



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE GRADUADOS  
MAGISTER EN DERECHO PENAL

**APROXIMACIÓN A LAS ESTAFAS EN NEGOCIOS DE CONTENIDO ILÍCITO.**

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS

Rodrigo Ignacio Carvajal Schnettler  
Director: Germán Ovalle Madrid

Santiago, Agosto de 2011

*A Karen, por su preciada colaboración.*

## ÍNDICE.

	Página
<b>RESUMEN</b> .....	5
<b>PALABRAS CLAVE</b> .....	5
<b>ABREVIATURAS</b> .....	6
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	8
<b>1. ESTAFAS EN NEGOCIOS CON CAUSA ILÍCITA: EL PROBLEMA</b> .....	13
<b>Y SU CONTEXTO</b>	
<b>1.1. DELIMITACIÓN Y NOTAS DISTINTIVAS</b> .....	13
<b>1.2. CLASES DE ESTAFAS EN NEGOCIOS CON CAUSA ILÍCITA</b> .....	20
1.2.1. CRITERIO DEL ORDEN DE LAS PRESTACIONES.....	20
1.2.2. CRITERIO DE LA NATURALEZA DE LA ILICITUD.....	21
1.2.3. CRITERIO DEL CARÁCTER DE LA ILICITUD.....	22
<b>1.3. TRATAMIENTO DOGMÁTICO DE LAS ESTAFAS EN NEGOCIOS CON</b> .....	24
<b>CAUSA ILÍCITA</b>	
EXCURSO: DOCTRINA DE LAS ESTAFAS QUE INCIDEN EN UNA SITUACIÓN	42
ILÍCITA PREVIA.	
<b>1.4. ANÁLISIS DE LOS PLANTEAMIENTOS DOGMÁTICOS DOMINANTES</b> .....	50
1.4.1. LA IRRELEVANCIA DE LA MERA INTENCIÓN DE LA VÍCTIMA.....	50
1.4.2. LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 469 N° 5	53
Y 470 N° 7 DEL CÓDIGO PENAL.	
1.4.3. APROXIMACIÓN AL CRITERIO DEL PATRIMONIO PENALMENTE	58
PROTEGIDO.	
<b>2. BASES PARA UNA PROPUESTA ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN</b> .....	90
<b>2.1. DIMENSIÓN SINCRÉTICA DEL PATRIMONIO</b> .....	92
2.1.1. NORMA PRIMARIA Y NORMA SECUNDARIA.....	94
2.1.2. EL INJUSTO TÍPICO EN LA ESTAFA. COMPONENTE DE LIBERTAD.....	101
<b>2.2. EXPRESIÓN POSITIVA DE LA LIMITACIÓN A LA LIBERTAD NEGOCIAL EN</b> .....	113

<b>ACTOS PENALMENTE ILÍCITOS.</b>	
2.2.1. COMISO EN EL DELITO MATERIA DE LA NEGOCIACIÓN.....	116
2.2.2. AUSENCIA DE CONDUCTA POR FALTA DE OBJETO MATERIAL.....	121
2.2.3. CONCRECIONES PARA EL SUPUESTO OBJETO DE ANÁLISIS.....	130
<b>2.3. LÍMITE IMPUESTO POR EL DERECHO PRIVADO A LA VALORACIÓN.....</b>	<b>135</b>
<b>PENAL EN ACTOS CIVILMENTE ILÍCITOS.</b>	
<b>3. ALCANCE DE LAS PROPUESTAS CENTRADAS EN LA CONDUCTA.....</b>	<b>166</b>
<b>DE LA VÍCTIMA</b>	
<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>182</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>194</b>

## **RESUMEN.**

Desde las propuestas doctrinarias chilenas y españolas dirigidas a determinar en la configuración del delito de estafa, la incidencia de la ilicitud del negocio bilateral que sirve de medio para perpetrar una defraudación, se avanza en la crítica a la postura más difundida en nuestro entorno. Se objeta a ésta contentarse con erróneas razones para estimar punibles sin distinción las estafas en negocios con contenido ilícito. De la mano de postulados sobre la norma penal, conducta y resultado típicos, la propuesta alternativa se centra en la sanción de comiso que el propio Código penal contempla para los supuestos de ilicitud penal, distinguiéndolas de aquéllas aplicables a ilicitudes meramente civiles, enfocadas en su relevancia para la valoración penal. En lo fundamental se considera que, tratándose de un ilícito penal, la sanción de comiso obsta a afirmar la concurrencia de un objeto material apto para configurar el delito de estafa. Tratándose de un ilícito civil, satisfechas las exigencias del Derecho privado para negar el derecho a la prestación insoluta o al reintegro de aquélla cumplida, la valoración penal se centra en la distribución del resultado producido, sin afectar el desvalor de acto y la consecuente punición por estafa frustrada.

## **PALABRAS CLAVE.**

Estafa, negocio ilícito, conducta y resultado.

## ABREVIATURAS

AA.VV.	autores varios
ADPCP.	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
Art(s).	artículo(s)
AT.	<i>Allgemeiner Teil</i> (parte general)
BGH.	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal federal alemán)
BT.	<i>Besonderer Teil</i> (parte especial)
CC.	Código civil
CCE.	Código civil español
Cfr.	confróntese
Coord.	Coordinador
COT.	Código orgánico de tribunales chileno
CP.	Código penal chileno
CPA.	Código penal argentino
CPE.	Código penal español
CPP.	Código procesal penal chileno
Ed.	edición
Et al.	et alteri (y otros)
Íbidem, Ibíd., Íd.	Ídem
Infra.	Más abajo, posteriormente, en la obra.
LECRIM.	Ley de enjuiciamiento criminal española.
LG.	<i>Landesgericht</i> (Tribunal del Land)
LK.	<i>Leipziger Commentar</i>
Loc. cit.	Lugar citado
N°	número(s)
N.marg.	nota marginal
NK.	<i>Nomos Commentar</i>
Op. cit.	opus citatum (obra citada)
Passim	Concepto tratado por el autor a lo largo de toda la obra.
p./pp.	Página / páginas
RDJ.	Revista de Derecho y Jurisprudencia

RDPC.	Revista de Derecho penal y Criminología
RG.	<i>Reichgericht</i> (Tribunal del Reino)
Sic.	sicut (del latín: así, textualmente)
Ss.	siguientes
SK.	<i>Systematischer Kommentar</i>
Supra.	Más arriba, anteriormente, en la obra
StGB.	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código penal alemán)
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo español
t.	tomo
Vid.	videtur (del latín: véase)
Vol.	volumen
vr.gr.	<i>verbi gratia</i> o verbigracia
Vid.	véase
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

## INTRODUCCIÓN.

Los negocios jurídicos que recaen sobre objeto o causa ilícita, convocan una respuesta única en nuestro Derecho privado: la sanción de nulidad, a la que se añade la privación del derecho a ser restituido al estado anterior al acto jurídico, si se ha obrado a sabiendas. Tal conclusión resulta de lo dispuesto por los Art. 1681, y siguientes, en relación con el Art. 1468, todos del CC. y aparece contrastada unánimemente por postulados dogmáticos y jurisprudenciales<sup>1</sup>. Se trata de situaciones previstas por la ley civil, que deben calificarse en general como antijurídicas, pudiendo en algunos casos resultar constitutivas incluso de ilícitos penales<sup>2</sup>.

La indicada privación de efectos en nuestro Derecho privado, plantea múltiples cuestionamientos desde la óptica del Derecho penal, los que giran en torno a si la mencionada ilicitud del negocio, afecta la valoración penal de la defraudación cometida, o si por el contrario, puede continuar examinándose la concurrencia de una estafa de prestaciones bilaterales, desatendiendo la ilicitud concurrente<sup>3</sup>.

Y en un nivel adicional de distinción, se impone la cuestión de determinar la relevancia de la vertiente de la ilicitud, civil o penal, a los efectos de pronunciarse sobre su incidencia en la valoración aportada por el Derecho penal desde el punto de vista del delito de estafa. En definitiva, la falta de distinción que el Derecho civil chileno exhibe respecto de la naturaleza penal o civil del capítulo de ilicitud, al regular sus efectos indiferenciadamente, ¿acarrea también una ausencia de todo distingo en materia penal? o, por el contrario, ¿incide decisivamente en la mencionada valoración penal de la estafa que pudiere apreciarse?

---

<sup>1</sup>Cfr. VODANOVIC H., Antonio. Derecho civil, Parte preliminar y Parte general. Santiago, Ed. Ediar Conosur, 1991. p. 314 y 325. VIAL DEL RÍO, Víctor. Actos jurídicos y personas, teoría general del acto jurídico. 3ª ed., Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 1991. t. I, p. 170 y 188 y ss.

<sup>2</sup>GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial. Valencia, Ed. Triant Lo Blanch, 2002. p. 263. Tal referencia resulta del todo pertinente a nuestro Derecho privado, si se atiende a la amplitud de los supuestos de objeto y causa ilícita regulados en los Art. 1462; 1464; 1466; y 1467 CC., comprensivos de vulneraciones a la moral o buenas costumbres, como también de ilícitos específicamente penales.

<sup>3</sup>PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito (Algunas consideraciones a propósito de la STS 13 de mayo de 1997). *Revista de derecho penal y criminología*. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2(5): 336, 2000.

La cuestión central apunta a dilucidar la respuesta que nuestro Derecho penal ofrece a casos del rubro siguiente: A, oriundo del país X, se encuentra privado de libertad en cumplimiento de una pena de presidio por el delito de tráfico de estupefacientes. Fue sorprendido en el aeropuerto internacional con ocasión del primer viaje que realizaba fuera de su país, con destino a Chile. Durante la ejecución de la pena que le fue impuesta, A toma conocimiento que la organización Z, conformada por personal administrativo y de guardia del recinto penal en que permanece, ha obtenido reducciones de condena de diversos reclusos. Tales actos se verifican al margen de los procedimientos regulados al efecto; circunstancia que A ignora. A solicita a B, un miembro activo de la organización, la reducción del lapso de su condena en tres meses, a lo que éste accede a cambio de una ingente suma de dinero, pagadera anticipadamente. En el curso de las negociaciones previas, B le manifiesta a A que la no obtención del beneficio convenido, daría lugar a la inmediata devolución del dinero pagado, y que el elevado valor del servicio, junto a su pago anticipado, obedece a la necesidad de contar con los recursos necesarios para su distribución entre los diferentes actores que intervendrían en la sucesión de trámites requeridos. A hace entrega a B de la suma convenida, mediante un cheque que es depositado en la cuenta de un tercero, proporcionada por B al efecto. Llegado el día en que A esperaba obtener su libertad, se percató que conforme los registros administrativos, sólo sería liberado en tres meses más, sin obtener el beneficio por el que pagó. Al día siguiente, A solicita a B la devolución del dinero pagado, conforme lo acordado, a lo que éste se niega, aduciendo que era necesaria una mayor suma de dinero para obtener su liberación.

El caso propuesto, junto a otros de la misma índole, aludidos por la doctrina española con base en supuestos reales conocidos por los Tribunales<sup>4</sup>, exhibe como

---

<sup>4</sup> Así, CONDE-PUMPIDO, da cuenta que el Tribunal Supremo español condenó en sentencia de 29 de abril de 1961, al médico que, aceptando practicar un aborto, tras el examen realizado a la mujer ya anestesiada, descubrió que aquél era innecesario por ser inexistente el supuesto embarazo, pese a lo que cobró el precio fingiendo haber llevado a cabo el procedimiento abortivo. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Estafas*. Valencia, Ed. Triant lo Blanch, 1997, p. 93. CHOCLÁN MONTALVO añade la referencia al caso en que el Tribunal Supremo español, en sentencia de 02 de julio de 1952, condenó por estafa a quien obtuvo de la víctima dinero a cambio de obtener del estafador el contacto con otro para la compra ilícita de tabaco rubio y moneda extranjera. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. 2ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 2009, p. 214. BAJO FERNÁNDEZ, agrega a las anteriores, las sentencia del

nota común, el tratarse de un negocio bilateral<sup>5</sup>, objetivamente de contenido ilícito delictivo, en cuya ejecución ha tenido lugar el pago, en términos de la prestación per sé lícita y no se ha realizado la correlativa prestación ilícita convenida<sup>6</sup>.

Lo distintivo del caso expresado, radica en que la víctima de la defraudación ha obrado desconociendo el carácter ilícito de su conducta. Ahora bien, sin entrar en detalles sobre los hechos que conformarían tal ignorancia del derecho vigente<sup>7</sup>, daremos por supuesto que ha obrado en error de prohibición invencible<sup>8</sup>, sin perjuicio

---

mismo tribunal, de cuatro de diciembre 1992, que condenó por estafa al abogado que logró de la víctima dinero para conseguir ilegalmente la libertad de un preso; y de cinco de diciembre de 1992, que condenó por estafa al director de una escuela de conducir que prometió conseguir ilegalmente el permiso de conducir a cambio de un precio. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Los delitos de estafa en el Código Penal. Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2004, p. 84. PASTOR MUÑOZ formula sus análisis a propósito de la STS., RGA: 3811, redactada por E. BACIGALUPO, que conoció del caso de un funcionario municipal que ofreció obtener la licencia administrativa requerida para la instalación de un comercio de hostelería, sin contar con facultades decisorias al efecto, pero aduciendo contar con influencias suficientes. PASTOR MUÑOZ, añade que “no es difícil imaginar el caso de un sujeto que, habiendo recibido dinero de un empresario para eliminar ilegalmente unos residuos, lo engaña, o el de un individuo a quien, tras llevar a cabo el secuestro acordado, no se le entrega el precio que se pactó”. También refiere el caso de “quien paga a un sicario para que mate a su enemigo y no obtiene tal servicio o el del sicario que realiza su trabajo y no recibe el precio (...) o el caso de venta de sustancias inocuas en lugar de abortivos”. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* pp. 335; 336; 337 y 441.

En Chile, se registra el caso de un funcionario fiscalizador del Servicio de Impuestos Internos, quien informó a la empresa fiscalizada, una situación tributaria que la obligaba al pago de ingentes sumas por concepto de impuestos, muy superiores a las que correspondía efectuar, y ofreció a los ejecutivos de la Compañía reducir considerablemente el monto de sus obligaciones tributarias, lo que se traducía únicamente en ajustarlas al tributo que debía ser enterado, conforme su determinación regular. Los ejecutivos de la empresa aceptaron proporcionarle dinero por tal prestación, el que luego no entregaron, denunciando los hechos. RDJ, 2ª parte, sección 4ª, N° LXIX, año 1972, pp. 184 a 190. Sobre la exposición y análisis de la sentencia referida, *vid. Infra* Apartado 1.4.3.

<sup>5</sup> No se trata del carácter bilateral en cuanto convención, referido sólo a la necesidad de contar con la voluntad de a lo menos dos partes, sino que de la noción de contrato bilateral, esto es, una convención que crea e impone obligaciones a ambas partes. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los contratos, parte general. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1986. p. 73. En una denominación acuñada para el análisis del perjuicio en el delito de estafa, ASUA BATARRITA, distingue las prestaciones bilaterales de las unilaterales, destacando que estas últimas se caracterizan por la gratuidad, de manera que el engaño no recae sobre la merma económica, sino sobre los motivos de la disposición o sobre las finalidades pretendidas con la misma. ASUA BATARRITA, Adela. El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales. *ADPCP*. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica, XLVI (I) Enero-Abril de 1993, pp. 112 y 113.

<sup>6</sup> El enfoque adoptado supone la concurrencia de todos los requisitos generales del delito de estafa, de manera que aísla la variable concerniente a su ilicitud.

<sup>7</sup> Tales como, su desarraigo cultural, que regularmente en el sistema penitenciario de su país de origen se ofrecía la reducción de condena a cambio del pago de dinero.

<sup>8</sup> Sobre la evolución jurisprudencial del error de prohibición en nuestro medio, véase KÜNSENMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. Notas sobre el error de prohibición. *Gaceta jurídica* (292):

de las referencias al supuesto alternativo de vencibilidad o de ausencia de todo error, que corresponda formular con fines analíticos<sup>9</sup>.

Luego, sobre la respuesta propiamente penal al caso planteado, vinculando en el análisis la relevancia de aquélla que aporta el Derecho privado, versará el presente estudio. Se tratará, en definitiva, de analizar críticamente la propuesta predominante en nuestra doctrina<sup>10</sup>, que no divisa obstáculo para apreciar estafa frente al contenido ilícito del negocio en que ésta es fraguada, cualquiera sea su índole o intensidad, sin perjuicio de la relevante opinión de algún autor particular que, con base en la dogmática hispana, aporta un criterio que matiza la solución referida para algunos casos.

Al respecto planteamos como hipótesis que, tratándose de una ilicitud penal aquella pertinente al acto en que se fragua la defraudación, la propia ley penal ha previsto el destino de los medios empleados y de los rendimientos económicos obtenidos, incidiendo decididamente en la tipificación del delito de estafa que reconoce a tales objetos como referente para la presencia del bien jurídico tutelado. En contraste, tratándose de una ilicitud meramente civil, el criterio de discriminación corresponde a plena influencia para la valoración penal de la estafa, del destino asignado por el derecho privado a los objetos concernidos por el acto que, según sus propias reglas, exhibe un vicio de nulidad.

El análisis principiará contrastando el supuesto de estafas en negocios con causa ilícita, con aquéllos próximos, con base en constelaciones de casos que permitan la delimitación del primero y, al mismo tiempo, contribuyan con un acervo

---

7-24, 2004; KÜNSENMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. Principio de culpabilidad – culpabilidad. Notas sobre su evolución y “crisis”. Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián (II,2): 169-182, 2000; y SOTO PIÑEIRO, Miguel. Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del “principio de culpabilidad” en el Derecho Penal chileno. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae (III, 3): 233-253, 1999. Recientemente VAN WELZEL ha expuesto una propuesta de *lege lata* sobre el tratamiento del error, con base en la categoría de la “*culpa iuris*”. VAN WELZEL, Alex. Error y mero desconocimiento en derecho penal. Santiago, Ed. Legal Publishing, 2ª ed. 2009, *passim*. En lo concerniente a una referencia a la evolución jurisprudencial del error de prohibición en el Derecho español, ver BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Justicia Penal y Derechos Fundamentales. Madrid/Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2002, p. 113 y 114.

<sup>9</sup> En definitiva, lo determinante, conforme se expondrá *supra* a partir del segundo Capítulo, será la punibilidad de la conducta; ámbito en el que el error mencionado incide junto a muchas otras circunstancias, inclusive las excusas legales absolutorias.

<sup>10</sup> Sobre su detallada exposición, *vid. infra*, Apartado 1.3.

conceptual mínimo necesario para una acertada comprensión de las propuestas dogmáticas que se expondrán. Se revisarán en esta parte, de la mano de la dogmática nacional y española, las argumentaciones interpretativas del tipo penal de la estafa, para así dilucidar si permiten sentar las bases sobre la procedencia de una respuesta al supuesto objeto de análisis.

A continuación, y desde una aproximación crítica a las posiciones doctrinales expuestas en nuestro medio, se argumentará sobre la necesidad de un distanciamiento de aquellas que suscitan mayor consenso en la materia, para la solución del caso planteado. El rumbo de tal distanciamiento vendrá de la mano de las propuestas generales sobre teoría de las normas y teoría del delito a los que se adscribirá. A partir de los conceptos obtenidos desde las mencionadas construcciones generales, se razonará sobre la categoría sistemática específica en que debe hurgarse para hallar la respuesta sobre el carácter delictivo de la estafa en negocios con causa ilícita, procurando distinguir entre la naturaleza penal o civil de la ilicitud del acto. Naturalmente, en este punto nos apartaremos de los términos del caso particular antes referido a modo de ejemplo, para internarnos en el estudio de la incidencia en la apreciación del delito de estafa, de los efectos que el Derecho civil regula para la ilicitud propia de dicha parcela jurídica.

En el Capítulo final se abordará la mirada del Derecho penal a la conducta de la víctima. Así, se analizará la relevancia de las exigencias de protección de su propio patrimonio, impuestas a la víctima que opta por la celebración de un acto de contenido ilícito, en cuya ejecución es defraudada.

El Apartado final aspira resumir los principales argumentos vertidos y precisar las conclusiones a que se ha arribado.

# 1. ESTAFAS EN NEGOCIOS CON CAUSA ILÍCITA: EL PROBLEMA Y SU CONTEXTO.

## 1.1. DELIMITACIÓN Y NOTAS DISTINTIVAS.

El presente Apartado persigue destacar las principales aproximaciones generales formuladas por la doctrina chilena, respecto de las estafas que exhiben como variante distintiva su vinculación con un acto ilícito previo o coetáneo, sin detenernos en las recurrentes alusiones expuestas en nuestro medio a supuestos particulares, comprendidos por aquel que nos convoca<sup>11</sup>. En definitiva, a partir de las tipologías obtenidas desde nuestros exponentes doctrinarios, aspiramos a dar cuenta de la ubicación de los supuestos de estafas en negocios con causa ilícita, en el concierto general de las estafas en que cabe evaluar la ilicitud de la conducta de la víctima o su posición jurídica (género común), para así precisar cuáles son las notas que singularizan al objeto particular de nuestro estudio (diferencias específicas).

Al efecto, resulta pertinente destacar, primeramente, la distinción que plantea POLITOFF *et al*<sup>12</sup> aludiendo a las estafas sobre actos con causa ilícita; los casos del estafador estafado; las estafas al ladrón y deudor; y la estafa en la realización de un servicio ilícito. En similares términos, YUBERO<sup>13</sup> enuncia el rubro de supuestos

---

<sup>11</sup> Así, a modo de ejemplo, DAVIS alude a un supuesto particular de objeto ilícito, en que el sujeto pasivo perseguía la comisión de un delito, como el caso de la mujer que paga a una hechicera por un filtro para matar a su marido. DAVIS R., Pedro. El delito de estafa. Santiago, Imprenta Dirección General de Prisiones, 1942, p. 37. SANTANDER, intenta dar respuesta a la interrogante sobre si es capaz de influir en la responsabilidad del autor de una estafa, el hecho de tener la víctima una intención dolosa criminal y si esta última debe ser sancionada. SANTANDER FANTINI, Ricardo. La intención dolosa de la víctima en el delito de estafa. Tesis (Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1951. p. 281. En CONTRERAS, la referencia también viene limitada al que denomina “engaño ocasionado en atención a la intención delictuosa de la víctima”. CONTRERAS TORRES, Raúl. El delito de estafa. Santiago de Chile, Ed. Jurídica Conosur, 1992. p. 41 y ss. Para LABATUT, el problema se reduce a determinar la relevancia del móvil inmoral o criminal de quien resulta perjudicado. LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho penal. 7ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1983, t. II, p. 225. ETCHEBERRY, alude a la misma idea al referirse al supuesto en que víctima perseguía un fin ilícito o delictivo. ETCHEBERRY. *Op cit.*, t. III, pp. 404 y ss.

<sup>12</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS R., Jean, RAMÍREZ G., María. Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2003, t. II, pp. 437 y ss.

<sup>13</sup> El autor se limita a considerar la estafa de cosas hurtadas o robadas, el fraude por engaño cometido en perjuicio de quien ha dispuesto patrimonialmente por un objeto o causa

generales antes indicados, sin perjuicio que omite toda referencia a las estafas en la realización de un servicio ilícito.

En la primera constelación mencionada por POLITOFF *et al*, se enuncia el problema como aquél concerniente a si concurre o no el elemento perjuicio, cuando la estafa consiste en la no realización de un acto ilícito por el que se ha pagado un precio. En relación con las hipótesis del estafador estafado, el énfasis viene puesto en determinar la relevancia del ánimo del sujeto pasivo, bajo la perspectiva de si puede ser estimado autor de una tentativa de estafa, apropiación indebida u otro delito contra la propiedad<sup>14</sup>. En el tercer grupo, POLITOFF *et al* atiende a la reprobación jurídica en el origen de la posesión y su incidencia en la protección patrimonial frente al acto del legítimo dueño o del justo poseedor, tendiente a recuperar la cosa indebidamente apropiada, mediante engaño<sup>15</sup>. Y, en el último rubro, el autor aborda los supuestos en que la víctima no obtiene el pago por el servicio ilícito que realizó, supuesta la concurrencia de todos los requisitos de la estafa.

SCHLACK<sup>16</sup>, con base en la dogmática alemana, alude a dos de los supuestos particulares abarcados por la distinción de POLITOFF *et al*: los servicios ilícitos o inmorales y los casos en que la víctima realiza engañada una prestación con miras a obtener una contraprestación ilícita o inmoral. SCHLACK indica que la distinción es empleada mayoritariamente por quienes adscriben a una teoría mixta de patrimonio, de manera que atiende a que en el segundo caso se paga con dinero, el que forma parte del patrimonio objeto de tutela penal, en tanto que en los servicios ilícitos no se dispensa tal protección por el Derecho.

Detalladamente abordaremos en el Apartado siguiente, los fundamentos y consecuencias del criterio que acabamos de enunciar, conocido como el postulado de

---

ilícita, y los casos del estafador estafado. La disposición por causa ilícita la aborda como el problema de la intención dolosa de la víctima o la estafa en los negocios ilícitos inmorales y el último tópico citado, como el de la lesión patrimonial aparente, utilizada como medio ejecutivo. La referencia se formula al denominado “cuento del tío”; al que alude el autor empleando precisamente tal vocativo YUBERO CÁNEPA, Julio. El Engaño en el delito de estafa. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1993, pp. 64, 75 y 77.

<sup>14</sup> POLITOFF *et al*. *Op cit*. p. 438.

<sup>15</sup> POLITOFF *et al*. *Op. cit*. p. 437.

<sup>16</sup> SCHLACK MUÑOZ, Andrés. *El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa*. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v35n2/art03.pdf>> [consulta : 10 Agosto 2010] pp. 283 y 284.

la “distinción de ilícitos”. Pero, resulta de interés poner de relieve, a los efectos de situar en un contexto más general el supuesto objeto de nuestro estudio, que la distinción de que se sirve SCHLACK, alude exclusivamente a una de las variantes que se presenta en las estafas en negocios con causa ilícita, la que por su relevancia, ocupa un lugar central en su propia definición.

En efecto, distingue a las estafas que tienen lugar “en” los negocios con causa ilícita, la circunstancia que el hecho base tiene causa ilícita, vale decir, concurre la circunstancia de que la víctima de la defraudación pretendía, con el acto de disposición patrimonial, realizar un hecho ilícito, incluso delictivo<sup>17</sup>, o bien que ésta se obligo a ejecutar tal hecho ilícito o delictivo, el que realizó con miras a obtener una correlativa disposición patrimonial. Luego, es característico de tales supuestos que la ilicitud aparezca en el mismo momento del contacto patrimonial y no en un estadio previo o preexistente al comportamiento defraudatorio<sup>18</sup>, sin perjuicio de los actos preparatorios respectivos<sup>19</sup>.

Conforme lo expuesto, quedan comprendidas en este último rubro, de entre los supuestos aludidos por POLITOFF *et al*, las estafas sobre actos con causa ilícita, junto a la estafa en la realización de un servicio ilícito; y resultan, además, plenamente abarcados los dos casos convocados por SCHLACK, al tratarse de los supuestos que dan lugar a la conceptualización misma del objeto de este estudio, como se indicó.

En contraste, el denominado como “supuesto próximo”<sup>20</sup> a aquél que será analizado, denominada como “estafa de objeto obtenido ilícitamente”, se constata ante la presencia de una situación preexistente, que incide en la protección penal al patrimonio, cuando su merma se traduce en el valor de un bien adquirido por vías ilícitas. Se trata de los casos denominados como de “estafa al poseedor ilícito”<sup>21</sup>; “estafa de cosa poseída antijurídicamente”<sup>22</sup>; o más sencillamente como de “estafa al estafador”; “estafa al ladrón” y “estafa al deudor”, expresamente aludidos en tales

---

<sup>17</sup> BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* p. 82.

<sup>18</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* p. 338.

<sup>19</sup> En definitiva, se persigue distinguir tales casos de los supuestos de posesión de objetos obtenidos en un ilícito contra la propiedad o el patrimonio.

<sup>20</sup> Tal como lo enfoca PASTOR MUÑOZ. *Ibíd.*

<sup>21</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. La determinación del engaño típico en el delito de estafa. Madrid, Barcelona, Ed. Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, 2004, p. 66.

<sup>22</sup> VALLE MUÑOZ. *Op. cit.* p. 251. BAJO FERNÁNDEZ, *Op. cit.* p. 89.

términos por POLITOFF *et al*, como se indicó. En definitiva, en esta constelación estamos frente a bienes que son reconocidos por el Derecho, pero que han sido adquiridos de un modo ilícito, de manera que el origen de su tenencia o posesión, impone evaluar la tutela que el Orden jurídico penal les ofrece<sup>23</sup>.

Planteada en tales términos la distinción entre estafas en negocios de contenido ilícito y estafas que inciden en una situación ilícita previa, el supuesto particular de “estafa entre ladrones en el reparto del botín”, a nuestro juicio, debe ser incluido en el primer grupo aludido, de modo que integra a aquél objeto de este trabajo. Al efecto cabe convocar la precisión formulada por BAJO FERNÁNDEZ sobre la pertenencia a uno u otro rubro clasificadorio del mencionado supuesto particular. Al efecto, el autor citado observa estafa en el caso de quien defrauda al ladrón de cosa hurtada, pero no en el caso de quien defrauda al copartícipe en el reparto del botín, desde que en este último supuesto estamos ante el cumplimiento o satisfacción de una prestación ilícita, no seguida del pago acordado<sup>24</sup>. En definitiva, se trata en este caso del supuesto en que, concertados para llevar a cabo un acto ilícito, uno de los sujetos no cumple lo convenido, bien sea porque se abstiene de ejecutar lo que le correspondía<sup>25</sup> o porque, una vez perpetrado el delito, engaña al copartícipe en la distribución de los efectos del

---

<sup>23</sup> A juicio de PASTOR MUÑOZ, en estos supuestos se destaca como nota distintiva que “la relación entre el titular y sus bienes ya ha sido afectada por el primer ilícito (hurto, estafa) y, por ello, debe plantearse si tiene sentido la prohibición de un engaño ulterior como protección del patrimonio del legítimo titular o como protección de la posesión del ladrón o del primer estafador—si se demuestra que es una posición jurídico-civilmente reconocida—. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 338. También en *Op. cit.* (nota 21) p. 66

<sup>24</sup> BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* p. 83, en n. marg.141. “(N)o existe contradicción con la apreciación del delito de estafa en el caso de quien defrauda al ladrón de cosa hurtada, en cuanto que en el supuesto indicado ahora en el texto (estafa en el reparto del botín) se trata de un acto de disposición patrimonial consistente en un servicio (prestación de servicio ilícito-impago), mientras que en el supuesto de estafa de la cosa hurtada nos encontramos ante un caso de disposición patrimonial consistente en la entrega de una cosa. Que las soluciones sean distintas se deriva de la distinta naturaleza patrimonial de la entrega de una cosa y de la realización de un servicio”. En el mismo sentido PASTOR MUÑOZ refiere que “(A)demás, en estos casos, el engaño se produce respecto a acuerdos tomados en un contexto de ilicitud que pueden calificarse de negocios con causa ilícita, en los que las prestaciones merecen un juicio de valoración negativa del Derecho privado”. *Op. cit.* (nota 21) p. 70.

<sup>25</sup> No puede soslayarse que de no ejecutar el hecho, sólo correspondería sancionar por aquél al incumplidor, de resultar punible la conspiración, sin perjuicio que el supuesto de la infracción a sus obligaciones comprende también el cumplimiento imperfecto o parcial.

mismo<sup>26</sup>, esto es, el objeto apropiado o el lucro obtenido ilícitamente. Con acierto BAJO FERNÁNDEZ apunta a que, en razón que el acto de disposición del engañado corresponde a haber colaborado en una actividad delictiva, por la que se le escamotea la retribución acordada, se trata más bien del caso de estafa en la prestación de un servicio ilícito<sup>27</sup>.

En lo que concierne a los denominados “timos” y el caso particular del “estafador estafado”, cabe destacar su relación meramente eventual con el objeto de nuestro estudio. En efecto, el rasgo común a ambos supuestos, corresponde a la imbricación de la codicia o avaricia de la víctima, con el desnivel en que ésta se encuentra respecto del sujeto activo.

En los “timos”, a los ojos de la víctima, se aparenta una negociación cuyos rendimientos económicos resultan ser en extremo convenientes, pero que se obtienen en desmedro del sujeto activo<sup>28</sup>, o bien, resultan excesivos precisamente en razón del contenido ilícito de la negociación<sup>29</sup>.

Tratándose del caso particular del “estafador estafado” la señalada utilidad para sus intereses, apreciada erróneamente en cuanto tal por la víctima de la negociación, se funda precisamente en su representación equivocada del origen del beneficio, esto es, en la actuación por engaño del disponente. Se trata de una apreciación motivada por error, porque, en realidad, este aparente engañado, corresponde al defraudador efectivo, perfectamente avisado del acontecer<sup>30</sup>, quien se sirve de la errada

---

<sup>26</sup> Supuesta la concurrencia de las restantes exigencias objetivas y subjetivas que reclama la configuración del delito de estafa.

<sup>27</sup> BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* p. 83.

<sup>28</sup> Tal es el caso, por ejemplo, del defraudado que aporta de una suma de dinero destinada a enterar la fianza a que se subordina la liberación de un sujeto acaudalado, quien retribuirá diez veces el monto del dinero aportado, en razón de la apremiante contingencia en que se encuentra por su privación de libertad; en circunstancias que tal restitución nunca se verificaría.

<sup>29</sup> En el caso, por ejemplo, de dinero u otra prestación lícita, invertida para la adquisición de una máquina para fabricar billetes de curso legal, o bien en el ejemplo expuesto en n. marg. 28, en el dinero aportado para la liberación por vías ilícitas de un presidiario, quien retribuirá exponencialmente el monto aportado al efecto.

<sup>30</sup> En tales supuestos, lo relevante es que la última víctima de la estafa inicia la actuación con ánimo de engañar a otra persona perfectamente avisada. BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* p. 87.

representación de la víctima para obtener de ésta la entrega de un activo de su patrimonio<sup>31</sup>.

Naturalmente, cuando los casos mencionados versan sobre un negocio de contenido ilícito, éste es dispuesto por el defraudador efectivo al servicio de su impunidad, en la medida que la intención ilícita o delictiva del defraudado, pudiere incidir negativamente en su determinación de denunciar el hecho, al haber puesto en movimiento su patrimonio con fines de la referida índole, lo que revelará a pormenorizar las circunstancias pertinentes del caso ante las agencias de persecución penal.

En definitiva, la estructura que hemos denominado como “estafa en negocios con causa ilícita”, puede sólo eventualmente alojarse los denominados “timos” y en el caso particular del “estafador estafado”; circunstancia que se verá condicionada por los elementos concernidos por el engaño típico del que se valga el defraudador efectivo. Así, éste último puede aspirar únicamente a prevalerse de la falta de escrúpulos de una víctima codiciosa, sin que por ello ésta incurra en una conducta ilícita o delictiva por la improcedencia de sancionar los meros pensamientos o intenciones<sup>32</sup>.

Volviendo sobre la caracterización del supuesto objeto de análisis, como hemos referido en la Introducción, el caso expuesto corresponde a un negocio bilateral, en cuya ejecución ha tenido lugar el pago en dinero, y no se ha realizado la correlativa prestación ilícita. Esta calificación formulada en coordenadas privatistas, resulta del todo aplicable al supuesto que hemos expuesto, como también a aquel en que, ejecutada la prestación ilícita convenida, no se verifica el pago acordado por ella. Luego, como corolario del concepto mismo de “estafas en negocios de con causa ilícita” del que nos hemos servido,, y que comprende las estructuras de incumplimiento

---

<sup>31</sup> Tal es el caso, por ejemplo, del “timo de la estampita”, donde el defraudador efectivo, aparentando mermadas facultades cognitivas o escaso nivel cultural, ofrece un conjunto de billetes de curso legal al efectivamente defraudado, indicándole que se trata de meras ilustraciones, manifiestamente carentes de valor. El efectivamente defraudado accede a pagar por las referidas “estampitas”, las que aparentan corresponder a un importante número de billetes, representativos de un elevado valor, pero que, en definitiva, resultan ser un conjunto de papeles enrollados, envueltos por algunos billetes de baja denominación, de un valor muy inferior al pagado.

<sup>32</sup> JAKOBS, Günter. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En: AA.VV. Estudios de Derecho Penal. Madrid, Ed. Civitas, Universidad Autónoma de Madrid, 1997, p. 295.

en la prestación pagada, y de no pago por la prestación realizada; ha de tratarse siempre de un contrato bilateral, esto es, de un acto jurídico generador de obligaciones, las que se imponen correlativamente a ambas partes contratantes<sup>33</sup>, de manera que aquello que se trata de dar, hacer o no hacer (objeto de la obligación) por uno de los contratantes, corresponde al fin que lleva a obligarse (la causa de la obligación) a su contraparte.

En contraste a las estafas fraguadas a partir de negocios bilaterales, se sitúan las defraudaciones que inciden en actos jurídicos a título gratuito. ASUA BATARRITA<sup>34</sup> se ocupa de esta última constelación, la que comprende como la estafa en supuestos de prestaciones gratuitas dirigidas a la obtención de fines ilícitos, tales como donaciones a organizaciones terroristas o colaboraciones a organizaciones xenófobas. A su juicio, en tales supuestos no concurre obstáculo alguno para apreciar estafa si la donación no es destinada al fin ilícito pretendido, fruto de una maniobra engañosa del “donatario” dirigida a enriquecerse. ASUA BATARRITA funda el daño patrimonial en la frustración del fin pretendido, destacando que no se trata de la protección de la libertad del disponente para el logro de los fines que considere convenientes, sino que la potencialidad para destinar sus bienes a la obtención de cualquier utilidad, incluso ilícita, que ofrezca el valor de cambio de los mismos<sup>35</sup>.

En síntesis, conforme lo expuesto, estamos en condiciones de afirmar la presencia de un supuesto de estafa en negocio con contenido ilícito cuando, previo acuerdo entre dos sujetos sobre la realización de una prestación o servicio ilícitos, inclusive constitutivos de delito, uno de los contratantes defrauda a su contraparte, incumpliendo la obligación asumida, bien se trate ésta de la prestación del servicio que pesa sobre uno de ellos, o bien, del pago pactado por este último, que incumbe al otro.

---

<sup>33</sup> *Vid. supra* nota 5.

<sup>34</sup> *Op. cit.* pp. 158 y 159.

<sup>35</sup> Para los efectos de la tipicidad de la estafa, ASUA BATARRITA desestima la relevancia del propósito de la víctima de la defraudación, dirigido a lesionar o colaborar en la lesión de otros bienes jurídicos, en la medida que la prohibición de tales conductas se contiene en otros tipos penales a los que habría que reconducir su eventual tipificación. La autora enfatiza que la motivación ilícita no desvirtúa la protección penal que dispensa el tipo legal de la estafa “respecto a la integridad patrimonial de la víctima de engaños urdidos aprovechando los intereses reprobables que ésta pudiera albergar”, con el despropósito que se estaría premiando al astuto defraudador que se prevalece de su impunidad para enriquecerse a costa ajena. *Op. cit.* pp. 158 y 159.

## 1.2. CLASES DE ESTAFAS EN NEGOCIOS CON CAUSA ILÍCITA.

### 1.2.1. CRITERIO DEL ORDEN DE LAS PRESTACIONES.

Como hemos indicado en el Apartado anterior, dentro de las estafas en negocios con causa ilícita, se distinguen las estructuras denominadas de “pago y no realización de la prestación ilícita” y la inversa, de “realización de la prestación ilícita seguida del no pago”, donde la expresión “pago” alude a la prestación debida que, aisladamente considerada, postula carácter lícito<sup>36</sup>.

El criterio de distinción atiende a cuál de las obligaciones recíprocas se ha cumplido y a la correlativa que permanece pendiente; cuya infracción funda la merma económica del perjudicado. Tanto BAJO FERNÁNDEZ como PASTOR MUÑOZ, destacan su utilización mayoritaria por la doctrina y jurisprudencia para sostener el delito de estafa en el primer caso (pago-no realización de la prestación ilícita) y negarlo en el segundo (prestación ilícita-impago), a la que esta última añade algún nivel de recepción jurisprudencial<sup>37</sup>.

Tal adscripción doctrinal mayoritaria, se funda en que, en el primer caso, se paga con “buen dinero”, lo que no ocurre en el segundo, por ser la prestación ilícita un elemento que no pertenece al patrimonio, según la concepción jurídico-económica del mismo<sup>38</sup>, de manera que, al no generarse un crédito exigible jurídicamente, no hay perjuicio<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) pp. 337 y 338.

<sup>37</sup> BAJO FERNÁNDEZ, con referencias a la dogmática española en n. marg.140 y jurisprudenciales en n. marg. 143. *Op. cit.* p. 82 y 83. PASTOR MUÑOZ, con referencias a la dogmática española en nota marg. 21 y jurisprudenciales en n. marg. 22. *Op. cit.* (nota 3) p. 341 y 342. La autora referida, haciéndose eco de la difundida concepción jurisprudencial española sobre los negocios civiles criminalizados, da por supuesto la concurrencia del *dolus antecedens*, de cuyo análisis deliberadamente prescinde, por referirse su estudio, al igual que el nuestro, únicamente a la parte objetiva de la defraudación. *Op. cit.* p. 338. Lo relevante en relación a los requisitos de la estafa, será que en los supuestos a analizar, viene supuesta la concurrencia de todos ellos, de modo de atender exclusivamente a aquél al que se circunscribe nuestro análisis. En nuestro medio se decanta por el aludido criterio sobre el dolo MERA FIGUEROA, Jorge. Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta. 2ª ed., Santiago, Ed. Jurídica ConoSur, 1986. pp. 48 y 49

<sup>38</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21), p. 71.

<sup>39</sup> BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* p. 82.

Destaquemos, en correspondencia con el planteamiento de algunos autores, que estimamos que la fuerza laboral debe ser comprendida en el ámbito de los objetos potencialmente protegidos por la estafa, en la medida que constituye uno de los activos fundamentales de un sujeto, por tratarse de la principal fuente de subsistencia<sup>40</sup> de quienes no nos encontramos ajenos al problema económico. Luego, en el caso en que, prestados los servicios ilícitos convenidos, no tiene lugar el pago por ellos acordado, estamos frente a un supuesto que reclama ser analizado como de relevancia desde la óptica de la prohibición de lesionar el patrimonio ajeno mediante engaño que entraña el delito de estafa,

#### 1.2.2. CRITERIO DE LA NATURALEZA DE LA ILICITUD.

Explicita PASTOR MUÑOZ la ilicitud propia de la taxonomía que acabamos de indicar, como aquella que regula el CCE.<sup>41</sup>; cuestión que en nada altera el ámbito de los supuestos concernidos por la distinción que nos ocupa, en la medida que, tanto el Derecho privado chileno como el español, consultan normas sobre la ilicitud del objeto y la causa que abarcan supuestos de ilicitud propiamente penal, pero también de prohibiciones provenientes de otras ramas del Derecho.

Y es precisamente en atención a la amplitud de los casos de ilicitud que prevé el Derecho privado, que cabe formular una nueva distinción en el ámbito de los denominados negocios con causa ilícita, basada en la entidad del motivo específico que funda la ilicitud, esto es, si se trata de un hecho delictivo, o bien, de un hecho que sin ser delito, ha sido contemplado por la ley civil como motivo de ilicitud<sup>42</sup>. Tal enfoque destaca la apreciación de dos infracciones si se satisfacen, en cada caso, las exigencias legales; cada una con sus respectivas consecuencias en el orden sancionatorio de que se trate, las que excluyen otras penas no expresamente previstas

---

<sup>40</sup> GALLEGOS SOLER, *Op. cit.* p. 268. En el mismo sentido, VALLE MUÑOZ, José Manuel. El delito de estafa. Barcelona, Bosch, 1987. p. 215; CHOCLÁN MONTALVO, *Op. cit.*, pp. 83 y 86. En contra GARCÍA RIVAS, Nicolás. Estructura jurisprudencial del delito de estafa. En: BOIX REIG, Javier (Director). Estafas y falsedades. 1ª ed., Madrid, Ed. Iustel Portal Derecho, 2005. p. 39.

<sup>41</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) pp. 65 y 70

<sup>42</sup> La norma civil, a su turno, se puede remitir a otras ramas del Derecho u órdenes normativos como la moral o las buenas costumbres. No obstante, lo relevante es que la referencia no venga formulada a una conducta constitutiva de delito, puesto que en tal caso nos desplazamos a la otra especie dentro de esta clasificación.

por la ley, como sería la privación de protección penal al patrimonio usado con fines ilícitos. Esta nueva “distinción de ilícitos” que pone de relieve PASTOR MUÑOZ<sup>43</sup>, permite formular una subdistinción adicional, predicable respecto de aquellas ilicitudes meramente civiles o no penales.

### 1.2.3. CRITERIO DEL CARÁCTER DE LA ILICITUD.

Esta última subdistinción adicional, bien podemos enfocarla de la siguiente manera: sólo en los casos en que la ley civil se remite a cualquier orden normativo no penal para regular hipótesis de objeto o causa ilícita, tiene sentido preguntarse sobre el carácter formal o material de la ilicitud<sup>44</sup>. Obviamente, con lo expresado, se excluye de su ámbito a las ilicitudes de naturaleza penal, las que, en consecuencia, siempre exhibirán un carácter material.

Pues bien, se trata de distinguir dos nuevos grupos de ilicitudes: las llamadas materiales, que “hacen referencia al contenido de la prestación realizada, o a cuya obtención se dirige la atribución patrimonial, dando lugar a un negocio materialmente ilícito (...)”, donde se encuentran los casos de causa u objeto delictivos (Art. 1305 CCE.<sup>45</sup>) y los supuestos de causa torpe (Art. 1306 CCE.<sup>46</sup>). Las ilicitudes formales se

---

<sup>43</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) pp. 342 y 343. La expresión “nueva” se introduce aquí para diferenciarla de la distinción entre pago-no obtención de la contraprestación ilícita convenida, versus el caso de realización de la prestación ilícita-impago, calificada por la autora como el “argumento de la necesidad de distinguir ilícitos”. *Íd.* p. 342.

<sup>44</sup> La alusión, naturalmente, no viene formulada a los denominados delitos formales o de mera actividad.

<sup>45</sup> “Art. 1305. Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratante, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido”.

<sup>46</sup> “Art. 1306. Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1.- Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2. Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que

presentan cuando el Derecho civil vincula la consecuencia de nulidad (artículo 1275 CCE.<sup>47</sup>), pero no la exclusión de la acción de repetición (artículo 1303 CCE.<sup>48</sup>), como en los casos de incumplimiento de exigencias formales, y, en general, aquellas vulneraciones de reglas que no implican que la prestación acordada sea en sí misma ilícita<sup>49</sup>.

Pero, aún cuando la regulación chilena difiere de la española, en cuanto no hay distinción de los efectos de la ilicitud según su naturaleza formal o material, la circunstancia de que la ilicitud se refiera a la prestación en sí, en su contenido, y no a normas que regulan una determinada forma o manera de proceder en materia de actos jurídicos, o el cumplimiento de determinados requisitos formales, solemnidades o presupuestos administrativos; constituye una circunstancia que debe ser considerada al momento de analizar su aptitud para incidir en el juicio de tipicidad de la conducta defraudatoria. Sobre el punto, el Orden jurídico reconoce al sistema de Derecho privado, una voz autorizada a la hora de dirimir la distribución de las ganancias o pérdidas que comporta la frustración de las expectativas cifradas en un negocio ilícito<sup>50</sup>, resultando para nuestra regulación, del todo indiferente para la eficacia del acto, reparos que no real elevados por la propia ley al carácter de presupuesto de validez del acto<sup>51</sup>.

Destaquemos, finalmente, que las distinciones vertidas en las líneas que preceden, son expuestas con el propósito de dar cuenta acertadamente de las principales posiciones doctrinales sobre el tratamiento de los diversos supuestos de “estafas en negocios con causa ilícita”, y proceder al tratamiento crítico de aquéllas predominantes en nuestro entorno. Naturalmente, no se ha perseguido postular alguna

---

fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.

<sup>47</sup> “Art.1275. Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

<sup>48</sup> “Art. 1303. Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

<sup>49</sup> PASTOR MUÑOZ, *Op.cit.* (nota 3), p. 340.

<sup>50</sup> *Vid. infra*, Apartado 2.3.

<sup>51</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo. La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno. 3ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2008, t. I, pp. 33; 34; 78; 79 y 85

distinción como la única correcta, sino sólo delinear los senderos por los que transitará la exposición y análisis de las corrientes doctrinales acuñadas para cada hipótesis.

### 1.3. TRATAMIENTO DOGMÁTICO DE LAS ESTAFAS EN NEGOCIOS CON CAUSA ILÍCITA.

Tradicionalmente, las propuestas doctrinarias sobre el tema que nos convoca, se han formulado, bien sea en correspondencia o en refutación de los planteamientos de CARRARA<sup>52</sup>. Al efecto, basta con pasar revista a las obras de ANTON ONECA<sup>53</sup> en España y de ETCHEBERRY<sup>54</sup> entre nosotros, para advertirlo.

Pero, más allá del valor histórico de la alusión a CARRARA y otros exponentes de la Escuela Clásica, nuestro objeto es atender al tratamiento actual en la dogmática nacional y española, principalmente, de los casos objeto de este estudio. Al efecto, las clasificaciones que hemos detallado<sup>55</sup>, vienen en nuestro auxilio a la hora de avanzar en la comprensión de las posiciones dogmáticas, que serán luego planteadas en referencia a alguna de las categorías ya determinadas. El empleo como esquema de las propuestas de los autores en referencia, principalmente PASTOR MUÑOZ, BAJO FERNÁNDEZ, CHOCLÁN MONTALVO y GALLEGOS SOLER, en caso alguno implica limitar sus aportes a ese sólo efecto: las clasificaciones que han formulado se fundan en una determinada comprensión de los hitos relevantes a la hora de discriminar los casos objeto del análisis, y ellos no serán pasados por alto en lo sucesivo de este apartado.

Como se indicó, las primeras propuestas en nuestro medio, son formuladas en refutación a la solución de CARRARA. Así, tanto para DAVIS<sup>56</sup>; SANTANDER<sup>57</sup>; y LABATUT

---

<sup>52</sup> Reveladora de su propuesta es la frase de que se sirve aludiendo a que la sanción penal “no debe prostituirse” para proteger a la víctima cuando ésta es más despreciable que quien la engañó. CARRARA, Francesco. Programa de Derecho criminal, 10 vols. Traducción de J. Ortega y J. Guerrero. Bogotá. Ed. Temis, 1956, (§ 2346).

<sup>53</sup> ANTON ONECA, José, Las estafas y otros engaños. En: Nueva Enciclopedia Jurídica. Barcelona, Ed. Francisco Seix S.A., 1958, t. IX, p. 69 y 70, con referencias también a ESCOBEDO, MAGGIORE, MANCI, ANGELOTTI y SCHLOSKI.

<sup>54</sup> ETCHEBERRY. *Op. cit.* t. III, pp. 404 y ss.

<sup>55</sup> *Vid supra* Apartado 1.2.

<sup>56</sup> En contra de de CARRARA, para quien el castigo importa obligar a quien se ha abstenido de realizar un ilícito, a ejecutarlo, DAVIS sostiene la irrelevancia del mero propósito o intención de la víctima, por la improcedencia de sancionar los meros pensamientos, a lo que agrega que excluir la comisión del ilícito de estafa, en base a la conducta de quien pretendía delinquir, importaría dejar sin sanción al autor del único hecho punible concurrente. Añade que

<sup>58</sup>, el problema del móvil inmorales o criminal de quien resulta perjudicado, no ofrece dudas, en la medida que el Derecho penal sanciona los delitos haciendo abstracción de la conducta del sujeto pasivo<sup>59</sup>. Idéntico planteamiento de total prescindencia es vertido posteriormente por YUBERO, tanto para el supuesto que singulariza como concerniente al fraude por engaño cometido en perjuicio de quien ha dispuesto patrimonialmente por un objeto o causa ilícita<sup>60</sup>, como para el caso del estafador estafado o de la “lesión patrimonial aparente”<sup>61</sup>, utilizada como medio ejecutivo, donde sostiene que, pese a los móviles ilícitos de la víctima, la única conducta punible es la del estafador, quien ha obtenido fruto del engaño, el lucro que esperaba<sup>62</sup>.

Sobre el supuesto que plantea como el caso de la víctima que “con su actuación perseguía un fin ilícito o delictivo”, ETCHEBERRY<sup>63</sup> expresa que se trata de un caso inequívoco de fraude que debe ser sancionado. Desde tal planteamiento como telón de fondo, el autor inaugura la respuesta de texto que a partir de los Arts. 469 N° 5 y 470 N° 7, del CP., concluye que la punibilidad de las estafas en las que “el estafado creyó entrar en una negociación ilícita” resulta suficientemente contrastada en nuestro Derecho positivo. En relación con el estafador que, en definitiva, resulta estafado; al

---

la conclusión contraria, consagraría una verdadera eximente de responsabilidad basada en “purgar el dolo con el dolo”, carente de acogida en nuestra legislación. *Op. cit.* p. 37.

<sup>57</sup> El autor intenta dar respuesta a la interrogante sobre si es capaz de influir en la responsabilidad del autor de una estafa el hecho de tener la víctima una intención dolosa criminal y si ésta última debe ser sancionada. Sus conclusiones sobre la punición al estafador se fundan en los planteamientos surgidos en refutación de CARRARA, siguiendo muy de cerca a DAVIS, en tanto que la sanción al sujeto pasivo la aborda desde la óptica del *iter criminis*. SANTANDER FANTINI. *Op. cit.* pp. 281. 290 y ss. y 299.

<sup>58</sup> LABATUT. *Op. cit.* t. II, p. 225.

<sup>59</sup> En contra, ALTAMIRO PIÑA, para quien la carencia de acción penal a favor de la víctima resulta de la ausencia de reconocimiento civil que regula el Art. 1468 CC., aplicando el argumento a fortiori, en razón del mayor rigor de la sanción penal respecto de la civil. PIÑA R. Altamiro. El delito de estafa en relación con los contratos civiles. Tesis (Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad de Chile, 1937. p. 22.

<sup>60</sup> YUBERO. *Op. cit.* p. 75. El autor expresa que, aplicando los principios de la estafa, se configura tal delito siempre que, mediante engaño, se produce una merma patrimonial con ánimo de enriquecimiento injusto, pese a que el engañado se haya propuesto obtener un beneficio ilícito o inmorales. Añade que la conducta realizada con móviles de esta naturaleza puede determinar la conveniencia de sancionar la tentativa del engañado, pero no es suficiente para excusar la acción del defraudador. *Ibid.* pp. 76, 128 y 129.

<sup>61</sup> YUBERO. *Op. cit.* p. 75.

<sup>62</sup> La referencia se formula al denominado “cuento del tío”; empleando el autor precisamente tal vocativo. YUBERO. *Op. cit.* p. 77.

<sup>63</sup> ETCHEBERRY. *Op. cit.* t. III, pp. 404 y ss.

sostener el rechazo de la compensación de dolos en nuestro sistema legal, concluye la irrelevancia de la intención de la víctima por ausencia de un texto expreso o una estructuración típica que permita sostener la aludida compensación<sup>64</sup>. En el mismo sentido y fundado en idénticos argumentos positivos se manifiesta GARRIDO<sup>65</sup>.

Para POLITOFF *et al*, en las estafas sobre actos con causa ilícita, el problema se dilucida en función de si concurre o no el elemento perjuicio, cuando la estafa consiste en la no realización de un acto ilícito por el que se ha pagado un precio. Respecto de estas hipótesis, sostiene que tanto en España como en Chile, se admite la posibilidad de considerar estafa en tales casos, y aduce como argumento de texto, las normas contenidas en los Arts. 469 N° 5 y 470 N° 7 del CP.<sup>66</sup>. En relación con las hipótesis del estafador estafado, reitera el argumento sobre la irrelevancia del ánimo de obtener un lucro injusto con que procede la víctima y las indicadas razones de texto, debiendo apreciarse estafa frente a la concurrencia de todos sus requisitos o exigencias típicas. Añade que la responsabilidad de la víctima a título de estafa, apropiación indebida u otro delito, debe ser resuelta desde el punto de vista de la imputación objetiva, en la medida que resulta evidente la carencia de riesgo para el patrimonio al estar toda la situación bajo el control de los timadores, de manera que se trata de un caso de tentativa imposible, por inidoneidad del medio o del agente<sup>67</sup>.

Por último, en los casos de estafa en la realización de un servicio ilícito, vale decir, cuando la víctima no obtiene el servicio ilícito por el cual dispuso

---

<sup>64</sup> ETCHEBERRY. *Op. cit.* t. III, p. 406.

<sup>65</sup> GARRIDO MONTT, Mario. Derecho penal, parte especial. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, t. IV, p. 361 y ss. El autor se ocupa, con mayor detalle, del supuesto de celebración de contratos aleatorios con fraude, de que trata el Art. 470 N° 6 del CP., precisando la exclusión de los juegos de azar por ser ilícitos, según el Art. 1466 del CC. Afirma luego que “se hace referencia a una manera especial de engañar, que queda restringida exclusivamente a los juegos lícitos”. Y añade que el fraude en los juegos de azar no permitidos, podrían adecuarse en el N° 7 del art. 470 del CP., toda vez que el precepto “se refiere a cualquier fraude, siempre que esté dirigido a asegurar la suerte y se extiende tanto a los juegos permitidos como a los prohibidos”. *Íd.* p. 364 y ss. En contra, DEL RÍO, J. Raimundo. Derecho penal. Santiago, Ed. Nascimento, tomo III, 1935, p. 488; y LABATUT. *Op. cit.* t. II, p. 248.

También divergentes BULLEMORE y MACKINNON, para quienes, en el supuesto regulado en el Art. 469 N° 5, CP. “(E)l estafador, evidentemente, no tiene intención de pagar a ningún funcionario público dinero alguno”, y a este último le asiste la acción penal por el delito de calumnia, en la medida que el estafador le ha atribuido el delito de prevaricación o cohecho. BULLEMORE e G., Vivian / MACKINNON R., John. Curso de Derecho Penal. Santiago, Ed. LexisNexis, 2005. t. III. p. 132.

<sup>66</sup> POLITOFF *et al.* *Op. cit.* pp. 437 y ss.

<sup>67</sup> POLITOFF *et al.* *Op. cit.* p. 438.

patrimonialmente, supuesta la concurrencia de todos los requisitos de la estafa, los autores mencionados, matizando la propuesta de “rechazo-indiferencia” formulada por BAJO/PÉREZ,<sup>68</sup> con base en la ausencia de reconocimiento expreso del Ordenamiento jurídico, sostienen, desde una comprensión del patrimonio como constituido por todas las expectativas económicas que no se encuentran expresamente reprobadas, la protección de aquéllas que no consistan en la comisión de un delito; no divisando óbice a la consumación de una estafa en tales supuestos. Para el supuesto en que efectivamente se trate de un servicio delictivo, la referencia del autor citado se limita a aseverar que “el estafado no iniciará acciones criminales en contra del estafador, las que, por otra parte, tampoco deben llegar a buen destino”.<sup>69</sup>

Dado su carácter general, los postulados de BALMACEDA Y FERDINAND<sup>70</sup>, con énfasis en la apariencia jurídica, comprenden el rubro de casos aquí abordados, afirmando la tipicidad a título de estafa, al aseverar que la consideración del delito de estafa no puede quedar subordinada a una ilicitud civil, ya que siempre que por medio del engaño se provoque detrimento patrimonial con ánimo de lucro, habrá estafa, aunque el estafado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral<sup>71</sup>.

En España, ANTON ONECA postula que frente a la extracción por vía fraudulenta del patrimonio de la víctima de uno de sus componentes, esto es, valores económicos jurídicamente reconocidos, no hay inconveniente para afirmar estafa; careciendo de relevancia que el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral. Agrega que los móviles ilícitos de la víctima podrán determinar el castigo del engañado por tentativa imposible, pero no resultan suficientes para justificar la conducta del defraudador<sup>72</sup>.

Tal planteamiento concierne a la solución tradicionalmente adoptada por la dogmática española, con fuerte base jurisprudencial<sup>73</sup>, conforme la cual se estima la

---

<sup>68</sup> Citado por POLITOFF *et al.* *Op. cit.* en n. marg. 63 (p. 440).

<sup>69</sup> POLITOFF *et al.* *Op. cit.* p. 440.

<sup>70</sup> BALMACEDA H., Gustavo y FERDINAND P. Michael. Análisis dogmático del concepto de “perjuicio” en el delito de estafa. Revista de estudios de la justicia. Santiago, (7):185-217, 2006, p. 189

<sup>71</sup> BALMACEDA y FERDINAND. *Op. cit.* p. 191.

<sup>72</sup> ANTON ONECA. *Op. cit.* p. 69.

<sup>73</sup> En contra STS, RGA: 3811, de 13 de mayo de 1997, redactada por E. BACIGALUPO, a propósito de la que el autor formula sus planteamientos sobre la relevancia de las valoraciones

conurrencia de estafa en todos los casos en que la víctima de la defraudación pretendía con el acto de disposición patrimonial, que la contraparte en el negocio ejecutase un hecho ilícito e incluso delictivo por el que pagó. La punibilidad se afirma pese a que, conforme a la legislación civil, no existe derecho a la prestación ni a la devolución de lo entregado en los negocios con causa ilícita. Se trata de la estructura denominada como de “pago-no realización de la prestación ilícita”, en oposición a la enunciada como de “prestación ilícita-impago”, en la que se niega la tipificación aludida<sup>74</sup>.

Se funda la concurrencia de estafa en el primer supuesto (“pago-no realización de la prestación ilícita”), en que, a pesar de la ilicitud de la pretensión de la víctima, ésta ha sufrido un perjuicio concerniente al pago que realizó. Este último, corresponde a una prestación que en sí, aisladamente, resulta lícita, y da lugar a un perjuicio típico, pese a que no exista un derecho a la prestación ilícita ni acción para reclamar su cumplimiento<sup>75</sup>.

ANTON ONECA intenta solucionar una de las más señaladas fisuras de su propio planteamiento, relativa a la cuestión de la configuración del delito de estafa en circunstancias que la prestación en sí ilícita no sólo no resulta exigible, sino que ejecutarla importa, naturalmente, un acto ilícito. En efecto, ¿cómo se explica la liberación de la sanción por estafa a quien cumple un cometido delictivo o inmoral? Al respecto sostiene que en los casos en que no concorra dolo *antecedens*, sino solo un dolo *subsecuens*, no se podrá apreciar estafa. El rendimiento de tal referencia, se vincula con que, a juicio del autor citado, la expectativa de obtener un beneficio ilícito no forma parte del patrimonio, de manera que el obligado a la prestación ilícita puede

---

del Derecho civil en la imputación penal en el tipo objetivo de estafa. PASTOR Muñoz. *Op. cit.* (nota 3) p. 336 y 337

<sup>74</sup>BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* p. 82. En contra de la distinción se pronuncia CONDE PUMPIDO, para quien, lo relevante para la calificación de estafa, corresponde al denominado dolo *antecedens* exigido por la jurisprudencia mayoritaria a la hora de discriminar entre en incumplimiento civil y la referida tipificación penal. Al efecto expresa que “(...) si hay engaño previo hay estafa, si el propósito de incumplimiento surge después, no será “causante”, por lo que falta ese elemento típico y con él el delito”. Sobre la distinción referida, aduce que “(T)anto uno como otro caso son de igual naturaleza y el que exista o no estafa depende de que se trate de un mero incumplimiento, con dolo sobrevenido o, de que exista dolo antecedente, teniendo — tanto el cliente como la prostituta, cada uno en su caso— el propósito inicial de no cumplir lo pactado”. *Op. cit.* p. 92.

<sup>75</sup>PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 344.

retractarse y no cometerá estafa si al momento de concretarse el negocio su designio era cumplir<sup>76</sup>.

Según expresan BAJO FERNÁNDEZ<sup>77</sup> y PASTOR MUÑOZ<sup>78</sup>, los fundamentos esgrimidos por los adherentes a la distinción de ilícitos antes esbozada<sup>79</sup>, corresponden a su previsión legal expresa, en una regulación anteriormente vigente en el Derecho español, junto con una postura dogmática de corte autonomista, enlazada con razones político criminales.

Así, se expresa que el propio CPE. entendió como estafa casos similares<sup>80</sup>, consistentes en defraudar a pretexto de influencias o de remuneración a funcionarios públicos o para asegurar la suerte en el juego<sup>81</sup>. La idea central estriba en que para el legislador la calificación de ilícito del negocio y su consecuente privación de efectos, no fue impedimento para prever su punición a título de estafa, incluso agravada en el caso de las influencias o remuneración a funcionarios públicos<sup>82</sup>.

En segundo término, se razona en orden a la inconveniencia de dispensar impunidad al defraudador cuando se topa con un sujeto necesitado o exento de escrúpulos, incentivando incluso tales actos. Se aduce en complemento que sólo mediante su represión penal puede perseguirse eficazmente la corrupción administrativa, máxime si el Art. 427 CPE. exime de responsabilidad criminal por delito

---

<sup>76</sup> ANTON ONECA. *Op. cit.* p. 70.

<sup>77</sup> BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 4) pp. 85 y 86.

<sup>78</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 343.

<sup>79</sup> *Vid. supra.* Apartado 1.2.1.

<sup>80</sup> Se trata de supuestos no contemplados en la actual regulación, que fueron suprimidos con la sola vigencia de las modificaciones de 1983 y el CPE. de 1995.

<sup>81</sup> En el mismo sentido argumenta CONDE PUMPIDO, quien refiere, pese a la no inclusión en el CPE. de 1995 de la estafa de supuestas remuneraciones a funcionarios públicos, y la supresión de la estafa en el juego en la reforma de 1983, que “los propios Códigos han venido contemplando supuestos expresos de estafa, incluso agravados, cometidos a través de la propuesta de un acto ilícito”. *Op. cit.* p. 91.

<sup>82</sup> BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* p. 86. VALLE MUÑIZ, en sus planteamientos expuestos antes de la vigencia del CPE. de 1995, pero luego de las modificaciones al Código anterior introducidas en 1983, califica de trasnochada la polémica sobre la punibilidad de la estafa sobre negocios con causa ilícita, en la medida que aquella aparece suficientemente contrastada por la tipificación de un supuesto defraudatorio que constituye, sin duda, un negocio ilícito. Expresa tal previsión se concreta“(C)uando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos(...)” según el antiguo artículo 529, apartado 6º del CPE. Luego añade que “(...) con anterioridad a la Reforma Penal de 1983, el derogado número 7 del artículo 529 castigaba a “los que en el juego se valiesen de fraude para asegurar la suerte”, sin que fuera impedimento para ello la inexigibilidad civil de las deudas de juego”. *Op. cit.* p. 253.

de cohecho al particular que denunciare al funcionario antes de los diez días de cometido el hecho<sup>83</sup>.

Desde un plano dogmático se aduce que contribuye a evitar una auténtica “compensación de culpas”, que se consumaría al no sancionar, pues el desvalor de la conducta de la víctima llevaría consigo la no aplicación del tipo de estafa. Por último y vinculado al fundamento anterior, al no aplicar el tipo, se estaría sancionando a la víctima de un modo no contemplado expresamente por la ley, negándole protección penal a su patrimonio<sup>84 85</sup>.

