

**ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL CONCEPTO DE “PERJUICIO”
EN EL DELITO DE ESTAFA
(Especial referencia al concepto de “perjuicio en forma de peligro”)¹**

*Gustavo Balmaceda Hoyos**
*Michael Ferdinand Peller***

1. Aproximación al concepto de “perjuicio patrimonial” y bien jurídico protegido en el delito de estafa 2. Nociones básicas sobre el procedimiento de determinación del perjuicio patrimonial 3. Admisibilidad del concepto de “peligro” en el perjuicio patrimonial 4. Aclaraciones terminológicas 5. Repercusiones de la admisibilidad del concepto de “perjuicio en forma de peligro” 6. Delimitación del perjuicio en forma de peligro y su naturaleza jurídica 7. Supuestos relevantes 8. Efectos del Derecho civil en el perjuicio en forma de peligro 9. Breves conclusiones.

1. Aproximación al concepto de “perjuicio patrimonial” y bien jurídico protegido en el delito de estafa

El *perjuicio patrimonial* en el delito de estafa debe comprenderse como toda “disminución del patrimonio” (determinada o determinable) —siempre valorable económicamente— del engañado o de un tercero², debiendo en todo caso consistir en la realización del riesgo creado o aumentado por el engaño (que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma del delito de estafa)³.

¹ Por parte de Gustavo Balmaceda Hoyos, se deja constancia que este trabajo ha sido efectuado con el apoyo del programa de becas MAEC-AECI (Agencia Española de Cooperación Internacional) y en el contexto del doctorado “Problemas Actuales de Derecho Penal”, de la Universidad de Salamanca, España. Asimismo, ambos autores agradecen el apoyo académico y personal proporcionado por el Prof. Dr. D. Bert Götting, *Privatdozent* de la Ludwig-Maximilians-Universität, Múnich, Alemania.

* Doctorando en Derecho Penal Universidad de Salamanca Becario Maec-Aeci.

** Estudiante de Derecho; Ludwig-Maximilians-Universität München

² Por todos, cfr. ANTON ONECA, José: voz “Estafa”, en *Nueva Enciclopedia jurídica*, Calos-E. Mascareñas (dir.), Tomo IX, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1958, pp. 67; BAJO FERNANDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, pp. 49; POLITOFF, Sergio / MATUS, Jean Pierre / RAMIREZ, M^a Cecilia: *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 434.

³ Sobre la relación de riesgo en general (y el fin de protección de la norma) en el delito de estafa, vid. PEREZ MANZANO, Mercedes: “Acerca de la imputación objetiva de la estafa”, en *Jornadas en Homenaje al Profesor Tiedemann*, AAVV, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, pp. 299 y ss, 302 y ss, y *passim*; TORIO LOPEZ, Angel: “Acción y resultado en la estafa procesal”, en AAVV, *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 883 y ss; CHOCLAN MONTALVO, José Antonio: *El delito de estafa*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 35 y ss, 79 y ss, y 120 y ss.

El *papel del perjuicio* en el delito de estafa es fundamental, no sólo para constatar la presencia de la infracción penal en cuestión⁴, sino también para comprobar la existencia de una compensación⁵, para efectos de la consumación⁶ y, para determinar la competencia territorial del tribunal llamado a conocer del conflicto de relevancia jurídica⁷.

Previamente, entonces, debe tenerse claro que la doctrina es unánime en sostener que el patrimonio es el bien jurídico protegido en el delito de estafa⁸. No obstante, *es un tema muy debatido el contenido y el concepto del patrimonio*: así, como base fundamental —y en principio—, pensamos que debe abandonarse la tesis de que también en la estafa se protege la buena fe en el tráfico jurídico (porque, al ser un interés detrás del patrimonio no alcanza la categoría de “bien jurídico”), ya que no existe un “derecho a la verdad”, porque el engaño —en sí mismo considerado— no tiene relevancia jurídico-penal y, porque la ley no estima consumado el delito sino hasta la producción de un daño patrimonial⁹.

⁴ Sobre esto, ANTON ONECA afirma: “Elemento esencial de la estafa es el perjuicio logrado o intentado (...). Engaño sin perjuicio no es estafa (...). El engaño, reprochable siempre dentro del orden ético, carece de sustancia delictiva si no hay perjuicio (...)” (Cfr. su: voz “Estafa”, op. cit., pp. 67).

⁵ Porque, en efecto, una compensación redonda en la eliminación del perjuicio. Por todos, cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 432-433; VALLE MUÑIZ, José Manuel: *El delito de estafa*, Barcelona, Bosch, 1987, pp. 249-250; POLITOFF, Sergio / MATUS, Jean Pierre / RAMIREZ, M^a Cecilia: *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial*, op. cit., pp. 434.

⁶ Pues, la consumación en el delito de estafa se ve condicionada por el efectivo y material detrimento patrimonial que sufre el sujeto pasivo, y no por la obtención de la ventaja económica a la que aspira el sujeto activo (En el mismo sentido, vid. GUTIERREZ FRANCES, M^a. Luz: *Fraude informático y estafa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 454; ROMERO, Gladys: *Delito de estafa*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, pp. 257 y ss).

⁷ Aunque la misma se determine por el lugar en que se efectúa la disposición patrimonial, en relación con lo que hemos afirmado Supra (nota 5), la competencia territorial se guía por el lugar donde se consuma el delito, y no por el lugar donde principia el iter criminis (Así, BAJO FERNANDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código Penal*, op. cit., pp. 69).

⁸ Vid. por todos, ANTON ONECA, José: voz “Estafa”, op. cit., pp. 58; QUINTANO RIPOLLES, Antonio: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal II*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, pp. 619; PASTOR MUÑOZ, Nuria: *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 29-30, 50 y 55; FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo: *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. II, Tomo II, *I delitti contro il patrimonio*, Bologna, Zanichelli editore, 2002, pp. 165; TIEDEMANN, Klaus: “Vor § 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo VI, Berlín, De Gruyter Recht, 1999, NM 18 y ss; POLITOFF, Sergio / MATUS, Jean Pierre / RAMIREZ, M^a Cecilia: *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial*, op. cit., pp. 414; ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho penal, Parte especial*, Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 287 y ss, y 399.

⁹ En esta dirección, cfr. BAJO FERNANDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código Penal*, op. cit., pp. 15-16; RODRIGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español, Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 1991, pp. 499; LACKNER, Karl: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo VI, Berlín, De Gruyter Recht, 1988, NM 4; CRAMER, Peter: “§ 263”, en Adolf Schönke y Horst Schröder [et. al.], *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, CH Beck, 2001, NM 1. En contra, cfr.

En relación con el *contenido* del patrimonio, debemos decir que el ámbito del mismo no se reduce al derecho real de propiedad, pues puede recaer sobre cualquier otro elemento que lo integre (como bienes muebles e inmuebles, derechos reales y de crédito): por ello, en la estafa se protege al patrimonio en *sentido amplio*¹⁰. De esta manera, como hemos señalado, en la estafa es imprescindible la concurrencia de un perjuicio económico, cuya determinación únicamente podrá considerarse valorando al patrimonio en su conjunto (como *universitas iuris*), antes y después del delito, atendiendo al valor económico de sus componentes y a la importancia económica que sobre el conjunto pueda tener el menoscabo —porque, de esta manera, se evitan problemas a la hora de una “compensación”—¹¹.

Partiendo de estas premisas, en la delimitación de los intereses que se lesionan por medio del delito de estafa, pensamos que *el patrimonio a proteger* es el de “todos los miembros de la sociedad” —constitutivo de un interés difuso, colectivo— y, por ello, es discutible que se conserve el criterio de la cuantía para delimitar la “penalidad de la estafa” (porque, bajo una igualdad ante la ley aparente, se encubre un tratamiento desigual en menoscabo de los más desposeídos económicamente)¹².

Asimismo, y en conexión con lo anterior, debemos aclarar que dentro del *sistema de relaciones contemporáneo*, el orden constitucional de valores obliga a proteger

ANTON ONECA, José: voz “Estafa”, op. cit., pp. 57-58; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, Parte Especial*, op. cit., pp. 424-425.

¹⁰ En el mismo sentido, cfr. GALLEGO SOLER, José Ignacio: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 25 y ss, y passim; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel: *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, Akal, 1988, pp. 52 y ss; RENGIER, Rudolf: *Strafrecht. Besonderer Teil I. Vermögensdelikte*, München, C.H. Beck, 2005, § 13, NM 1, § 1, NM 2; ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho penal, Parte especial*, Tomo III, op. cit., pp. 287.

¹¹ Vid., por todos, BAJO FERNANDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código Penal*, op. cit., pp. 18-19; ANTON ONECA, José: voz “Estafa”, op. cit., pp. 67; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel: *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, op. cit., pp. 52 y ss; POLITOFF, Sergio / MATUS, Jean Pierre / RAMIREZ, M^a Cecilia: *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial*, op. cit., pp. 414. En contra, cfr. VALLE MUÑOZ, José Manuel: *El delito de estafa*, op. cit., pp. 88 y 229; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, Parte especial*, op. cit., pp. 369.

¹² Así, GUTIERREZ FRANCES, M^a. Luz: *Fraude informático y estafa*, op. cit., pp. 234-235. En relación con lo señalado, resulta destacable el criterio que se ha asumido en el Anteproyecto de nuevo Código penal chileno, cuyo art. 159 prescribe: “El que con ánimo de lucro y mediante un engaño suficiente para provocar error en otro, obtenga que éste realice una disposición patrimonial con perjuicio propio o de tercero, será castigado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio. La pena se podrá elevar en un grado cuando el hecho revista especial gravedad, en atención a la cuantía del perjuicio ocasionado o a los efectos especialmente perjudiciales que tenga para la víctima. Tratándose de perjuicios de ínfima cuantía, el tribunal podrá prescindir de la pena de reclusión e imponer en su lugar sólo la pena de multa de una a diez unidades tributarias mensuales”, el cual asume una radical solución frente al sistema vigente, que exige para admitir la punibilidad del delito, que el mismo comience a partir de la suma “una unidad tributaria mensual” (Cfr. los arts. 467, 468 y 473 CP chileno).

otros intereses macrosociales antes desvalorados¹³ (y, en este camino, el interés colectivo a proteger no alcanza la categoría de “bien jurídico-penal”, pero el tema no se soluciona recurriendo a la categoría civilista de la buena fe —que, como ya vimos, tampoco es el bien jurídico protegido en la estafa—, siendo preferible utilizar la expresión “buena fe colectiva”, que tiene incorporada el correctivo de su dimensión plural, que es diferente a la buena fe considerada como elemento integrador del contrato)¹⁴.

Gracias a este razonamiento, en la estafa *habrá que reconocer que conjuntamente al patrimonio individual microsocial se lesiona materialmente otro interés colectivo difuso*, aunque la regulación legal subordine tal interés al amparo del patrimonio individual microsocial (así las cosas, el límite entre la estafa y un delito económico es difícil de apreciar en muchos casos, pero, la clave se encuentra en el bien jurídico que unos y otros tutelan, motivo por el cual la solución en muchas hipótesis deberá tomarse entre un ilícito “preferentemente patrimonial”, o “preferentemente socioeconómico”)¹⁵.

Efectuada esta aclaración previa, insistimos en que el patrimonio debe 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 valor del patrimonio antes y después del acto de disposición patrimonial.

Y, por otra parte, en lo que dice relación con el *concepto de patrimonio*, hemos manifestado que se trata de un tema ampliamente debatido¹⁶, y por ello la doctrina adopta diferentes posturas, a saber: una concepción jurídica, una económica, otra

¹³ Cfr., por ejemplo, el art. 19 Nos. 8, 20, 21, 22, y 23 CPR chilena.

¹⁴ En este sentido, vid. GUTIERREZ FRANCES, M^a. Luz: *Fraude informático y estafa*, op. cit., pp. 240-242.

¹⁵ Para efectuar esta operación, el intérprete debe referirse, entonces, a la gravedad que va de la mano con la relevancia del interés macrosocial en cuestión, y no a la magnitud cuantitativa del patrimonio afectado, cuestión que es muy importante tener presente, porque muchas veces se presta para graves confusiones (Con más detalle, cfr. GUTIERREZ FRANCES, M^a. Luz: *Fraude informático y estafa*, op. cit., pp. 252-253).

