechanza de un patrimonio ajeno, elemento reformado en el tipo de la estafa por la exigencia del ánimo de lucro.²⁰⁰



¹⁹⁷ De acuerdo con la *doctrina dominante* en derecho comparado, el dolo es la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Por todos, véase MIR, 2008, pp. 257 y ss. Así, el sujeto no solo “conoce”, sino que “quiere” la realización del tipo. Así, Gutiérrez, 1991, p. 557; Balmaceda, 2009, pp. 258 y ss.

¹⁹⁸ Bajo, 2004, p. 58. Sobre el particular, con una opinión diferente, Choclán, 2009, pp. 221-222.

¹⁹⁹ STS de 26/04/2004.

²⁰⁰ STS de 22/01/2002.

Es decir, no hay duda en que el dolo debe ser “actual”, resultando irrelevante un dolo antecedente o subsiguiente (y este es uno de los antecedentes que contribuyen a la delimitación entre el tipo de estafa y el fraude civil).²⁰¹ En este sentido, el *criterio jurisprudencial español* sobre el tema podemos resumirlo de la siguiente forma:

- a) El dolo del agente ha de ser *previo* a la dinámica defraudatoria, siendo penalmente irrelevante el dolo *subsequens* o sobrevenido con posterioridad a la celebración del negocio de que se trate;²⁰²
- b) El engaño tiene que *preceder* y determinar el consecutivo perjuicio patrimonial, no siendo aptas para originar el delito de estafa las hipótesis del denominado dolo *subsequens*;²⁰³
- c) El dolo de la estafa debe *coincidir* temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Así, el TS dice que solo si ha podido conocer que se afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que se ocultaba algo verdadero, es posible afirmar que se obró dolosamente, y que, por el contrario, con el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado sin dolo del autor el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentarse el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia;²⁰⁴
- d) En los casos en que la intención de incumplimiento haya surgido con posterioridad al contrato –dolo *subsequens*–, se estará a extramuros del delito de estafa, porque este exige el previo y suficiente engaño desplegado por el sujeto activo, motivador del acto de disposición, efectuado en su propio perjuicio por el sujeto pasivo;²⁰⁵ y
- e) La *criminalización* de los negocios civiles y mercantiles se produce cuando el propósito defraudatorio se genere antes o al momento de la celebración del contrato, y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo “subsequens” del mero incumplimiento contractual.²⁰⁶

En aquellos códigos que establecen un sistema incriminatorio de la imprudencia “numero clausus” (como sucede en España y en Chile), debe observarse una incriminación expresa para el castigo de una estafa imprudente,



²⁰¹ Gutiérrez, 1991, p. 558.

²⁰² Así, STS de 7/11/1997; 4/02/1998; 24/03/1999; 17/07/1998; 4/05/1999; 6/03/2000; 25/03/2004; 22/12/2004.

²⁰³ STS de 8/03/2002; 15/02/2005.

²⁰⁴ STS de 28/10/2002; 15/02/2005.

²⁰⁵ STS de 26/12/2004.

²⁰⁶ STS de 15/02/2005 (RJ 2005, 5214).

hecho que, de todas formas, pensamos que resulta *imposible* que acontezca en el delito de estafa, pues, por su propia naturaleza, que exige un “ánimo de lucro” como elemento subjetivo de su tipo, se debería excluir su comisión imprudente.²⁰⁷ De esta manera, *parece indiscutible el carácter doloso de la estafa*, ya que el engaño la convierte en un delito de estructura intencional, argumento que, a nuestro entender, es de carácter definitivo con respecto a la exclusión de la imprudencia.²⁰⁸

Por otra parte, aunque se deban *valorar* los loables esfuerzos para delimitar el dolo eventual con la imprudencia, el grado de incertidumbre es tal que es mejor actuar con cautela.²⁰⁹ A nosotros nos parece viable la estafa con dolo eventual, según lo que vimos a propósito de la normativización del engaño cuando se criticó la teoría de la puesta en escena.²¹⁰ En efecto, debido a la *naturaleza* de este delito –según parece–, la mayoría de la doctrina se manifiesta en contra de tolerar en la estafa el dolo eventual.²¹¹ Entonces, *en estos casos, el dolo eventual recibiría el mismo tratamiento que la imprudencia* (ya que la dimensión subjetiva que configura la estructura final de la estafa tiene que constar con toda certeza, y por ello no se puede presumir o presuponer, como exigiría el dolo eventual).²¹² Así las cosas, la *ausencia* de dolo en la estafa implica, en todo caso, la atipicidad (entonces, como la estafa no admite la forma imprudente, el error de tipo vencible, al igual que el invencible, determinaría la atipicidad del delito por falta de dolo y, con ello, la impunidad).²¹³