Centrando la atención en la conducta de la víctima, en lo que concierne a esta constelación, BAJO FERNÁNDEZ<sup>86</sup> enfrenta la cuestión primeramente respecto del caso del estafador estafado o timos<sup>87</sup>, donde expresa su planteamiento, que hemos vertido precedentemente de la mano de POLITOFF *et al*<sup>88</sup>, en el sentido que la preparación previa por parte de los estafadores, dificulta que se conviertan en víctimas de otro

---

<sup>83</sup> En refuerzo de sus argumentos, BAJO FERNÁNDEZ recurre a las razones expuestas por QUINTANO, quien moteja de padecer “estrabismo jurídico” a quienes optan, como CARNELUTTI, por sancionar cuando el derecho privado niega todo efecto. QUINTANO, destaca la importancia del amparo penal a la víctima de un acto que por sí mismo es típicamente antijurídico, aunque lo deniegue el Derecho civil; cuestión que no acarrea inconsistencias insuperables entre ambos ordenamientos, desde que cada uno de ellos provee a distintos fines inmediatos. El Derecho civil, a la tutela de valores e intereses con propósitos predominantemente objetivos, formales y, sobre todo, de permanencia, mientras que el penal enjuicia conductas humanas singulares, que pueden superponerse con plena independencia sin afectarse mutuamente. De tal manera que no resulta ilógico castigar al ladrón por su robo, y al estafador que luego le engañó, por su estafa, dado que las conductas fueron diversas y estrictamente individuales, sin perjuicio de lo que el Derecho civil determine sobre los derechos que regula. Añade que de lo contrario se privaría al delincuente del mínimo amparo que el Derecho penal debe a todo ser humano. BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* pp. 86, 87 y n. marg. 153. También en CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* p. 214

<sup>84</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 343.

<sup>85</sup> En relación con la protección de la víctima y sus fines, ROMERO parece encontrar fundamento a la tipificación de estafa desde una perspectiva personal para los supuestos de “pago-no realización de la prestación ilícita”. La autora, destacando el pago con “buen dinero” que incide en una lesión a la víctima en su ámbito económico individual de acción, que emana de sus fines personales; concluye que debe afirmarse la estafa, concurriendo los restantes requisitos típicos. ROMERO, Gladys N. Delito de estafa. 2ª ed., Buenos Aires. Ed. Hamurabi, 1998, p. 324 y 325.

<sup>86</sup> BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* pp. 87 y ss.

<sup>87</sup> Luego, citando a ROMEO MALANDA y en base a sus propios postulados, alude a supuestos de negocios con contenido ilícitos, relativos al género común en el que se inserta el caso del estafador estafado, esto es, de “pago-prestación ilícita” (“quien cree estar comprando material robado aunque posteriormente se demuestre que las cajas están vacías, quien paga un aborto ilegal creyéndose erróneamente embarazada, o quien cree equivocadamente que la sustancia que compra es droga”). BAJO FERNÁNDEZ. *Ibid.*, y n. marg. 155

<sup>88</sup> *Vid. supra.*, en el presente Apartado.

engaño, de manera que no puede hablarse de tentativa inidónea punible de estafa, por insuficiencia de medios. Sin embargo el autor precisa que si ha existido riesgo cierto de daño patrimonial para los autores del timo, podría sancionarse como tentativa real la conducta de quien finalmente es víctima de la estafa<sup>89</sup>.

Certeramente CHOCLÁN observa que el castigo de la víctima no reclama otra consideración que las derivadas de sus propios postulados generales sobre la punibilidad de la tentativa, acorde el artículo 16 del CPE., a saber, que la acción objetivamente deba producir el resultado, bastando con que en una perspectiva *ex ante*<sup>90</sup> la acción aparezca como idónea o adecuada al efecto, a los ojos de un observador objetivo. Explica que la expresión “objetivamente adecuada” para producir la lesión, implica la racionalidad objetiva del plan del autor en relación a la producción del resultado, lo que permite excluir de la punibilidad sólo de las tentativas irreales o supersticiosas<sup>91</sup>. Finalmente, agrega la circunstancia que el desvalor del resultado se anule por la conducta disvaliosa de la víctima, no obsta a apreciar una contradicción normativa en la conducta del autor, vale decir, lo que podríamos comprender como una infracción a la norma primaria del delito de estafa que prohíbe acceder al patrimonio ajeno por medio de engaño, con el fin de obtener un provecho injusto<sup>92 93</sup>.

Las principales críticas a la doctrina de la “distinción de ilícitos”, en cuanto afirma tipicidad a título de estafa en la estructura de “pago-no realización de la prestación”, advierten en dicho planteamiento un serio déficit en la consistencia de las soluciones que aporta el Orden jurídico a un mismo supuesto. Sobre la base de una

---

<sup>89</sup> En definitiva, BAJO FERNÁNDEZ estima que por la estructura del negocio ilícito, un observador imparcial, *ex ante*, con los conocimientos del hombre medio avisado y diligente, no apreciará riesgo para el patrimonio del timador. *Op. cit.* p. 88.

<sup>90</sup> Desde la perspectiva del autor, como refiere CHOCLÁN MONTALVO, lo que debe entenderse comprensivo, en nuestro concepto, de sus conocimientos especiales. *Op. cit.* p. 215.

<sup>91</sup> CHOCLÁN MONTALVO. *Ibíd.*

<sup>92</sup> CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* pp. 219 y 220.

<sup>93</sup> En definitiva, respecto del género común de las hipótesis denominadas de “pago, no realización de la prestación ilícita”, BAJO FERNÁNDEZ estima improcedente sancionar a la víctima, por varias razones. En primer lugar, porque cuando se regulaban expresamente los fraudes so pretexto de remuneración a funcionarios o asegurando la suerte en el juego, no se contaba con el castigo en grado de tentativa a los defraudados. En segundo lugar, porque el Art. 427 del CPE., excluye de responsabilidad criminal al particular en el cohecho que ha denunciado, en aras de una correcta y eficaz lucha contra la corrupción. Y, finalmente, porque el castigo de estas conductas, cuando no se produce daño, importa sancionar las intenciones, y los meros pensamientos, en base a motivaciones morales. BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* pp. 88 y 89.

noción personal de patrimonio; destacando la actuación a riesgo propio de la víctima en los negocios de contenido ilícito; y con miras a excluir graves contradicciones intrasistémicas, PASTOR MUÑOZ y CHOCLÁN MONTALVO proponen una misma solución para todos los casos abarcados por la mencionada distinción: la solución “impunista” en contraste con la perspectiva “sancionatoria”<sup>94</sup> .

Al efecto, se aduce que la norma penal se pondría al servicio del sujeto que emplea su patrimonio vulnerando otra norma social elemental, enderezada a la protección del patrimonio, en absoluta prescindencia de la valoración que el Derecho civil realiza de un determinado contacto patrimonial, y en términos que se culmina utilizando el recurso extremo del Derecho penal, como instrumento supletorio de una protección jurídica a la que el propio Derecho civil ha renunciado<sup>95 96</sup> .

PASTOR MUÑOZ categoriza los argumentos para negar estafa en el supuesto de ejecución de la prestación ilícita no seguida del pago acordado, y afirmarla en el

---

<sup>94</sup> Como aquélla que no ve obstáculo a la protección penal del patrimonio a título de estafa en los negocios de contenido ilícito, en oposición a las perspectivas “impunistas” que postulan la solución contraria. La última expresión aparece en la obra de CONDE PUMPIDO. *Op. cit.* p. 90.

<sup>95</sup> CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* pp. 216 y 217. El autor certeramente advierte que la solución mayoritaria objeto de críticas, entra en colisión con la regulación concerniente a la pena accesoria de comiso. Al efecto enfatiza que dicha sanción accesoria desconoce en sede propiamente penal lo que se pretende proteger, bien sea que se trate de la ganancia obtenida del delito (el objeto mismo del delito), por lo que no hay derecho a la contraprestación en el caso de la víctima delincuente, bien porque la ganancia dejada de obtener hubiera procedido de un hecho punible (caso del estafador estafado, por ejemplo), o bien porque la contraprestación consista en un servicio constitutivo de delito (ejemplo, tráfico de influencias, etc.). Añade que “(...) también es objeto de comiso, conforme al mismo precepto, el instrumento del delito; por ello, quien se vale de su patrimonio para realizar o inducir a un hecho típico (fin ilícito) pierde todo derecho a la restitución”. *Ibid.* p 217.

Sobre el punto, DE ERENCHUN ARTECHE, según la noción de capacidad económica, desestima la concurrencia de ilícito tributario respecto de los pretendidos aumentos patrimoniales (ganancias) de origen ilícito, sujetos a restitución por vía de las acciones civiles, o de la sanción accesoria en el concierto del proceso penal. DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo Ruiz. Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal. En: JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (Director) ¿Libertad económica o fraudes punibles? Madrid y Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2003, pp. 236 y ss.

<sup>96</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 346. La autora destaca la relevancia para el Derecho penal de la valoración que el Derecho civil haga de un determinado contacto patrimonial, de cara a determinar qué expectativas resultan protegibles mediante la amenaza de una pena. Distanciando su propuesta de predicamentos pancivilistas o formales, entiende que el Derecho civil es un criterio material importante a la hora de definir cuáles son las expectativas vigentes que debe proteger el Derecho penal, porque sus normas forman parte de la constitución social en cuyo marco este último asigna responsabilidades. *Op. cit.* (nota 3) pp. 355 y 356.

opuesto, como consecuencia de la adhesión a un concepto jurídico-económico de patrimonio, desde que de la prestación ilícita, no nace un crédito exigible y que, por tanto, permita apreciar perjuicio típico<sup>97</sup>. El distanciamiento de dicha postura, emprendido por PASTOR MUÑOZ y CHOCLÁN MONTALVO, se traduce en la adscripción de ambos a un concepto personal de patrimonio que, en lo pertinente, condiciona la protección penal del patrimonio, a su uso para fines que no sean contrarios al Ordenamiento jurídico, de manera que quien se desprende de un valor patrimonial para la obtención de una prestación ilícita, renuncia a la protección jurídico-penal del patrimonio<sup>98</sup>.

En particular, PASTOR MUÑOZ se decanta por estimar como bien jurídico protegido la libertad de disposición, cuyo contenido material define con base en su proyección sobre un patrimonio comprendido en sentido jurídico, vale decir, conformado por elementos jurídicamente reconocidos y no sólo fácticamente contrastados, en términos que carece de relevancia su valor económico, sin el aludido reconocimiento normativo<sup>99</sup>. Pero el rendimiento de su postura personal de patrimonio se comprende cabalmente si se atiende al aspecto dinámico de la libertad de disposición que destaca, el que conduce a desvirtuar la división de las prestaciones en lícitas e ilícitas, propugnada por la postura tradicional. Al efecto, la autora expresa que se trata de construir un concepto de libertad de disposición del patrimonio, condicionada por el reconocimiento jurídico de las expectativas para alcanzar protección por el Derecho penal<sup>100</sup>, la que -bajo una comprensión dinámica de patrimonio- permite proyectar dicho reconocimiento con referencia directa a la conducta de la víctima. Al efecto, explica que un concepto estático de patrimonio permite solucionar satisfactoriamente los supuestos de “realización de la prestación

---

<sup>97</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 344. Para BAJO FERNÁNDEZ, la inexigibilidad en tales supuestos reposa en la regulación civil contenida en los Arts. 1.275 y 1.302 del CCE., que privan de todo efecto a los negocios con causa ilícita. *Op. cit.* p. 82.

<sup>98</sup> CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* p. 211. Añade la indiferencia de que causalmente quepa asociar la pérdida patrimonial sufrida por la víctima a una acción engañosa del autor, pues la imputación al tipo objetivo no se satisface sólo con el establecimiento de una relación de riesgo entre la acción disvaliosa y la lesión de un bien jurídico, pues la imputación puede decaer en el caso en que el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica (prohibición de estafar, en nuestro caso), no abarque resultados de la clase de los producidos, cuando el tipo no está destinado a impedir tales sucesos. *Ibid.* p. 218 y 219.

<sup>99</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 352.

<sup>100</sup> *Ibid.*

ilícita-impago”, pero no los del segundo grupo (“pago-no realización de la prestación ilícita”), en los que habría que conformarse con la solución ofrecida por la doctrina dominante. A su juicio, la clave de la solución estriba en considerar la puesta en movimiento del patrimonio como emanación de la libertad negocial, para advertir que los componentes patrimoniales estáticamente apreciados como lícitos, pueden devenir en ilícitos por la conducta de su titular<sup>101</sup>.

Finalmente, PASTOR MUÑOZ pone énfasis en el carácter disponible del patrimonio, para significar que el fenómeno de conversión de expectativas reconocidas por el Derecho en expectativas ilícitas, responde a la relevancia del consentimiento en relación con el bien jurídico comprometido: forma parte del juego a que autoriza la disponibilidad del patrimonio, cuyo correlato es atenerse a la consecuencia de pérdida de la protección jurídica frente al menoscabo económico<sup>102</sup>.

En líneas muy generales, la propuesta disidente de PASTOR MUÑOZ, concluye indiferenciadamente la exclusión de la protección penal dispensada mediante la estafa a todos los supuestos en análisis por ausencia de perjuicio patrimonial típico, salvo los que supongan meras ilicitudes formales. Como hemos expresado, sus fundamentos, al igual que aquéllos vertidos por CHOCLÁN MONTALVO, reposan en las limitaciones impuestas por el Derecho civil al Derecho penal y el alcance del bien jurídico tutelado<sup>103</sup>. Ahora bien, por la contundencia de los argumentos de PASTOR MUÑOZ, y su gravitación en la segunda parte de este trabajo, se justifica su exposición detallada en las líneas que siguen.

---

<sup>101</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 354. La autora distingue dos perspectivas respecto del patrimonio con incidencia en la valoración del suceso: una fase estática en que se atiende a la situación de dos sujetos que se disponen a realizar un contacto patrimonial, y una dinámica, en la que se produce el canje de un elemento patrimonial por una expectativa. En los casos de “realización de la prestación ilícita-impago”, ni en la fase estática ni en la dinámica, es la prestación ilícita un elemento de valor patrimonial, a no ser que se adopten perspectivas puramente fácticas. En los casos de “pago-no realización de la prestación ilícita”, destaca en la fase dinámica el intercambio de un elemento patrimonial por una expectativa no jurídica, “movimiento que valorativamente tiene un sentido de transformación de la expectativa normativa (en la primera fase, por tanto, protegible) en una puramente fáctica. (...) La doctrina dominante aprecia estafa en la estructura “pago-no realización de la prestación ilícita”, porque fija su atención únicamente en la fase estática y no en el intercambio de elemento patrimonial por expectativa ilícita acaecido en la segunda fase”. PASTOR MUÑOZ. *Ibíd.* pp. 354 y 355.

<sup>102</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 357.

<sup>103</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) pp. 348 y ss.

PASTOR MUÑOZ aborda la crítica de la denominada “distinción de ilícitos” negando la procedencia de cualquier aproximación fundada en una pretendida “compensación de culpas”, la que estima improcedente en sede de imputación penal, por tratarse de un conflicto público, indisponible para autor y víctima. Niega, además, la procedencia de una sanción no prevista en contra de la víctima, que resultaría de la privación de protección jurídica, en la medida que la apreciación sobre sus proyectos disvaliosos se entrelaza con el engaño del agente, implicándose valorativamente, e influyendo en el juicio penal sobre la tipicidad de la conducta de éste último. Añade a lo ya expuesto sobre la improcedencia de que los conceptos penales se construyan a espaldas de las valoraciones de otras ramas del Derecho que, otorgar un tratamiento diverso a estructuras tan semejantes por razones cronológicas -sucesión en el cumplimiento de las prestaciones- no puede fundarse en una aproximación valorativa<sup>104</sup>.

Sus planteamientos giran en torno a la idea que la Introducción de un bien en un negocio ilícito implica sustituir una expectativa normativa por una de carácter cognitivo, con lo que muda la naturaleza de la pretensión de la víctima, debido a que el Derecho privado le niega toda acción para recuperar lo entregado, lo que constituye un juicio de valoración negativa vinculante para el Derecho penal<sup>105</sup>. Se trata de la limitación de la protección penal que destaca CHOCLÁN respecto del patrimonio que se dispone con fines ilícitos, de modo que el resultado de pérdida patrimonial no es

---

<sup>104</sup> Sobre el particular trae a colación el argumento de FROMMEL, en cuanto expone que quien realiza una prestación ilícita renuncia al pago anticipado de la misma, de manera que en ese caso puede afirmarse la existencia de perjuicio típico partiendo del mismo concepto jurídico-económico de patrimonio de la doctrina dominante. PASTOR añade que, independientemente de la finalidad perseguida con el pago y aun cuando nunca podría haberse exigido el cumplimiento de la contraprestación ilícita ni la devolución de lo entregado, el mismo argumento ha de servir para entender que también hay perjuicio típico en la renuncia al pago anticipado, pues se trata de un acto de disposición que para nada debería quedar afectado por la ilicitud de la prestación a realizar a cambio del precio. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) pp.345 y ss.

<sup>105</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21). p. 71.

desvalorado en ese caso por el Derecho: no hay desvalor de resultado<sup>106</sup>; de manera que no hay perjuicio patrimonial, en el sentido del tipo de la estafa<sup>107</sup>.

Tales ideas centrales parten desde la noción de bien jurídico perfeñada por PASTOR MUÑOZ, que ya hemos perfilado, y se articulan sobre los postulados de la teoría de la imputación objetiva atinentes a la actuación a propio riesgo.

Con la solución en base a la teoría de la imputación objetiva, la autora persigue negar indiferenciadamente la tipicidad a título de estafa. Su planteamiento pone de relieve el componente normativo de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, cuyo rendimiento trasunta en que el sujeto pasivo, al realizar una prestación ilícita, sostiene una expectativa meramente fáctica respecto del pago que aspira obtener, de manera que la falta de sustento normativo de su interés por la prestación en su beneficio, acarrea la asunción del riesgo de menoscabo económico<sup>108</sup>. En términos generales se trata de que quien realiza el acto de disposición en primer lugar, sea éste el pago con “buen dinero” o la prestación ilícita, se erige en responsable del detrimento económico sobreviniente por la actuación defraudatoria de su contraparte<sup>109</sup>. Tal aserto presupone un límite entre el carácter fáctico y normativo de una expectativa, trazado por la aceptación de “una cierta accesoriadad del Derecho penal respecto al Derecho civil”, que obsta al primero dispensar una protección que el segundo desconoce respecto de determinados contactos patrimoniales<sup>110</sup>. Tales

---

<sup>106</sup> “(...) no hay desvalor de resultado cuando la pérdida patrimonial sobreviene de haber realizado su titular una conducta disvaliosa, uno y otra se neutralizan”. CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* p. 218. A lo que añade que concurre una especie de autodaño, en el patrimonio, al colocarse el afectado en situación de riesgo de pérdida *Ibid.* p. 217

<sup>107</sup> Expresamente en contra VALLE MUÑIZ, para quien, el sujeto engañado en el seno de un negocio con causa ilícita, a lo más, podrá tener conciencia del mayor o menor *riesgo* que corre su patrimonio dada la naturaleza del vínculo, pero nunca asume el riesgo del efectivo perjuicio económico que engendra su acto dispositivo. *Op. cit.* p. 253.

<sup>108</sup> “(E)n la medida en que acepta el intercambio de un elemento patrimonial (normativamente reconocido) por una expectativa no jurídica (puramente fáctica) y, en ese sentido, asume la pérdida del carácter “protegible” de la misma”. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 350.

<sup>109</sup> “La “víctima” transforma un riesgo típico en atípico porque decide que sus expectativas dejen de ser normativas”. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 353.

<sup>110</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 350. La referida “cierta accesoriadad” se sitúa, en palabras de PASTOR MUÑOZ, en un plano negativo, de manera que no cabe protección a posiciones que el Derecho civil no reconoce, sin que ello implique que necesariamente toda expectativa protegida por dicho Ordenamiento reciba automáticamente la tutela penal, pues en tal caso el Derecho penal sí postularía un carácter meramente sancionatorio, “que no definiría los presupuestos materiales de su aplicación”; necesarios para seleccionar de entre todas las

contactos patrimoniales, con indiferencia de su estructura, son desvalorados por el Derecho civil español, en la medida que éste no contempla derecho a la prestación ni a la devolución de lo entregado<sup>111</sup>.

Sobre las argumentaciones de política criminal enarboladas por BAJO FERNÁNDEZ<sup>112</sup>; para PASTOR MUÑOZ y CHOCLÁN MONTALVO, necesidades de tal índole conducen a restringir el alcance del tipo de la estafa, limitándolo en razón de las finalidades que propugna el Derecho civil<sup>113</sup>, y en general, a desconocer la protección al patrimonio empleado con fines ilícitos, de manera que el Estado permanezca al

---

expectativas que configuran la identidad de una sociedad, aquéllas que son esenciales y que reclaman la intervención penal. PASTOR MUÑOZ. *Ibíd.* p. 356.

<sup>111</sup> El Art. 1305 CC dispone que en los casos de causa u objeto ilícito, cuando el hecho constituya delito o falta común a ambos contratantes, éstos carecen de toda acción entre sí; por su parte, el Art. 1306 CC., para el caso de causa torpe y cuando la culpa concurre en ambos contratantes, excluye la acción tanto para repetir lo dado en virtud del contrato como para reclamar el cumplimiento de lo pactado. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) p. 70.

En una clasificación de los supuestos de causa u objeto ilícito, consultando la variable de la ilicitud penal, DE ERENCHUN ARTECHE, distingue según se trate de:

a) Contrato nulo por causa ilícita. El que carece de cualquier efecto (Art. 1275 CCE), y en que las partes deben restituirse recíprocamente en las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (Art. 1303 CCE).

b) Hecho que constituye delito o falta común a ambos contratantes. Las partes carecen de toda acción entre sí y se aplica a las cosas o precio, el comiso previsto en el CPE. para los efectos o instrumentos del delito o falta (Art.1305 inc. 1º CCE).

c) Hecho que constituye delito o falta de parte de uno de los contratantes. En este caso, la parte no culpada puede reclamar lo que hubiese dado y no está obligado a cumplir lo que hubiera prometido. La reclamación de lo entregado se traduce en el derecho a restitución del Art. 1.303 CCE.

d) Hecho que no constituye delito ni falta y la culpa de la causa torpe está de parte de ambos contratantes. En este caso se aplica la misma solución que a los supuestos contemplados en la situación de la letra a), a excepción del comiso (Art.1.306, regla 1ª, del CCE.). Por tanto, ambas partes carecen de acciones entre sí y ninguna está obligada a restituir ni cumplir lo pactado.

e) Hecho que no constituye delito ni falta y la culpa de la causa torpe está de parte de uno de los contratantes. Al igual que en el anterior, presenta la misma estructura del hecho constitutivo de delito o falta de sólo una de las partes. No se aplica el comiso y la parte ajena a la causa torpe tiene la posibilidad de reclamar lo entregado sin estar obligado a cumplir lo prometido (Art. 1306 regla tercera CCE.).

Sobre la noción de “causa torpe”, expresa el autor para su determinación entran en juego las valoraciones sociales de cada época, y así se determina conforme a la moral social contingente, relativa a la época en que tiene lugar la valoración. *Op. cit.* p. 242 y ss.

<sup>112</sup> Concernientes a las razones ya expresadas de obviar el reconocimiento de una “carta blanca” al defraudador cuando se topa con un sujeto necesitado o exento de escrúpulos, y facilitar la persecución de la corrupción administrativa, máxime si el Art. 427 del CPE. establece un régimen de exención de responsabilidad penal por pronta denuncia. BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* p. 85 y 86.

<sup>113</sup> CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* p. 219.

margen de las disputas que acontecen en tales contextos de ilicitud, por una opción de quienes han interactuado a riesgo propio, prescindiendo de la legalidad vigente<sup>114</sup>.

Finalmente, en el concierto español, merece destacarse la propuesta restrictiva de GALLEGO SOLER<sup>115</sup>. El autor observa que los planteamientos de PASTOR MUÑOZ sólo son admisibles cuando la ilicitud configura a su vez un ilícito penal, pues ningún sentido tendría que la provisión de amparo penal cubra a un elemento que trae causa precisamente de la comisión de otra infracción penal.

Dirigido a delimitar el universo de los elementos idóneos para integrar el patrimonio y que permitan preguntarse por la existencia de perjuicio, GALLEGO SOLER<sup>116</sup>, de entre la propuestas autonomistas de BRUNS, rechaza el tratamiento uniforme de todos los supuestos de ilicitud, aduciendo que las hipótesis delictivas no pueden ser adscritas al patrimonio tutelado<sup>117</sup>. Del planteamiento de HARRO OTTO, disiente de la gradualidad que éste propone, cuando destaca que no se produce una verdadera limitación del concepto de patrimonio, sino sólo una restricción de la protección patrimonial<sup>118</sup>. En tales condiciones, el elemento central propuesto por GALLEGO SOLER para precisar los elementos integrantes del patrimonio, corresponde al criterio de la contrariedad con el conjunto de valores plasmados en la Constitución política; el que formula con referencia a los planteamientos de ZIESCHANG<sup>119</sup>. Aquél se refiere a que el Derecho penal no puede dispensar protección a una posición obtenida o pretendida, conculcando los valores fundamentales consagrados constitucionalmente. Se trata de una postura que limita la protección penal del patrimonio, a los bienes económicos de una persona, que le corresponden sin contradicción con el sistema de valores fundamentales plasmados en la Constitución<sup>120</sup>. Luego, lo relevante no es la desaprobación genérica del Ordenamiento jurídico, como propugnan las tesis jurídico-

---

<sup>114</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3). p. 357.

<sup>115</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 280 y 281.

<sup>116</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 267.

<sup>117</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 270.

<sup>118</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* en n. marg. 644 (p. 269).

<sup>119</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* en n. marg. 662 (p. 276).

<sup>120</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 285.

económicas, sino el carácter delictivo de la conducta, en cuanto supone la conculcación de valores de raigambre constitucional<sup>121</sup>.

En el sentido expuesto, de los planteamientos autonomistas de BRUNS; GALLEGO SOLER rescata la necesidad de independizar la antijuricidad penal de aquélla concerniente a otras ramas del orden jurídico (antijuricidad extrapenal), pero rechaza el tratamiento unitario de todos los supuestos meramente fácticos como integrantes del patrimonio penalmente protegido, con independencia de que se trate de hipótesis delictivas. GALLEGO SOLER aboga por la inexistencia de contradicciones valorativas, en lo que exige, a diferencia de la perspectiva de BRUNS, tomar en consideración elementos jurídicos a la hora de preguntarse sobre los componentes tolerados en el patrimonio<sup>122</sup>.

En una aproximación desde el Derecho privado español, destaca que el CCE., si bien regula la nulidad de los negocios jurídicos de contenido ilícito o inmoral en términos generales, como resulta de sus Arts. 1255<sup>123</sup> y 1275<sup>124</sup>, cuando se trata de una ilicitud penal, el mismo cuerpo legal, en su Art. 1305<sup>125</sup>, establece una

---

<sup>121</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* pp. 276 y 277. Tal planteamiento es analizado en función de la estructura de la norma penal, donde la norma primaria (no matar, no violar, no robar, en cuanto inhibición dirigida al ciudadano) prohíbe tomar parte de cualquier medio (oneroso o gratuito) y en cualquier condición (autor o partícipe) en un delito. Luego, de esta norma penal se puede derivar la prohibición de obtener beneficios de cualquier intervención delictiva, al extremo que éstos serán objeto de la pena accesoria de comiso. *Ibíd.* p.271.

<sup>122</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 270. Para su propuesta inclusiva de protección penal del patrimonio, en lo concerniente a los servicios ilícitos, GALLEGO SOLER se sirve del caso de la prostitución, cuando ésta no comporta la comisión de ningún ilícito (lo sería, por ejemplo, en caso de involucrar a menores o incapaces). Destaca la existencia de argumentos jurídicos y fácticos para afirmar que ejercida libremente, genera ingresos que forman parte del patrimonio de la trabajadora sexual. Indica que pese a la inmoralidad que se quiera ver en el cumplimiento de dicha prestación, el rechazo de la incorporación al patrimonio penalmente protegido de los ingresos generados, se aceptarían contradicciones valorativas en este ámbito. Y no ve obstáculo para privar a la prostitución, cuando no entra en el ámbito de la tipicidad penal, del reconocimiento social de otras actividades análogas, como los servicios de teléfonos eróticos o la publicidad de la prostitución, plenamente implantadas en la economía, y sobre cuya relevancia en materia de conflictos de contenido económico patrimonial han debido pronunciarse los tribunales civiles alemanes. *Ibíd.* pp. 273 y ss.

<sup>123</sup> Art. 1255. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

<sup>124</sup> *Vid. supra.* nota 47.

<sup>125</sup> *Vid. supra.* nota 45.

consecuencia más drástica: la privación a las partes de toda acción entre sí, junto al comiso que como sanción accesoria regula el Código punitivo<sup>126</sup>.

Desde su propuesta global de patrimonio de marcado tinte personal, GALLEGO SOLER disiente de la exclusión de tutela penal a los negocios nulos, fundado en la existencia de otro tipo de antijuricidad, civil o administrativa, fundamentalmente, porque un concepto propiamente penal de patrimonio, erigido desde consideraciones axiológicas, no puede dejar de dispensar protección a cualquier elemento patrimonial, con independencia de las causas que hayan motivado la actual posesión y/o titularidad del mismo<sup>127</sup>.

En términos de adhesión a los postulados de ZIESCHANG, aparece de manifiesto la inclinación de GALLEGO SOLER por el rechazo a la tipicidad a título de estafa en los supuestos en que, concertados para llevar a cabo un acto ilícito, una de las partes no cumple lo convenido, en cualquier sentido y oportunidad. Como se ha expresado,

---

<sup>126</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* pp. 270 y 271. El autor profundiza en los argumentos con base en la regulación civil de los negocios contrarios a la moral, exponiendo que “conforme al sistema genérico de responsabilidad obligacional toda deuda comporta como responsabilidad la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor”; a lo que añade que prestado el servicio sexual, nace a favor de la prostituta una obligación natural, de manera que cumplida ésta, no puede el cliente impetrar la devolución de lo pagado aduciendo la nulidad del contrato, “pues el cumplimiento de una obligación natural genera su transformación en una obligación jurídica”. *Ibíd.* pp. 274 y 275.

Apreciado con base en nuestro Derecho, el primer argumento no pueden considerarse, desde que precisamente la sanción de nulidad acarrea la ineficacia del vínculo obligacional, privando de efecto todo poder coactivo del acreedor, el que en cualquier caso, se resolvería únicamente en la responsabilidad patrimonial del deudor y no en otra forma de coacción. Cuestión diversa es la eficacia provisional de los actos nulos en virtud de la exigencia de declaración judicial de la nulidad en los supuestos que nos convocan, según los artículos 1684 y 1687 del CC.

Por el contrario, en lo pertinente al argumento sobre la génesis de una obligación natural, la manualística nacional, bajo los denominados “otras casos” de ésta clase de obligaciones, cita como tal clase de obligación el supuesto del pago por un objeto o causa ilícita a sabiendas, regulado por el artículo 1468 del CC. La referida disposición priva del derecho de repetición del pago efectuado, procedente según los efectos de la declaración de nulidad, de manera que autoriza al acreedor a retenerlo. Cfr. MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil, de las obligaciones*. 8ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994, p. 62.

<sup>127</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 279 y 280. Se trata, a nuestro juicio, de constatar la relevancia de las razones que justifican la incriminación bajo la necesidad de protección jurídica intensa a vías de ataque también intensas, donde perturbaciones de menor rango lesivo, no debiesen aparecer desplazándolas.

queda fundada esta conclusión en la contrariedad de la conducta del contratante cumplidor para con el sistema constitucional de valores<sup>128</sup>.

No podemos concluir la presente síntesis sin referirnos a la distinción de grado que, en el marco de las ilicitudes civiles ha expuesto principalmente PASTOR MUÑOZ, para quien la circunstancia que el Derecho privado asocie a ciertas infracciones de ley la nulidad del contrato, “importa aquí muy poco”, porque lo que resulta de interés para el Derecho penal, dice relación con los supuestos de causa u objeto constitutivos de delito o falta y causa torpe, en que la privación regulada por el Derecho civil del derecho de restitución, permite que “cristalice una situación de desequilibrio patrimonial”<sup>129</sup>. En las ilicitudes formales, tales como infracción de prohibiciones referidas a determinados modos de cumplimiento de la prestación, o de normas que responden a consideraciones de política, o de orden público, aunque tratándose de una vulneración a la ley, no se afecta el “contenido material” de la prestación<sup>130</sup>.

Para PASTOR MUÑOZ en estos casos cabe plantearse la concurrencia de estafa en la medida en que existen pretensiones susceptibles de protección por el tipo referido, porque la ilicitud meramente formal carece de relevancia para afectar la expectativa existente en la esfera del eventualmente engañado: la expectativa no deviene en meramente fáctica<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 285 y 286. El autor redundante en tal planteamiento cuando expresa que el Derecho penal no puede dispensar protección a un derecho obtenido o pretendido vulnerando los valores fundamentales de la sociedad, donde la contraprestación resulta “nula de pleno derecho” por su contrariedad a los valores consagrados constitucionalmente; motivo preciso que acarrea la falta de protección penal: se trata de actividades, no ya ilegales o inmorales, sino contraria a los valores constitucionales. El autor agrega que el supuesto que más claramente grafica la pretendida estafa al sujeto corresponsable de un ilícito penal patrimonial, concierne al engaño en el reparto del botín, o mejor dicho, del objeto apropiado o del lucro obtenido ilícitamente, donde la inexistencia de la estafa resulta de derivar el derecho en cuestión de la participación delictiva, de manera que queda fuera del patrimonio tutelado, en razón del aludido argumento sobre el compromiso de valores jurídicos superiores. *Ibid.* p 286.

<sup>129</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 348.

<sup>130</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) p. 358. Cita como ejemplos, la venta después de la hora de cierre legal de los comercios, la entrega de medicamentos sin la receta preceptiva, y la aceptación de huéspedes tras la hora de cierre. Expresa la autora que en tales casos la legislación civil, se limita a asociar la sanción de nulidad, pero no a privar a las partes del derecho a ser restituidos al estado anterior al negocio, o bien obtener que se cumpla removiendo el obstáculo formal que consuma la ilicitud.

<sup>131</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* pp. 358 y 359.

Finalmente, para los casos dudosos en materia del carácter formal de la ilicitud, caracterizados como aquéllos en que la ley vincula la sanción a conceptos de contenido indeterminado, como las buenas costumbres o el orden público<sup>132</sup>, PASTOR MUÑOZ sostiene que “el recurso al Derecho civil pierde fuerza como criterio material orientativo para el Derecho penal en su selección de expectativas”, en razón del estado de incertidumbre del Derecho civil<sup>133</sup>. Añade que en tal contexto el Derecho penal ha de recurrir a otros criterios que le permitan asentar la ilicitud del negocio, tales como la opinión social; huída a criterios secundarios que conducen a una solución compatible con la postura adoptada respecto de los casos de ilicitud material, “pues la vinculación al Derecho civil que se establece no es formal sino material: se recurre a él como fuente de definición de la identidad social”<sup>134</sup>.

#### **EXCURSO: DOCTRINA DE LAS ESTAFAS QUE INCIDEN EN UNA SITUACIÓN ILÍCITA PREVIA.**

En la dogmática chilena, la pregunta sobre si a través del tipo legal de la estafa el Derecho penal otorga protección a la tenencia o posesión de objetos obtenidos por vías antijurídicas, es respondida sobre la base de un argumento de texto, junto a la referencia, en algunos casos, a los fundamentos de la postura mayoritaria en la dogmática española.

El aludido argumento de texto viene planteado por ETCHEBERRY, en términos que las expectativas de reconocimiento jurídico del sujeto activo en la fase de agotamiento del delito de estafa, hurto, robo o receptación; ceden únicamente ante la autotutela jurídicamente reconocida a favor del dueño del respectivo objeto material del ilícito, conservando plena vigencia las normas penales prohibitivas respecto de terceros. El autor citado funda su conclusión en el Art. 494, numerales 16 y 20 del CP., que sancionan, respectivamente, al que impide a otro ejecutar un acto no prohibido por la ley o lo compele con violencia a ejecutar lo que no quiere y al que con violencia se

---

<sup>132</sup> La autora alude a los casos que el Derecho civil español regula como de “causa torpe”.

<sup>133</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* p. 359.

<sup>134</sup> *Ibíd.*

apodera de una cosa perteneciente al deudor para hacerse pago con ella<sup>135</sup>. La exclusión necesaria de la violencia como modalidad ejecutiva en la estafa, fuerza a concluir que, por la menor gravedad de los medios defraudatorios de que se ha servido el dueño, no resultaría lógico sancionar esta conducta con mayor severidad<sup>136</sup>.

GARRIDO añade nuevas razones de texto al estimar la concurrencia de la causal de justificación del Art. 10 N° 10 del CP., cuando se trate del ejercicio legítimo de un derecho<sup>137</sup>. Expresa que al no mediar la violencia en las conductas que de haberla comprendido, quedarían abarcadas por el Art. 494, numerales 16 y 20 del CP., ello importa que el legislador tolera tales comportamientos defraudatorios, dejándolos al margen de sanción penal. Naturalmente, la justificación alcanza únicamente al titular en el derecho de dominio o quien pueda ser reputado como tal. Sin embargo, GARRIDO estima que el propio legislador ha adoptado un criterio diverso en el Art. 471 N° 1 del CP. porque, pese a no mediar violencia, sino una recuperación meramente clandestina, se sanciona como simple delito y no ya como mera falta<sup>138</sup>. En este caso, la voz “legítimamente” de que se sirve la última disposición citada, claramente aleja el supuesto en cuestión de la tenencia antijurídica que nos ocupa, sin perjuicio que, como afirma POLITOFF *et al*, al aludir a la legitimidad de la tenencia junto a la causación de un perjuicio, confirma la conclusión expuesta<sup>139</sup>.

Más allá de las razones de texto indicadas, para POLITOFF<sup>140</sup> la reprobación jurídica predicable respecto del origen de la posesión, acarrea la desprotección patrimonial frente al acto del legítimo dueño o del justo poseedor, tendiente a recuperar la cosa indebidamente apropiada, tanto respecto del autor como del tercer poseedor de mala fe de la cosa estafada o robada. Como en su tiempo lo demandara BAJO FERNÁNDEZ, exige también POLITOFF *et al* que el engaño tenga por objeto recuperar

---

<sup>135</sup> ETCHEBERRY. *Op. cit.* t. III, pp. 403 y 404. En el mismo sentido se pronuncia YUBERO, afirmando que “del espíritu general de la legislación se desprende en forma notoria que el poder fáctico sobre las cosas tiene siempre una cierta protección del Derecho de manera que el detentador no puede ser privado de él sino por vías lícitas”. Agrega que si el sujeto activo es propietario de la cosa hurtada o robada, su conducta “queda al margen de la estafa, no porque la ley lo autorice para hacerse justicia por sí mismo, sino porque en este caso, no concurre el propósito de enriquecimiento ilícito”, no hay ánimo de lucro. *Op. cit.* p. 64.

<sup>136</sup> ETCHEBERRY. *Ibíd.*

<sup>137</sup> GARRIDO MONTT. *Op. cit.* p. 344.

<sup>138</sup> GARRIDO MONTT. *Op. cit.* p. 343.

<sup>139</sup> POLITOFF *et al.* *Op. cit.* p. 437.

<sup>140</sup> POLITOFF *et al.* *Op. cit.* pp. 437 y ss.

esa cosa u otras de la misma especie, si eran fungibles. En la misma senda, y precisando el alcance del Art. 494 N° 20 del CP., estima que se prevé para el caso en que el acreedor disponga de una alternativa civil efectiva, lo que supone cuando menos, la actual exigibilidad de la deuda de que el acreedor se hace pago, de manera que resultan excluidas del argumento sustentado por ETCHEBERRY “las estafas y restantes apropiaciones de cosas del deudor realizadas antes de que la deuda sea actualmente exigible (...)”<sup>141</sup>.

BALMACEDA y FERDINAND<sup>142</sup> estiman suficiente la mera apariencia jurídica para que el bien merezca amparo por el Orden jurídico. Se trata de exigir un reconocimiento “entre tanto” o provisional, como suele suceder con las cosas que se poseen antijurídicamente<sup>143</sup>. En tales términos, en convergencia con las conclusiones a que arriba GALLEGOS SOLER, y que detallaremos en lo sucesivo, afirman la pertenencia al patrimonio de los bienes jurídicos obtenidos de forma antijurídica, siempre y cuando esta antijuridicidad no constituya, a su vez, un injusto penal; pero inclusive en este último caso, formarán también parte del patrimonio aquéllos bienes en los supuestos de prescripción del delito<sup>144</sup>.

Finalmente, conviene mencionar que para nuestro Derecho privado, la opinión tradicional, expuesta bajo la denominación de “Teoría de la utilidad”, concluye la inutilidad de la posesión viciosa (violenta y clandestina) para el ejercicio de las acciones posesorias y la adquisición del dominio por prescripción. Sin perjuicio, se argumenta en contra, que los vicios referidos pueden acompañar tanto a la posesión regular como a la irregular, de manera que la exclusión de la prescripción extraordinaria según el Art. 2510 del CC., alcanza sólo quien ostenta un título de mera tenencia (que reconoce dominio ajeno), y no obsta a que quien carece de título, como el ladrón –quien conoce el dominio ajeno, pero no lo reconoce– pueda adquirir el dominio por prescripción extraordinaria. Se aduce que lo relevante para tal efecto, es

---

<sup>141</sup> Ejemplificando tal supuesto como el caso de la extinción del derecho por la correlativa prescripción adquisitiva. *Ibíd.*

<sup>142</sup> BALMACEDA y FERDINAND. *Op. cit.* p. 189.

<sup>143</sup> BALMACEDA y FERDINAND. *Op. cit.* en n. marg. 19.

<sup>144</sup> BALMACEDA y FERDINAND. *Op. cit.* p. 189.

que el poseedor violento y clandestino, tengan el corpus sin título y no en virtud de un título ajeno<sup>145</sup>.

En lo que respecta a la doctrina española, la posición dominante afirma la protección jurídica de la posesión del “ladrón”<sup>146</sup> siempre que no sea frente al propietario, pues no se le puede privar de la cosa si no es por vías lícitas. Se afirma, en consecuencia, la pertenencia de la cosa apropiada ilícitamente al patrimonio del agente en el sentido jurídico penal, porque además de entrañar un valor económico, su tenencia está jurídicamente protegida, de manera que la privación de ella le causa perjuicio<sup>147</sup>.

La excepción a tal aserto, como señalamos, viene formulada con ocasión del propietario, respecto de quien enfáticamente se sostiene que no puede ser sujeto activo del delito de estafa contra el poseedor ilegítimo<sup>148</sup>.

Tales planteamientos vienen de la mano del lo expuesto en su tiempo por ANTON ONECA<sup>149</sup>, y del desarrollo que posteriormente emprendiera BAJO FERNÁNDEZ<sup>150</sup>. En lo pertinente, los postulados de este último reposan en la adhesión a una corriente mixta de patrimonio, desde una perspectiva que destaca la autonomía del Derecho penal a la hora de crear sus propios conceptos. En tal concierto, adopta como punto de partida el valor económico de los bienes, exigiendo como constreñimiento jurídico el que revistan una apariencia jurídica. Consecuente con su predicamento, estima acertada la postura doctrinaria que entiende que la cosa apropiada ilícitamente por el sujeto, pertenece a su patrimonio en el sentido jurídico-penal porque, además de su

---

<sup>145</sup> ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (redactor y compilador). *Curso de Derecho Civil*. De los bienes. 2ª ed. Santiago, Ed. Nascimento, 1975, t. II. pp. 470 y 471. Sobre la dogmática alemana, naturalmente pertinentes al Derecho civil alemán, *vid.* SCHLACK. *Op. cit.* p. 280.

<sup>146</sup> El vocativo se formula para significar su obtención por vía penalmente relevante.

<sup>147</sup> VALLE MUÑIZ. *Op. cit.* p. 252. BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 4). p. 89.

<sup>148</sup> BAJO FERNÁNDEZ. *Ibid.* p. 90.

<sup>149</sup> “(...) el poder fáctico sobre las cosas tiene siempre una cierta protección del derecho, no pudiendo ser privado de él el detentador sino por vías lícitas (...) Pero la conducta del robado o estafado que recupera mediante engaños lo que le ha sido arrebatado, queda siempre fuera de la estafa por la ausencia de propósito de enriquecimiento ilícito, como veremos al tratar de los elementos subjetivos. ANTON ONECA. *Op. cit.* pp. 68 y 69.

<sup>150</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *La realización arbitraria del propio derecho*. En: Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. Casabó Ruiz. Madrid, Ed. Civitas, 1997. *Passim*, y *vid. infra* nota 257.

significación económica, su tenencia está jurídicamente protegida bajo el baremo de la prohibición del empleo de vías ilícitas<sup>151</sup>.

La crítica de PASTOR MUÑOZ<sup>152</sup> a los postulados predominantes en la doctrina española basados en la apariencia jurídica, se funda en su déficit para afirmar la pertenencia de una posición de poder al patrimonio. Explica que admitir la estafa del poseedor ilícito, porque la posesión ilícita es objeto de protección jurídica, desconoce que el patrimonio al que pertenece el bien respectivo, es el de su legítimo titular, y no al ladrón o primer estafador, quien sólo goza de una posición fáctica de poder, cuyo amparo por el Derecho civil resulta por algunos cuestionable frente al dueño, limitando su alcance sólo a terceros<sup>153</sup>. PASTOR MUÑOZ restringe el rendimiento de la protección civil a que alude, sólo a excluir las vías de hecho, con miras a mantener la paz jurídica

---

<sup>151</sup> En el sentido de su demostración, expresa que apoderarse de una cosa del deudor para pagarse con ella, beneficia la situación patrimonial del acreedor porque "incorpora a su patrimonio un valor jurídicamente protegido". Luego destaca, con base en la doctrina alemana, la relevancia del acrecimiento patrimonial que supone tener la cosa debida y no solamente el derecho a su entrega, para culminar afirmando que, definido el lucro como "la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico", debe aceptarse que hacerse pago es una modalidad de lucro. Ahora bien, refiere que una cuestión diversa corresponde al lucro injusto, cuya determinación en cuanto tal, dimana de los medios injustos empleados para obtenerlo y no del incremento patrimonial en sí mismo. BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* (en nota 150) pp. 146 y ss.

Sus conclusiones, relativas también a los delitos de defraudación, resultan naturalmente aplicables a las situaciones en que la posesión del defraudado es derechamente ilícita. Al efecto, expresa que en los supuestos del comportamiento arbitrario de propio pago, la conducta del acreedor satisface las exigencias típicas de los correspondientes delitos contra la propiedad, a excepción del supuesto en que, siendo la deuda exigible, éste se apodera de la cosa debida (la propia cosa en las obligaciones específicas, la cantidad de dinero equivalente en las pecuniarias) desde que no se lesiona la propiedad (o patrimonio tratándose de una defraudación) en el sentido jurídico-penal de la expresión. Las razones de la ausencia de lesión referida, las vincula a que no hay merma de las posibilidades del propietario como tal, desde que cuando se debe un cuerpo cierto, el propietario no puede dar otro destino a la cosa que el de entregarla en cumplimiento de la prestación; y cuando se trata de un género, no tiene sentido hablar de un derecho de elección por parte del deudor. BAJO FERNÁNDEZ. *Ibid.* p. 152 y 153.

En contra se pronuncia HUERTA TOCILDO, para quien el Ordenamiento no brinda tutela al ladrón o al usurpador, sino al titular originario, tratándose de una continuación de la protección que le dispensa el Derecho. HUERTA TOCILDO, Susana. *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Madrid, Ed. Civitas, 1981. p. 42, en particular n. marg. 80.

<sup>152</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) pp. 67 y 68. También en contra del postulado predominante se manifiesta ROMERO, quien a partir de una noción personal de patrimonio, sostiene que la exclusión de aquél, de los objetos obtenidos ilícitamente, obedece a la ausencia de su titular de relaciones reconocidas por el Orden jurídico, que le permitan acceder a los fines propuestos. ROMERO, Gladys N. *Op. cit.* p. 284 y ss.

<sup>153</sup> La referencia viene formulada en nota 63 a LACKNER, *LK-StGB*, 10ª ed. § 263, n. marg. 133. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) p. 69.

que reposa en el empleo del proceso como vía para la solución de conflictos, pero no al extremo de conformarse con un reconocimiento de tal posesión ilícita como patrimonio tutelado<sup>154</sup>.

Con base en los planteamientos de la doctrina alemana PASTOR MUÑOZ<sup>155 156</sup> se decanta por la solución de la tentativa inidónea para estos supuestos, porque el comportamiento del autor resulta ser inidóneo *ex post* para generar un perjuicio al titular del patrimonio. La negación de estafa punible se funda en dos argumentos imbricados: tanto porque el primer ilícito del que se obtuvo la especie, ya ha perjudicado al titular del patrimonio, afectando la relación de poder que mantenía con la cosa (afectación que no puede realizar nuevamente la conducta engañosa posterior), como porque el bien poseído ilegítimamente, no pertenece al patrimonio del afectado por dicha conducta engañosa posterior. Sostiene que tal propuesta compatibiliza la afirmación de la existencia de un desvalor de la conducta engañosa, con la de que el segundo ilícito no tiene capacidad real de generar un nuevo perjuicio; no obstante que en los casos en que conste *ex ante* que la víctima del engaño posee en virtud de hurto o estafa anterior, no habría una tentativa inidónea sino una tentativa irreal, naturalmente impune<sup>157</sup>. Culmina afirmando que el engaño al poseedor ilícito es la instrumentalización de una decisión que afecta la libertad general de obrar, pero no entraña una lesión al patrimonio<sup>158</sup>.

También disiente de la postura mayoritaria GALLEGO SOLER, para quien no resulta decisiva la protección que en el ámbito civil pudiese dispensarse al poseedor antijurídico para afirmar la protección penal bajo la perspectiva de la consistencia o unidad del Orden jurídico en que, en definitiva, se fundamentan las posturas mixtas. A

---

<sup>154</sup> PASTOR MUÑOZ. *Ibíd.*

<sup>155</sup> La autora destaca las tres soluciones aportadas por la dogmática alemana. La primera, que entiende que la conducta engañosa posterior no puede lesionar nuevamente el patrimonio, por lo que es constitutiva de una tentativa inidónea de estafa; *ex ante* idónea para lesionar el patrimonio, pero que *ex post* resulta no serlo. La segunda, que afirma la posibilidad de una nueva lesión al patrimonio del titular mediante una estafa posterior. Y la tercera, fundada en el reconocimiento de la posesión ilícita por el Derecho privado, sostiene que siempre es posible cometer estafa contra el poseedor ilícito. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) p. 67. En España, HUERTA TOCILDO se pronuncia a favor de la segunda. *Op. cit.* pp. 41 y 42. Al igual que GALLEGO SOLER. *Op. cit.* en n. marg. 667.

<sup>156</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) pp. 67 y ss.

<sup>157</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) p. 67.

<sup>158</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) p. 69.

su juicio, se debe atender al fin de protección de la norma civil en relación al de la norma penal, en términos que las medidas de protección de la posesión dispensadas por el Derecho privado, al extremo de ofrecer las vías para adquirir un derecho real, no postulan un carácter absoluto, sino que sólo participan de un régimen de acciones “reactivo”: sólo puede ejercerse cuando se inquiete la posesión, por lo que opera en el marco de la legítima defensa en sentido amplio. A su juicio, son arbitrios que lejos de amparar una posesión antijurídica, se encuentran establecidos a favor de cualquier poseedor para garantía de su situación jurídica, y que derivan únicamente de la presunción de justo título en la posesión<sup>159</sup>.

El autor citado intenta luego responder a la interrogante sobre si el límite trazado entre la infracción a normas administrativas y penales, debe ser considerado o no, a la hora de responder a la tipicidad a título de estafa, cuando ésta reconoce como objeto material, a aquél obtenido por la vía ilícita de que se trate (administrativa o penal). Bajo este rubro, GALLEGO SOLER persigue destacar principalmente casos de infracciones fiscales-administrativas en materia de obtención de subvenciones o tributarias, en los que, consecuente con sus planteamientos vertidos en adhesión a los postulados de ZIESCHANG, el autor opta por afirmar la pertenencia al patrimonio tutelado penalmente de los objetos obtenidos por vías ilícitas, siempre que éstas consumen infracciones no penales. Tratándose de una infracción penal, desde que lo obtenido entraña efecto del delito, no goza de protección penal, de manera que “(...) no se podría considerar objeto material idóneo de un delito patrimonial, en sentido amplio, porque se ha obtenido de forma contraria a los valores constitucionales, de tal modo que el Derecho penal no puede proteger esta situación”<sup>160</sup>. En contraste, lo obtenido ilícitamente, pero de forma penalmente irrelevante, integra el patrimonio, con independencia de las responsabilidades tributarias que se deriven<sup>161</sup>.

Tratándose de la obtención ilícita del objeto, GALLEGO SOLER confirma su postura de moderada autonomía para el Derecho penal, cuando advierte que la ausencia de protección posesoria del mero detentador frente al titular del patrimonio,

---

<sup>159</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* pp. 171 y 172.

<sup>160</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 295.

<sup>161</sup> Añade los dos argumentos expuestos por MARTÍN RUIZ en su obra “La tributación de las actividades ilícitas”, afirmando la procedencia de la tributación de los ingresos generados a partir de actividades ilícitas, a saber: la capacidad económica, es decir, la generación de riqueza con independencia de su origen, junto a la igualdad en el tributo. GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 298.

cesa en función del límite impuesto por la prescripción de la acción penal o de la pena, incluso tratándose de un ilícito penal<sup>162</sup>.

Al efecto, GALLEGO SOLER afirma que, en la medida que “(...) el mismo fundamento político criminal que legitima la imposibilidad de castigar un delito pasado legalmente el tiempo establecido para ello –la seguridad jurídica-, tendría que servir para considerarlo patrimonio digno de protección penal. El Estado renuncia a la imposición de una pena –y a las consecuencias accesorias– por ausencia de necesidad de pena y también por motivos de seguridad jurídica (...)”<sup>163</sup>. Es importante destacar que para GALLEGO SOLER, la subsistencia de la acción civil luego de prescrita la penal, en nada altera la conclusión expuesta sobre el acceso a la protección penal del patrimonio, máxime si declarado el sobreseimiento por prescripción de la acción penal, habrán de ser devueltas al imputado, en su caso, las especies que le fueron incautadas o retenidas, conforme al Art. 635 de la LECRIM<sup>164</sup>, de modo que “no podrá negarse que, en estas circunstancias los efectos del delito pueden considerarse elementos del patrimonio del delincuente, en todo caso desde el momento de la devolución judicial”<sup>165</sup>.

En base a lo expuesto, descartada de una parte la pertenencia al patrimonio tutelado penalmente de los “activos delictuosos”<sup>166</sup>, viene por la otra aseverada la inclusión de todo activo no delictuoso, pero sin perjuicio de la prescripción de la acción penal y las reglas del proceso penal sobre el destino de las especies retenidas y no decomisadas.

---

<sup>162</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 279.

<sup>163</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 278.

<sup>164</sup> Según el Art. 635 LECRIM. “(...) “se reputará dueño el que estuviere poseyendo la cosa al tiempo de incautación de ella por el Juez de instrucción”, de manera que por tal (dueño) se tendrá al delincuente en palabras de GALLEGO SOLER. *Op. cit.* pp. 278 y 279. En nuestro medio podría predicarse la misma conclusión con base en el Arts. 470, inc. 1° y 3°, del CPP., sin perjuicio que mal puede hablarse de delincuente respecto de un sujeto amparado por la presunción de inocencia que consagra el Art. 4° del mismo Código. Y es que en el caso de condena, la pena accesoria de comiso excluirá cualquier expectativa de devolución de las especies retenidas, como resulta del Art. 469 CPP.

<sup>165</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 278.

<sup>166</sup> Denominación de la que nos servimos para significar que no son tolerados como créditos o derechos subjetivos de cualquier índole por el Derecho penal, cuando la prestación que implican demanda una conducta delictiva conforme los planteamientos de GALLEGO SOLER hasta ahora analizados en el presente Apartado.

#### 1.4. ANÁLISIS DE LOS PLANTEAMIENTOS DOGMÁTICOS DOMINANTES.

Al referirnos en el Apartado precedente a los postulados para la solución del grupo de supuestos a que pertenece el caso objeto de nuestro análisis, esto es, las estafas en negocios con causa ilícita, hemos dado cuenta de una línea argumental sustentada por un importante sector de la doctrina chilena que, frente al contenido ilícito del acto en que se forja la defraudación, concluye la ausencia de obstáculos para apreciar tipicidad a título de estafa<sup>167</sup>. La doctrina referida, se funda en la irrelevancia de la mera intención o propósito ilícito de la víctima de la defraudación, que se ve reflejada en la expresa previsión por el legislador de dos casos particulares de estafas en negocios de contenido ilícito en los Arts. 469 N° 5 y 470 N° 7 del CP. Se argumenta, además, en abono de la total abstracción de la conducta de la víctima para la valoración penal de la defraudación cometida en su contra, sobre la improcedencia de considerar la compensación de dolos en materia penal y de imponer al sujeto pasivo una sanción no prevista por la ley. En una posición particular se sitúa el criterio vertido por POLITOFF<sup>168</sup>, que atiende al alcance de la tutela penal dispensada al patrimonio de la víctima por el tipo legal de la estafa, según la pertenencia al primero de los objetos introducidos en la negociación ilícita.

En lo que sigue, nos limitaremos al análisis de cada una de las razones aquí esbozadas, y que son en abono de la conclusión sobre la procedencia o rechazo, en orden a estimar perpetrado el delito de estafa en el concierto de un negocio con causa ilícita.

##### 1.4.1. LA IRRELEVANCIA DE LA MERA INTENCIÓN DE LA VÍCTIMA

En lo que nos interesa, de cara a la hipótesis central de este estudio, desde ya desdeñamos entre los criterios aludidos, de aquellos postulados que para proveer solución a los supuestos de estafas en negocios con causa ilícita, atienden exclusivamente a la mera intención del sujeto pasivo como criterio dirimente. Al

---

<sup>167</sup> *Vid. supra*. Apartado 1.3. Precisemos que más exacto sería afirmar, a fin de destacar el núcleo en que se centra la atención, que la exclusión de la estafa no puede sustentarse en el carácter ilícito del negocio.

<sup>168</sup> *Vid. supra* Apartado 1.3 e *infra* Apartado 1.4.3, parte final.

respecto, destaquemos en esta parte, sin perjuicio del análisis detallado de las propuestas centradas en la conducta de la víctima, materia del Capítulo final de este estudio, que lo relevante será determinar la incidencia que pudiere revestir la conducta exterior del sujeto pasivo, como referente para la valoración penal de la conducta del sujeto activo<sup>169</sup>. De tal manera que, solamente a partir de la mencionada exteriorización, cobra relevancia todo esfuerzo por la determinación del significado subjetivo relevante para el Derecho de dicha conducta. Claramente al aludir a la conducta exterior del sujeto pasivo de la estafa, como criterio de primer nivel, descartamos todo orden de apreciaciones limitadas a la mera posición subjetiva de la víctima para con el Derecho o la moral, desde que resulta relevante atender a tal aspecto interno, sólo frente a la superación del elemento objetivo del ilícito en que se asila la defraudación.

Luego, de no mediar conducta externa pasible de ser enjuiciada en su aspecto subjetivo, no hay ilícito civil ni penal. En materia penal, por impedirlo el denominado “principio del hecho”; como expresión de la prohibición de sancionar meros pensamientos y de toda intromisión del Derecho penal en el ámbito interno del sujeto cuando no puede ser estimado como perturbador de un orden social<sup>170</sup>. Así, sin la satisfacción del mencionado principio como límite a la actividad estatal, no procede la consideración del contexto interno, a saber, la posición subjetiva del agente<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. Conducta de la víctima e imputación objetiva. Barcelona, Ed. Bosch, 1998, pp. 118 y 119. CANCIO MELIÁ, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Mendoza, Argentina, Ed. Jurídicas Cuyo, 1997. p. 109.

<sup>170</sup> JAKOBS, Günter. *Op. cit.* pp. 295 y ss.; y 303: El autor contextualiza la vigencia del denominado “principio del hecho”, como signo identificatorio de todo Derecho penal “no totalitario”, y propio de un Estado respetuoso de las libertades. MIR PUIG sostiene al respecto, específicamente en relación a las formas política y jurídica del Estado, que “(E)n un estado social y democrático de Derecho sólo es lícito prohibir penalmente comportamientos externos y no meramente mentales”. El autor enfatiza la limitación del ámbito del Derecho, al fuero externo; y expresa que nadie discute que no cabe plantear el castigo de los pensamientos, los que cuando no influyen en la esfera del mundo externo, se reservan para el ámbito del juicio moral. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General. Montevideo – Buenos Aires Ed. BdeF, 2007, p. 190.

En definitiva, compartiendo la conclusión de JAKOBS, estimamos que la inobservancia de la “abstención del contexto interno” salvaguardada por el “principio del hecho”, conduce a la punición de autores peligrosos, no de hechos peligrosos. *Íd.* p. 311. Sobre la ineludible referencia que cabe formular al Derecho positivo chileno, destaquemos la plasmación del aludido principio en el empleo de la voz “conducta” a que alude la garantía del Art. 19 N° 3, inciso 9°, de la Constitución política.

<sup>171</sup> JAKOBS, Günter. *Op. cit.* p. 303.

En el ámbito del Derecho privado, la exigencia de conducta externa a que hemos aludido, resulta de la gravitación del daño como fundamento de primer orden y límite máximo de toda responsabilidad civil<sup>172</sup>. En tales términos, concebido el daño como los efectos adversos que el hecho de un sujeto haya causado a la víctima, queda establecida la exigencia de exterioridad, al extremo de requerirse la producción de un resultado pasible de vincularse causalmente con dicha exteriorización, como presupuesto del ilícito civil.

Conforme lo expuesto, cualquier enfrentamiento que discrimine con base en la mera intención ilícita de la víctima, se sitúa fuera del ámbito de los posibles supuestos concernidos por el presente análisis, desde que entraña una variable del todo excluida para nosotros, aquella que comporte desbordar los límites a que debe someterse la valoración penal de un suceso en el contexto de un Estado de Derecho. Al efecto, en la hipótesis misma vertida en la Introducción, hemos destacado la variable de la ilicitud civil o penal del negocio, en cuyo contexto debe juzgarse la defraudación, la que queda descartada como tal, frente a la mera intención o propósito de la víctima.

Esta perspectiva nos permite dar respuesta a los argumentos sobre la improcedencia de compensar dolos en materia penal e imponer una sanción no prevista a la víctima de la defraudación vertidos para sostener estafa en los negocios de contenido ilícito. Sobre el primer planteamiento, dado que éste atiende al rendimiento de la mera intención o propósito de la víctima, y no en su conducta exterior enjuiciable como ilícita, nos remitimos a lo expresado, destacando que sobre los alcances de la conducta ilícita de la víctima, tanto por satisfacer las exigencias reclamadas por el Orden penal o civil, versará la segunda parte de este estudio. Y en

---

<sup>172</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007, pp. 215 y 216: el autor expresa que "(M)etafóricamente puede decirse que al comienzo de la responsabilidad civil está el daño. A diferencia de lo que ocurre en materia penal e infraccional, para el derecho civil sólo son relevantes las conductas culpables si de ellas se sigue un perjuicio para el demandante. (...). El objeto de la responsabilidad civil no es expresar un juicio de reproche, sino corregir el efecto adverso que el hecho del demandado haya causado a la víctima". BARROS agrega que, desde un punto de vista lógico, el daño y la causalidad son categorías más generales que la culpa, desde que, pese a que esta última no concurra, siempre debe mediar un daño que sea causalmente atribuible al demandado, como condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil.

relación con la improcedencia de sancionar a la víctima<sup>173</sup>, nuestra cabal conformidad con tal aserto se subordina a los supuestos de procedencia de la mencionada “sanción”. En efecto, si el “castigo” resulta como consecuencia de la mera intensión del sujeto pasivo de la defraudación, nos remitimos a lo expresado sobre la irrelevancia general de una exclusiva posición subjetiva de tal índole para generar consecuencias jurídicas. Pero, si la sanción es consecuencia de una conducta pasible de configurar un ilícito penal o civil, precisamente sobre su destacada incidencia en la configuración del delito de estafa y el consecuente amparo penal patrimonial, versará la segunda parte de este trabajo.

#### 1.4.2. LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTS. 469 N° 5 Y 470 N° 7 DEL CÓDIGO PENAL.

La argumentación interpretativa planteada con base en los Arts. Arts. 469 N° 5 y 470 N° 7 del CP, persigue establecer la correspondencia de una regulación parcial con la globalidad de los supuestos de defraudaciones por engaño, de manera que ha de imperar una misma solución para la variable “ilicitud del negocio base”<sup>174</sup>, concerniente a la punición a título de estafa consumada. Subyace a un planteamiento de tal índole, la comprensión de la falta de regulación expresa general, que obliga a hurgar bajo el horizonte de la correspondencia y armonía que moraba en el pensamiento del legislador, en materia de defraudaciones, en los términos del Art. 22 del CC..

Lejos de cuestionar el predicado de la consistencia interna, propio de un enfrentamiento sistemático<sup>175</sup>, de lo que se discrepa, es de que la interpretación de los

---

<sup>173</sup> Recurrimos al vocativo sanción, para identificar satisfactoriamente el argumento analizado, sin perjuicio de estimar que la atipicidad o punición dulcificada de una conducta por tentativa, mal puede estimarse una sanción para el afectado.

<sup>174</sup> BOBBIO se refiere a un sistema como “una totalidad ordenada”, en el cual “los entes constitutivos no estén tan sólo en relación con el todo, sino que estén en relación de coherencia entre sí”. Luego, en sus palabras, una interpretación sistemática será “aquella que basa sus argumentos en el presupuesto de que las normas de un ordenamiento o, más exactamente, de una parte del ordenamiento (...) constituyen una totalidad ordenada (...) y que por tanto es lícito aclarar una norma oscura o integrar una norma deficiente recurriendo al llamado “espíritu del sistema”, yendo aun en contra de lo que resultaría de una interpretación meramente literal”. BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá, Ed. Temis, 1987, pp. 177 y 180.

<sup>175</sup> “La ideología de la interpretación sistémica presupone que el sector del ordenamiento jurídico que se considera (...) es internamente consistente. Dentro del esquema,

enunciados normativos particulares contenidos en los Arts. 469 N° 5 y 470 N° 7 del CP. permita concluir la expresa previsión estafas en negocios de contenido ilícito. Nuestra objeción en este punto, apunta a rechazar la previsión referida, sin perjuicio de haberse contemplado por el legislador al regular la casuística de la estafa, al engaño consistente en aparentar negocios de contenido ilícito, tanto civil como penal.

Destaquemos que, no obstante lo categórico de la afirmación de tratarse los supuestos regulados en los Arts. 469 N° 5 y 470 N° 7 del CP., de estafas en negocios ilícitos, sus principales exponentes refieren, en el análisis particular de las normas aludidas, extremos que matizan o derechamente controvierten tal aserto inicial.

En principio, se sostiene que en el caso del Art. 469 N° 5 del CP., se trata de una estafa agravada, en que el motivo que funda la exasperación puede concurrir o no, según si se afecta o no, además del patrimonio, el honor del funcionario público aludido o el prestigio de la administración pública. Naturalmente resulta excluida tal afectación, que de concurrir daría lugar a la acción de calumnia, frente a la efectiva perpetración del delito funcionario, esto es, cuando el funcionario público sea remunerado para que realice o se abstenga de hacer algo propio de la órbita de sus funciones<sup>176</sup>.

Sin embargo, GARRIDO expresamente manifiesta que la tipicidad del Art. 469 N° 5 exige remuneraciones pretendidas, o supuestas, esto es, la simulación del pago indebido al funcionario público<sup>177</sup>. El carácter aparente de la remuneración al funcionario público que parece exigir la antes citada disposición, lleva a ETCHEBERRY, pese a aludir a que este supuesto excluye la limitación de la tutela penal por las meras intenciones de la víctima, a destacar un supuesto intermedio, donde se aparenta en parte la remuneración, al pagar al funcionario un monto menor del que se reporta al defraudado, apreciando estafa y también cohecho<sup>178</sup>. En contra de tales postulados

---

cada disposición tiene su propio lugar". AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 175.