¹⁶ Inclusive, este problema se enmarca en una discusión más amplia que tiene por finalidad desentrañar los vínculos existentes entre el Derecho civil y penal en la elaboración de los conceptos, y sobre el particular, existen dos respuestas radicales: por un lado, la estimación del Derecho penal como un sistema sancionador que vigoriza enfoques jurídicos preestablecidos por otras ramas del Derecho, de donde emana una completa accesoriedad de los conceptos penales respecto a las definiciones del Derecho privado; y, por otro, tenemos la teoría que concibe al Derecho penal como una rama del Ordenamiento jurídico con funciones diferentes de las otras ramas del Derecho, de donde emana la autonomía (total o relativa, dependiendo de la postura que se siga) del Derecho penal en la elaboración de sus conceptos (En profundidad, vid. PASTOR MUÑOZ, Nuria: *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, op. cit., pp. 57 y ss).

mixta o jurídico-económica, y por último, existe la teoría personal/funcional del patrimonio¹⁷.

En este entorno, *somos partidarios de las teorías mixtas jurídico-económicas*, con un indiscutible punto de partida económico, despojando del ámbito de protección únicamente aquellas perspectivas que no son valoradas por el Derecho¹⁸ y, no nos parece adecuada una construcción mixta del patrimonio que solamente aprecie las posiciones económicas “jurídicamente reconocidas”, ya que partimos de la base de que pertenece al patrimonio todo bien de naturaleza económica mientras posea una “apariencia jurídica”, sin que sea importante su reconocimiento jurídico “efectivo” o “real”, porque debe recordarse que todo Ordenamiento jurídico de nuestra órbita de cultura prohíbe las vías de hecho en la solución de conflictos y, de esta manera, se obliga al afectado a acudir al poder judicial, donde la apariencia jurídica se toma como base suficiente para otorgar derechos y exigir obligaciones¹⁹.

En relación con lo anterior, *no cabe duda de que forman parte del patrimonio los bienes obtenidos de forma antijurídica*²⁰, siempre y cuando esta antijuridicidad no constituya, a su vez, un injusto penal, e inclusive en este último caso, formarán también parte del patrimonio aquellos bienes, en los supuestos de prescripción del delito en cuestión²¹.

Mutatis mutandis, la anterior argumentación sirve para aseverar la potencial existencia de responsabilidad penal, encontrándonos ante una estafa si el engaño es previo y se encuentran presentes el resto de elementos típicos²².

¹⁷ El tratamiento de esta materia excede con creces el propósito de este trabajo. Por ello, sobre estos problemas, con múltiples referencias, cfr. GALLEGO SOLER, José Ignacio: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, op. cit., pp. 103 y ss, 108 y ss, 125 y ss, 148 y ss, y 177 y ss.

¹⁸ Cfr., por todos, TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo VI, Berlín, De Gruyter Recht, 1999, NM 132.

¹⁹ Vid., por todos, BAJO FERNANDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código penal*, op. cit., pp. 22-23; VALLE MUÑIZ, José Manuel: *El delito de estafa*, op. cit., pp. 86 y 228-229; POLITOFF, Sergio / MATUS, Jean Pierre / RAMIREZ, M^a Cecilia: *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial*, op. cit., pp. 414 y 435. Pues bien, nos decantamos por una apariencia jurídica, es decir, creemos basta con que el bien jurídico posea un cierto reconocimiento jurídico, aunque sea provisional, como sucede con los cosas que se poseen antijurídicamente (Así, GUTIERREZ FRANCES, M^a Luz: *Fraude informático y estafa*, op. cit., pp. 222).

²⁰ Sobre este problema, cfr. BAJO FERNANDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código penal*, op. cit., pp. 81 y ss; VALLE MUÑIZ, José Manuel: *El delito de estafa*, op. cit., pp. 253; QUINTANO RIPOLLES, Antonio: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal II*, op. cit., pp. 624 y ss; POLITOFF, Sergio / MATUS, Jean Pierre / RAMIREZ, M^a Cecilia: *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial*, op. cit., pp. 437 y ss.

²¹ Así, GALLEGO SOLER, José Ignacio: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, op. cit., pp. 281.

²² En este sentido, cfr. GALLEGO SOLER, José Ignacio: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, op. cit., pp. 283-284.

2. Nociones básicas sobre el procedimiento de determinación del perjuicio patrimonial

En lo que a la *determinación del perjuicio se refiere*, conforme al concepto de patrimonio que seguimos, podemos destacar las siguientes ideas:

a.- Si la estafa se consuma en el momento de la disposición patrimonial lesiva, es en ese momento entonces donde tiene que proceder la determinación del perjuicio²³.

b.- Para este procedimiento —siguiendo a GUTIERREZ FRANCES²⁴—, creemos que debe ponerse atención en las siguientes cosas:

b.1.- No debe atenderse a puros criterios económicos, sino también a la lesión de la posición jurídica del sujeto con respecto a la cosa.

b.2.- No existe perjuicio si la conducta tiene por objeto una cosa sin valor económico, aunque los daños morales sean compensables en sede civil.

b.3.- Las meras expectativas no constituyen un perjuicio.

²³ En este contexto, tenemos que subrayar que el punto de partida para la determinación del perjuicio debe ser uno exclusivamente económico. En *Derecho comparado*, el Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH) señala que este procedimiento debe estimar las circunstancias concretas del caso y las necesidades concretas de los individuos afectados, ya que en su opinión los objetos no tendrían el mismo valor patrimonial para todas las personas. Comenzando con esta delimitación, según el BGH, pese a la aparente equivalencia económica entre prestación y contraprestación, puede afirmarse un perjuicio patrimonial al menos en los siguientes supuestos: a) cuando conforme a un tercero imparcial la prestación recibida es para la víctima total o parcialmente inutilizable de acuerdo a los fines del contrato o de otra forma soportable; b) cuando la disposición patrimonial de la víctima la obliga a optar por medidas perjudiciales para su patrimonio, como cuando debe obtener un crédito a intereses; c) cuando su disposición patrimonial acota a tal punto sus medios que pone en peligro el cumplimiento de otras obligaciones, presentes o futuras; o d) cuando queda en situación de no poder seguir manteniendo su nivel de vida (Sobre esto, vid. HERNANDEZ BASUALTO, Héctor: “Aproximación a la problemática de la estafa”, en AAVV, *Problemas actuales de Derecho penal*, Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003, pp. 182-183). Estos tres últimos grupos de supuestos se estructuran bajo el concepto de una afectación de la libertad de movimiento en materia económica (*wirtschaftliche Bewegungsfreiheit*), y han sido los más debatidos, en tanto que el primero (que alude a la inutilidad de la prestación) se ha consolidado sin problemas. Esta explicación es lo que se ha denominado como el componente individual o personal en la determinación del perjuicio (*individueller [persönlicher] Schadenseinschlag*) en la dominante concepción jurídico-económica del patrimonio en Alemania (Sobre el particular, por todos, cfr. TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 177 y ss). El *Tribunal Supremo español*, por su parte, sostiene que las cosas deben valorarse por el precio medio de mercado, bien para determinar los límites cuánticos en orden a la calificación del hecho como delito o falta en determinadas infracciones patrimoniales, o la especial gravedad del daño, bien para precisar las cantidades indemnizatorias, o bien (en los delitos contra la salud pública) para imponer las multas, etc. Pero, cuando para la determinación del quebranto económico, el objeto material del delito u objeto apropiativo lo integre precisamente el dinero, según el TS español ya aparece determinado el perjuicio directamente, sin necesidad de ninguna especial operación que haga referencia al precio medio o de mercado (Cfr. STS 298/03, 14-3 —No. Ref. La Ley Juris: 1243/2003—).

²⁴ Cfr. su: *Fraude informático y estafa*, op. cit., pp. 446-454.

b.4.- La cosa poseída antijurídicamente pertenece al patrimonio, pues, como el ladrón se lucra, y como la única forma de quitarle la cosa es por medio de vías lícitas, se admite la estafa con causa ilícita.

b.5.- Asimismo, la consideración del delito de estafa no puede quedar condicionada a la existencia de una ilicitud civil, ya que siempre que por medio del engaño se genere un menoscabo patrimonial con ánimo de lucro injusto, habrá estafa, aunque el estafado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral.

b.6.- Finalmente, cabe preguntarse si los criterios a considerar para calcular la existencia y entidad del perjuicio deben analizarse desde un punto de vista objetivo o subjetivo²⁵.

Así las cosas, —como se adelantó²⁶— la compensación elimina el perjuicio y, por ello, el delito de estafa, y solamente habrá compensación cuando la pérdida de la cosa o de su valor económico sea subsanada con otro valor económico²⁷.

Por último, y debido a que *debe responderse a la pregunta sobre qué instancia es la que se encuentra legitimada para establecer que un bien o posición económica tenga valor económico (y la entidad de ese valor), se han brindado diferentes alternativas*: en primer lugar, la contemplación del patrimonio desde una postura abstracta, sin tomar en consideración a su titular, acudiendo al valor monetario de mercado; en segundo término, existe una concepción subjetivista, en cuya virtud lo que sea y lo que valga el patrimonio lo decide su titular; y, en tercer y último lugar, se puede adoptar una perspectiva concreta o personal, que consiste en observar al patrimonio teniendo en cuenta al titular en cuanto ocupa un concreto lugar en las relaciones económicas²⁸. Como se dijo más atrás²⁹, sobre este tema creemos en una postura ecléctica, la objetivo-individual.

²⁵ Sobre este problema, nos parece que la posición objetivo-individual resulta la más adecuada, en el sentido de que existe una disminución patrimonial no sólo cuando se produzca un detrimento en términos monetarios objetivos, sino también cuando se frustran los fines perseguidos por la víctima (Cfr., por todos, ASUA BATARRITA, Adela: “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales [subvenciones, donaciones, gratificaciones]. La teoría de la frustración del fin”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, No. 46, 1993, pp. 107, cuando dice: “El daño no puede quedar cifrado en la frustración de la pretensión subjetiva de una utilidad concreta, porque sería volver a lo que propugnaba la concepción jurídica. Lo que se protege no puede ser la obtención de la utilidad específica que el titular pretende, sino el mantenimiento de su potencial económico. Por ello será necesario conjugar el aspecto de la utilidad individual con el criterio económico del saldo global. La teoría objetivo-individual del daño patrimonial intentará combinar ambos aspectos delimitando el alcance del ‘valor de utilidad’ con baremos normativos que hacen referencia a otras utilidades posibles. Delimitación que presupone la existencia real de una contraprestación, esto es una transacción donde se han acordado prestaciones recíprocas, que efectivamente se han producido, pero insatisfactoriamente para la parte que fue víctima del engaño de la otra en cuanto a las características de utilidad”).

²⁶ Cfr. Supra, nota 5.

²⁷ Así, BAJO FERNANDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código penal*, op. cit., pp. 49-50.

²⁸ Sobre esto, en detalle, cfr. PASTOR MUÑOZ, Nuria: *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, op. cit., pp. 73 y ss. La autora citada propone una perspectiva concreta o personal ajustada a

Para terminar, debe apuntarse que *para quienes siguen una postura objetivo-individual hay que tener en cuenta los siguientes criterios, con el objeto de determinar la existencia de un perjuicio patrimonial en el ámbito de los negocios jurídicos no-unilaterales (o sinalagmáticos)*³⁰:

a.- El principio de compensación entre las contraprestaciones, de forma que si existe ésta, no hay perjuicio; y,

b.- Si falla la compensación, hay que acudir al “principio de la determinación objetivo-individual del perjuicio” a partir de ciertas restricciones normativas. Estos criterios son los siguientes³¹:

b.1.- La utilidad contractualmente prevista, expresa o implícitamente, en la transacción correspondiente (habrá perjuicio patrimonial si no se puede satisfacer).

b.2.- La carencia de valor de uso de la contraprestación considerada de acuerdo a lo que puede estimarse útil para un sujeto económicamente razonable

la posición del titular en la relación económica, para lo cual, efectúa el siguiente razonamiento: sostener que solamente el mercado posee legitimidad para definir el patrimonio implica afirmar que debe imponerse al titular del mismo la racionalidad del mercado, entonces, no se explica cómo si se supone que el patrimonio tiene que ser protegido porque otorga poder a su titular, en concreto se protege contra su voluntad; solamente desde una perspectiva concreta se puede explicar el hecho de que el valor de un bien no es inherente a él, sino producto de una interpretación, por ello, si la determinación del valor de mercado no tiene más límites que los impuestos por el Derecho, no tiene sentido que el titular del patrimonio no pueda manifestar una valoración distinta a la que reine en el mercado; la dinámica de las relaciones mercantiles muestran que cuando los intervinientes expresan valoraciones vinculantes, éstas evidentemente son importantes en las relaciones económicas. Y en último lugar, sostiene que el reconocimiento de un punto de vista concreto o personal como legítimo no exonera la precisión de los presupuestos que deben concurrir en el caso concreto para sostener la relevancia de la valoración personal para la definición del patrimonio. Para ello, la autora aludida sostiene que la personalización debe superar un filtro procedimental que garantice la obtención de una importancia intersubjetiva.