9.2. El ánimo de lucro

En el tipo de estafa tiene que haber un “ánimo de lucro”,²¹⁴ esto es, un elemento subjetivo del tipo que consiste en “la ventaja patrimonial ob-

²⁰⁷ Así, Bajo, 2004, p. 59. A favor de la comisión de la estafa con dolo eventual, Choclán, 2009, pp. 222 y ss.; Magaldi, 2004, p. 761.

²⁰⁸ Gutiérrez, 1991, p. 555; Donna, 2001, pp. 338 y ss.; Donna & De la Fuente, 2004, pp. 89 y ss.

²⁰⁹ Gutiérrez, 1991, p. 563.

²¹⁰ Siempre y cuando se cumplan con los requisitos exigidos por la teoría de la imputación objetiva. Véase supra N° 4.

²¹¹ Donna, 2001, p. 339; Donna & De la Fuente, 2004, p. 90. Sin embargo, en Alemania es ampliamente mayoritaria la doctrina que sostiene la viabilidad de la estafa con dolo eventual. Por todos, véase Tiedemann, quien únicamente excluye de estas hipótesis el caso de la estafa procesal. (Tiedemann, 1999b, NM 244 y ss.).

²¹² Gutiérrez, 1991, pp. 567-568.

²¹³ En este sentido, Gutiérrez, 1991, p. 561. *También, la doctrina española y chilena dominante*. Por todos, Bajo, 2004, p. 59; Valle, 1987, pp. 271 y ss.; Etcheberry, 1998, p. 405; Garrido, 2002, p. 341. En contra, Choclán, 2009, pp. 222 y ss.; Piña, 2006, pp. 103 y ss.

²¹⁴ *La admisión del ánimo de lucro en el delito de estafa es polémica en Chile*, estando la mayoría en contra, por todos, confróntese Politoff et ál. (2005, p. 419), quienes dicen que parece no existir ningún elemento en la legislación chilena que exija un ánimo especial; Etcheberry (1998, p. 402), el cual señala que ni en la definición de fraude por engaño, ni en el texto legal se menciona tal elemento; Piña (2006, p. 105,

tenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico”.²¹⁵ Este ánimo ha de ser “directo” y debe poseer un “sentido económico” (porque es la contrapartida del daño patrimonial). Tiene que concurrir como una “tendencia subjetiva” y, por lo tanto, no se requiere –como hace el derecho italiano–²¹⁶ que el beneficio o provecho se logre.²¹⁷

El *criterio del TS* en el tratamiento de este elemento lo podemos resumir de la siguiente forma:

- a) El ánimo de lucro va embebido en el dolo, que se desenvuelve con consciencia y voluntad de engañar, naturalmente que coetáneo a la propia mentira;²¹⁸
- b) La finalidad de enriquecimiento es el elemento subjetivo del tipo o dolo específico, entendido como deseo, meta o intención de obtener un lucro, un beneficio patrimonial, una ganancia evaluable económicamente, precisada de manera cierta, exacta y conocida;²¹⁹
- c) Puede consistir en cualquier utilidad o ventaja, pues no es imprescindible que se concrete exclusivamente en un valor económico, ya que, como ha expuesto la doctrina y recoge la jurisprudencia, el lucro se emplea en estos delitos con un sentido jurídico de cualquier clase de utilidad o ventaja;²²⁰