<sup>176</sup> En este sentido se pronuncia ETCHEBERRY, cuando refiere como situación intermedia, a aquella en que se comete tanto cohecho como defraudación. *Op. cit.* t. III p. 414 y 415. También se pronuncia en tal sentido GARRIDO. *Op. cit.* pp. 361 y ss. Y POLITOFF *et al*, para quienes la ilicitud de base de la conducta de quien está defraudado queda de manifiesto al considerar que la supuesta remuneración fuese verdadera, caso en el que estaríamos ante un delito de cohecho del Art. 250 CP. *Op. cit.* t. III, p. 447.

<sup>177</sup> GARRIDO. *Op. cit.* pp. 362 y 363.

<sup>178</sup> ETCHEBERRY. *Op. cit.* t. III. p. 415: "El estafador es autor de soborno y de estafa; el que entregó el dinero es autor de soborno y víctima de estafa".

expresamente se manifiestan BULLEMORE y MACKINNON, para quienes el estafador “evidentemente, no tiene intención de pagar a ningún funcionario público dinero alguno”<sup>179</sup>.

Respecto del Art. 470 N° 7 CP., se estiman comprendidos sólo aquéllos juegos calificados como ilícitos según el Art. 1466 CC., tanto porque a los lícitos, por predominar destreza física o intelectual, los contempla el Art. 470 N° 6 CP, como porque la voz “asegurar la suerte” contenida en la primera disposición citada, excluye el predominio de habilidades físicas o intelectuales, desde que no es la suerte lo que se asegura<sup>180</sup>.

Cabe destacar que para ETCHEBERRY, en el supuesto comprendido por el Art. 470 N° 7 CP., no ha habido más que una simple apariencia de juego, en la medida que “no se ha perdido al juego, sino que se ha perdido en un fraude”. Expresa que el juego de azar no es más que una apariencia fraguada por el autor, tras la cual se esconde sólo un engaño, único suceso efectivamente verificado. Añade que la ineficacia por ilicitud del objeto que regula el Derecho civil para los juegos de azar, se aplica sólo cuando no hay más ilicitud que la proveniente de la naturaleza misma del juego, pero no cuando “la ilicitud no viene de un azar que no existe, sino del engaño, del fraude”. El autor reitera su predicado subyacente a ambos supuestos analizados en este apartado, esto es, que la creencia o representación de la víctima de obrar ilícitamente, lo que aborda como un problema de antijuridicidad, en nada altera la configuración del delito de estafa<sup>181</sup>.

Compartiendo plenamente las fisuras que sus principales exponentes ponen de relieve respecto del planteamiento que sustentan como predicado general, los reparos que cabe formular a la propuesta doctrinaria en análisis, giran en torno a la infracción al principio de legalidad.

---

<sup>179</sup> *Op. cit.* p. 132. SILVA SILVA afirma también la falta de realidad de las remuneraciones y la consecuente estructuración de sólo dos delitos: estafa y calumnia. SILVA SILVA, Hernán. Las estafas. Santiago, Ed, Jurídica de Chile, 1993, pp. 80 y 81. La afirmación de sólo dos delitos viene previamente formulada por FUENSALIDA, Alejandro. Concordancias i comentarios al Código Penal chileno. Obra premiada. Lima, Imprenta Comercial, 1883, t. III. p. 220.

<sup>180</sup> ETCHEBERRY, expresa al efecto “por lo demás el propio texto parece querer referirse a los juegos de azar, al hablar de asegurar la suerte”. *Op. cit.* t. III, p. 416 y 417. También GARRIDO. *Op. cit.* p. 364 y 365. En contra LABATUT. *Op. cit.* t. II, p. 248.

<sup>181</sup> ETCHEBERRY. *Op. cit.* t. III p.417.

Así, en relación al Art. 469 N° 5 CP., comprender que los vocativos “pretexto” y “supuestas”, permiten afirmar la regulación del negocio ilícito concerniente a la retribución ofrecida o aceptada por un funcionario público para hacer u omitir labores propias de su cargo, importa extender los límites del texto legal para insertar en él representaciones no tenidas en cuenta por el legislador, y que se sitúan fuera del sentido literal posible del tipo legal<sup>182</sup>.

Resulta paradójico, que los autores que postulan tal comprensión, no vacilen en reconocer que el motivo de agravación previsto en la norma en análisis, radica en la afectación a la imagen de la administración pública o la honra del funcionario implicado, la que difícilmente estaría comprometida frente a la efectividad del delito funcionario en cuestión<sup>183</sup>. Muy por el contrario, el normal y correcto desempeño de las funciones públicas se vería satisfecho frente al juzgamiento y sanción de los delitos dispuestos para su protección. Y aunque ETCHEBERRY se esmera en articular la previsión de un supuesto intermedio, concerniente al fraude en la diferencia entre el menor monto del dinero pagado al funcionario y aquél proporcionado al efecto, en tal caso la remuneración al funcionario no resulta aparente o pretendida, sino meramente inferior; cuestión que carece de relevancia a la hora de calificar la conducta del funcionario público como constitutiva del delito de cohecho.

Estimamos que el motivo de exasperación previsto en el artículo Art. 469 N° 5 CP. responde al mismo fundamento que motiva el establecimiento de la agravante prevista en el Art. 12 N° 13 del mismo cuerpo legal, vale decir, el prestigio de la administración pública<sup>184</sup>. De tal manera que bajo la comprensión del legislador, las expresiones “pretexto” y “supuestas”, no vienen empleadas con un sentido diverso al

---

<sup>182</sup> CREUS, Carlos. Ciencia y dogmática. Aplicación e interpretación del Derecho penal. Santa Fe, Argentina, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Santa Fe, Dirección de publicaciones, 1998, p. 112.

<sup>183</sup> PASTOR MUÑOZ, aludiendo a la norma del antiguo Art. 529.6 del CPE. de 1973, de idéntica redacción al Art. 469 N° 5 del CP. advierte que el motivo de agravación previsto, no encuentra su fundamento “en la calidad de funcionario del autor; sino en el mayor disvalor del resultado, consistente en el peligro generado por el engaño para el honor del funcionario implicado falsamente”. *Op. cit.* (nota 3). p. 337.

<sup>184</sup> Se trata de las razones de agravación por “moralidad pública” en el fraude con pretexto de supuestas remuneraciones que destaca PACHECO, respecto de análoga disposición del CPE, hoy derogada. PACHECO, Joaquín Francisco. El Código penal concordado y comentado. 6ª ed. Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, t. III, 1888. p. 356.

uso común de tales vocativos, sin abarcar las dádivas efectivas, no previstas por el tipo legal y fruto de una interpretación que infringe el principio de legalidad<sup>185</sup>.

En lo que respecta al Art. 470 N° 7 del CP., destaquemos que no regula dicha norma un supuesto de estafa pasible de ser calificado como objetivamente antijurídica desde una perspectiva civil, conforme el artículo 1466 CC<sup>186</sup>. En efecto, como acertadamente expresa el propio ETCHEBERRY, no hay más que una apariencia de negocio ilícito desde que no concurre juego alguno, ni está en cuestión la suerte, sino sólo a los ojos de la víctima, en errada representación de la realidad. Así, no da cuenta la norma citada de la previsión expresa de un ilícito civil, sino que de la mera apariencia de tal, más allá de los pensamientos o intenciones del afectado. Ahora bien, si se tratare efectivamente de un juego de azar, pero el fraude consiste en aparentar la decisión previa del agente de cumplir lo pactado frente a la adversidad de la fortuna, la que nunca abrigó, cabría apreciar estafa. Pero éste supuesto no corresponde a aquél contemplado en la norma en análisis.

---

<sup>185</sup> Lo expresado resulta patente si se comparte la conclusión vertida en este trabajo sobre la ausencia de tipicidad objetiva de una estafa perpetrada en un negocio de contenido ilícito.

<sup>186</sup> Se trata de ilicitud en razón de su objeto, sin perjuicio que, como manifiesta ALESSANDRI BESA, lo ilícito está en la intención de las partes de procurarse ganancias que dependan exclusivamente de la suerte, y no en el objeto mismo del juego. En autor agrega que en tal supuesto resultan comprendidas las apuestas sobre un juego de azar. ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* pp. 157 y 158.

En relación a los juegos ilícitos, no puede soslayarse la tipificación penal de las conductas descritas en los Arts. 275 al 278, y 495 N° 14, del CP, respecto de las que debemos precisar, a fin de justificar su no inclusión en este análisis, en paridad a los juegos civilmente ilícitos, dos aspectos de relevancia. En primer término, eventualmente el engaño relativo a asegurar la suerte en el juego, pudiese concurrir en estos casos, dando lugar a la cuestión sobre apreciar o no defraudación en un negocio ilícito de relevancia penal, conforme el Art. 470 N° 7 del CP. Pero, en segundo término, tratándose de hipótesis especiales, vinculadas a determinados sujetos activos especiales (autores, empresarios, administradores, comisionados o agentes de loterías no autorizados legalmente, participen o no en el juego, y banqueros, dueños, administradores o agentes de casas de juego, envite o azar, en las mismas condiciones, junto a quienes concurren a las casas referidas, aunque no jueguen), o lugares públicos de ejecución (plazas, calles, ferias, y otros sitios semejantes, respecto de la citada contravención) estimamos que la apreciación de una conducta delictiva de juego a partir de la cual se instrumente la defraudación, resulta particularmente excepcional. Sin embargo, tratándose de un ilícito penal, resultan plenamente aplicables los planteamientos que serán expuestos en el cuerpo de este Apartado. Sobre los delitos mencionados y sus particulares exigencias típicas, *Vid.* ETCHEBERRY. *Op. cit.* t. IV, pp. 276 y 277.

Finalmente, cabe mencionar en materia de juegos de azar expresamente autorizados por el legislador, tales como ruleta, dados, cartas, bingo, y máquinas de azar, la ley N° 19.995, que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juegos.

En conclusión, interpretadas las disposiciones tantas veces referidas, como la previsión de supuestos en que estamos frente a un acto ilícito aparente a los ojos de la víctima, y que sólo nos permite aproximarnos a la intención ilícita de esta última, no se divisa óbice para compartir el predicado de la indiferencia del legislador, pero limitado al caso del sujeto pasivo que sólo creyó entrar en una negociación ilícita, para la configuración del delito de estafa en su perjuicio. Pero, interpretadas como la expresa previsión de negocios ilícitos, se estima, conforme las razones expuestas, superado el ámbito de las posibilidades interpretativas que ofrece el texto de las respectivas normas legales, como se indicó.

#### 1.4.2. APROXIMACIÓN AL CRITERIO DEL PATRIMONIO PENALMENTE PROTEGIDO.

PRECISIONES GENERALES. Sobre las perspectivas que aún resta por analizar, matizando las argumentaciones de los restantes exponentes doctrinarios mencionados al inicio de este Apartado, POLITOFF *et al* explicita la huida al criterio de la integración del patrimonio jurídicamente tutelado. En su concepto, tal referente determinará, en definitiva, la apreciación del delito de estafa, cuando éste se ha perpetrado en el contexto de un negocio de contenido ilícito.

A efecto, el mencionado autor expresa, para los dos principales grupos de estafas abarcados por la denominada “distinción de ilícitos”<sup>187</sup>, que el criterio dirimente corresponde a la pertenencia al patrimonio de la expectativa emanada de un negocio de contenido ilícito; adscripción de tutela jurídica que dependerá de la naturaleza de la ilicitud en relación con la estructura del negocio bilateral de que se trate. Si bien POLITOFF *et al* estima aplicable el referido criterio, con abstracción de la naturaleza e intensidad de la ilicitud concurrente, tal predicamento sólo alcanza a los casos de pago por causa ilícita.

En efecto, el autor expresa respecto de los casos de pago por causa ilícita, correspondientes a la estructura de “pago y no realización de la prestación ilícita”, que la propia ley no ha divisado obstáculo para apreciar la concurrencia de perjuicio patrimonial, regulando estafa en negocios de contenido ilícito, incluso delictivo, como resulta de la referencia positiva al supuesto de cohecho previsto en el Art. 469 N° 5 del

---

<sup>187</sup> *Vid. supra* Apartado 1.2.1.

CP. Y en relación con la estructura inversa, de “realización de la prestación ilícita seguida del no pago”, aduce que, por integrarse el patrimonio con todas las expectativas económicas que no se encuentran expresamente reprobadas como delitos, sólo la concurrencia de una conducta penalmente relevante, obstará a la apreciación del delito de estafa.

En tales condiciones, compartiendo los postulados de la doctrina española mayoritaria expuestos en el Apartado 1.3. de este trabajo, POLITOFF *et al* plantea niveles diferenciados de reprobación jurídica para cada rubro de supuestos abarcados por la “distinción de ilícitos”. Tales niveles se traducen en la exigencia más intensa, atinente a la mera reprobación civil, como límite para la conformación del delito de estafa respecto del pago de los servicios ilícitos prestados. En relación con el pago por los servicios ilícitos pendientes de ejecución, la tolerancia es absoluta: bien se trate de ilicitud civil o penal, su presencia en nada obsta a la apreciación de estafa consumada.

En definitiva, frente a la postura dogmática expuesta, que discurre sobre la integración al patrimonio tutelado por el delito de estafa, de la expectativa emanada de un negocio ilícito, se aspira a dar cuenta de las bases dogmáticas generales sobre las nociones de patrimonio en juego a la hora de inquirir sobre el alcance de la protección dispensada a la víctima. Al efecto, con carácter preliminar, se expondrán las formulaciones teóricas que permiten concluir la exigencia de perjuicio patrimonial para el delito de estafa, a partir de la regulación positiva chilena. En lo sucesivo, se avanzará en la exposición de las aproximaciones más difundidas sobre el objeto jurídico del delito en cuestión, con referencia al estado de la jurisprudencia teórica y práctica en nuestro medio. Luego, con el propósito de contextualizar la crítica que se abordará en la segunda parte de este estudio, se persigue dar cuenta de la intensidad variable de los criterios que, fundados en la ilicitud del acto o negocio en que se fragua la defraudación, ofrecen motivos de exclusión a la tutela de expectativas económicamente relevantes a título de estafa. Finalmente se aludirá, con miras a introducir en análisis materia de la segunda parte de este estudio, las principales objeciones que cabe sostener en contra del criterio de la integración del patrimonio objeto de tutela penal en materia de estafa.

OBJETIVIDAD JURÍDICA Y MATERIAL EN EL DELITO DE ESTAFA. Sobre la consideración del perjuicio en la construcción dogmática del delito de estafa en el

Derecho chileno, cabe destacar como antecedentes las obras de DEL RÍO<sup>188</sup> y DAVIS<sup>189</sup>. Este último, define el delito en cuestión como “(...) una especie de defraudación que consiste en provocar un perjuicio en patrimonio ajeno por medio de artificios ingeniosos, precedidos de la intención de lucrarse con el fraude” y concluye que las condiciones “típicas e indispensables” para el delito de estafa corresponden al engaño; el perjuicio o daño patrimonial; y el ánimo de lucro<sup>190</sup>. Posteriormente, y aunque no todavía de modo concluyente en LABATUT<sup>191</sup>; y a partir de la década de 1960 en adelante, en los trabajos de ETCHEBERRY<sup>192</sup>; MERA<sup>193</sup>; SILVA<sup>194</sup>; CONTRERAS<sup>195</sup>; YUBERO<sup>196</sup>, y en todas las obras posteriores que han abordado el tratamiento general de la figura en referencia<sup>197</sup>, éste tiene lugar a partir del enlace causal entre engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio.<sup>198</sup>

En lo tocante a la base normativa en que reposan los elementos indicados, resulta particularmente ilustrativa la referencia de HERNÁNDEZ, cuando expresa que, salvo el requisito de la disposición patrimonial, todos los restantes elementos de la

---

<sup>188</sup> DEL RÍO, J. Raimundo. *Op. cit.* p. 475.

<sup>189</sup> DAVIS. *Op. cit.* pp. 28 y ss.

<sup>190</sup> DAVIS. *Op. cit.* pp. 29 y ss.

<sup>191</sup> LABATUT. *Op. cit.* t. II, p. 224.

<sup>192</sup> ETCHEBERRY. *Op. cit.* t. III, pp. 392 y ss.

<sup>193</sup> MERA FIGUEROA, Jorge. El delito de entrega fraudulenta. Santiago, Ediciones Encina Ltda., 1971 pp. 42 y ss.

<sup>194</sup> SILVA SILVA, Hernán. *Op. cit.* p. 31 y ss.

<sup>195</sup> CONTRERAS T., Raúl. *Op. cit.* pp. 13, 38, 43, 62 y 69.

<sup>196</sup> YUBERO. *Op. cit.* pp. 28, 29, 33, 35, 49, 53, 61 y ss., 100 y ss.

<sup>197</sup> Así; GARRIDO MONTT, Mario. *Op. cit.* t. IV. pp. 321 y ss.; POLITOFF *et al.* *Op. cit.*, pp. 398 y ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Aproximación a la problemática de la estafa. En: AA. VV. Problemas actuales de derecho penal. Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003, pp. 150 y ss. Destacando el concepto uniforme en la jurisprudencia recepcionado por la doctrina, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Fraude de seguros. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 125 y ss.

Amplias referencias jurisprudenciales que aluden a los diversos elementos de la estafa, pueden consultarse en revista: Doctrina y jurisprudencia penal. El perjuicio en la estafa. Santiago de Chile, Universidad de Los Andes Facultad de Derecho, (1), 2010, pp. 129 y ss. y (2), 2010, pp. 125 y ss.

<sup>198</sup> En una posición particular, DEL VILLAR limita los elementos típicos fundamentales de la estafa al perjuicio patrimonial y el engaño, sin perjuicio de afirmar que en un proceso de decantación de estos elementos básicos, se arribe a la simulación, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio. Funda sus asertos en la referencia formulada por ETCHEBERRY, relativa a que el engaño comprende la conducta del sujeto activo como su efecto en la psiquis del sujeto pasivo, y que el perjuicio resulta siempre de una prestación de éste último. DEL VILLAR BRITO, Waldo. Manual de derecho penal, parte especial. Valparaíso, Ed. Edeval, 2009, t. I, pp. 242 y 243.

estafa se plasman en la ley: el engaño, en el propio epígrafe del § 8 del Título IX del Libro II del CP., y en sus Arts. 468 y 473; el error, como contrapartida de la conducta del agente, envuelto en la equivocidad de la palabra engaño en nuestro idioma; y el perjuicio, tanto de la ubicación sistemática entre los delitos contra la propiedad, la determinación de la pena conforme al monto del perjuicio en el Art. 467 o la referencia expresa en el Art. 473 CP.<sup>199</sup>

Asentada entonces la exigencia del perjuicio para la estafa en nuestro Derecho, POLITOFF *et al* lo define como un detrimento del patrimonio, que ha de ser, además, efectivo<sup>200</sup>. La alusión al patrimonio individual en el estudio del delito de estafa, viene referida en forma unánime al objeto jurídico del delito<sup>201</sup>, y en caso alguno al objeto material de la acción, entendido como la cosa sobre la que ésta recae<sup>202</sup>.

Se descarta la comprensión de la estafa como un delito que requiera un ataque en bloque al patrimonio, entendido como la totalidad de derechos concernientes a un

---

<sup>199</sup> HERNÁNDEZ. *Op. cit.* p. 151. En contra, pero rescatando el elemento perjuicio, se manifiesta FERNÁNDEZ DÍAZ, para quien el CP. carece de un concepto general de estafa del cual obtener sus requisitos típicos. Añade que de la figura básica del delito de estafa contemplada en el artículo 468 del Código Penal, en relación al artículo 473 del mismo texto, analizados literalmente, no se desprenden los requisitos que constituyen el núcleo de la estafa. Y agrega que de la simple lectura de los preceptos citados, "(...) sólo se puede extraer la exigencia de un engaño y de un perjuicio, pero nada se dice sobre el elemento error y el acto de disposición patrimonial que realiza la víctima, y que es quizá la nota más característica de la estafa y que permite diferenciarla de otras figuras delictivas". FERNÁNDEZ DÍAZ. ÁLVARO. Engaño y víctima en la estafa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, Semestre I, (XXVI), 2005, pp. 182 y 103.

<sup>200</sup> POLITOFF *et al.* *Op. cit.* p. 434.

<sup>201</sup> La posición mayoritaria considera al patrimonio como el bien jurídico tutelado en el delito de estafa. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 4) p. 29. CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* p. 43 y 23. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) p. 50. BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El perjuicio en el delito de estafa. Revista de Derecho y Ciencias Penales. Santiago de Chile, (14), 2009, p. 107.

<sup>202</sup> MIR PUIG precisa respecto del objeto en general, que debe distinguirse entre objeto material (u objeto de la acción) y objeto jurídico. El primero se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción. El segundo, al bien jurídico. *Op. cit.* p. 224. Sobre la estafa, para BAJO FERNÁNDEZ, es necesario distinguir entre el objeto material de la acción, que indudablemente sólo 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*. Refiere que prueba de ello es que la exclusiva lesión del elemento patrimonial no es relevante para la estafa, desde que ésta no persigue la protección de la propiedad, ni la posesión o del título de crédito, sino la protección de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío de una persona. Y que prueba de ello es que para la consumación de la estafa se exige un perjuicio patrimonial y no la lesión de un derecho o elemento integrante del patrimonio: para determinar el valor económico del perjuicio la clave está en la valoración del patrimonio antes y después del ataque delictivo. *Op. cit.* pp. 18 y 19.

sujeto<sup>203</sup>, sino que la merma se materializa en concretas porciones o componentes del mismo, que corresponden por ello, precisamente, al objeto material del ilícito en referencia: una suma de dinero, un crédito, un bien mueble o inmueble, etcétera<sup>204</sup>. Lo relevante es que la perturbación del bien jurídico exige una merma al patrimonio, pero aunque aquélla se irroga con ocasión de la pérdida para su titular de un objeto determinado, ha de apreciarse exclusivamente comparando el haber patrimonial antes y después de la consumación del delito. Esta visión de conjunto, lleva a la doctrina mayoritaria a estimar al patrimonio como una unidad de valor y no una mera agrupación de posiciones patrimoniales que conserven su individualidad<sup>205</sup>. Luego, queda descartada toda sinonimia entre la pérdida de un elemento concreto del

---

<sup>203</sup> Lo expuesto es válido para cualquier propuesta sobre la comprensión del patrimonio que aprecie a éste como una unidad. ZUGALDÍA ESPINAR, a nuestro entender, sostiene que la inexistencia de delitos contra el patrimonio como unidad, en el sentido que supongan un ataque en bloque a todos los derechos que lo integran, no conduce a la sustitución del patrimonio por la propiedad como bien jurídico tutelado por el delito de estafa. Al efecto refiere, en lo que nos interesa, que la esencia de los delitos contra el patrimonio radica en que a través de los mismos se lesiona el patrimonio (globalmente considerado) mediante la pérdida de una parte integrante determinada del mismo, lo que llena a la doctrina dominante ha reiterar que los delitos contra el patrimonio en su totalidad se dirigen normalmente contra derechos particulares integrantes del mismo, los que, como acontece en la estafa, no aparecen incluidos en el tipo legal por lo que todos ellos pueden ser atacados. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Madrid, Ediciones Akal, 1988, p. 15. En el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* p. 65.

<sup>204</sup> Cfr. GUTIÉRREZ FRANCES, Ma. Lúz. Resultado típico en la estafa: la disposición patrimonial lesiva. Doctrina y jurisprudencia penal. El perjuicio en la estafa. Santiago de Chile, Universidad de Los Andes Facultad de Derecho, (2), 2010, p. 15. CONDE PUMPIDO. *Op. cit.* pp. 33 y 34.

<sup>205</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho penal, parte especial. 2ª ed., Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 1991. p. 189. BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* pp. 20 y 21. En relación a las teorías económica y mixta de patrimonio y su rendimiento en relación al “principio de compensación”, *vid.* HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno. En: FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (Coordinador). Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del Derecho penal. Santiago de Chile, Universidad Austral de Chile, 2008, p. 196. Para BALMACEDA “(...) 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 consiste en la comparación del patrimonio antes y después del acto de disposición patrimonial”. En tal sentido comprende al patrimonio como una *universitas iuris*. BALMACEDA. *Op. cit.* (nota 201) pp. 108 y 113. Destacan la su comprensión como universalidad y, además, la relevancia de tal noción en la procedencia de la compensación del detrimento. POLITOFF *et al.* *Op. cit.* pp. 414 y 434. En contra de la consideración del patrimonio como un todo, GONZÁLEZ RUS, Juan José. Curso de Derecho penal español, parte especial. Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996, t. I, p. 655.

patrimonio y la lesión al bien jurídico: esta última exige un *plus*, que se traduce en la relevancia de dicha pérdida en términos de perjuicio patrimonial<sup>206</sup>.

Ahora bien, la comprensión mayoritaria de dicha pérdida como perjuicio, se vale de un canon estrictamente económico<sup>207</sup>: de lo que se trata es de que, en todo caso, la medición no aspira a obtener como resultado la cuantificación de un valor afectivo o venial, que refleje la aflicción o dolor del perjudicado, sino una medida convencional de significación en coordenadas económicas. Cuestión distinta es que para arribar a tal determinación, se tomen en consideración parámetros objetivos, bien sea en mayor o menor medida, incorporados por las partes en la negociación que los vincula, o que inclusive se amplíe a los fines o proyectos del perjudicado. En esta gama de criterios cada teoría del patrimonio juega sus cartas.

De tal manera, todo indica que el perjuicio en la estafa, entendido como “disminución del patrimonio”, en tanto resultado material reclamado por la hipótesis consumada, aparece condicionado por lo que se defina como tal<sup>208</sup>, en términos que la pregunta sobre su entidad, siempre económica, apunta a determinar qué tanto detrimento de dicha índole acarrea al patrimonio en su conjunto, la pérdida de un

---

<sup>206</sup> Entendido aquí, entonces, en términos tan generales como repercusión en la mencionada unidad de valor.

<sup>207</sup> ASUA BATARRITA. *Op. cit.* p. 129. HERNÁNDEZ, destaca el consenso dogmático en orden a que el perjuicio importa la pérdida de valor económico, pecuniario, y no de valores inmateriales, ideales morales o de afectación. *Op. cit.* (nota 197) p. 171. En la misma ponencia añade que un concepto jurídico de patrimonio, al considerar en la determinación fáctica del perjuicio, únicamente la divergencia con aquello a que tiene derecho la víctima, basándose en sus deseos más que en un menoscabo económico, abandona toda relevancia patrimonial, para centrarse en la afectación de la libertad de disposición. *Ibid.* p.173. En relación con lo indicado, HERNÁNDEZ refiere, en un trabajo posterior, que para las posturas económicas y mixtas de patrimonio, el perjuicio consiste en la disminución del valor monetario del patrimonio. HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 205) p. 196. Este último autor se decanta por una perspectiva que permita la medición igualitaria e invariable, la que en materia de valor económico, sólo puede desempeñar el llamado “valor de cambio”, que por definición expresa un acuerdo intersubjetivo más o menos amplio, que permite objetivizar un valor de uso necesariamente subjetivo y variable. *Op. cit.* (nota 205). p. 215.

<sup>208</sup> Sobre el rescate de la dependencia del concepto de perjuicio, de la noción de patrimonio, GALLEGO SOLER. *Op. cit.* pp. 296 y ss. En el mismo sentido y aludiendo a la instancia legítima para la cuantificación, PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) pp. 73 y ss.; y 85 y ss. GUTIÉRREZ FRANCÉS denuncia la inconsistencia de abandonar una perspectiva económica para dotar de contenido al patrimonio, para luego olvidar tales planteamientos a la hora de determinar el perjuicio y recurrir a criterios económicos. Al efecto agrega que: “si en la definición de patrimonio no hemos estado sujetos a las reglas básicas de la economía de mercado, parece fuera de toda lógica apelar a ellas al tiempo de determinar el perjuicio”. *Op. cit.* p. 19.

objeto patrimonial determinado<sup>209</sup>. Según la definición que de éste último se adopte, han de extraerse las respuestas sobre el perjuicio mismo y su cuantificación; elemento base para determinar su penalidad.

De lo expuesto podría pensarse que el perjuicio típico exigido por la estafa consume gran parte del rol del bien jurídico en el mencionado delito, pero ello no es así, como pondremos de relieve en la segunda parte de este trabajo<sup>210</sup>. Sin perjuicio, precisemos aquí, junto a ASUA BATARRITA, que el concepto de patrimonio que se adopte, incide sensiblemente en el engaño idóneo para ocultar el carácter perjudicial del acto de disposición, en cuanto desvalor de acción en la estafa<sup>211</sup>. Y que en una aproximación más general, el bien jurídico patrimonio también gravita decisivamente, en la adscripción de la conducta del autor al significado del tipo legal de la estafa, en términos que el acto de disposición inconsciente de la víctima, sólo cobra relevancia penal, frente a su carácter riesgoso para el patrimonio.

RENDIMIENTO DE LAS POSTURAS MIXTAS. Descartada una aproximación jurídica pura a la noción de patrimonio<sup>212</sup>, pero también frente a la superación generalizada de

---

<sup>209</sup> Desde una perspectiva económica extrema de patrimonio, naturalmente coincidirán el valor monetario del objeto del que se ha dispuesto, con el valor monetario de la reducción del haber patrimonial. Pero, precisamente en la consideración de tal perspectiva como una de tantas disponibles, se confirma la diversidad de criterios imperantes a la hora de constatar la repercusión económica de la pérdida. Así, por ejemplo, en la senda de una postura personal, los proyectos que dotan de sentido a la relación de un sujeto para con los objetos, condicionarán el valor final económico. Ilustra aún más esta distinción, lo expuesto por BALMACEDA, siguiendo a GUTIÉRREZ FRANCÉS, para quien resulta discutible el criterio de la cuantía de la defraudación a la hora de determinar la penalidad del delito, porque “bajo una igualdad ante la ley aparente se encubre un tratamiento desigual en menoscabo de los más desposeídos económicamente”. *Op. cit.* (nota 201) p. 108.

Naturalmente, tal planteamiento convoca una variable adicional a la meramente económica, vinculada a una suerte de coeficiente de repercusión económica, fundado en la fuerza del patrimonio individual.

<sup>210</sup> *Vid. infra.* Apartado 2.1.2.

<sup>211</sup> ASUA BATARRITA. *Op. cit.* p 85.

<sup>212</sup> Surgida como propuesta dogmática de la mano de KARL BINDING y de recibo mayoritario en la jurisprudencia alemana de fines del siglo XIX, comprende al patrimonio como la suma o mero inventario de todos los derechos y obligaciones concernientes a un sujeto, reconocidos por las ramas constitutivas del Ordenamiento jurídico, con total independencia del valor de los objetos o servicios sobre los que tales derechos han de ejercerse o recaen. Luego, conforme tal predicamento, la estafa se traduce en su lesión de tales derechos o créditos, en cuanto elementos singulares cuya reunión conforma el patrimonio jurídicamente protegido por el Derecho penal. Bajo tal perspectiva, este último ámbito jurídico aparece como conformado por normas dirigidas al adjudicador de la sanción. En lo que nos interesa, tal propuesta descarta la protección de los pretendidos derechos emanados de negocios con objeto o causa ilícita, por

un concepto meramente económico del mismo<sup>213</sup>; las denominadas teorías mixtas o jurídico económicas, predominan en las formulaciones doctrinarias propuestas<sup>214</sup>. Y tal preponderancia también se refleja en las construcciones vertidas para la solución de los casos del rubro analizados en el presente trabajo. Naturalmente, el énfasis en lo que sigue viene puesto en tales argumentos.

Los postulados jurídico-económicos, metodológicamente, se construyen sobre la base de un predicamento económico al que se van agregando restricciones normativas que se concretan de muy diversa forma<sup>215</sup>, a fin de obviar contradicciones

---

tratarse de supuestos donde no puede apreciarse un derecho subjetivo amparado por las prescripciones del Derecho civil. Sobre su formulación, principales exponentes y críticas, destaca la síntesis de SCHLACK. *Op. cit.* pp. 263 y ss. BASCUÑÁN resalta que el criterio para determinar lesión al patrimonio corresponde a la “vulneración de las posibilidades de ejercicio de facultades jurídicamente garantizadas como derechos subjetivos sobre cosas o en relación a prestaciones”. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Delitos contra intereses instrumentales. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago, (I): (291-345), 2004, p. 291.

<sup>213</sup> Aunque no acusa una paternidad tan contrastada como la anterior, su recepción jurisprudencial tuvo lugar en Alemania desde fines del siglo XIX hasta las primeras décadas del XX. Los diversos planteamientos de esta corriente comprenden en la noción de patrimonio, bajo una perspectiva eminentemente descriptiva, todas aquellas posiciones a las que es posible atribuir un valor económico, sin consideración a su reconocimiento jurídico. Para luego, afirmada tal adscripción, establecer el valor del respectivo componente patrimonial, también conforme a criterios estrictamente económicos. De tal manera, se amplía el rubro de posiciones amparadas por la protección penal del patrimonio a aquéllas de carácter material, esto es, que denoten un poder fáctico de aprovechamiento, resultando indiferente su trasunto en derechos subjetivos, y más aún su rechazo por el Derecho. Sobre su rendimiento en la materia que nos convoca, particularmente ilustrativa resulta la sentencia del RGSt. 44, 230 de 14 de diciembre de 1910, que condenó por estafa al vendedor de polvos abortivos que resultaron ser inocuos, vendidos a un precio muy superior a su valor de mercado, sin otorgar relevancia alguna al hecho que las víctimas estaban perfectamente advertidas de la naturaleza ilícita del negocio que habían celebrado. Luego, la referida ampliación permite albergar como pretensiones tuteladas penalmente a título de estafa, aquéllas que adolecen de nulidad como las originadas en de los negocios inmorales o ilícitos, siempre que contengan un valor económico derivado del hecho de aparecer como posible su cumplimiento desde un punto de vista fáctico. Sobre su formulación, antecedentes jurisprudenciales, principales exponentes y críticas, destaca la síntesis de SCHLACK. *Op. cit.* p. 263 y ss. *Vid* también HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 197) p. 174; y BASCUÑÁN RODRÍGUEZ. *Op. cit.* p. 292.

<sup>214</sup> Así lo expresa HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 197) p. 174. En el mismo sentido GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 148. Sin perjuicio de la referencia del autor al mérito del concepto mixto, de cara a la exclusión del amparo a posiciones desvaloradas por el Derecho, el rendimiento de tal aproximación se extiende a diversos otros aspectos de señalada relevancia, como lo pone de manifiesto SCHLACK. *Op. cit.* p. 279 y ss. Al respecto, sólo por citar un ejemplo, en los límites jurídicos a las expectativas a que alude POLITOFF *et al.* *Op. cit.* p. 435.

<sup>215</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* pp. 150 y 151. Sin perjuicio de la alusión a posturas minoritarias de carácter jurídico-económico, que parten de la idea de los derechos subjetivos. *Ibid.* p. 150, n. marg. 217. Se trata de variantes de las teorías mixtas del patrimonio, denominadas como “neo jurídicas”, citadas por HERNÁNDEZ. Tales planteamientos ven en los

intrasistémicas<sup>216</sup> propias de una teoría económica extrema o pura. Se trata de garantizar la unidad del Ordenamiento jurídico, excluyendo del ámbito de protección propiamente penal, a aquellas posiciones desvaloradas por el Derecho<sup>217</sup>. En definitiva, la exigencia del reconocimiento jurídico, se opone a la relevancia meramente fáctica de la relación de poder que liga al sujeto con el bien, reclamada por la teoría económica<sup>218</sup>.

Las referidas teorías mixtas, corresponden a la posición hoy dominante en la doctrina alemana, así como en la española<sup>219</sup>. Veamos a continuación qué acontece en la doctrina nacional.

LAS FUENTES MATERIALES DEL DERECHO CHILENO. En el caso chileno, HERNÁNDEZ destaca la inexistencia de un panorama homogéneo, aludiendo a las obras de ETCHEBERRY, GARRIDO, YUBERO y MATUS/RAMÍREZ. Respecto del primero, indica que se inclina por una concepción jurídica en el tratamiento del perjuicio en las prestaciones unilaterales a título gratuito, pero recurre a rendimientos propios del concepto económico cuando niega el perjuicio en virtud de una compensación económica, y no advierte impedimento para apreciar perjuicio en la mera puesta en peligro del patrimonio y la protección de las meras expectativas. En GARRIDO, a la luz de sus opciones por el patrimonio como mera suma de objetos determinados, su rechazo a la protección de expectativas y sus reservas para aceptar la compensación económica del perjuicio, observa elementos que lo vinculan a una concepción jurídica de patrimonio, la que contrasta, sin embargo, con su negación de la relevancia de la causa ilícita en la consideración del perjuicio. Respecto de YUBERO y de

---

criterios jurídicos empleados por la teoría homónima (jurídica), la base misma del concepto de patrimonio, de la que se deriva la exigencia de un cierto reconocimiento jurídico positivo (en el sentido de afirmación expresa de pertenencia) de las posiciones integrantes del patrimonio. Y, además, rompen con la base metodológica misma de los planteamientos de raigambre jurídico-económica antes expuestos, en la medida que invierten el orden del examen en dos niveles, que atiende a una base económica sobre la que se aplican correctivos jurídicos. HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 205), en n. marg. 4 (p. 196). También en HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 197) en n. marg. 78 (p. 174). Lo anterior pese a que para algunos, la incorporación de elementos jurídicos permite reconocer lesiones patrimoniales “en términos jurídicos” como lo sería el menoscabo de la posición jurídica del sujeto pasivo respecto de la cosa. GUTIÉRREZ FRANCES. *Op. cit.* p. 16.

<sup>216</sup> La alusión viene formulada a la exigencia de coherencia del Orden jurídico, de manera que, en la materia que nos convoca, se aspira a privar de tutela penal a posiciones que el Derecho privado desapueba.

<sup>217</sup> Cfr. HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 197) p. 175. SCHLACK. *Op. cit.* p. 278

<sup>218</sup> CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* p. 68.

<sup>219</sup> Con referencias a la doctrina alemana SCHLACK. *Op. cit.* pp. 278 y ss. Sobre la española CHOCLÁN. *Op. cit.* en n. marg. 137 (p. 68).

MATUS/RAMÍREZ; HERNÁNDEZ advierte la adscripción de ambos a un concepto económico-jurídico de patrimonio, en la medida que adoptan un punto de partida económico, cuyos alcances limitan al excluir de la protección penal las situaciones expresamente reprobadas por el Derecho<sup>220</sup>.

Desde que las observaciones formuladas por HERNÁNDEZ, en relación con la manualística nacional, se fundan en las opiniones que cada autor mencionado ha expuesto sobre los hitos relevantes que delimitan las nociones de patrimonio expuestas, las compartimos plenamente.

Ahora bien, el propio HERNÁNDEZ, se decanta para el Derecho chileno por una postura que, sin explícita adscripción a una construcción teórica en particular, se basa en un concepto objetivo de patrimonio y perjuicio. No obstante, tal constatación lo sitúa necesariamente en una postura con base económica, por su explícito distanciamiento de cualquier aproximación que contemple en la determinación del perjuicio las necesidades, objetivos o preferencias subjetivas de defraudado<sup>221</sup>.

A diferencia de HERNÁNDEZ; acusadamente BALMACEDA participa de una postura jurídico económica de patrimonio<sup>222</sup>. En relación con el ámbito particular en que juegan sus planteamientos sobre los constreñimientos jurídicos, aplicados a una base económica, volveremos más adelante.

Respecto de la posición de POLITOFF *et al*, que hemos referido detalladamente *supra*, tanto en el Apartado 1.3. y en la exposición inicial del presente, a nuestro juicio

---

<sup>220</sup> HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 197). pp. 174 y 175, con referencias a ETCHEBERRY en n. marg 79; a GARRIDO en n. marg. 80; a YUBERO en n. marg. 81 y a POLITOFF *et al* en n. marg 81.

<sup>221</sup> El autor funda su postura objetiva, con acento en el valor de cambio de los bienes involucrados, en el “principio del saldo contable”, y consecuente rechazo a las perspectivas personales o funcionales de patrimonio; en la tipificación del delito de aplicación pública diferente del Art. 236 CP. Expresa que se tipificó el mero peligro abstracto, porque la lesión al patrimonio estatal, ya estaba prevista en los delitos de malversación o fraude, de tal manera que la frustración de fines económicos, no es perjuicio patrimonial. Argumentando sobre el delito referido, aduce que importa un modo excepcional de represión, circunscrito al ámbito público, de manera que, de su previsión específica para el ámbito del patrimonio público, se concluye que se trata del castigo excepcional de una conducta en general atípica, esto es, que en el ámbito del patrimonio privado constituye una conducta penalmente irrelevante. HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 205) pp. 196, 199, 270, 209, 215 y ss.

<sup>222</sup> “En este entorno, somos partidarios de las teorías mixtas jurídico-económicas, con un indiscutible punto de partida económico, despojando del ámbito de protección únicamente a aquellas perspectivas que no son valoradas por el Derecho”. BALMACEDA. *Op. cit.* (nota 201) p. 109. Previamente, con la misma expresión en, BALMACEDA H., Gustavo y FERDINAND P. Michael. *Op. cit.* (nota 70) p. 189.

revela la adscripción a una postura mixta, que reclama la mera ausencia de reprobación del Derecho como constreñimiento jurídico. En la faz económica destaca, entre otros rubros, la admisión de la compensación a la hora de excluir el perjuicio<sup>223</sup>, su tolerancia en forma de peligro, que pugna con una postura jurídica pura<sup>224</sup>, la relevancia de la nota económica de los bienes que conforman el patrimonio, y la inclusión de las expectativas legalmente fundadas<sup>225</sup>. Y en lo normativo, pone de relieve que la reprobación jurídica expresa de la expectativa que asiste al ladrón, en orden a que no le sea sustraído el botín por el copartícipe en el delito, lo priva de protección penal por el tipo de la estafa<sup>226</sup>. En materia de negocios de contenido ilícito, como se indicó, el autor citado advierte que el límite para estimar defraudación a título de estafa en los casos de servicios ilícitos impagos, corresponde a que la prestación no se encuentre reprobada por el Ordenamiento jurídico, pero sólo al extremo de entrañar un delito<sup>227</sup>. Ahora bien, como hemos puesto de relieve, la exclusión de los supuestos delictivos cede en el caso del pago por servicios incumplidos, donde el autor admite la estafa fundado en el Art. 469 N° 5 del CP<sup>228</sup>. Esta última postura, que comprende, además, el supuesto de causa ilícita no delictiva del Art. 470 N° 7 del CP., corresponde a un argumento de texto de recurrente empleo en la manualística nacional, a favor de una concepción económica, que aboga por el reconocimiento en nuestro Derecho de las estafas en negocios con causa ilícita. Sobre las propuestas formuladas en tal sentido, nos remitimos a lo ya expresado detalladamente en este trabajo<sup>229</sup>.

En lo concerniente a la jurisprudencia chilena, la opinión de HERNÁNDEZ postula la ausencia de una línea clara, advirtiendo sólo sentencias aisladas que resuelven cuestiones concretas en un sentido u otro<sup>230</sup>. Funda su opinión en algunos fallos, uno de los cuáles, por comprender un caso de aquéllos sobre los que versa este trabajo, exige particular atención. Los hechos del mismo corresponden a los siguientes: un funcionario fiscalizador del Servicio de Impuestos Internos, ejerciendo las labores

---

<sup>223</sup> POLITOFF *et al.* *Op. cit.* p. 434.

<sup>224</sup> POLITOFF *et al.* *Op. cit.* p. 435.

<sup>225</sup> *Ibid.*

<sup>226</sup> POLITOFF *et al.* *Op. cit.* pp. 416 y 438.

<sup>227</sup> POLITOFF *et al.* *Op. cit.* p. 440.

<sup>228</sup> POLITOFF *et al.* *Op. cit.* p. 431.

<sup>229</sup> *Vid. supra.* Apartado 1.3. y críticas en 1.4.2.

<sup>230</sup> HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 197) p. 175 y ss.

propias de su cargo respecto de la Sociedad B.L., informó a ésta haber advertido una situación tributaria que la obligaba al pago de ingentes sumas por concepto de impuestos, muy superiores a las que correspondía de efectuarse una correcta determinación del tributo. El funcionario en referencia ofreció a los ejecutivos de la compañía objeto de fiscalización, reducir considerablemente el monto de sus obligaciones tributarias, lo que se traduciría únicamente en ajustarla al tributo que debía ser enterado conforme su determinación regular. Los ejecutivos de la empresa aceptaron proporcionarle dinero por tal prestación, el que luego no entregaron, procediendo a denunciar los hechos<sup>231</sup>.

En resolución de 21 de noviembre de 1972, la Corte Suprema<sup>232</sup>, sostuvo que se trató de una maquinación para simular un tributo que no se debía y mediante tal maquinación obtener una dádiva del contribuyente, en beneficio personal, con el objeto de aparentar que el monto del impuesto se reducía mediante el empleo de influencias. Luego, expresa el fallo, que se confabularon los autores para crear una apariencia engañosa con el objeto de obtener dinero de la firma afectada, lo que configura el delito de estafa, ya que mediante tal engaño perseguían recibir una dádiva que no llegó a entrar al patrimonio de los reos por causas ajenas a su voluntad. Por consiguiente, concluye el fallo, que se encuentra tipificado el delito de estafa en grado de frustración<sup>233</sup>.

El análisis de HERNÁNDEZ respecto de la aludida sentencia, pone de relieve la circunstancia que, pese a tratarse la contraprestación que el empresario fiscalizado no

---

<sup>231</sup> *Vid. supra.* nota 4, parte final.

<sup>232</sup> Desestimando recursos de casación en el fondo deducidos en contra de la sentencia de segundo grado, que revocó aquella librada en primera instancia y condenando a los inculcados J.G.C. y S.R.Q.B. como autores del delito frustrado de estafa descrito en el artículo 473 CP., en perjuicio de la compañía B.L., con declaración que los inculcados J.G.C. y S.R.Q.B. quedaban condenados como autores del mismo delito, perpetrado en el mismo grado de desarrollo. La sentencia de primer grado había resuelto condenar a J.G.C. y S.R.Q.B. como autores del delito de exacción ilegal, previsto en el artículo 157 CP., y absolver a los acusados L.H.M.T. y R.T.S. por el mismo hecho.

<sup>233</sup> El considerando 8° expresa: "(...) Lo que perpetraron fue una maquinación, una apariencia engañosa de que el perjudicado podría encontrarse afecto a una situación tributaria que no existía, esto es, usaron de un engaño no comprendido en los preceptos citados (467 y 468 CP.), sino del que tipifica la figura delictiva de la estafa genérica que contempla el artículo 473 (...)".

recibió de un delito –probablemente una tentativa de cohecho o cohecho consumado– ello no fue obstáculo para apreciar perjuicio, de haberse pagado la dádiva<sup>234</sup>.

Sobre el carácter oscilante de la jurisprudencia nacional, HERNÁNDEZ alude a la sentencia de la Corte Suprema, de 20 de Mayo de 1968, que condenó por estafa, entendiendo que el perjuicio en materia de títulos de crédito recién tiene lugar cuando se desembolsa el dinero, más no cuando surge la obligación de pagar el monto de la defraudación. Claramente aquí se trata de una postura jurídica extrema, que no ve perjuicio en el aumento del pasivo en el patrimonio, sino más bien entiende que el dinero entregado es “subrogado” por un crédito a favor del acreedor en su patrimonio, pese a la irrealidad en el cobro del mismo<sup>235</sup>.

También rescatando una postura jurídica extrema, alude a la sentencia de la Corte Suprema de 12 de Septiembre de 1957 que, en el caso de un crédito para cuyo cobro se cuenta con acción ejecutiva, pero que por maniobras fraudulentas las expectativas de cobro se ven limitadas a la vía declarativa ordinaria, razona desestimando la concurrencia de estafa, sobre la base de que “la mayor protección que signifique un determinado procedimiento para perseguir el cumplimiento de una obligación, no constituye una lesión al patrimonio”. Para HERNÁNDEZ, bajo una perspectiva meramente económica, ha mediado perjuicio, desde que en la mayor parte de los casos, de carecer de la vía ejecutiva, solo resta una auténtica quimera jurídica<sup>236</sup>.

Ahora bien, en la senda de una postura declarada como jurídica, conviene citar la sentencia de la Corte Suprema de 26 de Julio de 2004<sup>237</sup>, en la que se condenó por el delito de estafa regulado en el Art. 470 N° 8 del CP. En síntesis los hechos correspondían a la defraudación cometida en perjuicio de una municipalidad, respecto del otorgamiento de una boleta bancaria de garantía inexistente, en el proceso de licitación para la construcción de una escuela, por parte de quien se adjudicó la realización de la obra y recibió el dinero para llevarla a cabo. Frente a la ejecución

---

<sup>234</sup> HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 197) p. 176.

<sup>235</sup> HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 197) pp. 177 y 178, y en nota marg. 86.

<sup>236</sup> HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 197) p. 179.

<sup>237</sup> Poder Judicial de la República de Chile, [en línea]. Santiago, Chile, información de causas.  
<[http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA\\_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAQAAAXCbAAG&consulta=100&glosa=&causa=1466/2003&numcua=13327&secre=UNICA](http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAQAAAXCbAAG&consulta=100&glosa=&causa=1466/2003&numcua=13327&secre=UNICA)>  
[consulta: 10 Mayo 2011].

defectuosa de la obra y la inexistencia de garantías, la sentencia estima que el perjuicio requerido por el delito de estafa, es de carácter jurídico, en la medida que la municipalidad experimentó un perjuicio jurídico, en tanto vio disminuidos los recursos de que podía disponer para la efectiva y completa realización de las obras a cuya correcta ejecución estaban afectados los dineros procedentes, de haberse hecho efectiva la boleta de garantía, con independencia de si ellos eran de propiedad del agente o de la municipalidad.

En tal razonamiento se aborda erradamente como jurídico el perjuicio en tanto puesta en peligro del patrimonio municipal, con una clara vertiente económica, en la medida que la garantía constituida no era tal: el perjuicio se produce al disponer la municipalidad patrimonialmente por engaño, en un contexto de fragilidad de las garantías exigidas para la ejecución de las obras por las que pagó, en la errada comprensión del pleno vigor de aquéllas. Una apreciación jurídica, como la que invoca la sentencia, al igual que en el fallo de 12 de Septiembre de 1957 antes citado, habría llevado a estimar que la inexistencia de garantías se traduce en la necesidad de hacer efectiva la garantía patrimonial universal prevista en el Art. 2465 del CC., mediante las acciones ordinarias pertinentes, no apreciando perjuicio para los efectos del delito de estafa.

También se representa el diagnóstico apuntado por HERNÁNDEZ respecto de la jurisprudencia nacional, si se atiende a la sentencia de la Corte Suprema de 06 de enero de 2011, dictada en causa rol 2698-2009. El fallo aborda el tema del perjuicio en las prestaciones unilaterales. Los hechos corresponden a que diversos representantes de ventas de un laboratorio, por un lapso de nueve meses, reiteradamente retiraron a bajo precio medicamentos de la empresa y los desviaron de su destino comercial, correspondiente a instituciones de beneficencia y sin fines de lucro, a las que el laboratorio referido vendía a costo inferior. En definitiva, la decisión absolutoria adoptada, reposa en la ausencia de perjuicio, desde que las ganancias futuras que pudo obtener el laboratorio al vender los medicamentos a precio regular, no satisfacen la exigencia de tratarse de un perjuicio efectivo. Aduce el fallo que tal efectividad pudo verificarse de haber quedado el laboratorio desprovisto de medicamentos para la venta, en la medida que el desvío del destino de aquéllos dirigidos a instituciones de caridad, sólo aparece como un aumento de demanda de medicamentos por un sector al que se

beneficiaba con un precio menor. Finalmente agrega que, al no resultar probado que los terceros adquirentes de medicamentos a precio normal ofrecidos por los agentes de venta implicados, hubiesen sido compradores a precio de mercado del laboratorio, de suprimirse la actividad de estos últimos, surge una duda razonable respecto de aquel evento de utilidad<sup>238</sup>.

Más allá de descartar cualquier aproximación a los fines o propósitos de la víctima, claramente conocidos por los agentes de venta de medicamentos, el fallo restringe el concepto económico de patrimonio y perjuicio, limitando las expectativas a una cuestión que debe acreditarse en términos rayanos a un contrato preparatorio, vale decir, un nivel de certeza que establezca una auténtica interposición de los agentes respecto de una negociación probada en cuanto a sus elementos fundamentales: precio, mercancías, comprador y vendedor.

GRADUALIDAD DEL COMPONENTE JURÍDICO DE LAS POSTURAS MIXTAS. Retomando el análisis teórico, más allá de la pertenencia a un género común de todas las denominadas teorías jurídico económicas de patrimonio, el contenido e intensidad de los capítulos normativos de exclusión de posiciones valorables económicamente, permiten graduar las posturas. Se alude, para graficar tal divergencia, a “cierto” reconocimiento jurídico de las posiciones atacadas, exigido por las posturas mixtas, significando la variabilidad de las propuestas limitativas de los criterios económicos.

Sobre las propuestas de graduación formuladas de cara a obtener soluciones diferenciadas<sup>239</sup>, el primer peldaño concierne a las tesis que afirman la protección penal a título de estafa de las posiciones económicas que entrañan derechos subjetivos. El segundo exige la protección del Ordenamiento jurídico; el tercero, reduce el baremo, reclamando solamente la aprobación del referido Ordenamiento; y el cuarto nivel se contenta con demandar la ausencia de desaprobación por el Derecho.

Como se comprende de su mera enunciación, tales propuestas de corrección normativa, atienden a la intensidad variable de los límites impuestos por las vertientes

---

<sup>238</sup> Poder Judicial de la República de Chile, [en línea] Santiago, Chile, información de causas.  
<[http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI\\_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAyAAB1VGAAAD&consulta=100&glosa=&causa=2698/2009&numcua=884&secre=UNICA](http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAyAAB1VGAAAD&consulta=100&glosa=&causa=2698/2009&numcua=884&secre=UNICA)>  
[consulta: 10 Mayo 2011].

<sup>239</sup> En lo sucesivo del análisis, seguiremos la exposición de GALLEGO SOLER. *Op. cit.* pp. 151 y ss., particularmente en p. 166.

extra penales del Ordenamiento (Derecho privado y en alguna medida el Derecho público) a la faz económica del patrimonio y el perjuicio, propugnados desde el Derecho penal. Y en tal sentido, presuponen la satisfacción, en medida variable, del principio de “Unidad del Ordenamiento Jurídico”, esto es, que el Derecho penal no puede emanciparse de las reglas fundamentales sobre la validez o eficacia de las situaciones en cuestión<sup>240</sup>.

Naturalmente, la primera propuesta referida (concretización en derechos subjetivos), poco aporta a superar las críticas que llevaron al descrédito a la posición jurídica pura<sup>241</sup>, de manera que entre las restantes se debaten las opiniones doctrinarias de mayor acogida<sup>242</sup>.

El segundo planteamiento, (exigencia de protección jurídica), erradica del patrimonio tutelado penalmente, a todas las posiciones que no cuentan con amparo extra penal, haciendo total abstracción del motivo de ineficacia fraguado el seno de las ramas constitutivas del Ordenamiento.

Los niveles tercero y cuarto, se refieren a situaciones que el Ordenamiento en su conjunto, no considera antijurídicas, tanto por encontrarse éstas comprendidas o contempladas en alguna regulación determinada, como por no aparecer expresamente proscritas por la regulación extra penal. Estas posturas, que bien pueden vincularse a mandatos imperativos (de requisitos) o prohibitivos<sup>243</sup>, permiten albergar señaladas distinciones en esta materia, que se relacionan con la intensidad del motivo de reprobación jurídica. Tales diferencias miran también a la satisfacción del principio de la unidad del Orden jurídico, en la medida que estiman presente un objeto merecedor

---

<sup>240</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* pp. 167 y 168. Tal principio, correctamente entendido, implica que el Ordenamiento debe valorar idénticos objetos en idéntico contexto, siempre según los mismos principios, aun cuando se trate de diversas ramas jurídicas. De lo contrario, la contradicción valorativa debe resolverse según los principios generales de interpretación. Al respecto *Vid.* JAKOBS, Gunter, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos de la Teoría de la Imputación. 2ª edición corregida, Editorial Marcial Pons, Madrid 1997, p. 423.

<sup>241</sup> Relativas al excesivo angostamiento del ámbito de protección, al excluir posiciones de relevancia para el tráfico jurídico que no adoptan la forma de un derecho subjetivo, tales como la clientela en el supuesto de un establecimiento de comercio

<sup>242</sup> Cfr. SCHLACK. *Op. cit.* pp. 278 y ss.

<sup>243</sup> Lo que se intenta significar es que la reprobación puede surgir porque las situaciones reconocidas no se adecuan a las prescripciones que las regulan, infringiendo requisitos o exigencias, o bien porque se encuentra prohibidas.

de la protección penal patrimonial, en los casos en que el Derecho civil le reconozca algún nivel de eficacia.

En una primera concreción, se trata de reconocer que las reglas de la nulidad tutelan intereses diversos; contexto en el cual, no estaría justificado, según los principios de subsidiaridad y fragmentariedad, que una conducta resulte ser penalmente relevante cuando pueda ser subsanada extrapenalmente. El rendimiento de tal argumento se obtiene apreciándolo desde su envés: lo que no estaría justificado es dejar de dispensar protección penal a elementos patrimoniales obtenidos mediante un negocio meramente anulable, precisamente en la medida en que el propio Derecho civil articula mecanismos jurídicos para subsanar tal reparo<sup>244</sup>. Tal es la postura de SAMSON<sup>245</sup>, para quien lo relevante a la hora de enfrentar la corrección normativa en las situaciones de no desaprobación, o incluso en que se requiere la aprobación jurídica<sup>246</sup>, es la eficacia jurídica del negocio, de modo que integrarían el patrimonio algunos negocios nulos en la medida en que sean eficaces, tales como los casos de nulidades parciales, o negocios anulables. Reiteremos que esta tesis sirve adecuadamente al principio de unidad del Orden jurídico en que se fundamentan las restricciones propias de una aproximación jurídica, en el sentido que si el elemento patrimonial respectivo tiene algún efecto para el Derecho civil, el Derecho penal debe dispensarle protección.

En tales condiciones, las propuestas que demandan la protección del Orden jurídico, no discriminan el motivo de ineficacia en el caso de las obligaciones nulas<sup>247</sup>, pero las que se limitan a exigir la mera aprobación jurídica o la ausencia de desaprobación, distinguen el origen de la nulidad que afecta la obligación, afirmando la protección jurídica respecto de la infracción a requisitos formales o a normas sobre

---

<sup>244</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 169.

<sup>245</sup> Citado por GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 170, con referencia en n. marg. 322 y 323

<sup>246</sup> Entendamos que en esta óptica, la referencia viene formulada a las situaciones en que no se dispone una privación de efectos expresa por alguna rama constitutiva del Ordenamiento, o en que aquélla sanción está expresamente contemplada.

<sup>247</sup> Particularmente ilustrativa la referencia de ALESSANDRI BESA, citando a ORTÚZAR ESCOBAR, Enrique; en cuanto indica que: "La sanción (...) sólo nos interesa en su aspecto civil y en este sentido consiste en una mayor o menor negación de protección o reconocimiento jurídico de aquéllos actos disconformes con los preceptos de la ley (...). ALESSANDRI BESA. Arturo. *Op. cit.* p. 21.

capacidad de ejercicio, pero negándola respecto de motivos fundados en la contrariedad a la ley o a la moral y a las buenas costumbres<sup>248</sup>.

Otra diferencia de relevancia entre las posturas segunda, en relación a las tercera y cuarta, entronca aún más con el objeto de nuestro análisis: en materia de negocios con contenido ilícito, también se opera mayoritariamente con una distinción fundada en el pago con “buen dinero”, afirmando consecuentemente la protección penal a título de estafa, en los casos de pago seguido de la no realización de la prestación ilícita, pero negándola en los casos de ejecución de aquella, no seguido del pago<sup>249</sup>.

Finalmente, no podemos soslayar dos corrientes que, en el concierto de las teorías mixtas de patrimonio, radicalizan las posturas situadas en el extremo de menor control jurídico a que hemos aludido, cuya consideración resulta ineludible por tratarse de autores o referencias incluidas en las monografías sobre la estafa, de relevancia en nuestra dogmática o pertinentes para el análisis sucesivo.

La primera concierne a los planteamientos expuestos en nuestro medio por BALMACEDA y FERDINAND<sup>250</sup>, quienes, adscribiendo a una teoría mixta jurídico-económica de patrimonio, excluyen de tutela jurídica únicamente a las posiciones económicas desvaloradas por el derecho<sup>251</sup>. Pero, enfocando el problema en términos positivos o de inclusión; predicen la protección del derecho concurriendo el umbral mínimo de una “apariencia jurídica”, y no el baremo superior de un reconocimiento jurídico efectivo, toda vez que el Orden jurídico prohíbe, por regla general, las vías de hecho en la solución del conflicto, debiendo recurrirse a la jurisdicción<sup>252</sup>. Como puede apreciarse, se va más allá de la no desaprobación reclamando únicamente la apariencia, o bien asimilando la apariencia al reconocimiento según los predicados de GUTIÉRREZ FRANCÉS<sup>253</sup>. En fundamento de sus planteamientos, BALMACEDA y FERDINAND acuden a la proscripción de la autotutela, desde que basta con que el bien

---

<sup>248</sup> SCHLACK. *Op. cit.* pp. 282 y 283.

<sup>249</sup> En relación con la dogmática alemana *vid.* SCHLACK. *Op. cit.* p. 283 y 284.

<sup>250</sup> BALMACEDA y FERDINAND. *Op. cit.* (nota 70) *passim*.

<sup>251</sup> Cfr. TIEDEMANN, Klaus: “§ 263” en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo IV, Berlin, De Gruyter Recht., 1999, NM 132, citado por BALMACEDA y FERDINAND. *Op. cit.* en n. marg. 18.

<sup>252</sup> BALMACEDA y FERDINAND. *Op. cit.* p. 189.

<sup>253</sup> GUTIÉRREZ FRANCÉS, Ma. Lúz. *Fraude informático y estafa*. Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 222.

jurídico posea un cierto reconocimiento, aún provisional, como sucede con las cosas que se poseen antijurídicamente”<sup>254</sup>. En tales términos, afirman la inclusión en el patrimonio de los bienes obtenidos de forma antijurídica, siempre y cuando dicha antijuridicidad no constituya un injusto penal, e inclusive en este último caso, aceptando que formarán también parte del patrimonio aquéllos bienes en los supuestos de prescripción del delito en cuestión<sup>255</sup>.

Si bien es cierto que el postulado antes expuesto se vincula más directamente a los supuestos de “objeto poseído antijurídicamente”, a cuyo tratamiento dogmático nos hemos referido *supra*, en el *excurso* incluido en este Capítulo. En lo que respecta al objeto de nuestro análisis, su consideración aparece pertinente en la medida que incide en el ámbito de las exigencias a que se subordina, en general, la protección penal patrimonial respecto de expectativas de contenido ilícito.

Como puede fácilmente advertirse, el postulado de BALMACEDA y FERDINAND, reconoce como antecedente el planteamiento que en su momento propugnó BAJO FERNÁNDEZ, en lo concerniente a la lesión al patrimonio que supone el comportamiento arbitrario de propio pago, esto es, el hecho que el acreedor, al margen del ejercicio de las acciones pertinentes para obtener la prestación debida, se apodere de bienes de su deudor<sup>256</sup>.

También en la senda de limitar los constreñimientos jurídicos transitan los planteamientos de FRANK ZIESCHANG, quien fundado en la necesidad de adecuar la totalidad del sistema normativo al parámetro valorativo que encarna la Constitución política, aplicable a todas las ramas del Orden jurídico, sostiene que sólo pueden integrarse al patrimonio los bienes económicos de un sujeto que le corresponden sin contradicción con el sistema de valores plasmado en el texto constitucional. En tales términos, la referencia a la no contradicción jurídica exigida por sus planteamientos, se

---

<sup>254</sup> BALMACEDA y FERDINAND. *Op. cit.* en n. marg. 19.

<sup>255</sup> *Ibid.*

<sup>256</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Op. cit.* (en nota 150) *passim*. Al respecto, explícitamente sobre la apariencia en la noción de patrimonio a la que adscribe indica: “La concepción económica tiene el defecto de su excesiva amplitud que la hace perder practicabilidad. ANTÓN ONECA puso de relieve acertadamente que los partidarios de la concepción económica siempre acaban haciendo referencia a restricciones jurídicas. Nos adherimos por ello a la concepción mixta partiendo de la base de que pertenece al patrimonio todo bien de carácter económico mientras revista una apariencia jurídica”. *Op. cit.* p. 146.

obtiene del contraste con el sistema de valores corporeizado en la Carta magna, respecto del que las conductas delictivas entran en franca colisión<sup>257</sup>.

LO ACERTADO Y CUESTIONABLE DEL CRITERIO EN ANÁLISIS. Las líneas que anteceden, han perfilado el contexto general de la doctrina expuesta en nuestro medio por POLITOFF *et al.* Tal propuesta, que recurre como criterio dirimente para la determinación de la tutela pena en la estafa, al contraste con el Orden jurídico de la expectativa comprometida en un negocio de contenido ilícito; dista mucho de comprender al bien jurídico patrimonio como una realidad propia del mundo ontológico. Tal perspectiva, por la mayor o menor presencia de restricciones normativas que consulta, juega en el ámbito propio de una comprensión deóntica del objeto jurídico del delito de estafa: en definitiva, sólo satisfechas determinadas exigencias impuestas por el Orden jurídico, estaremos ante una perturbación del bien jurídico.

Conforme se expondrá en la segunda parte de este estudio, suscribimos en plenitud tal comprensión acerca del “deber ser” del bien jurídico en mención, como condición de su amparo penal<sup>258</sup>, pero teniendo para ello en consideración, dos grandes divergencias que nos separan respecto del planteamiento del autor mencionado y referentes españoles en que éste basa sus asertos.

La primera diferencia concierne a que, bajo nuestro entender, la gravitación de los criterios que dotan de contenido y delimitan al bien jurídico protegido por el delito de estafa, deben ser considerados al momento de determinar si la conducta engañosa puede ser estimada como penalmente prohibida, solo para que, posteriormente, proceda resolver la imputación del resultado de perjuicio patrimonial a ésta. En efecto, previamente a preguntarnos sobre la verificación del resultado y su vinculación causal, debemos atender a los “filtros” que han de auxiliarnos en la interpretación del tipo legal

---

<sup>257</sup> Citado por GALLEGU SOLER. *Op. cit.* en n. marg. 259 y siguientes (pp. 156 y 157). Ahora bien, GALLEGU SOLER califica a esta postura como más restrictiva, en relación con las tesis mayoritarias mixtas imperantes en la dogmática española, que se limitan a exigir la ausencia de contrariedad con el Ordenamiento jurídico en general. GALLEGU SOLER. *Ibid.* en n. marg. 663 (p. 276).

<sup>258</sup> Con base en los planteamientos de FRISH, estimamos irrelevante por sí sólo el dato naturalístico en la determinación del menoscabo para el bien jurídico, cuando no alcanza a ser expresión del resultado propio del injusto del respectivo delito resultativo, obtenido de los límites a la libertad recíproca de los coasociados. FRISH, Wolfgang y ROBLES PLANAS, Ricardo. Desvalorar e imputar. 1ª ed., Barcelona, Ed. Atelier, 2004, p. 46. En un sentido análogo se pronuncia ROBLES PLANAS, descartando la relevancia de la naturaleza meramente óntico-formal del bien jurídico, como dato suficiente para afirmar la incorrección de una conducta. *Íd.* p. 104.

del delito de estafa, para determinar la relevancia penal, en cuanto típica, de la conducta del sujeto activo. Sólo frente a la superación de tales baremos, cabe al intérprete inquirir sobre la ligazón causal de la conducta para con el resultado de menoscabo económico<sup>259</sup>.