²⁹ Cfr. *Supra*, nota 25.

³⁰ Sobre este tema, cfr. GALLEGO SOLER, José Ignacio: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, op. cit., pp. 344 y ss, y especialmente pp. 357.

³¹ En opinión de GALLEGO SOLER, todas estas correcciones normativas deben poseer un incuestionable efecto en el tipo subjetivo, pues en su opinión el dolo típico debería abarcar también el conocimiento del déficit económico de las contraprestaciones, o de la falta de utilidad considerada en la transacción, o de la no posibilidad de transformación económica o reventa del bien recibido, o de su inutilidad. El efecto práctico de esta configuración del tipo subjetivo, señala el autor citado, es evidente: cuantos más requisitos deban integrar el dolo más difícil será comprobar su presencia en todos los supuestos y, por tanto, en hipótesis de ignorancia o error acerca de alguno de ellos (error de tipo) habrá impunidad por no estar regulada —generalmente— la incriminación imprudente en los delitos patrimoniales. A pesar de todas las críticas expuestas, en Alemania se ha establecido la “teoría objetivo-individual”, mientras que en España la doctrina mayoritaria no parece admitir, salvo casos concretos, correcciones a la concepción jurídico-económica del patrimonio. Pero, en opinión del autor citado el principal cuestionamiento que cabe realizar a estas limitaciones normativas es que se echa de menos una fundamentación de los motivos por los que se deba recurrir a ellas, así como por los límites con los que trabajan, al mismo tiempo que no pueden superar las críticas que se dirigen contra las propias tesis económicas, tesis que son la base y punto de partida de esta doctrina (Cfr. su: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, op. cit., pp. 351 y ss).

situado en el lugar del afectado. De tal manera, que si la contraprestación fuese útil para un tercero en el mismo entorno (mercantil), no existiría el perjuicio patrimonial.

b.3.- Por último, la imposibilidad de otorgar a lo recibido otro uso razonablemente exigible para la víctima (donde habrá perjuicio cuando no sea viable que el afectado dé otro uso, exigible razonablemente —como la transformación o reventa del bien recibido— para recuperar el valor patrimonial).

3. Admisibilidad del concepto de “peligro” en el perjuicio patrimonial

En este lugar, nos referimos a la vieja polémica sobre si el perjuicio económico debe ser “efectivo” o si basta con que sea “potencial”³², es decir, en “forma de peligro”.

El *perjuicio efectivo*, técnicamente es el perjuicio final, real y determinable en forma exacta por medio de un cálculo³³, que se produce, por ejemplo, en el caso de enajenación de un bien. Un *perjuicio en forma de peligro* se caracteriza, en cambio, por la falta de esos elementos. La situación real y jurídica del bien económico en el ámbito del patrimonio en su conjunto no se ve afectada en este caso, sino que es el bien (o el derecho), como tal, lo que se encuentra en peligro³⁴. Dicho de otra manera, en el caso de un perjuicio efectivo cabe hablar de una *pérdida*, en cambio, en el peligro potencial, de un *deterioro*³⁵. La diferencia, consiste en que el perjuicio efectivo dice relación con una “pérdida de sustancia” y el perjuicio en forma de peligro con una “mayor dificultad en la defensa o en el uso de elementos individuales del patrimonio”³⁶. Sobre esto, podemos decir que el problema se presenta de forma más clara en el ámbito de los *contratos*: en el *estadio de la celebración* de un contrato, una compraventa, por ejemplo, una parte contrae “meramente” una obligación y no sufre un perjuicio efectivo. Sin embargo, ya se genera o, mejor dicho, se “aumenta” el peligro de pérdida del bien objeto del contrato. En el *estadio de ejecución* del contrato, por su parte, la pérdida efectiva se produce por medio de la entrega del bien en cuestión (en el caso de una compraventa, del bien vendido o el

³² Sobre este punto, ya apuntaba CARRARA que “...si para la consumación del estelionato considero necesario algún resultado, no creo igualmente necesario el daño efectivo, y acaso aquí esté el motivo de la aparente divergencia de opiniones. Puede sostenerse (por lo menos en ciertos casos) que el daño potencial equivale al daño efectivo, cuando el engaño produce el resultado de despojar de un derecho, aunque no vaya seguido de la pérdida de la propiedad” (Vid. su: *Programa de Derecho criminal, Parte especial*, Vol. VI [traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero], Bogotá, Temis, 1987, § 2348). En contra, por todos, vid. SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tomo IV, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1976, pp. 325 y ss.

³³ Cfr. CRAMER, Peter: “§ 263”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., NM 143.

³⁴ Así, LACKNER, Karl: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 152.

³⁵ Sobre esto, vid. TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 168, donde habla de “*Verlust*”, por un lado y de “*Beeinträchtigung*”, por otro.

³⁶ Vid. CRAMER, Peter: *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Bad Homburg, Gehlen, 1968, pp. 118.

dinero) y, por ello, en el caso de una estafa o una entrega fraudulenta, se genera así el perjuicio efectivo.

En este contexto, la inmensa mayoría de la jurisprudencia³⁷ y doctrina³⁸ hispanoamericana exigen un *perjuicio efectivo*. Así las cosas, en América Latina son pocos quienes aceptan la figura del perjuicio en forma de peligro. De todas formas, se exige un perjuicio efectivo en Argentina, Brasil y Colombia³⁹. El argumento fundamental de esta opinión, se basa en la naturaleza del delito de estafa, que constituye un delito de lesión⁴⁰.

Importa decir en este momento, que *estamos de acuerdo con la posición mayoritaria en Derecho comparado*⁴¹, en el sentido recién aludido de que la estafa es un delito de lesión, no de peligro, y de daño, no de enriquecimiento⁴², porque —como

³⁷ Así, vid. la jurisprudencia citada por ETCHEBERRY, Alfredo: *El Derecho penal en la jurisprudencia*, Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 10 y 26; ROMERO, Gladys: *Delito de estafa*, op. cit., pp. 327; RODRIGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: “Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto del perjuicio patrimonial”, en *Poder judicial*, 39, 1995, pp. 525 y ss.

³⁸ Cfr., por todos, VALLE MUÑIZ, José Manuel: *El delito de estafa*, op. cit., pp. 226, ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel: “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal [consideraciones generales sobre el Título XIII del nuevo Código Penal]”, en AAVV, *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Adela Asúa Batarrita (Dir), Bilbao, Universidad del País Vasco, 1998, pp. 141; ROMERO, Gladys: *Delito de estafa*, op. cit., pp. 326; SILVA SILVA, Hernán: *Las estafas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 47. En contra, por todos, vid. ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho penal, Parte especial*, Tomo III, op. cit., pp. 400, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: “Aproximación a la problemática de la estafa”, op. cit., pp. 173; BULLEMORE, Vivian / MACKINNON, John: *Curso de Derecho penal*, Tomo III, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 129.

³⁹ Sobre esto, con múltiples referencias, cfr. RIEGGER, Ernst-Jürgen: *Die Regelung des Betrugs im iberoamerikanischen Strafrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 1981, passim, especialmente, pp. 55-56, 124, y 132.

⁴⁰ Así, cfr. ZUGALDIA ESPINAR, cuando expone: “...se discute con intensidad si constituye ya un perjuicio patrimonial la simple exposición a un peligro del patrimonio ajeno o si el perjuicio patrimonial en la estafa, por el contrario, está condicionado a la efectiva lesión de los intereses patrimoniales de la víctima”, en: “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal [consideraciones generales sobre el Título XIII del nuevo Código Penal]”, op. cit., pp. 141.

⁴¹ Hay que mencionar en este lugar una excepción: en el Derecho uruguayo (Art. 347 CP) se produce una total renuncia de la exigencia del perjuicio, por una decisión clara por parte de legislador, que hace que el delito de estafa constituya un *delito de peligro*, manifestando una situación única en el Derecho iberoamericano. Dice la norma citada: “El que con estratagemas o engaños artificiosos, indujere en error a alguna persona, para procurarse a sí mismo o a un tercero, un provecho injusto, en daño de otro, será castigado...”. Sobre esto, cfr. RIEGGER, Ernst-Jürgen: *Die Regelung des Betrugs im iberoamerikanischen Strafrecht*, op. cit., pp. 118; TABAREZ MAIZ, Jorge: “Análisis del delito de estafa”, en AAVV, *Estudios de la Parte especial del Derecho penal uruguayo*, Dardo Preza Restuccia [dir.], Tomo I, Montevideo, Ingranusi Ltda., 1999, pp. 171-172.

⁴² Cfr., por todos, TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 273; GUTIERREZ FRANCES, M^a. Luz: *Fraude informático y estafa*, op. cit., pp. 456 y 495; ROMERO, Gladys: *Delito de estafa*, op. cit., pp. 262.

mencionamos— su consumación se ve condicionada por el material detrimento patrimonial que sufre el sujeto pasivo, y no por la obtención de la ventaja económica a la que aspira el sujeto activo, situación que nos lleva a afirmar que el *agotamiento del delito* siempre se producirá con la consecución efectiva del lucro mencionado (el cual no afecta en nada, entonces, a su perfeccionamiento)⁴³. Lo anterior, dice relación con la naturaleza del delito de estafa (que es, un delito de resultado cortado⁴⁴).

Sin embargo, nos parece que *se ha sufrido una grave confusión conceptual* en cuanto a que se insiste en que el “perjuicio potencial” constituye una figura de delito de peligro, cuando *en realidad se trata de un delito de lesión*: en este sentido se puede, efectivamente, constatar un “perjuicio en forma de peligro”, que no es lo mismo que un “delito de peligro”.

En este sentido también se manifiesta ETCHEBERRY, al decir que “... muchas veces un perjuicio meramente potencial es ya suficiente, por el daño que produce (...) En estrecha relación con dicho punto está la cuestión de la mera exposición a peligro del patrimonio”⁴⁵.

En relación con este debate, el argumento propuesto por la *mayoría de la doctrina hispanoamericana* es comprensible, a primera vista, porque en todo el resto del Derecho penal la puesta en peligro y la lesión constituyen escalones diferentes de la intensidad de afectación de un bien jurídico en el sentido de que la puesta en peligro es previa a la lesión. No obstante, debe constatarse una diferencia en aquellos delitos que tengan como bien jurídico protegido al patrimonio, pues cabe en ellos cualquier afectación negativa al patrimonio (bajo un punto de vista económico) como perjuicio del mismo, como veremos luego⁴⁶. El perjuicio en forma de peligro se sitúa (exactamente) en un punto intermedio entre un delito de peligro concreto y un delito de lesión, pero no obstante, por aplicación del

⁴³ La admisión del ánimo de lucro en el delito de estafa es polémica en Chile. En contra, por todos, cfr. POLITOFF, Sergio / MATUS, Jean Pierre / RAMIREZ, M^a Cecilia: *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial*, op. cit., pp. 419; ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho penal, Parte especial*, Tomo III, op. cit., pp. 402. A favor, a nuestro juicio acertadamente, HERNANDEZ BASUALTO, Héctor: “Aproximación a la problemática de la estafa”, op. cit., pp. 188 y ss; LABATUT GLENA, Gustavo: *Derecho penal*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 224.

⁴⁴ Sobre esto, vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, Reppertor, 2005, pp. 230, donde señala: “Los tipos portadores de elementos subjetivos pueden ser mutilados de dos actos, de resultado cortado o de tendencia interna intensificada. Los dos primeros se distinguen según que la intención del autor al ejecutar la acción típica deba dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto (delito de dos actos) o a un resultado independiente de él (delito de resultado cortado). Ambos coinciden, en cambio, en que ni el segundo acto pretendido ni el resultado perseguido, respectivamente, es preciso que lleguen a producirse realmente”.