nota 185, y p. 106) indica categóricamente que el tipo de estafa no requiere del lucro, rechazando de plano la doctrina contraria por motivos conceptuales y porque la ley chilena no formula exigencia alguna al respecto. *A favor, a nuestro juicio acertadamente*, Hernández (2003, pp. 188 y ss. manifiesta, como objeción de naturaleza material, que, pese a que la legislación chilena no exija este elemento por motivos de técnica legislativa, esta circunstancia no implica que no tenga que existir un ánimo de lucro al verificarse; aunque Labatut (1996, pp. 224 y 226) expresa que no es un requisito esencial; Yubero (1993, pp. 69 y ss.), por su parte, dice que el CP chileno no lo contempla de forma explícita, pero se encuentra implícito en el verbo “defraudar”. Entonces, la solución correcta parece aceptar el ánimo de lucro, puesto que estructural o fenomenológicamente la estafa no consistiría simplemente en un delito de daño contra el patrimonio, sino también de enriquecimiento. En este sentido, Contreras, 1992, p. 74; Grisolia, 1997, p. 421; Balmaceda, 2009, pp. 261 y ss. De modo similar se pronuncia alguna jurisprudencia –no tan aislada–, por ejemplo, STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08; STOP de Santiago (4º) 20/10/2008, RIT 93-08; SJG de Santiago (7º) 30/05/2007, RIT 725-06; STOP de Punta Arenas 20/11/2006, RIT 77-06; STOP de Santiago (3º) 16/06/2007, RIT 112-07; STOP de Copiapó 19/06/2006, RIT 32-06; FM Nº 55 CS 1963, p. 109; SCA de Arica 23/07/2008, Rol 125-07; RDJ T. LXVII secc. IV CS 1970, p. 318; GJ Nº 130 CA de Santiago 1991, p. 76; GJ Nº 113 CA de Punta Arenas 1989, p. 85; SCA de Santiago 08/10/2010, Rol 2039-2010. Vacilante, pero pareciendo inclinarse por aceptarlo, la SCS 28/01/2009, Rol 697-08.

²¹⁵ Este requisito, como sucede en los delitos de apoderamiento, es un elemento intencional que se dirige a un fin que no pertenece al tipo (véase Choclán, 2009, pp. 226 y ss.; Bajo, 2004, p. 52; Donna, 2001, pp. 339-340; Donna & De la Fuente, 2004, pp. 91-92).

²¹⁶ En efecto, el artículo 640 CP italiano exige un “injusto provecho con daño ajeno”, lo que hace que este elemento no pertenezca a la fase de agotamiento del delito y sea, por ello, relevante para su consumación, pues requiere la efectiva producción del lucro. Sobre esto, véase Pecorella, 2006, NM 42 y ss.; Fiandaca & Musco, 2005, pp. 185 y ss.; Antolisei, 2002, pp. 362 y ss.

²¹⁷ Bajo, 2004, pp. 54-56.

²¹⁸ STS de 5/11/1998; 27/01/1999; 28/04/1999.

²¹⁹ STS de 27/01/1999; 28/04/1999; 6/05/1999; 4/05/1999; 2/06/1999; 16/07/1999; 6/03/2000; 29/01/2002; 21/01/2002.

²²⁰ STS de 2/07/2003.

- d) Comprende tanto el beneficio propio como el ajeno, pues el ánimo de lucro en el delito de estafa no requiere que el autor persiga su propio y definitivo enriquecimiento. Por el contrario, en el delito de estafa el ánimo de lucro también es de apreciar cuando la ventaja patrimonial antijurídica se persigue para luego beneficiar a otro. Dicho de otra manera: para el TS, la finalidad de un enriquecimiento antijurídico no depende de lo que el autor piense efectuar luego con las ventajas patrimoniales obtenidas, contradiciendo la norma del artículo 248 CP español;²²¹ y
- e) Se excluye la comisión por imprudencia, ya que el ánimo de lucro es el propósito de obtener una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado. Así, afirma que se considera ánimo de lucro la intención de obtener un beneficio meramente contemplativo.²²²

En Italia, de forma similar, el concepto de provecho (la otra cara del “perjuicio”), en los delitos contra el patrimonio, y también, en cuanto atañe específicamente a la estafa, la elaboración jurisprudencial y doctrinal²²³ es amplísima, pues es opinión común que tenga que entenderse por provecho cualquier tipo de utilidad, también de naturaleza no patrimonial. La naturaleza “no patrimonial” es entendida en el sentido de que no necesariamente el provecho tiene que consistir en una suma de dinero, pudiendo radicar en cualquier otra clase de bien, aunque económicamente valorable y cuya sustracción a la víctima implique un daño para ella, que debe, en cambio, “siempre” tener naturaleza patrimonial (el perjuicio), es decir, comportar una disminución del patrimonio de la víctima.²²⁴

Sobre la *naturaleza* del ánimo de lucro, debemos apuntar que se trata de un específico elemento subjetivo del tipo, diferente del dolo, que el tipo requiere, además de este, para su realización. Así mismo, se configura como un elemento de tendencia interna trascendente, porque la finalidad del sujeto va más allá de la realización del hecho típico, pero no es preciso que efectivamente consiga lo que perseguía (a efectos de la consumación, entonces, se exige el perjuicio, pero no el enriquecimiento del engañador).²²⁵

Por último, surge la *pregunta* de si el lucro deseado o perseguido por el agente debe corresponder precisamente al perjuicio ocasionado (lo que los

²²¹ STS de 28/11/2003.