Precisemos que, en modo alguno apuntamos a soslayar el rendimiento del bien jurídico obtenido desde la noción de resultado a que se arrije respecto del delito de estafa, particularmente de cara a su relevancia para estimar si estamos frente a una

---

<sup>259</sup> En términos generales, como expresa FRISCH, se trata de la determinación del círculo de conductas posiblemente lesivas, reconocidas como tales bajo una perspectiva de reciprocidad de los coasociados, en términos que el propio afectado por la limitación a su libertad, las aceptaría como inhibición de la conducta propia y de los demás. El autor expresa que la determinación de la conducta, da cuenta de una valoración previa, atinente a los motivos en que reposa su desaprobación jurídica, para cuyos efectos interesa la relación de la concreta conducta con el Derecho. Esta relación, enfrenta al comportamiento enjuiciado con el baremo abstracto que ofrece el programa del Orden jurídico. En definitiva, se trata de la índole de las relaciones jurídicas entre los individuos, la amplitud y las fronteras de la libertad, que se articulan en el horizonte del ámbito de lo prohibido bajo pena por el tipo. FRISCH añade que los mencionados contenidos jurídicos, diversos de las reglas de imputación, son el baremo que, por preexistir a la persona, se encuentra al servicio de la orientación de su conducta. Y agrega que una concepción que convierta todas estas cuestiones en problemas de imputación, confundiría aspectos relativos a la constitución del Derecho y la discrepancia de una determinada conducta con el Ordenamiento penal, con cuestiones relativas a la auténtica imputación. La importancia del punto radica, según expresa, en que los principios y reglas que rigen una y otra cuestión, son absolutamente divergentes. En los límites de la libertad individual, se trata de llevar la libertad de unos con la libertad y bienes de los demás, según una ley general, a una relación aceptable por todos los participantes. Acota que, en este último ámbito, la idea es situar la juridicidad o idea de Derecho en primera fila, destacando que una conducta injusta es una conducta que ante todo lesiona el Derecho en la medida que excede los límites recíprocamente constituidos y jurídicamente garantizados de la libertad. Sobre los problemas de imputación del resultado, indica que se trata de desplazarse a la pregunta acerca de la causalidad. En síntesis, para FRISCH, la dilucidación de primer orden compete a asentar la corrección o incorrección de conductas desde el punto de vista del Derecho, para fines sistemáticos, pero particularmente para honrar a la pena como reacción frente al quebrantamiento del Derecho, afianzando las valoraciones referidas a la conducta, antes que como respuesta a la lesión o peligro de un bien jurídico imputable a alguien. Sobre tales planteamientos, ROBLES PLANAS enfatiza que el juicio sobre la tipicidad objetiva de una conducta no es, primariamente, un juicio de imputación, si no que de desaprobación: se trata de determinar la presencia de un riesgo desaprobado, desde la extensión y límites de la libertad jurídicamente reconocida; cuestión que puede discutirse cuando aún los problemas de imputación no interesan en absoluto. El último exponente citado precisa que, la separación lógica y temporal de ambos juicios, se ve superada en importancia por el peso de su diferenciación a la hora de estimar racionalmente legitimada la imposición de la pena. Tal gravitación radica en que la pena se impone como consecuencia de un abuso de la libertad jurídicamente garantizada mediante normas de conducta aceptadas recíprocamente, de manera que, limitado el asunto a una cuestión de imputación, “se corre el peligro de perder el diálogo con la libertad del concreto afectado por la amenaza de la pena”. FRISCH, Wolfgang y ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.* pp. 41; 44; 62; 66; 67; 85; 86 y 98.

conducta con potencialidad causal para su producción<sup>260</sup>. Más bien, de lo que se trata, es de la ineludible cuestión previa de afirmar o descartar, a la conducta misma, como prohibida por la norma dirigida a orientar el comportamiento del ciudadano<sup>261</sup>. En este ámbito, la inobservancia de la norma de conducta, traza el punto de partida desde el que cabe preguntarse por la relevancia de la perturbación del bien jurídico, en cualquiera de los sucesivos niveles de imputación propiamente tales, inclusive la imputación del resultado<sup>262</sup>.

Así, a nuestro juicio, resulta ineludible identificar la categoría específica de la teoría del delito, de la que se obtiene la desaprobación o la indiferencia de la conducta para el Derecho penal, bien sea, respectivamente, por su potencialidad lesiva o por su nula incidencia para acarrear el resultado de lesión al bien jurídico. Se trata, en el

---

<sup>260</sup> Para FRISCH, la indisolubilidad que aprecia ROXIN entre ambas categorías, sólo es correcta en el sentido que, para apreciar un delito de resultado consumado, una conducta a todas luces típica debe haber producido un resultado que le sea imputable. Como acertadamente precisa ROBLES PLANAS, no se trata en modo alguno de desconocer el papel del contenido del Derecho que emana de la ponderación que determina el alcance de lo prohibido bajo pena, en el marco de la imputación de consecuencias, “imprimiéndole un carácter material y sistemático, pero sin que por ello, se convierta en un problema de imputación”. Al efecto el autor refiere que la existencia de una conducta desaprobada como necesaria para, en definitiva, imputar el resultado, es tan sólo un “efecto secundario” de la tipicidad de la conducta en el nivel de la imputación: no es más que una expresión o emanación de aquél peligro creado por la conducta. FRISCH, Wolfgang y ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.* pp. 63; 67; 84 y 86

<sup>261</sup> Destacando el carácter previo del juicio de desaprobación de la conducta que satisface los criterios de la desvaloración típica, para ROBLES PLANAS, cuando no se da una conducta desaprobada, lo que falta es una conducta prohibida; no se está ante un problema de imputación de resultado, sino ante la ausencia de una conducta típica en el sentido de los tipos de resultado. Para que esta se dé, es necesario que la conducta implique un determinado riesgo desaprobado y si ello no sucede, lo que falta es un requisito de la conducta exigida en todos los tipos de delitos de resultado consumados. Pero -sostiene el autor- si se ha llegado positivamente a la conclusión aludida (desaprobación), simplemente se trata de aclarar “si el resultado es manifestación de aquélla conducta típica ya definida o, por el contrario, lo es de otra, que a su vez puede ser típica o estar permitida (como en los supuestos de relevancia de la conducta de la propia víctima autorresponsable) o de un riesgo general de la vida, o bien, de un riesgo general de la vida o permitido vinculado (acompañante) a la conducta típica en cuestión”; lo que determinará, en su caso, la ausencia de consecuencias injustas, sin perjuicio del castigo por la tentativa. *Op. cit.* pp. 84 101 y 102.

<sup>262</sup> Para FRISCH, tratándose del quebrantamiento del Derecho que subyace al delito, el punto de mira ha de estar en la discrepancia de la conducta en relación con el Ordenamiento jurídico-penal, y no en la imputación del resultado que eventualmente se produzca. Las cuestiones de imputación de la conducta a la acción y a la culpabilidad, son condiciones generales adicionales y verificadas normalmente en la práctica forense. Sobre tal extremo, ROBLES PLANAS destaca la importancia para el injusto penal, de la infracción de una norma de conducta pasible de legitimarse frente a un sujeto, prohibiéndole realizar conductas que contengan riesgos desaprobados desde un punto de vista *ex ante*, orientando así su comportamiento a la evitación de menoscabos. *Op. cit.* pp. 89; 95 y 96.

ámbito del tipo objetivo, de la específica categoría de la conducta típica, y no aquella pertinente al resultado de lesión al bien jurídico<sup>263</sup>. En efecto, lo distintivo de una conducta pasible de ser juzgada por su aptitud para acarrear una perturbación del objeto jurídico del delito, versus una que no participa de dicha potencialidad, resulta irrelevante a la hora de constatar la producción del resultado y su imputación: tanto el desvalor de acto puro, como la ausencia de conducta capada por el tipo, explican satisfactoriamente la conclusión de ausencia de resultado<sup>264</sup>.

Lo expresado, como puede apreciarse, cobra particular relevancia en el análisis de la tentativa y frustración en el delito de estafa<sup>265</sup>. Para la constatación de ambas, a la ausencia de resultado como mera exigencia negativa, se añaden diversos requisitos dirigidos a afirmar la relevancia del comportamiento para el Derecho penal. Tales “filtros” apuntan, naturalmente, al establecimiento del desvalor de acto puro. Desde este punto de vista, las referencias al resultado y su explicación causal, corresponden a un análisis solo eventual, limitado a la hipótesis consumada, en circunstancias que el planteamiento general en el ámbito de la tipicidad objetiva, concierne a la determinación de la conducta como portadora de un riesgo penalmente relevante, en el sentido del tipo del delito de que se trate<sup>266</sup>.

La segunda divergencia debemos esbozarla en términos que, bajo nuestro entender, sólo según la naturaleza penal o meramente civil de la ilicitud atinente al negocio en que tiene lugar la defraudación, ha de discriminarse a la hora de afirmar la

---

<sup>263</sup> Como acertadamente expresa FRISCH, desde una perspectiva que sitúa a la conducta típica como parte del tipo, para su satisfacción se requiere, en el caso de los delitos resultativos, de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado de causación del resultado inherente a la misma (conducta). “Si se cumple este presupuesto, entonces se da lo que se exige para la tipicidad desde el punto de vista exclusivo de la conducta, y por consiguiente existe una conducta típica en este sentido (...). Si, por el contrario, la conducta no está gravada con una creación de riesgo desaprobada, entonces falta la conducta típica. *Op. cit.* p. 63 y 64

<sup>264</sup> Así, en los delitos que exigen un resultado separable de la acción para la hipótesis consumada, no puede renunciarse sólo a que la conducta que conduce al resultado típico, deba presentarse como creación de un peligro desaprobado: en su ausencia la conducta es atípica; frente a su presencia, a lo menos, podría apreciarse tentativa. En referencia a lo expresado, *vid.* FRISCH. *Op. cit.* p. 44

<sup>265</sup> Pretender y obtener el resultado mediante riesgos tolerados, no satisface la exigencia de desaprobación de la conducta y obsta al castigo por tentativa. Y este último sí puede prosperar tratándose de la mera verificación de la conducta típicamente desaprobada, sin consecuencias injustas. Al respecto, *vid.* FRISCH. *Op. cit.* p. 63.

<sup>266</sup> La vinculación de la conducta con un determinado peligro desaprobado o peligrosidad *ex ante*, es el elemento nuclear de la conducta típica en los delitos de resultado. FRISCH. *Op. cit.* p. 59.

conurrencia de estafa y su grado de desarrollo. En tales términos, discrepamos respecto del criterio de la “distinción de ilícitos”, como dirimente para afirmar estafa frente a la mera ilicitud civil y negarla ante aquella de índole penal en los casos de servicios ilícitos impagos. Sobre el punto, en el Capítulo siguiente de este trabajo, fundaremos, respecto de todos los supuestos abarcados por la “distinción de ilícitos”, la exclusión de la tipicidad objetiva del delito de estafa frente a la ilicitud penal, junto a la afirmación de aquélla tratándose de un acto civilmente ilícito, pero sólo como tentativa acabada. Lo expresado, sin perjuicio de las exigencias de relevancia penal que, con mayor énfasis por tratarse de supuestos menos generales, destacaremos respecto del pago por servicios ilícitos no prestados, como veremos en la parte final de este Apartado, a partir del párrafo subsiguiente .

Sin embargo, destaquemos desde ya que, bajo una perspectiva deóntica, cual es en definitiva la que orienta a la norma jurídico penal como guía de conducta<sup>267</sup>, resulta irrelevante cuál de las prestaciones emanadas del negocio bilateral se cumple primero. Bien se trate del dinero o de la prestación en sí ilícita la primera en satisfacerse, para apreciar estafa respecto de la insoluta, la relevancia corresponde a la conducta que pone en movimiento al patrimonio para obtener un propósito delictivo o civilmente proscrito, y sus efectos regulados por cada una de las coordenadas jurídicas comprometidas (penal o civil), al momento de fundar la apreciación penal de la defraudación.

Finalmente, sólo resta por analizar el alcance de la limitación introducida por *POLITOFF et al*, respecto de los casos de estafas en negocios que reconocen la estructura de “pago y no realización de la prestación ilícita”, que comprenden el ejemplo paradigmático del “estafador estafado” cuando se trata de un contenido ilícito pactado. Se trata de la cortapisa expuesta en términos que, a juicio del autor citado, resulta descartada la responsabilidad penal de la víctima de la defraudación por el negocio ilícito, por cuanto, aplicando las reglas de la imputación objetiva, se trata de

---

<sup>267</sup> Como resulta de la función prospectiva de las reglas de comportamiento que destaca HRUSCHKA, en el sentido que se trata de “(...) mandatos o prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer (...)” y “(...) poseen en la prospectiva una función de configuración”. HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. *ADPCP*. Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica, XLVII (III) :(343-356) Septiembre-Diciembre de 1994, pp. 344 y 345.

un caso de tentativa imposible, en la medida que el control de la situación siempre estuvo en manos del defraudador efectivo, quien nunca tuvo intenciones de cumplir lo pactado, esto es, de ejecutar la prestación ilícita.

La relevancia de la cuestión radica en que, todo el análisis vertido a partir del Capítulo siguiente de este trabajo y en que se asientan las conclusiones del mismo, discrimina según la ilicitud penal o, en su defecto, meramente civil del negocio con ocasión del cual debe juzgarse si cabe apreciar estafa y su grado de desarrollo. De tal manera, detenernos en su detallada consideración, resulta insoslayable para determinar el ámbito predominante de nuestra propuesta, en términos de atender a si la opinión mencionada da lugar a un destacado recorte del ámbito de la ilicitud penal en pos de la civil<sup>268</sup>.

Una primera aproximación al argumento expuesto, fuerza a distinguir el carácter del delito de que se trate, esto es, si el ilícito que sirve de base a la defraudación corresponde a un “delito de preparación”, tanto por remisión a la cláusula general del Art. 8° del CP., como por tratarse de la tipificación autónoma de actos que, sin una expresa previsión, corresponderían a la categoría de meramente preparatorios, naturalmente impunes<sup>269</sup>. Nos referimos, en definitiva, a actos que no consisten aún en “dar comienzo a la ejecución de un delito por hechos directos”, aunque estén encaminados a ello, y que por tratarse de la expresión de una propuesta, aceptada o

---

<sup>268</sup> A partir de las consecuencias o efectos de la ilicitud civil o penal, se desarrolla la propuesta central de este estudio. En tales términos, en materia civil, estimamos la presencia de un acto jurídico existente, pero que debe ser juzgado desde la óptica de su eficacia y consecuencias. Sobre el punto, *vid. infra* Apartado 2.2.

<sup>269</sup> Se trata de los denominados “delitos de preparación” o “*vorbereitungsdelikté*”, que comprenden “la extensión no autónoma de ciertos tipos cuya cualidad requiere una intervención especialmente temprana, porque de lo contrario la pena no tendría ninguna eficacia” (...), y a “delitos autónomos de actos preparatorios de típica fisonomía y especial peligrosidad, sin que sea necesario que el autor tenga proyectado un delito totalmente determinado”. En este segundo caso “(S)e configuran como delito formalmente independiente conductas que materialmente constituyen un paso previo a otro hecho penal”. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal. Valladolid. Ed. Secretariado de publicaciones Universidad de Valladolid, 1999, pp. 57 y 58. Como ejemplos del primer grupo, POLITOFF y MATUS mencionan los delitos previstos en los artículos 106, 111, 125 del CP. y 7° de la ley N° 18.314. Y como ejemplo del segundo grupo, a aquéllos previstos en los Arts. 292, 445 y 481 del CP. A los que cabe agregar el ilícito del Art. 123 del CP. POLITOFF L., Sergio, MATUS R., Jean. Comentario preliminar a los artículos 7º, 8º y 9º. En: POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (dir.) Texto y comentario del Código Penal chileno. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002, t. I, p. 78.

no, exigen que participe más de una persona<sup>270</sup>. Se trata de los casos de proposición y conspiración para delinquir, que resultan excepcionalmente punibles por virtud de una “extensión” de la tipicidad; subordinada en los términos de la cláusula general del Art. 8° del CP, o bien, autónoma.

La importancia de tal determinación radica en que, tratándose de delitos del rubro mencionado, carece de toda base el postulado en análisis, en la medida que, atender al acuerdo de voluntades que presupone la celebración del negocio ilícito, permite con holgura enfrentar un delito consumado, en la medida que lo que se sanciona es la propuesta, seguida o no de su aceptación según corresponda, para perpetrar determinado hecho cuya punición se anticipa.

Así, en el caso del “cohecho impropio antecedente”<sup>271</sup> materia del ejemplo inaugural de este estudio, basta con atenernos a la definición genérica que respecto del mencionado delito ofrece la doctrina nacional<sup>272</sup>, para comprender que se tipifica cualquier acto destinado a retribuir indebidamente a un funcionario público por haber ejecutado o para que realice una conducta, lícita o ilícita, desde su cargo. Luego, en mérito del acuerdo entre las partes, incluso tácito, tales como el guiño de un ojo, o asentir con la cabeza<sup>273</sup>, y aún antes de éste, con el solo ofrecimiento del particular o la mera solicitud del funcionario público, desde la vigencia de la ley N° 19.645, estaremos en presencia de cohecho consumado.

En relación con los delitos que no procede incluir en la categoría de “delitos de preparación”, antes indicada, bien podría objetarse el criterio de la tentativa absolutamente inidónea pergeñado por POLITOFF *et al*, sosteniendo que nuestro análisis está referido exclusivamente a la parte objetiva de la defraudación<sup>274</sup>, de

---

<sup>270</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS R., Jean. *Op. cit.* (nota 269) p. 77 y 78.

<sup>271</sup> Denominado impropio, por tratarse de la ejecución de un delito funcionario y antecedente, por cuanto se consiente en dar el beneficio para la ejecución de un acto futuro por parte del empleado público. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDON WIDOW, María. *Delitos contra la función pública*. 2ª ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2008, pp. 323 y ss.

<sup>272</sup> Esto es, “conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste”. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDON WIDOW, María. *Op. cit.* p. 321.

<sup>273</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDON WIDOW, María. *Op. cit.* p. 332.

<sup>274</sup> El argumento es expresado por PASTOR MUÑOZ, quien, haciéndose eco de la difundida concepción jurisprudencial española sobre los negocios civiles criminalizados, da por supuesto la concurrencia del *dolus antecedens*, de cuyo análisis deliberadamente prescinde,

manera que los propósitos que permanecen en la *psique* del prestador del servicio ilícito y defraudador, carecen de relevancia.

Ahora bien, a nuestro juicio, la referida limitación no puede prosperar desde que, considerar elementos que pese a radicarse en la mente del defraudador, deben ser estimados como relevantes al momento de inquirir sobre el juicio de desaprobación de la conducta, resulta ineludible para evaluar su carácter riesgoso. Tales elementos internos se verifican en el ámbito de una negociación ilícita, inciden en la creación o no de un riesgo más allá de lo tolerado<sup>275</sup> y, consecuentemente, en la tipicidad objetiva del delito en cuyo contexto tiene lugar la estafa. En definitiva, será el plan del defraudador relativo a hacerse de bienes de su contraparte, beneficiándose de no cumplir lo acordado, el que permitirá atribuir un sentido objetivo a la conducta llevada a cabo por el defraudado, respecto del objetivo que perseguía alcanzar con el negocio, tales como, por ejemplo, matar a un tercero, adquirir estupefacientes o material pornográfico infantil para su almacenamiento, etcétera.

Luego, tal designio del defraudador debe comprenderse en su contexto, esto es, en el ámbito del engaño bastante exigido por la tipicidad objetiva del delito de estafa, que hemos dado por supuesto en este trabajo<sup>276</sup>. Bajo este horizonte, debemos distinguir si el propósito de no cumplir lo pactado que pudiese abrigar desde un inicio el defraudador, que lo lleva a crear la apariencia contraria para provocar la disposición patrimonial del defraudado, incide en la relevancia penal de la conducta de este último.

En definitiva, de la reunión de las circunstancias objetivas y subjetivas de la conducta del defraudador efectivo, obtendremos el sustrato fáctico para abordar el análisis sobre la presencia o no de una conducta delictiva, cuando menos en grado de tentativa<sup>277</sup>, en el caso que un sujeto paga a otro por su ejecución previamente acordada, la que el obligado jamás tuvo voluntad de cumplir.

---

por referirse su estudio, al igual que el nuestro, únicamente a la parte objetiva de la defraudación. *Op. cit.* (nota 21) p. 338.

<sup>275</sup> Sobre la procedencia de considerar los conocimientos especiales, inclusive del autor, al momento de juzgar su propia conducta, como comprendidos en el juicio de creación del peligro desaprobado, *vid. FRISCH. Op. cit.* (nota 258) p. 56.

<sup>276</sup> En la medida que aislamos como variable la ilicitud del negocio en que tiene lugar la defraudación, sobre cuya concurrencia y grado de desarrollo versa este estudio.

<sup>277</sup> O bien, excepcionalmente, de proposición o conspiración, si resultan punibles.

Reiteremos, una vez más, que para el análisis que nos interesa, hemos supuesto la concurrencia del engaño en la intensidad exigida para la tipicidad objetiva del delito de estafa, vale decir, con el atributo de la suficiencia demandada por la descripción típica. Ahora bien, sobre el referente para atribuir al engaño el predicado de bastante, hemos de recurrir, a nuestro juicio, a una apreciación *erga omnes*, formulada sobre una base objetiva y, por tanto, en relación con el negocio que debe ser juzgado desde el punto de vista de su carácter ilícito, en el concierto del rubro de actos de dicha índole, esto es, en el sector más o menos particular del tráfico económico de que se trate<sup>278</sup>.

Luego, el elemento engaño de la defraudación junto al propósito de no cumplir que comporta, precisamente por el denotado de su aptitud para obtener la disposición patrimonial por error respecto de un sujeto cualquiera, permiten asentar la idoneidad de la conducta del defraudador para acarrear objetivamente un error sobre la efectividad del cumplimiento del cometido ilícito asumido.

En ese orden de ideas, lo relevante es determinar el rol que cabe a la mencionada potencialidad de la conducta para provocar error en su destinatario, cualquiera sea éste; o más simplemente, ante la variable dada de la idoneidad del engaño y su consecuencia del error sufrido por la víctima; determinar el papel que juega este último al momento de inquirir sobre la perpetración o no del ilícito cuya apariencia de efectiva ejecución se consigue crear.

Conforme lo expuesto respecto de la gravitación del error, en las líneas que siguen fundaremos la siguiente conclusión: bien sea que la propuesta de negocio emane del defraudado, ofreciendo el pago de dinero a quien se obligue a matar a un tercero; o del defraudador, ofreciendo matar al tercero previo pago de dinero, fuera de los casos de adelantamiento de punibilidad que hemos indicado bajo el rubro de los “delitos de proposición”, no estaremos frente a un hecho de relevancia penal. En el

---

<sup>278</sup> Adherimos sobre este punto a lo expuesto por HERNÁNDEZ, para quien la determinación del engaño suficiente para el tipo del delito de estafa, exige que, previamente a la formulación de criterios para su determinación, se defina normativamente la base a que debe atenderse. Destacamos particularmente que sobre tal delimitación preliminar, el autor se inclina por un postulado aplicable *erga omnes* sobre una base objetiva, como es la relevancia negocial de la información entregada, con total independencia de la prudencia o escepticismo del destinatario de la misma. 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. Santiago, 37 (1): 9-41. 2010, p. 35.

primer caso, porque la conducta de proposición del defraudado corresponde a un acto de mera participación<sup>279</sup> en un delito que el defraudado, ostensiblemente y en un juicio *ex ante*, no perpetrará en grado punible alguno, ni siquiera a título de conspiración<sup>280</sup>. En el segundo supuesto, porque la conducta propositiva del defraudador carece objetivamente de uno de sus requisitos elementales, esto es, la auténtica resolución de cometer un crimen o simple delito, de “coejecutarlo” en palabras de POLITOFF y MATUS<sup>281</sup>.

En definitiva, en el primer caso, tan sólo se trata de una proposición, donde un sujeto que ha resuelto cometer un delito cualquiera (defraudado), propone su ejecución a otra persona (defraudador), quien, en virtud del engaño que damos por supuesto, en realidad, jamás aceptó el encargo, de modo que, concierto previo no hubo, resultando excluida la conspiración. Y en lo que respecta a la mera proposición que pudiese

---

<sup>279</sup> CURY URZÚA, Enrique. De las personas responsables de los delitos, *En*: POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (dir.) Texto y comentario del Código Penal chileno. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002, t. I, p. 243.

En relación con el muy próximo enunciado a aquél contenido en el Art. 15 N° 3 del CP. (“Los que inducen directamente a otro a ejecutarlo”), vigente en el Art. 28 del CPE. (“Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, conceptualiza a la inducción, también denominada incitación, o impropriamente autoría intelectual o moral, como la conducta de “quien hace surgir en otro, mediante un influjo psíquico, la resolución de realizar como autor un delito, siempre y cuando el instigador no resulte autor mediato” (lo que pudiese apreciarse frente a la entidad del influjo que “convierta al sujeto de delante en instrumento del de atrás”). Expone el autor que la punición equiparada al autor de esta forma de participación, se justifica por la trascendencia de esta forma de intervención accesoria “para la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, al poner el inductor en marcha un curso causal delictivo y peligroso sobre el que pierde luego el control”. Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, conforme la regulación positiva indicada, los requisitos de la inducción corresponden a los siguientes: a) Intensidad del influjo causal, al extremo de hacer surgir *ex novo* en el inducido la resolución de cometer el delito al que se le induce, o a otro ilícito que constituya un *aliud* respecto del que ya se había determinado a perpetrar. En este punto, queda comprendido el empleo de cualquier medio capaz de producir el influjo psíquico que lleva a la realización del delito, que no alcance a aquellos que constituirían autoría mediata; b) Incremento sensible del riesgo, de manera que “el resultado de la inducción ha de guardar una relación de imputación objetiva respecto de la propia actividad inductora”; c) Carácter directo, en términos que resultan descartadas, por falta de claridad, las meras sugerencias sobre la conveniencia de perpetrar un delito. En lo que nos interesa, precisa el autor citado que la inducción indirecta puede incluirse como proposición delictiva, siempre que la misma esté castigada expresamente; d) Concurrencia de dolo como conocimiento y voluntad de la realización del inducido del delito, descartando como componente subjetivo la mera aquiescencia de su perpetración (dolo eventual), en concordancia con el carácter directo exigido. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Autoría y participación. *Revista de estudios de la justicia*. Santiago, (10):13-61, 2009, pp. 45 y ss.

<sup>280</sup> Se trata, en definitiva, de una “inducción fracasada”. GARRIDO. *Op. cit.* t. II. p. 315.

<sup>281</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS R., Jean. *Op. cit.* (nota 269) p. 88.

estimarse subsistente, en virtud del mencionado engaño, la falta de actos ejecutivos acarreará la total ausencia de relevancia penal.

En el segundo caso, esto es, cuando la propuesta emana del defraudador efectivo, éste no comete delito porque su acto fue mendaz en lo relativo a la efectividad de que por pago, perpetraría un delito. En verdad, no medió propuesta ni menos aún concurso real de voluntades: el defraudador jamás tuvo la voluntad de obligarse fácticamente, de cumplir lo convenido. En tales condiciones, huelga un requisito elemental de la conspiración misma, esto es, la auténtica resolución de cometer un crimen o simple delito, el que descarta sin más la concurrencia de cualquier acto preparatorio o ejecutivo subsecuente a la formación de una voluntad delictiva.

Ahora bien, con independencia de quien sea el emisor de la propuesta, cabe plantear un supuesto intermedio en que el engaño consista en ciertas reservas que el defraudador no explicitadas en relación con los términos en que está dispuesto a cumplir su cometido, el que en razón de éstas, sólo ejecuta parcialmente, alcanzando una parte del resultado. Se trata, por ejemplo, del sicario que acepta eliminar a toda la línea sucesora de un sujeto, pero por piedad, se abstiene de dar muerte a los niños, cuestión que jamás estuvo dispuesto a ejecutar, silenciándolo frente al defraudado, quien, con miras a acceder a la herencia, le remuneró por todo el luctuoso cometido pactado. En tal supuesto, estaremos frente a un engaño típicamente relevante respecto del que deberemos juzgar si concurren los requisitos de la estafa, en razón de la ilicitud del negocio, pero sin que pueda afirmarse la impunidad de la víctima de la defraudación en su calidad de inductor del delito perpetrado. En efecto, aquí no hay un *aliud* respecto de los delitos a los que se indujo<sup>282</sup>, en la medida que se trataba de la preconización de un número mayor de homicidios que aquéllos que el sicario se decidió a perpetrar, sino todo lo contrario; la inducción incidió *ex novo* y directamente<sup>283</sup> en los delitos perpetrados exclusivamente respecto de los sujetos adultos, dando lugar a la responsabilidad de la víctima de la defraudación en su carácter de instigador de tales homicidios consumados.

Enfrentando la cuestión en análisis en el ámbito de la teoría de la conducta típica, para avanzar en la determinación del riesgo de la conducta del defraudado,

---

<sup>282</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op cit.* p. 46.

<sup>283</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op cit.* pp. 46 y 47.

debemos referirnos brevemente al ámbito de los comportamientos que entrañan el peligro de determinar que otros conciban resoluciones delictivas, y en particular, aquéllos que están referidos funcionalmente a provocar tales determinaciones<sup>284</sup>. A juicio de FRISCH, no resulta suficiente para atribuir a tales comportamientos una creación desaprobada de riesgos, la sola circunstancia que en ellos se vincule a un tercero responsable, quien se encuentra en condiciones de decidirse o no por un propósito delictivo. Aduce el autor que, de procederse en tales términos, se daría un énfasis unilateral al interés en la preservación de bienes jurídicos, con una correlativa limitación injustificada a la libertad de obrar, tratándose de un resultado aleatorio, y por tanto, ajeno a creaciones de riesgo de riesgo especialmente intolerables<sup>285</sup>.

Pero, a juicio de FRISCH, la aleatoriedad funcional del criterio expuesto; equivoco respecto del riesgo para desembocar en el resultado de perturbación al bien jurídico, no impide apreciar la preconización de un delito como riesgosa, cuando aparece dotada de una inequívoca referencia de sentido, esto es, crea o provoca una resolución delictiva determinada en otro. En definitiva, deben quedar abarcadas por el carácter riesgoso de la conducta a la que están funcionalmente referidas, cuando esta se manifiesta como tal<sup>286</sup>. Luego, en lo que nos interesa, estimamos que la referencia a la inducción en este ámbito, conduce a la ausencia de toda falta de riesgo de perturbación al bien jurídico cuando quien ha de avocarse a su afectación, despliega una conducta funcionalmente orientada a lesionar el patrimonio de quien preconiza la comisión de un hecho delictivo y en caso alguno la realización de aquél encargo.

En conclusión, cabe asentar un serio déficit de diferenciación respecto de la referencia vertida por POLITOFF *et al* sobre la exclusión de responsabilidad penal de la víctima de la defraudación por el negocio ilícito, basado en la generalización de que el

---

<sup>284</sup> FRISCH precisa que se trata de situaciones pertinentes a la creación de situaciones que motivan al delito fuera del ámbito de dominio propio y que comprenden a la incitación o coacción para adoptar la resolución. FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Madrid y Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2004, pp. 355 y ss

<sup>285</sup> FRISCH. *Op. cit.* (nota 284) p. 358: " (...) el hecho de que una conducta que contiene el peligro concreto de provocar resoluciones delictivas de terceros esté prohibida de por sí, constituye un punto de vista puramente aleatorio para un concepto de protección empeñado en reducir el peligro de provocar resoluciones delictivas. Se echaría en falta aquí el circunscribirse a las creaciones especialmente intolerables, de las que ha de ocuparse el Derecho penal, pues cabría que no se vieran abarcados casos en que el peligro que nos interesa es especialmente grave, pero sí otros con peligro menor".

<sup>286</sup> FRISCH. *Op. cit.* (nota 284) p. 358 y ss.

defraudador nunca tuvo intenciones de ejecutar la prestación ilícita. En primer término, porque tratándose de “delitos de preparación”, la ejecución de la prestación ilícita no es exigida como componente objetivo de la tipicidad, bastando en mero acto preparatorio concernido por el tipo autónomo o subordinado. Y en segundo lugar, en razón que no procede, en los restantes ilícitos, excluir a *priori* que la inducción no de lugar a actos ejecutivos parciales que permitan fundar la autoría e inducción del defraudador y defraudado, respectivamente. Sobre la relación de riesgo resulta particularmente expresivo apartarse de los casos más simples, lo que hemos pretendido ilustrar mediante el ejemplo de un sujeto cuyos escrúpulos ceden ante poderosos sentimientos de piedad, que omite mencionar.

Formuladas las precisiones antes expuestas, estamos en condiciones de sentar las bases teóricas imprescindibles para el desarrollo de nuestra propuesta para dilucidar el amparo reconocido por el Derecho penal a los negocios de contenido ilícito.

## 2. BASES PARA UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN.

Habiendo pasado revista a lo principales planteamientos sobre estafas en negocios bilaterales de contenido ilícito, podemos agrupar las posturas dogmáticas en torno a los fundamentos para la afirmación o negación de la tipicidad a título de estafa, en dos rubros principales<sup>287</sup>.

El primero, niega la punición a título de estafa aduciendo la inexistencia de perjuicio, en la medida que el contrato no genera un derecho jurídicamente reconocido a la contraprestación. Se funda en la comprensión que una expectativa cuya eficacia es rechazada por el Orden jurídico, no forma parte del patrimonio protegido. Algunos enlazan a tal fundamento, o bien defienden exclusivamente en abono a la negativa de la punición referida, la actuación a riesgo propio del sujeto pasivo, en términos que en virtud de la ilicitud, éste nada podrá reclamarle jurídicamente al contratante incumplidor<sup>288</sup>. La vertiente más difundida de esta propuesta en España, circunscribe la exclusión de la tipicidad a los supuestos en que, habiéndose ejecutado la prestación en sí ilícita, el incumplimiento de la prestación en sí lícita mal puede fundar la concurrencia de perjuicio patrimonial.

En un plano intermedio, pero próximo a las posturas del primer grupo, se sitúa la tesis que afirma la estafa sólo en el supuesto de ilicitudes formales, negándola en todas las restantes<sup>289</sup>.

El segundo planteamiento, afirma la punición en las estafas que exhiben la estructura de “pago-no realización de la prestación ilícita”, aduciendo el pago con “buen dinero”, en sí lícito, respecto del que cabe apreciar perjuicio, junto a razones de texto

---

<sup>287</sup> *Vid. supra*. Apartado 1.3, relativo al tratamiento dogmático en Chile y España de las estafas en negocios de contenido ilícito. Las líneas que siguen dan cuenta de una breve síntesis de las dos principales corrientes sobre la concurrencia o no del delito de estafa en tal contexto.

<sup>288</sup> En contra VALLE MUÑIZ, para quien: “el sujeto engañado en el seno de un negocio ilícito a lo sumo puede ser consciente del mayor o menor riesgo que corre su patrimonio dada la naturaleza del vínculo, pero nunca – si se afirman el resto de los elementos típicos, del efectivo perjuicio económico que engendra su acto dispositivo”. *Op. cit.* p. 253. En un sentido similar, para GONZÁLEZ RUS, se trata de ámbitos de relación entre sujeto activo y pasivo en que el patrimonio está sometido a cierto riesgo, consustancial a la actividad en que se desenvuelven ambos, de manera que todo lo que excede a tal riesgo implícito será pasible de configurar un engaño bastante. *Op. cit.* p. 660.

<sup>289</sup> Corresponde al planteamiento de PASTOR MUÑOZ expuesto *supra*. Apartado 1.3. de este trabajo.

atinentes a la expresa tipificación de ciertas formas de estafa cometidas a través de la propuesta de un acto ilícito<sup>290</sup>. Respecto de las estafas en servicios ilícitos, esto es, frente a la estructura denominada “prestación ilícita seguida del no pago”, la ausencia de un crédito exigible a favor del contratante cumplidor, se estima motivo suficiente para excluir la apreciación de estafa.

En defensa de una postura restrictiva para ambos grupos concernidos por la distinción de ilícitos, pero con muy diverso fundamento, se sitúan quienes afirman la estafa en general, pero la niegan respecto de negocios cuyo contenido concierne a un acto penalmente antijurídico<sup>291</sup>.

La postura de actual predominio en nuestro medio, se conforma con la razón de texto enarbolada a partir de los Arts. 469 N° 5 y 470 N° 7 CP., que hemos analizado críticamente<sup>292</sup> y que trasunta la total prescindencia de la relevancia civil y penal del motivo de ilicitud concurrente.

Una propuesta alternativa a aquella predominante en nuestra manualística, no puede articularse desatendiendo la relevancia de las concepciones de patrimonio. En efecto, aquéllas formulaciones representan un significativo esfuerzo teórico, en el que se plasma una determinada noción de bien jurídico para el delito de estafa. Luego, en lo que nos interesa, a partir de una noción consistente sobre objeto jurídico del referido ilícito, avanzaremos a la precisión de los límites a la libertad general que supone su protección, como se expresó<sup>293</sup>.

Podría pensarse que desde una determinada noción de resultado de perjuicio patrimonial, concluiremos el carácter penalmente protegible o no de las posiciones atacadas, cuando pertenecen a un sujeto con proyectos disvaliosos. Pero no transitará el análisis por dicho rumbo, porque tomando distancia de los planteamientos doctrinarios a los que se ha pasado revista, las líneas que siguen, pondrán de relieve, primeramente, el rendimiento de determinada noción del bien jurídico para la estafa,

---

<sup>290</sup> Adscribiendo a esta postura en nuestro medio, POLITOFF *et al* argumentan sobre la ausencia de estafa en el caso de los servicios ilícitos delictivos, estimando que el bien jurídico que pudiese ser alcanzado por el delito materia de la negociación, debido al propósito de no cumplir lo pactado, jamás estuvo en riesgo. Sobre el análisis crítico del referido planteamiento, *vid. supra*, Apartado 1.4.3, parte final.

<sup>291</sup> Se trata de la propuesta de GALLEGO SOLER, detallada *supra*, en la parte final del Apartado 1.3.1, con referencias al trabajo de FRANK ZIESCHANG.

<sup>292</sup> *Vid. supra*, Apartado 1.4.2.

<sup>293</sup> *Vid. supra*, Apartado 1.4.3.

situados en el ámbito de la norma penal de conducta<sup>294</sup>. Luego, desde ahí, nos orientaremos por proposiciones de *lege lata* referidas a los límites impuestos desde el propio Ordenamiento punitivo, a la libertad en el ámbito negocial. También abordaremos los límites impuestos por otras vertientes jurídicas, particularmente por las coordinadas privatistas, desde donde nos proyectaremos en el ámbito de la norma secundaria o de sanción. Tal distanciamiento aspira a dejar atrás una propuesta analítica que indague sobre las restricciones jurídicas en el resultado de perjuicio patrimonial y no antes, con el consecuente déficit de valoración de la conducta desplegada por el autor, en estrecha relación con la de la víctima que tiene frente a sí.

Anticipemos que la idea central a desarrollar, concierne a que la norma prohibitiva del delito de estafa persigue impedir la reducción de otro a instrumento, proyectándolo a servir a la lesión de su propio patrimonio, con lo que el desvalor del delito en cuestión aparece conformado en términos complejos, donde la dimensión que es captada de la libertad, no es otra que aquélla que incide en la conducción del propio patrimonio o de aquél del que puede jurídicamente disponerse. Es sobre esta dimensión de la libertad que postula el bien jurídico tutelado por la estafa, respecto de la que cabe inquirir sobre sus límites, frente a su utilización para fines ilícitos.

## 2.1. DIMENSIÓN SINCRÉTICA DEL PATRIMONIO.

Las concepciones sobre el patrimonio a que hemos pasado breve revista<sup>295</sup>, lejos de postular visiones incompatibles sobre el bien jurídico protegido por el tipo de estafa, juegan en aspectos diferenciados de una realidad determinada con contenido social<sup>296</sup>. Tales postulados teóricos, aportan enfrentamientos desde puntos de vista

---

<sup>294</sup> Para una completa síntesis histórica sobre teoría de normas y significado de las expresiones de común utilización en este apartado, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco. Sobre la estructura de la norma penal. Valencia. Ed. Triant Lo Blanch, 2001.

<sup>295</sup> *Vid supra.* Apartado 1.2.2.

<sup>296</sup> Para BUSTOS, el contenido del bien jurídico no puede conformarse a espaldas de una “relación social determinada y dinámica”. Se trata de una síntesis normativa, pero limitada por la vida social de los destinatarios de las normas. Como corolario de tal predicamento, el contenido del injusto se distancia de postulados ontológicos o metafísicos: en la consideración de la tipicidad como comprensiva de un ámbito social determinado y contingente, atribuido desde el bien jurídico, deben ser convocadas la acción del sujeto activo como un proceso comunicacional, en interacción con el sujeto pasivo y con la propia acción del Estado. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras Completas. Lima, Ediciones Jurídicas de Santiago. 2007. t. II. p. 79. En

diversos de un mismo fenómeno, y de tal manera, complementándose, postulan rendimiento suficiente para captar en toda su complejidad el contenido de injusto del delito de estafa<sup>297</sup>. No resultan ser, a nuestro juicio, propuestas excluyentes, en la

---

el mismo sentido y extensamente, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1992. pp.139 y ss.; 142 y ss., 151, y ss. y 169. Sobre la concepción de bien jurídico pergeñada por ROXIN, fundada en vertientes de dogmática y político criminal, *vid.*, GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico, parte general. 2ª ed., Lima. Ed. Grijley, 2007, t. I. pp. 112 y 113. En contra de la propuesta de ROXIN se manifiesta HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el bien jurídico. *En* CEREZO MIR, José, *et al.* Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 176 y 177.

En nuestro concepto, una concepción inmanente del bien jurídico, implica severas restricciones a la argumentación interpretativa, en todos los supuestos en que las notas distintivas del mismo no pueden ser extraídas satisfactoriamente de la norma, acorde los criterios de interpretación gramatical, lógico o sistemático. Es así que un enfrentamiento teleológico, condicionado a la noción de persona extraída de la Constitución, postula señalados rendimientos a la hora de preguntarse sobre la relevancia para el significado del tipo de una conducta determinada, habida cuenta del contexto social concreto de su aparición. En definitiva, se trata de contar con presupuestos valóricos extraídos desde los principales consensos que ofrecen las normas y principios fraguados en el concierto del sistema democrático, para determinar el alcance de los límites impuestos a la libertad de los ciudadanos, en la medida justa requerida para la satisfacción de un interés contrapuesto (bien jurídico). En tal contexto, y en la conexión del bien jurídico con el enfrentamiento sistemático que consuma la teoría del delito, en palabras de SILVA SÁNCHEZ,“(…) la opción entre una sistemática clasificatoria y una sistemática teleológica debe resolverse decididamente en favor de esta segunda (...), ciertamente sólo ella coordina la reflexión sistemática sobre la teoría del delito con la reflexión acerca de los fines que ha de cumplir el Derecho penal, atribuyendo a la teoría del delito su carácter fundamental de instrumento orientado al cumplimiento de tales fines (...) preventivos y garantísticos (...)”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Barcelona, Ed. J.M. Bosch, 1992, p. 371.

Si de acuñar una definición se trata, nos estaremos a la propuesta por KINDHÄUSER, para quien bienes jurídicos son ciertos atributos o características de las cosas, personas o instituciones en la vida social, que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado social y democrático de Derecho. Su propuesta destaca la función del bien jurídico de hacer posible la libertad del sujeto, jurídicamente garantizada, de manera que su menoscabo se determina por la merma en la libertad del sujeto y no por la mera pérdida de sustancia del bien jurídico, la que comprendida como medio para el libre desarrollo, es vista como condición necesaria pero no suficiente de la pérdida de libertad. Luego, cobran relevancia las condiciones marco que determinan la valía de un bien para servir a su fin y posibilitar el libre desarrollo del titular del mismo, el que, en definitiva, no puede ser comprendido como un atributo fáctico, previo al Derecho, sino como objeto del derecho de una persona. KINDHÄUSER, Urs. Teoría de las normas y sistemática del delito. Lima, Ed. ARA E.I.R.L. Jurídica Grijley, 2008, pp. 51 y 52. KINDHÄUSER, Urs. Estudios de Derecho penal patrimonial. Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2002, pp. 30 y 31.

<sup>297</sup> En defensa de una concepción personal de patrimonio, sobre la que volveremos más adelante, ya HARDWIG precisa que las nociones económica y personal no son antitéticas, en la medida que inclusive una aproximación económica permite fundar un concepto abstracto de patrimonio en oposición a la tradicional óptica concreta, en términos que el valor ha de apreciarse desde un criterio cualitativo, personal en su estructuración, que supone la expresión

medida que se comprenda el mérito de cada cual en el ámbito que le es propio, según destacaremos en las líneas que siguen.

### 2.1.1. NORMA PRIMARIA Y NORMA SECUNDARIA.

Antes de avanzar, debemos precisar los dos ámbitos en que la protección de bienes jurídicos tiene lugar, distinguiendo entre norma de conducta y norma de sanción<sup>298</sup>. Para tal efecto, lo relevante es atender a la diferenciada intervención estatal en uno u otro escenario: el cometido asignado a la norma primaria o de conducta, concierne a la incidencia en la conducta de sus destinatarios, persiguiendo determinarlos a la realización de un valor, y no simplemente a evitar el resultado de lesión al bien jurídico, entendido como un proceso lesivo, meramente casual desde la óptica del comportamiento<sup>299</sup>. En cambio, el de la norma secundaria, concierne al de

---

de las decisiones vitales sobre la estructura del propio patrimonio. HARDWIG. *Beiträge zur Lehre vom Betrüge*, GA, 1956, citado por GALLEGO SOLER. *Op. cit.* en n. marg. 359 y 361 (pp. 181 y 182).

<sup>298</sup> Aquí debe ponerse de relieve, como refiere SILVA SÁNCHEZ, que la orientación teleológica en Derecho penal, tiene lugar a través de los aportes de la teoría de las normas, en la medida que aquéllas constituyen el instrumento esencial de aquél para el logro de sus fines. En efecto, la norma primaria o de conducta, expresa la antijuridicidad propiamente penal, esto es, el carácter antinormativo del hecho, condicionado por fines de prevención propios del Derecho penal. La secundaria o de sanción, rige para el hecho delictivo completo y su fin es delinear los presupuestos de aplicación de la pena al agente individual, precisamente en sintonía con aquéllas notas individuales. Se trata de dos pilares fundamentales de la incidencia del Derecho penal en la sociedad, a las que debe conformarse la teoría del delito. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. cit.* pp. 373 y 378.

<sup>299</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.* p. 334 y 385. En la comprensión de la norma primaria, SILVA SÁNCHEZ pone de relieve el consenso doctrinal acerca que la norma jurídico-penal expresa una valoración, incluso bajo tesis imperativistas, al comprender que si algo se ha prohibido u ordenado, previamente se ha producido una valoración positiva o negativa del hecho, que en concepto del legislador ha determinado evitar un comportamiento mediante prohibiciones o mandatos. *Íd.* pp. 335, 336 y 341. ÁLVAREZ GARCÍA, destaca como dominantes las corrientes de signo valorativista. Para tales corrientes, en materia de injusto, la norma penal únicamente valora o desvalora conductas, bajo una aproximación predominantemente objetiva, a diferencia del enfoque abordado en materia de culpabilidad, donde se atiende a la infracción a un mandato imperativo (norma de determinación); examinándose la actitud subjetiva del infractor. Ahora bien, el autor sostiene que la referencia al valor no deja de ser fundamental también para las posturas imperativistas, sólo que el momento valorativo se agota en la etapa de creación legislativa. *Op. cit.*, pp. 89, 90 y 96.

Resulta de interés la aproximación integradora que en una obra posterior propugna SILVA SÁNCHEZ respecto de las posturas imperativistas y valorativistas. Su propuesta advierte un “doble nivel” en que se concreta normativamente la estabilización de expectativas: un primer momento, previo a su frustración, en que la expectativa se plasma en normas de conducta

fijar las condiciones para la sanción de la conducta previamente prohibida, sin perjuicio del refuerzo de la función motivadora de las normas primarias<sup>300</sup>.

Lo expuesto, bien puede comprenderse como el tránsito de una misma prohibición o mandato, desde el momento analítico previo a su infracción y en la consideración posterior, de cara al hecho verificado y su autor. Así, la norma “no matar” dirigida a orientar al ciudadano sobre la conducta que debe evitar bajo amenaza de la pena, no difiere de aquélla que gravita sobre el adjudicador a la hora de constatar la perturbación de la vida como consecuencia de la infracción a la norma de conducta. La cuestión radica en que los constreñimientos impuestos por la norma secundaria, atienden a los presupuestos de sancionabilidad del hecho respecto de un suceso verificado y un autor concreto, enfrentados a asentar la necesidad de la pena, pero sin que resulte alterado el contenido de injusto del hecho. De lo que se trata es de abordar la postura crítica de sancionar efectivamente lo prohibido o mandatado bajo pena<sup>301</sup>.

En el ámbito de la norma primaria, la protección de determinados bienes jurídicos, reconoce como primera línea de actividad estatal, una estrategia que se traduce en dirigir imperativos de conducta a los destinatarios de las normas, que les motiven mediante la amenaza de la pena a determinados comportamientos, minimizando la intervención punitiva<sup>302</sup>. Tal cometido supone, tratándose de conductas

---

vigentes y válidas para todos, fundamentando un deber. Tal deber impuesto a los demás, nos permite formular predicados sobre la conducta que de ellos se puede esperar. Se trata de un esfuerzo comunicativo para obviar la frustración, que “apela a la racionalidad valorativa de los ciudadanos”, donde la norma “abriga una pretensión razonable (que no es sólo psicológica, sino también axiológica) de estabilización de la expectativa que contiene”. El segundo nivel, apela a su racionalidad instrumental, en la medida que la frustración de la expectativa en un caso particular, debe ser restablecida mediante la pena, salvo que ello ocurra por otras vías. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Normas y acciones en Derecho penal. Buenos Aires, Hamurabi, 2003, pp. 30, 31, 32, 37 y 38.

<sup>300</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.* (nota 296) pp. 361 y 383.

<sup>301</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.* (nota 296) pp. 361, 362. El autor destaca que “(...) la limitación que implica la imposición de una pena concreta es superior a la de la amenaza abstracta. Ello explica que el ámbito de lo prohibido pueda y deba ser más amplio que el ámbito de lo efectivamente castigado”. *Ibid.* p. 383.

<sup>302</sup> Para SILVA SÁNCHEZ la concepción de la norma penal como un imperativo que trata de incidir sobre la conducta de sus destinatarios es la más coherente con la misión preventiva y garantística atribuida al Derecho penal, en la medida que tal cometido de prevención no se satisface en la sanción efectiva, sino, ante todo, en la amenaza, esperando que ésta resulte eficaz, con la virtud de una menor intensidad en la limitación a la libertad. *Op. cit.* (nota 296). p. 352.

que el sujeto no puede dirigir o evitar (fortuitas, inevitables), descartar la incidencia de la conminación penal como refuerzo de una directriz de conducta<sup>303</sup>.

En contraste, el ámbito propio de la norma de sanción, comprende a aquello que *ex post* el Derecho penal está dispuesto a castigar. En último término, su rendimiento máximo alcanza a hechos que, no obstante encontrarse prohibidos, no son castigados, ya sea por faltar la culpabilidad del sujeto, la lesividad del hecho concreto u otros presupuestos de la sancionabilidad del mismo<sup>304</sup>.

Pertenece de lleno al ámbito de la norma secundaria, el problema a que convoca la lesividad del hecho, concerniente a la relación entre la conducta penalmente prohibida y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico<sup>305</sup>. El énfasis argumentativo sobre el particular, viene exigido para los delitos de resultado material, como lo es la estafa, en la medida que en ellos, la no producción del resultado, carece de relevancia en la decisión adoptada *ex ante* de prohibir el hecho bajo pena<sup>306</sup>. La producción o no producción del resultado no es algo que, en sí mismo, dependa del sujeto, lo que hace de ella objeto inidóneo de las normas primarias. Claramente, la no dependencia del resultado de la conducta del agente, en gran medida se verá condicionada por la corrección del plan que ha llevado a cabo, pero en último término, el control que postula el autor de las variables involucradas, será siempre limitado. Bajo esta dimensión es que SILVA SÁNCHEZ estima que el merecimiento de pena del hecho no se ve influido por la concurrencia o no del resultado, el que, sin embargo, puede

---

<sup>303</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.* (nota 296) p. 387

<sup>304</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.* (nota 296) p. 361. Como argumenta el autor, la decisión político-criminal fundamental y la más rica en efectos preventivos-generales es la decisión de prohibir bajo amenaza de pena. Junto a ella, la decisión de castigar o no castigar desempeña un papel secundario y no incide del mismo modo. Lo anterior aparece contrastado si se considera la moderna proliferación de institutos político-criminales, en los que se renuncia a la condena, “confiándose en que la subsistencia de la prohibición penal y la celebración del proceso, en el que se subrayará que el sujeto ha infringido las normas penales, sean suficientes para garantizar la prevención, sin precisarse de modo absoluto la operatividad plena de la norma secundaria con la imposición de la pena”. *Ibíd.* p. 408.

<sup>305</sup> Debe precisarse que la noción amplia utilizada comprende no sólo a los delitos de resultado (de peligro o lesión) consumados, sino también de los de mera actividad (de peligro o lesión), la tentativa y frustración, sin perjuicio de la proposición y conspiración cuando resultan punibles. En cualquier clase de tipo cabe distinguir entre una perspectiva *ex ante* (conducta *ex ante* peligrosa, que contiene el riesgo de realizar el tipo) y otra *ex post* (realización *ex post* del tipo por el hecho). SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.* (nota 296) pp. 389 y 417.

<sup>306</sup> Sin perjuicio que, por ejemplo, el estado de la ciencia dé cuenta de la superación de determinado paradigma causal, pero el supuesto que se persigue destacar es el de ausencia de resultado en un caso, en razón de sus particularidades.

influir decisivamente en la necesidad de pena del mismo, en la medida que su ausencia determina la exclusión de ésta<sup>307</sup>.

Hasta aquí hemos dado cuenta brevemente de la relevancia de la pena en cuanto medio dirigido a la protección de bienes jurídicos. Hemos destacado, además, que los instrumentos estatales en que cobra relevancia la pena corresponden, por una parte, a la amenaza de su imposición y, por la otra, a su aplicación misma. Bajo esta perspectiva, podemos asentar que la relevancia de la estrategia preventiva de la perturbación a bienes jurídicos a que hemos aludido, no se centra en la mera potencialidad de la imputación de un resultado, desde que el carácter injusto del comportamiento, comprendido como aquél que dará lugar cuando menos a la tentativa inacabada, concierne a su contrariedad con la norma de conducta que encarna las exigencias del Derecho para el supuesto en cuestión<sup>308</sup>. Corolario de ello es que la determinación del carácter injusto de la conducta, inquiera sobre la vulneración a los límites a la libertad jurídicamente reconocida, y precede a la pregunta sobre tal predicado respecto del resultado<sup>309</sup>.

Precisemos que no se trata de erradicar toda relevancia al resultado en la construcción del injusto, sino de destacar que por sí sola su vinculación causal con una conducta nada afirma sobre la incorrección de aquélla. El predicado en que se sustenta esta última conclusión, dimana de la infracción a la norma de conducta como precipitado garantista de la convención normativa sobre los límites a la libertad, en

---

<sup>307</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.* (nota 296) pp. 388, 389 y 418. Según el autor, la concurrencia de resultados “salvadores”, esto es, valores de resultado que no responden a un proceso conducido conscientemente por el sujeto activo, sino a factores del azar, no afecta el injusto penal del hecho, pero disminuye la necesidad de pena. Del mismo modo, expresa que tratándose de una tentativa inidónea, lo que determina la carencia de necesidad de la sanción, concierne exclusivamente a la falta de confirmación *ex post* del riesgo previsto *ex ante*. En el caso del desistimiento voluntario de la tentativa, acontece también la eliminación sólo de la tipicidad penal *ex post* de la tentativa, por desaparecer la necesidad de pena. *Ibíd.* pp. 419 y 420.

<sup>308</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.* (nota 299, Normas y acciones...) p. 15 y ss.

<sup>309</sup> Como expresa FRISCH, la exigencia de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que importa la acción, no es un mero presupuesto para la imputación de un resultado, en la medida que la falta de acción portadora de riesgo, no es más que la falta de conducta típica (prohibida). El autor añade el carácter nuclear de la conducta típica en los delitos de resultado, en tanto que ocuparse de la imputación objetiva del resultado cobra relevancia sólo una vez que se ha determinado la acción portadora de un riesgo desaprobado, con miras a verificar la realización de dicho riesgo específico en el concreto resultado. FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.* (nota 258) *passim*, en particular pp. 59 y ss.

procura de la protección de un interés de determinadas vía de afectación<sup>310</sup>. Luego de establecida aquélla, tiene sentido para el injusto de resultado, preguntarse por la adjudicación de aquél, y aquí es donde debe asentarse en la categoría dogmática pertinente: el ámbito propio de la norma de sanción.

El cometido preventivo y garantista de la norma de conducta, nos enfrenta a la ponderación de intereses contrapuestos que en ella subyacen, el que trasunta el ejercicio de una opción en respuesta al dilema de la limitación o renuncia de libertades, en la medida estimada estrictamente requerida para la protección de determinados intereses<sup>311</sup>. En efecto, la afirmación misma de la tipicidad, implica una síntesis entre los diversos fines en conflicto, que culmina en la determinación del ámbito de lo prohibido, delineando los límites de la libertad general de acción<sup>312</sup>.

Se trata de una solución universalizada de un conflicto de libertades según parámetros jurídicos, que viene a legitimar la limitación de la libertad de cada uno de los coasociados, bajo un horizonte de racionalidad, integrando el ámbito recíprocamente reconocido de protección de bienes jurídicos<sup>313</sup>.

---

<sup>310</sup> Definida la pena como un mal que expresa un reproche por un comportamiento previo defectuoso, supone su legitimidad para el específico comportamiento al que se asocia. En tales términos la cuestión radica en la legitimidad de la norma de conducta, la que viene fundada por la renuncia recíproca de los coasociados del ejercicio irrestricto de sus libertades en mayor provecho recíproco de todos. Tal propuesta contractualista de la justicia, sin recurso alguno a la coacción, permite extraer el concepto de bien jurídico como determinadas propiedades al servicio del libre desenvolvimiento individual y que resultan merecedoras de protección bajo el principio de la coexistencia de libertad ventajosa para todos. KINDHÄUSER, Urs. Personalidad, culpabilidad y retribución. En: Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho. KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH R., Juan Pablo. Lima, Ara Editores, 2009, (17-36). p. 17 y ss.

<sup>311</sup> AMELUNG expresa que ROXIN, en su monografía "Política criminal y sistema de Derecho penal", circunscribe al tipo la misión de hacer efectivas las exigencias que el principio del *nullum crimen* dirige al Derecho penal, relegando al nivel sistemático de la antijuridicidad la solución de conflictos sociales, que resultan de la colisión de intereses de los individuos y/o de toda la sociedad. Para AMELUNG, la referencia al contenido del tipo resulta excesivamente formal, en la medida que ya el tipo aspira a dar solución al conflicto surgido entre propuestas a favor y en contra de la conminación penal. Tales tensiones, de índole político criminal, deber ser recepcionadas en el ámbito del tipo por un sistema que atienda a las mismas para dotar de contenido a las categorías dogmáticas. AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de ROXIN. En: SCHUNEMANN, Bernd (compilador). El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1991. p. 95 y ss.

<sup>312</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.* (nota 296) p. 361.

<sup>313</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Op. cit.* (nota 310). p. 19.

En el ámbito de los delitos patrimoniales, KINDHÄUSER destaca ponderaciones de intereses contrapuestos en el concierto de la norma de conducta<sup>314</sup>, que se reflejan en que el bien jurídico patrimonio, no es protegido absolutamente respecto de cualquier menoscabo, sino sólo frente a determinadas formas de ataque (sustracción, coacción, engaño o abuso de confianza): a la libertad general de acción en el tráfico negocial, se opone el patrimonio como conjunto de las posibilidades “objetuales” del libre desarrollo de la personalidad, donde el conflicto se resuelve en la prohibición de determinadas vías de ataque<sup>315</sup>. Adicionalmente a la consideración de la forma de ataque al bien jurídico, el grado de prevalencia de tal interés sobre la libertad general, dependerá también de las exigencias del tipo penal, de manera que a mayores exigencias de cara al resultado, como acontece en la estafa por la exigencia del engaño, error, y disposición perjudicial, causalmente enlazadas; menor será la preponderancia del objeto jurídico protegible<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> Las que el autor califica de “inmanentes” en la medida que se radican en la norma misma y no externamente a ella, como en las causales de justificación. KINDHÄUSER, Urs. *Op. cit.* (nota 296, Teoría de las normas...) p. 22.

<sup>315</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Op. cit.* (nota 296, Teoría de las normas...) pp. 22 y 23.

<sup>316</sup> KINDHÄUSER, Urs. (nota 296, Crítica a la teoría...) p. 71. En los delitos patrimoniales cobra relevancia en este contexto, a diferencia de lo que acontece en los delitos contra la vida, la disponibilidad del bien jurídico patrimonio o la ausencia de deberes de solidaridad en relación con el patrimonio ajeno. Por otra parte, tratándose de las modalidades que puede revestir la conducta incriminada en la estafa, es ostensible el contraste con las exigencias impuestas por el delito de homicidio y en alguna medida, por el de lesiones. En la primera, el proceso causal que ha de desembocar en el resultado, “aparece típicamente configurado en sus hitos fundamentales”: (PÉREZ MANZANO, Mercedes. Acerca de la imputación objetiva de la estafa, Jornadas en honor al prof. KLAUS TIEDEMANN. En: *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995.p. 290 y 291.). En efecto, no sólo la acción típica y su relación causal con el resultado producido entrañan el componente central del análisis, como acontece en el homicidio, donde la pregunta sobre el suceso causante abarca las más amplias hipótesis: (HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno. Política Criminal. A7(1), 2006, [1-33] p. 17), sino que para la estafa, han de resolverse cuestionamientos sobre la causalidad entre la acción engañosa propiamente tal, el hito intermedio el acto de disposición patrimonial motivado por el error, y el perjuicio patrimonial. Para KINDHÄUSER, a los bienes como la vida, la autodeterminación sexual o el patrimonio, se adscribe un valor, el cual refleja en mayor o menor medida, la posición relativa de dicho valor en la sociedad y los valores constitucionales. La diversa intensidad de tales constreñimientos, bien pueden comprenderse en la perspectiva de la preponderancia de determinados intereses abstractamente considerados, en la medida que desde el denominado carácter fragmentario del Derecho penal, tanto la opción de criminalizar sólo determinadas vías de ataque al bien jurídico, como la opuesta de regular ampliamente la evitación de un resultado, dan cuenta de una toma de partido propiamente penal sobre la necesidad de protección que reclama determinado bien jurídico. *Op. cit.* (nota 296, Teoría de las normas...) p. 32.

En tales términos, la norma de comportamiento o norma primaria, debe adoptar una postura crítica en la ponderación de los intereses en juego que se plasma en la tipicidad objetiva de la estafa, de la forma expresada en el párrafo precedente, y que consume, en palabras de KINDHÄUSER, el carácter subsidiario del Derecho penal<sup>317</sup>. Tal postura siempre encierra una coordinación de dos intereses contrapuestos, sin perjuicio que una misma norma puede comprender, a su vez, varias coordinaciones de las respectivas tensiones antagónicas binarias. Lo que se persigue significar es que, para servir a sus fines preventivos, la norma primaria debe permitir la identificación de las condiciones bajo las cuáles la libertad general de acción cede frente al respectivo interés protegido, en una situación concreta<sup>318</sup>.

Ahora bien, es en el concierto de la aludida coordinación o ponderación de intereses, donde se agota la misión preventiva de la norma primaria, la que tiene lugar exclusivamente en la categoría sistemática de la tipicidad y no en la antijuridicidad. En efecto, esta última reclama el examen de ponderaciones con intereses ajenos a aquéllos que han fundado la prohibición o el mandato: la primera evaluación, relativa a las conductas merecedoras de sanción en abstracto y en una apreciación *ex ante*, se agota en la consideración del bien protegido, correspondiente al titular de que se trate, sin avanzar a la colación de otros bienes que pudiesen entrar en juego en la concreta situación<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> "(A)quí se halla una de las razones fundamentales para el así llamado carácter fragmentario del Derecho Penal". *Op. cit.* (nota 296, Teoría de las normas...) p. 23. Con énfasis en el principio de protección subsidiaria de bienes jurídicos, AMELUNG expone algunas categorías en que la "opción crítica" ha de resolverse preferentemente por medidas no penales. *Op. cit.* p. 88 y 89.

<sup>318</sup> El carácter impersonal o abstracto de la norma primaria, "(...) resulta necesaria ya por consideraciones prácticas, dado que resulta completamente imposible formular por adelantado exigencias de conducta concretas para toda situación vital imaginable" KINDHÄUSER, *Urs. Op. cit.* (nota 296, Teoría de las normas...) p. 24.

<sup>319</sup> KINDHÄUSER explica que, enfrentados desde la tipicidad, los "(...) elementos de un tipo delictivo son todas aquéllas circunstancias de importancia para la coordinación abstracta de la libertad general de acción del destinatario de la norma y el objeto de protección relevante", en tanto que concierne a las causales de justificación "todas aquellas circunstancias que traen a colación ulteriores intereses merecedores de protección". (nota 296, Teoría de las normas...) p. 25. Consecuente con su predicamento, que ve a la norma completa sólo una vez consideradas las permisiones, SILVA SÁNCHEZ, expresa que la mera constatación de que de la tipicidad no resultan consecuencias jurídico-penales propias, no obsta a considerar que aquélla resulta de una primera ponderación de los argumentos favorables y contrarios a la incriminación. *Op. cit.* (nota 296). p. 394.

### 2.1.2. EL INJUSTO TÍPICO EN LA ESTAFA. COMPONENTE DE LIBERTAD.

Interesa en relación al delito de estafa, la relevancia de la libertad en la estructura misma del concepto de patrimonio. Al efecto, intentaremos delinear el ámbito propio del interés sobre cuyo riesgo de menoscabo, cabe inquirir a la conducta, primeramente para su afirmación de típica y luego, para la eventual imputación del resultado al comportamiento. Al efecto, iniciaremos en análisis desde las construcciones teóricas de patrimonio acuñadas por y para el delito de estafa por la doctrina, con el propósito de delimitar el bien jurídico protegido por el tipo en cuestión, destacando la relevancia de la libertad negocial en su conformación.

Las concepciones personales de patrimonio<sup>320</sup>, ofrecen una perspectiva de utilidad para captar la realidad social que importa el bien jurídico protegido por la estafa, que cabe sustentar como límite a la libertad general de acción a la hora de preguntarse sobre la conducta prohibida. Destaquemos inmediatamente, que lo dicho no obsta al angostamiento que, por razones de certeza jurídica, vendrá de la mano de las categorías de la teoría del delito en que se asientan los fines de la norma secundaria: enfrentados a “pagar el precio de la pena” ante un autor concreto, la objetividad en el resultado, será la máxima a contrastar.