⁴⁵ Cfr. su: *Derecho penal, Parte especial*, Tomo III, op. cit., pp. 400.

⁴⁶ Así, RIEMANN, Thomas: *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, Heidelberg, C. F. Müller, 1989, pp. 9-10.

principio de legalidad, debe inclinarse su aplicación hacia el segundo, donde debe delimitarse en ese entorno⁴⁷.

Como ya hemos señalado, para *admitir un perjuicio patrimonial en estos casos*, habría que admitir su presencia por el mero hecho de contraer una obligación⁴⁸, pues, comenzando de un concepto jurídico-económico del patrimonio, el cual siempre tiene como punto de partida un punto de vista económico⁴⁹, debe sostenerse que dicha acción posee ya un valor económico indudable⁵⁰, debido a que —como ya hemos visto⁵¹— el patrimonio debe comprenderse en sentido amplio, esto es, como una suma de relaciones jurídico-patrimoniales que sean idóneas de valoración económica⁵², donde bajo un punto de vista económico lo relevante no es el derecho subjetivo, sino que la “posición de dominio” detrás de él⁵³. De esta manera, creemos indiscutible que nadie va a comprar una pretensión del acreedor al valor nominal o normal cuando el deudor tenga problemas de solvencia⁵⁴. Al mismo resultado puede llegarse también a partir de un punto de vista “jurídico”, donde debe entenderse como perjuicio al nacimiento de obligaciones, donde la víctima se ve gravada por una “pretensión jurídica”⁵⁵.

⁴⁷ Así, HEFENDEHL, Roland: *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp 131.

⁴⁸ Cómo lo hace la doctrina prácticamente unánime en Alemania, por todos, cfr. TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 173; RENGIER, Rudolf: *Strafrecht. Besonderer Teil I. Vermögensdelikte*, München, C.H. Beck, 2005, § 13, NM 83; CRAMER, Peter: “§ 263”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., NM 237. Sobre esta opinión en España, vid. CHOCLAN MONTALVO, José Antonio: *El delito de estafa*, op. cit., pp. 165; BAJO FERNANDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código Penal*, op. cit., pp. 67.

⁴⁹ Así, RENGIER, Rudolf: *Strafrecht, Besonderer Teil I, Vermögensdelikte*, op. cit., § 13, NM 67.

⁵⁰ Por todos, vid. TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 173; CRAMER, Peter: “§ 263”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., NM 237; SEELMANN, Kurt: “Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes”, en *Juristische Schulung*, 1982, pp. 512. En España, en contra de esta postura, por todos, cfr. VALLE MUÑIZ, quien afirma rotundamente: “En definitiva, a nuestro juicio, la estafa contractual, al igual que el resto de modalidades, se consume con la efectiva lesión del bien jurídico atacado. En consecuencia, será necesaria la efectiva ejecución de las prestaciones prometidas, sin las cuales podrá afirmarse ciertamente, un peligro para el patrimonio, pero nunca su daño definitivo y material” (Cfr. su: *El delito de estafa*, op. cit., pp. 244); MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, Parte especial*, op. cit., pp. 431; TORIO LOPEZ, Angel: “Acción y resultado en la estafa procesal”, op. cit., pp. 897.

⁵¹ Vid., Supra, núm. 1.

⁵² Como en este trabajo se entiende al patrimonio como una *universitas iuris*, deben tomarse en consideración a las prestaciones mutuas como valores patrimoniales, pues su existencia *per se* podrían constituir un perjuicio (En este sentido, cfr. MEYER, Dieter: “Schließt das Werkunternehmerpfandrecht beim Betrug einen Vermögensschaden aus?, Bermerkungan zu einem Urteil des BayOBLG vom 17.12.1973”, en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1975, pp. 357 y ss).

⁵³ Vid. CRAMER, Peter: *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, op. cit., pp. 130.

⁵⁴ Cfr. ARZT, Gunther / WEBER, Ulrich: *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2000, § 20, NM 96.

⁵⁵ Así, TIEDEMANN, Klaus: “Vor § 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 173.

Sobre este tema, creemos importante ilustrar brevemente algunos supuestos en que la jurisprudencia española no ha encontrado problemas en constatar un perjuicio⁵⁶:

- (a) Unos vendedores hicieron suscribir a unos compradores un contrato en el que no se declaraban las cargas hipotecarias que pesaban sobre un inmueble, afirmándose, concluyentemente, que las mismas no existían. Afirma el TS español que es claro que tales contratos generaron el error en los compradores y que este error es la causa de la disposición patrimonial que produjo el perjuicio en sus patrimonios. Por lo tanto, manifiesta que no cabe poner en duda ni los elementos del tipo objetivo de la estafa ni la relación de causalidad que debe existir entre ellos, dado que si los compradores hubieran sabido del gravamen hipotecario no habrían realizado la disposición patrimonial que les produjo el perjuicio o hubieran podido, al menos, tomar otras medidas de cuidado para evitar el daño que finalmente se les produjo. Finalmente, la argumentación de la defensa, basada en la tradición como elemento necesario para la aplicación del delito de estafa, no es compartida por el tribunal aludido.
- (b) Unos sujetos ocultaron un hecho verdadero, de conocimiento esencial para la suscripción de un contrato de seguro, consistente en un accidente sufrido, con graves resultados personales de un vehículo, que es el que se ha asegurado. Y, como consecuencia del engaño, se produjo el error consistente en creer la Compañía Aseguradora que el vehículo asegurado no había tenido ningún accidente. Asimismo, el Ministerio Fiscal (denominación que se da en España a lo que vendría a ser en Chile el “Ministerio Público”) solicitó la responsabilidad civil directa de aquella compañía en el accidente sufrido con anterioridad a la fecha en que se suscribió el contrato de seguro. Por último, según la defensa, no se ha llegado a producir un perjuicio patrimonial, pues al haberse producido el accidente con anterioridad a su formalización el contrato de seguro es nulo y no se ha llegado a consumar el delito de estafa.
- (c) En ambos casos, para el Tribunal Supremo español el daño patrimonial, en el sentido de disminución del patrimonio causado por la disposición patrimonial del sujeto pasivo engañado, no necesita para su existencia real de la consumación del contrato. En este sentido, afirma que es suficiente con que el patrimonio del sujeto pasivo haya quedado obligado a responder por una relación jurídica cualquiera. Y, sin perjuicio del concepto dogmático de patrimonio propio del delito de estafa (jurídico, económico, mixto, personal) al que se recurra,

⁵⁶ Cfr. STS español de 21 de octubre de 1998 (No. Ref. www.westlaw.es: RJ 1998\6883); ATS (Sala de lo Penal) de 10 septiembre 2001 (No. Ref. www.westlaw.es: RJ 2001\7370).

sostiene que lo cierto es que quien incorpora a su patrimonio una obligación (suscrita por engaño) sufre una disminución patrimonial, independientemente del nivel de ejecución alcanzado por el contrato en cuyo marco resultó engañado.

Así, de acuerdo con lo que hemos señalado, estos casos describen perfectamente lo que es un “perjuicio en forma de peligro”. Entonces, en nuestra opinión, ya existen casos en que la jurisprudencia española aplica el concepto referido, pero sin exponerlo expresamente.

Por otra parte, en relación con los contratos, debe decirse que la celebración de los mismos únicamente constituye una fase previa a su ejecución posterior, y por ello, compone el primer acto de un “proceso continuo”⁵⁷. De esta manera, a efectos del delito de estafa, no puede perderse de vista la primera fase aludida, pues se encuentra en una estrecha relación con la última. Esta situación, a nuestro entender, únicamente se puede desarrollar a partir de la admisibilidad del concepto de “perjuicio en forma de peligro”⁵⁸.

De otro lado, el punto de vista económico referido, nos parece que relativiza la contradicción existente entre la mera puesta en peligro patrimonial y un perjuicio patrimonial efectivo, pues el *peligro inmanente de pérdidas futuras* tiene el efecto económico de una disminución del poder económico actual⁵⁹.

Por ejemplo, desde un punto de vista económico, un juicio siempre constituye una contingencia incierta de ganancia o pérdida; también en los casos en que la contingencia corresponda a un 99% de probabilidad de éxito, todavía quedaría un 1% de probabilidades de perder el pleito (como en los casos de abogados incompetentes o de jueces arbitrarios⁶⁰, pues a partir de un punto de vista económico —que únicamente tomamos en consideración como punto de partida, como ya se ha dicho—, en todo caso, deben tomarse en cuenta todas las circunstancias reales a la hora de determinar el perjuicio⁶¹.

En este sentido, el valor patrimonial/económico de meras obligaciones, reflejadas en la contabilidad, creemos que es reconocido por el Derecho tributario, por ejemplo, en relación con los gastos necesarios en la determinación de la base imponible en el impuesto a la renta. En esta situación, como en el caso de los

⁵⁷ Vid. MEYER, Dieter: “Schließt das Werkunternehmerpfandrecht beim Betrug einen Vermögensschaden aus?, Bemerkungen zu einem Urteil des BayObLG vom 17.12.1973”, en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1975, pp. 357-358.

⁵⁸ Inclusive, podemos decir que este argumento posee aún mayor validez en los sistemas de traspaso del dominio “título-modo” que en los mecanismos de la “abstracción” (del Derecho alemán).

⁵⁹ Así, HEFENDEHL, Roland: *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, op. cit., pp. 62.

⁶⁰ Sobre esto, vid. CRAMER, Peter: *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, op. cit., pp. 131.

⁶¹ Cfr. CRAMER, Peter: *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, op. cit., pp. 130.

créditos incobrables, a efectos jurídico-penal-tributarios es evidente que el ordenamiento jurídico reconoce que una puesta en peligro del patrimonio puede constituir un perjuicio del mismo⁶².

*El perjuicio en forma de peligro, y el perjuicio efectivo sólo son dos formas de manifestación de un mismo concepto de perjuicio patrimonial, en el sentido de una disminución patrimonial que se mide con el mismo criterio*⁶³. De esta manera, la diferenciación entre un perjuicio en forma de peligro y un perjuicio efectivo es meramente gradual, es decir “cuantitativa” y no “cualitativa”⁶⁴. La distinción aludida no hace ninguna referencia a una diferencia real, sino que tiene un mero valor dogmático⁶⁵. Por ello, no existe prácticamente ninguna diferencia si en un caso estimamos un perjuicio efectivo o un perjuicio en forma de peligro, ya que ambos constituyen un perjuicio patrimonial, a efectos de la estafa.

Contra la admisibilidad de la figura del perjuicio en forma de peligro, ya hemos dicho que se argumenta que no es posible su apreciación porque el delito de estafa tiene una estructura típica de resultado material⁶⁶. Sin embargo, también se dice que tolerarlo constituye una evidente (y grave) consecuencia de castigar como delito consumado lo que en realidad —en opinión de estos autores— no es más que una tentativa o frustración⁶⁷.

No obstante, este razonamiento es contradictorio con el punto de vista económico⁶⁸, pues *la estafa se consume cuando se genera el perjuicio, que se determina, lógicamente, por medio de criterios económicos*. Como hemos visto, según estos criterios, un peligro puede ya generar un perjuicio y, por ende, conducir a una estafa.

Por todo ello, a nuestro entendimiento, el problema fundamental, se encuentra no en la admisibilidad del concepto del perjuicio en forma de peligro, sino en su *delimitación*, de la que vamos a tratar infra (núm. 6)⁶⁹, que reside en la delimitación de la consumación (y de la tentativa) y en asegurar que no se estima un delito de estafa en el caso de un *mero peligro* —violando su naturaleza de delito de lesión— sino sólo en casos de *verdaderos perjuicios*. Si no se acepta la figura en

⁶² Vid. Arts. 30 y ss LIR chilena; Circular del Servicio de Impuestos Internos de Chile, No. 13, de 25 de enero de 1979. En la misma dirección, se manifiesta TIEDEMANN para el Derecho Alemán (Vid. su: “Vor § 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 168).

⁶³ Así, LACKNER, Karl: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 152.

⁶⁴ Por todos, vid. CRAMER, Peter: “§ 263”: *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., NM 143.

⁶⁵ En sentido similar, vid. LACKNER, Karl: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 152.

⁶⁶ Vid., Supra, nota 40.