²²² STS de 30/10/1997; 7/11/1997; 4/02/1998; 24/03/1999; 26/05/1998; 20/07/1998; 6/03/2000; 1/03/2000.

²²³ Por todos, Antolisei, 2002, p. 345; La Cute, 1992, p. 263; Manzini, 1963, pp. 663 y ss., y la jurisprudencia allí citada.

²²⁴ Pica, 1999, pp. 148 y ss.

²²⁵ Gutiérrez, 1991, pp. 568-569.

alemanes llaman la igualdad material [*stoffgleichheit*]), como si fuesen las dos caras de la misma moneda, lo que supone entender que la estafa no solo sería un delito que tiende al enriquecimiento, sino que más precisamente tendería al traspaso patrimonial.²²⁶

Respecto a este tema –y para terminar–, podemos decir que el *punto de partida* de la denominada “igualdad material” es la teoría de la identidad, con base en el concepto jurídico del patrimonio, y que hace referencia a la igualdad sustancial.²²⁷ Los representantes de los conceptos patrimoniales institucionales llegan a la conclusión de que el requisito de la igualdad material (en el sentido de la teoría de las dos caras) sería innecesario o, incluso, falso, porque un bien patrimonial siempre hay que valorarlo individualmente, y, por otro lado, una disposición disminuida del patrimonio siempre conduciría a un perjuicio patrimonial y a una ventaja patrimonial. Por todo ello, el *problema* de la igualdad material sería una terminología falsa, pues este se enfoca a partir de un único punto de vista. Y, en general, queda incierto este tema; sin embargo, por esto, la jurisprudencia alemana moderna ha llegado a una serie de aclaraciones, a saber:²²⁸

- a) El requisito mencionado excluye del delito de estafa los perjuicios mediatos y aquellos perjuicios que sean accesorios (perjuicios sobrevinientes); y
- b) Además, excluye ventajas externas, como, por ejemplo, recompensas que otorgan terceros al autor (en estos casos se resuelven muchos problemas de estafas de comisiones, como, por ejemplo, las otorgadas a vendedores).

CONCLUSIONES

En Chile, los *pilares de la estafa* son el engaño y el perjuicio (no el “perjuicio” y el engaño, puesto que nuestra identidad normativa no permitiría otra interpretación).

La *simple mentira* puede constituir un engaño a efectos de la estafa –ya sea que se comience la construcción a partir del artículo 468 o 473 del CP chileno–. En este sentido, estimamos que al engaño se le ha dado un protagonismo extremo, ya que el debate de la distinción de ilicitudes –penal y civil– al parecer será, en definitiva, un problema de tipicidad que tendría que remediarse de acuerdo con los elementos hermenéuticos tradicionales.

Necesariamente el engaño típico tiene que delimitarse en sede de *imputación objetiva*, declarándonos, en este sentido, dudosos en afirmar el rechazo *a priori* de un engaño típico que no implique una puesta en escena.



²²⁶ Sobre el estado actual de la discusión en Alemania, por todos, Tiedemann, 1999b, NM 256 y ss.

²²⁷ Tiedemann, 1999b, NM 256 y ss.

²²⁸ Tiedemann, 1999b, NM 256 y ss., y la jurisprudencia ahí citada.

El error no debería incluirse en el engaño, ya que conllevaría desvalorar en el tipo el comportamiento “solo” en función de la diligencia de la víctima, su credibilidad, o educación. Entonces, la idoneidad para generar el error determinaría, no la existencia del engaño, sino, en su caso, su “relevancia” jurídico-penal. En este sentido, lo importante no sería el engaño, ni tampoco el engaño “bastante”, sino el “engaño bastante para producir error en otro”.

El delito de estafa es un delito de *resultado material* y, por lo tanto, el carácter lesivo de la disposición patrimonial se debería concretar en una disminución cuantificable del patrimonio.

Por ello, al perjuicio lo comprendemos como toda disminución del patrimonio del engañado o de un tercero, que tendría que consistir en la realización del riesgo creado o aumentado por el engaño que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma del delito de estafa.

El patrimonio debería comprenderse en sentido amplio, es decir, como una suma de relaciones jurídico-patrimoniales que sean idóneas de valoración económica, cuyo punto de partida para cuantificar el cómputo del perjuicio patrimonial consistiría en la comparación del valor del patrimonio antes y después del acto de disposición patrimonial.