Distingue a las concepciones personales el punto de partida adoptado, esto es, el reconocimiento de un ámbito protegido para el ejercicio de la libertad en materia económica, en términos de reconocer como legítima la intervención penal frente al menoscabo del carácter instrumental de los objetos para el logro de fines<sup>321</sup>, y no como

---

<sup>320</sup> GALLEGO SOLER. *Op cit.* p. 177 y ss. Sobre sus precursores y principales exponentes, *vid. Ibid.* p. 180 y ss. Emparentadas con ellas se encuentran las tesis funcionales, que se definen por la funcionalidad que otorgan al patrimonio para el desarrollo de su titular en uno u otro aspecto. En tal sentido, las tesis personales también son funcionales. *Ibid.* p. 186. Entre los precursores hispanos cabe destacar la referencia efectuada también por CHOCLÁN MONTALVO a ANTÓN ONECA, para quien, en la valoración del perjuicio, habían de ser tenidas en cuenta “las circunstancias del caso individual, dentro de las cuales destacan las necesidades y fines del engañado”. CHOCLÁN MONTALVO *Op. cit.* n. marg. 139 (p. 71).

<sup>321</sup> Visto desde el titular del bien jurídico, se trata del reconocimiento de su subjetividad como elemento configurador de la concreta relación patrimonial en que interviene, “que dota de sentido al significado valioso del patrimonio y que se refleja en la fijación de lo que resulta económicamente dañoso. ASUA BATARRITA. *Op. cit.* p. 127.

un mero estado de cosas en cuanto suma de valor que se aspira a preservar<sup>322</sup>. Bajo estas perspectivas, el titular del patrimonio deja de ser considerado como un aglutinador de objetos<sup>323</sup>, y pasa a ser la principal fuente de los fines a cuyo servicio se han dispuesto los objetos.

Si para la concepción jurídica, la lesión al patrimonio resulta sin más de la frustración de una pretensión subjetiva, para las posturas personales, el amago de la libertad de disposición o contractual, que no vaya acompañada de una disminución económica, carece de relevancia para afirmar una perturbación al bien jurídico<sup>324</sup>. De esta manera, el daño al patrimonio se obtiene conjugando el aspecto de utilidad individual o subjetiva, con el criterio económico del saldo global<sup>325</sup>, conforme destacamos en el Apartado 1.4.3. precedente.

Consecuentemente, para una postura personal, el perjuicio patrimonial aparece determinado por la disminución de la potencialidad para el logro de los fines del titular del bien respectivo, y el objeto en que se representa la merma patrimonial es un referente para determinar aquella disminución, según su idoneidad para servir a aquél<sup>326 327</sup>.

Estos postulados no aspiran a implementar correctivos a la determinación o cálculo del perjuicio desde una noción jurídico-económica de patrimonio, como en el caso de las propuestas individualizadoras<sup>328</sup>, precisamente porque la idea de

---

<sup>322</sup> O bien como mero “acopio de bienes con valor monetario”. ROMERO, Gladys. *Op. cit.* p. 282

<sup>323</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21). p. 45.

<sup>324</sup> ASUA BATARRITA. *Op. cit.* p. 108. Por ello la autora insiste en que “no es suficiente la idoneidad del engaño para motivar el acto de disposición, que en sí mismo no sobrepasa todavía el estadio del menoscabo de la libertad de contratación. *Ibíd.* Importa destacar que ASUA BATARRITA luego precisa que la distinción entre una postura jurídica y personal viene dada por la proyección que se concede a la libertad para el logro de fines individuales, en el contexto de la definición de patrimonio. *Ibíd.* p. 126.

<sup>325</sup> ASUA BATARRITA. *Op. cit.* p. 107.

<sup>326</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) p.45.

<sup>327</sup> El valor de cambio del objeto material respectivo, deja de ser el hito inicial al momento de preguntarse por la lesión patrimonial, como en el predicamento jurídico-económico, sino que inaugura el análisis la cuestión sobre las posibilidades de actuación del titular del objeto material en que recae la acción, en la medida que aquellas determinan los límites máximos del bien jurídico pasible de perturbación GALLEGU SOLER. *Op. cit.* p. 218. En referencia a la repercusión en la compensación, que resultaría excluida bajo una apreciación fundada en el mero valor de cambio. *Ibíd.* p. 234.

<sup>328</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) p.45. Se trata de las posturas que GALLEGU SOLER agrupa bajo el rubro de “correcciones normativo-individualizadoras”, en las que incluye las

patrimonio viene delimitada, en su más amplio significado, por una concreción de la libertad, que por incidir en la potencialidad del logro de fines con ocasión de los objetos, no puede desplegarse ante la privación no consentida de éstos. El umbral más limitado, pero al mismo tiempo más certero de afectación de tal libertad, la constituye el valor del bien que la denota, coincidente con aquél de que se serviría la postura jurídico-económica. El más amplio, la frustración del fin perseguido, irrogada a raíz de la privación del objeto dispuesto al efecto.

Una acertada comprensión de las bases de las posturas personales, echa por tierra las críticas que le son dirigidas, tachándolas de reducir el bien jurídico tutelado en la estafa, a la mera libertad subjetivamente configurada<sup>329</sup>. A nuestro juicio, la implicación de la libertad debe ser necesariamente considerada en el concepto de patrimonio, e incidir con particular énfasis en la interpretación del tipo legal de la estafa<sup>330</sup>.

Comprender la estafa como un delito contra el patrimonio no releva de la consideración que sólo tiene sentido preguntarse por la relevancia del perjuicio

---

teoría objetivo-material, y objetivo-individual o teoría de la frustración del fin; y que, en síntesis, toman distancia del valor de mercado referido a un abstracto *homo æconomicus*, como patrón para determinar el perjuicio. *Ibíd.* p. 344 y ss. Sobre una síntesis de tales postulados, *vid.* ASUA BATARRITA. *Op. cit.* pp. 82, 106, 118 y 134. Y sobre sus críticas desde nuestro medio, *vid.* HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 205). pp. 199 y ss. Y especialmente en exposición y crítica a las posturas objetivo individuales, *vid.* SCHLACK Muñoz, A. Aplicación de criterios objetivo-individuales en la constatación del perjuicio patrimonial en el delito de estafa. Ius Publicum. Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás. Santiago, (9) 133-146, 2007.

<sup>329</sup> ASUA BATARRITA. *Op. cit.* p. 83: destacando el debilitamiento de la seguridad jurídica como corolario del subjetivismo. En nuestro medio, particularmente por HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 205). pp. 203 y ss.

<sup>330</sup> Sin embargo, la tendencia mayoritaria en materia de estafa considerará la relevancia del bien jurídico en el resultado, en cuanto lesión al patrimonio, resultando minoritaria la que advierte su rendimiento en el comportamiento típico engañoso, en cuanto lesión de la libertad por instrumentalización de la víctima. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, parte especial*. 15ª ed. Valencia, Ed. Triant Lo Blanch, 2004. p. 431 y ss. Para esta concepción, el engaño sirve para imputar el perjuicio patrimonial al autor, pero, por sí sola, la instrumentalización de la víctima carece de relevancia. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) p. 50. Sobre la descripción, rendimiento y críticas de cada postura. *Id.* pp. 52 y ss. Para GALLEGO SOLER, junto al patrimonio, el componente de lesión a la libertad reviste particular fuerza en el delito de estafa, en la medida que al acto de disposición patrimonial se presta un consentimiento nulo. No obstante, el autor se ocupa de precisar que de ello no se desprende que la libertad sea el único bien tutelado, y ni siquiera que la libertad genéricamente considerada encuentre protección jurídico penal en la estafa. *Op. cit.* pp. 241 y 242.

patrimonial, asentada una afectación de la libertad como funcional a aquél<sup>331</sup>. Se trata, en palabras de PASTOR MUÑOZ, que la instrumentalización corresponda a un proyecto de lesión del patrimonio, y el perjuicio, a la cristalización en el resultado de dicha instrumentalización<sup>332</sup>. Luego, para afirmar estafa, el perjuicio sólo puede explicarse por la afectación de la libertad, y en el anverso, la instrumentalización de la víctima pasible de ser admitida, sólo será aquella funcional al perjuicio que se le cause.

Corolario del sentido que adquiere la lesión patrimonial, en cuanto no será tal sin una afectación a la libertad, es la contrastada relevancia del consentimiento en cuanto causal de atipicidad en las regulaciones de los delitos contra la propiedad y el patrimonio<sup>333</sup>. En tales términos, no se protege el patrimonio si no hay lesión de la

---

<sup>331</sup> La consideración de la libertad desde el patrimonio como único bien tutelado por el tipo legal de la estafa, viene de la mano de la postura de KINDHÄUSER, quien dejando atrás su planteamiento sobre la protección dual a la libertad de disposición y el patrimonio, se decanta por entender que la primera forma parte del segundo. En su nuevo planteamiento, el derecho a la verdad no es el escudo de protección de la libertad de disposición entendida como bien jurídico autónomo, sino el derecho cuya lesión determina la pertenencia material al autor del acto de disposición perjudicial llevado a cabo formalmente por la víctima. "*Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft*". En: *Festschrift für Günther Bemmman*. SCHULZ, Joachim y VORMBAUM, Thomas (Hrsg.). Baden-Baden, 1997; citado por PASTOR MUÑOZ, Nuria. El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director) ¿Libertad económica o fraudes punibles? Madrid y Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2003 (67-90). p. 81, y n. marg. 43. Sobre la versión en español del artículo aludido de KINDHÄUSER, *vid. infra*. n. marg. 537.

<sup>332</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op cit.* (nota 21) p. 55.

<sup>333</sup> GALLEGO SOLER destaca la función del elemento error en materia de estafa, destinado precisamente a excluir de protección penal a toda disposición patrimonial libre o consciente. Por eso, el autor advierte que la relevancia de la libertad dota de contenido al fin de protección de la norma de los delitos patrimoniales, de tal modo que no se puede afirmar la existencia de una lesión patrimonial sin la existencia de la lesión a la libertad de disposición patrimonial. En el anverso, la tutela del patrimonio, por su configuración típica en la estafa, supone proteger necesariamente la referida libertad. *Op. cit.* p. 238 y ss.

LUZÓN PEÑA no advierte inconveniente en admitir el consentimiento como causal de atipicidad en el ámbito patrimonial, en la medida que importa precisamente ejercicio de la facultad de disposición, aunque la aprecia también, y al mismo tiempo como causal de justificación, en la medida que el hecho se torna lícito en general. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Causas de atipicidad y causas de justificación. En: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Coord), MIR PUIG, Santiago. Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal. Barcelona, Ed. Aranzadi, 1995, p. 23.

En una tajante diferenciación entre motivos de atipicidad y de justificación, para SILVA SÁNCHEZ, las causas de exclusión del injusto penal, erradican el carácter penal del injusto, sin que el hecho resulte permitido a la luz de todo el ordenamiento jurídico, sino sólo en términos penales, de manera que podría o no configurar un hecho antinormativo extrapenalmente. Las causales de justificación, no sólo excluyen el injusto penal sino que convierten al hecho en jurídicamente permitido para todos los sectores del Derecho. SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.* (nota 296) pp. 396 y 397. Para KINDHÄUSER, también las causas de justificación son coordinaciones de

libertad, y aquélla quedará comprendida por el injusto de la estafa, sólo si se encuentra al servicio de la lesión patrimonial. Tal es la “conexión material esencial” que destaca PASTOR MUÑOZ, y que la lleva a comprender que en la estafa no se trata de dos desvalores desligados, sino vinculados funcionalmente, donde la reunión de ambos conforma un *plus* respecto de su mera adición<sup>334</sup>.

Como hemos referido, bajo las concepciones personales de patrimonio, adquiere prioridad la valoración del perjuicio efectuada por el titular patrimonial por sobre la que realiza el mercado, de manera que el perjuicio queda definido en términos de frustración de la finalidad económica pretendida por el sujeto con su disposición patrimonial, con independencia de una disminución monetariamente evaluable<sup>335 336</sup>.

En el ámbito de las corrientes personales, las aportaciones de PASTOR MUÑOZ y GALLEGOS SOLER, enfatizan que un predicamento tal, no debe ser asimilado a una concepción subjetivista extrema<sup>337</sup> o que se obtiene de cada concreto sujeto pasivo en una determinación unilateral y arbitraria<sup>338</sup>. Expresan que se trata de pergeñar criterios intersubjetivos para determinar el menoscabo patrimonial<sup>339</sup>, en términos de considerar las preferencias del titular, sin dejar en sus manos la definición del patrimonio<sup>340</sup>.

---

intereses, pero válidas de manera general y referidas a circunstancias que no desempeñan siempre un papel en la aplicación de las normas de prohibición penales, sino solamente lo hacen en situaciones especiales. Cuando se exige la consideración de intereses adicionales, opuestos y de mayor rango, éstos han de ser tenidos en cuenta por la vía de las causas de justificación KINDHÄUSER, Urs. Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2007, p. 72.

<sup>334</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) p. 55.

<sup>335</sup> Sobre la delimitación del perjuicio como consecuencia de la adscripción a cada una de las concepciones de patrimonio aludidas en este trabajo, *vid.* GALLEGOS SOLER. *Ibíd.* pp. 322 y ss.

<sup>336</sup> CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* p. 72. GALLEGOS SOLER. *Ibíd.* p. 366: siguiendo a HARRO OTTO, es concluyente en afirmar que realmente el criterio para configurar el perjuicio patrimonial corresponde a “la alteración de la función de la concreta organización patrimonial del sujeto jurídico”. *Ibíd.* p. 367, n. marg. 269.

<sup>337</sup> “En definitiva, lo personal no tiene que identificarse con los fines del titular existentes en su mundo psíquico”. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21). p. 86 y 87.

<sup>338</sup> GALLEGOS SOLER. *Op. cit.* p. 368 y ss.

<sup>339</sup> Al efecto GALLEGOS SOLER distingue tres grupos de negocios que denomina “con sentido estereotipadamente económico”, “con sentido estereotipadamente no económico” y “con sentido mixto”, los que deben conjugarse con relaciones que pueden revestir un carácter anónimo y con aquéllas en que intervienen elementos interpersonales, configuradores de la concreta relación patrimonial. *Op. cit.* p. 369 y ss. También destaca la relevancia de un enfrentamiento intersubjetivo en este aspecto, ASUA BATARRITA. *Op. cit.* p. 128.

<sup>340</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) p. 73.

Sobre el particular, PASTOR MUÑOZ sostiene que la única limitación al patrimonio como libertad es el Derecho, de manera que resulta legítima la facultad de los particulares de desestandarizar la relación económica, máxime si la finalidad del mercado es la satisfacción de sus necesidades económicas concretas, individuales. Tal desestandarización correspondería a una personalización de segundo grado, porque las de primer nivel las concibe como limitadas a las valoraciones generales del mercado, la que operarían en términos supletorios<sup>341</sup>. Ahora bien, la incorporación de las prioridades intersubjetivamente relevantes en la relación económica demanda un esfuerzo expresivo suficiente para atribuirle un carácter vinculante en la relación económica concreta<sup>342</sup>.

Para PASTOR MUÑOZ, la dependencia del concepto personal de patrimonio, fuerza a definir el perjuicio como la pérdida de poder jurídicamente reconocido que se constata tras comparar la pretensión intersubjetivamente relevante de la víctima con la prestación efectivamente recibida, y no la mera pérdida de un bien, o el saldo negativo que resulta de la comparación de prestación y contraprestación<sup>343</sup>.

---

<sup>341</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.*(nota 21) 83. Sostiene que bajo parámetros abstractos se puede llegar a proteger el patrimonio contra la voluntad de su titular. *Ibíd.* pp. 77 y ss. A favor de la perspectiva concreta que propugna, aduce argumentos sobre la atribución de valor merced a un proceso interpretativo; el reconocimiento de la contrariedad a Derecho como única barrera infranqueable para las valoraciones diversas a las del mercado; y la relevancia que para las relaciones económicas alcanzan los términos de la misma cuando son plasmados de un modo intersubjetivamente vinculante. *Ibíd.* p. 78.

<sup>342</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.*(nota 21) pp. 83 y 84. La autora, con miras a mantener la consistencia entre los conceptos de patrimonio y perjuicio, cuyo déficit critica a las posturas individualizadoras de éste último, define el patrimonio a partir de la idea de una base material compuesta por los bienes de los que el sujeto es titular, jurídicamente reconocidos, sobre la que se proyectan los valores o fines del titular. En definitiva, singulariza al patrimonio el ejercicio de libertad que se traduce en una relación de poder sobre los bienes de cara a los fines del titular. Esta definición de patrimonio determina que este último tenga una dimensión “personal”, lo que se ve reforzado por un proceso de interacción entre autor y víctima que da espacio o permite tal personalización. La existencia de una serie de bienes sobre la que se proyecte la escala de valores o fines del titular es el presupuesto de la existencia de patrimonio como libertad, pero no el objeto de protección del tipo penal de la estafa. Añade que la pertenencia de un bien a la base material del patrimonio depende de la configuración del mercado en cada momento histórico, pero, sobre todo, de que exista alguien dispuesto a negociar sobre ese bien, de modo que no puede ser excluida apriorísticamente, porque bienes carentes de valor monetario de mercado, sí pueden ser base de una relación económica por el juicio de valor “antieconómico” legítimo del titular patrimonial. *Ibíd.* p. 81 y 82; 85 y 86.

<sup>343</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21). p. 86. Y en alusión a la frustración de los fines como perjuicio en n. marg. 38.

A nuestro entender, pese a la gravitación de la libertad de disposición sobre el propio patrimonio en el injusto del delito de estafa, su presencia carece de rendimiento al efecto de configurar el elemento capital a que atiende la ley para su punición, a saber, el monto traducido en dinero del perjuicio. Nuestros reparos se fundan en la irrelevancia de la configuración intersubjetiva emprendida por las partes de un negocio jurídico, para la gravitación penal de la conducta de uno de ellos, máxime cuando en los supuestos de negocios bilaterales, sólo una de las partes perseguirá *ab initio* cumplir lo pactado, en tanto que la otra, sólo lo aparentará, desde que en ello habitualmente ha de consistir el engaño<sup>344</sup>.

Cuando el orden jurídico privado traza límites a la autonomía de los particulares, naturalmente explicita la indisponibilidad de los supuestos de la imposición de la sanción penal, los que se obtienen del propio Derecho penal y de las reglas del proceso penal<sup>345</sup>.

No se trata de cuestionar la sinceridad de las declaraciones del contratante cumplidor, tachándolas de dirigidas a criminalizar el negocio para el caso de incumplimiento, granjeándose una certera garantía, sino sólo de asentar la improcedencia de elevar a la categoría de punible, conductas que sólo reconocen respuesta en el ámbito de la responsabilidad civil. Naturalmente una evaluación anticipada de los perjuicios o cualquier convención sobre las bases para determinarla, no por su carácter intersubjetivo y de “justo enriquecimiento” a los ojos del Derecho privado, deja de ser un aspecto de la relación jurídica carente de rendimiento para fundar la imposición de una pena.

---

<sup>344</sup> Asumir el contenido intersubjetivo exteriorizado como común a ambos contratantes, contrasta con la postura dogmática y jurisprudencial más difundida en España sobre la exigencia del *dolus antecedens* en los llamados negocios civiles criminalizados, en la medida que éste resulta incompatible con la fidedigna elevación de intereses individuales a elementos determinantes de una negociación que sería sólo una apariencia.

<sup>345</sup> Como explica KINDHÄUSER, las normas de Derecho penal tienen el carácter de normas de Derecho público de manera que aquél a quien el destinatario de la norma adeuda su seguimiento sólo puede ser el Estado, lo que trasunta en que las normas penales no fundamentan inmediatamente derechos subjetivos de los titulares de los bienes jurídicos afectados frente al autor, porque éstas coordinan intereses diversos a aquéllos implicados en el Derecho civil, atinentes a las relaciones de los ciudadanos entre sí, sin que quepa al Estado reclamar su cumplimiento. Expresa el autor, que la exigencia de cumplimiento por el Estado de la norma penal, no excluye que el interés protegido pueda tener la estructura de un derecho subjetivo. *Op. cit.* (nota 296, Teoría de las normas....) pp. 26 y 27.

Si bien no se persigue abordar aquí el tema de los fines de la pena, cabe precisar que aquéllos se estiman corresponder a la maximización de la utilidad colectiva, en el contexto de la minimización de la violencia estatal. Es decir, y observado desde el punto de vista opuesto, se trata de la necesidad de la sanción para la minimización de la violencia arbitraria por parte de los individuos, pero también de la violencia estatal mediante la garantía de los derechos, que obstan a la reducción del sujeto a objeto de determinados fines<sup>346</sup>. Mal podría verse satisfecha tal utilidad colectiva, en todos los casos en que el perjuicio responda a una configuración económica personal extravagante, por más que sea compartida por dos o más sujetos con intereses convergentes. En el concierto de la cuestión sobre la legitimación de la pena, el problema planteado concierne a la fundamentación del comportamiento penado, más que al de la pena misma<sup>347</sup>.

Sobre la limitación del componente de libertad a la hora de inquirir por la determinación del perjuicio, cobra relevancia el contraste entre delitos contra la propiedad y el patrimonio. Para SAMSON, una primera sistematización apunta a distinguir el bien jurídico en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, para luego profundizar la línea divisoria entre ambos, desde la clase de ataque al bien jurídico<sup>348</sup>. En lo que nos interesa, la relevancia de la distinción entre derechos absolutos y patrimonio, acaba discriminando entre él o los objetos concretos abarcados por la acción del sujeto activo, en cuanto se relacionan con un sujeto determinado (cualquiera sea el nivel de personalización que aquélla comporte), versus su valor. Luego, este último no puede ser entendido, sin caer en la difuminación del distingo, en el valor de

---

<sup>346</sup> FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal mínimo*. [en línea] <<http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/06/el-derecho-penal-minimo-l-ferrajoli/>> [consulta: 25 Agosto 2010]. pp. 14 y ss.

<sup>347</sup> KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 310, Personalidad, culpabilidad...) p. 35.

<sup>348</sup> En principio, los delitos contra la propiedad (contra derechos absolutos) requieren solamente una reducción de la posibilidad de disponer. No condicionan ningún perjuicio al patrimonio. El hurto sólo exige la sustracción de un bien mueble con intención de apropiarse. Según esta idea en nada importa si el bien carece de valor o si el propietario tuvo pérdidas en su patrimonio. Por el contrario, los delitos contra el patrimonio se dirigen contra éste en su conjunto y aunque ataquen posiciones jurídicas particulares de la víctima, sólo tiene importancia el hecho de que se reduzca el valor global de su patrimonio. ZUGALDÍA ESPINAR. *Op. cit.* p. 26, en particular la referencia a los postulados de SAMSON en n. marg. 50.

los bienes para el sujeto, incluso regresivamente en términos económicos<sup>349</sup>. Tal interés viene protegido por los delitos contra derechos absolutos, pero por sí sólo, no es objeto de tutela en los delitos contra el patrimonio, donde debe concurrir una pérdida de valor del patrimonio globalmente considerado, apreciada más allá de los fundamentos que le asisten al sujeto para mantener el bien consigo.

BASCUÑÁN destaca como dominante la concepción opuesta a la expresada (monista) en la doctrina chilena y española, cuyo principal déficit adscribe a su tendencia al análisis indiferenciado de los presupuestos de punibilidad de los atentados a la propiedad y el patrimonio. Pero, la propuesta aquí defendida sobre el bien jurídico corresponde, según expresa el autor antes citado, a aquella denominada “dualista”, donde la relevancia de la distinción entre delitos contra la propiedad y el patrimonio viene puesta precisamente en la relevancia subjetiva, vale decir, la gravitación del objeto material del delito para el plan del individuo. En los delitos contra la propiedad, su expresión es máxima y determinante, de manera que el robo, por ejemplo, no deja de ser tal porque el objeto genere a su propietario únicamente gastos, si su plan era conservarlo. En tanto que en los delitos contra el patrimonio, la estandarización es la exigencia a que se subordina la relevancia penal del perjuicio, obtenido bajo una perspectiva contable que contrasta los planos previo y posterior al hecho<sup>350</sup>.

En relación con el propósito del presente apartado, interesa destacar la observación de BASCUÑÁN sobre el carácter institucional del patrimonio, en contraste con aquél marcadamente fáctico de la propiedad<sup>351</sup>. En el patrimonio, se trata de un haz de reglas que permiten identificarlo y extraer su rendimiento en ámbitos como la determinación de su titularidad, su consideración como universalidad, el valor de cambio de los objetos que lo conforman, o el momento de la producción del perjuicio, entre otros. Si en la propiedad la referencia viene determinada por su consideración “como instrumentos para la realización de acciones estratégicas”, en el patrimonio tutelado, aunque también se trata de un poder al servicio del libre desarrollo de la

---

<sup>349</sup> Aquello que, conforme el socorrido ejemplo, le lleva a conservar el malogrado asno que le acarrea más costos que utilidad objetiva y por tanto la decisión económica correcta sería donarlo o sacrificarlo.

<sup>350</sup> BASCUÑÁN. *Op. cit.* p. 293.

<sup>351</sup> “(L)os delitos de apropiación descansan sobre un hecho bruto: la relación fáctica existente entre el cuerpo de una persona y el cuerpo de una cosa”. BASCUÑÁN. *Op. cit.* p. 295.

personalidad, éste ha de configurarse bajo exigencias de objetividad y carácter normativo<sup>352</sup>.

De esta manera, no procede la formulación de un concepto único y omnicomprendido de intereses patrimoniales<sup>353</sup>, si se atiende a la distinción antes esbozada, en la medida que no sería más que un retorno al concepto jurídico, que comprende al patrimonio como una reunión de los derechos y obligaciones de los que una persona es titular, desde que la lesión del bien jurídico vendría determinada por la pérdida de un derecho, sin distingo de su valor de cambio<sup>354</sup>.

En definitiva, estimamos errada la postura que ve en el patrimonio una concreción del ejercicio de la libertad, sin la limitación concerniente al valor de los bienes bajo parámetros objetivos, porque precisamente en dicho criterio se asienta la distinción, fundamentalmente correcta a nuestro juicio, entre delitos contra la propiedad y el patrimonio, junto a las modalidades comisivas que conciernen a cada grupo<sup>355</sup>.

Ahora bien, planteado el problema de la relevancia del intercambio de información, bajo los postulados procedimentales que en el contexto intersubjetivo propone PASTOR MUÑOZ, el déficit viene dado, bajo nuestro parecer, por la carencia suficiente de validez general. La dimensión de legitimidad penal de una propuesta sobre perjuicio patrimonial no debe ceder ante consideraciones del caso concreto, sino que fundarse en un criterio uniforme de medición de las circunstancias, con abstracción de las infinitas particularidades de cada situación<sup>356</sup>.

---

<sup>352</sup> BASCUÑÁN. *Op. cit.* p. 296.

<sup>353</sup> En contra GALLEGO SOLER, quien propugna un concepto uniforme de bien jurídico para todos los delitos contra bienes instrumentales. *Op. cit., passim*.

<sup>354</sup> HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 205). pp. 203 y 208. El autor destaca la exclusión de la compensación del perjuicio bajo una postura personal, en los mismos términos que en la jurídica.

<sup>355</sup> Como expresa ZUGALDÍA ESPINAR, con este planteamiento coincide SCHMIDHÄUSER, quien afirma que para el empleo del Derecho penal se dividen los bienes jurídicos en dos grupos bien diferenciados: propiedad y patrimonio. Los delitos contra la propiedad lesionan el poder amplio del propietario sobre la cosa, incluidas las cosas sin valor (las fotografías de los antepasados, por ejemplo); los delitos contra el patrimonio lesionan la libertad de una persona para actuar económicamente y suponen siempre un valor económico de los objetos en cuestión. ZUGALDÍA ESPINAR. *Op. cit.* p. 28, con referencia en n. marg 53 a SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht*, p 69.

<sup>356</sup> HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 205). p. 215. Para HERNÁNDEZ (*Ibid.* p. 209 y 210), la incompatibilidad de cara a las exigencias del Derecho positivo chileno, de las tesis subjetivas en la determinación del perjuicio, viene formulada a partir de la regulación del delito de aplicación pública diferente del Art. 236 CP. El autor estima, en síntesis, que se ha previsto de manera

No es éste el lugar para dilucidar el baremo de relevancia intersubjetiva para el tipo legal de la estafa, más o menos general, al que cabe recurrir para la determinación del perjuicio. Pero estimamos que la propuesta formulada por HERNÁNDEZ respecto del llamado valor de cambio, en cuanto entraña la expresión de un acuerdo más o menos amplio basado en el carácter de medio absoluto del dinero<sup>357</sup>, representa un parámetro que satisface las aspiraciones de generalidad, certeza y última ratio<sup>358</sup>, que legitiman al Derecho penal y, por cierto, su interpretación.

En las condiciones planteadas, la solución al rubro de supuestos que desde antaño fundan el desarrollo de las propuestas personales de patrimonio<sup>359</sup>, han de resolverse con base en una valoración económica del perjuicio apreciable en términos de liquidez del activo<sup>360</sup>, el que, con razonables concesiones en el plazo de reducción del mismo a dinero, pudiese captar incluso la utilidad marginal atinente al valor subjetivo expresado de modo general en la variable precio. La noción propuesta se articula en base a las contingencias del mercado, en una apreciación concreta, que permite recepcionar las circunstancias de tiempo, lugar, posición en el mercado y

---

particularmente excepcional, incluso respecto de los delitos de malversación, la simple frustración de fines económicos del Estado como perjuicio, en la medida que la norma referida prohíbe desviar recursos fiscales a fines públicos diversos, infringiendo las respectivas normas presupuestarias. A nuestro juicio, huelga un elemento común en la base de la comparación que se persigue formular: la pérdida de un objeto de índole patrimonial. En la estafa siempre el perjuicio ha de apreciarse desde la pérdida de un objeto de índole patrimonial, exigido por un delito que presenta la estructura de lesión con desplazamiento y enriquecimiento correlativo. En el caso del Art. 236 CP. se trata de pura frustración de fines, sin desplazamiento de un objeto material idóneo requerido para inquirir sobre la perturbación al bien jurídico patrimonio.

<sup>357</sup> HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 205). p. 215, con referencia a PAWLK sobre el dinero en n. marg. 65.

<sup>358</sup> Como corolario del “establecimiento de una protección fragmentaria, circunscrita estrictamente a aquellos intereses patrimoniales asociados al valor de cambio de las transacciones o bienes, representa, en consecuencia, una decisión completamente legítima del legislador en materia penal”. HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 205) p. 215.

<sup>359</sup> Ejemplificadas en nuestra literatura por HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 205) p.198 y ss.

<sup>360</sup> En teoría económica, por liquidez se entiende la cualidad de un activo para ser reducido a dinero, en cuanto medio de cambio en la economía, en un tiempo breve y sin pérdidas. MAMKIW N. Gregory. Principios de economía. 5ª ed., México, Cengage learning editores S.A., 2009, p. 643. Así, la merma líquida se determina por el valor del objeto comprendido como aquél en que se transa en el mercado respectivo, en un plazo dentro del cual no se asuma una pérdida por la premura en su realización.

dirección de la disposición, destacadas por HERNÁNDEZ como garantía de racionalidad en la apreciación<sup>361</sup>.

Desde el criterio antes enunciado, las trabas jurídicas se imbrican con las económicas, porque el tráfico económico, para desplegarse cabalmente, requiere de expectativas más estables que el mero poder fáctico de aprovechamiento: “en una economía de mercado el punto de vista normativo no puede ser otro que el del orden jurídico que hace posible dicha economía”<sup>362</sup>.

Trazado en líneas generales el rendimiento de las diversas corrientes que se encuentran en la noción de patrimonio tutelado por la estafa, destaquemos que el concerniente a las posturas personales, se vincula a la necesaria afectación de la libertad desde la que debemos enfocar una merma traducida en objetos<sup>363</sup>. Sobre éstos, aquélla representa un rubro tan inagotable de posibilidades, como la imaginación humana misma, razón por la que las restricciones han de limitar aquello por lo que se está dispuesto a castigar, a una medición conforme parámetros de racionalidad objetiva.

Al situarnos en la noción personal del patrimonio, en cuanto bien jurídico tutelado por la estafa, hemos perfilado el interés que cabe oponer a la libertad general de acción en el seno de la norma de conducta del indicado delito. Y éste no es otro que la potencialidad del desarrollo individual en materia económica, a partir de los bienes instrumentales, en el marco jurídico que permite una sociedad<sup>364</sup>.

De esta manera, el ejercicio de la libertad que comporta la noción de patrimonio a que se ha adscrito, puede verse limitada por medidas previstas por el propio Orden jurídico, frente a su ejercicio en condiciones que el derecho desapruueba. Se trata de medidas que importan en grado variable una restricción al bien jurídico patrimonio, que

---

<sup>361</sup> HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 205) p. 217. El autor expresa que conforme a criterios como los propuestos, la determinación del perjuicio se hace en términos válidos para cualquier persona que se encuentre en la misma situación objetiva de mercado, posibilitando su control racional.

<sup>362</sup> BASCUÑÁN. *Op. cit.* p. 293.

<sup>363</sup> Se trata de que cuando el tipo penal exige una cuantificación del perjuicio para graduar la ulterior imposición de la pena, como acontece en la estafa, en caso alguno se ven alterados los presupuestos metodológicos del concepto personal de patrimonio. GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 232.

<sup>364</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* p. 216 y 217 y 230. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 331, El redescubrimiento...). p. 87.

amplía en su desmedro, el ámbito de la libertad general de acción<sup>365</sup>, delineando el ámbito de lo prohibido bajo pena. Sobre cuáles son esas consecuencias según el grado de reprobación del Derecho, la vertiente jurídica que la prevé, y su relevancia para la tipicidad en el delito de estafa, versará el análisis sucesivo.

## 2.2. EXPRESIÓN POSITIVA DE LA LIMITACIÓN A LA LIBERTAD NEGOCIAL EN ACTOS PENALMENTE ILÍCITOS.

Las reflexiones del apartado precedente, han sido planteadas con miras a brindar suficiente fundamentación a la perspectiva de *lege lata* vertida en las líneas que siguen. La cuestión radica en precisar que, si la ley ha previsto la privación de porciones patrimoniales concretas utilizadas en la perpetración de un ilícito penal en cuyo contexto podríamos apreciar una defraudación, se trata de una cortapisa o limitación a la libertad negocial. En nuestra propuesta, la falta de reconocimiento jurídico lo es respecto de la libertad del agente, cuyo ejercicio se ha traducido en el empleo de concretos objetos patrimoniales, como medio para la perpetración del delito que mencionaremos como “base”, en referencia a aquél que perseguía realizar la víctima de la defraudación.

Luego, no se trata de la exclusión de la tutela penal de un objeto con prescindencia de los criterios que permiten contemplar el injusto del delito de estafa<sup>366</sup>, sino de adscribirla precisamente a tal predicamento y como corolario del mismo. La orientación en referencia se nutre de la distinción entre el objeto jurídico del delito de estafa y su objeto material, destacando que los medios objetuales utilizados en la

---

<sup>365</sup> Los motivos que juegan en sentido opuesto al bien jurídico tutelado, podrían incrementar su significación en el caso particular, al extremo de excluir la necesidad y legitimidad de la prohibición penal SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.* (nota 296) pp. 404 y 405.

<sup>366</sup> Es por ello que se requiere estar frente a hechos exteriores que representen el comienzo de ejecución del tipo delictivo directamente, resultando excluida la responsabilidad sobre la base de la mera resolución o voluntad delictiva, no exteriorizada a través de los hechos directos que para la tentativa exige el Art. 7° del CP., sin perjuicio de los actos de proposición o conspiración, cuando éstas resultan punibles. Sobre el particular en nuestro medio *vid.* POLITOFF y MATUS. *Op. cit.* (nota 270). pp. 77, 78, 80. Y más extensamente, POLITOFF L., Sergio. Los Actos Preparatorios del Delito. Tentativa y Frustración. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1999, pp. 133 y ss. Sobre tales planteamientos formulados en relación con el Derecho penal español, *vid.* CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa. *ADPCP*. Madrid, (LX): 39-96, 2007, p. 40.

comisión del delito que el estafado perseguía perpetrar, por ejemplo, cohecho o tráfico de estupefacientes, deben ser apreciados como potenciales objetos del delito de estafa cometido en su contra y desde tal perspectiva, descartarse su condición de tal y asentarse la consecuente falta de idoneidad de la conducta para satisfacer la faz objetiva del ilícito tantas veces referido. Veremos a continuación las razones en que descansa tal predicado.

En lo que respecta al objeto jurídico del delito de estafa, la atención viene puesta en el componente de libertad que en él se aloja, cuya posición hemos delineado en el apartado precedente, porque sobre la valoración mensurada monetariamente de los objetos afectados a la hora de determinar el perjuicio, sólo cabe preguntarse cuándo éstos ya han superado el filtro del objeto material idóneo reclamado por la categoría de la conducta típica.

Interesa precisar que desde diversas orientaciones<sup>367</sup> se destaca la importancia de la respuesta penal, en relación con los objetos implicados en la conducta

---

<sup>367</sup> GALLEGO SOLER resalta los efectos de la conducta en cuanto delictiva, en términos que de aquélla se deriva la prohibición de obtener cualquier beneficio, tanto en materia civil, como en la regulación penal del comiso concerniente a los efectos o instrumentos del delito. Destaca, además, que la limitación referida cede ante la prescripción de la pena y consecuencias accesorias, pasando a ser considerado patrimonio digno de protección penal. *Op. cit.* pp. 271 y 278.

Afirmando que el Derecho penal, en su carácter de última *ratio*, no puede dispensar protección donde el Derecho civil la niega, CHOCLÁN MONTALVO destaca que el comiso previsto por la ley penal, irroga la falta de derecho a la contraprestación en el caso de la víctima delinuyente, “bien porque la ganancia dejada de obtener hubiera procedido de un hecho punible (caso del estafador estafado, por ejemplo), bien porque la contraprestación consista en un servicio constitutivo de delito (ejemplo, tráfico de influencias, etc.)”. Añade que también es objeto de comiso, el instrumento del delito, esto es, el patrimonio individual; de manera que quien se vale de su patrimonio para realizar un hecho penalmente, pierde todo derecho a la restitución. *Op. cit.* pp. 217 y 219.

DE ERENCHUN ARTECHE, con miras a determinar si el hecho de no declarar ganancias o beneficios de origen ilícito delictivo a la Hacienda Pública, en las distintas modalidades impositivas, debe ser considerado como defraudación fiscal, estima que la solución se alcanza apreciando las consecuencias jurídicas, de carácter económico, que el Ordenamiento jurídico contempla según cada supuesto particular. De tal manera que aquéllas ganancias de actividades ilícitas para las que no se prevé ninguna consecuencia jurídica, estarían sujetas a tributación (por ejemplo, la prostitución o el juego). Pero cuando se contempla una consecuencia de carácter económico, bien por el Derecho civil (restitución, reparación, indemnización) o, además, por el Derecho penal (comiso) las ganancias que provienen de la realización de un hecho delictivo se restituyen o se decomisan, resultando excluida su tributación. El autor distingue cinco posibilidades, en función del carácter delictivo, torpe o ilícito de la causa, por un lado, y de la afectación de la causa a ambas partes o a una de ellas, en los dos primeros supuestos (*vid. supra.* n. marg.111). *Op. cit.* pp. 209, 240 y ss.

penalmente antijurídica, o mejor dicho, en la conducta que supone el empleo de concretos activos patrimoniales en la perpetración de un ilícito penal. Tal respuesta opera mediante la previsión de la pena o consecuencia del comiso. Destaquemos preliminarmente que la respuesta a la cuestión sobre el rendimiento del comiso en ordenamientos jurídicos que lo consultan fuera del ámbito de una sanción penal, esto es, como una medida accesoria o valiéndose de expresiones que denoten su procedencia al margen de las reglas de aplicación de las penas, no corresponde proporcionarla en este trabajo. Ahora bien, debemos poner de relieve que la mayor o menor discreción otorgada al adjudicador a la hora de disponer el comiso como consecuencia asociada a la perpetración de un delito, no desvirtúa su carácter de regla para la acción frente a determinados ilícitos, porque su fuente legislativa o judicial no prejuzga sobre su contenido *per sé*, máxime si su procedencia asentada judicialmente adquiere un grado de uniformidad consecuente con el principio de igualdad.

Sobre el alcance de la referida sanción de comiso en los supuestos que hemos caracterizado en este trabajo, bien se trate de la defraudación en la prestación ilícita o el pago por ella acordado, en sí lícito, la solución será la misma, porque en el primer rubro (“pago - no realización de la prestación ilícita”) el objeto mismo de la obligación “lícita” cumplida caerá en comiso<sup>368</sup>. En la segunda hipótesis (“ejecución de la prestación ilícita –impago”) será objeto de la pena de comiso la prestación lícita ofrecida, a menos que se trate de objetos inexistentes, fingidos o indeterminados.

Naturalmente, todo lo expuesto viene referido a la antijuridicidad y demás requisitos del castigo penal, en la medida que sólo la reunión de aquellos, a nuestro entender, postula rendimiento para privar de protección a título de estafa, como será demostrado en el siguiente apartado.

Pasemos entonces a dar cuenta de los dos pilares que sustentan los asertos antes vertidos: el primero atiende a la regulación de la pena de comiso en el Derecho chileno, y el segundo, a la consecuente atipicidad por ausencia de objeto material idóneo.

---

<sup>368</sup> Sin perjuicio del alcance de nuestra propuesta en relación a los servicios ilícitos delictivos por los que se ha pagado un precio, expuesta desde la crítica al planteamiento de POLITOFF *et al* sobre el particular, en la parte final del Apartado 1.4.3 precedente.

### 2.2.1. COMISO EN EL DELITO MATERIA DE LA NEGOCIACIÓN.

Acorde con lo dispuesto por los Arts. 21 y 31 del CP., el comiso constituye pena accesoria común a crímenes y simples delitos<sup>369</sup>. Su aplicación respecto de las faltas, reviste señaladas particularidades, concernientes a su imposición facultativa (Art. 500 del CP.), limitada a los efectos o instrumentos que indica expresamente la ley, pero ampliada más allá de los responsables de la infracción (Art. 499 del CP.).

Tratándose, en todo caso, de una sanción accesoria, su imposición se ve condicionada por la aplicación de la pena privativa de libertad, de multa o privativa de otros derechos, que trae aparejada el delito como sanción principal. Se trata, además, de una pena de imposición necesaria, cada vez que se aplique aquélla que la lleva consigo<sup>370</sup>. Integra las llamadas “penas pecuniarias”, junto a la multa y la caución, en tanto afecta el patrimonio o propiedad del condenado como bien jurídico del que éste es privado<sup>371</sup>. A nuestro juicio, procede el comiso cualquiera sea el grado de desarrollo del delito, bien se trate de la proposición, conspiración, tentativa o frustración, siempre que deban sancionarse con una pena que lleve consigo la accesoria en cuestión<sup>372</sup>.

Según las normas legales antes citadas, el legislador nacional expresamente ha contemplado el comiso como una pena penal; cual es precisamente el tratamiento que le confiere nuestra doctrina<sup>373</sup>, de manera que exige ejecutoriedad de la sentencia

---

<sup>369</sup> Respecto de delitos culposos, aluden expresamente a la improcedencia del comiso, BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de Derecho penal. Madrid, Ed. Trotta, 1997, Vol. I, p. 244.

<sup>370</sup> Cfr. NÁQUIRA R., Jaime. Principios y penas en el Derecho penal chileno. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 10 (28): 1-71, Abr. 2008 [en línea] <<http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>> [consulta: 19 Agosto 2010]. pp. 31 y ss.

<sup>371</sup> ETCHEBERRY O., Alfredo. *Op cit*, t. II, 2004. p. 164. CURY URZÚA, Enrique. Derecho penal. parte general. Santiago, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, 1997, t. II, p. 319. NÁQUIRA. *Op.cit.* p. 38.

<sup>372</sup> En tal sentido se pronuncian ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALIAGA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho penal, parte general. 4ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Ediar, 2002. p. 987. También, GARCÍA MARTÍN, Luis. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. 2ª ed., Valencia, Ed. Triant Lo Blanch, 2000. p. 398.

<sup>373</sup> *Vid supra* n. marg. 343. En Argentina es también regulada como pena en el artículo 23 CPA, y la doctrina de dicho país la estima en los mismos términos. Así, NÚÑEZ, Ricardo C. Manual de Derecho penal, parte general. Córdoba, Argentina, Ed. Marcos Lerner, 1999. p. 313. ZAFFARONI *et al. Ibid.*, destacando que su carácter de pena la distingue de las medidas administrativas.

definitiva que imponga alguna de las penas que lo llevan consigo, sin perjuicio de las medidas de incautación o retención reguladas en el CPP.

Difiere sobre el particular la previsión del comiso como una “consecuencia” en la regulación contenida en el los Arts. 127 y 128 del CPE., la que ha dado lugar a dificultades a la doctrina respectiva para considerarla pena o medida, con la consecuente relevancia de su aplicación a inimputables y en general respecto de bienes correspondientes a sujetos no responsables penalmente, o cuya responsabilidad se ha extinguido<sup>374</sup>.

Entre nosotros, su carácter de pena convoca los constreñimientos propios del principio de legalidad consagrado en la Constitución<sup>375</sup>, junto al principio de personalidad de las penas<sup>376</sup>, por la limitación impuesta a su imposición sólo al sujeto responsable del delito, desde que, como expresamente lo dispone el Art. 31 del CP., no se extiende a bienes que no pertenezcan a los partícipes en el delito: por regla general, no alcanza a quienes sean titulares de los bienes, pero ajenos a la responsabilidad penal por el delito que daría lugar al comiso<sup>377</sup>.

También importa una limitante de la mayor relevancia, predicable respecto del comiso, aquélla concerniente a los fines de la pena. No este el lugar para abordar un

---

<sup>374</sup> CONDE-PUMPIDO, alude a su consideración de pena en la codificación previa a 1995, en tanto que en el CPE. de 1928 se le consideró medida de seguridad. En el CPE. de 1995 se la prevé como una consecuencia accesoria, su imposición resulta facultativa, según concurren las exigencias legales y se amplió su base, contemplando además de efectos e instrumentos, a las ganancias, sin perjuicio que con la ley 15-2003, se adicionaron las expresiones bienes y medios. El autor distingue cuatro grados de accesoriadad para estimar procedente su imposición en tal carácter, a saber, accesoriadad mínima; media; máxima; e hiper accesoriadad, conforme se exija tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad y punibilidad de la conducta. Estima que la regulación española en vigor demanda una accesoriadad mínima, desde que basta con la tipicidad de la acción, sin que la consecuencia accesoria de comiso pueda estimarse excluida por la concurrencia de causales de justificación o exculpación, excusas legales absolutorias o incluso por una causal de extinción de la responsabilidad penal, como la prescripción. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Director). Código penal comentado. 2ª ed. Barcelona, Ed. Bosch, 2004, t. I, p. 398 y ss.

<sup>375</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal”. Revista penal [en línea] <[http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA\\_PENAL\\_DOCS/Numero\\_1/43-55.pdf](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_1/43-55.pdf)> [consulta: 22 Junio 2011]. p. 50.

<sup>376</sup> NÁQUIRA. *Op. cit.* p. 14.

<sup>377</sup> Tal restricción no se contempla en las faltas, según el Art. 499 CP. En el Art. 45 de la ley. 20.000, se subordina su procedencia en contra de terceros, a que hubieren facilitado o adquirido bienes pasibles de ser decomisados, a sabiendas de su destino u origen. A las disposiciones de la precitada norma sobre su procedencia se remite la ley 19.913 sobre lavado y blanqueo de activos, en su Art. 33 d).

tema de la bastedad de aquél referido, pero sí debemos asentar que el comiso participa, con ciertas prevenciones, de la necesidad de justificación de toda pena en cuanto privación de derechos fundamentales, y que tal justificación no es otra que la protección de bienes jurídicos, amagando los del penado, en la medida mínima necesaria para tal propósito<sup>378</sup>. MAPELLI CAFFARENA subraya los fines preventivo situacionales del comiso, relativos a la evitación del fácil acceso del agente a instrumentos que ya han servido para la perpetración de un ilícito<sup>379</sup>. Tal planteamiento, lejos reflejar la adhesión a tesis relativas de la pena, importa reconocer que dado su carácter accesorio, en el comiso destaca su carácter acentuadamente preventivo.

Todo parece indicar que el legislador nacional ha previsto la sanción de comiso sólo respecto de conductas que, además de antijurídicas, puedan estimarse culpables, conforme resulta del citado Art. 31 del CP., en relación con los Arts. 348, inciso 3°; 466; 467 y 481 CPP<sup>380</sup>. Al efecto, estimamos que la distinción entre ejecución de sentencias penales y ejecución de medidas de seguridad (post delictuales), plasmadas en los epígrafes de los párrafos 2° y 4° del Título VIII del Libro IV del CPP, y en los respectivos Arts. 467 y 481 del mismo cuerpo legal, no es más que consecuencia de la diferenciación sustantiva entre penas y medidas de seguridad<sup>381</sup>. En tales condiciones, la mera referencia a la extensión de las penas que, con un propósito limitativo de las medidas de seguridad, regula la última disposición legal citada, en nada altera la particular índole de estas últimas. Entonces, no procede el comiso tratándose de la aplicación de medidas de seguridad, tanto en cuanto pena propiamente tal, como en cuanto accesoria de penas privativas de libertad o de multa. Sin perjuicio, satisfechas las exigencias que prevé el Art. 470, inciso final, del CPP., podrá disponerse la destrucción de los instrumentos o efectos del hecho antijurídico perpetrado por el inimputable, cuando postulen un carácter *per se* ilícito.

En relación a su contenido, tratándose de crímenes y simples delitos, el comiso entraña la privación genérica de los efectos que provengan del delito o de los

---

<sup>378</sup> *Vid. supra*, Apartado 2.1.2., en particular la referencia en n. marg. 304

<sup>379</sup> *Op. cit.* p. 51 y 52

<sup>380</sup> Se trataría de una accesoriedad máxima o “híper accesoriedad” en la taxonomía propuesta por CONDE-PUMPIDO. *Vid. supra* nota 374.

<sup>381</sup> HORWITZ L., María Inés, y LÓPEZ M., Julián. Derecho procesal penal chileno. 1ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, t. II. p. 595.

instrumentos con que se ejecutó<sup>382</sup>. Luego, comprende a los instrumentos en cuanto medios materiales de que los autores se hayan valido para perpetrarlo; y a los efectos, en tanto objetos materiales sobre los cuáles ha recaído la acción delictiva o que sean producto de ella<sup>383</sup>. Bajo la mención “efectos del delito”, queda comprendido el objeto material del mismo<sup>384</sup>, sin perjuicio que la doctrina española mayoritaria estima que éste, por regla general, se encuentra excluido del ámbito de la sanción<sup>385</sup>.

Como se acaba de indicar, la doctrina nacional limita el comiso a objetos materiales, descartando su extensión a atributos o propiedades de personas<sup>386</sup>, o bien

---

<sup>382</sup> Sin perjuicio que el Art. 499 CP. contempla una enumeración que la restringe a determinados efectos e instrumentos, en materia de faltas. El Art. 45 de la ley 20.000 amplía sensiblemente la base de aplicación de la pena en referencia, incluyendo “todo otro instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en esta ley; los efectos que de ellos provengan y las utilidades que hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, o las transformaciones que hubieren experimentado (...)” además de los precursores y “(...) las materias primas, elementos, materiales, equipos e instrumentos usados o destinados a ser utilizados, en cualquier forma, para cometer alguno de los delitos sancionados en esta ley”. A las disposiciones de la precitada norma sobre la base de aplicación de la pena de comiso se remite la ley 19.913 en su Art. 33 d).

<sup>383</sup> ETCHEBERRY. *Op cit.* t. III, p. 167. CURY URZÚA. *Op cit.* (nota 399, Tipo penal...) p. 374.

<sup>384</sup> ETCHEBERRY. *Op cit.* t. III, p. 167. En modo alguno se estima que el Art. 251 del CP., al contemplar expresamente para el delito de cohecho el comiso de las dádivas, permita entender su exclusión como regla general. Tal disposición, es estimada como un pleonismo en cuanto reitera la regulación general contenida en el Art. 31 del CP. Cfr. ETCHEBERRY. *Op cit.* t. IV. p. 259: precisando que su consideración razonablemente obedece a obviar confusiones y dejar en claro que la multa igual o proporcional a la dádiva, no reemplazaba al comiso.

<sup>385</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Op. cit.* p. 51, en especial, n. marg. 18. Los argumentos que formula sobre el particular AGUADO CORREA, atinentes a la previsión expresa en materia de narcotráfico, blanqueo de capitales, tráfico de influencias y cohecho, del comiso del objeto sobre el cuál recae la acción del delito, de la que se sigue su exclusión en los restantes supuestos abarcados por la regla general del Art. 127 CPE., nos parecen desacertados. En síntesis, porque las regulaciones referidas apuntan al comiso de bienes objeto de sucesivas transformaciones, precisamente por tratarse de ilícitos que suponen una serie de conductas dirigidas a la obtención de ganancias líquidas, pasibles de circular libremente en la economía, en términos que la alusión al objeto material del delito o al precio de aquél, viene formulada con referencia a las sucesivas mutaciones del mismo, cual es la base que se persigue ampliar para el comiso. Tal postulado resulta predicable también respecto de los delitos funcionarios aludidos, en la medida que los métodos de control y prevención de los mismos, atinentes al carácter público del estado patrimonial de funcionarios públicos, fuerza a contemplar la pertinencia de abarcar las mutaciones de los activos ilícitos. AGUADO CORREA, Teresa. “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código penal”. Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología. [en línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf>> [consulta: 30 Agosto 2011]. pp. 14 y 15.

<sup>386</sup> ZAFFARONI *et al.* alude a “cosas en particular”, debiendo velarse por que la pérdida de especificidad del comiso, no desborde sus límites, llegando a la confiscación proscrita constitucionalmente. *Op. cit.* p. 987

cosas pasibles de una exclusiva apreciación intelectual, con lo que resultan excluidos beneficios ofrecidos, inexistentes o fingidos, calidades o títulos aparentes<sup>387</sup>, e incluso atributos de la personalidad, como el patrimonio o la capacidad de ejercicio.

Ahora bien, en lo que nos interesa, la prestación pagada por el potencial defraudado al potencial defraudador a cambio de un servicio u objeto ilícito, constituiría el objeto material del delito de estafa que pudiere apreciarse. Aquella prestación en sí lícita, corresponde precisamente al instrumento del delito “base” para el adquiriente del bien o servicio ilícito; y el efecto del delito de estafa para el “prestador” del mismo. Por ejemplo, la retribución del sicario constituye el efecto del delito de homicidio y para el inductor, entraña el medio. Pero la complejidad surge cuando el sicario defrauda a instigador, incumpliendo su cometido. En tal hipótesis un mismo objeto pudiese entrañar el carácter de instrumento de un delito (homicidio) y de efecto de otro (estafa), si se dan las exigencias requeridas para la configuración de ambos.

De tal manera, pese a compartir la postura que no aprecia la expresa previsión del objeto del delito como comprendido bajo las expresiones efectos e instrumentos, tal predicamento en nada altera la fundamentación que aquí se viene desarrollando, la que se centra en la procedencia de la sanción de comiso respecto de lo dado o pagado por el servicio ilícito y su influencia en la tipificación de la estafa, mas no en el pago visto como objeto material de ese delito. Pero aún cuando en ambos delitos se tratase del de estafa, subsiste la función de medio o instrumento desempeñada por el pago para el primero y la de objeto para el segundo.

Aunque parezca que lo expresado alcanza únicamente a la estructura denominada como de pago no seguida de la realización de la prestación ilícita, a nuestro juicio, la prestación ilícita, de materializarse, pertenecerá al Estado en virtud de la pena de comiso. Frecuentemente el engaño en la estafa consistirá en aparentar o fingir la existencia del objeto de la prestación ilícita, pero lo relevante es que frente a su existencia, nada obsta a la procedencia del comiso en cuanto efecto del delito. Lo expresado, naturalmente, se extiende a bienes ilícitos, porque en relación a servicios, mal podría considerarse que éstos deban prestarse a beneficio estatal al disponerse su comiso. Pero interesa destacar que, en razón de la expresa previsión en algunas parcelas jurídicas y en el Derecho comparado, del comiso de las ganancias, incluyendo

---

<sup>387</sup> ZAFFARONI *et al.* *Op. cit.* p. 988.

sus transformaciones, el incremento en los activos del agente que supone haberse beneficiado del servicio ilícito por el que no pagó, como el reflejo del valor de la fuerza de trabajo del perjudicado, podría verse también alcanzado por el comiso. En las condiciones apuntadas, una previsión del comiso de las ganancias, en cuanto contempla la transformación de los activos, permite dar cuenta del enfoque normativo de una “renuncia al pago anticipado de la prestación ilícita” que concierne al deber ser en cuanto destino de ese activo para el patrimonio del sujeto activo: la ausencia de su consideración como ganancia o incremento<sup>388</sup>.

En general, conforme resulta de los Art. 468, inciso 4º, y 469 CPP., los bienes objeto de la sanción de comiso pertenecen al Estado y este puede conservarlos, destinándolos a los fines expresamente previstos en cada caso - enajenarlos o destruirlos - según corresponda. Cabe destacar que sobre su destino, no resulta procedente ningún efecto suspensivo, debiendo procederse en los términos ya referidos.

Finalmente, destaquemos que entraña un límite a la sanción de comiso, prevista por el propio Ordenamiento jurídico, la prescripción de la acción penal o la pena de delito de que se trate. En definitiva, aquélla obstará a la aplicación o ejecución de la sanción en comento, y la mera apariencia oponible a terceros, cristalizará en un auténtico límite oponible al Estado, por la improcedencia de privación del objeto a título de comiso<sup>389</sup>.

## 2.2.2. AUSENCIA DE CONDUCTA TÍPICA POR FALTA DE OBJETO MATERIAL.

No viene expresado en el tipo de la estafa, elemento categorial alguno sobre el objeto de ataque requerido para satisfacer la tipicidad objetiva. En tales condiciones, éste viene exigido como un componente cualquiera, siempre que su pérdida incida en

---

<sup>388</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) pp. 347 y 348.

<sup>389</sup> Sin perjuicio de las acciones civiles que resten a éste último para obtener la restitución de los bienes respectivos. En estos términos y para los fines del análisis, conforme lo expresado en n. marg. 325, para DE ERENCHUN ARTECHE, lo relevante es distinguir si los bienes deben ser restituidos o decomisados; opciones que resultan tanto del destino a la especie retenidas conforme las reglas procesales pertinentes (en el Derecho chileno los Art. 189, 469 y 470 del CPP.) donde el comiso cede frente a la restitución en los casos que la ley la ordena a favor de la víctima; como de las acciones disponibles para el perjudicado una vez extinguida la acción penal, si su plazo de prescripción fuere mayor. *Op. cit.* p 241.

la valorización global del patrimonio apreciada en los términos a que hemos adscrito como una síntesis de rendimientos económicos y jurídicos<sup>390</sup>. En definitiva, se requiere su relevancia mensurable en términos contables, para la irrogación del perjuicio<sup>391</sup>

Naturalmente, la imbricación entre el objeto material y jurídico que resulta de lo expuesto, no releva al intérprete de la identificación o concreción del elemento patrimonial lesionado, cual es aquél respecto del que ha de apreciarse el ataque al bien jurídico para tener relevancia penal<sup>392</sup>. Porque enfrentados a la pregunta acerca de si tiene sentido inquirir sobre la lesión al bien jurídico a raíz de la privación de aquel concreto y determinado objeto patrimonial, nuestra propuesta responde distinguiendo los rendimientos de la aludida noción en el ámbito de la conducta típica, en cuanto categoría en que se asienta el desvalor de acción, respecto de aquél propio del resultado<sup>393</sup>.

En el resultado, tratándose de un delito de resultado de lesión como lo es la estafa, viene planteada la exigencia de la afectación de la sustancia del bien jurídico<sup>394</sup>. Se trata de una cuestión limitada a la constatación de una alteración externa, atinente al estado de cosas previo a la conducta y que es consecuencia de ésta.

Pero en la conducta típica, el bien jurídico se plasma en una toma de partido del legislador respecto de un contexto situacional determinado, que involucra aspectos que, en una aproximación metodológica preliminar, podemos clasificar en objetivos y subjetivos<sup>395</sup>. De entre los aspectos objetivos destaca el llamado objeto material del delito, el que concreta el rubro de personas o cosas sobre las que debe recaer la

---

<sup>390</sup> *Vid supra*, Apartado 2.1.2.

<sup>391</sup> Cfr. CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* p. 64. BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 4). pp. 18 y ss.

<sup>392</sup> CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* p. 65. BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 4). pp. 18 y ss..

<sup>393</sup> *Vid supra*, Apartado 2.1.1.

<sup>394</sup> En definitiva, el elemento que distingue a estos delitos de cualquier otro pasible de ser encasillado como de peligro, corresponde a que su injusto consiste en la lesión de un bien jurídico que se traduce en el menoscabo de su sustancia. En contraste, distingue a los delitos de peligro, cualquiera sea su clase, que mediante el hecho se crea solamente el peligro de una lesión. KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *InDret, Revista para en análisis del Derecho*. Barcelona, (1) Febrero 2009 [en línea] <<http://www.indret.com>> [consulta: 22 Abril 2011] pp. 3 y 7.

<sup>395</sup> *Vid.*, sobre el contenido material de la tipicidad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Nuevo sistema de Derecho penal. Madrid, Ed. Trotta, 2004, pp. 76 y ss.

acción u omisión para poder ser apreciada como relevante en términos de perturbación al bien jurídico, vale decir, en cuanto portadora de riesgo para el referido interés<sup>396</sup>.

En definitiva, el objeto material del delito importa una de las ventanas desde donde es permitido observar, muy temprano al avanzar en la afirmación de la tipicidad objetiva, la potencial perturbación al bien jurídico y en consecuencia, delimitar también muy tempranamente, los límites entre una conducta prohibida o permitida.

Para el análisis sucesivo, debemos asentar que si el elemento concreto atacado no entraña objeto material idóneo del delito de estafa, carece de sentido intentar siquiera avanzar en la relación de riesgo de la conducta para el bien jurídico, y la consecuente determinación de su relevancia en términos de representación, a la hora de apreciar el perjuicio. En definitiva, no estando presente el bien jurídico, no cabe hablar de comportamiento penalmente relevante. Tal sería, por ejemplo, el caso de objetos intransferibles, como el aire o las estrellas, o inexistentes en tanto entidades, como la belleza o la bondad.

Como se advierte, no se trata de una cuestión que deba apreciarse desde el mero resultado, como podría hacernos pensar la ausencia de objeto material, tratándose de un delito de resultado de lesión como lo es la estafa. En efecto, podría argumentarse en relación a tal delito que la cuestión radica en determinar, sin más, si el objeto material concreto forma parte del patrimonio, para así condicionar a la respuesta afirmativa a tal interrogante, la satisfacción del objeto material requerido por la tipicidad objetiva del delito de estafa, en tanto que a la negativa, su exclusión. Pero, en este rubro de ilícitos, de los múltiples factores que pueden acarrear la ausencia de resultado, todos aquéllos pertenecientes al ámbito de la relevancia del riesgo de su producción, y con mayor razón los que le son previos, deben enfrentarse antes de la causalidad y el resultado. Se trata de destacar, entonces, la importancia de hablar antes de todo, de la imputación a la conducta o al comportamiento, por su relevancia en la determinación del desvalor de acto puro, exigido como condición necesaria y suficiente del delito tentado y frustrado<sup>397</sup>.

---

<sup>396</sup> *Vid supra*, Apartado 2.1.2.

<sup>397</sup> Al respecto ALCÁCER GUIRAO expresa que el peligro como atributo de la conducta, concierne a la creación de un riesgo típicamente relevante, sin perjuicio de la consideración del riesgo como resultado en un nivel posterior. "Al resultado típico ha de preceder, como estado inmediatamente anterior, una puesta en peligro del bien jurídico protegido, y ésta ha de ser

Es por ello que BUSTOS y HORMAZÁBAL estiman a la acción peligrosa o de riesgo para el bien jurídico, como la culminación de la tipicidad, relegando el resultado y su explicación causal a la antijuridicidad, de manera que el acento viene puesto en el desvalor de acto, determinado objetivamente por la capacidad de la acción concreta para poner en peligro o riesgo el bien jurídico<sup>398</sup>.

Dicha peligrosidad es también destacada por FRISCH, quien la comprende como una cualidad específica de la conducta típica en los delitos de resultado, en cuanto potencialidad en la producción de aquél correspondiente al tipo, con base en conocimientos empíricos. Sostiene que tal cualidad o implicación riesgosa determina la proscripción penal de la conducta, al extremo que constituye el fundamento de la prohibición<sup>399</sup>.

Asentando la relevancia de una teoría de la conducta típica, FRISCH<sup>400</sup> destaca sus ventajas por sobre el mero predicamento de la creación de un riesgo desaprobado jurídicamente, postulado por los defensores de la teoría de la imputación objetiva. El autor aboga su sustitución como mero fragmento de la teoría de la imputación, por la delimitación conceptual entre la conducta típica y la realización del peligro. En la base de sus planteamientos atiende a la relevancia, desde la perspectiva del agente, del conocimiento del carácter prohibido de su conducta en el sentido del tipo, de modo de descartar la atribución del resultado antes de la pregunta sobre la representación de la conducta en él.

FRISCH agrega que una categoría sistemática debe ser desarrollada para posibilitar la definición de los límites de la norma de conducta, lo que importa atender a

---

precisamente consecuencia, manifestación, de la peligrosidad inicial de la conducta en virtud de la cual su realización estaba prohibida". En tal planteamiento, el autor destaca el cometido de la norma penal de determinación u orientación de la conducta, concordante con aquél expuesto en este trabajo, en la medida que afirma que, la idea de peligrosidad *ex ante* se convierte en elemento esencial del desvalor de la acción. De esta manera, desde los fines preventivos de la norma de conducta, la prohibición centra su atención antes que el agente dé comienzo a la acción y no cuando ésta ya se ejecutó, aun cuando después se compruebe la ausencia de alguna circunstancia requerida por la hipótesis consumativa. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa. *ADPCP*. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica, XLIX (II) Mayo-Agosto de 1996, pp. 482, 488 y 506.

<sup>398</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL. *Op. cit.*(nota 395) p 77

<sup>399</sup> FRISCH, Wolfgang. Tipo penal e imputación objetiva. Madrid, Ed. Colex, 1995, pp. 95 y 96.

<sup>400</sup> FRISCH. *Op. cit.* (nota 399). pp. 102 y ss.

razones materiales, que van más allá de la centralidad en la atribución del resultado, en la medida que de una teoría avocada precisamente a la imputación de resultados, no puede deducirse el fundamento de la sanción de estados previos a la lesión, que presuponen la ausencia de un resultado imputable, como la tentativa<sup>401</sup>. Agrega que en materia de dolo, éste también, al recaer sobre toda la parte objetiva del tipo, debe comprender la aparición de un riesgo del resultado propio de la conducta captada por el tipo, vale decir, el dolo debe recaer en el riesgo desaprobado en el sentido del respectivo delito de resultado y no por cualquier otra causa: un riesgo típico en el sentido de la conducta prevista en el tipo que, por tanto, se obtiene precisamente de la interpretación sistemática de aquélla<sup>402</sup>. Sobre la relevancia general de tal comprensión, destaca su rendimiento en las relaciones entre la teoría de la imputación y la teoría de la acción, en la medida que, comprender la peligrosidad desaprobada como central en la teoría de la conducta típica de los delitos de resultado, refleja adecuadamente el criterio fundamental de la relevancia social que caracteriza, en general, a las conductas jurídico-penalmente relevantes<sup>403</sup>.