⁶⁷ Por todos, cfr. VALLE MUÑIZ, José Manuel: *El delito de estafa*, op. cit., pp. 226; MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio: *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 93-94; LABATUT GLENA, Gustavo: *Derecho penal*, Tomo II, op. cit., pp. 224.

⁶⁸ Cfr. HEFENDEHL, Roland: *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, op. cit., pp. 73.

⁶⁹ En este sentido, se manifiesta prácticamente toda la doctrina alemana. Cfr., por todos, CRAMER, Peter: “§ 263”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., NM 143.

cuestión, se plantean dificultades respecto a la delimitación entre una “mera puesta en peligro” del patrimonio y un “perjuicio patrimonial” ya existente en el caso concreto⁷⁰.

En lo que se refiere al acto de disposición en el caso del perjuicio en forma de peligro, al mismo, hay que determinarlo según los criterios generales, es decir, como cualquier acción u omisión del engañado que origina un perjuicio patrimonial propio o ajeno⁷¹. Por ello, en el caso de contraerse una obligación, el acto de disposición reside exactamente en ese hecho⁷². Entonces, la celebración del contrato que genere la obligación constituye una acción del engañado que origina el perjuicio patrimonial en forma de peligro. Así, de forma más general, podemos decir que el requisito del nexo inmediato entre la disposición y el perjuicio patrimonial puede también constituirse por la disminución del patrimonio gracias a un peligro⁷³.

Por último, debemos apuntar que *político-criminalmente se tiene que justificar la admisión del perjuicio en forma de peligro, por los siguientes motivos*⁷⁴:

a.- Hoy en día la terminación de un negocio rara vez obedece a un intercambio simultáneo de las obligaciones materiales de los contratantes (pues casi siempre una de las partes cumple con su obligación primero que la otra); y,

b.- El origen del argumento anterior tiene varias causas (b.1.- existe la tendencia al tráfico negocial sin dinero en efectivo; b.2.- se ha consolidado en el mercado la adquisición de bienes y servicios por medio del crédito; b.3.- existe en el tráfico mercantil contemporáneo las tendencias mencionadas debido a que ha aumentado en el tráfico el volumen del dinero).

4. Aclaraciones terminológicas

La confusión conceptual mencionada se debe, en parte, a problemas terminológicos que existen tanto en la literatura hispanoamericana, como en donde ha surgido la doctrina más sólida de la figura en estudio, esto es, en Alemania.

La inmensa mayoría de la doctrina alemana ocupa el término “*schadensgleiche Vermögensgefährdung*”, el cual se suele traducir —de forma simplificada— como

⁷⁰ Así, RIEGGER, Ernst-Jürgen: *Die Regelung des Betrugs im iberoamerikanischen Strafrecht*, op. cit., pp. 55.

⁷¹ Por todos, vid. VALLE MUÑIZ, José Manuel: *El delito de estafa*, op. cit., pp. 213 y ss.

⁷² Así, vid. BAJO FERNANDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código Penal*, op. cit., pp. 67, lugar en que manifiesta: “Cabe observar que también se da el perjuicio patrimonial necesario para la consumación del delito de estafa cuando el patrimonio del sujeto pasivo queda obligado, y en esa asunción de obligación reside el acto de disposición”.

⁷³ Cfr. LACKNER, Karl: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 154.

⁷⁴ Sobre esto, vid. HEFENDEHL, Roland: *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, op. cit., pp. 49.

“puesta en peligro” del patrimonio⁷⁵. Literalmente, quiere decir una “puesta en peligro del patrimonio equivalente al perjuicio”⁷⁶, pero sin embargo, esto no parece correcto desde un punto de vista técnico-jurídico a propósito del delito de estafa. En efecto, a primera vista, no se trataría de un “perjuicio” en sentido material, sino que de un “riesgo de perjuicio patrimonial”⁷⁷, afirmación que resulta falsa —como ya se ha dicho en numerosas ocasiones—, *pues efectivamente nos encontramos en estos supuestos frente a un “perjuicio” —en sentido material— y, por ende, ante verdaderos “delitos de lesión”*.

Una opinión minoritaria en la doctrina en castellano —a nuestro juicio correcta— habla, de forma similar a nosotros, de “puesta en peligro del patrimonio constitutiva de un perjuicio”⁷⁸. Sin embargo, a nuestro entender el término es demasiado extenso a efectos prácticos y, asimismo, la expresión coloca un énfasis en la *puesta en peligro*, y no en el *perjuicio*.

De otro lado, como ya hemos visto, hay quienes hablan de un “perjuicio potencial”⁷⁹. No obstante, como la voz “potencial” significa, según el Diccionario de la Real Academia, no sólo aquello “que tiene la virtud o eficacia de otras”, sino también lo “que puede suceder o existir, en contraposición de lo que existe”. De esta manera, entra en juego un elemento de incerteza y futuro que no tiene nada que ver con el concepto que analizamos, pues lo que es *incierto y futuro* es la “existencia” de un perjuicio efectivo, *no de un perjuicio en el sentido del delito de estafa*, como acabamos de ver.

Por todo lo afirmado, la expresión que mejor expresa la naturaleza de la figura en estudio, que es un peligro que *ya constituye un perjuicio*, es la del “perjuicio en forma de peligro”, que equivale al término alemán de “*Gefährdungsschaden*”⁸⁰.

Además, se propone en la literatura alemana la denominación de “*schadensdarstellende Vermögensgefährdung*” (puesta en peligro del patrimonio representante de un perjuicio)⁸¹, la cual posee los mismos problemas que la

⁷⁵ Así, cfr. GALLEGO SOLER, José Ignacio: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, op. cit., pp. 386 y ss.

⁷⁶ Vid. HERNANDEZ BASUALTO, Héctor: “Aproximación a la problemática de la estafa”, op. cit., pp. 173.

⁷⁷ En este sentido, cfr., por todos, TRÖNDLE, Herbert / FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, C.H. Beck, 2004, § 263, NM 94.

⁷⁸ Así, HERNANDEZ BASUALTO, Héctor: “Aproximación a la problemática de la estafa”, op. cit., pp. 173.

⁷⁹ Por todos, vid. ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho penal, Parte especial*, Tomo III, op. cit., pp. 400; BULLEMORE, Vivian / MACKINNON, John: *Curso de Derecho penal*, Tomo III, op. cit., pp. 129.

⁸⁰ Propuesto en TRÖNDLE, Herbert / FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., § 263, NM 94; KINDHÄUSER, Urs: *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, § 263, NM 186.

⁸¹ Así, RIEMANN, Thomas: *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, op. cit., pp. 7.

expresión más utilizada en dicho país, esto es, la de “*schadensgleichen Vermögensgefährdung*”⁸².

Por ello, más apto nos parece el término “*schädigende Vermögensgefährdung*” (puesta en peligro que perjudica al patrimonio)⁸³. Sin embargo, esta denominación continúa colocando un énfasis en la “puesta en peligro” y no en el “perjuicio”, por la cual, optamos —como se ha insistido— por denominar la figura en análisis de “perjuicio en forma de peligro”.

5. Repercusiones de la admisibilidad del concepto de “perjuicio en forma de peligro”

En el caso de la denominada “estafa de conclusión” (*Eingebungsbetrug*), es decir, aquella estafa que se genera en el ámbito contractual⁸⁴, específicamente, dentro del estadio de la celebración de un contrato, el perjuicio (a efectos de la estafa) siempre se dará en forma de peligro⁸⁵. Si se acepta la figura de la estafa de conclusión debe aceptarse también el concepto del perjuicio en forma de peligro y *viceversa*. Así las cosas, se da una estrecha relación entre ambos conceptos.

En este sentido, la delimitación de los límites aludidos más atrás (en relación con los criterios tantas veces referidos) establecerá el fundamento de la determinación del perjuicio en forma de peligro y también, por tanto, de la estafa de conclusión⁸⁶: de esta forma, el reconocimiento de este concepto genera un adelantamiento del momento de la consumación del *iter criminis* del delito de estafa (y no una mutación de su naturaleza jurídica, pues jamás será un delito de peligro)⁸⁷, pero no se produce una aproximación del agotamiento del delito (el cual siempre se producirá con la consecución efectiva del lucro perseguido por el autor, y que no afecta en nada, entonces, a su consumación). Así las cosas, lo anterior

⁸² En este sentido, cfr. HEFENDEHL, Roland: *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, op. cit., pp. 130.

⁸³ Así, HEFENDEHL, Roland: *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, op. cit., pp. 130.

⁸⁴ Otra forma de explicar a la estafa de conclusión es la siguiente: como aquella donde quien, gracias a un engaño, contrae una obligación donde su valor es mayor que el valor de la pretensión perseguida (Vid. SEELMANN, Kurt: “Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes”, op. cit., pp. 512).

⁸⁵ Por todos, vid. CRAMER, Peter: “§ 263”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., NM 237; TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 173; LENCKNER, Theodor: “Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingebungsbetrug”, en *Juristische Zeitschrift*, 1971, pp. 322.

⁸⁶ Así, TENCKHOFF, Jörg: “Eingehungs- und Erfüllungsbetrug”, en *Festschrift für Karl Lackner zum siebenzigsten Geburtstag* (Libro Homenaje a Karl Lackner), Berlín, de Gruyter, 1987, pp. 683.

⁸⁷ Cfr. HEFENDEHL, Roland: *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, op. cit., pp. 163.

obedece a la naturaleza del delito de estafa (que es un delito de resultado cortado⁸⁸)⁸⁹.

Para terminar este debate, debe decirse que el perjuicio patrimonial generado en el estadio de la ejecución del contrato⁹⁰, que pueda eventualmente generarse con posterioridad al perjuicio patrimonial en el estadio de la celebración (conclusión) del contrato⁹¹, en general, únicamente constituye una profundización o ahondamiento del mismo⁹², pues el primero significa la realización final del perjuicio patrimonial (pero, debe aclararse que también puede generarse autónomamente —obviamente, en los casos en que no exista estafa de conclusión [y tampoco un perjuicio en forma de peligro]—, y en estos supuestos sí constituirá un delito de estafa autónomo)⁹³. La diferenciación comentada, es relevante, pues la transferencia patrimonial en el ámbito de un contrato, frecuentemente, se efectúa a lo largo de un período de tiempo en fases delimitadas. Así las cosas, la importancia de la teoría de la estafa de conclusión reside, sobre todo, en que se puede ya estimar una estafa independientemente de la ejecución posterior del contrato⁹⁴.

Además, debido al adelantamiento mencionado de la consumación, se limita el ámbito de aplicación de la tentativa y, por ello, también de la posibilidad de aplicación del desistimiento del delito⁹⁵. Por otra parte, por la admisibilidad del perjuicio en forma de peligro se manifiesta el peligro de “subjetivizar” al perjuicio.

⁸⁸ Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, Parte general*, op. cit., pp. 230, donde señala: “Los tipos portadores de elementos subjetivos pueden ser mutilados de dos actos, de resultado cortado o de tendencia interna intensificada. Los dos primeros se distinguen según que la intención del autor al ejecutar la acción típica deba dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto (delito de dos actos) o a un resultado independiente de él (delito de resultado cortado). Ambos coinciden, en cambio, en que ni el segundo acto pretendido ni el resultado perseguido, respectivamente, es preciso que lleguen a producirse realmente”.

⁸⁹ Cfr., por todos, TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 273; GUTIERREZ FRANCES, M^a. Luz: *Fraude informático y estafa*, op. cit., pp. 456 y 495. En contra, vid. MAURACH, Reinhart / SCHROEDER, Friedrich-Christian / MAIWALD, Manfred: *Strafrecht, Besonderer Teil*, Tomo I, Heidelberg, CF Müller, 2003, § 41, II, NM 149, al decir que la estafa se agota cuando se produce la afeción final del bien jurídico, es decir, con el perjuicio patrimonial efectivo (la pérdida definitiva del bien o derecho patrimonial y, no con el perjuicio en forma de peligro).

⁹⁰ En estos casos, nos encontramos frente al denominado “*Erfüllungsschaden*”, cuya traducción literal significa “perjuicio de ejecución”, es decir, aquél que se genera junto a la estafa de ejecución.

⁹¹ En esta hipótesis se genera un “*Eingebungsschaden*”, es decir, “un perjuicio de conclusión (celebración)”, el cual dice relación con el tantas veces referido “perjuicio en forma de peligro”.