En este sentido, no nos parece adecuada una construcción mixta del patrimonio que únicamente aprecie las posiciones económicas “jurídicamente reconocidas”, ya que partimos de la base de que pertenecería al patrimonio todo bien de naturaleza económica mientras posea una “apariencia jurídica”, sin que sea importante, en nuestra opinión, su reconocimiento jurídico “efectivo” o “real”.

En relación con lo anterior, formarían parte del patrimonio los bienes obtenidos de forma “antijurídica”, siempre y cuando esta antijuridicidad no constituya, a su vez, un injusto penal, e, incluso en este último caso, formarían también parte del patrimonio aquellos bienes, en los supuestos de prescripción del delito. Así las cosas, en estos casos podríamos aseverar la potencial existencia de responsabilidad penal, encontrándonos ante una estafa si el engaño es previo y se encuentran presentes el resto de elementos típicos.

Importa decir, en este momento, que estamos de acuerdo con la posición mayoritaria en Hispanoamérica, en el sentido de que la estafa es un delito de lesión, no de peligro, y de daño, no de enriquecimiento (ya que su consumación se vería condicionada por el efectivo y material detrimento patrimonial que sufre el sujeto pasivo, y no por la obtención de la ventaja económica a la que aspira el sujeto activo).

Sin embargo, estimamos que se ha sufrido una grave confusión conceptual, ya que se insiste por parte de la doctrina mayoritaria en rechazar una hipótesis que se cree que constituye una figura de delito de peligro, cuando en realidad se trataría de un delito de lesión. Por ello, a nuestro

juicio, efectivamente se podría constatar un “perjuicio en forma de peligro”, que no sería lo mismo que un “delito de peligro” (concreto ni abstracto).

BIBLIOGRAFÍA **

1. Antolisei, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale I*, a cura di Luigi Conti, Multa Pavcis, Milano, 2002. (Antolisei, 2002).
2. Antón Oneca, José, voz “Estafa”, en Mascareñas, Calos-E. (dir.), *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo IX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1958. (Antón, 1958).
3. Arroyo de las Heras, Alfonso, *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Bosch, Barcelona, 2005. (Arroyo, 2005).
4. Arzt, Gunther, “Viktimologie und Strafrecht”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1984, (67). (Arzt, 1984).
5. Arzt, Gunther & Weber, Ulrich, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2000. (Arzt & Weber, 2000).
6. Asúa Batarrita, Adela, “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, (46). (Asúa, 1993).
7. Asúa Batarrita, Adela, “Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional”, en AA. VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995. (Asúa, 1995).
8. Bacigalupo, Enrique, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2007. (Bacigalupo, 2007).
9. Bajo Fernández, Miguel, *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004. (Bajo, 2004).
10. Balmaceda Hoyos, Gustavo, “El perjuicio en el delito de estafa”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Universidad San Sebastián, Concepción (Chile), 2010, (14). (Balmaceda, 2010).
11. Balmaceda Hoyos, Gustavo, *El delito de estafa informática*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009. (Balmaceda, 2009).
12. Balmaceda Hoyos, Gustavo & Araya Paredes, Ignacio, “Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena?”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), 2009, 11, (2), pp. 13-45. (Balmaceda & Araya, 2009).
13. Balmaceda Hoyos, Gustavo & Peller, Michael Ferdinand, “Análisis dogmático del concepto de ‘perjuicio’ en el delito de estafa (especial referencia