Resulta evidente que la falta de objeto material acarreará, en definitiva, la ausencia de resultado, pero el carácter cúlmine de éste no autoriza a prescindir de categorías sistemáticas previas, como enfáticamente hemos puesto de relieve. Tal aproximación apreciaría erróneamente la relevancia de la conducta típica del sujeto activo, desde la perspectiva de la infracción a la norma secundaria, en condiciones que ésta debe ser enfocada desde la norma de conducta: la plenitud del rendimiento de

---

<sup>401</sup> El autor, en una obra diversa, precisa que lo que distingue la tentativa del delito consumado, es el injusto de resultado. Antes, en el injusto de comportamiento, no hay diferencia. FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.* (nota 284) p. 60.

<sup>402</sup> Sobre los rendimientos en materia de dolo, el autor, en una obra diversa, explica que comprender la conducta típica, a través de la creación de riesgo desaprobado, requiriendo para dicha conducta, en la hipótesis dolosa, el conocimiento del agente del riesgo desaprobado propio del comportamiento, acertadamente entiende el obrar doloso como obrar con conocimiento y reconocimiento de tales riesgos relevantes normativamente, pero además, “libera a la doctrina del dolo de lastre innecesario (que sólo oscurece la aplicación del Derecho), de problemas y soluciones aparentes”. FRISCH. *Op. cit.* (nota 399). p. 64.

<sup>403</sup> Desde sus postulados, tanto la impunidad de la consumación, como el rechazo de la tentativa, pueden provenir de una misma vertiente: “la tentativa presupone siempre acciones dolosas en el sentido de cada delito, y tal supuesto falta cuando el propio autor atribuye a su conducta un riesgo que, según la valoración del ordenamiento jurídico, es considerado como un riesgo generalmente tolerado en un determinado ámbito vital”. FRISCH. *Op. cit.* (nota 399) p. 105.

una teoría sobre la conducta típica, exige prescindir del resultado para efectos analíticos<sup>404</sup>.

En las condiciones apuntadas, la falta de objeto material debe ser apreciada como una causa de atipicidad de la conducta, en la medida que no cabe la atribución de aquella efectivamente acaecida a la descrita en el tipo legal<sup>405</sup>. Naturalmente se trata de una causa de atipicidad por falta de componente objetivo, que se consume en la ausencia de comportamiento valorable como idóneo en relación al tipo legal. Precisemos que el rubro general de este capítulo de atipicidad consiste en la falta de comportamiento<sup>406</sup>, en tanto que el particular, a aquellos supuestos en que su ausencia se constata en razón de la falta de objeto.

Bajo nuestra comprensión, se trata de casos de ausencia de desvalor de acto<sup>407</sup> entendido como la capacidad objetiva de la acción para crear un riesgo para el bien jurídico<sup>408</sup>. En contraste, los restantes supuestos de atipicidad reclaman un juicio sobre el riesgo asumido, esto es, una relación de peligro para el bien jurídico pasible de ser predicada respecto del comportamiento. En estos últimos casos, se distinguen dos grandes rubros: la valoración del riesgo concurrente como aquella concernida por el tipo (delimitación del riesgo típico), junto a la autonomía del sujeto potencialmente lesionado para consentir en la lesión<sup>409</sup>.

Estimamos que una comprensión amplia de la acción típica, ha de extenderse desde el concepto mismo de acción como acontecer dotado de posibilidades de

---

<sup>404</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.* (nota 296) p. 351, 381, 401 y 418. KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 394) p. 13

<sup>405</sup> BUSTOS y HORMÁZABAL. *Op.cit.* (nota 395) p. 85. Los autores destacan que la tipicidad supone un proceso valorativo de atribución de un ámbito social determinado a su descripción por el tipo legal.

<sup>406</sup> Aquella puede deberse, por ejemplo, a la calidad del sujeto en los delitos especiales propios.

<sup>407</sup> Sobre cuya relevancia, desde una crítica a los postulados de la denominada teoría de la imputación objetiva, *Vid.* FRISCH. *Op. cit.* (nota 399, Tipo penal...). p. 92 y ss.

<sup>408</sup> Singulariza a estos supuestos la exclusión de todo riesgo para el bien jurídico. BUSTOS y HORMÁZABAL. *Op.cit.* (nota 395) p. 86. Como refiere SOLA RECHE, todo criterio de imputación, por más que parta de la producción de un resultado jurídico-penalmente relevante, debe sintonizar con el principio de contravención de las normas: sólo cuando ese resultado se corresponda con un comportamiento que infrinja la norma puede indagarse la responsabilidad penal del autor y, por lo aquí dicho no compete a las normas jurídico-penales prohibir u ordenar comportamientos que objetivamente no sean peligrosos. SOLA RECHE, Esteban. La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal. *ADPCP*, T. XLVII, (I), Enero-Abril 1994 (167-186), p. 179.

<sup>409</sup> BUSTOS y HORMÁZABAL *Op.cit.* (nota 395) p. 86.

sentido para el Derecho penal<sup>410</sup>, hasta la determinación del carácter peligroso de la conducta en el sentido del tipo legal, dejando en un estado intermedio de observación metodológica, a todos los elementos previos y necesarios para entrar al análisis del riesgo, tales como la calidad de funcionario público del sujeto activo en un delito especial propio, o de ajena de la especie en un delito contra la propiedad<sup>411</sup>.

Como se anticipó, el motivo de atipicidad por falta de objeto material de la acción que nos convoca, puede ser apreciado desde la perspectiva de la denominada tentativa absolutamente imposible, irreal o tentativa absolutamente inidónea, también llamada “delito imposible” o “delito putativo”<sup>412</sup>.

En esta materia, la postura objetiva del legislador nacional, plasmada en el Art. 7° del CP., y calificada como tal por la doctrina en nuestro medio, exige constatar la presencia de una acción pasible de ser evaluada sobre su carácter riesgoso para un espectador objetivo<sup>413</sup>. Se trata de la presencia del injusto de acción, concerniente al

---

<sup>410</sup> SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.* (nota 299, Normas y acciones...). pp. 44 y ss.

<sup>411</sup> Corresponde a la atribución al sujeto, no únicamente de una acción, sino de algo que está en el paso siguiente, esto es, de una acción jurídico-penalmente relevante. ALCÁCER GUIRAO. *Op. cit.* p. 480. Pese a la simultaneidad de ambos juicios que consigna el autor, debemos destacar la importancia de su diferenciación para efectos analíticos.

<sup>412</sup> BUSTOS y HORMÁZABAL. *Op. cit.* (nota 395) p. 122. GARRIDO MONTT. *Op. cit.*, t. II, p. 379. Para POLITOFF y MATUS, los supuestos referidos no ponen en riesgo de manera alguna los bienes jurídicos protegidos, quedando sometidos a un mismo tratamiento pese a sus diferencias. Los autores explicitan como notas distintivas de la tentativa inidónea, la ausencia de riesgo por la falta o inexistencia del objeto de la acción, porque el medio empleado es absolutamente ineficaz para el fin, o debido a que falta en el sujeto activo una característica personal establecida en la ley. Por su parte, en el “delito putativo”, sostienen que la falta de riesgo para el bien jurídico resulta de la errónea creencia del sujeto activo acerca de la punibilidad de su conducta. *Op. cit.* (nota 269). p. 78

<sup>413</sup> Para POLITOFF y MATUS, por regla general, los actos que no consisten en “dar comienzo a la ejecución de un delito por hechos directos”, como reza el Art. 7° del CP., aunque estén encaminados a ello, no son punibles. Así, para los autores, afirmar la presencia de actos punibles exige constatar, a lo menos, que estemos frente a una tentativa, o como se le denomina en gran parte de la legislación europea, a una tentativa simple, por oposición a la tentativa acabada, o delito frustrado, entre nosotros. Añaden que, bajo una postura objetiva, dominante en la legislación de Holanda, España e Italia, se exige la “realización de actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a cometer el delito” (Art. 56 del Código penal italiano), o de “actos que objetivamente deberían producir el resultado” (Art. 16 del CPE.), con independencia de la representación del autor. Sobre la doctrina nacional, refieren la adscripción mayoritaria a una postura “objetivo material”. *Op. cit.* (nota 269). pp. 77, 78, 80 y 82. Explícitamente sobre la comprensión como objetiva de la regulación legal chilena en la materia, que sanciona únicamente la tentativa “relativamente inidónea”, *vid.* POLITOFF L., Sergio. *Op. cit.* (nota 366, Los Actos Preparatorios...) pp. 133 y ss. En contra, estimando como “fundamentalmente correcta” una postura subjetiva, CURY URZÚA, *Op. cit.* p. 218.

desvalor de acto, apreciado en términos de la peligrosidad inherente a la acción típica *ex ante*<sup>414</sup>, para cuya apreciación se deben considerar objetivamente los actos externos ejecutados, en su aptitud para el hombre medio situado *ex ante*, en la posición del autor. Luego, cuando para dicho espectador objetivo en la situación del autor, carece de toda base que se alcance la consumación, bien sea por razones fácticas o por razones jurídicas, estaremos frente a la tentativa irreal; no punible<sup>415</sup>.

En tal escenario, una conducta que no reúne las condiciones para convocar interés, por no avenirse con los límites lingüísticos de más expedito acceso de la descripción contenida en el tipo penal, como lo es el objeto material, no merece ser evaluada desde la óptica del peligro, y no puede estimarse, en consecuencia, útil para dar lugar a una tentativa punible.

A diferencia del socorrido ejemplo en que un sujeto dispara sobre una cama en que la víctima parece estar durmiendo, en circunstancias de que en realidad sólo había un bulto que simulaba su figura, la privación de los activos patrimoniales comprometidos que supone la pena de comiso, no ofrece una perspectiva de enjuiciamiento que enfrente a las posturas desarrolladas sobre la fundamentación de la tentativa a partir de legislaciones que, como la nuestra o la española, optan por una postura eminentemente objetiva<sup>416</sup>. Naturalmente, la opción del legislador regulando la procedencia del comiso, trasunta una toma de partido respecto de la exclusión del objeto material mismo del delito y, por tanto, de cualquier duda sobre la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico<sup>417</sup>.

---

Sobre la calificación de objetiva a la regulación legal chilena en la materia, *vid.* POLITOFF L., Sergio. *Ibid.* pp. 133 y ss. En contra, estimando como “fundamentalmente correcta” una postura subjetiva, CURY URZÚA. *Op. cit.* (nota 371) p. 218.

<sup>414</sup> CUELLO CONTRERAS. *Op. cit.* p. 64.

<sup>415</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* 4ª ed., Barcelona, 1982. pp. 480 y ss.

<sup>416</sup> Sobre una semblanza del Derecho español como una síntesis de aspectos objetivos, pero sin descuidar los subjetivos, *vid.* CUELLO CONTRERAS. *Op. cit.* pp. 40, 42, 43, en particular, 70 y 71.

<sup>417</sup> CUELLO CONTRERAS. *Op. cit.* p. 69: ¿Por qué es punible el disparo al bulto de la cama en que se cree que descansa un hombre?, ¿dónde reside la peligrosidad de esta acción que justifique su punición?, ¿qué distingue este caso de otros en los que tampoco se puede producir el resultado típico y, sin embargo, no se punen?. Evidentemente no en el peligro para el bien jurídico, inexistente en todos ellos. La diferencia estriba en que, en el ejemplo, el autor se ha representado y ha ejecutado (dolo) un proceso causal adecuado al tipo y un objeto de ataque idóneo (saber nomológico), a diferencia de lo que ocurre en la tentativa irreal y, en general, en los casos de “causalidad putativa”.

Bajo nuestro parecer, siguiendo a CUELLO CONTRERAS<sup>418</sup>, en la peligrosidad a que nos referimos, se trata de constatar la presencia de una relación causal idónea. Tal vinculación resulta de la aplicación correcta de relaciones causales que, si bien, fallan por un defecto cognitivo del agente, éste no versa sobre la relación causal en sí requerida por el tipo legal, sino que recae en uno de sus componentes, en la concreta situación que persigue configurar. La apreciación en base al plan del autor que propugnamos, debe fundarse en criterios racionales, que aprecien las circunstancias previstas por el tipo objetivo en conexión con la realidad de las relaciones causales válidas, sin que para ello deban comprenderse como perfectamente exactas. Tales relaciones son presupuestas por la norma de conducta respecto de su destinatario: “(S)in situarnos en su posición, con sus conocimientos y desconocimientos, la norma no es capaz de motivar a nadie”<sup>419</sup>.

Luego, para apreciar peligrosidad de la conducta ante un error del sujeto activo, éste no ha de fundarse en su carencia del saber nomológico requerido por el tipo, lo que redundaría en una causalidad putativa. Tales supuestos de causalidad putativa, “nunca dan lugar a tentativa, porque si bien el autor creyó que podía causar el resultado, era a través de una ley causal inexistente; y ello tanto si la inidoneidad causal es absoluta (matar mediante conjuros) o sólo relativa (matar mediante una dosis insuficiente de veneno)”<sup>420</sup>.

En definitiva y conforme lo expuesto, estamos en condiciones de afirmar que el sujeto activo de la defraudación en un negocio de contenido ilícito, no puede dar inicio a la ejecución característica de la tentativa del mencionado delito, debido a la ausencia de un elemento objetivo del tipo de la estafa, el que ha de existir desde el comienzo mismo de la ejecución para poder apreciarla. Tal elemento postula un carácter normativo, cuál es el atributo con que debe contar el objeto material para ser vinculado al objeto jurídico del delito, cuya ausencia obstaría a que estemos frente a una cadena causal idónea para perturbar siquiera al bien jurídico. Y es precisamente dicho atributo de conexión entre el objeto material y el bien jurídico, el que pulveriza la previsión legal de la pena de comiso, por destinar tal objeto material a dominio estatal, extrayéndolo

---

<sup>418</sup> *Op. cit.* p. 69 y 70

<sup>419</sup> CUELLO CONTRERAS. *Op. cit.* p. 76.

<sup>420</sup> CUELLO CONTRERAS. *Op. cit.* p. 70.

prescriptivamente como referente para dilucidar cualquier disputa sobre merma económica con enriquecimiento correlativo, entre las partes del acto ilícito de naturaleza delictiva.

Destaquemos para concluir que, todo lo expresado sobre la exclusión de la estafa por ausencia de objeto material, se subordina a que el delito que hemos denominado “base”, postule un grado de desarrollo punible, cualquiera sea éste, en la medida que el elemento pasible de ser enjuiciado como potencial objeto material de la estafa, normativamente inexistente en cuanto tal, será precisamente el efecto del ilícito “base”, vale decir, de aquel a partir del cual se fragua la defraudación.

### 2.2.3. CONCRECIONES PARA EL SUPUESTO OBJETO DE ANÁLISIS.

Situados en la conducta típica y específicamente en los objetos en que recae, para el delito de estafa resulta ineludible la consideración de la conducta de la víctima, según analizaremos en el capítulo final. Ahora bien, su relevancia para los predicados que deben formularse respecto de tales objetos, debe ser apreciada desde la valoración de la conducta del sujeto activo, comprendida en el sentido amplio a que hemos aludido, esto es, relacionada con objetos, medios, circunstancias de tiempo, lugar, etcétera. No se trata de responder derechamente a la pregunta sobre la atribución del resultado al sujeto activo o pasivo del delito<sup>421</sup>, sino que, previo tránsito necesario por el sujeto activo, de atender a la gravitación que en el desvalor de acto del comportamiento de éste, reviste aquél exteriorizado por la víctima. Tal valoración se nutre de la relevancia penal de la conducta de la víctima, porque a los ojos del legislador, aquélla determina la privación de derechos respecto de los medios o instrumentos utilizados, consumando una inidoneidad del objeto material pasible de ser el referente típico para la afectación del patrimonio. Se trata de una cualidad jurídica del objeto, que participa de la inidoneidad normativa, predicable también, por ejemplo, respecto de bienes intransferibles.

La cuestión central apunta a que precisamente tales medios o instrumentos (el dinero pagado al funcionario público, el crédito que nace de la venta de droga, etcétera) del delito perpetró el sujeto activo A, conciernen al objeto material de la defraudación

---

<sup>421</sup> *Vid infra*, tercer Capítulo.

por engaño cometida en su contra por el sujeto activo B, quien se benefició bajo una perspectiva económica, sin cumplir lo pactado al ahora sujeto pasivo A. La reacción estatal de control social formalizado respecto de tales objetos, plasmada en la pena de comiso, redundante en que no cabe apreciar con ocasión de aquéllos, peligro alguno para el patrimonio del engañado A.

La ausencia de objeto típico fundada en la exclusión de los bienes pasibles de la pena de comiso, resulta de la relevancia para el tipo objetivo de la estafa de la conducta de la víctima, y no de los objetos en sí, como en el caso de aquéllos excluidos del comercio humano. Pero no se trata de la conducta de la víctima apreciada en base a cualquier orden normativo, sino precisamente de su relevancia penal plena: la exclusión referida exige una conducta típica, antijurídica y culpable de la víctima. La ausencia de cualquiera de tales elementos excluye toda pena, incluso el comiso<sup>422</sup>. La incidencia de otras vertientes jurídicas, particularmente del Derecho civil, habrá de ser apreciada en el resultado de perjuicio patrimonial, tal como en los casos de insolvencia del sujeto pasivo, u otros, pasibles de configurar una tentativa relativamente inidónea; punto sobre el que volveremos detalladamente en lo sucesivo.

El predicamento expuesto puede comprenderse como el reconocimiento de ciertos ámbitos de libertad vedados a la víctima, en la medida que el Derecho penal reacciona privándola de bienes determinados por el uso penalmente ilícito de su patrimonio, al extremo de degradar jurídicamente tales activos concretos a la categoría de instrumento o efecto de un delito, de dominio plenamente reclamable para sí por el Estado y que deónticamente le pertenecen al configurarse el delito. Esto se explica en términos satisfactorios cuando se atiende a que el componente de libertad del bien jurídico tutelado por la estafa, no permite ver peligro alguno de lesión, ni siquiera potencial, a través de su uso penalmente antijurídico y culpable. Se trata de constatar que la previsión legal concerniente a la pérdida de elementos patrimoniales utilizados con fines ilícitos u obtenidos fruto de aquéllos, importa un destacado argumento sobre las restricciones impuestas por la estructura del bien jurídico en el delito de estafa, desde el primer enfrentamiento o peldaño valorativo: la tipicidad de la conducta, el desvalor de acto.

---

<sup>422</sup> *Vid supra*, Apartado 2.2.1.

Como corolario de lo expuesto, cabe destacar en relación al caso citado al inicio de este trabajo, la relevancia del conocimiento del carácter penalmente típico de la conducta que antecede a la defraudación, que debe obrar en el sujeto pasivo de la estafa, desde la óptica de la exclusión del merecimiento de pena por ausencia de culpabilidad.

En el ejemplo inaugural del presente trabajo se expresó, sin ocuparnos ni ahí ni ahora del vasto tema del error de prohibición, que el estafado había perpetrado el delito de cohecho desconociendo el carácter penalmente típico de su conducta. Supuesta la procedencia en tal caso de un motivo de exculpación, la improcedencia de sancionar penalmente tal conducta, redundando en la presencia de un objeto idóneo para erigirse como objeto material del delito en cuestión, a saber, el dinero pagado al funcionario público. De tal manera, nada obsta a apreciar satisfechas a este respecto las exigencias de la tipicidad objetiva del delito de estafa.

Ahora bien, excluida del ejemplo la concurrencia del mencionado error de prohibición, queda también excluida la apreciación del delito indicado, por ausencia de conducta típica, al carecer ésta de objeto idóneo sobre la cual recaer en razón de la pena de comiso que pesa sobre los bienes pasibles de satisfacer tal categoría.

Dado que el referido ejemplo inaugural de este estudio, reclama pertenencia a la categoría de negocio bilateral que se presenta bajo la estructura “pago no seguido de la prestación ilícita”, sólo resta por analizar la estructura opuesta de “realización de la prestación ilícita seguida del no pago”. Ahora bien, elevando la mirada a los supuestos ajenos al objeto de este estudio, nos permitiremos destacar a modo de excursión, que las aserciones aquí vertidas mantienen cabal vigor, según se expondrá en las líneas que siguen, para los casos de estafa de objeto obtenido ilícitamente y de prestaciones unilaterales.

Tratándose del cumplimiento de la prestación ilícita delictiva, inclusive servicios ilícitos de índole penalmente relevante, no seguidos del pago acordado, la privación del activo patrimonial se refleja en que éste, de obtenerse o percibirse hipotéticamente, siempre será reclamado para sí por el Estado bajo las reglas de la pena de comiso, en términos que huelga la conducta típica en el ámbito de las categorías de la teoría del delito. Luego, el Derecho penal mismo ha zanjado la atribución del precio por el servicio ilícito prestado o el objeto ilícito entregado; lo que redundando en que la pérdida

de dichos objetos, o la fuerza de trabajo y costo de oportunidad del tiempo, empleados en la prestación del servicio ilícito, deba soportarlos exclusivamente el sujeto pasivo de la pretendida defraudación, además de las restantes penas que le correspondan por su participación en el que hemos denominado delito “base”.

Respecto de las propuestas para los supuestos de estafa sobre objeto obtenido ilícitamente<sup>423</sup>, no se trata en modo alguno de bienes reclamables para sí por el Estado bajo la pena de comiso, por pertenecer a un tercero, no responsable del delito. Muy por el contrario, éstos son pasibles de recuperación material por su titular en el dominio o posesión, al extremo que éste puede accionar para tal efecto inclusive en contra del propio Estado, mediante el régimen de las reclamaciones que consulta la ley procesal. Pues bien, mientras tal régimen general de acciones que amparan la propiedad y la posesión, serviles a la mencionada recuperación material del objeto respectivo, aparezca jurídicamente avalada al no haberse extinguido en cuanto vía conforme la cual el Derecho resuelve una confrontación de intereses; la normativa extrapenal provee de un motivo que impide la configuración del injusto del delito de estafa, en exclusiva relación con el dueño o poseedor del objeto. A nuestro juicio, se plasma dicho motivo en la concurrencia de un capítulo de atipicidad por exclusión de la conducta típica, mas no del resultado, por las razones que se indicarán *infra* en el Apartado siguiente.

Consecuentemente, conforme lo expresado, respecto de terceros, tal motivo de atipicidad no concurre por su privativa adscripción al dueño o poseedor, lo que permite afirmar la configuración cabal del injusto típico del delito de estafa mediando todos los restantes requisitos generales.

Y en relación con las prestaciones unilaterales, la conducta del donante o prestador a título gratuito que pretendía con el acto de disposición patrimonial realizar un hecho penalmente ilícito, habrá de ser valorada con especial énfasis en las reglas de la autoría, o en su defecto de la participación criminal; de manera que determinada a su respecto cualquier intervención punible en el acto delictivo al que contribuye,

---

<sup>423</sup> *Vid. supra*, excursus sobre las estafas que inciden en una situación ilícita previa, incluso en el Capítulo anterior.

queda vedada su expectativa de reclamar la condición de defraudado respecto de objetos o valores que el Estado demandará para sí a través de la pena de comiso.

Naturalmente excede a los límites de este trabajo, el análisis de la relevancia de los principios de convergencia y particularmente de accesoriedad, que orientan la participación criminal, y que pudieren resultar relevantes a la hora de preguntarse por la procedencia de sancionar al donante o prestador defraudado si se atiende a que, tratándose de una obnubilación de la realidad, el delito en cuestión o emprendimiento criminal de que se trate, podría carecer de realidad o corresponder a una situación que, aunque ilícita de todas formas, revista caracteres completamente diversos a aquéllos aparentados a los ojos del defraudado.

Ahora bien, y perfilando el rumbo a seguir en las líneas que restan, debemos analizar respecto del objeto principal de nuestro estudio acerca de si, fundados en otras ramas del Derecho, rige alguna limitación a la concurrencia del resultado de perjuicio patrimonial. Anticipemos que en nuestro Derecho privado la respuesta viene dada por la regla contenida en el Art. 1468 del CC., conforme la cual, supuesta la conservación por el defraudado de la acción de restitución, como acontecería en el ejemplo propuesto al inicio de este trabajo, nada obsta a la apreciación de estafa consumada. Sin perjuicio que, como veremos en el capítulo final, la causa u objeto lícitos a sabiendas del Derecho civil, dará lugar a estafa perpetrada en grado imperfecto de desarrollo, por la privación del mencionado derecho a ser restituido como efecto de la nulidad.

Destaquemos para terminar que, la propuesta que esperamos haber fundado en el presente Capítulo, resuelve satisfactoriamente, además, la cuestión del disponente del patrimonio ajeno, que obra respecto de los bienes que lo conforman, motivado por un fin ilícito penal, en la medida que el titular del patrimonio administrado no se verá privado de la protección penal a título de estafa, por no resultar procedente a su respecto la pena de comiso, a menos que le hubiere correspondido participación en el delito previo o concurra una regla especial que establezca la procedencia de la referida sanción<sup>424</sup>.

---

<sup>424</sup> A modo de ejemplo, *vid.* Art. 45 ley 20.000.

## 2.1. LÍMITE IMPUESTO POR EL DERECHO PRIVADO A LA VALORACIÓN PENAL EN ACTOS CIVILMENTE ILÍCITOS.

La unidad del Ordenamiento jurídico, como guía para edificar argumentos interpretativos de los tipos penales, postula un peso relativo, en la medida que su consideración no libera al intérprete de ceñirse a la pertinente valoración rectora, a cuyo servicio se encuentra la norma penal, objeto del proceso orientado a desentrañar su significado<sup>425</sup>. Luego, sólo desde los objetivos de preservación de intereses mediante en la amenaza de pena, con correlativa merma de la libertad general de acción, ha de tolerarse la irrupción de categorías teóricas foráneas al Derecho penal<sup>426</sup>.

En términos de inclusión, la referida tolerancia apunta a nutrir al intérprete de las notas que en materia de Derecho privado determinan ámbitos de libertad, donde los actos de los particulares producen efectos que han de ser respetados, o, en antípodas, donde tales manifestaciones convocan a medios enderezados a la privación de tales efectos, circunstancias que, asimismo, han de resultar vinculantes para la labor dogmática<sup>427</sup>. Y en términos de exclusión, a la referida tolerancia escapa la penetración

---

<sup>425</sup> La sistemática en materia penal, no es más que un mero instrumento, servil al desarrollo del material relevante para proyectar las valoraciones, esto es, aportando conceptos y categorías operativas, dispuestas para ser portadoras de valoraciones fundamentales. De tal manera, junto a la dimensión analítica, esmerada por la coherencia racional, ha de contarse con una perspectiva ético-normativa, capaz de dar respuesta a la cuestión sobre la atribución de responsabilidad penal. ROBLES PLANAS, Ricardo. La identidad de la dogmática jurídico-penal. ZIS (2) /2010, [en línea] <[http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op\\_20100727\\_01.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20100727_01.pdf)> [consulta : 26 Mayo 2011] p. 137.

<sup>426</sup> En definitiva, "(...) la transferencia de conclusiones metodológicas no es indiscriminada. Según los fines inmediatos de cada rama del Derecho, sus ciencias particulares (...) se proyectan en distintas direcciones: no es lo mismo elaborar sobre esos fines atendiendo a los "intereses" que alientan las construcciones del Derecho civil, o los comprometidos en la organización estatal regulada por el Derecho administrativo, que los que atañen al Derecho penal. En el primero se consolida un "reparto de bienes" estableciendo y asegurando el orden del reparto; en el segundo se organiza la sociedad civil en vistas al ordenamiento del goce de los "bienes comunes". El Derecho penal previene el mantenimiento de la ordenada normalidad del reparto y del goce de los bienes comunitarios, sin que en su contenido prevea un orden de reparto y goce (...)". Y para tal cometido, el Derecho penal se sirve de la pena, lo que lo caracteriza, a diferencia de las restantes ramas del Derecho, donde lo relevante es el objeto de su regulación, es decir, la naturaleza de las relaciones de vida a que se refiere la regla. CREUS. *Op. cit.* pp. 27 y 30 107.

<sup>427</sup> Para FRIEDRICH MÜLLER, la norma no está contenida en el texto normativo, sino que es construida por el intérprete en el curso del proceso de "concretización del derecho", en el que se avanza desde el texto de la norma a la norma jurídica y luego a la norma de decisión, la que

de categorías y conceptos que desvinculan a la norma de sus fines, al llevarla a un terreno que le es ajeno; particularmente con miras a desvincularla con datos ontológicos o deónticos mínimos para el Derecho penal<sup>428</sup>.

Como puede advertirse de lo expuesto *supra* en este estudio, particularmente a partir del segundo Capítulo, adscribimos a una teoría del delito que privilegia la relación entre el sujeto y la norma, más que la imputación a éste de un resultado de lesión o puesta en peligro, y que, por tanto, se autolimita conscientemente al respeto de datos ontológicos en sentido amplio (psicológicos, empíricos, metafísicos), y de lógica de las normas. En efecto, si el delito se expresa primeramente como “una relación individual sujeto-norma”, las perspectivas del ser (ontológico) y del deber ser (deóntico), postulan la más señalada relevancia a la hora de comprender e integrar de contenido los elementos descriptivos y normativos, respectivamente, de los tipos penales. Sólo luego de superado el baremo de la antinormatividad de la conducta, en base a los componentes típicos de que se trate, cobra sentido inquirir sobre la valoración social del comportamiento, y la necesidad de reestabilización de una expectativa que aquella apreciación imponga<sup>429</sup>. Se persigue expresar con lo indicado, la relevancia que un

---

determina la solución del caso concreto. Para el autor, la “concretización” referida, no es un mero descubrimiento del Derecho, sino que importa la producción de una norma jurídica general, en el contexto de la solución de un caso específico; y opera en base a los elementos de texto y a la realidad en que la norma debe ser aplicada, comprensiva de “elementos dogmáticos, de teoría y de técnica”. Así, la norma es creada por la historia, la cultura y las demás características de la sociedad en su ámbito de aplicación. El sentido de la norma no puede buscarse fuera del contexto de la realidad que debe ser reglamentada. Y en la medida en que en una concreta rama del derecho se elaboren “teorías”, estas son elementos de concreción normativa, en tanto puedan derivar de ellas puntos de vista relevantes para la decisión de un concreto problema. Autor citado en: SCHROTH, Ulrico. *Hermenéutica Filosófica y Jurídica*. En: KAUFMANN, Arthur / HASSEMER, Winfried. *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Madrid. Debate, 1992, pp. 300 y ss. También citado en: YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. *La Evolución del Sistema de Derecho Penal*. *Cuadernos de Política Criminal*. Madrid (54): 1153-1209, 1994, p. 1161.

<sup>428</sup> Como expresa ROBLES PLANAS, la cuestión no son las regulaciones positivas, sino la materia de la regulación. *Op. cit* (nota 425) pp. 141. 141. Tal materia de la regulación, se estabiliza en el Derecho civil o en el administrativo, con medidas o sanciones dirigidas a mantener el orden de reparto y el goce de los bienes comunitarios, “corrigiendo su desconocimiento mediante la reconstrucción del orden en un sentido predominantemente objetivo, sin otras consideraciones “personales” más que las que pueden ser asumidas como datos necesarios dentro de aquél sentido. Pero el Derecho penal, al pretender prevenir futuros quebrantamientos del orden mediante la amenaza de la pena, empleando al hombre como vehículo de la prevención cuando hace efectiva la pena sobre él, se ve obligado a recurrir a un plus de presupuestos (...) para atribuir la consecuencia. CREUS. *Op cit*. p. 28.

<sup>429</sup> Sobre las bases de este planteamiento, *Vid.* SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit*, (nota 299, Normas y acciones...) pp. 35 y ss. En una postura de armonización que compartimos, por situar

postulado normativo migrante desde el Derecho privado, puede revestir en el ámbito de los elementos normativos o valorativos del tipo objetivo, cuál será el contexto conforme el cuál abordaremos el análisis de la regulación de nuestro Derecho civil sobre los negocios de contenido ilícito.

En tales condiciones, lejos de propugnar soluciones obtenidas desde posturas autonomistas<sup>430</sup>, hemos dado cuenta en líneas generales de un predicamento que, reconociendo la relevancia de las vertientes jurídicas extrapenales, subordina su peso al nivel de tolerancia ofrecido por cada categoría y subcategoría sistemática de la teoría del delito<sup>431</sup>. Se trata de armonizar las vehementes exigencias de coherencia impuestas de cara a la dilucidación de los límites a la libertad de los sujetos imperados y, en definitiva, la minimización de sentencias retroactivas.

---

las perspectivas de la conducta y la imputación, en los ámbitos correctos, el autor expresa: Así las cosas, parece que de la concepción del delito como vulneración de una directiva de conducta debería salvarse, como mecanismo metodológico, por un lado, su contribución a subrayar el papel de los elementos ontológicos mínimos necesarios para que pueda procederse a constatar una infracción y, tras ello, eventualmente una imputación de responsabilidad. Y, por otro lado, la necesaria circunscripción de lo prohibido, la definición y actuación de las fronteras entre esferas de libertad, con independencia de que la vulneración de la prohibición luego se caracterice o no como desestabilización de una expectativa social no reestabilizada por otros medios. De la concepción del delito como teoría de la imputación, en cambio, debe tomarse sin duda la referencia social (la teleología de la prohibición y de la pena), que es fundamental en todos los niveles de la atribución de responsabilidad". *Ibid.* p. 37.

<sup>430</sup> Para una semblanza histórica de las corrientes de proximidad y distanciamiento del Derecho penal para con el civil; *vid.* SILVA MELERO, Valentín. Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal. *ADPCP*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Serie 1ª, III (II), (346-356) 1949. Sobre las relaciones entre Derecho civil y Derecho penal en la construcción de los conceptos, enfrentado desde la relevancia del Derecho privado para la determinación de concepto de patrimonio, y con referencia a las perspectivas civilista, fáctica, intermedias y su propia propuesta de "accesoriedad valorativa" que propugna el respeto las valoraciones civiles, para obviar contradicciones axiológicas entre las distintas vertientes del Ordenamiento jurídico, *vid.* PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 21) pp. 57 y ss. Sobre el concepto de patrimonio, HUERTA TOCILDO se pregunta sobre la recepción en materia penal, sin más, de las instituciones civiles, o bien si éstas son perfiladas de manera particular por el Derecho penal al dispensarles su protección. Al respecto alude a las conocidas concepciones privatistas y autonomistas, para luego exponer, con base en la doctrina italiana, el denominado método exegético experimental. Sobre este último expresa que, desde las categorías del Derecho civil, se emprende una interpretación teleológica a la luz de los fines del Derecho penal, verificándose conforme éstos una "readaptación" de las categorías civiles para evitar resultados interpretativos en contraste con la norma penal. En su crítica a tales planteamientos destaca su carácter "circular" en la medida que el sentido de los términos depende del fin de la norma y la determinación de éste, a su turno, está condicionado por el sentido de los términos. *Op. cit.* p. 19 y ss.

<sup>431</sup> *Vid. supra.* Apartado 2.2.

La variable permeabilidad de las categorías sistemáticas de la teoría del delito, respecto de las normas foráneas al Derecho penal, se edifica desde la propuesta sobre teoría de las normas a que hemos adherido<sup>432</sup>. Precisamente en tales postulados se asientan las referidas categorías sistemáticas, cuya operatividad particular no puede desatender los fines de la norma de conducta o de sanción, según corresponda, a pretexto de obviar antinomias. Porque una relación de coordinación satisfactoria entre las ramas jurídicas en juego, exige poner en sincronía la demanda de consistencia antes referida, con los fines de la norma penal y el Derecho homónimo.

Sobre el delito particular que comprende nuestro objeto, esto es, en materia de estafas en negocios ilícitos; una propuesta interpretativa de amplia difusión en nuestro entorno, cuya refutación se abordó precedentemente, concluye la absoluta abstracción de la ilicitud civil (y de cualquier orden; civil o penal) en la valoración penal de la defraudación<sup>433</sup>. Ahora bien, si frente a tan categórica afirmación, se analiza la dogmática nacional en materia de relaciones del Derecho penal para con el Derecho privado<sup>434</sup>, todo parece indicar que tal comprensión no viene formulada como corolario

---

<sup>432</sup> *Vid. supra*. Apartado 2.1.2.

<sup>433</sup> *Vid. supra*. Apartados 1.3 y 1.4.2.

<sup>434</sup> Así por ejemplo, DEL RÍO, alude a que técnicamente no hay diferencia entre las infracciones civiles y penales, en el sentido que fue el desarrollo de la noción de criminalidad, el que trajo consigo la diferenciación entre una y otras, al constatar que las segundas significaban una verdadera perturbación del orden social y un peligro para la existencia de los asociados. Añade que la diferenciación entre las infracciones es sólo relativa, desde que depende de la calificación del legislador sobre si una infracción entraña una perturbación y peligro para el orden social. Alude a las diferencias sobre la pertenencia al Derecho público y privado de cada una de las ramas, su ámbito de aplicación, al carácter natural o ficto del sujeto responsable, y los alcances de las sanciones, como principales distingos. DEL RÍO C. J. Raimundo. *Derecho penal*. La teoría y la historia. Santiago, Ed. Nacimiento, 1935, t. I, pp. 70 y ss. LABATUT destaca las repercusiones que en el orden penal y civil puede acarrear la perpetración de un delito, que diversos delitos tienen “su origen” en la violación de normas civiles, y ambas aprecian elementos relevantes sobre el concreto actuar del sujeto como su edad o capacidad mental. Indica luego la relevancia del principio de legalidad en materia penal, en contraste con el Derecho privado. LABATUT G., Gustavo. *Op. cit.* t. I. pp. 5 ss. En NOVOA la referencia se formula a la tutela de bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, provenientes de las “ramas jurídicas constitutivas” tales como el estado civil y la propiedad. También resulta de interés la referencia que formula, aunque fundado en una regla procesal, del doble efecto que un mismo hecho puede acarrear para el derecho civil y penal. NOVOA M. Eduardo. *Curso de derecho penal chileno*. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2009, t. I. pp. 54 y ss. En CURY el acento viene dado por sus planteamientos sobre la autonomía del Derecho penal, de cara a las consecuencias prácticas de la interpretación y aplicación de la norma punitiva, sin perder de vista la coherencia del Orden jurídico. CURY URZÚA. *Op. cit.* (nota 371) t. I, pp. 67 y 68. En una aproximación con referencias de teoría general del Derecho, *vid.*, CROXATTO DUQUE, Marcelo.

de los predicamentos generales sustentados sobre la aludida vinculación, ni que éstos reconocen una raigambre histórica contrastable.

Al efecto, en las deliberaciones consignadas en las actas que se levantaron de las sesiones de la “Comisión Redactora del Código penal”<sup>435</sup>, y en lo concerniente a las disposiciones contenidas en el párrafo 8º del título IX del referido cuerpo legal, intitulado “Estafas y otros engaños”<sup>436</sup>, en el análisis de diversos artículos propuestos a la referida Comisión, se aprecian planteamientos particulares que dan cuenta de una tendencia determinada a la hora de perfilar las relaciones del Derecho penal para con el civil, la que destaca por el esmero en la coherencia, bajo un predicamento eminentemente formalista, sostenido con miras a limitar indiferenciadamente la intervención del Derecho penal en hipótesis toleradas por la legislación civil<sup>437</sup>.

---

Relaciones del derecho penal con el derecho civil. Santiago, Ed. Universitaria, 1962. *passim*. Para BULLEMORE y MACKINNON, en relación al concepto de propiedad cabe sustentar un postulado dualista o autonomista, “que reconoce la autonomía del derecho penal, que ya no es meramente sancionador, sino también constitutivo de instituciones propias. Así, el Derecho Penal, dentro del Derecho Público, crea sus propias instituciones, de tal modo que la identidad terminológica no importa, como ocurre en la tesis privatista, identidad conceptual”. BULLEMORE y MACKINNON. *Op. cit.* pp. 67 y 68.

<sup>435</sup> Consignadas en DE RIVACOVA Y RIVACOVA, Manuel (Director) *et al.* Código Penal de la República de Chile y actas de la Comisión Redactora del Código Penal chileno. Edición crítica con motivo de su centenario. Valparaíso, Ed. Edeval, 1974.

<sup>436</sup> DE RIVACOVA Y RIVACOVA, Manuel (Director) *et al.* *Op. cit.* pp. 431 a 436. Corresponden a las sesiones 99 y 100 de 01 y 05 de Julio de 1872, respectivamente. Sobre el establecimiento de la Comisión Redactora, integrantes, y labor, *vid. Ibid.*, pp. 15 (XV) y ss.; y VERA, Robustiano. Código Penal de la República de Chile comentado por Robustiano Vera, abogado y promotor fiscal en lo criminal de Santiago de Chile. Santiago, Imprenta de P. Cadot y cía. 1883. p. 51.

A la hora de explicitar el texto sobre cuya base se trabajó, GARRIDO. *Op. cit.* t. IV, p. 326 y 327; y FERNÁNDEZ DÍAZ. *Op. cit.* p. 182. Ambos autores aluden al sistema del CPE. de 1848, al extremo que sostienen la reproducción casi textual de su articulado. En contra se pronuncia VERDUGO quien alude al Código Penal español de 1850, al tratar todos los artículos del párrafo 8º del título IX del Código Penal, a excepción del artículo 471 el que refiere que fue elaborado por la Comisión Redactora. VERDUGO M., Mario. Código Penal, concordancias, antecedentes históricos, doctrina y jurisprudencia. 2º ed. Santiago. Ed. Jurídica Ediar Conosur, 1986. t. III. pp. 996, 1000, 1009, 1012, 1024, 1027 y 1030. En cualquier caso, como refiere FERNÁNDEZ DÍAZ las reformas penales españolas de 1850 y 1870, no introdujeron modificaciones sustanciales en el párrafo destinado a la regulación de la estafa. *Ibid.* en n. marg. 1.

<sup>437</sup> En efecto, en la sesión N° 100, de 05 de julio de 1872, el comisionado REYES propuso que se castigara a título de estafa a los “menores imputables que abusando del privilegio que la ley les concede, perjuran a quienes han contratado, rehusando su cumplimiento”. Los comisionados FABRES y GANDARILLAS, se opusieron aduciendo la falta de dolo, y que la ley civil ampara a los menores privando de valor a esos contratos, refiriendo que “no es posible considerar como delito lo que la ley autoriza y manda cumplir”. Finalmente se desestimó la indicación. Respecto del art. 459 N° 1 (actual 470 N° 1), observó FABRES que

Tal predicamento de subordinación persistió inalterado en las obras de los comentaristas FUENSALIDA<sup>438</sup>, FERNÁNDEZ<sup>439</sup>, VERA<sup>440</sup> y BAÑADOS<sup>441</sup>, quienes se limitaron, en general, a reproducir el contenido de la sesiones de discusión de la Comisión Redactora<sup>442</sup>.

---

“según las disposiciones del Código Civil, cuando el depósito excede de 200 pesos, y no consta por escrito, debe creerse al depositario tanto sobre el hecho del depósito como sobre su monto, de modo que admitiéndose en todo caso la acción criminal (...) quedará burlada aquella disposición y podrá justificarse la existencia de un depósito empleando la acción criminal, aún en los casos en que la ley civil prohíbe toda investigación”. En razón de su indicación, se agregó la necesidad de observar en cuanto a la prueba del depósito el art. 2217 del CC. También en la sesión referida, en el art. 460 (actual 471) se acordó suprimir los dos primeros casos que contenía, esto es, el de venta de cosa ajena y el de disponer como libre de un bien gravado, “no considerándose delito lo primero desde que no aún es reputado nulo por la ley civil, ni tampoco lo segundo, porque sólo puede dar motivo para una acción de perjuicio, pero no para una pena”. DE RIVACOVA Y RIVACOVA, Manuel (director) *et al. Op. cit.* p. 434 y 435.

<sup>438</sup> FUENSALIDA, Alejandro. Concordancias i comentarios al Código Penal chileno. Obra premiada. Lima, Imprenta Comercial, 1883, t. III.

<sup>439</sup> FERNÁNDEZ, Pedro Javier. Código Penal de la República de Chile, explicado (sic) y concordado. 2ª ed. Santiago, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1899, t. II.

<sup>440</sup> *Loc. cit.*

<sup>441</sup> BAÑADOS E., Florencio. *Código Penal de la República de Chile, concordado y comentado*. Santiago, Dirección de impresiones L.A. Lagunas M, 1920.

<sup>442</sup> Debe destacarse que FUENSALIDA formuló las siguientes apreciaciones sobre las relaciones entre el Derecho penal y civil, con ocasión de sus comentarios sobre el delito de entrega fraudulenta: “(...) es necesario para que haya fraude punible un dolo inductivo que pueda producir la nulidad del acto. De otro modo habría manifiesta contradicción entre el Código Penal y el Civil, puesto que todo delito envuelve la nulidad del acto y el Código Civil, no declara nulos los actos y contratos en que haya solamente un dolo incidente: así no serán estafas las simples alabanzas que sobre la calidad de sus mercaderías acostumbran hacer los comerciantes y que solo pueden engañar a los muy incautos e imprudentes”. Inequívocamente FUENSALIDA alude al denominado “dolo bueno” (exageraciones que son normales en el comercio, a través de las cuáles el comerciante pondera su producto), que no vicia el consentimiento y por tanto, impide fundar la punibilidad del engaño. *Op. cit.* p. 210.

En FERNÁNDEZ se evidencia una particular fidelidad a los planteamientos expresados por la Comisión, al extremo incluso de modificar, en lo tocante al menor que engaña al comprador, sus predicamentos vertidos en la primera edición de su obra a fin de adecuarlos a lo expresado en el Acta N° 100 de la Comisión tantas veces aludida. Sobre esta última hipótesis expresa: “Si el menor, dándose por dueño del trigo existente en un granero, lo vende sin ser tal dueño y recibe el precio ¿no cometerá estafa? (...), nosotros no habríamos vacilado en optar por la afirmativa (...) pero (...) nos inclinamos a creer que no hay estafa en el caso propuesto, porque la Comisión Redactora se conformó con la sanción civil (...)”. Luego, pese a la capacidad de culpabilidad penal del menor de edad en ciertos casos, el autor citado adhiere a la opinión mayoritaria de la Comisión sobre los efectos en el ámbito penal de su incapacidad relativa en materia de actos jurídicos, conforme a la ley civil, sin formular distinción alguna. En el mismo sentido, acota respecto del art. 473, enfatizando la opción por su castigo meramente civil, que “no está comprendido (...) el delito conocido con el nombre de *estelionato*, como erróneamente lo afirmamos en la primea edición por habérsenos escapado el siguiente acápite del acta de la sesión 100”, esto es, aquél transcrito precedentemente sobre el art. 460 del

Discrepantes con la postura de los comentaristas, se aprecian los planteamientos posteriores de SANTANDER y LABATUT, sobre la indiferencia o abstracción del sujeto pasivo; el primero en lo concerniente a la punibilidad de la estafa, y el segundo, incorporándolo como planteamiento general. Tales postulados, latamente vertidos en la primera parte de este estudio<sup>443</sup>, apuntan a desterrar de la valoración penal, los predicados que quepa formular en relación con la conducta de la víctima y, en lo que nos interesa, la circunstancia que ésta haya perpetrado un acto civilmente ilícito.

Sobre el particular, conviene adelantar que abogaremos por el pleno reconocimiento de las vertientes privatistas, a la hora de pronunciarnos sobre la mayor o menor intensidad lesiva del hecho defraudatorio juzgado desde la óptica penal, en materia de estafas en negocios de contenido ilícito. Sin embargo, pese a distanciarnos de una perspectiva autárquica en la materia que nos convoca, como hemos anticipado, hemos de limitar las vías de comunicación entre ambas parcelas jurídicas comprometidas, a la recepción de las valoraciones foráneas en las instancias pertinentes de la teoría del delito, centrando su incidencia sólo en la presencia o ausencia del resultado típico, mas no en la conducta, conforme explicaremos.

Un acertado punto de partida para abordar las conexiones entre los sistemas jurídicos en juego, corresponde a la perspectiva que concluye la ausencia de exclusión recíproca, de los múltiples efectos que un mismo supuesto de hecho puede acarrear en

---

proyecto, y lo consignado sobre la venta de cosa ajena y disponer como libre de un bien gravado. *Op. cit.* p. 267 y 283.

BAÑADOS, se limita a expresar, en relación con la usura, que la norma del art. 472 del CP. "(...) estando subordinada a las disposiciones del título XII del lib. 4º, del Código Civil, en la práctica tendrá que ser una utopía, desde que se pueden estipular mayores intereses que el legal, determinado en el artículo 2.206 del mismo Código". *Op cit.* p. 349.

VERA, comentando el art. 469 del CP., pese a reiterar los argumentos expresados por la Comisión sobre las estafas perpetradas por incapaces relativos, añade que "mas si un menor se da por mayor de edad y después alegara ésta para excepcionarse de su obligación, o si una mujer casada se diera por soltera o viuda y después se amparara en su privilegio, el uno y la otra habrían cometido el delito de engaño y de estafa". *Op. cit.* p. 692. Intuyo que en su planteamiento reposa la proscripción del prevalimiento del propio dolo, más que consideraciones de otra índole, en la medida que el autor mencionado insiste en otras materias abordadas por la Comisión y los restantes comentaristas, en los planteamientos de aquéllos concernientes a la exclusión de toda sanción penal frente a la punición civil, tales como los relativos a la venta del bien ajeno o del gravado como libre de limitaciones y la hipótesis del préstamo hecho a un menor a un interés que supera el máximo convencional. *Ibíd.* p. 697 y 698, respectivamente.

<sup>443</sup> *Vid. supra, Apartado 1.3.*

diversas ramas del Ordenamiento jurídico. Al respecto, el enfrentamiento propuesto por MERA, circunscrito a los fraudes por engaño y particularmente al delito de entrega fraudulenta como paradigma de un negocio civil sancionado penalmente, se funda en la relevancia de la tipicidad del engaño como límite entre la estafa y la mera infracción de obligación<sup>444</sup>. A la aparente simplicidad de la propuesta referida, subyace la noción de que los órdenes penal y civil, no pueden ser comprendidos como excluyentes, al extremo que será habitual que un ilícito penal origine, además, responsabilidad civil<sup>445</sup>. Como corolario de lo anterior, un suceso no será en sí mismo civil o penal, en términos de pertenencia exclusiva y excluyente a uno de tales ámbitos, sino que podrá ser captado simultáneamente por ambas vertientes jurídicas. Tal predicamento lleva a MERA a decantarse por un concepto único de engaño y dolo, en materia civil y penal, que puede llegar a ser captado por el tipo legal de la estafa<sup>446</sup>.

La negación de la pertenencia necesariamente privativa del supuesto de hecho a una determinada vertiente jurídica, es la clave de acceso a la problemática de la gravitación de los efectos desplegados por cada una de las ramas del Derecho que quepa convocar, en relación con las restantes que capten al suceso en cuestión. En el ámbito de esta problemática general, la cuestión específica a dilucidar corresponde a la relevancia de la ilicitud civil del negocio en cuyo contexto cabe apreciar estafa, de cara a la configuración de ésta.

Avoquémonos ahora, como cuestión previa a dar cuenta del rumbo que ha de seguir en la teoría del injusto, al contenido civilmente ilícito del negocio que instrumentaliza la defraudación, bien sea el único concurrente, o que aparezca configurado conjuntamente con una ilicitud penal como en su tiempo sostuvo MERA y recientemente ha destacado HERNÁNDEZ<sup>447</sup>. Determinemos, entonces, el alcance de la ilicitud civil, para luego apreciar su rendimiento en materia penal.

---

<sup>444</sup> MERA FIGUEROA. *Op. cit.* (nota 37) pp. 13 ss. y 47 ss. En el mismo sentido se pronuncia HUERTA TOCILDO, refutando una perspectiva que contemple el fraude civil como menos intenso que el penal, desde que lo distintivo para la autora es una cuestión legal, esto es, la tipificación penal de la conducta. *Op. cit.* p. 159.

<sup>445</sup> MERA FIGUEROA. *Op. cit.* (nota 37) p. 50.

<sup>446</sup> MERA FIGUEROA. *Op. cit.* (nota 37). pp. 13, 48, 49, 56 y 119.

<sup>447</sup> Como expresa HERNÁNDEZ, asentando la relevancia simultánea que puede tener un mismo suceso para diversas vertientes jurídicas: "(E)n esta perspectiva, el Derecho privado y el Derecho penal son órdenes paralelos, contruidos a partir de sus propios principios y

Para nuestro Derecho civil, como hemos expresado en la Introducción de este trabajo, los negocios jurídicos que recaen sobre objeto o causa ilícita, adolecen de un vicio de nulidad absoluta, conforme lo dispuesto por el Art. 1682 del CC. Pues bien, adelantemos que a partir de la mencionada sanción civil aplicable a un negocio de contenido ilícito y de las instituciones del Derecho privado relacionadas con la posición del contratante cumplidor, concluiremos que la merma económica sufrida por este último, con ocasión del incumplimiento de su contraparte, no convocará la aplicación de remedio jurídico alguno para compensar dicha pérdida<sup>448</sup>, dando lugar a estimación de estafa frustrada.

Las nociones de objeto<sup>449</sup> y causa ilícita<sup>450</sup> que motivan la sanción de nulidad absoluta a que hemos aludido, vienen formuladas en el concierto de la Teoría general

---

necesidades, que pueden aplicarse simultáneamente a un mismo supuesto de hecho”. HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 197). p. 158.

<sup>448</sup> Como expusimos en el excurso del Capítulo precedente de este trabajo, y conforme ahondaremos más adelante en este Apartado, el defraudador gozará incluso de protección jurídica respecto del acto de terceros, dirigido a despojarlo del bien del que logró hacerse por medios ilícitos. En tales condiciones, lo que resta al defraudado es la prerrogativa neutral de recuperar por medios defraudatorios o furtivos –en definitiva no violentos– el bien que representa la merma económica irrogada o cosas de la misma especie, si eran fungibles.

<sup>449</sup> “(...) el objeto de los actos jurídicos (...) es crear obligaciones y correlativamente derechos (...) podrá ser también la modificación, transferencia o extinción de derechos y obligaciones. Y el objeto de esas obligaciones son las cosas, los bienes jurídicos, los hechos o las abstenciones a que esas obligaciones se refieren. Y en particular sobre el objeto ilícito, añade: “(...) estimamos que del art. 1461 (CC.) puede deducirse el concepto de objeto ilícito y para ello habrá que distinguir, como lo hace esa disposición, si el objeto consiste en una cosa o en un hecho. Si consiste en una cosa, ésta en sí no puede ser lícita o ilícita, sino por el destino que se le dé (...). Pero si esa cosa está fuera del comercio humano, el objeto de la obligación es ilícito, porque de antemano se sabe que cualquier acto que verse sobre ella está prohibido por la ley, no admite una relación jurídica y el objeto es, en consecuencia, siempre ilícito. Este es, entonces, el principal caso de objeto ilícito cuando se trata de obligaciones de dar (...). Si el objeto consiste en un hecho, positivo o negativo, éste puede ser en sí lícito o ilícito. Por eso el inciso final del artículo 1461 (CC) dispone que el objeto que consiste en un hecho puede ser física y moralmente imposible. La expresión “moralmente imposible” equivale a objeto ilícito, pues dispone ese artículo que es objeto moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público (...). Entendemos, pues, por objeto ilícito el que versa sobre cosas intransferibles o sobre hechos o contratos prohibidos por las leyes, o sobre hechos contrarios a las buenas costumbres o al orden público. LEÓN HURTADO, Avelino. El objeto en los actos jurídicos. Santiago, 2ª ed. Ed. Jurídica de Chile, 1983, pp. 2; 3; 43 y 44. “En resumen, una declaración de voluntad tiene objeto ilícito cuando éste es contrario a la ley, a las buenas costumbres o al orden público y, además, para algunos, cuando el objeto del acto es una cosa intransferible; pero para que pueda hablarse de objeto ilícito es menester que exista un objeto, que este sea real y posible. No sucede esto en el caso de un objeto indeterminado, o cuando se trata de un hecho físicamente imposible. ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* p. 140.

del acto jurídico, en cuanto postulado que persigue comprender bajo una perspectiva normativa, toda manifestación de la voluntad que aspira a producir efectos jurídicos<sup>451</sup>, y que ha de comprender un beneficio que se persigue obtener y la motivación que guía al sujeto a alcanzarlo.

Cuando el negocio ilícito comporta la perpetración de un delito penal, se trata de un acto contrario a la ley, configurándose el motivo de ineficacia por ilicitud del objeto o la causa, previsto en el Art. 1461, inciso final, en relación con los Arts. 10 y 1466; y 1467; todos del CC.<sup>452</sup>. En tal caso, tratándose de la estructura denominada “realización de la prestación ilícita seguida del no pago”, el objeto de la obligación del defraudado postula un carácter ilícito, en tanto que, en el supuesto de “pago y no realización de la prestación ilícita”, la causa de la obligación del contratante cumplidor es ilícita<sup>453</sup>.

---

<sup>450</sup> No se trata de la denominada “causa eficiente”, desde que se comprende bajo tal denominación una causa idéntica según cual sea el tipo de contrato, o la mera liberalidad en los gratuitos, de manera que, vr. gr., en la compraventa la causa de la obligación del vendedor siempre será la obligación que a su favor contrae el comprador. Sólo tiene sentido preguntarse sobre la ilicitud de la causa respecto de la denominada “ocasional” definida por la ley como el motivo que induce al acto o contrato, de carácter estrictamente individual, diferente para cada sujeto, ya que es el móvil o la razón personal que lo impulsa a contratar; pasible de ser controlada en términos de su apego normativo. Sobre la noción de causa, *vid.* LEÓN HURTADO, Avelino. *La causa*. Santiago, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, 1990. pp. 28, 29 y 59. ALESSANDRI BESA, pese a sostener que la noción de causa contemplada por el CC. corresponde a la “causa final” (entendida como “el fin próximo, invariable, que corresponde a cada acto y que determina a obrar a las personas, o sea el resultado jurídico que la parte obtiene al ejecutar el ato o celebrar el contrato, resultando que es siempre igual en cada especie de negocio jurídico”), en materia de causa ilícita para todas las hipótesis previstas por el legislador, salvo los actos que la ley expresamente prohíbe (“En estos casos, el objeto de una de las partes constituye la causa para la otra, y siendo prohibido el acto por la ley, el objeto y consiguientemente la causa son ilícitos”), se decanta por atender a los motivos psicológicos del individuo para celebrar el contrato, propios de la “causa ocasional” por la insuficiencia del concepto de “causa final” para captar el reparo de ilicitud. ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* pp. 198; 203; 206 y 207.

<sup>451</sup> VIAL DEL RÍO, Víctor. *Op. cit.* p. 19.

<sup>452</sup> Como hemos indicado, con referencia a los postulados de MERA y HERNÁNDEZ, la ilicitud civil, no obsta a la configuración de un ilícito penal ni viceversa. Bajo el predicamento de la contrariedad a la ley que hemos citado como motivo de nulidad, queda comprendida la vulneración de normas pertenecientes a diversos órdenes y cuya infracción acarrea consecuencias también diferenciadas, las que en general no se excluyen recíprocamente.

<sup>453</sup> Si el objeto de una obligación es ilícito, la causa constituida por esa misma obligación será también ilícita. En efecto, si el objeto adolece de ilicitud por estar prohibido por la ley o por ser contrario a las buenas costumbres o al orden público, desde el punto de vista del otro contratante, esto es, apreciado como causa, será también ésta ilícita por cualquiera de los capítulos indicados. Luego, siempre que haya objeto ilícito para una de las partes, habrá causa ilícita para la otra, en la medida que la cosa misma que se trate de dar, hacer o no hacer, objeto

Excepcionalmente, podría plantearse el caso en que, tratándose de un objeto lícito, sólo la causa que obra en uno de los contratantes, entendida como motivación psicológica, resulte ilícita<sup>454</sup>. En el último supuesto referido, el régimen de acciones que asista al defraudado, se subordinará al conocimiento que éste tuviese, al momento de perfeccionarse el contrato, de la causa conforme la que ha obrado jurídicamente su contraparte, según lo dispuesto por el Art. 1683 del CC.

En lo que nos interesa, la ilicitud civil del acto, a partir de los capítulos que la determinan (ley, orden público, moral, buenas costumbres), da lugar a la apreciación de la ilicitud de la causa o el objeto, con base en la distinción de ilícitos que acabamos de expresar, según se trate del servicio ilícito incumplido o de la infracción de la obligación de pagar por él el precio acordado, respectivamente. Ahora bien, interesa destacar en este ámbito, que la noción de causa pergeñada por la doctrina civilista, fuera de los casos en que el objeto en sí del acto sea ilícito (incluidos los actos que la ley prohíbe), comprende los móviles psicológicos que indujeron a una persona a actuar jurídicamente<sup>455</sup>, los que pueden remontarse al propósito de perpetrar un ilícito penal determinado. Luego, para la ley civil, actos externos que por su carácter meramente preparatorio resultan en general impunes en materia penal, bien pueden ser alcanzados por la ilicitud de la causa.

Pero, dado que reiteradamente en este trabajo hemos dado por supuesta la conducta engañosa del contratante incumplidor, ¿cabe estimar al dolo sufrido por el defraudado como un motivo preferente de ineficacia respecto de la ilicitud del objeto o la causa? A nuestro juicio, la sanción civil de nulidad absoluta procedente por objeto o causa ilícita, no puede ser escamoteada en virtud de concurrir, además, un vicio de

---

para uno, y causa para el otro, esté prohibida por la ley, o bien contravenga a las buenas costumbres o el orden público. Tal efecto no se debe algún efecto expansivo o reflejo de la ilicitud objetual, sino que corresponde a la ilicitud de la causa por un motivo específico previsto por la ley. ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* pp. 211 y 212.

<sup>454</sup> Se trata de los contratos bilaterales en que las obligaciones son de dar y los objetos en sí mismos son lícitos, aparentando plena validez. En estos contratos, exclusivamente la causa puede adolecer de ilicitud, porque la intención o motivos internos que obran en uno o ambos contratantes, pueden corresponder a la contravención de ley, o atentar contra las buenas costumbres o el orden público. "El objeto, en estos casos, es lícito, y no deja de serlo por la ilicitud de la causa, que vicia de nulidad absoluta el contrato. ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* pp. 210 y 212.

<sup>455</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* pp. 206 y ss, con referencia a los casos de ilicitud por contravenir las buenas costumbres, comprensiva de la moral, y el orden público.

nulidad relativa, cuál es el dolo que la víctima de la pretendida defraudación pudiese alegar como vicio del consentimiento, según los arts. 1458 y 1682 del CC. En efecto, tan pronto se impetrase la acción de nulidad relativa por el defraudado en un negocio ilícito, con miras a granjearse el derecho de restitución que prevé el Art. 1687 del CC., no excluido por consentimiento viciado, el juez de oficio ha de declarar la nulidad absoluta al constatar el carácter ilícito de la causa o el objeto, erradicando el pretendido efecto retroactivo de la nulidad judicialmente declarada<sup>456</sup>.

Sobre los efectos de la nulidad absoluta, debemos distinguir para fines analíticos, los que se desencadenan a partir de su declaración judicial, de aquellos que emanan de la mera previsión legal misma de la sanción.

Se alude para graficar la potencialidad de que el acto sea declarado ineficaz, a su carácter anulable o atacable por vía de la nulidad<sup>457</sup>, en el sentido que, antes de que ésta sea declarada por sentencia judicial ejecutoriada, el contrato produce todos sus efectos. Y pese a que se ámbito desborda con mucho aquel concerniente a los modos de extinguir las obligaciones, es prevista por el Art. 1567 N° 8 del CC. en tal carácter, lo que refuerza la idea de la extinción de obligaciones con existencia<sup>458</sup>. Sólo una vez anulado por la justicia, desaparecen los derechos y obligaciones que engendró el acto o contrato; aunque por el efecto retroactivo de la nulidad, se entiende como si el negocio no se hubiera celebrado jamás<sup>459</sup>.

RODRÍGUEZ GREZ, en relación con la importancia de la sentencia que declara la nulidad, acorde el Art. 1683 del CC, expresa que entretanto ello no acontezca “el acto está dotado (...) de un poder vinculante provisional o transitorio, lo cual es consecuencia de que concurren los elementos esenciales para que surja a la vida del Derecho. (...). El autor añade que “la sentencia judicial que declara la nulidad no hace otra cosa que poner fin a la validez presuntiva del acto nulo (...). Para RODRÍGUEZ

---

<sup>456</sup> VIAL DEL RÍO. *Op. cit.* pp. 92 ss.; 174 ss. 183; 186 ss.

<sup>457</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* p. 131.

<sup>458</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* p. 26. Sin perjuicio, el autor precisa que no se trata de un medio de extinguir la obligación en sí misma, sino que su efecto es destruir la fuente de aquella, como si nunca hubiera existido.

<sup>459</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* p. 27. VIAL DEL RÍO, Víctor. *Op. cit.* p.186. A nuestro juicio, el mencionado efecto retroactivo constituye una ficción legal, esto es, la declaración normativa sobre la exactitud de un hecho, vertida con miras a la salvaguardia de los intereses del contratante o tercero a quien el vicio causa perjuicio. Mencionando el carácter de ficción aludido, VIAL DEL RÍO, Víctor. *Ibidem.* p. 190.

GREZ, tratándose de la inexistencia, a diferencia de la nulidad, “no hay acto celebrado revestido de validez presuntiva” y estimarlo tal, importaría anticipar los efectos del negocio tentado<sup>460</sup>. Sobre el particular, la doctrina distingue entre la situación extrema de los actos incompletos, teniéndolos por inexistentes y negándoles siquiera un efecto jurídico provisional, y la situación de los actos anulables, revestidos de una “objetividad aparente” y de efectos jurídicos al menos provisionales, sujetos a ser truncados por la sanción de nulidad<sup>461</sup>.

En definitiva, lo que se ha perseguido destacar, es la virtualidad meramente fáctica del acto o contrato antes de su declaración de nulidad. Esta vida previa del negocio, principia siempre y únicamente con su celebración misma<sup>462</sup>, y culmina con la firmeza de la sentencia que declara la nulidad. Ahora bien, tal virtud meramente fáctica no puede imponerse en materia penal frente a la apreciación jurídica que debe conminarse al negocio ilícito, en la medida que lo contrario importaría soslayar la aplicación de prescriptiva de normas de orden público<sup>463</sup>.

Así, para el juez con competencia penal, que debe apreciar la concurrencia del delito de estafa en el contexto de un negocio civilmente anulable, rige todo lo expresado respecto de la declaración judicial de nulidad, cuando el vicio aparece de manifiesto en el contrato o es alegado por alguno de los intervinientes, según resulta de la competencia que debe ejercer sobre el punto, acorde lo dispuesto por el Art. 173, inciso 1°, del COT. Tal como exige la última disposición citada, la relevancia de la nulidad de la que resulta el deber del Tribunal de emitir pronunciamiento, radica en su incidencia para la calificación del grado de desarrollo del delito de estafa y, consecuentemente, para su penalidad, según indicaremos más adelante.

Lo expresado, bien puede comprenderse como concreción procesal del carácter de orden público de la nulidad absoluta, que fuerza al tribunal con competencia en lo penal a considerarla como un elemento relevante a la hora de ejercer la competencia adjudicativa que le es propia.

---

<sup>460</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Inexistencia y nulidad en el Código civil chileno. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1995. p. 56.

<sup>461</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* p. 91.

<sup>462</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* p. 123. El autor expresa que un acto que nació válido, no deja de serlo por causas posteriores a su generación. *Op. cit.* p. 124

<sup>463</sup> Que imponen al órgano jurisdiccional proceder de “oficio”, en los términos del Art. 10 del COT.

En cuanto a los efectos de la nulidad, apreciados desde la previsión legal de un motivo de anulabilidad del acto, la doctrina nacional caracteriza a la sanción en comento como un medio para invalidar contratos y actos jurídicos, comprendida en las causas legales a que alude el Art. 1545 del CC., con el particular efecto de hacer desaparecer jurídicamente el acto viciado “con efecto retroactivo, considerándose como si no se hubiera celebrado y debiendo volver las cosas al estado en que se encontraban antes de su ejecución”<sup>464</sup>. En particular, tratándose de la nulidad absoluta, el legislador persigue la condena de “todo lo que ha sido ejecutado con menosprecio del interés general”, al extremo que carece de relevancia la falta de perjuicio que acarree el vicio a alguno de los contratantes. Por el contrario, en la regulación de la nulidad relativa, prima el interés particular y patrimonial de quienes ejecutan el acto<sup>465</sup>.