⁹² En este caso, solamente exista una única estafa.

⁹³ Así, TENCKHOFF, Jörg: “Eingehungs- und Erfüllungsbetrug”, op. cit., pp. 680.

⁹⁴ En este sentido, cfr. RENGIER, Rudolf: *Strafrecht, Besonderer Teil I, Vermögensdelikte*, op. cit., § 13, NM 91a.

⁹⁵ Por todos, cfr. LUIPOLD, Ann: *Die Bedeutung von Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- und Gewährleistungsrechten für das Schadensmerkmal des Betrugstatbestandes*, Pfaffenweiler, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 74, quien manifiesta que es algo muy negativo desde un punto de vista político-criminal.

También, debe constatarse el peligro de que los nexos causales mediatos entre la disposición y el perjuicio puedan transformarse en nexos “inmediatos” entre la disposición y el “perjuicio en forma de peligro”. En contra, sin embargo, si no se acepta la figura en cuestión surgirían lagunas de punibilidad “no deseables”⁹⁶.

A mayor abundamiento, debe decirse que el adelantamiento de la consumación en el caso del perjuicio en forma de peligro, produce una multiplicación del perjuicio, porque se puede generar un riesgo a más de una persona, en circunstancias de que el autor persigue sólo “una única ventaja”⁹⁷.

Para terminar, todas las consecuencias negativas que hemos citado no justifican el rechazo de la figura en estudio, pero sí hacen necesaria una aplicación restringida del concepto⁹⁸. Lo que, a su vez, significa que las mismas finalmente no resulten tan relevantes, requiriéndose en este contexto una explicación de los límites y alcances del perjuicio en forma de peligro, tarea que desarrollaremos a continuación.

6. Delimitación del perjuicio en forma de peligro y su naturaleza jurídica

Tomando en consideración lo que hemos afirmado con anterioridad (Supra, núm. 3) sobre el riesgo procesal que, bajo un punto de vista económico en todo caso constituye ya una afección del patrimonio, debemos decir, que tomando en cuenta el principio de que el Derecho penal siempre debe ser la *ultima ratio*, y que, según el principio de lesividad sólo debe actuar en el caso de “ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”⁹⁹, no cabe estimarse un perjuicio patrimonial, y, por lo tanto, un delito de estafa en todos los casos en que económicamente ya habría un “perjuicio patrimonial” desde un punto de vista meramente económico.

Así las cosas, hay que delimitar el ámbito de la aplicación de la figura del perjuicio en forma de peligro. Se trata de una *delimitación normativa* en el ámbito del concepto económico-jurídico del patrimonio¹⁰⁰. La jurisprudencia alemana ha violado los principios mencionados y la delimitación entre tentativa y consumación

⁹⁶ Por todos, vid. LUIPOLD, Ann: *Die Bedeutung von Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- und Gewährleistungsrechten für das Schadensmerkmal des Betrugstatbestandes*, op. cit., pp. 75.

⁹⁷ Así, ARZT, Gunther / WEBER, Ulrich: *Strafrecht, Besonderer Teil, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking*, 2000, § 20, NM 102.

⁹⁸ Vid. RIEMANN, Thomas: *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, op. cit., pp. 162.

⁹⁹ Sobre esto, vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 59 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. LACKNER, Karl: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 153.

en varias sentencias, apreciando una estafa basada en un perjuicio en forma de peligro¹⁰¹.

Además, se da la necesidad de delimitación por el principio de legalidad —en general— y por motivos de la Política criminal, porque el adelantamiento de la consumación que trae consigo la admisión del concepto del perjuicio en forma de peligro priva el autor de la posibilidad del desistimiento¹⁰², como vimos.

Sin embargo, debe afirmarse, que el concepto del perjuicio en forma de peligro tiene un ámbito de aplicación amplísimo en dicho país¹⁰³, que nunca podrá alcanzarse en nuestra órbita de cultura. Esto se debe, entre otros motivos, fundamentalmente a nuestra idiosincrasia, que siempre es un elemento importante en todo trabajo sobre la estafa, gracias a la naturaleza de este delito que exige una relación e interacciones entre la víctima y el estafador¹⁰⁴. Tomando en consideración la estimación social que tiene la llamada “*viveza criolla*” en nuestra cultura¹⁰⁵, uno se puede imaginar que, en general, un jurista chileno¹⁰⁶ (o románico¹⁰⁷) no estima un delito de estafa tan fácilmente cómo lo hace el jurista alemán. Así las cosas, no parece descabellado pensar que esta tendencia universal tiene sus efectos a la hora de interpretar el elemento típico del perjuicio patrimonial y, por lo tanto, también en el momento de delimitar el perjuicio en

¹⁰¹ Vid., por todos, MAURACH, Reinhart / SCHROEDER, Friedrich-Christian / MAIWALD, Manfred: *Strafrecht, Besonderer Teil*, Tomo I, op. cit., § 41, II, NM 124.

¹⁰² Así, HOYER, Andreas: “§263” en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, Besonderer Teil (§§ 80 – 358)*, Neuwied, Luchterhand, agosto de 2003, NM. 231.

¹⁰³ Así, TRÖNDLE, Herbert / FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., § 263, NM. 94.

¹⁰⁴ Vid. RIEGGER, Ernst-Jürgen: *Die Regelung des Betrugs im iberoamerikanischen Strafrecht*, op. cit., pp. 52.

¹⁰⁵ Cfr. DAVIS, Pedro: *El delito de estafa*, Memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, 1942, pp. 231, donde relata la conciencia social chilena frente a la estafa, que poco y nada ha cambiado al día de hoy.

¹⁰⁶ Vid. HERNANDEZ BASUALTO, Héctor: “Aproximación a la problemática de la estafa”, op. cit., pp. 160 y ss, donde señala que según “...la opinión dominante en Chile sobre esta materia (...) el engaño típico de la estafa no puede consistir en una simple mentira, sino que en una mentira inserta en un despliegue engañoso externo (...) conforme a un dicho fuertemente enraizado en nuestra cultura jurídica, ‘el derecho no protege a los tontos’, lo que incluye a los ingenuos y a los negligentes (...) Desde luego puede ponerse en duda la corrección general de esta aproximación, que no es más que erigir la desconfianza y la mala fe en principios regulativos del ordenamiento jurídico, con el efecto imaginable para el desarrollo de las relaciones comerciales (...) Me parece relevante en este contexto mencionar, por último, que la práctica chilena con su umbral tan alto en materia de complejidad del engaño o, lo que es lo mismo, con exigencias tan altas para la víctima del mismo, no es habitual desde una perspectiva de derecho comparado (...) en mi opinión, en ninguno de esos países (España, Italia y Francia) esas exigencias llegan a los extremos que alcanzan en Chile” (el texto entre paréntesis es nuestro).

¹⁰⁷ Así, cfr. FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo: *Diritto penale, Parte speciale, Vol. II, Tomo II, I delitti contro il patrimonio*, op. cit., pp. 166, donde expresan la admiración que despierta en el público la genialidad del estafador y la menor alarma social que suscita, en relación a otros delitos patrimoniales.

forma de peligro, aunque normalmente se manifiesta, sobre todo, en los enfoques de la idoneidad del medio comisivo, especialmente de la “idoneidad concreta”, en la ausencia de autoprotección por parte de la víctima, y en la materia de hasta qué punto delimita el Derecho civil la aplicación de la estafa¹⁰⁸. Merece destacarse ya en este momento que el último tema mencionado se encuentra en estrecha relación con el objeto de este trabajo¹⁰⁹.

*Debemos decir en este lugar que los múltiples criterios doctrinales de delimitación tienen su base en las concepciones fundamentales del delito de estafa¹¹⁰ y, los mismos, demuestran que hasta ahora el problema dista mucho de tener una solución definitiva. Por este motivo, por razones de índole práctico, como hace la jurisprudencia alemana, debe orientarse la solución hacia una consideración del caso concreto, constatando si existe un perjuicio en forma de peligro (concreto) del patrimonio¹¹¹: el mismo existirá cuando se produzca una probabilidad rayana en la certeza (*nabeliegende Möglichkeit*) de pérdida de valor económico¹¹², es decir, cuando se tenga que considerar seriamente la aparición del perjuicio¹¹³. Conforme a lo que hemos manifestado¹¹⁴, siempre debe tratarse de una puesta en peligro que ya disminuye la situación patrimonial actual, y no de una “mera posibilidad” de futura afectación al patrimonio. De esta manera, cuando no se pueda estimar que el valor del patrimonio haya disminuido materialmente, no se podrá apreciar un perjuicio en forma de peligro (y en este lugar encontraremos su frontera)¹¹⁵. Existe un perjuicio en forma de peligro siempre y cuando la puesta en peligro haya puesto en marcha un curso causal irreversible dirigido a una pérdida patrimonial duradera¹¹⁶. Esto se debe determinar con vistas a los diferentes criterios elaborados por la doctrina alemana:*

a.- Si es necesaria o no una mayor actividad del autor, de la víctima o de terceros (criterio de la inmediatez)¹¹⁷.

¹⁰⁸ Cfr. RIEGGER, Ernst-Jürgen: *Die Regelung des Betrugs im iberoamerikanischen Strafrecht*, op. cit., pp. 52.

¹⁰⁹ Especialmente, vid. *Infra*, núm. 8.

¹¹⁰ Así, TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 263.

¹¹¹ Cfr. Boletín Oficial en Asuntos Penales del Tribunal Supremo del Reich (RGSt), Tomo 16, pp. 11; Boletín Oficial en Asuntos Penales del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGHSt), Tomo 21, pp. 113; LENCKNER, Theodor: “Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingehungsbetrug”, op. cit., pp. 321.

¹¹² Vid. TRÖNDLE, Herbert / FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., § 263, NM 97.

¹¹³ Cfr. Boletín Oficial en Asuntos Penales del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGHSt), Tomo 21, pp. 113.

¹¹⁴ Cfr. *Supra*, núm. 3.

¹¹⁵ Así, MAURACH, Reinhart / SCHROEDER, Friedrich-Christian / MAIWALD, Manfred: *Strafrecht, Besonderer Teil*, Tomo I, op. cit., § 41, II, NM 124.

¹¹⁶ En este sentido, cfr. HOYER, Andreas: “§263” en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 263.

¹¹⁷ Cfr. MEYER, Dieter: “Zum Problem des Vermögensschadens beim sog. „Eingehungsbetrug”, op. cit., pp. 719; en contra TRÖNDLE, Herbert / FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., § 263, NM 95.

b.- Si la víctima tiene o no posibilidades de evitación, es decir, si radica finalmente en la decisión del engañado el cumplimiento de sus obligaciones contractuales¹¹⁸.

c.- Si el peligro origina o no una demanda de compensación civil¹¹⁹.

d.- Si el autor tiene o no una posición en la que pueda efectuar inmediatamente, y sin dificultades, una disminución efectiva del patrimonio¹²⁰.

e.- Finalmente, si el autor o la víctima, en un contrato bilateral, tiene el deber de cumplir primero que la otra parte con su obligación contractual (*Vorleistungspflicht*)¹²¹.

Como regla general, se puede decir que hay un perjuicio en forma de peligro siempre y cuando, por un lado, la víctima prácticamente se vea privada de su posición patrimonial y, por otra parte, cuando el autor tenga ya la posibilidad de realizar la ventaja en cuestión sin un obstáculo importante¹²².

Tenemos que decir que siempre hay que considerar al caso concreto a la hora de determinar el caso de un peligro concreto al patrimonio y, por ello, de un perjuicio en forma de peligro, el cual no se puede determinar por medio de una definición exhaustiva, porque existe solamente una diferencia gradual entre una “mera” puesta en peligro del patrimonio y un perjuicio en forma de peligro¹²³.

Para llegar a la conclusión referida, son decisivos una gran variedad de factores heterogéneos (a los que hemos aludido en las líneas precedentes)¹²⁴: por ello es decisiva la determinación de los factores del caso concreto y la *ponderación de su totalidad* (de los que sean aplicables). Es por este motivo, que hay que tomar en consideración a todos los criterios aludidos y no sólo a UNO de ellos, debido a que un único criterio nunca será capaz de tratar el problema conforme a las exigencias de justicia material del caso concreto, gracias a las diferentes situaciones problemáticas que se desarrollan en la vida real¹²⁵. De esta forma, lo que hay que

¹¹⁸ Vid. SEELMANN, Kurt: “Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes”, op. cit., pp. 512; HEFENDEHL, Roland: *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, op. cit., pp. 128.