** Al lado de cada obra, entre paréntesis, se presenta la forma como aparece citada en el texto.

- al concepto de 'perjuicio en forma de peligro')", *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago (Chile), 2006, (7). (Balmaceda & Peller, 2006).
14. Bullemore, Vivian & Mackinnon, John, *Curso de derecho penal. Parte especial*, tomo IV, Lexis Nexis, Santiago, 2007. (Bullemore & Mackinnon, 2007).
 15. Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal. Parte especial*, Ariel, Barcelona, 1991. (Bustos Ramírez, 1991).
 16. Cabrera Guirao, Jorge & Contreras Enos, Marcos, *El engaño típicamente relevante a título de estafa*, Legal Publishing, Santiago, 2009. (Cabrera & Contreras, 2009).
 17. Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. (Conde-Pumpido, 1997).
 18. Conte, Philippe, *Droit pénal spécial*, Lexis Nexis, Paris, 2005. (Conte, 2005).
 19. Contreras Torres, Raúl, *El delito de estafa*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1992. (Contreras, 1992).
 20. Corcoy Bidasolo, Mirentxu et. ál., *Manual práctico de derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. (Corcoy, 2004).
 21. Cramer, Peter, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Verlag Gehlen Bad Homburg, Berlin - Zürich, 1968. (Cramer, 1968).
 22. Cramer, Peter & Perron, Walter, "Vor § 263", en Schönke, Adolf; Schröder, Horst & Cramer, Peter (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, München, 2006. (Cramer & Perron, 2006a).
 23. Cramer, Peter & Perron, Walter, "§ 263", en Schönke, Adolf; Schröder, Horst & Cramer, Peter (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, München, 2006. (Cramer & Perron, 2006b).
 24. Choclán Montalvo, José Antonio, *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 2009. (Choclán, 2009).
 25. De la Mata Barranco, Norberto J., "El concepto de patrimonio y de daño patrimonial en el delito de estafa. El delito de estafa en los países miembros de la UE", en Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006. (De la Mata, 2006).
 26. Doig, Alan, *Fraud*, William Publishing, Cullompton, 2006. (Doig, 2006).
 27. Donna, Edgardo Alberto & De la Fuente, Javier Esteban, "Aspectos generales del tipo penal de estafa", *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2004, año 1, (1). (Donna & De la Fuente, 2004).
 28. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II-B, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001. (Donna, 2001).
 29. Etcheberry, Alfredo, *Derecho penal. Parte especial*, tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998. (Etcheberry, 1998).

30. Fanelli, Andrea, *La truffa*, Milano, Giuffrè, 1998. (Fanelli, 1998).
31. Fernández, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2004. (Fernández, 2004).
32. Fernández Díaz, Álvaro, "Engaño y víctima en la estafa", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2005, (XXVI). (Fernández, 2005).
33. Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II I delitti contro il patrimonio, Zanichelli editore, Bologna, 2005. (Fiandaca & Musco, 2005).
34. Finzi, Conrado, *La estafa y otros fraudes*, Depalma, Buenos Aires, 1961. (Finzi, 1961).
35. Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C.H. Beck, München, 2008. (Fischer, 2008).
36. Galán Muñoz, Alfonso, *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. (Galán, 2005).
37. Gallego Soler, José Ignacio, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. (Gallego, 2002).
38. García Rivas, Nicolás, "Estructura jurisprudencial del delito de estafa", en Boix Reig, Javier (dir.), *Estafas y falsedades (análisis jurisprudencial)*, Iustel, Madrid, 2005. (García, 2005).
39. Garrido Montt, Mario, *Derecho penal. Parte especial*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 2002. (Garrido, 2002).
40. Gómez Benítez, José Manuel, "Función y contenido del error en el tipo de estafa", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985. (Gómez, 1985).
41. González Rus, Juan José, "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (V). Las defraudaciones. La estafa", en Cobo del Rosal, Manuel (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005. (González, 2005).
42. González-Salas Campos, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, Oxford University Press, México, 2001. (González-Salas, 2001).
43. Grisolia, Francisco, "La estafa procesal en el derecho penal chileno", *Revista Chilena de Derecho*, 1997, 24, (3). (Grisolia, 1997).
44. Groizard Gómez de la Serna, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, tomo VII, Esteban Hermanos Impresores, Salamanca, 1897. (Groizard, 1897).
45. Gutiérrez Francés, María Luz, *Fraude informático y estafa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. (Gutiérrez, 1991).
46. Hefendehl, Roland, *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993. (Hefendehl, 1993).
47. Hentig, Hans von, *Estudios de psicología criminal, III, La estafa*, (traducción de José María Rodríguez Devesa), Espasa-Calpe, Madrid, 1980. (Hentig, 1980).