Como corolario de lo anterior y según el Art. 1683 del CC., en la nulidad absoluta resulta descartado su saneamiento por la ratificación del acto, sin perjuicio de la prescripción de la acción de ineficacia, luego de transcurrido el holgado término de diez años.

Otro de los efectos de la nulidad absoluta, propio de los actos celebrados con objeto o causa ilícita, consiste en la drástica privación de derechos que afecta a quien los ejecuto con conocimiento del vicio. En esta materia, la ley deslegitima procesalmente para incoar la acción o excepción de nulidad, a quien conocía o no podía menos que conocer el motivo de ilicitud (Art. 1683 del CC.)<sup>466</sup>. Y en similares términos, morigera los efectos retroactivos de la nulidad, vedando el derecho a obtener la restitución de lo dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas (Art.1468 del CC.).

En el contexto del contrato bilateral viciado de objeto o causa ilícita que nos convoca como objeto principal de este estudio, la privación del derecho a alegar la nulidad, persigue que quien conocía o no podía menos que conocer el vicio al

---

<sup>464</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* pp. 27 y 28.

<sup>465</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* p. 131. El autor estima que la regulación civil considera a la nulidad absoluta desde un punto de vista social y no patrimonial, como en la relativa, en razón que en la primera el perjuicio pecuniario carece de relevancia para permitir la anulación de un acto jurídico.

<sup>466</sup> Sin perjuicio, debemos concordar con ALESSANDRI BESA en que el Art.1683 del CC., comprende todos los motivos de nulidad absoluta, y no sólo aquellos pertinentes al objeto o causa ilícita. ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* p. 91. p.547.

momento de perfeccionarse el negocio, no se sustraiga, pese a ello, al cumplimiento de su obligación<sup>467</sup>.

Sobre el mencionado conocimiento real o presunto, RODRÍGUEZ GREZ expresa que la privación del derecho a alegar la nulidad, se impone como consecuencia del conocimiento del hecho y del derecho, implicados en el vicio de nulidad<sup>468</sup>. ALESSANDRI BESA añade sobre el punto, que debe tratarse, en materia de los hechos constitutivos del vicio, tanto del conocimiento real y efectivo, como de aquel exigible a un sujeto diligente, en términos que, frente a una grave negligencia, no cabe sostener su ignorancia. En materia de interpretación del Derecho, el autor citado se limita a referir que no debemos estar frente a un error excusable. Y, en definitiva, aduce que el fundamento de la regulación en análisis corresponde a la prevención del acto doloso de quien, con miras a sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones, deduce la acción de nulidad; razón por la que no resulta aplicable, sin más, la presunción de dolo que en relación con la ignorancia del Derecho, contempla el Art. 706 del CC.<sup>469</sup>

La privación del derecho a las prestaciones pertinentes a retornar al estado anterior del acto declarado nulo<sup>470</sup>, prevista en el Art. 1468 del CC., limita el efecto deslegitimador de la nulidad<sup>471</sup> contemplado en la regla general del Art. 1687 del CC. El fundamento de la sanción aquí mencionada<sup>472</sup>, es castigar la mala fe que comporta el obrar “a sabiendas” en materia de objeto o causa ilícita, obviando dejar librada su corrección a las reglas generales sobre reparación de todo daño conforme la responsabilidad extracontractual<sup>473</sup>. El obrar “a sabiendas” aquí requerido comporta un conocimiento efectivo, que no puede ser normativamente extraído de un baremo relacionado a la diligencia que debió emplearse, a diferencia del caso anterior, desde que esta vez no se consulta la expresión “no pudiendo menos que conocerlo”. Y en lo pertinente al conocimiento del Derecho, estimamos predicable análoga exigencia a la que acabamos de exponer de la mano de ALESSANDRI BESA, en razón de los motivos indicados para la privación del derecho a accionar de nulidad.

---

<sup>467</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* p. 543.

<sup>468</sup> *Op. cit.* p. 203.

<sup>469</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* p.538 y ss.

<sup>470</sup> VIAL DEL RÍO, Víctor. *Op. cit.* p. 186.

<sup>471</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Op. cit.* p. 203.

<sup>472</sup> En tales términos la conceptualiza VODANOVIC H., Antonio. *Op. cit.* p. 325.

<sup>473</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Op. cit.* p. 203.

Sobre los fundamentos de las medidas en análisis, y enfocadas tales limitaciones de los Arts.1468 y 1683 del CC., en el concierto de los casos de abuso del derecho abordados por BARROS BOURIE, se trata de la hipótesis del “ejercicio de un derecho adquirido de mala fe”. En tales supuestos particulares “el acto propio consiste en un ilícito en el que se incurre conscientemente al momento de adquirir el derecho” mediante la celebración del negocio; y de ésta mala fe inicial, no puede prevalecerse uno de los contratantes ejerciendo posteriormente la acción de nulidad, porque ha resuelto optar unilateralmente por la ineficacia del contrato. BARROS BOURIE añade que los casos del rubro indicado, “responden a un principio más general: quien actúa de mala fe no puede aprovecharse de su propio ilícito”. De tal manera, “(...) si por medio de un acto ilícito alguien obtiene un derecho o una excepción contra otra persona, ésta puede oponerse al ejercicio de este derecho”, en virtud de la *exceptio doli* dirigida a enervar “acciones cuyo origen está contaminado por la mala fe”<sup>474</sup>.

Así, cumplidas o no las obligaciones emanadas de un negocio ilícito<sup>475</sup>, en virtud de la nulidad absoluta cuyos efectos hemos perfilado, pierde el contratante que ejecutó la prestación ilícita, el derecho al pago acordado o a ser restituido al estado anterior del contrato. Y se ve privado el contratante que pagó el precio por el servicio u objeto ilícito no cumplido, de las acciones encaminadas a que éstos se lleven a cabo, o a que se le restituya el precio pagado.

Pero, en razón que hemos dado cuenta en materia de nulidad, de la privación de todo remedio jurídico para restablecer la fuga de activos con consentimiento viciado, sufrida por el defraudado en el contexto de un negocio ilícito; ¿puede éste ejercer la acción *in rem verso* que, en el ámbito del cuasicontrato del pago de lo no debido, regula el Art. 2295 del CC? A nuestro juicio, la respuesta no puede ser otra que una rotunda negación, la que fundaremos en base a dos consideraciones.

En primer lugar, la previsión legal del cuasicontrato del pago de lo no debido, tradicionalmente se funda en motivos de equidad concretados en el principio que obsta

---

<sup>474</sup> BARROS BOURIE. *Op. cit.* pp. 632; 633; 640 y 641. La alusión del autor se limita en lo que nos interesa, al caso del Art. 1683 del CC, que cita a modo ejemplar junto a aquél previsto en el Art. 1481, inciso 2°, del CC. en p. 641.

<sup>475</sup> VODANOVIC H., Antonio. *Op. cit.* p. 319.

al enriquecimiento sin causa<sup>476</sup>. Pero la sanción de nulidad, exasperada por la limitación del Art. 1468 del CC., importa un efecto de orden público, establecido en interés general de la sociedad, el que no cabe posponer frente a la recuperación de activos que, en virtud del derecho de restitución que regulan los Arts. 2295, inciso 1°, y 2300 y ss, del CC., pueda anhelar el defraudado que ha cumplido su obligación. Lo contrario importaría burlar los drásticos efectos de la nulidad por objeto o causa ilícita a que hemos hecho referencia, con miras a la reparación de un desequilibrio que el propio legislador ha previsto como sanción.

Como corolario de los fundamentos antes vertidos, la regulación contenida en los Arts. 2295 y siguientes del CC. contempla dos requisitos para la procedencia de la restitución por indebido pago, a saber, la existencia de un pago y que este se haya verificado por error<sup>477</sup>. No procede cuestionar que el cumplimiento de la prestación ilícita o la entrega del dinero acordado por ella, importa un pago mientras la nulidad del contrato no sea declarada: concurre causa del pago (*solvendi causa*), sin perjuicio de su carácter ilícito<sup>478</sup>. Lo que sí debe objetarse en los negocios de contenido ilícito, es el requisito que singulariza al pago como “no debido”: el error. Aquel puede versar sobre la existencia de la obligación, sobre su subsistencia, la calidad de deudor y acreedor recíprocos o sobre la prestación; y en lo que nos interesa, impide el cumplimiento de la finalidad objetiva perseguida, esto es, la liberación de una obligación. Dada esta nota distintiva, el pago realizado obsta al nacimiento de la justificación o causa para retener definitivamente lo dado al *accipients*; por el no cumplimiento de la causa final perseguida con el pago, y por ello, quien pagó tiene derecho a repetir<sup>479</sup>.

Como resulta evidente, en el negocio ilícito no concurre error alguno en el pago, sino que un acto, aunque ilícito, perfectamente certero. En definitiva, los déficits en el régimen vinculante del negocio, que obstan a recuperar lo pagado por consentimiento viciado en razón del dolo del defraudador, proceden de la nulidad establecida en respuesta a la ilicitud del objeto o la causa, sin la cual, el pago del defraudado daría lugar al efecto liberatorio que le es propio y permitiría fundar la restitución en el

---

<sup>476</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. El pago de lo no debido en el Derecho chileno. Santiago, 2ª ed. Ed. LexisNexis, 2007, pp. 13 y ss; 36 y ss.

<sup>477</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. *Op cit.* p. 66.

<sup>478</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. *Op cit.* pp. 66 y 67.

<sup>479</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. *Op cit.* p. 67; 87 y ss.; 103 y ss. .

concierto de la nulidad relativa, que la ley autoriza a impetrar por consentimiento viciado.

Sin perjuicio de todo el análisis precedente sobre la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, desde la afirmación relativa a que quien comete un delito, no aspira a producir efectos jurídicos<sup>480</sup>; debemos distinguir la situación de los sujetos activo y pasivo de la defraudación, para asentar la improcedencia de la acción de nulidad absoluta por falta de consentimiento, basada en la simulación<sup>481</sup> que pudiese concurrir<sup>482</sup>. En lo pertinente al sujeto pasivo, destaquemos que éste, a diferencia de su contraparte, sí aspira a que el negocio ilícito produzca efectos vinculantes y se ejecute, pese a que obre eventualmente en él la conciencia de actuar antijurídicamente. Desde tal perspectiva, sólo frente al incumplimiento se percata este último del engaño de que ha sido objeto. En tales condiciones, la concurrencia de dolo en una de las partes, excluye toda suerte de simulación, la que exige la convergencia de las voluntades reales, sobre la apariencia comúnmente orquestada<sup>483</sup>, lo que pugna con el engaño propio de la tipificación del hecho como estafa que siempre hemos dado por supuesto.

---

<sup>480</sup> VODANOVIC, Antonio. *Curso de Derecho civil*. 2ª ed. Santiago, Ed. Nascimento, t. I, 1945. p. 368

<sup>481</sup> “La simulación aparece en los negocios jurídicos como un medio ideado para ocultar a los terceros una realidad que no se quiere mostrar”, de tal manera que “en toda simulación hay un acto ostensible, que en el pensamiento de las partes no tiene ningún valor, pues no debe regular sus relaciones jurídicas; es la voluntad secreta la única eficaz”. Sobre sus especies, estaremos frente a un acto jurídico absolutamente simulado cuando “las partes no quieren el acto, sino tan solo la ilusión exterior que el mismo produce”. Se traduce en una forma vacía destinada a engañar al público. Tratándose de la simulación relativa, “existe un acto jurídico verdadero, hay propósito de producir efectos jurídicos, pero ese acto verdadero las partes lo disfrazan con la apariencia de otro distinto”. Finalmente, en la simulación por *interpósita* persona, un sujeto desea hacer por su propia cuenta una negociación sin que lo sepan los terceros, o aun sin que lo sepa la otra parte, para cuyo fin puede emplear un mandatario que no exteriorice su calidad y se presente como autor y beneficiario del acto, a título de comprador, donatario, etc. PAILLAS PEÑA, Enrique. *La simulación en derecho privado*. Santiago, 3ª ed. Ed. Jurídica de Chile, 2003, pp. 11, 19, 27 y 43.

<sup>482</sup> Como explica PAILLAS PEÑA, puede una de las partes invocar la nulidad absoluta, en la medida que ésta no se trata de una nulidad que procede de un objeto o de una causa ilícita, sino de un caso en que faltó el consentimiento. A su juicio, “si los declarantes no tuvieron realmente el propósito de crear efectos jurídicos (...), no pueden quedar atados por un acto que no han querido realizar; es la autonomía de la voluntad”. *Op. cit.* p. 25. En contra se pronuncia DIEZ DUARTE, para quien la simulación en caso alguno es causal de nulidad. DIEZ DUARTE, Raúl. *La simulación del contrato en el Código civil chileno*. Santiago, Ed. Imprenta Chile, 1957, p. 18 y ss.

<sup>483</sup> “La simulación presenta semejanza con el dolo en cuanto éste oculta también un pensamiento secreto bajo una apariencia engañosa, pero mientras el dolo se dirige contra una

Finalmente, resulta ineludible abordar, antes de concluir el análisis de la regulación civil del negocio ilícito, los efectos de los actos que adolecen de un vicio o defecto de ilicitud meramente formal. Sobre el punto, PASTOR MUÑOZ aduce para el Derecho español, la distinción entre negocios formal y materialmente ilícitos. Expone que en los primeros, se trata de “infracciones de prohibiciones referidas a determinados modos de cumplimiento de la prestación, o a normas que corresponden a consideraciones de política de orden público etc.”; donde, en general, la prestación acordada no es en sí misma, en su contenido, ilícita, de manera que su ineficacia (nulidad), no excluye o limita la acción de repetición. En los segundos, esto es, aquéllos concernidos por una “decisión del Derecho civil de no protegerse del patrimonio de aquél que sufre un auténtico menoscabo económico, (que) se plasma en una valoración negativa de la prestación pactada por el ordenamiento privado”<sup>484</sup>.

En nuestro medio, la previsión de la nulidad, con todos los efectos que hemos detallado en las líneas precedentes, se limita a los negocios que carecen de un requisito previsto por la ley para la validez del acto, conforme resulta de los Arts. 10 y 1466 del CC. Aquéllos negocios que infringen exigencias legales ajenas a aquéllas previstas para la validez del acto, o a meros preceptos reglamentarios, se sujetarán a la sanción o efecto, diverso de la nulidad, que la ley establezca para cada caso<sup>485</sup>.

Concluimos esta mirada desde la óptica civil, para demostrar que dicha vertiente jurídica veda toda prerrogativa al contratante cumplidor y defraudado en un negocio ilícito, para excluir o limitar la merma de sus activos, salvo la opción autotutelar que frente al empleo de medios no violentos, tolera la legislación penal conforme reiteraremos más adelante.

Y conforme lo expresado sobre la perspectiva civil del negocio ilícito, podemos asentar, en lo que nos interesa, que la ilicitud civil erradica la circunstancia vinculante del nexo obligacional, en la medida que excluye o limita los medios ofrecidos por la ley

---

de las partes para obtener su consentimiento, engañándola, y es obra del otro contratante o de un tercero, en la simulación las partes dan su aquiescencia con pleno conocimiento de causa, pero en forma oculta para que el acto sea ignorado por los terceros a quienes no se quiere mostrar”. PAILLAS PEÑA. *Op. cit.* p. 12.

<sup>484</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3) pp. 340, 341 y 358.

<sup>485</sup> ALESSANDRI BESA, Arturo. *Op. cit.* pp. 33, 34, 78 y 79. A juicio del autor, el Art. 10 del CC. se limita a resumir lo dispuesto en los art. 1466 y 1682 del mismo cuerpo legal, que señalan que los actos prohibidos por las leyes tienen objeto ilícito, y la sanción para esa ilicitud es la nulidad absoluta. *Op. cit.* p. 85

al contratante cumplidor para evitar una disminución de su patrimonio, con correlativo incremento a favor del contratante incumplidor. El quebrantamiento del equilibrio patrimonial, fruto del incumplimiento no compensado que consume la sanción civil prevista para los negocios ilícitos, altera la atribución en sede penal del resultado de perjuicio patrimonial, en términos que pese a afirmar la infracción a la norma de conducta del delito de estafa, el resultado producido no cabe imputarlo al sujeto activo.

Como resulta de lo expresado, subsiste la infracción a la norma primaria, expresada en la peligrosidad *ex ante* de la conducta del sujeto activo para el bien jurídico<sup>486</sup>; pero la atribución del resultado, se desplaza a una conducta de incumbencia de la víctima<sup>487</sup>.

En forma previa a la enunciación de los criterios de imputación del resultado que sirven al cometido de la norma secundaria, en el aspecto que nos interesa, debemos destacar que la imputación del resultado opera desde el hecho típico, el que requiere que estemos frente a una conducta portadora siquiera de algún nivel de riesgo. Se trata de establecer si el peligro relevante en términos penales para el patrimonio, puede vincularse prospectivamente al resultado, para lo cual se requiere articular una noción de este último.

---

<sup>486</sup> Sobre el punto, CANCIO MELIÁ destaca la necesidad de establecer, de modo desligado de la cuestión del resultado, ámbitos de responsabilidad en una interacción social, incluso el de la víctima. El autor expresa que tal tendencia emana de una concepción de la norma penal permeable a la realidad social: sólo cuando la conducta del autor deba ser interpretada, en términos objetivos, como infractora de la norma de conducta, podrá afirmarse que existe un comportamiento objetivamente típico. Se trata de traducir en “tesis dogmáticas” la conducta de la víctima, desde una toma de partido sobre la norma jurídico penal consciente de la dimensión social de la conducta típica, a diferencia de un entendimiento centrado de modo estático en la relación entre norma y autor o de una concepción vinculada exclusivamente a la lesión fáctica de bienes jurídicos. *Op. cit.* pp. 298 y 299.

<sup>487</sup> Como sostienen BUSTOS y HORMAZÁBAL, se trata de que una vez comprobado *ex ante* el desvalor situacional, y por ende el riesgo para el bien jurídico, es necesario comprobar que ese riesgo típico se haya plasmado en la afección del bien jurídico, en términos que el resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal, sea imputable objetivamente al riesgo creado con la realización típica. Los autores diferencian claramente los ámbitos de cada norma, destacando que la norma de merecimiento no se conforma con la realización típica, sino que reclama que el resultado sea imputable objetivamente al hecho típico, lo que “obliga al intérprete a hacer un juicio de merecimiento *ex post* para establecer si el resultado puede objetivamente ser imputado al hecho típico. Por eso la exigencia de la imputación objetiva de resultado urge desde la norma de merecimiento. Ello obliga al intérprete a fundamentar desde la afección del bien jurídico su imputación al hecho típico”. *Op. cit.* pp. 90 y 92.

Al abordar la relevancia de la antijuridicidad propiamente penal del negocio ilícito, hemos destacado la ausencia de objeto material como excluyente absoluta de riesgo para el bien jurídico<sup>488</sup>. Aquí la cuestión más bien se centra en establecer que la ilicitud meramente civil del negocio, no impide apreciar el resultado de perjuicio patrimonial, de manera que lo relevante será determinar la imputación de dicho resultado alternativamente: a la conducta del sujeto activo o de la víctima.

La lesión al patrimonio en cuanto resultado del delito de estafa, lejos de importar la mera privación de un conjunto de derechos subjetivos, debe ser comprendida como un proceso de modificación de circunstancias, perjudicial para el bien jurídico, por afectar negativamente el carácter instrumental de los medios para el libre desenvolvimiento de su titular<sup>489</sup>. El carácter de Derecho público de la norma penal destacado por KINDHÄUSER<sup>490</sup>, no obsta a la consideración del sujeto a quien sirve el deber de conducta impuesto a su contraparte en la respectiva interacción<sup>491</sup>, particularmente en lo que concierne a su apreciación de la norma como fuente de expectativas, por su anverso en cuanto fuente de directivas impuestas a quien tiene frente a sí, en su faceta de autor potencial<sup>492</sup>.

No se trata, empero, de que el Derecho penal permita fundar derechos subjetivos a favor de los titulares de los bienes jurídicos; materia pertinente al Derecho civil, sino de que la norma penal pueda ser descrita como una fuente de expectativas de preservación de bienes jurídicos, precisamente por su componente imperativo. En tal concierto, puede el bien jurídico adoptar la estructura de un derecho subjetivo, como

---

<sup>488</sup> *Vid. supra*, Apartados 2.2.1.; 2.2.2.; y 2.2.3.

<sup>489</sup> KINDHÄUSER. *Vid. supra* n. marg. 268, sobre la definición de bien jurídico.

<sup>490</sup> En términos "(...) que aquél a quien el destinatario de la norma adeuda su seguimiento, sólo puede ser el Estado". *Op. cit.* (nota 296, Teoría de las normas...) p 26. Precisamente como nota distintiva de la sanción penal, atinente a su carácter indisponible, *vid. infra*. n. marg. 567.

<sup>491</sup> Cuestión que se da alternadamente entre los sujetos imperados según la situación en que se encuentren en la interacción concreta, en términos que una misma norma se muestra para unos como institucionalización de una expectativa y para otros, como directiva de conducta, invirtiéndose los papeles continuamente. Cfr. SILVA SANCHEZ. *Op. cit.* (nota 299, Normas y acciones...) pp. 26 y ss.

<sup>492</sup> KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 296, Teoría de las normas...) p. 26. No se trata, empero, de que el Derecho penal permita fundar derechos subjetivos a favor de los titulares de los bienes jurídicos; materia pertinente al Derecho civil, sino de que la norma penal pueda ser descrita como una fuente de expectativas de preservación de bienes jurídicos, precisamente por su componente imperativo. *Ibid.* p. 27.

el que asiste al acreedor para reclamar la resolución de un contrato, o su cumplimiento forzado respecto del deudor<sup>493</sup>; pero tal manifestación sólo contribuye a apreciar el resultado junto a otros rendimientos que pueden no cristalizar en tales derechos. En definitiva, lo relevante son las propiedades de personas y objetos al servicio de la libertad, en que se funda la tutela por el Derecho penal, mas no las personas y objetos en sí, con independencia de que puedan ser estimados o no referentes para el ejercicio de la libertad jurídicamente garantizada.

De tal manera, el resultado puede ser comprendido como un desgajamiento perjudicial para su titular, de cualquiera de las diversas propiedades de personas y objetos que por definición comprende el bien jurídico, en el marco jurídico de una sociedad, el que, por cierto, desborda los límites que encierra el acotado rendimiento de un derecho subjetivo<sup>494</sup>.

Se descarta la comprensión del resultado, en consecuencia, como una mera situación o estado de cosas determinado conforme su valoración por alguna rama constitutiva del Ordenamiento jurídico, porque éste se plasma en el tránsito a una modificación que convoca variables de diversa índole, obtenidas tanto del Derecho penal, como de la mano de las propias ramas constitutivas. Se trata, sólo por mencionar algunas, de variables tales como la erradicación de toda vinculación material y jurídica para con el objeto, el desplazamiento de la tenencia material de la cosa, la privación de acciones y derechos, inclusive al derecho a la restitución del bien o su valor, o la conservación de una apariencia jurídica<sup>495</sup>; siempre entendidas como propiedades en el marco jurídico en que se sustenta una sociedad determinada.

---

<sup>493</sup> KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 296, Teoría de las normas...) p 27.

<sup>494</sup> *Vid. supra* n. marg. 296. HARRO OTTO aprecia que en casos como los mencionados no se produce una limitación del concepto de patrimonio, sino sólo una restricción de la protección patrimonial. Citado por GALLEGO SOLER. *Op cit.*, en n. marg. 644 (p. 269).

<sup>495</sup> Para HERNÁNDEZ, la conexión con la realidad económica de un concepto de patrimonio, lleva a afirmar perjuicio no sólo frente a la merma económica que importa la pérdida definitiva de un bien o derecho o al gravamen definitivo del patrimonio, sino también en los supuestos en que una decisión judicial implique una traba al pleno ejercicio de los derechos que se tienen sobre determinadas cosas o el deterioro de un crédito. Al efecto, cita como ejemplos las medidas de embargo, incautación, o el reconocimiento aun provisional de derechos ajenos; todas las que giran en torno a la incidencia del carácter litigioso del objeto en la valoración económica del patrimonio, pese al carácter infundado de las pretensiones incoadas. HERNÁNDEZ B., HÉCTOR. La estafa triangular en el Derecho penal chileno, en especial la estafa procesal. *Revista de Derecho*. XXIII (1), Junio 2010, (201-231) p. 226

No pueden soslayarse en lo pertinente a la comprensión del resultado en los términos que hemos expuesto, dos cuestiones de particular relevancia que resultan pertinentes como corolario de nuestros asertos.

La primera, se vincula a la prerrogativa del sujeto activo de demandar al Orden jurídico protección a la apariencia jurídica creada a su favor, amparado en la inderogabilidad de la jurisdicción. Se trata de una vinculación preponderantemente fáctica, por su marcada significación económica, pero que bien puede alcanzar también significación jurídica en ciertos supuestos. Para el Derecho civil, sólo por vía ejemplar, y respecto de bienes corporales, según los arts. 700, 708, 726, 2492, 2510, y 2511 del CC., el ladrón, estafador o receptador puede aspirar a adquirir, en definitiva, el dominio por prescripción<sup>496</sup>, y en el lapso intermedio, a no ser privado del objeto material del delito por terceros, sino mediante el régimen de acciones que establece la ley, o las medidas de incautación previstas en el proceso penal, según lo dispuesto por el art. 189, inc. 2°, del CPP.

Esta noción general, abordada desde la óptica penal, la hemos expuesto en líneas anteriores aludiendo a los postulados de BALMACEDA Y FERDINAND<sup>497</sup>, para quienes, según una teoría mixta jurídico-económica de patrimonio, se excluye de tutela jurídica únicamente a las posiciones económicas desvaloradas por el derecho<sup>498</sup>. Luego, para BALMACEDA Y FERDINAND, enfocando el problema en términos positivos o de inclusión, la protección del Derecho exige el umbral mínimo de una “apariencia jurídica”, y no el baremo superior de un reconocimiento jurídico efectivo, toda vez que el Derecho prohíbe, por regla general, las vías de hecho en la solución del conflicto, debiendo recurrirse a la jurisdicción<sup>499</sup>.

---

<sup>496</sup> Inclusive en caso de medios violentos o clandestinos en la adquisición de la posesión, contrapuestos a la actividad de disposición que efectúa la propia víctima de la estafa por sí o por terceros, la doctrina civilista nacional no está conteste en la inutilidad de la posesión para ganar el dominio por prescripción. *Vid. supra*, n. marg. 115. En el mismo sentido, PEÑAILILLO A., Daniel. Los bienes. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993. pp. 223-224 y n° 174 p.243.

<sup>497</sup> BALMACEDA H. y FERDINAND P. *Op. cit.* p. 189 y ss.

<sup>498</sup> Cfr., por todos, TIEDEMANN, Klaus: “§263” en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. IV, Berlin, De Gruyter Recht, 1999, NM 132, citado por BALMACEDA H. y FERDINAND P., *Ibid.*, nota 18 en p. 189.

<sup>499</sup> BALMACEDA H. y FERDINAND P. *Op. cit.* p. 189.

Sobre el extremo en análisis, la doctrina nacional más difundida se debate entre la exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad<sup>500</sup>; punto sobre el que estimamos concurrente la primera limitación indicada, esto es, la previsión de un motivo de atipicidad por ausencia de comportamiento típico.

Precisemos a modo de excursión en las líneas que siguen, que el rendimiento de los casos del rubro ajeno a aquél objeto de este trabajo y que hemos denominado como “estafas que inciden en una situación ilícita previa”, radica en que las previsiones del Derecho civil sobre la ilicitud de la posesión de un objeto y sus efectos, no relevan al intérprete de la necesaria indagación en las categorías sistemáticas de la teoría del delito, para asentar la valoración penal del supuesto de hecho en cuestión.

Y para dilucidar el estadio o categoría sistemática de la teoría del delito en que mora la respuesta, resulta también insoslayable articular una determinada noción en materia de teoría de las normas, conforme se ha argumentado en las líneas que preceden. Tal enfrentamiento nos permitirá confirmar, una vez más, la permeabilidad

---

<sup>500</sup> Para ETCHEBERRY, las expectativas de reconocimiento jurídico del sujeto activo en la fase de agotamiento del delito (estafa, hurto, robo o receptación), ceden ante la autotutela jurídicamente reconocida a favor del dueño del respectivo objeto material del delito, conforme los arts. 494, N° 16 y 20 del CP., en términos que la exclusión necesaria de la violencia como modalidad ejecutiva en la estafa, fuerza a concluir que frente a la concurrencia de “medios de menor gravedad, como la astucia, no parecería lógico sancionar esta conducta con mayor severidad”. *Op. cit.* t III, pp. 403 y 404. Bajo nuestro parecer, las reflexiones del autor apuntan a la exclusión de la tipicidad, al no tratarse de una conducta prohibida bajo pena para el caso de ejecutarse por el dueño o poseedor. POLITOFF *et al*, añade como fundamento adicional lo dispuesto por el art. 471 N° 1 del CP. en la medida que la norma referida castiga al dueño de la cosa que se sustrae a otro, sólo si la tenencia era legítima y además se causa un perjuicio. Aduce, empero, que tanto el ladrón como el estafador, poseen de un modo expresamente reprobada por el Ordenamiento jurídico, de manera que no pueden sentirse afectados en su patrimonio por el dueño que mediante engaño, consigue recuperar la cosa u otras si eran fungibles. *Op. cit.* pp. 437 y ss. Tal planteamiento, a nuestro juicio, atiende a la exclusión del resultado de perjuicio patrimonial para el caso con ocasión del cuál viene expuesto, dando lugar a la exclusión de la tipicidad por ausencia de resultado, o mejor dicho, de riesgo de producción del mismo.

Finalmente, en opinión de GARRIDO, se trata de un problema de juridicidad de la actuación, resultando aplicable la causal de justificación del art. 10 N° 10 del CP., desde que, al no mediar la violencia en las conductas que de haberla comprendido quedarían abarcadas por el artículo 494, numerales 16 y 20, ello importa que el legislador deja al margen de toda sanción penal estos comportamientos. *Op. cit.* t. IV, p. 344.

Sobre la exposición detallada de tales planteamientos y los pertinentes a la dogmática española, *vid. supra*, excursión del Capítulo 1. Respecto del tema de la autotutela en relación con la realización arbitraria del propio derecho, *vid.*, en nuestro medio, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. Santiago. Ed. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.

de las categorías sistemáticas propiamente penales y específicamente de qué categoría, respecto de las regulaciones provenientes de las vertientes constitutivas del sistema jurídico.

Así, se concluye la improcedencia de una respuesta que quede librada exclusivamente a la valoración efectuada por el ámbito civil, sin perjuicio de su relevancia en la categoría sistemática particular en que debe ser acogida, a saber, el resultado de perjuicio patrimonial, demandado por el tipo del delito de estafa.

Como expresamos *supra*, específicamente en la parte final del Apartado 2.2.3, en el caso de las defraudaciones por engaño que inciden en una situación ilícita previa, nada obsta a apreciar la concurrencia del delito consumado de estafa cuando el sujeto activo de la defraudación no corresponde al dueño o poseedor del objeto. Y sobre la ausencia de perjuicio patrimonial que pudiese ser planteada como objeción a tal aserto, nos contentamos con el nivel de protección que ofrece el Derecho privado; mermado respecto del que asiste al dueño, pero nada despreciable en el concierto general de los medios de tutela jurídica de intereses privados. Tal amparo, bien puede estimarse mediatamente servil a la proscripción de la autotutela y la inderogabilidad de la jurisdicción, pero en lo inmediato, esto es, en el ámbito del bien jurídico tutelado por el tipo penal e incorporado al mismo como objetividad jurídica, la protección del Derecho se dispensa a quien detenta la cosa en términos de control fáctico, con prescindencia del origen de la especie.

Luego, la valoración civil del supuesto de hecho concerniente a la defraudación que reconoce como sujeto activo al dueño o poseedor de los bienes objeto material de la misma, permite fundar en este rubro de casos, la concurrencia positiva del detrimento patrimonial exigido por el tipo objetivo del delito de estafa.

Conforme se culminará afirmando en el presente Capítulo, será también la valoración emprendida desde coordenadas privatistas, la que, respecto del objeto de este estudio relativo a las constelaciones que hemos denominado de “estafas en negocios con causa ilícita”, dirimirá en definitiva la imputación del resultado, llegando a impedir la consumación del delito en referencia.

Ahora bien, tratándose de la defraudación por engaño llevada a cabo por el dueño o poseedor del objeto obtenido ilícitamente, la conclusión sobre atipicidad antes vertida, viene fundada desde una categoría previa a la del resultado, cual es, la

ausencia de comportamiento captado por el tipo. En definitiva, se trata de que para el dueño o poseedor, los intereses opuestos que alberga la norma primaria, se han articulado en términos de proveer una solución universalizada del respectivo conflicto, cuál es la exclusión del medio defraudatorio como prohibido bajo pena, según resulta de los arts. 494 N° 16 y 20 del CP., en cuanto sólo proscriben la modalidad ejecutiva violenta, relegando el proceder defraudatorio a un acto neutral, esto es, aquél que sin estar expresamente contemplado como derecho, escapa a la previsión de la conducta como prohibida bajo pena. En tales condiciones, como resulta evidente, discrepamos del postulado que estima la concurrencia de la causal de justificación regulada en el art. 10 N° 10 del CP. desde que, bastante lejos está de reconocérsele por el sistema jurídico al dueño o poseedor, el derecho a defraudar al poseedor ilícito, fuera de la coordinación de intereses que subyacen en la previsión de la conducta como penalmente típica.

Retomando el análisis sobre el resultado, la segunda cuestión a destacar en abono de nuestra comprensión, concierne a que, desde una perspectiva general, el Orden jurídico dispensa grados diferenciados de reconocimiento, según el ámbito de que se trate, los que no se agotan en la valoración emprendida desde el Derecho privado. Así, pese a que podrían juzgarse francamente opuestos a la moral o las buenas costumbres, no parecen jurídicamente fundados los reproches formulados a la protección penal de actos jurídicos pertinentes, por ejemplo, a la prestación de servicios sexuales del protagonista de una película pornográfica, o inclusive en el caso de la prostitución, o de la actividad de una telefonista de un servicio de llamadas eróticas, y la publicidad asociada a todos estos comercios.

Lo expuesto, en la medida que tales actividades se conforman con valores superiores del Ordenamiento, plasmados en el texto constitucional<sup>501</sup>, relativos a la prerrogativa en el emprendimiento económico, el que aparece limitado por la proscripción de afectar sectores sensibles en el ámbito respectivo, en función de

---

<sup>501</sup> Así lo sostiene GALLEGO SOLER con base en la propuesta de ZIESCHANG, propugnando la adecuación del sistema normativo penal a los principios que derivan de la Constitución política, y en particular el ámbito penal de protección del patrimonio. En tales condiciones, sólo cabe estimar que se integran en el patrimonio los bienes económicos de una persona que le corresponden, sin contradicción con el sistema de valores fundamentales plasmado en la Constitución. *Op. cit.* p. 276, con referencia a ZIESCHANG en n. marg. 662.

determinadas vías de vulneración<sup>502</sup>. En los ámbitos referidos por vía ejemplar, la ilicitud civil no obsta al desarrollo de actividades frente a las que, como corolario de subsistir la tutela penal por no oponerse a los valores constitucionalmente estatuidos, no podemos concluir *a priori* una exclusión del resultado y toda potencialidad de su verificación.

Como refiere GARCÍA ARÁN, la coherencia del Ordenamiento jurídico no significa rechazar la protección penal de cualquier situación con base ilícita, puesto que es coherente proteger aquéllas a las que el propio Ordenamiento proporciona algún tipo de reconocimiento<sup>503</sup>.

En definitiva, compartimos el parecer de, ÁLVAREZ GARCÍA, desde sus críticas a las propuestas de subordinación sustentadas por BINDING y M.E. MAYER, aboga por una autonomía sin asilamiento “del fenómeno jurídico del contexto en el cual y por el cual es puesto el derecho”<sup>504</sup>. En tal perspectiva, se le “hace justicia” a la ley civil de cara a sus fines y principios, cuando se la reconoce conectada con el sistema social existente, en el que, en materia de fraudes, ha de revestir suma importancia la regulación del tráfico jurídico que emprende el Derecho privado junto a otras vertientes jurídicas relacionadas, porque éstas han de ser portadoras de una voz autorizada

---

<sup>502</sup> GALLEGO SOLER. *Op. cit.* pp. 272 y ss. El autor sostiene que no existe una prohibición genérica del Orden jurídico para tales actividades, con consecuencias penales. Al efecto expresa que “(A) pesar de los reparos éticos que puedan efectuarse, cuando el ejercicio de la prostitución es libre, cualquier contraprestación obtenida o prometida en este ámbito negocial, también tiene que poder contar con la protección penal. Entiendo que dicho ejercicio es libre cuando no entra en el ámbito de la tipicidad penal: nos encontramos ante personas que pueden ejercitar con carácter absoluto su derecho a la autodeterminación sexual –inicialmente mayores de 16 años- y dicho ejercicio no está condicionado por alguna de las circunstancias (...), engaño, abuso de necesidad u superioridad”.

El autor citado destaca la implantación económica de la actividad de la prostitución, cuyo desconocimiento importaría una grave contradicción valorativa. *Ibíd.* pp. 271, 274 y 275. Añade que en estos casos la ausencia de efectos regulados por el Derecho civil, no excluye la concurrencia de un deber moral o social en el cumplimiento de la prestación. Aduce al respecto que “la inmoralidad del hecho no significa inmoralidad de las obligaciones que de él puedan derivarse”. *Ibíd.* p. 274.

En el Derecho penal chileno, conforme el art. 495 N° 7 CP., únicamente se prevé como falta, la contravención a la reglamentación de policía en lo concerniente al ejercicio del comercio sexual, sin perjuicio a la tipificación como delito en los arts. 367 y 411 ter del CP., de la promoción o facilitación de la prostitución respecto de menores, o de iguales conductas respecto de la entrada y salida de personas del territorio nacional para el ejercicio e la prostitución, respectivamente.

<sup>503</sup> Citado por GALLEGO SOLER. *Op. cit.*, en n. marg. 717 (p. 294).

<sup>504</sup> ÁLVAREZ GARCÍA. *Op. cit.* p. 61.

sobre la distribución de ganancias y pérdidas en cada interacción social. Nótese el empleo de la voz “distribución”, precisamente porque no se discute la concurrencia de aquél, sino su imputación, bien sea a la víctima o al agente. El negocio ilícito es para el Derecho privado, conforme nuestra regulación positiva, un acto señaladamente riesgoso, porque la ilicitud del objeto o la causa, incide en la pérdida del régimen de acciones dirigido a restablecer equilibrios patrimoniales.

En lo que concierne a la ley penal, sin una incorporación al tipo legal de la estafa de una explícita exigencia de licitud prevista para la víctima, la coordinación de intereses que consuma la norma de conducta y que se asienta en la categoría sistemática de la conducta típica, no puede reclamar un nivel superior de limitación de la libertad, requerida para tutelar una “versión ampliada” o supererogatoria del bien jurídico. Los capítulos de ilicitud civil sólo sirven, desde la óptica penal, a la distribución del resultado típico: aquí se articulan los fines de la norma secundaria, concernientes a aquello por lo que se está dispuesto a castigar y en qué medida.

Precisemos finalmente que no se trata de que el resultado venga determinado por la tolerancia del Derecho civil como umbral mínimo requerido para la tutela penal a título de estafa de los objetos implicados en el negocio respectivo, sino de predicar de la valoración civil una incidencia decisiva en la atribución del resultado. La falta de producción del resultado típico en cuanto elemento necesario para juzgar la conducta del agente será lo pertinente a concluir a partir de la improcedencia de la sanción de comiso, siempre que subsista la ilicitud meramente civil de la conducta de la víctima.

En tales condiciones, la falta de valoración civil no elimina el perjuicio entendido como merma económica, sino que incide en su distribución, esto es, en la determinación de quien lo debe soportar. Tal distinción es esencial porque permite solucionar con base en un predicado sobre la conducta de la víctima, la imputación del resultado.

La categoría sistemática pertinente al planteamiento referido sobre el rendimiento de la ilicitud que contempla el Derecho privado para el respectivo supuesto de hecho, concierne a la imputación del resultado, y específicamente a aquella elaboración que persigue solucionar los casos de confluencia o concurrencia de

riesgos pasibles de producirlo<sup>505</sup>. Se trata de los supuestos en que cabe preguntarse por la explicación del resultado no sólo en la conducta del autor, sino en la de un tercero, la propia víctima o un riesgo general de la vida, apreciados como “diversos riesgos”; de manera que la cuestión se centra en determinar a cuál de ellos debe objetivamente atribuirse el resultado<sup>506</sup>.

Como acertadamente precisa CANCIO MELIÁ, no se trata de calificar la conducta de la víctima, sino de determinar la concreción del riesgo inicial del que es responsable el autor, desde que éste viene irrogando un peligro a los bienes de la víctima: precisamente tal evento da lugar a la pregunta sobre la atribución alternativa del resultado, al autor o a la víctima<sup>507</sup>.

Tratándose de dirimir la explicación del resultado producido, bien en la conducta de la víctima o del sujeto activo, el supuesto objeto del presente estudio da cuenta de riesgos concurrentes, aparecidos en un mismo momento<sup>508</sup>, esto es, al momento de quedar convenidos en el negocio de contenido ilícito víctima y sujeto activo de la defraudación<sup>509</sup>. Para determinar la imputación del resultado en caso de riesgos concurrentes relacionados con la conducta de la víctima, deben diferenciarse los supuestos de riesgos separables, donde además de un riesgo prohibido creado por el autor, concurre un comportamiento arriesgado de la víctima, cuya incidencia en el resultado puede diferenciarse claramente, y los supuestos de riesgos inseparables, donde no resulta posible separar el aporte de cada uno, de manera que pueda precisarse cual aporte ha sido eficiente y cuál no<sup>510</sup>.

Naturalmente, en el supuesto que nos convoca, las conductas riesgosas de autor y víctima resultan separables, en la medida que aquélla emprendida por el

---

<sup>505</sup> Cfr. JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en el Derecho penal. Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1997, p. 101 y ss.

<sup>506</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal, parte general. Lima. Ed. Grijley, 2008, pp. 366 y 367.

<sup>507</sup> CANCIO MELIÁ. Manuel. *Op. cit.* (nota 169, Líneas básicas...) p. 109.

<sup>508</sup> CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) pp. 368 y 369.

<sup>509</sup> Tal como refiere MERA, se trata del dolo de no cumplir con la respectiva obligación que ha de presentarse en el momento de concertarse la negociación o celebrarse el contrato, “de manera que se utiliza la realización del acto jurídico a modo de pantalla con la finalidad de obtener de la contraparte la correspondiente prestación, pero sin abrigar el agente la intención de cumplir con su obligación”. *Op. cit.* (nota 37). p. 48. El planteamiento referido reconoce que la resolución posterior de no cumplir lo pactado, carece de virtud causal respecto del error que llevó al afectado a concluir la negociación, obligándose según las reglas del Derecho privado.

<sup>510</sup> GARCÍA CAVERO. *Op. cit.* (nota 506) p. 369.

primero, se vincula al engaño en cuanto portador del riesgo de error en el sujeto pasivo y la de este último, en cuanto riesgosa para el patrimonio invertido en el negocio ilícito, ni siquiera pasible de serle restituido. Precisemos que se trata de un supuesto en que la conducta de la víctima no interrumpe el nexo de imputación, pese a lo cual, debe considerarse especialmente a la hora de juzgar la atribución del resultado, por la estrecha relación que lo vincula con su producción<sup>511</sup>.

Lo importante es que en el caso de la antijuridicidad meramente civil, el perjuicio patrimonial no puede apreciarse como la pérdida de un activo que deba ser compensada, precisamente porque en el plano del deber ser, el bien comprometido debe permanecer en manos de quien se encuentre, o el servicio respectivo no puede ser compensado, de tal manera que el detrimento lo soporta la víctima<sup>512</sup>, sin perjuicio que el injusto de acción se mantiene inalterado respecto del sujeto activo, con la consecuente responsabilidad por delito frustrado<sup>513</sup>, en la medida que, si bien no hay interrupción de nexo causal alguno, el autor realizó íntegramente la conducta engañosa. Que el resultado no deba ser explicado bajo una perspectiva causalista, es consecuencia de la postura adoptada respecto del criterio valorativo conforme opera su distribución entre autor y víctima.

Destaquemos, finalmente, que lo aquí expuesto no es más que la antesala de la intensa vinculación del Derecho penal para con otros órdenes jurídicos que convoca la categoría sistemática que sucede a aquella analizada en este trabajo, esto es, la antijuridicidad. En ella se asienta la norma permisiva, fraguada las más de las veces al alero de otras vertientes jurídicas. En su seno se trata de la articulación del principio de la unidad de la antijuridicidad para todo el Ordenamiento, que en palabras de CREUS, "(...) ha obligado a darle a la antijuridicidad un contenido material (ataque a un bien jurídico) desde su base formal (ataque jurídicamente prohibido) que, por un lado, fija los límites dentro de los cuales el legislador formula los tipos penales y, por otro,

---

<sup>511</sup> CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* (nota 169, Líneas básicas....) p. 119.

<sup>512</sup> Como explica GARCÍA CAVERO, para el caso de riesgos separables, si el riesgo concurrente con el del autor es el que se realiza en el resultado, entonces deberá decaer la imputación del resultado al comportamiento de aquél. *Op. cit.* (nota 506) p. 369.

<sup>513</sup> Como expresa CANCIO MELIÁ, lo más adecuado es afirmar que debe apreciarse una disminución del injusto en el lado del autor, toda vez que desde el punto de vista normativo "sólo se ha producido el resultado a medias", por lo que deberá llevarse a cabo una reducción de la responsabilidad del autor. (nota 169, Líneas básicas....) p. 123.

determina las posibilidades jurisdiccionales de la aplicación de la consecuencia de la pena en los casos concretos, como uno de sus factores de procedencia (presupuesto): lo que no merece respuesta sancionatoria en otros sectores del Derecho no puede ser objeto de pena pese a su encuadre formal en el tipo penal”<sup>514</sup>.

---

<sup>514</sup> CREUS, Carlos. *Op. cit.* p. 107.

### 3. ALCANCE DE LAS PROPUESTAS CENTRADAS EN LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA.

Asumiendo los límites del quehacer dogmático, frente a una solución legislativa cuya legitimidad hemos perfilado en las líneas que preceden<sup>515</sup>, no resultaría justificado desde el Derecho positivo chileno recurrir a una construcción teórica fundada en las exigencias de autoprotección impuestas a la víctima en el delito de estafa. Se trata, en definitiva, de la inutilidad de una propuesta interpretativa del tipo penal que se esfuerce en establecer restricciones al actuar penalmente antijurídico de la víctima, que el propio legislador ha previsto, precisamente plasmada en la respuesta más contundente del Derecho: la sanción penal, específicamente, el comiso.

Ahora bien, como contra cara del fundamento que discrimina en base a la previsión de una sanción penal, la respuesta a los casos en que el negocio ilícito no configura un hecho antijurídico, culpable y punible<sup>516</sup>, debe destacarse como diferenciada. Para aquéllos casos donde el ilícito no importa una conducta constitutiva de delito, carecería de legitimidad una propuesta que excluya la prohibición bajo pena de la estafa, sin fundamento en una norma que responda a la misma finalidad protectora de bienes jurídicos mediante la sanción penal. En definitiva, surgiría un capítulo de *infra* protección de intereses de mayor relevancia para el Orden jurídico, por ampararse en una sanción sensiblemente menos intensa y dirigida a trazar los límites de la autonomía en el caso del Derecho privado, o a establecer una determinada forma de proceder en materia de gestión pública en el concierto del Derecho público. Ahora bien, la relevancia de lo expresado para el Derecho español,

---

<sup>515</sup> Hemos circunscrito la propuesta dogmática materia de este estudio, al análisis del Derecho penal positivo, para determinar lo que rige conforme tal Ordenamiento, destacando su utilidad para dar cuenta de una acertada solución al supuesto de este trabajo. De tal manera, nuestros postulados aspiran a orientar o confirmar una propuesta que no requiere, a nuestro juicio, predicamentos interpretativos exigentes para con el tenor literal, con miras a satisfacer un postulado político criminal relevante. LUZÓN PEÑA, Manuel. Curso de Derecho penal, parte general. Madrid, Universitas S.A., 1996, t. I, pp. 92, 93, 100 y ss.

<sup>516</sup> Bien sea porque huelga alguno de los elementos que lo conformarían, o bien, por tratarse de una ilicitud de carácter meramente civil o administrativa. Por ejemplo, en caso de objeto ilícito por contravenir el orden público, la moral o las buenas costumbres.

aparece frente a la previsión meramente facultativa del comiso y en nuestro medio, tratándose de faltas, por la misma razón<sup>517</sup>.

Sobre el punto, volveremos con mayor detalle en el apartado siguiente, pero destaquemos aquí que, precisamente en el sentido de excluir la punición para casos como los referidos, juega una propuesta doctrinaria general vertida desde nuestra manualística, que destaca la improcedencia de sancionar la mera intención o tendencia ilícita penalmente irrelevante, al privar de protección jurídica a título de estafa a la víctima<sup>518</sup>.

Luego, la cuestión concierne en determinar la procedencia de recurrir a una construcción que, de estimarse plausible, subsistiría como telón de fondo en todos los casos de ilicitud del negocio en que se forja la defraudación, cualquiera sea la índole de aquélla<sup>519</sup>. En tales condiciones, todo lo razonado sobre el rendimiento de la pena de comiso no sería más que un predicamento de preferente aplicación frente a un subyacente postulado general, relativo a la ausencia de protección jurídica a la víctima por su proceder ilícito.

Tal enfoque del problema, nos obliga a detenernos principalmente en los postulados de la dogmática española, que vienen centrando su atención en la temática referida a las demandas de autoprotección formulables a la víctima y sus consecuencias para el rubro de casos objeto de nuestro estudio.

Para el supuesto concernido por nuestro análisis, PASTOR MUÑOZ descarta que se trate de una cuestión sobre la suficiencia del engaño, como en el común de los casos de déficit en la protección que la víctima se debe a sí misma<sup>520</sup>. Afirma que la

---

<sup>517</sup> *Vid. supra*. Apartado 2.2.1.

<sup>518</sup> DAVIS. *Op. cit.* p. 37. SANTANDER FANTINI. *Op cit.* pp. 285 y ss.

<sup>519</sup> Es la perspectiva general que para el delito de estafa destaca PASTOR MUÑOZ, cuando expresa la relevancia del redescubrimiento dogmático de que la víctima también puede ser responsable del acto de disposición, al extremo que para algunos, la primera línea de atribución del acto de disposición perjudicial apunta a ésta última, desde que sólo en algunos casos, obrarán razones normativas para desplazar tal responsabilidad a otro sujeto. PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 331, El redescubrimiento...) p. 68.

<sup>520</sup> "En estos casos, el engaño del autor puede ser una aportación suficiente (que, de no mediar negocio ilícito, podríamos considerar "engaño bastante"), y la víctima puede ser exquisitamente prudente (y poner todos los medios de autoprotección que, según su estándar, puedan exigírsele)". PASTOR MUÑOZ. *Op cit.* (nota 3) p. 353. Sin perjuicio que previamente en el mismo texto señala, refutando la distinción de ilícitos en los casos de pago no realización de la prestación y realización de la prestación no seguida de pago, que el engaño y la ilicitud se

atención sobre el comportamiento de la víctima en un negocio con contenido ilícito, fuerza a considerar la lesión a su patrimonio invertido en éste, como la afectación de una expectativa meramente fáctica, no contemplada por el tipo legal de la estafa, y por la que ésta es exclusivamente competente. Destaca que en estos supuestos, la víctima ha sustraído del ámbito de protección del Derecho, el patrimonio que ha puesto en riesgo<sup>521</sup>. Se trata de la plasmación de un criterio de asunción del riesgo<sup>522</sup>, que redundaría en la apreciación de tentativa irreal por ausencia de objeto de protección, desde que no hay una expectativa cuya defraudación sea susceptible de reestabilización por el Derecho, cuando el orden civil niega la acción para recuperar lo entregado. En definitiva, el eventual riesgo creado por el engaño no será nunca típico<sup>523</sup>.

En términos generales, la doctrina española reciente, se inclina por el reconocimiento de “deberes de autoprotección” que pesan sobre la víctima, en estrecha relación con la suficiencia del elemento engaño requerido por el tipo de la estafa<sup>524</sup>. En la base de tal planteamiento dogmático, se encuentra la idea de que la

---

entrelazan en su configuración, lo que no puede obviarse en el análisis jurídico-penal del riesgo. *Ibíd.* p. 346. También VALLE MUÑOZ, *vid. supra.* nota 107.

<sup>521</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op cit.* (nota 3) pp. 353 y 354. La autora precisa que “la retirada de la protección otorgada por el tipo sólo se extiende al riesgo propio del contacto patrimonial de que se trate, de manera que no recae sobre la víctima el peso de todo aquello que pueda derivarse del negocio ilícito”. En similares términos se pronuncia CHOCLÁN MONTALVO, destacando el autodaño en que el perjudicado incurre al colocar su patrimonio en riesgo de pérdida a favor del sujeto activo de la defraudación o del Estado. El autor llega al extremo de sostener, desde una postura personal de patrimonio, que el empleo de éste para fines ilícitos lo priva de protección penal, de manera que quien se desprende de un activo en pos de una prestación ilícita, “renuncia a la protección jurídico-penal del patrimonio, se sitúa fuera del Derecho, y no puede pretenderse razonablemente la tutela de quien ha desarrollado su actividad de modo contrario a la norma”. *Op. cit.* p. 217 y 218. Cuestionando que no se trate de un problema de imputación objetiva, se pronuncia también el último autor referido, cuando sostiene, en relación con el fin de protección de la norma en el delito de estafa, que tal criterio permite una revisión de la postura tradicional y mayoritaria que aprecia estafa consumada en los casos de negocios con causa ilícita, incluso ante una conducta antijurídica de la víctima. *Ibíd.* p. 97

<sup>522</sup> Como lo califica GALLEGU SOLER. *Op cit.* p. 280.

<sup>523</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op cit.* (nota 3). p 360.

<sup>524</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Función y contenido del error en el tipo de estafa. *ADPCP.* Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica, XXXVIII (I) Enero-Abril de 1985, p. 339. CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* pp. 108 y ss. GALLEGU SOLER, José Ignacio. Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa. *ADPCP.*, Madrid, LVIII (II), Mayo-Agosto 2005, p. 529. BAJO FERNÁNDEZ, *Op cit.* (nota 4) p. 39. PÉREZ MANZANO, Mercedes. Acerca de la imputación objetiva en la estafa, *En:* AA. VV. Hacia un Derecho penal económico

realización del tipo referido exige la contribución fáctica de la víctima, que se plasma en la autolesión patrimonial que ésta lleva a cabo de manera inconsciente, lo que lo convierte en un delito de relación<sup>525</sup> o comunicativo<sup>526</sup>. Enfocado el asunto desde la

---

europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Madrid, Ed. BOE. pp. 305 y ss. Sin perjuicio que PASTOR MUÑOZ alude a propuestas que introducen el pensamiento victimodogmático en el tratamiento del error en la dogmática alemana, las que aborda críticamente. *Op. cit.* (nota 384). pp. 70 y ss.

Sobre el carácter general de autolesión del delito de estafa en nuestro medio, vinculado a la exigencia de ciertos niveles de autoprotección exigibles al sujeto pasivo, con diversos matices, *vid.* ETCHEBERRY, *Op. cit.* t.III, p.394; GARRIDO. *Op. cit.* t. IV, p. 328; DAVIS. *Op. cit.* pp. 53 y 55; YUBERO. *Op. cit.* pp. 29 y 110; SILVA SILVA. *Op. cit.* pp. 39 y 59; FERNÁNDEZ. *Op. cit.* p. 188 y 189; HERNÁNDEZ. *Op. cit.* (nota 197, Aproximación a la problemática...) p. 162; Y PIÑA, *Op. cit.* pp. 50 y 51. El último autor citado, expresamente se decanta por determinar la suficiencia del engaño a partir de deberes de autoprotección de la víctima. Recientemente HERNÁNDEZ destaca la importancia de la definición normativa de la base a que debe atenderse sobre la suficiencia del engaño, en forma previa a la formulación de criterios para su determinación. Al efecto, el autor se inclina por una delimitación aplicable *erga omnes* sobre una base objetiva, como es la relevancia negocial de la información entregada, con total independencia de la prudencia o escepticismo del destinatario de la misma. A su juicio, el presupuesto de los "deberes de autoprotección", concierne a las regulaciones sectoriales del tráfico económico, los que postulan un significado diverso al pretendido por la opinión dominante. HERNÁNDEZ *Op. cit.* (nota 276, Normativización del engaño...) pp. 35 y 36.

<sup>525</sup> PÉREZ MANZANO. *Op. cit.* p. 292. Si bien los planteamientos de la autora se centran en la imputación objetiva del resultado de perjuicio patrimonial, en términos de que tales principios pueden llegar a romper la imputación de aquél al autor del engaño, dando lugar a la responsabilidad por el mismo sólo de la víctima, cabe destacar la relevancia asignada a la "dogmática de la víctima" en sus postulados. Sobre el punto refiere para el delito de estafa, que por ser el medio natural para el desarrollo del principio de autorresponsabilidad como concreción del carácter de última *ratio* del Derecho penal, tendrá un importante campo de actuación el criterio del alcance de protección de la norma, como último escalón en el análisis de la imputación objetiva. PASTOR MUÑOZ destaca el ámbito de la estafa como uno de los más atractivos por los adherentes a postulados victimodogmáticos, por tratarse de un "delito de relación", es decir, un delito que el autor no puede consumir sin mover a la víctima a un determinado comportamiento. *Op. cit.* (nota 331, El redescubrimiento...) p. 70. Sobre una semblanza general de las aproximaciones de tal índole, *vid.* CANCIO MELIÁ, Manuel. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 219 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* p. 34 y ss. PASTOR MUÑOZ conceptualiza el "principio victimodogmático" como una manifestación del principio de última *ratio*, que significa que cuando la víctima no merece ni necesita protección, el Estado no debe intervenir. Precisa que este principio ha fracasado como construcción dirigida a abordar específicamente la problemática de la víctima, no obstante su contribución introduciendo en el análisis la contemplación de la víctima, ya no como "un objeto sobre el que se proyecta el comportamiento del autor, sino como persona que puede contribuir a la configuración del delito y que, incluso, puede ser responsable del mismo". *Ibid.* p. 70.

<sup>526</sup> Destacando el carácter de "autoperjuicio patrimonial inconsciente" de la estafa. GALLEGOS SOLER. *Op. cit.* (nota 524) pp. 543 y 544. Sobre la relevancia de la interacción de las partes en su incidencia en el error HERNÁNDEZ expresa: "(E)n todos los casos (...) el concepto de engaño está construido al menos sobre la posibilidad de interacción con otro que puede reaccionar frente al contenido comunicativo de la conducta". HERNÁNDEZ B., Héctor. Por qué no

teoría de la imputación objetiva de la conducta, se recurre en general a los criterios del riesgo permitido y del ámbito o fin de protección de la norma.

En el primero, se aborda el postulado de la adecuación, junto al criterio de la creación de un riesgo desaprobado jurídicamente. A su turno, el problema de la adecuación, es enfrentado como el juicio *ex ante* sobre la probabilidad de que la conducta generará un acto de disposición por error en un sujeto medianamente prudente<sup>527</sup>. Se trata, en definitiva, del carácter peligroso de la conducta en términos de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico<sup>528</sup>. La exigencia del riesgo prohibido, remite a la consideración de si las reglas o usos sociales de la respectiva actividad han sido vulnerados<sup>529</sup>. Naturalmente, ésta conclusión demanda un conocimiento satisfactorio del ámbito de que se trate, distinguiendo el sector particular del tráfico económico<sup>530</sup>.

Sobre el criterio concerniente al ámbito o alcance de protección de la norma, el acento viene formulado respecto de la exclusión de resultados que la víctima pudo o podría haber evitado satisfaciendo determinadas exigencias de protección de su propio patrimonio, cuya solución quedará relegada al ámbito extrapenal del Orden jurídico<sup>531</sup>. Dicho criterio se desarrolla a partir del carácter preferente de los medios del particular por sobre los estatales para la protección de su patrimonio, precisamente por el

---

puede prescindirse de la exigencia de error en la estafa. El engaño y el error en la estafa, revista de doctrina y jurisprudencia penal (1): 29-42, 2010, p. 37.

<sup>527</sup> PÉREZ MANZANO. *Ibíd.* p. 294. GALLEGO SOLER. *Op. cit.* (nota 524) p. 546.

<sup>528</sup> CHOCLÁN MONTALVO. *Op. cit.* pp. 94 y 95. El autor destaca en este rubro la consideración de las circunstancias conocidas o reconocibles por un hombre prudente en el momento de la acción, pero también los conocimientos especiales o circunstancias conocidas o reconocibles por el autor, tolerando cierta subjetividad para determinar en la fase objetiva el significado del comportamiento del agente. Añade el rol fundamental de estos conocimientos del autor en el tipo de estafa, de cara a la común selección de la víctima operando en base a aquéllos.

<sup>529</sup> PÉREZ MANZANO. *Op. cit.* p. 298 y 299

<sup>530</sup> PÉREZ MANZANO. *Op. cit.* p. 299. CHOCLÁN alude bajo este rubro a la necesidad de constatar que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos. *Op. cit.* p. 96.

Sobre la recepción en la jurisprudencia del TS. español del criterio del “incremento del riesgo permitido”, *vid.* ORTIZ NAVARRO, José Francisco. La conducta en el delito de estafa. En: BOIX REIG, JAVIER (Director). Estafas y falsedades (análisis jurisprudencial). Madrid, Ed. Iustel, 2005, p. 73.

<sup>531</sup> Enfocado desde la perspectiva del error, GÓMEZ BENÍTEZ destaca la necesidad de normativizar su contenido tomando distancia de un estado psíquico de desconocimiento del perjuicio patrimonial injusto, recurriendo a las posibilidades de autoprotección de la víctima, e integrándolo con un nivel de protección a la víctima y su patrimonio, consistente con el principio de subsidiariedad. GÓMEZ BENÍTEZ. *Op. cit.* p. 339.

reconocimiento de la autonomía en sus relaciones jurídico-económicas, donde las medidas de protección del Estado sólo vendrán a estorbar su ejercicio<sup>532</sup>. En definitiva, el norte apunta a la distinción sobre los supuestos en los que la víctima podía y le era exigible la autoprotección frente a la conducta engañosa, cuyo fundamento se extrae del componente de libertad ínsito en el bien jurídico protegido. En tales términos, el ámbito de la norma que tipifica la estafa corresponde a “la protección patrimonial frente a un determinado tipo de engaños que consiguen, o pueden conseguir, un ejercicio viciado por error de la libertad de disposición patrimonial realizado por la víctima del engaño”<sup>533</sup>.

Pero, como acertadamente precisa CANCIO MELIÁ, renunciando incluso a la terminología centrada en la autoprotección, por la improcedencia de exigir deberes a la víctima del ilícito, de lo que se trata bajo el referido rótulo no es la formulación de un reproche al titular del bien afectado, sino de afirmar o negar la responsabilidad del autor, y más específicamente, su tipicidad objetiva<sup>534</sup>. Y aún con mayor precisión, el autor referido acota la cuestión sobre los deberes de autoprotección de la víctima, a “resumir sintéticamente los presupuestos (...) bajo los cuáles la interacción entre víctima y autor resulta imputable al ámbito de responsabilidad de la víctima”<sup>535</sup>.

Como fácilmente puede advertirse, no corresponde a nuestros propósitos enfrentar críticamente las propuestas aludidas sobre el carácter “bastante” del engaño con base en los postulados de la imputación objetiva y la recepción en ellos de la conducta de la víctima, sino que las líneas que siguen apuntan a exponer sucintamente

---

<sup>532</sup> PÉREZ MANZANO. *Op. cit.* p. 303.

<sup>533</sup> PÉREZ MANZANO. *Op. cit.* pp. 303 y 304. La autora, metodológicamente, distingue los casos en que la víctima del engaño ha tenido algún grado de contribución a la producción del resultado, bien sea porque lo conoce y desea (casos de realización del acto de disposición por pura liberalidad u otros motivos); o porque ha obrado con falta de precaución (negligencia en la autoprotección de su patrimonio); inclusive con dudas sobre el carácter perjudicial de la disposición. *Ibíd.* p. 302.

Sin la resistencia de PÉREZ MANZANO, lo refiere GALLEGOS SOLER, al sostener que sin lesión a la libertad, no puede afirmarse lesión al patrimonio. *Op. cit.* (nota 524). pp. 550 y 551. Sobre los términos para aproximarse al comportamiento exigible a la víctima para su protección, el autor destaca la necesidad de establecer pautas para el desarrollo de tales criterios y precisar sus límites, atendiendo a que el grado de diligencia exigible deberá determinarse en función de la posición ocupada en el tráfico jurídico. *Ibíd.* p. 554. Y, acerca de la recepción en la jurisprudencia del TS. español del criterio del “fin de protección de la norma”, *vid.* ORTIZ NAVARRO. *Op. cit.* pp. 73 y 74.

<sup>534</sup> CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 302.

<sup>535</sup> *Ibíd.*

las bases conforme las cuáles se discrepa de los rendimientos victimodogmáticos en relación con el delito de estafa cuando éste versa sobre un negocio ilícito, en función del contexto en que la consideración de la conducta de la víctima incide en la tipicidad objetiva de la estafa.

Partiendo del carácter de delito de relación predicable de la estafa, la contribución inconsciente del sujeto pasivo, puede ser apreciada desde los instrumentos de la parte general, como una hipótesis de autoría mediata<sup>536</sup>, cuyo rendimiento estriba en destacar la influencia del autor sobre el suceso materialmente ejecutado por la víctima<sup>537</sup>, en términos de excluir toda responsabilidad de ésta, y, por las mismas razones, desterrar también su autorresponsabilidad. Ahora bien, desde ya debe acotarse que no se trata más que de una propuesta interpretativa del tipo penal de la estafa, cuya consideración no persigue exponerla como pasible de agotar su contenido de injusto, pero que resalta el aspecto central para erradicar la imputación a la víctima, esto es, su “instrumentalización”.

En tales condiciones, la propuesta de lectura del tipo de la estafa antes indicada, sólo puede constituir un elemento de orientación o metodológico, a la hora de preguntarse sobre la relevancia de la conducta del sujeto pasivo. Lo anterior porque el contenido material en base al que debe de operar la diferenciación, ha de proveerse desde la delimitación de esferas de libertad y responsabilidad entre autor y víctima que consuma la teoría de la conducta típica, donde la discriminación, naturalmente, no puede quedar librada a cierta voluntad del agente, sino al influjo real de su conducta en la esfera del sujeto pasivo y consecuentemente en el suceso acaecido<sup>538</sup>.

Como hemos destacado precedentemente, el componente de libertad del patrimonio<sup>539</sup>, que cristaliza en la relevancia del carácter transferible de sus componentes<sup>540</sup>, sólo permite apreciar una perturbación relevante de los objetos potencialmente afectados en el contexto del tipo de estafa, cuando se prescinde de la

---

<sup>536</sup> KINDHÄUSER, Urs. La estafa como autoría mediata tipificada. *En su*: Estudios de Derecho Penal patrimonial (traducción de Jorge Perdomo Torres). Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2002 (81-122), *passim*.

<sup>537</sup> CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 349.

<sup>538</sup> CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 287, 290, 348 y ss.