¹¹⁹ Así, CRAMER, Peter: “§ 263”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, op. cit., NM 143.

¹²⁰ En este sentido, vid. LENCKNER, Theodor: “Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingehungsbetrug”, op. cit., pp. 322.

¹²¹ Así, LENCKNER, Theodor: comentario a sentencia del máximo Tribunal de Bavaria (BayObLG), en *Juristische Rundschau*, 1974, pp. 338.

¹²² Cfr. KINDHÄUSER, Urs: *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, op. cit., § 263, NM 188.

¹²³ Así, LENCKNER, Theodor: “Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingehungsbetrug”, op. cit., pp. 321, en sentido similar, vid. PETROPOULOS, Vasileios: *Die Berücksichtigung des Opferverhaltens beim Betrugstatbestand*, München, Herbert Utz, 2005, pp. 160; TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 172.

¹²⁴ Sobre esto, vid. LENCKNER, Theodor: “Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingehungsbetrug”, op. cit., pp. 321.

¹²⁵ En sentido similar, cfr. RIEMANN, Thomas: *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, op. cit., pp. 58-59.

tomar en consideración es al “contexto económico” en el cual se constituya la puesta en peligro¹²⁶.

Así las cosas, *la figura del perjuicio patrimonial en forma de peligro no es un concepto en sentido estricto, que se pueda definir exactamente*¹²⁷, sino que se trata de un “tipo” (en terminología de LARENZ)¹²⁸. Tal tratamiento, se corresponde con las observaciones generales respecto al delito de estafa¹²⁹, que demuestran, que a menudo, no se puede analizarlo por medio de criterios estrictos, debido a su heterogeneidad¹³⁰. El tratamiento del “tipo” a que aludimos puede verse problemático en relación con el principio de legalidad (por estas razones debe subrayarse que tales conflictos deben resolverse a través de una aplicación lo más restringida posible¹³¹, y por ende, a través de una elaboración clara de los criterios que resulten decisivos).

A mayor abundamiento, a la hora de determinar si hay un perjuicio en forma de peligro, únicamente se debe tomar en consideración el momento del acto de disposición, es decir, un perjuicio en forma de peligro actual tiene que surgir *inmediatamente* a partir del acto de disposición patrimonial¹³².

*Para terminar con esto, no obstante, nos parece que debemos destacar algunas nociones generales sobre la delimitación de la aplicación de los criterios a los que hemos aludido*¹³³:

En primer lugar, si se toman en cuenta las posibilidades de autoprotección de la víctima, las mismas dependerán de la aceptación o rechazo de las directrices de la victimodogmática.

De otro lado, el criterio de la inmediatez, por sí solo no dice nada sobre lo que ya ha perjudicado el disponente por la generación de la puesta en peligro. Esta teoría constituye un distanciamiento, de cierta manera, con el punto de vista económico, pues deja de determinar la disminución patrimonial actual, y la sustituye con la pérdida final y una situación de peligro que equivalga a ella, colocando a la disminución patrimonial o de valor en el ámbito de la tentativa¹³⁴.

¹²⁶ Así, LACKNER, Karl: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 153.

¹²⁷ Cfr. RIEMANN, Thomas: *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, op. cit., pp. 58-59.

¹²⁸ Vid. su: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 451 y ss.

¹²⁹ Cfr. Supra, Cap. Intro., núm. 1.2 y Cap. IV, núm. 1.1 y 1.3.

¹³⁰ En sentido similar, vid. CRAMER, Peter: *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, op. cit., pp. 20-21. Sobre la heterogeneidad, cfr. TIEDEMANN, Klaus: “Vor § 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 1.

¹³¹ Así, RIEMANN, Thomas: *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, op. cit., pp. 4.

¹³² Vid. SCHMIDT, Frank-Richard: *Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrugstatbestand*, Tesis Doctoral, Universidad de Göttingen, 1970, pp. 69-70.

¹³³ Sobre esto, con múltiples referencias, cfr. TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 171-172.

¹³⁴ Vid. LACKNER, Karl: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 153.

En contra del criterio de si el peligro origina o no una demanda de compensación civil, se dice que una posibilidad de evitación por la víctima no tiene ningún valor económico cuando la misma no la conoce. Sin embargo, por una parte, esta argumentación pierde de vista el fundamento de este criterio que se basa en la unidad del ordenamiento jurídico y, por otro lado, descuida el principio *vigilantibus iura sunt scripta* (El Derecho está escrito para los alertas). Además, tiene un sentido muy marcado por los principios del Estado de bienestar y, no aporta nada en muchos casos¹³⁵.

Finalmente, como noción general, hay que manifestar que no cabe estimar un perjuicio en forma de peligro por el solo hecho de que el engañado se encuentre, gracias al acto de disposición, en una situación en la que únicamente se sitúe bajo el peligro de efectuar un acto que resulte en el menoscabo económico, pues, en contrario, se introduciría el elemento del error en la determinación del perjuicio, con lo cual, en este caso bastaría con la conducta típica para obtener el resultado típico, y esto es insostenible¹³⁶. Entonces, en la mayoría de los casos, debería ser decisivo si es necesaria o no una mayor actividad por parte del engañado¹³⁷.

7. Supuestos relevantes

Hasta ahora hemos tratado, sobre todo, de la estafa en el ámbito de los contratos. Sin embargo, el concepto del perjuicio en forma de peligro tiene relevancia en más supuestos. Queremos destacar —brevemente— algunos grupos de casos, expuestos por LACKNER, quien se orienta en la jurisprudencia alemana¹³⁸.

Hay que distinguir entre dos tipos de supuestos: (a) aquéllos en los que sólo hay un perjuicio en forma de peligro, y (b) en los casos en que se produce un perjuicio efectivo, pero en los que a veces sólo cabe fundamentar la estimación de un delito de estafa refiriéndose al perjuicio en forma de peligro. Cabe distinguir entonces:

- (a)
 - El engañado se ve inducido a no hacer valer un derecho, o a hacerlo valer de forma tardía.
 - El que engaña obtiene medios de prueba falsos o priva al engañado de medios de prueba verdaderos.
 - Por efectuarse asientos falsos en libros contables.

¹³⁵ Vid., RIEMANN, Thomas: *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, op. cit., pp. 54.

¹³⁶ Así, LACKNER, Karl: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 153.

¹³⁷ Cfr. TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 172.

¹³⁸ Cfr. LACKNER, Karl: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 201, 206, 208, 214, 226, y 244 y ss. En sentido similar, TIEDEMANN, Klaus: “Vor § 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 228 y ss.

- Y, podemos decir que tiene un amplio ámbito de aplicación en la estafa procesal.
- (b)
 - El perjuicio puede fundamentarse en que el valor de la contraprestación que obtiene el engañado posee un vicio redhibitorio.
 - La pretensión del engañado puede tener menor valor en relación con el pago efectivo, por motivos de plausibilidad.
 - La solvencia del deudor que engaña.
 - Y, en los casos en que el estafador consigue una firma, otorgada en un sentido específico, pero que en el hecho significa otra cosa (el fin perseguido por el autor).

De otro lado, sobre esta temática, ETCHEBERRY¹³⁹ señala unos ejemplos muy sugerentes, que conviene tener a la vista:

a.- El suscriptor por error de un pagaré no sufre aún un perjuicio efectivo entretanto no lo haya pagado, pero es indiscutible de que ya ha soportado un gravamen patrimonial, ya que ahora él tiene la obligación de cancelamiento (porque se ha acrecentado el pasivo de su patrimonio)¹⁴⁰.

b.- El aceptante por error de numerosas letras de cambio puede sufrir un perjuicio con anterioridad al vencimiento, pues a un patrimonio demasiado gravado le es más embarazoso conseguir créditos. Señala el autor citado, que no podría sustentarse que no ha sufrido un perjuicio el aceptante por error de una letra de cambio por una suma cuantiosa que no pueda pagarla a su vencimiento, que le es protestada y cobrada, judicialmente, y que finalmente se vea declarado en quiebra. Y, no obstante, en tal ejemplo aún el aceptante no ha pagado la letra.

Además, en el caso en que un sujeto obtiene por medio de un engaño un título ejecutivo, ya hay que estimar un perjuicio por su mera obtención, sin necesidad de que se haga efectivo¹⁴¹, pues, de otra manera, se interpretaría de modo extremadamente formal el concepto de “perjuicio”.

Por último, nos queda por decir que no debemos olvidar que siempre tenemos que atender al caso concreto para estimar un perjuicio en forma de peligro (en relación con los criterios estudiados, Supra núm. 6).

¹³⁹ Vid. su: *Derecho penal, Parte especial*, Tomo III, op. cit., pp. 400.

¹⁴⁰ En contra, a nuestro juicio erróneamente, SOLER apunta que en estos casos el pagaré constituye únicamente un medio de prueba falso y que, por eso, en su opinión mientras no se produzca la prestación no se consuma el perjuicio (Vid. su: *Derecho penal argentino*, Tomo IV, op. cit., pp. 325-326). De esta forma, el autor citado, en nuestra opinión desestima el valor económico que ya contiene el pagaré.

¹⁴¹ Así, MAURACH, Reinhart / SCHROEDER, Friedrich-Christian / MAIWALD, Manfred: *Strafrecht, Besonderer Teil*, Tomo I, op. cit., § 41, II, NM 123.

8. Efectos del Derecho civil en el perjuicio en forma de peligro

Aceptando el concepto del perjuicio en forma de peligro, se dan ciertas repercusiones de gran importancia en la estafa por parte de las *acciones del Derecho civil* (como las de resolución y de nulidad). Dicho de forma general, pueden tener *efectos* causantes de un perjuicio y efectos compensatorios. Ello se debe a que tienen un valor económico, debido al hecho de que para la existencia del valor económico de un derecho no sólo es importante su existencia, sino también su plausibilidad¹⁴². En este sentido, las acciones de Derecho civil constituyen *aseguramientos* en relación con la pretensión fundamental¹⁴³, y, por ello, aseguran su plausibilidad y tienen un valor económico. Además, ciertas acciones otorgan al poseedor la posibilidad de liberarse de obligaciones y, el “encontrarse libre de obligaciones” constituye una situación que tiene un valor económico reconocido¹⁴⁴. Sin embargo, las propias acciones de Derecho civil, para tener dicho valor, tienen que “existir” y ser “plausibles”. En este contexto, respecto a la verificación de la mencionada *plausibilidad* se han elaborado tres criterios en la literatura alemana¹⁴⁵:

a.- Aquél que dice que la existencia de la acción tiene que ser reconocible por criterios objetivo-individuales (criterio de reconocibilidad).

b.- Además, se afirma que tiene que darse la posibilidad de reconocer la forma en que pueda ejercerse la acción para impedir la realización de la pretensión del otro contratante. Pero, sobre todo, la misma tiene que ser demostrable fácilmente. En el “caso ideal” el mismo titular podrá, sin ninguna cooperación (por parte de la otra parte) realizar su acción (criterio de ejecutabilidad).

c.- Finalmente, además, se sostiene que la interposición de la acción tiene que ser “razonablemente exigible” al titular (criterio de exigibilidad).

Pues bien, lo que a nosotros nos interesa destacar en este lugar son, sobre todo, los mencionados *efectos compensatorios*. Las acciones de Derecho civil nunca pueden compensar un perjuicio efectivo, debido al hecho de que “tener la cosa” siempre tendrá un mayor valor que “tener derecho a ella”¹⁴⁶. Sin embargo, en el ambiente del perjuicio en forma del peligro la situación es diferente. Como en este caso nos encontramos en el ámbito de meras obligaciones y pretensiones, como noción general, parece admisible que las acciones puedan compensar un peligro, de modo que se elimina el perjuicio en sentido de la estafa. De esta manera, la

¹⁴² Cfr., por todos, TENCKHOFF, Jörg: “Eingehungs- und Erfüllungsbetrug”, op. cit., pp. 684.

¹⁴³ Así, LENCKNER, Theodor: Comentario a sentencia del máximo Tribunal de Bavaria (BayObLG), op. cit., pp. 338.

¹⁴⁴ Cfr., por todos, TRÖNDLE, Herbert / FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., § 263, NM. 60.