48. Hernández Basualto, Héctor, “Aproximación a la problemática de la estafa”, en aa. vv., *Problemas actuales de derecho penal*, Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2003. (Hernández, 2003).
49. Hernández Basualto, Héctor, “Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno”, en Fernández Cruz, José Ángel (coord.), *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del derecho penal*, Lexis Nexis, Santiago, 2008. (Hernández, 2008).
50. Hernández Basualto, Héctor, “Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática”, *Revista Chilena de Derecho*, 2010, 37, (1), pp. 9-41. (Hernández, 2010a).
51. Hernández Basualto, Héctor, “La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal”, *Revista de Derecho*, Valdivia (Chile), julio 2010, XXIII, (1). (Hernández, 2010b).
52. Herring, Jonathan, *Criminal law. Text, cases, and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2006. (Herring, 2006).
53. Hormazábal Malarée, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, PPU, Barcelona, 1991. (Hormazábal, 1991).
54. Huerta Tocildo, Susana, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid, 1980. (Huerta, 1980).
55. Joecks, Wolfgang, *Strafgesetzbuch –Studienkommentar–*, C.H. Beck, München, 2005. (Joecks, 2005).
56. La Cute, Giuseppe, voz “Truffa (dir. vig.)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1992, (45). (La Cute, 1992).
57. Lackner, Karl, “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo VI, De Gruyter Recht, Berlin, 1988. (Lackner, 1988).
58. Labatut Glenda, Gustavo, *Derecho penal*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996. (Labatut, 1996).
59. Kindhäuser, Urs, “La estafa como autoría mediata tipificada”, (traducción de Jorge Perdomo Torres), en Kindhäuser, Urs, *Estudios de derecho patrimonial*, Grijley, Lima, 2002. (Kindhäuser, 2002).
60. Kindhäuser, Urs, *Strafgesetzbuch, Lehr und Praxiskommentar*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2005. (Kindhäuser, 2005).
61. Lafave, Wayne R., *Criminal law*, Thomson - West, St. Paul, 2003. (Lafave, 2003).
62. Lira Correa, Blanca, “Las teorías de la imputación objetiva y la *mise en scène* en relación con el delito de estafa”, en *Ars boni et aequi* /, Universidad Bernardo O’Higgins, Facultad de Derecho y Comunicación Social, Santiago de Chile, 2010, año 6, (2). (Lira, 2010).
63. López Barja de Quiroga, Jacobo et ál., *Manual de derecho penal. Parte especial II*, Akal, Madrid, 1990. (López, 1990).
64. Lucarelli, Umberto, *La Truffa*, Cedam, Padova, 2002. (Lucarelli, 2002).

65. Magaldi Paternostro, María José, “Cap. VI. De las defraudaciones”, en Córdoba Roda, Juan & García Arán, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004. (Magaldi, 2004).
66. Maggini, Attilio, *La Truffa*, Cedam, Padova, 1988. (Maggini, 1988).
67. Mantovani, Ferrando, *Diritto penale. Parte speciale II*, Cedam, Padova, 2002. (Mantovani, 2002).
68. Manzini, Vincenzo, *Tratatto di diritto penale italiano. Vol. 9 Delitti contro il patrimonio*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1963. (Manzini, 1963).
69. Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992. (Martínez, 1992).
70. Martos Núñez, Juan Antonio, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Civitas, Madrid, 1990. (Martos, 1990).
71. Mata y Martín, Ricardo M., *Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago*, Pamplona, 2007. (Mata, 2007).
72. Mayer Lux, Laura, “El actuar de la víctima en el delito de estafa. En especial sobre el principio de autoprotección y los deberes de veracidad”, en AA. VV., *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008. (Mayer, 2008).
73. Mera Figueroa, Jorge, *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta*, Lexis Nexis, Santiago, 2001. (Mera, 2001).
74. Meyer, Dieter, “Schließt das Werkunternehmerpfandrecht beim Betrug einen Vermögensschaden aus?, Bermerkungean zu einem Ureil des BayObLG vom 17.12.1973”, en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1975. (Meyer, 1975).
75. Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, libro de estudio (traducción de Conrado A. Finzi), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959. (Mezger, 1959).
76. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2008. (Mir, 2008).
77. Mir Puig, Santiago, *Estado, pena y delito*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2006. (Mir, 2006).
78. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. (Muñoz, 2010).
79. Namer, Sabrina, *Estafa e imputación objetiva*, AdHoc, Buenos Aires, 2002. (Namer, 2002).
80. Ormerod, David, *Smith & Hogan, Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005. (Ormerod, 2005).
81. Ormerod, David, *Smith & Hogan, Criminal Law. Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2006. (Ormerod, 2006).