<sup>539</sup> *Vid. Supra*, Apartado 2.1.2.

<sup>540</sup> “La totalidad de bienes que a una persona se le adjudica en virtud de derechos transferibles puede ser definida como su patrimonio”. KINDHÄUSER, Urs. *Op. cit.* (nota 296, Estudios de Derecho penal....) p. 32

voluntad del titular del derecho<sup>541</sup>. Tal amago de la libertad no viene exigido en el tipo de estafa como una contrariedad con el derecho que se tiene respecto de un objeto, en el que el sujeto pasivo comprende el acto en todo su significado, y que en tales condiciones aprecia como un quebrantamiento de su esfera de resguardo respecto del referido objeto<sup>542</sup>. Por el contrario, en la estafa, el tipo legal reclama un actuar con la voluntad de la víctima, precisamente instrumentalizada; perspectiva desde la cuál se nutre su contemplación como tipificación de autoría mediata<sup>543</sup>.

Si bien, en general un obrar mancomunado dará cuenta de la reunión de medios materiales y personales, la noción de instrumento que hemos destacado en el centro de la propuesta de autoría mediata, toma distancia del predicamento concerniente a la coautoría y a la concurrencia. Así, en relación a la autoría, si bien y como se obtiene del Art. 15 N° 3 del CP., la distribución del trabajo puede ser determinada de manera que uno de los autores no intervenga de propia mano, sino que con otras aportaciones al hecho; “una colaboración en este sentido excluye precisamente la autoría mediata pues el otro interviniente, a través del cuál se comete el hecho punible en la autoría mediata, debe ser puro intermediario del hecho y no debe ser el autor”<sup>544</sup>. Respecto de la coparticipación, la diferencia viene dada por la carencia de accesoriedad de la conducta del instrumento, cuya representación subjetiva dista de conformarse con el conocimiento y voluntad de realización del tipo o de las aportaciones necesarias para llevarlo a cabo, que sí obran en el hombre de atrás<sup>545</sup>.

En definitiva, la relevancia del enfoque del delito de estafa desde las premisas de la autoría mediata, resulta de atender a la relación entre autor y víctima del engaño, en cuanto ésta debe determinarse según los criterios requeridos para que el

---

<sup>541</sup> KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 296, Estudios de Derecho penal....) p. 31.

<sup>542</sup> Al ejecutarlo sin la voluntad del dueño, como en el caso del hurto, acorde el Art. 432 del CP.

<sup>543</sup> KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 536, La estafa como autoría...) p. 84.

<sup>544</sup> KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 536, La estafa como autoría...) p. 85.

<sup>545</sup> KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 536, La estafa como autoría...) p. 86. También alude a la distinción CANCIO MELIÁ, destacando que el enfoque apunta a dilucidar la tipicidad del autor, y no la mayor o menor proximidad al mismo determinada por la teoría de la participación. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 286. Refiere el último autor citado, además, que la actividad conjunta de autor y víctima no debe entenderse como una actividad compartida en la que de modo paralelo a la coautoría, tanto el autor como la víctima, aportan algún elemento de cierta importancia a la ejecución de la actividad. *Ibíd.* p. 290.

comportamiento del hombre de adelante pueda ser imputado al hombre de atrás como propio, precisamente en virtud del engaño que lo responsabiliza por el error<sup>546</sup>. Destaquemos, una vez más, que tal aproximación descansa en que la intervención en la esfera jurídica de la víctima que reclama el tipo de estafa, no prescinde de su voluntad<sup>547</sup>, de manera que la irrupción en su ámbito de libertad dirigida a perjudicarlo patrimonialmente, supone que ella misma ejecute la fuga de un activo. Esto último es lo que requiere una señalada explicación dirigida a justificar cómo “la disposición querida sobre los propios bienes no surte el efecto excluyente del tipo”<sup>548</sup>.

La afirmación de la autoría mediata se asienta en dos perspectivas estrechamente relacionadas: el hombre de delante no debe responder en ningún caso por la realización del tipo, sino sólo el hombre de atrás, y precisamente porque su responsabilidad lo es por el déficit del primero<sup>549</sup>. El enfoque referente a una imputación de responsabilidad exclusiva al hombre de atrás, convoca a los criterios de la imputación objetiva, comprendidos como la concreción en la dogmática de la conducta típica, de las condiciones bajo las cuáles un sujeto debe responder por la conducta desarrollada por otro en términos de interferencia en su esfera de libertad<sup>550</sup>.

En general, en la base de la separación entre la atribución del suceso al autor o a la víctima como emanación de su autonomía, se atiende al desnivel de conocimientos que privilegia al primero en menoscabo del segundo, en términos que

---

<sup>546</sup> KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 536, La estafa como autoría...) pp. 102 y 105. “De las reglas de la imputación objetiva deriva que no cualquier déficit de conocimientos en el hombre de delante, en correspondencia con un superávit en el hombre de detrás, es suficiente para la autoría mediata, e incluso también en el caso en el que el hombre de detrás ha causado conscientemente ese desnivel de conocimiento”. *Ibid.* p. 109.

<sup>547</sup> Sin perjuicio del enjuiciamiento de la misma en términos de eficacia o validez, en términos de un consentimiento viciado.

<sup>548</sup> KINDHÄUSER. (nota 536, La estafa como autoría...) p. 104: “El que sólo el ataque en el patrimonio ajeno por intermedio del acto dispositivo de su titular sea de suyo típico, hace de la estafa un delito con autoría mediata tipificada”. En lo pertinente a la respuesta a tal interrogante, CANCIO MELIÁ se decanta por la autonomía como presupuesto de atribución preferente de responsabilidad a la propia víctima por la conservación de sus bienes, y que debe medirse en referencia a los criterios (reglas de imputabilidad) que el propio Derecho penal prevé para el sujeto activo para exigirle responsabilidad. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) pp. 358 y ss., en especial p. 362.

<sup>549</sup> KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 536, La estafa como autoría...) pp. 87, 88 y 90.

<sup>550</sup> KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 536, La estafa como autoría...) pp. 97 y ss. “De esto se colige: el hombre de detrás llena, según las reglas de la autoría mediata, el déficit del delito del hombre de adelante, cuando a través de un actuar con ese déficit se realiza (adecuadamente) un peligro no permitido creado por el autor”. *Ibid.* p. 98.

no pueda estimarse una “organización conjunta” entre ambos<sup>551</sup>. En particular para la estafa, apreciada desde la óptica de la autoría mediata, se verifica un constreñimiento plasmado en la exigencia de una instrumentalización calificada, bajo las exigencias impuestas al engaño en su relación causal con el error; que no se satisface con la mera ausencia de representación del hombre de delante del significado de su conducta<sup>552</sup>. En mérito de tal constreñimiento, es que la víctima debe ser justamente instrumento cuyo déficit se explica por un error del que el autor debe responder<sup>553</sup>.

Se trata de una disparidad de conocimientos creada por el autor<sup>554</sup>, dirigida a mover la voluntad de la víctima en términos que ésta lleve a cabo una conducta de disposición, por la que, bajo ciertas condiciones exigidas por el tipo penal de la estafa, debe responder el autor. En tal contexto, lo relevante es que, afirmando la concurrencia positiva de los requisitos del delito de estafa, particularmente el engaño, resulta en principio descartada la actuación autorresponsable de la víctima, en la medida que ésta aparece excluida precisamente por su obrar instrumentalizado<sup>555</sup>.

Ahora bien, asentada la exclusión de la autorresponsabilidad de la víctima en el concierto general del delito de estafa, la cuestión que queda por resolver es si el reconocimiento de su autonomía permite fundar su exclusiva responsabilidad por el menoscabo en sus bienes, en razón del uso jurídicamente pervertido de aquélla.

---

<sup>551</sup> CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 369.

<sup>552</sup> KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 536, La estafa como autoría...), en n. marg. 34 (p. 105): “En la medida en que el tipo de estafa reclama –tratándose de comisión- causalidad entre engaño y error, estrecha los presupuestos generales de la autoría mediata. Por esto, no se puede ser estafado cuando el autor solamente dirige el comportamiento de quien ya está errado (no permitido riesgoso) a no ser que él sea garante por la no superación del error”.

<sup>553</sup> KINDHÄUSER. *Op. cit.* (nota 536, La estafa como autoría...) p. 108. Bajo una perspectiva general, JAKOBS (AT., 7/78) expresa respecto de la autoría mediata en supuestos de instrumento no doloso “En el caso de la autolesión la víctima coincide con el instrumento; en esta situación, resulta más fácil exonerar a la persona de atrás que en casos de heterolesión. En el ámbito de la heterolesión, conforme al Derecho positivo la participación en un hecho no doloso tan sólo se convierte en autoría mediata porque la falta de cuidado del instrumento no constituye razón alguna para exonerar a la persona de atrás frente a la víctima; por ello se considera que la persona de atrás ostenta una responsabilidad preferente frente a la víctima. Sin embargo, siendo idénticos instrumento y víctima, la persona de atrás puede invocar la propia responsabilidad del sujeto que es instrumento y víctima. Citado por CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...), n. marg. 440.

<sup>554</sup> O bien, mantenida debiendo dilucidarla por un especial deber.

<sup>555</sup> Como destaca KINDHÄUSER, “La libertad tiene como contrapartida la autorresponsabilidad”. *Op. cit.* (nota 536, La estafa como autoría...) p. 98.

Como se expresó, el punto de referencia para la exclusión de una afectación a la esfera de libertad de la víctima, viene de la mano de la noción de “organización conjunta” como presupuesto de la imputación a la responsabilidad de ésta, propuesto por CANCIO MELIÁ<sup>556</sup>. El autor explica que, tratándose de un emprendimiento conjunto, reflejado en la interacción entre autor y víctima, cual sería en nuestra perspectiva el negocio de contenido ilícito, la lesión del bien jurídico pasible de ser puesto en riesgo, debe siempre imputarse al ámbito de responsabilidad de la víctima, a menos que se exceda de la materia conjuntamente organizada por ambos, o la víctima haya sido instrumentalizada por el agente<sup>557</sup>. En definitiva, la referida organización conjunta puede ser apreciada desde una perspectiva atinente al objeto común o a la calidad del sujeto como “interactuante” en la actividad arriesgada que produce el daño, pero ambos puntos de vista confluyen en la presencia de un contexto común de un mismo, y, por tanto, común significado objetivo<sup>558</sup>.

Ahora bien, de dicho contexto común, lo que interesa es el nivel del riesgo implicado, porque sólo aquellos riesgos inevitables a la actividad, son asumidos en función de la autonomía de la víctima<sup>559</sup>. Se trata de los riesgos presentes y no aquellos factores ajenos a la organización conjunta, como sería aquél introducido adicionalmente por el autor a espaldas a la víctima<sup>560</sup>.

Enfrentados al supuesto del negocio con contenido ilícito que nos ocupa como objeto central, la cuestión radica en determinar si a éste corresponde como riesgo inevitable, el incumplimiento de la prestación asumida por alguna de las partes. Sobre el punto, estimamos que resulta indiferente el tratarse de la prestación que

---

<sup>556</sup> *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 284.

<sup>557</sup> CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) pp. 284 y 285. El autor añade el supuesto en que el autor inviste un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima. En n. marg. 157 (p. 287) explica que “(...) no podrá haber imputación a la víctima cuando el autor ni siquiera se mantenga dentro del ámbito de la actividad conjunta o la configuración de la actividad conjunta haya sido manipulada por el autor de tal modo que ya no pueda hablarse siquiera de una organización conjunta, tratándose de una organización del autor que instrumentaliza a la víctima”.

<sup>558</sup> CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 290.

<sup>559</sup> CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 291: “De modo paralelo al principio de actos propios, nadie puede ser distanciado de los riesgos que implica la realización de la actividad que pone en riesgo sus bienes sin resultar contradictorio y poner en duda, precisamente, su responsabilidad”.

<sup>560</sup> CANCIO MELIÁ. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 292.

aisladamente considerada pudiere estimarse lícita<sup>561</sup>, en la medida que lo relevante es la presencia del riesgo en la negociación globalmente apreciada.

La dilucidación del problema planteado pasa por distinguir las cuestiones relevantes para la suficiencia del engaño reclamado por el tipo legal de la estafa, de aquéllas concernientes a la magnitud del carácter ilícito del negocio en que ésta tiene lugar, so pena de no incurrir en un serio déficit de diferenciación. Lo anterior, debido a que el baremo exigido por el tipo legal de la estafa para la suficiencia del engaño, pudiere no satisfacerse únicamente por el carácter ilícito del acto, en supuestos de recurrencia o incluso habitualidad en el empleo de servicios ilícitos, o frente a la adopción de resguardos dirigidos a minimizar o excluir el riesgo. Se trata de supuestos en que, ya afirmada la imputación de la conducta al autor conforme la exigencia de riesgo impuesta al engaño, queda por dilucidar la atribución de dicho riesgo a la víctima por su proceder ilícito.

Esta dimensión del componente fáctico contextual, lleva a PASTOR MUÑOZ a sostener que la cuestión sobre la actuación a riesgo propio de la víctima, no puede ser resuelta como un problema del carácter bastante del engaño<sup>562</sup>, sino en función de un componente normativo indiferenciado, en razón del contenido de ilicitud penal o civil con que éste se integra; respecto del que discrepamos conforme las razones que se indican a continuación.

La propuesta normativa de PASTOR MUÑOZ, recurre a la contrariedad con cualquier vertiente jurídica, salvo las meras ilicitudes formales<sup>563</sup>, como criterio para privar de tutela penal a la víctima: todo el rubro de ilicitud referido conforma una expectativa “puramente fáctica”. Sobre la relación entre el Derecho penal para con otras ramas del Ordenamiento, reiteramos lo expresado *supra* en este trabajo<sup>564</sup>; asertos en relación con los que aquí cabe refutar como insuficiente la propuesta en comento, para operar una auténtica cancelación de la norma penal de conducta, sin fundamento sobre la estructura profunda que, en cada parcela jurídica comprometida,

---

<sup>561</sup> *Vid. supra*, Apartados 2.2, y en especial, 2.2.1.

<sup>562</sup> PASTOR MUÑOZ. *Op. cit.* (nota 3). p. 353. Sin perjuicio de su conexión para con éste como destaca previamente en la misma obra, p. 346.

<sup>563</sup> *Vid supra*, Apartado 1.3.

<sup>564</sup> *Vid supra*, Apartado 2.3.

orienta el régimen de las consecuencias y sanciones<sup>565</sup>. Naturalmente entre el Derecho penal y el civil, el establecimiento de sanciones mira a finalidades enteramente diversas<sup>566</sup>; circunstancia que ha de ponderarse con la demanda de consistencia que reclama la unidad del Orden jurídico, que en un caso como el planteado, se aprecia en principio como antagónica.

Merece expresa mención la relevancia del conocimiento que posee el sujeto del significado de su conducta para el Orden jurídico. Se trata del conocimiento de la antijuridicidad en materia penal, y el obrar “a sabiendas” que regula el Art. 1468 del CC., en el rubro de los diversos supuestos que nos convocan. Tratándose de un negocio penalmente antijurídico, la impunidad de la conducta no relega el supuesto a la consideración de los efectos de su carácter “residual” de ilicitud civil, porque precisamente la regulación civil conmina la privación de efectos al mencionado obrar a sabiendas, incluso del derecho a restitución, cuando comporta un vicio de validez del acto por objeto o causa ilícita<sup>567</sup>. Resulta destacable que este punto ofrece un tratamiento consistente por ambos órdenes normativos en el Derecho chileno, para el aspecto subjetivo del hecho.

---

<sup>565</sup> A la misma conclusión sobre la relevancia de la ilicitud meramente civil arriba GALLEGOS SOLER, pero limitando su fundamento a que “ningún sentido tendría que se dispensase protección penal a un elemento que trae causa precisamente de la comisión de otra infracción penal”. *Op cit.* (nota 2) p. 280.

<sup>566</sup> Singulariza al Derecho penal la circunstancia que, la conminación de una pena o medida de seguridad para la infracción, mira a un interés estatal, en términos que no se basa en el principio de equiparación como en materia civil, sino en el de subordinación del individuo al Estado. ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª Edición Alemana, Madrid, Editorial Civitas, 1997. p. 41 y 43. Se trata de una relación directa entre el infractor y el Estado, el cual aparece como titular de la pretensión punitiva, cualquiera sea el rol asignado al particular (acción privada o previa instancia particular). SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Ed. Tipográfica editora argentina, t. I, 1986. p. 16 y 17. Naturalmente, lo discriminante concierne al carácter disponible de las sanciones en materia civil, lo que resulta evidente tratándose de las sanciones que tienen como referencia la prestación adeudada, como la ejecución forzada de una obligación, el pago de una suma de dinero equivalente a la obligación que se dejó de cumplir, la indemnización de perjuicios, o la ineficacia del acto. Pero tratándose de penas, esto es, la privación forzada de ciertos bienes del infractor, el criterio de diferenciación expuesto cobra particular relevancia: la renuncia al crédito que supone una cláusula penal resulta evidente, mas la ejecución de una multa difícilmente postula tal carácter. *Vid.* SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al Derecho. Santiago, Ed. jurídica de Chile, 1999. p. 109. *Vid.* además, *supra*, notas 345 y 490.

<sup>567</sup> *Vid supra*, Apartado 2.3.

Ahora bien, en la coordinación de finalidades diversas que exige el Principio de Unidad del Ordenamiento jurídico, la teoría del delito ofrece, a través de sus categorías sistemáticas, puntos de conexión apropiados para una respuesta satisfactoria. En tal contexto, la ausencia de reconocimiento jurídico de las expectativas emanadas de un negocio ilícito, limitada a una consecuencia prevista por el Derecho civil, carece de rendimiento para afectar la vigencia de la norma penal de conducta concerniente al delito de estafa y, en consecuencia, no postula repercusión en la categoría del comportamiento o conducta típica en que la primera se asienta. Pero sí importa a la hora de preguntarse por el resultado de perjuicio patrimonial, porque éste aparece necesariamente vinculado al referido estatuto del Derecho común: la ausencia de desconocimiento del derecho a la prestación importa un derecho pretendido o arrogado; una expectativa puramente fáctica, donde la inidoneidad de la conducta del sujeto activo debe ser apreciada como relativa, dando lugar a estimar delito tentado como concreción del puro desvalor de acto concurrente<sup>568</sup>.

En contraste, la falta de reconocimiento orquestada por el Derecho penal mediante la vía de la pena, en particular la de comiso, obsta a la presencia del objeto material mismo de la acción, debiendo concluirse la atipicidad de la conducta en un episodio sistemático previo a inquirir sobre su carácter riesgoso y más aún, imputable a la víctima<sup>569</sup>.

Lleva razón GALLEGO SOLER cuando, refutando los planteamientos de PASTOR MUÑOZ antes aludidos, sostiene que la autora parte de la base de la pertenencia inicial al patrimonio del sujeto activo, en cuanto objeto material idóneo, de la expectativa meramente fáctica; la que no obstante, carecería de idoneidad para crear un riesgo típico para el patrimonio<sup>570</sup>. El déficit de diferenciación estriba en que, tratándose de ilicitud penal, la previsión de la pena de comiso obsta a la apreciación del objeto

---

<sup>568</sup> Se trata de que la conducta de ambas partes en el negocio ilícito civil es portadora de un riesgo inherente, cual es la falta de efecto de la obligación entendido como las circunstancias conforme las cuáles éstas resultan vinculantes, pero este riesgo debe ser apreciado acorde los postulados de la “confluencia (de riesgos)”, en términos que no hay imputación del resultado al autor, siendo finalmente proporcionada la sanción aplicable al puro desvalor de acto, aprehensible únicamente por la tentativa punible. Sobre los postulados de la “confluencia de riesgos”, *vid.* CANCIO MELIÁ. *Op cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 343 y ss.

<sup>569</sup> *Vid. supra*, Apartado 2.2.1.

<sup>570</sup> GALLEGO SOLER. *Op cit.* (nota 2) pp. 280 y 281.

material y acarrea la constatación de una tentativa absolutamente inidónea, sin necesidad de recurrir a criterios especiales de imputación objetiva de la conducta<sup>571</sup>.

Luego, sólo cobra sentido preguntarse por las demandas de autorresponsabilidad de la víctima en el contexto de los negocios ilícitos no penalmente antijurídicos. En este ámbito, la capacidad reconocida al sujeto pasivo para gestionar el riesgo en pos de sus intereses, como crea oportuno, importa un rendimiento derivado del reconocimiento de su libertad<sup>572</sup>, en el ámbito de la creación y ejecutividad de derechos y obligaciones.

En tal rubro, el criterio de la “organización conjunta” del que nos hemos servido en este punto, puede verse necesariamente imbricado con el déficit que para el engañado supone el error en que se encuentra fruto, precisamente, de la conducta engañosa apreciada *ex ante*. En tal caso, a nuestro juicio, el riesgo de no cumplirse fraudulentamente lo pactado por uno de los contratantes en un negocio ilícito, debe representarse a través de todos los elementos que permitan juzgar la suficiencia del engaño, sin que proceda dar en esta sede una respuesta estandarizada, declarando su presencia indiferenciadamente en todos los casos.

Pero también la suficiencia del engaño puede concurrir sin que incida en su determinación el carácter ilícito del negocio<sup>573</sup>. Tal hipótesis nos lleva a considerar como base del criterio postrero de imputación a la víctima, la propuesta de la “organización conjunta”, donde nuevamente importaría una respuesta carente de distinciones ineludibles, aquélla que afirmase, sin más, la invariable implicación del riesgo en la interacción que supone un negocio de contenido ilícito. En estos casos debe indagarse sobre si el riesgo del incumplimiento constitutivo de fraude, concierne a uno de aquéllos que no pertenece a la organización conjunta habida entre las partes, sino que ha sido introducido por una conducta atribuible únicamente al autor<sup>574</sup>.

Explícitamente CANCIO MELIÁ<sup>575</sup> se ocupa de los supuestos en que, en torno a la idea central antes expresada, resulta excluida la imputación a la víctima, de entre los

---

<sup>571</sup> GALLEGO SOLER. *Op cit.* (nota 2) p. 281.

<sup>572</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Imputación objetiva; esencia y significado. En: KINDHÄUSER, Urs; POLAINO-ORTS, Miguel, CORCINO BARRUETA, Fernando. Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal. Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2009, pp. 50 y ss.

<sup>573</sup> *Vid. supra.* nota 520.

<sup>574</sup> CANCIO MELIÁ. *Op cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 292.

<sup>575</sup> *Op cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) pp. 347; 354 ss. y 363.

que hemos mencionado, en razón de su pertinencia, el de instrumentalización de la víctima por el autor en función del prevalimiento de un desnivel cognitivo<sup>576</sup>. Aquél se presenta en términos que, la aparente “organización conjunta” apreciada por la víctima como inocua para sus bienes, cede a favor de la real y perjudicial organización del autor, quien, en este sentido, instrumentaliza a la primera<sup>577</sup>.

---

<sup>576</sup> CANCIO MELIÁ agrega los supuestos de “orden constitucional” (por ejemplo, minoría de la edad requerida para la imputabilidad penal) o situacional (por ejemplo, frente a la concurrencia de un estado de necesidad exculpante), en que la víctima carece de responsabilidad. *Op. cit.* (nota 169, Conducta de la víctima...) pp. 347 y 354.

<sup>577</sup> CANCIO MELIÁ. (nota 169, Conducta de la víctima...) p. 348.

## CONCLUSIÓN.

Al considerar globalmente las argumentaciones vertidas en este trabajo, acusadamente se revela la insistencia en partir del hecho hacia la reconstrucción teórica de la norma que tipifica la estafa, inquiriendo sobre la afirmación o negación de su tipicidad objetiva con referencia a múltiples criterios propios de la denominada "Parte general". Lo anterior, en la medida que de la construcción teórica de los elementos del delito en cuestión, no se obtienen criterios de solución satisfactorios y tampoco ellos dimanar, a nuestro juicio, de algún enunciado normativo en particular, como sostiene la doctrina dominante en nuestro medio, con base en los Art. 469 N° 5 y 470 N° del CP.

Si bien, no se trata de algo más que la interpretación del tipo legal de la estafa, para determinar qué conductas son punibles y cuáles no en materia de negocios de contenido ilícito<sup>578</sup>, dicho cometido principia seleccionando los hechos relevantes del caso concreto y avanza en su contraste con instrumentos teóricos generales, sin cuyo auxilio, la fundamentación del criterio dirimente quedaría abandonada a un esfuerzo tópico, ajeno a nuestra tradición jurídico-penal.

Sin desdeñar del enfrentamiento habitual a la hora de determinar si una conducta satisface las exigencias del delito de estafa, basado en los tantas veces mencionados elementos del referido ilícito (engaño, error, disposición y perjuicio patrimonial), la elucidación del supuesto objeto del presente trabajo, se ha servido principalmente de instrumentos más generales, con base en dos grandes consideraciones.

En primer término, porque si de la conducta típica se trata, debemos atenernos forzosamente al elemento engaño; único que resta luego de la privativa vinculación de los restantes a la relación de causalidad y al resultado<sup>579</sup>. Debemos entonces pesquisar

---

<sup>578</sup> Como expresa ROBLES PLANAS, singulariza a la interpretación emprendida por la dogmática jurídico penal, la cabal constatación que en la solución del caso concreto se discute, en última instancia, la imposición de una pena, lo que fuerza a predicar la corrección de las conclusiones obtenidas, y no sólo a brindar una explicación suficiente del concepto. ROBLES PLANAS. *Op. cit.* (nota 425, La identidad de la dogmática...) p. 134.

<sup>579</sup> Al respecto, como acertadamente refieren POLITOFF *et al*, el Art. 7° del CP. alude a actos del sujeto activo y no a los de la víctima, de manera que la en todo ilicitud del negocio se

si, desde las aportaciones teóricas acuñadas para su comprensión, surge algún criterio de utilidad para nuestro análisis. De haberlo encontrado en la construcción teórica del engaño, habría resultado inoficioso hurgar más allá, desde una perspectiva eminentemente práctica que aspira a la solución de un caso concreto.

Pero, la construcción dogmática preponderante en materia de engaño, mira a la determinación de su suficiencia para concluir si el resultado de perjuicio patrimonial puede ser atribuido al sujeto activo y no a la víctima, de manera que no atiende directamente al contenido ilícito del negocio jurídico a partir del cual se persigue consumir la defraudación. Luego, en el concierto del engaño, sólo cobra relevancia la consideración de los riesgos que el contexto particular en que se gesta y desarrolla la negociación, pudiese exhibir.

En tales condiciones, las elaboraciones dogmáticas sobre el elemento engaño, carecen de suficiente rendimiento a la hora de dilucidar la tipicidad de la conducta en las estafas con contenido ilícito, e importaría un abuso de la virtud sistemática asignada a dicho componente, engarzarle siempre e indiferenciadamente, un nivel de riesgo penalmente relevante; inherente a la mencionada ilicitud contextual. Hemos debido, entonces, transitar por una vía diversa para enfrentar el contenido ilícito del negocio en relación con la apreciación del delito de estafa.

Luego, nos hemos servido de instrumentos más generales que los elementos de la estafa, en segundo lugar, porque el resultado de perjuicio reclamado por la hipótesis consumada del delito de estafa, se sitúa más allá del nexo o relación de causalidad, que lo vincula al comportamiento. Tal la ubicación sistemática del resultado, obsta a denotar en él un predicamento atinente a la conducta, porque cualquiera que pudiese formularse, ha debido plantearse en el nivel sistemático previo, concerniente a la categoría del comportamiento típico.

Nos hemos servido de la frase: “si de la conducta típica se trata” en relación a la primera razón expuesta, precisamente porque bajo nuestro parecer, desde el resultado en cuanto menoscabo de las propiedades de objetos o personas que inciden en una perturbación al bien jurídico; no cabe inquirir sobre la desaprobación penal de la

---

relaciona, como reiteradamente se ha acotado, en la valoración de la conducta del agente *Op. cit.* t. I, p. 442, en especial n. marg. 69.

conducta. Esta última conclusión se obtiene en un momento previo, a saber, la mencionada categoría de la conducta típica. Lo expresado, sin perjuicio que la propiedad riesgosa de la conducta para provocar el resultado, fuerza a su consideración al momento de evaluar a la conducta como típica o irrelevante en el sentido del tipo. En efecto, si a partir de la consideración del resultado se persigue dar cuenta del alcance del bien jurídico protegido en la estafa, para formular desde aquél el juicio de adecuación del comportamiento, resulta forzoso abrazar una determinada noción de patrimonio. Y sin perjuicio, además, de la relevancia de la cuestión sobre la imputación del resultado a la conducta, obviamente una vez establecida su concurrencia.

Lo expresado, en la medida que será determinante el ámbito de las correcciones normativas que, en mayor o menor grado, consultan las teorías dominantes sobre el particular, a la hora de preguntarse por el patrimonio objeto de protección penal. Es por ello que gran parte de las propuestas ofrecidas en el concierto de la dogmática española, obtienen la solución al supuesto materia de este trabajo, desde una toma de partido sobre el grado de restricciones deontológicas aplicadas a un concepto económico.

Si bien nuestra propuesta no ha perseguido en modo alguno la exclusión de correcciones de la naturaleza enunciada, sí se dirige a demostrar un enfoque diferenciado, según la intensidad (penal o meramente civil) de la ilicitud concurrente. Porque, en referencia a esta última variable, la disyuntiva corresponde al siguiente enunciado hipotético: o no cabe siquiera preguntarse por una conducta pasible de poner en riesgo el bien jurídico tratándose de la ilicitud penal, o bien, concurriendo aquella conducta, el resultado típico resultará excluido como ámbito situacional captado por el tipo, en razón de su desplazamiento a la incumbencia de la víctima tratándose de una ilicitud meramente civil.

En definitiva, hemos perseguido demostrar para el delito de estafa que, la exclusión del desvalor de acto puro y la exclusión del desvalor de resultado, subsistiendo sólo el de acto, deben analizarse en estados diversos: las categorías de la conducta típica y la imputación del resultado, respectivamente. Y cada categoría referida, habrá de integrarse con elementos de la realidad social, dimanantes del propio Derecho penal, o del sistema de Derecho privado; tornándose operativas sin

aislamiento del fenómeno jurídico contingente, esto es, de las valoraciones dimanantes de la misma y de otras vertientes jurídicas.

Compartimos, entonces, un enfoque que descarta la conminación a posteriori, una vez realizado el hecho, del resultado, para concluir la presencia de una conducta típica, es decir, para imputar una modificación de circunstancias perjudicial para el bien jurídico. Lo expresado, precisamente, porque en la base de nuestros postulados, se encuentra el cometido de determinación de conductas, dispensando razones para la acción, que emprende la norma primaria, y que opera funcionalmente respecto de la protección preventiva de bienes jurídicos<sup>580</sup>. Qué y en qué medida se está dispuesto a proteger mediante la amenaza penal y respecto de quién y para qué se está dispuesto a hacer efectiva dicha amenaza, son los diferentes cometidos que nos permiten distinguir entre la norma de conducta o primaria y la de merecimiento o sanción.

Pero aquello que se está dispuesto a proteger bajo amenaza penal en el concierto de la norma de conducta, no se deriva de una selección anodina de intereses y de vías o formas de ataque a los mismos, porque en tensión con dicha demanda preventiva, subyace siempre la limitación a la libertad general de acción de los destinatarios de la norma, cuestión que importa una necesaria coordinación de los intereses en juego. Pues bien, más allá de la adhesión a alguna corriente de carácter personal sobre el patrimonio, debe destacarse el componente de libertad que conforma el bien jurídico tutelado por el tipo legal de estafa, en cuanto condición necesaria, mas no suficiente, para su conformación. En tales términos, sin perturbación de la libertad, el menoscabo económico obedece a una decisión económicamente regresiva del perjudicado, pero a la inversa, sin afectación económicamente cuantificable, la pérdida de libertad contractual carece de interés para el Derecho penal<sup>581</sup>.

Luego, cuando el fundamento de la protección jurídica comprende el amparo de la libertad, su ejercicio penalmente antijurídico y culpable, funda la previsión de una sanción que recorta desde su base las posibilidades objetuales de quien reclame su condición de víctima de la defraudación: a través de la pena de comiso, rodeada de todos los constreñimientos que autorizan su imposición, se limita la libertad negocial en

---

<sup>580</sup> ALCÁCER GUIRAO. *Op. cit.* p. 487.

<sup>581</sup> ASUA BATARRITA. *Op. cit.* p. 108.

la estafa, erradicando todo objeto pasible de ser comprendido como supuesto material de la conducta típica del delito en cuestión.

Pero, si en la ilicitud no está en juego la imposición de la pena de comiso, aún resta por examinar la incidencia de la respuesta civil al contenido de ilicitud del negocio en cuestión. Del mismo modo anteriormente expuesto, tal enfrentamiento ha de abordarse desde la perspectiva de la precisa articulación del “sinalagma libertad-responsabilidad” en ámbito del Derecho privado, pero con miras a verter sus efectos en la valoración propiamente penal de la conducta de autor. Aquí, escrutando la mirada del Derecho civil, la norma secundaria penal se decanta por aquello que está dispuesta a sancionar.

Traducido lo anterior en la categoría sistemática del resultado, estimamos la exclusión de la imputación de este último a la conducta típica, cuando la modificación de circunstancias perjudicial para el interés jurídico tutelado, escapa a las vías que para su lesión ha previsto el tipo penal de la estafa. A nuestro juicio, debe ser estimado como resultado exigido para la hipótesis consumativa en los delitos que exigen una modificación del mundo externo, sólo aquel que cabe imputar a la conducta en el sentido del tipo penal. Para la estafa, en la medida que el tipo establece las claves para la distribución de la merma económica, alternativamente, al sujeto activo o pasivo, dando lugar o no, respectivamente, a la presencia penal del resultado; se discrimina en esta distribución, con base en la contundente privación de acciones que comporta el vicio de nulidad por causa u objeto que exhibe el negocio ilícito, según su valoración civil. Aquélla es acogida por el tipo, no para estimar presente o no el bien jurídico en el juicio *ex ante* sobre la conducta, sino para la acertada distribución de los riesgos implicados en la operación. De ahí fluye, naturalmente, una valoración penal dulcificada, que en nuestro medio la ley denomina delito frustrado y es conocida en el Derecho comparado como tentativa acabada.

En definitiva, sólo cabe excluir el desvalor de resultado del delito de estafa, permaneciendo inalterado el desvalor de acción predicable respecto del autor de la defraudación, y la consecuente tipicidad a título de delito frustrado, bajo la concurrencia de los supuestos que acto seguido se indican. Esto es, que la reacción del Ordenamiento privado contemple una distribución de la pérdida económicamente cuantificable, contrapuesta a la que procedería satisfechas las exigencias objetivas y

subjetivas del comportamiento típico en la estafa. Destaquemos que para el Derecho privado chileno, tal consecuencia se enlaza a la superación de los límites a la libertad en el ámbito contractual, con la explícita exigencia de un obrar “a sabiendas” que prevé el Art. 1468 CC. Reiteradamente hemos recurrido a la antes mencionada norma, precisamente porque cierra el círculo de los drásticos efectos que para el grupo de casos que nos convoca, acarrea la ilicitud civil, en la medida que exacerba para los casos de objeto y causa ilícita el efecto general de toda nulidad, cual es que acto se mire como no ejecutado o no celebrado.

En las condiciones expuestas, bien podemos afirmar que distinguen al enfrentamiento deóntico que se propugna en este trabajo, tres motivos fundamentales que consuman el distanciamiento respecto de un esquema causalista. El primero, relativo a la limitación de los objetos materiales pasibles de ser abarcados por el tipo legal de la estafa, como consecuencia de la licitud penal de la conducta de base que los comprende. El segundo, vinculado a la circunstancia que, no obstante encontrarse verificada la explicación del resultado en base a una ley causal, normativamente éste cabe atribuirlo a la víctima, en los casos en que aún resta una privación significativa de efectos, regulada por el Derecho civil. Y el tercer motivo responde a que las limitaciones que al efecto consultan los órdenes normativos penal y civil, exigen un componente subjetivo de la víctima en la defraudación, conforme los postulados particulares de cada disciplina. Dicho componente aúna aspectos volitivos y cognoscitivos, podrá versar sobre puntos fácticos o consideraciones normativas y dota a la ilicitud de un componente personal que estimamos imprescindible para su afirmación misma.

Tempranamente en este estudio, destacamos el ámbito de los delitos comprendidos por la ilicitud penal, porque su mayor o menor presencia, redundaba en la que debiese corresponder a la ilicitud civil; todo en relación a la valoración penal de la conducta como defraudatoria. No se trata en caso alguno de negar el doble efecto que un mismo hecho puede convocar en materia civil y penal, sino que, tratándose de un negocio que postule ambas ilicitudes, o bien sólo la reprobación civil, la valoración penal oscilará entre la ausencia de conducta típica en el primer caso, y la presencia del delito frustrado de estafa, en el segundo.

Sin que debamos precisar la mayor o menor proporción del catálogo penal que comprenden las hipótesis de anticipación punitiva, particularmente la sanción de actos meramente preparatorios; debemos sí destacar que su introducción obedece a una tendencia en expansión, que se manifiesta en muchos tipos incorporados por recientes reformas al CP. y leyes penales especiales<sup>582</sup>, lo que destaca la importancia y rendimiento del análisis de la ilicitud penal del negocio en que se fragua la defraudación, sin perjuicio del amplísimo campo de la ilicitud civil, por su carácter residual.

Antes de culminar con la solución del caso particular expuesto al inicio de este trabajo, reparemos en las objeciones que nos distancian de las propuestas principales acuñadas en Chile y España, para su elucidación, centrados en la concurrencia o no del delito de estafa.

Sobre la propuesta de mayor difusión en la doctrina chilena, formulada desde una interpretación sistemática de las diversas figuras de fraude por engaño; ámbito en que al legislador le resulta indiferente toda ilicitud, al contemplar expresamente dos supuestos de estafas en actos ilícitos, estimamos que se desatiende al elemento medular a que atiende la casuística de que se valen las disposiciones referidas en su contexto. En efecto, se trata de formas de engaño, aparentando la necesidad de remunerar a un funcionario público o la presencia de una interacción lúdica, sin que en la realidad concorra ninguna de tales circunstancias. Pero, el principal reparo a la interpretación referida, radica en que se ve superada la función de garantía del tipo penal, como vertiente del principio de legalidad.

En relación con el Art. 469 N° 5 del CP., porque huelga uno de los elementos capitales a la hora de inquirir sobre su carácter riesgoso y, por tanto, prohibido: la efectiva perpetración del cohecho, muy distante de su carácter supuesto. Respecto del art. 470 N° 7 del CP. frente a la previsión de una estafa consistente en asegurar la suerte en el juego, mal podría tratarse de un juego de azar: el mencionado aseguramiento que exige el tipo, excluye un concierto lúdico aleatorio, cuál es el

---

<sup>582</sup> Sobre la tendencia general en materia de seguridad ciudadana y su recepción teórica, *vid* DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. Montevideo, Buenos Aires, ed. BdeF, 2007, pp. 129 y ss, y en particular, 177 y ss.

presupuesto de la ilicitud civil, más allá de la intención de celebrar un contrato aleatorio con ilicitud objetual predicable del defraudado.

En lo concerniente a la denominada “distinción de ilícitos”<sup>583</sup>, de amplia difusión en el ámbito peninsular, nuestro distanciamiento radica en el criterio al que se subordina la procedencia de tutela penal al defraudado en el concierto de un negocio ilícito. La mencionada postura se contenta con las propiedades del objeto concreto del que ha dispuesto la víctima, como referente exclusivo para apreciar perjuicio patrimonial. Luego, sólo frente a la pertenencia del objeto en sí al patrimonio, fundados en una concepción mixta y estática de aquel, la doctrina en comento se pronuncia a favor de la protección dispensada por el tipo penal de la estafa.

En contraste, el criterio defendido en este estudio, discrimina con base en la conducta desplegada por el sujeto pasivo de la defraudación, en términos que si ha perpetrado un ilícito penal, se verá despojado de la protección dispensada por el tipo de la estafa, en la medida que el propio Derecho penal desconoce a los activos implicados en la negociación de contenido ilícito, como objeto material idóneo para apreciar su configuración, quedando descartada la concurrencia del tipo objetivo por ausencia del mencionado componente. Ahora bien, tratándose de un ilícito meramente civil, la conducta del defraudado incide en la distribución de los objetos que acoge el Derecho penal, valiéndose de la regulación atinente al régimen de acciones dispuestas para su protección, dispensa el Derecho privado: se trata de la absoluta negación de cualquier remedio jurídico dirigido a restablecer el equilibrio patrimonial alterado; circunstancia que obsta a la apreciación del resultado en el sentido del tipo legal de la estafa. De esta manera, la calificación en lo concerniente al desarrollo del ilícito de estafa, no podrá ir más allá del delito frustrado. En definitiva, se alcanzará tal apreciación desde el punto de vista del *iter criminis*, concurriendo todos los restantes requisitos del tipo legal.

Así, nuestro planteamiento, si bien atiende a los objetos que conforman el contenido ilícito de la negociación en que tiene lugar la estafa, sólo aborda su consideración en referencia a la conducta que reconoce tales objetos como medios

---

<sup>583</sup> Entendida como la propuesta que discrimina entre las estructuras de “pago y no realización de la prestación ilícita” y la inversa, de “realización de la prestación ilícita seguida del no pago”, para afirmar estafa en la primera y negarla en la segunda. Sobre su formulación y alcances dogmáticos, *vid. supra*, Apartados 1.2.1 y 1.3.

para un fin (objeto) o fines a obtener (causa). En definitiva, la evaluación concierne, en primer lugar, a la conducta en relación a su objeto material: sólo afirmada su potencialidad lesiva por la presencia del bien jurídico, al representarlo un objeto material idóneo al efecto, cabe inquirir sobre la imputación del resultado producido por la conducta. El segundo paso indicado, propiamente de imputación, reconoce como fundamento la autonomía de la víctima, de cara a su capacidad de gestionar el riesgo que conoce, determinada en lo que nos interesa, por su conocimiento del riesgo de que la disminución patrimonial no pueda ser compensada<sup>584</sup>, por la inhibición jurídica de obtener el fin pactado (prestación), fuera de un despliegue autotutelar.

Con nuestras reflexiones, estimamos honrar el componente de libertad que alberga el bien jurídico y que debe orientar la interpretación del tipo legal de la estafa, en la medida que sólo frente a las cortapisas que el Orden jurídico ofrece para el desarrollo del individuo y su intensidad, proporcionada a la índole de la vulneración (penal o meramente civil), se obtienen las conclusiones a que hemos arribado. En este ámbito, la intensidad meramente civil de la sanción; mal puede alcanzar al eminente predicado de negación del Derecho<sup>585</sup> penal formulable respecto de la conducta del sujeto activo de una estafa en negocio de contenido ilícito penalmente relevante: la vulneración del Derecho civil abordada en sede penal, sólo cabe enfocarla desde la competencia por el fracaso de la negociación predicable de una víctima que puso en movimiento su patrimonio con fines civilmente ilícitos.

La idea central expresada determina la importancia del aspecto subjetivo concurrente que anticipamos en líneas previas. Dado que un juicio de valor propiamente penal del comportamiento, por los objetos empleados o fines que

---

<sup>584</sup> KINDHÄUSER, Urs. Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa. *En su*: Estudios de Derecho Penal patrimonial (traducción de Jorge Perdomo Torres). Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2002, p. 150.

<sup>585</sup> "La vulneración del Derecho como tal, es, ciertamente, una existencia positiva, exterior, que es en sí nula. La manifestación de su nulidad es el anulamiento de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración" (...). "La superación del delito es el castigo, pues según el concepto es vulneración de la vulneración y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación como su existencia, tiene otra existencia. Empero, esa identidad que se funda sobre el concepto no es la igualdad en la naturaleza específica, externa, de la vulneración, sino en la que es en sí de acuerdo al valor de ésta". HEGEL, Georg W. Friedrich. *Filosofía del Derecho*. 2a ed. Buenos Aires, Ed. Claridad S.A., 2009, pp. 106, 107 y 109.

comprende, no se satisface con la mera consideración de su exterioridad, debemos indagar sobre el aspecto subjetivo involucrado, por imponerlo tanto la ley penal como la civil. Al efecto, las regulaciones de ambas ramas del derecho, reparan en tal aspecto subjetivo desde sus particulares criterios; cuestión que no cabe preterir a la hora de afirmar la tipicidad del comportamiento del defraudador, o bien, de evaluar su responsabilidad por delito consumado o frustrado. Los objetos resultan “ilícitos” en cuanto pasibles de la pena de comiso o irre recuperables (en sí o en su valor) en virtud de la ausencia de acciones para ejercer respecto de la contraparte en un negocio civilmente ilícito, por un predicado atinente a una conducta que los comprende, comprensiva de aspectos subjetivos, y no por consideraciones que se agoten en ellos mismo, en su apreciación aislada.

Para el Derecho penal, obrar en error de tipo o de prohibición, obstará a la imposición de la pena en un Ordenamiento observante del Principio culpabilístico. En tales casos, o en general frente a cualquier circunstancia que impida la aplicación de la pena, inclusive las excusas legales absolutorias que en determinados casos contempla el legislador; sin que falte objeto material para el delito de estafa, por resultar improcedente el comiso, habrán de evaluarse la concurrencia de los restantes requisitos demandados por el tipo legal de la estafa para afirmar su cabal configuración.

Para el Derecho civil, la falta de conocimiento del motivo de nulidad por ilicitud del objeto o la causa, o de los hechos que lo conforman, mantiene inalterado el derecho del defraudado a reclamar la restitución del activo patrimonial del que fuere despojado, de modo que la pérdida patrimonial no es de su incumbencia, sino que del defraudador, por la que debe responder a título de estafa consumada, concurriendo los restantes presupuestos del delito.

Descendiendo a la valoración del caso planteado al inicio de este trabajo, puntualicemos que su exposición se formuló en términos que un sujeto extranjero (A), con escasa socialización en nuestro medio, mientras permanecía privado de libertad por un delito perpetrado al ingresar por vía aérea a nuestro país, accede a la oferta formulada por un miembro (B) de una organización delictual (Z) conformada por funcionarios públicos a cargo de su custodia, quien le ofrece liberarlo anticipadamente en relación a la fecha de cumplimiento de su condena, a cambio de una suma de

dinero, la que A paga, sin obtener lo ofrecido, desconociendo el carácter penalmente ilícito de la negociación en todo momento.

Así expuesto el caso, apreciamos configurado el delito consumado de estafa de prestaciones bilaterales del Art. 468 del CP., perpetrado por el funcionario público B en perjuicio del recluso A. Lo anterior, en la medida que resulta improcedente la pena de comiso frente a la actuación no culpable de A, en razón de obrar en error de prohibición respecto del delito de cohecho que pudiese apreciarse, y a quien le asiste el derecho a obtener, incluso respecto de Estado, la restitución del dinero pagado de haberse procedido a su incautación.

La conducta de B resulta ser típica, en la medida que estamos frente a activos patrimoniales cuyo destino no se ve alterado por la ilicitud del negocio, atendida la ausencia de la prerrogativa y deber del Estado de reclamarlos para sí en virtud de la pena de comiso. Luego, cobra pleno sentido preguntarse frente a la conducta engañosa de B., sobre su potencialidad lesiva para el patrimonio de A. Al respecto, establecida *ex ante*, vale decir, al momento de quedar convenidos A y B, la presencia del bien jurídico, estamos *ex post* frente a un delito consumado, en la medida que el perjuicio patrimonial se traduce en el monto del beneficio en dinero obtenido por el funcionario público B, de manos del recluso A en cumplimiento de lo pactado.

Pese a que B debe ser estimado autor, además, del delito de cohecho, el error de prohibición predicable de la conducta de A, obsta a que los efectos de dicha ilicitud se traduzcan en una privación de los activos patrimoniales de que éste se sirvió con miras a recuperar su libertad. En definitiva, la dádiva se compone de recursos económicos que pertenecen a un sujeto no responsable del delito de cohecho. Si ha sido incautada, debe procederse a su restitución conforme el Art. 189, inciso 2°, del CPP., como se expresó, y en caso contrario, puede impetrarse la acción restitutoria que prevé el Art. 59 del mismo cuerpo legal.

En el ámbito civil, A puede reclamar la restitución de lo pagado a B, amparándose en el Art. 1468 del CC., desde que, pese a la nulidad del contrato por causa ilícita, no ha obrado “a sabiendas” respecto de la ilicitud del motivo que lo llevó a concluir el negocio.

Pero si la ilicitud del negocio alcanza únicamente al ámbito civil, cabría apreciar estafa, pero sólo frustrada, como hemos indicado. Tal sería el caso en que, por

ejemplo, convenidas las partes en el vertido de desechos industriales al cauce de un río que desemboca en un balneario<sup>586</sup>, a cambio de una suma de dinero menor al costo de su eliminación conforme a la reglamentación sanitaria; infringiendo con ello el Art. 73 del Código Sanitario; al pago por su eliminación, no sucede el cumplimiento del servicio acordado a favor del contratante cumplidor. La afirmación del delito frustrado de estafa, descansa en que el nivel de riesgo que comporta una negociación en la que, al momento de quedar convenidos, no dispone el contratante diligente de arbitrio jurídico alguno para recuperar siquiera en parte el valor del activo del que se ha desprendido, da cuenta de una distribución del menoscabo a la que el Derecho penal ha de atender, pero sin que resulte alterada la infracción de la norma de conducta del delito de estafa, cuyo alcance en lo pertinente al desvalor de acto puro, no se ve limitado por una ilicitud meramente civil.

---

<sup>586</sup> Sin que se trate de la diseminación de gérmenes patógenos o enfermedades, envenenamiento o infección de las aguas, ni de la concurrencia de alguna de las conductas constitutivas de delitos contra la higiene y salud pública. Sobre las exigencias típicas previstas en nuestro Derecho penal para tales comportamientos, *vid*, ETCHEBERRY. Op cit. t. IV, pp. 291 y ss, No ha de corresponder, además, a los elementos del delito del Art. 136 de la ley General de Pesca, a saber, introducir o mandar introducir en ríos, mares, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos, o físicos que causen daño. Sobre la protección penal de las aguas, *vid*, MATUS ACUÑA, Jean. Derecho penal del medio ambiente. Estudios y propuestas para un nuevo Derecho penal ambiental chileno. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, pp. 206 y 207.

## BIBLIOGRAFÍA.

AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991.

AGUADO CORREA, Teresa. La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código penal. Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología. [en línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf>> [consulta : 30 Agosto 2011].

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa. ADPCP. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica, XLIX (II) Mayo-Agosto de 1996.

ALESSANDRI BESA, Arturo. La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno. 3ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2008, t. I.

ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (redactor y compilador). *Curso de Derecho Civil. De los bienes*. 2ª ed. Santiago, Ed. Nascimento, 1975, t. II.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco. *Sobre la estructura de la norma penal*. Valencia. Ed. Triant Lo Blanch, 2001.

AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. En: SCHUNEMANN, Bernd (compilador). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1991.

ANTON ONECA, José, Las estafas y otros engaños. En: AA.VV. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona, Ed. Francisco Seix S.A., 1958, t. IX.

ASUA BATARRITA, Adela. El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales. ADPCP. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica, XLVI (I) Enero-Abril de 1993.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Justicia Penal y Derechos Fundamentales. Madrid/Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2002.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. La realización arbitraria del propio derecho. En: Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. Casabó Ruiz. Madrid, Ed. Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_ Los delitos de estafa en el Código Penal. Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2004.

BALMACEDA y FERDINAND. BALMACEDA H., Gustavo y FERDINAND P. Michael. Análisis dogmático del concepto de “perjuicio” en el delito de estafa. Revista de estudios de la justicia. Santiago, (7):185-217, 2006.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El perjuicio en el delito de estafa. Revista de Derecho y Ciencias Penales. Santiago de Chile, (14): 105-116, 2009.

BAÑADOS E, Florencio. Código Penal de la República de Chile, concordado y comentado. Santiago, Dirección de impresiones L.A. Lagunas M, 1920.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. El pago de lo no debido en el Derecho chileno. Santiago, 2ª ed. Ed. LexisNexis, 2007.

BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Delitos contra intereses instrumentales. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago, (I): (291-345), 2004.

BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá, Ed. Temis, 1987.

BULLEMORE e G., Vivian / MACKINNON R., John. Curso de Derecho Penal. Santiago, Ed. LexisNexis, 2005. t. III.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho penal, parte especial. 2ª ed., Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 1991.

\_\_\_\_\_ Obras Completas. Lima, Ediciones Jurídicas de Santiago. 2007. t. II.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de Derecho penal. Madrid, Ed. Trotta, 1997, Vol. I

\_\_\_\_\_ Nuevo sistema de Derecho penal. Madrid, Ed. Trotta, 2004.

CANCIO MELIÁ. Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Mendoza, Argentina, Ed. Jurídicas Cuyo, 1997.

\_\_\_\_\_. Conducta de la víctima e imputación objetiva. Barcelona, Ed. Bosch, 1998.

CARRARA, Francesco. Programa de Derecho criminal, 10 vols. Trad. De J. Ortega y J. Guerrero. Bogotá. Ed. Temis, 1956.

CONTRERAS TORRES, Raúl. *El delito de estafa*. Santiago de Chile, Ed. Jurídica Conosur, 1992.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El delito de estafa. Barcelona, Ed. Bosch, 2ª ed., 2009.

CREUS, Carlos. Ciencia y dogmática. *Aplicación e interpretación del Derecho penal*. Santa Fe, Argentina, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Santa Fe, Dirección de publicaciones, 1998.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. Estafas. Valencia, Ed. Triant lo Blanch, 1997.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Director). Código penal comentado. 2ª ed. Barcelona, Ed. Bosch, 2004, t. I. p. 398 y ss.

CONTRERAS TORRES, Raúl. El delito de estafa. Santiago, Ed. Jurídica Conosur, 1992.

CROXATTO DUQUE, Marcelo. Relaciones del derecho penal con el derecho *civil*. Santiago, Ed. Universitaria, 1962.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa. ADPCP. Madrid, (LX): 39-96, 2007.

CURY URZÚA, Enrique. Derecho penal. Parte general. Santiago, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, 1997, t. I y II.

DAVIS R., Pedro. El delito de estafa. Santiago, Imprenta Dirección General de Prisiones, 1942.

DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo Ruiz. Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal. En: JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (Director) ¿Libertad económica o fraudes punibles? Madrid y Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2003.

DE RIVACOVA Y RIVACOVA, Manuel (Director), *et al.* Código Penal de la República de Chile y actas de la Comisión Redactora del Código Penal chileno. Edición crítica con motivo de su centenario. Valparaíso, Ed. Edeval, 1974.

DEL RÍO C. J. Raimundo. Derecho penal, La teoría y la historia. Santiago, Ed. Nascimento, 1935, t. I

\_\_\_\_\_ Derecho penal. Santiago, Ed. Nascimento, tomo III 1935.

DEL VILLAR BRITO, Waldo. Manual de derecho penal, parte especial. Valparaíso, Ed. Edeval, 2009, t. I.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Autoría y participación. Revista de estudios de la justicia. Santiago, (10):13-61, 2009.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. Montevideo, Buenos Aires, ed. BdeF, 2007.

ETCHEBERRY O, Alfredo. Derecho Penal. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001(a), 2004(b). t. II, III, y IV.

FERNÁNDEZ, Pedro Javier. Código Penal de la República de Chile, explicado (sic) y concordado. 2ª ed. Santiago, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1899, t. II.

FERNÁNDEZ DÍAZ. ÁLVARO. Engaño y víctima en la estafa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, Semestre I, (XXVI), 2005.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. [en línea] <<http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/06/el-derecho-penal-minimo-l-ferrajoli/>> [consulta : 25 Agosto 2010].

FRISCH, Wolfgang. Tipo penal e imputación objetiva. Madrid, Ed. Colex, 1995.

\_\_\_\_\_ Comportamiento típico e imputación del resultado. Madrid y Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2004.

FRISH, Wolfgang y ROBLES PLANAS, Ricardo. Desvalorar e imputar., Barcelona, Ed. Atelier, 2004.

FUENSALIDA, Alejandro. Concordancias i comentarios al Código Penal chileno. Obra premiada. Lima, Imprenta Comercial, 1883, t. III.

GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial. Valencia, Ed. Triant Lo Blanch, 2002.

GALLEGO SOLER, José Ignacio. Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa. ADPCP., Madrid, LVIII (II), Mayo-Agosto 2005. p. 529.

GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico, parte general. 2ª ed., Lima. Ed. Grijley, 2007.

\_\_\_\_\_ Lecciones de Derecho penal, parte general. Lima. Ed. Grijley, 2008.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. Estructura jurisprudencial del delito de estafa. En: BOIX REIG, Javier (Director). Estafas y falsedades. 1ª ed., Madrid, Ed. Iustel Portal Derecho, 2005.

GARRIDO MONTT. Mario. Derecho penal. 4ª ed. Santiago, Ed., Jurídica de Chile, 2005, t. I, II, III, IV.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Función y contenido del error en el tipo de estafa. ADPCP. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica, XXXVIII (I) Enero-Abril de 1985.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. Curso de Derecho penal español, parte especial. Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996, t. I.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, Ma. Lúz. Fraude informático y estafa. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1991.

\_\_\_\_\_ Resultado típico en la estafa: la disposición patrimonial lesiva. Doctrina y jurisprudencia penal. El perjuicio en la estafa. Santiago de Chile, Universidad de Los Andes Facultad de Derecho, (2), 2010.

HEGEL, Georg W. Friedrich. Filosofía del Derecho. 2a ed. Buenos Aires, Ed. Claridad S.A., 2009.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Aproximación a la problemática de la estafa. En: AA. VV. Problemas actuales de derecho penal. Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003

\_\_\_\_\_ El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno. Política Criminal. A7(1), 2006, (1-33).

\_\_\_\_\_ Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno. En: FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (Coordinador). Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del Derecho penal. Santiago de Chile, Universidad Austral de Chile, 2008.

\_\_\_\_\_ Resultado típico en la estafa: la disposición patrimonial lesiva. Doctrina y jurisprudencia penal. “El perjuicio en la estafa”. Santiago de Chile, Universidad de Los Andes Facultad de Derecho, (2), 2010.

\_\_\_\_\_ Por qué no puede prescindirse de la exigencia de error en la estafa. El engaño y el error en la estafa, revista de doctrina y jurisprudencia penal (1): 29-42, 2010.

\_\_\_\_\_ La estafa triangular en el Derecho penal chileno, en especial la estafa procesal. Revista de Derecho. XXIII (1), Junio 2010, (201-231).

\_\_\_\_\_ 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. Santiago, 37 (1): 9-41. 2010.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el bien jurídico. En CERESO MIR, José, *et al.* Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1992.

HORWITZ L., María Inés, y LÓPEZ M., Julián. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, t. II.

HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. ADPCP. Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica, XLVII (III) :(343-356) Septiembre-Diciembre de 1994.

HUERTA TOCILDO, Susana. Protección penal del patrimonio inmobiliario. Madrid, Ed. Civitas, 1980.

JAKOBS, Günter. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En: AA.VV. Estudios de Derecho Penal. Madrid, Ed. Civitas, Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

\_\_\_\_\_ Derecho Penal, Parte General, Fundamentos de la Teoría de la Imputación, 2ª edición corregida, Editorial Marcial Pons, Madrid 1997.

\_\_\_\_\_ La imputación objetiva en el Derecho penal. 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. *Parte General*. 4ª ed., Barcelona, 1982.

KINDHÄUSER, Urs. La estafa como autoría mediata tipificada. En su: Estudios de Derecho Penal patrimonial (traducción de Jorge Perdomo Torres). Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2002 (81-122).

\_\_\_\_\_ Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa. En su: Estudios de Derecho Penal patrimonial (traducción de Jorge Perdomo Torres). Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2002 (123-152).

\_\_\_\_\_ Estudios de Derecho penal patrimonial. Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2002.

\_\_\_\_\_ Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2007.

\_\_\_\_\_ Teoría de las normas y sistemática del delito. Lima, Ed. ARA E.I.R.L. Jurídica Grijley, 2008.

\_\_\_\_\_ Personalidad, culpabilidad y retribución. En: Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho. KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH R., Juan Pablo. Lima, Ara Editores, 2009, (17-36).

\_\_\_\_\_ Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. InDret, Revista para en análisis del Derecho. Barcelona, (1) Febrero 2009 [en línea] <<http://www.indret.com>> [consulta: 22 Abril 2011].

KÜNSENMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. Principio de culpabilidad – culpabilidad. Notas sobre su evolución y “crisis”. Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián (II,2): 169-182, 2000.

\_\_\_\_\_ Notas sobre el error de prohibición. Gaceta jurídica (292): 7-24, 2004.

LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho penal*. 7ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1983, t. II.

\_\_\_\_\_ Derecho penal. 9ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, t. I.

LEÓN HURTADO, Avelino. El objeto en los actos jurídicos. 2ª ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1983. LEÓN HURTADO, Avelino. El objeto en los actos jurídicos. 2ª ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1983.

\_\_\_\_\_ La causa. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1990.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los contratos, parte general. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1986.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Causas de atipicidad y causas de justificación. En: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Coord), MIR PUIG, Santiago. Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal. Barcelona, Ed. Aranzadi, 1995.

\_\_\_\_\_ Curso de Derecho penal, parte general. Madrid, Universitas S.A., 1996, t. I.

MAMKIW N. Gregory. Principios de economía. 5ª ed., México, Ed. Cengage Learning S.A., 2009.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales. Revista de estudios de la justicia. Santiago de Chile, (4):137-175, 2004.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. Santiago. Ed. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal. Revista penal [en línea] <[http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA\\_PENAL\\_DOCS/Numero\\_1/43-55.pdf](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_1/43-55.pdf)> [consulta: 22 Junio 2011].

MATUS ACUÑA, Jean. Derecho penal del medio ambiente. Estudios y propuestas para un nuevo Derecho penal ambiental chileno. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004.

MERA FIGUEROA, Jorge. El delito de entrega fraudulenta. Santiago, Ediciones Encina Ltda., 1971.

\_\_\_\_\_ Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta. 2ª ed., Santiago, Ed. Jurídica ConoSur, 1986.

MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil, de las obligaciones. 8ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General. Montevideo – Buenos Aires Ed. BdeF, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal, parte especial. 15ª ed. Valencia, Ed. Triant Lo Blanch, 2004.

NÁQUIRA R., Jaime. Principios y penas en el Derecho penal chileno. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 10 (28): 1-71, Abr. 2008 [en línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>> [consulta: 19 Agosto 2010].

NOVOA M. Eduardo. Curso de derecho penal chileno. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2009, t.I.

NÚÑEZ, Ricardo C. Manual de Derecho penal, parte general. Córdoba, Argentina, Ed. Marcos Lerner, 1999.

ORTIZ NAVARRO, José Francisco. La conducta en el delito de estafa. En: BOIX REIG, Javier (Director). Estafas y falsedades (análisis jurisprudencial). Madrid, Ed. Iustel, 2005.

PACHECO, Joaquín Francisco. El Código penal concordado y comentado. 6ª ed. Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, t. III, 1888.

PAILLAS PEÑA, Enrique. La simulación en derecho privado. Santiago, 3ª ed. Ed. Jurídica de Chile, 2003.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito (Algunas consideraciones a propósito de la STS 13 de mayo de 1997). Revista de derecho penal y criminología. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2(5), 2000.

\_\_\_\_\_ El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director) ¿Libertad económica o fraudes punibles? Madrid y Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2003 (67-90).

\_\_\_\_\_ La determinación del engaño típico en el delito de estafa (Prologo de Jesús-María Silva Sánchez). Madrid, Barcelona, Ed. Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales, 2004.

PEÑAILILLO A., Daniel. Los bienes. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Acerca de la imputación objetiva en la estafa, En: AA. VV. Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Madrid, Ed. BOE.

PIÑA R. Altamiro. El delito de estafa en relación con los contratos civiles. Tesis (Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, 1937.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Fraude de seguros. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006.

POLAINO-ORTS, Miguel. Imputación objetiva; esencia y significado. En: KINDHÄUSER, Urs; POLAINO-ORTS, Miguel, CORCINO BARRUETA, Fernando. Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal. Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2009.

POLITOFF L., Sergio. Los Actos Preparatorios del Delito. Tentativa y Frustración. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1999.

POLITOFF L., Sergio, MATUS R., Jean, RAMÍREZ G., María. Lecciones de Derecho penal chileno. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2003, t I y II.

POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (dir.) Texto y comentario del Código Penal chileno. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002, t. I

ROBLES PLANAS, Ricardo. La identidad de la dogmática jurídico-penal. En: ZIS (2) /2010, [en línea] <[http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op\\_20100727\\_01.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20100727_01.pdf)> [consulta : 26 Mayo 2011].

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDON WIDOW, María. Delitos contra la función pública. 2ª ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2008.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Inexistencia y nulidad en el Código civil chileno. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1995.

ROMERO, Gladys N. Delito de estafa. 2ª ed. Buenos Aires. Ed. Hammurabi, 1998.

ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª Edición Alemana, Madrid, Editorial Civitas, 1997.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal. Valladolid. Ed. Secretariado de publicaciones Universidad de Valladolid, 1999.

SANTANDER FANTINI, Ricardo. La intención dolosa de la víctima en el delito de estafa. Tesis (Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1951.

SCHLACK Muñoz, Andrés. Aplicación de criterios objetivo-individuales en la constatación del perjuicio patrimonial en el delito de estafa. Ius Publicum. Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás. Santiago, (9) 133-146, 2007.

\_\_\_\_\_ El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v35n2/art03.pdf>> [consulta : 10 Agosto 2010].

SCHROTH, Ulrico. Hermenéutica Filosófica y Jurídica. En: KAUFMANN, Arthur / HASSEMER, Winfried. El Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Madrid. Debate, 1992.

SILVA MELERO, Valentín. Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal. ADPCP. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Serie 1ª, III (II), (346-356) 1949.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Barcelona, Ed. J.M. Bosch, 1992.

\_\_\_\_\_ Normas y acciones en Derecho penal. Buenos Aires, Hamurabi, 2003.

SILVA SILVA, Hernán. Las estafas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

SOLA RECHE, Esteban. La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal. ADPCP, T. XLVII, (I), Enero-Abril 1994 (167-186).

SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Ed. Tipográfica editora argentina, t. I, 1986.

SOTO PIÑEIRO, Miguel. Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del “principio de culpabilidad” en el Derecho Penal chileno. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae (III, 3): 233-253, 1999.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al Derecho. Santiago, Ed. jurídica de Chile, 1999.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. El delito de estafa. Barcelona, Bosch, 1987.

VAN WELZEL, Alex. Error y mero desconocimiento en derecho penal. Santiago, Ed. Legal Publishing, 2ª ed. 2009.

VERA, Robustiano. Código Penal de la República de Chile comentado por Robustiano Vera, abogado y promotor fiscal en lo criminal de Santiago de Chile. Santiago, Imprenta de P. Cadot y cía.

VERDUGO M., Mario. Código Penal, concordancias, antecedentes históricos, doctrina y jurisprudencia. 2º ed. Santiago. Ed. Jurídica Ediar Conosur, 1986.

VIAL DEL RÍO, Víctor. Actos jurídicos y personas, teoría general del acto jurídico. 3ª ed., Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 1991. t. I.

VODANOVIC C., Antonio. Curso de Derecho civil. 2ª ed. Santiago, Ed. Nascimento, t. I, 1945.

VODANOVIC H., Antonio. Derecho civil, Parte preliminar y Parte general (Explicaciones basadas en las clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo ALESSANDRI R. y Manuel SOMARRIVA U). Santiago, Ed. Ediar Conosur, 1991.

YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. La Evolución del Sistema de Derecho Penal. Cuadernos de Política Criminal. Madrid (54): 1153-1209, 1994.

YUBERO CÂNEPA, Julio. El Engaño en el delito de estafa. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALIAGA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho penal, parte general. 4ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Ediar, 2002.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Madrid, Ediciones Akal, 1988.