¹⁴⁵ Vid., por todos, TENCKHOFF, Jörg: “Eingehungs- und Erfüllungsbetrug”, op. cit., pp. 683 y 684.

¹⁴⁶ Así por todos: LACKNER, Karl: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM. 155, 202 y ss. Con múltiples referencias, cfr. LUIPOLD, Ann: *Die Bedeutung von Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- und Gewährleistungsrechten für das Schadensmerkmal des Betrugstatbestandes*, op. cit., pp. 35-36.

mayoría de la jurisprudencia y doctrina alemanas aceptan este efecto por los siguientes motivos: (a) el primero, se deriva del principio de subsidiariedad del Derecho penal. Se trata de una idea victimodogmática, es decir, si quedan para la víctima posibilidades para evitar la pérdida efectiva y final no es necesario el apoyo estatal y, por ello, no cabe aplicar el Derecho penal¹⁴⁷. Este razonamiento, por su puesto, únicamente es plausible si se aceptan los postulados generales de la victimodogmática; (b) de otro lado, el segundo se deriva del perjuicio en forma de peligro, en los términos que hemos explicado, si se puede evitar la pérdida efectiva y final por medio de acciones civiles no se podrá hablar de un perjuicio en forma de peligro¹⁴⁸. Y esto, a su vez, se deriva de los siguientes argumentos¹⁴⁹: b.1.- se puede añadir a la acción civil el valor de la pretensión de la víctima que mejora su posición económica en su conjunto; b.2.- de otro lado, la acción civil disminuye la plausibilidad a que hemos hecho referencia, y por ello, al valor de la pretensión del autor, por lo cual, el valor de la misma se ve indiscutiblemente menoscabada.

Para terminar, tenemos que apuntar que, no obstante, una acción civil no tiene un efecto compensatorio en todo caso, pues hay que atender al caso concreto que, como ya se dijo¹⁵⁰, es la regla general en el caso del perjuicio en forma de peligro. Sobre esto, entonces, lo que resultará decisivo será el valor que obtenga la acción, que se determina según los criterios mencionados Supra.

9. Breves conclusiones

Con el fin de evitar tautologías ociosas (y debido a motivos de espacio, también), nos remitimos a cada lugar en que fuimos tomando postura. Sin embargo, hay pequeñas cosas que queremos mencionar en este momento: *importa destacar que el delito de estafa es un delito de resultado material y, por tanto, el carácter lesivo de la disposición patrimonial se concreta en una disminución cuantificable del patrimonio, hecho que nadie discute*¹⁵¹.

¹⁴⁷ Por todos, cfr. LUIPOLD, Ann: *Die Bedeutung von Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- und Gewährleistungsrechten für das Schadensmerkmal des Betrugstatbestandes*, op. cit., pp. 105 y ss.

¹⁴⁸ Por todos, cfr. TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, op. cit., NM 176.

¹⁴⁹ De forma similar, vid. LENCKNER, Theodor: “Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingehungsbetrug”, op. cit., pp. 320 y ss.

¹⁵⁰ Vid., Supra núm. 6.

¹⁵¹ Sobre este tema, resulta interesante conocer una postura moderna diferente: para PASTOR MUÑOZ, el patrimonio que ampara el delito de estafa es “un poder jurídicamente reconocido del que goza el titular de una serie de bienes”, y entiende al 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”. Así, en su opinión el injusto de la estafa se explica al margen de la cuantía de la defraudación, la cual únicamente cree importante para graduar cuantitativamente el injusto. Asimismo, comenta que si bien el patrimonio tiene una base material (los bienes en cuestión), la autora afirma que el patrimonio no es una suma de bienes, sino el “poder que surge de la relación entre el titular y aquéllos” (aspecto dinámico del

No obstante, este resultado, también puede ser en *forma de peligro*, circunstancia que no transforma a la estafa en un delito de peligro. Ello resulta de forma indudable a partir de un concepto mixto jurídico-económico del patrimonio, ya que existen situaciones en las que, aunque no se haya producido ninguna alteración real y jurídica del bien económico en el ámbito del patrimonio —en su conjunto—, puede suceder que el bien (o el derecho) —como tal— se encuentre en peligro, situación que disminuye el valor del bien (o del derecho) y, por lo tanto, también el del patrimonio en su conjunto. Y en este entorno, para estimar la presencia de un perjuicio patrimonial, necesariamente debe admitirse su existencia por la mera circunstancia de contraerse una obligación, ya que, comenzando de una concepción jurídico-económica del patrimonio, que siempre tiene como partida un punto de vista económico, debe afirmarse que dicha acción tiene ya un valor económico incuestionable, ya que al patrimonio debe estimárselo en sentido amplio, es decir, como una suma de relaciones jurídico-patrimoniales que sean susceptibles de apreciación económica, donde —bajo un punto de vista económico— lo destacable no es el derecho subjetivo, sino que la “posición de dominio” que se encuentra detrás de él.

De otro lado, en lo que a la delimitación del ámbito de aplicación del perjuicio en forma de peligro se refiere, tenemos que subrayar que se tratará siempre de una *delimitación normativa* en el ámbito del concepto económico-jurídico del patrimonio.

Asimismo, el mismo siempre debe versar sobre una puesta en peligro que ya disminuye la situación patrimonial actual, y no sobre una “mera posibilidad” de futura afectación al patrimonio. Así las cosas, cuando no resulte viable determinar que el valor del patrimonio haya disminuido “materialmente”, no se podrá estimar un perjuicio en forma de peligro. Entonces, existirá un perjuicio en forma de peligro siempre y cuando en la puesta en peligro exista una puesta en marcha de un curso causal *irreversible* orientado a una pérdida patrimonial duradera.

Para terminar con este trabajo, debe decirse que en todo caso hay que tener en consideración el *caso concreto* a la hora de estimar el peligro concreto al patrimonio y, por ello, de un perjuicio en forma de peligro, que no se puede estimarse a través de una definición exhaustiva, porque existe únicamente una

patrimonio), hecho que determina —en su opinión— que el patrimonio tenga una dimensión “personal”. La autora citada matiza que la base material del patrimonio no tiene que coincidir necesariamente en bienes presentes del titular, sino que se extiende a todo aquello que sea jurídicamente susceptible de disposición (por ello se excluyen —en su concepto— de la estafa los bienes que el Derecho excluye del tráfico económico) y, por último, sostiene que los requisitos para que un bien sea base material del patrimonio son: que esté jurídicamente reconocido (por esta razón, afirma que el engañado ha de tener disponibilidad jurídica concreta sobre el bien); y, que sea fuente de poder económico (motivo por el cual estima que la pertenencia de un bien depende de la configuración del mercado en cada momento histórico y, sobre todo, de que exista alguien dispuesto a negociar sobre el mismo) (Cfr. su: *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, op. cit., pp. 79-80, y 86-87).

diferencia gradual entre una “mera” puesta en peligro del patrimonio y un perjuicio en forma de peligro.

BIBLIOGRAFIA

- ANTON ONECA, José: voz “Estafa”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Calos-E. Mascareñas (dir.), Tomo IX, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1958.
- ARZT, Gunther / WEBER, Ulrich: *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2000.
- ASUA BATARRITA, Adela: “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales [subvenciones, donaciones, gratificaciones]. La teoría de la frustración del fin”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, No. 46, 1993.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.
- BULLEMORE, Vivian / MACKINNON, John: *Curso de Derecho penal*, Tomo III, Santiago, LexisNexis, 2005.
- CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho criminal, Parte especial*, Vol. VI [traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero], Bogotá, Temis, 1987.
- CHOCLAN MONTALVO, José Antonio: *El delito de estafa*, Barcelona, Bosch, 2000.
- CRAMER, Peter: “§ 263”, en Adolf Schönke y Horst Schröder [et. al.], *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, CH Beck, 2001.
- CRAMER, Peter: *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Bad Homburg, Gehlen, 1968.
- DAVIS, Pedro: *El delito de estafa*, Memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, 1942.
- ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho penal, Parte especial*, Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- ETCHEBERRY, Alfredo: *El Derecho penal en la jurisprudencia*, Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo: *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. II, Tomo II, *I delitti contro il patrimonio*, Bologna, Zanichelli editore, 2002.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- GUTIERREZ FRANCES, M.^a Luz: *Fraude informático y estafa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.
- HEFENDEHL, Roland: *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993.
- HERNANDEZ BASUALTO, Héctor: “Aproximación a la problemática de la estafa”, en AAVV, *Problemas actuales de Derecho penal*, Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003.
- HOYER, Andreas: “§263” en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, Besonderer Teil (§§ 80 – 358)*, Neuwied, Luchterhand, agosto de 2003.
- KINDHÄUSER, Urs: *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001.
- LABATUT GLENA, Gustavo: *Derecho penal*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- LACKNER, Karl: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo VI, Berlín, De Gruyter Recht, 1988.

- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- LENCKNER, Theodor: “Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingehungsbetrug”, en *Juristische Zeitschrift*, 1971.
- LENCKNER, Theodor: comentario a sentencia del máximo Tribunal de Bavaria (BayObLG), en *Juristische Rundschau*, 1974.
- LUIPOLD, Ann: *Die Bedeutung von Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- und Gewährleistungsrechten für das Schadensmerkmal des Betrugstatbestandes*, Pfaffenweiler, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1998.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio: *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Madrid, Civitas, 1990.
- MAURACH, Reinhart / SCHROEDER, Friedrich-Christian / MAIWALD, Manfred: *Strafrecht, Besonderer Teil*, Tomo I, Heidelberg, CF Müller, 2003.
- MEYER, Dieter: “Schließt das Werkunternehmerpfandrecht beim Betrug einen Vermögensschaden aus?, Bermerkungan zu einem Urteil des BayObLG vom 17.12.1973”, en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1975.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, Reppertor, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- PEREZ MANZANO, Mercedes: “Acerca de la imputación objetiva de la estafa”, en *Jornadas en Homenaje al Profesor Tiedemann*, AAVV, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995.
- PETROPOULOS, Vasileios: *Die Berücksichtigung des Opferverhaltens beim Betrugstatbestand*, München, Herbert Utz, 2005.
- POLITOFF, Sergio / MATUS, Jean Pierre / RAMÍREZ, M^a Cecilia: *Lecciones de Derecho penal chileno*, Parte especial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal II*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.
- RENGIER, Rudolf: *Strafrecht. Besonderer Teil I. Vermögensdelikte*, München, C.H. Beck, 2005.
- RIEGGER, Ernst-Jürgen: *Die Regelung des Betrugs im iberamerikanischen Strafrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 1981.
- RIEMANN, Thomas: *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, Heidelberg, C. F. Müller, 1989.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español, Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 1991.
- RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa: “Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto del perjuicio patrimonial”, en *Poder judicial*, 39, 1995.
- ROMERO, Gladys: *Delito de estafa*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998.
- SCHMIDT, Frank-Richard: *Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrugstatbestand*, Tesis Doctoral, Universidad de Göttingen, 1970.
- SEELMANN, Kurt: “Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes”, en *Juristische Schulung*, 1982.
- SILVA SILVA, Hernán: *Las estafas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

- SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tomo IV, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1976.
- TABAREZ MAIZ, Jorge: “Análisis del delito de estafa”, en AAVV, *Estudios de la Parte especial del Derecho penal uruguayo*, Dardo Preza Restuccia [dir.], Tomo I, Montevideo, Ingranusi Ltda., 1999.
- TENCKHOFF, Jörg: “Eingehungs- und Erfüllungsbetrug”, en *Festschrift für Karl Lackner zum siebzigsten Geburtstag* (Libro Homenaje a Karl Lackner), Berlín, de Gruyter, 1987.
- TIEDEMANN, Klaus: “Vor § 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo VI, Berlín, De Gruyter Recht, 1999.
- TIEDEMANN, Klaus: “§ 263”, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo VI, Berlín, De Gruyter Recht, 1999.
- TORIO LOPEZ, Ángel: “Acción y resultado en la estafa procesal”, en AAVV, *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- TRÖNDLE, Herbert / FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, C.H. Beck, 2004.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel: *El delito de estafa*, Barcelona, Bosch, 1987.
- ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel: *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, Akal, 1988.
- ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel: “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal [consideraciones generales sobre el Título XIII del nuevo Código Penal]”, en AAVV, *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Adela Asúa Batarrita (Dir), Bilbao, Universidad del País Vasco, 1998.