82. Pastor Muñoz, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004. (Pastor, 2004).
83. Pastor Muñoz, Nuria, “La construcción de un tipo europeo de estafa: rasgos de la definición del comportamiento típico”, en Arroyo, Luis & Nieto, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2006. (Pastor, 2006).
84. Pastor Muñoz, Nuria, “La diversidad de víctimas del fraude. Reflexiones sobre el alcance del tipo de estafa”, en Yacobucci, Guillermo J. (dir.), *Derecho penal empresario*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2010, pp. 255 y ss. (Pastor, 2010).
85. Pastor Muñoz, Nuria. “Tema 11. Delitos contra el patrimonio (II)”, en Silva Sánchez, Jesús María (dir.) & Ragués I Vallès, Ramón (coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2011. (Pastor, 2011).
86. Pecorella, Claudia, “Art. 640”, en *Codice Penale Commentato*, a cura di Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci, Ipsoa, Vicenza, 2006. (Pecorella, 2006).
87. Pedrazzi, Cesare, *Ingano ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1955. (Pedrazzi, 1955).
88. Pérez Manzano, Mercedes, “Acerca de la imputación objetiva de la estafa”, en AA. VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, boe, Madrid, 1995. (Pérez, 1995).
89. Pica, Giorgio, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Utet, Turín, 1999. (Pica, 1999).
90. Piña Rochefort, Ignacio, *Fraude de seguros*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006. (Piña, 2006).
91. Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre & Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005. (Politoff et ál., 2005).
92. Quintero Olivares, Gonzalo, “Art. 248”, en Quintero Olivares, Gonzalo et ál., *Comentarios al Código Penal español*, tomo II, Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2011. (Quintero, 2011).
93. Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la parte especial del derecho penal, II*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977. (Quintano, 1977).
94. Rassat, Michéle-Laure, *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, Paris, 2006. (Rassat, 2006).
95. Rengier, Rudolf, *Strafrecht, Besonderer Teil I, Vermögensdelikte*, C.H. Beck, München, 2006. (Rengier, 2006).
96. Riemann, Thomas, *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, C.F. Müller, Heidelberg, 1989. (Riemann, 1989).

97. Rodríguez Devesa, José María & Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1995. (Rodríguez & Serrano, 1995).
98. Romero, Gladys, *Delito de estafa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007. (Romero, 2007).
99. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997. (Roxin, 1997).
100. Salvador Coderch, Pablo & Silva Sánchez, Jesús María, *Simulación y deberes de veracidad*, Civitas, Madrid, 1999. (Salvador & Silva, 1999).
101. Schlack Muñoz, Andrés, "El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, 2008, 35, (2). (Schlack, 2008).
102. Schlack Muñoz, Andrés, "Aplicaciones de criterios objetivo-individuales en la constatación del perjuicio patrimonial en el delito de estafa", *Ius Publicum*, 2007, (19). (Schlack, 2007a).
103. Schlack Muñoz, Andrés, "La estafa en negocios con prestaciones unilaterales: notas sobre su fundación dogmática", *Revista de Derecho*, Concepción (Chile), 2007, (16). (Schlack, 2007b).
104. Seelmann, Kurt, "Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes", *Juristische Schulung*, 1982. (Seelmann, 1982).
105. Silva Silva, Hernán, *Las estafas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005. (Silva, 2005).
106. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992. (Soler, 1992).
107. Suárez González, Carlos, "De las estafas", en Rodríguez Mourullo, Gonzalo (dir.) & Barreiro, Agustín Jorge (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997. (Suárez, 1997).
108. Tiedemann, Klaus, "Vor § 263", en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo VI, De Gruyter Recht, Berlin, 1999. (Tiedemann, 1999a).
109. Tiedemann, Klaus, "§ 263", en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo VI, De Gruyter Recht, Berlin, 1999. (Tiedemann, 1999b).
110. Torío López, Ángel, "Acción y resultado en la estafa procesal", en AA. VV., *Estudios penales. Libro homenaje al profesor J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982. (Torío, 1982).
111. Valle Muñoz, José Manuel, *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 1987. (Valle, 1987).
112. Véron, Michel, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Paris, 2004. (Véron, 2004).
113. Vives Antón, Tomás Salvador & González Cussac, José Luis, "Sección 1º. De las estafas", en Vives Antón, Tomás Salvador (coord.), *Comentarios*

- al Código Penal de 1995*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. (Vives & González, 1996).
114. Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969. (Welzel, 1969).
115. Wessels, Johannes & Hillenkamp, Thomas, *Strafrecht, Besonderer Teil/2*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009. (Wessels & Hillenkamp, 2009).
116. Yubero Canepa, Julio, *El engaño en el delito de estafa*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1993. (Yubero, 1993).
117. Zannotti, Roberto, *La Truffa*, Giufrè, Milano, 1993. (Zannotti, 1993).
118. Zugaldía Espinar, José Miguel, *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal, Madrid, 1988. (Zugaldía Espinar, 1988).

