

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



ESTAFA CON CAUSA ILÍCITA

MEMORIA

NOMBRE: MACKARENA DÍAZ MIRANDA.

PROFESOR GUÍA: DRA. LAURA MAYER LUX.

VALPARAÍSO, 2014.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO PRIMERO: GENERALIDADES RESPECTO DE LOS FRAUDES.....	4
1. Regulación y definición del delito	4
2. Peculiaridades de la estafa.....	4
3. Concepto y elementos de la estafa.....	5
a) El engaño.....	6
b) El error.....	9
c) La disposición patrimonial.....	10
d) El perjuicio patrimonial.....	11
e) La relación de causalidad.....	12
4. La culpabilidad.....	12
5. Tipos de fraudes en el Código Penal.....	14
6. El patrimonio como bien jurídico protegido en los fraudes.....	14
7. Concepción jurídica de patrimonio.....	16
8. Concepción económica de patrimonio.....	19
9. Concepción jurídico económica de patrimonio o mixta de patrimonio.....	23
10. Concepción personal y funcional de patrimonio.....	24
CAPÍTULO SEGUNDO: LA APLICACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA EN SUPUESTOS CON CAUSA ILÍCITA.....	27
1. Las estafas con causa ilícita en el Código Penal.....	27
1.1. Nociones de la causa ilícita.....	27
1.2. Casos de causa ilícita contemplados en el Código Penal.....	29
2. El concepto de patrimonio y de perjuicio en el Código Penal chileno.....	31
2.1. El concepto económico puro de patrimonio como excepción a la regla general.....	31
2.2. La exclusión de un concepto jurídico de patrimonio.....	32
2.3. La exclusión de un concepto personal-funcional de patrimonio.....	34
2.4. El concepto jurídico económico de patrimonio como regla general. El ánimo de lucro como concepto con un sentido económico.....	36
3. Supuestos en negocios ilícitos no regulados en el Código Penal.....	38
3.1. Algunos criterios de solución.....	39
3.2. La estafa al inmigrante ilegal.....	42
3.3. La estafa en el contexto del ejercicio de la prostitución.....	45
3.4. La estafa en negocios de tráfico ilícito.....	50
CONCLUSIONES.....	52
BIBLIOGRAFÍA.....	54

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata sobre una clase de estafa en particular, cual es la denominada “estafa con causa ilícita”, reconocida en forma excepcional en nuestro Ordenamiento Jurídico en los artículos 469 N°5 y 470 N°7 del Código Penal (en adelante, CP).

Esta figura de estafa, al igual que las demás hipótesis de estafa, debe reunir una serie de elementos para su configuración, cuales son el engaño, el error, la disposición patrimonial, el perjuicio patrimonial y la relación de causalidad entre los elementos mencionados. Pero la estafa con causa ilícita se caracteriza, particularmente, porque el acto que sirve de base al delito de estafa es, de acuerdo con las reglas generales del Derecho civil, un acto nulo.

El artículo 469 N°5 CP sanciona a los que cometieren defraudación con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que le corresponda al empleado público por atribuírsele falsamente la comisión del delito de cohecho. Con respecto a esta norma, se considera que existe causa ilícita, porque, de ser ciertas tales remuneraciones, se configuraría el tipo penal de cohecho. En consecuencia, se trata de un supuesto que se identifica con una causa prohibida por la ley, cuya sanción corresponde a la nulidad absoluta. Por su parte, el artículo 470 N°7 CP sanciona a los que en el juego de valieren de fraude para asegurar su suerte. Se trata de una figura que se suele vincular con el objeto ilícito de los juegos de azar y que, por lo mismo, también constituye un supuesto sancionado con nulidad absoluta.

Fuera de los casos regulados en el CP, es posible mencionar otros supuestos de estafa en negocios o servicios ilícitos de probable ocurrencia en la realidad cotidiana, respecto de los cuales la doctrina nacional solo discute vagamente la posibilidad de configuración de dicho delito. Dada la ausencia de una regulación expresa con respecto a tales supuestos, se discute si ellos quedarán impunes o, por el contrario, si acaso es posible sancionarlos bajo otras figuras de estafa contempladas en el CP.

Ejemplos de supuestos no regulados son el caso paradigmático del trabajador sexual, quien luego de prestar sus servicios sexuales no recibe la contraprestación acordada por parte del cliente. A éste puede agregarse el caso del inmigrante ilegal, que dada la situación irregular de residencia que tiene en un país del cual no es nacional, no denuncia ser víctima de una estafa por temor a ser expulsado del país; así como el de las estafas cometidas en el contexto del tráfico ilícito de drogas, de órganos o de personas.

En el presente trabajo, se postula que la ausencia de una regulación en dichas hipótesis no determina de antemano su impunidad, debiendo analizarse, a la luz de la naturaleza de la ilicitud de cada una de ellas y de un concepto mixto de patrimonio, si en cada caso en concreto corresponde o no sancionar bajo las demás figuras genéricas de estafa contempladas en el CP.

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES RESPECTO DE LOS FRAUDES

1. REGULACIÓN Y DEFINICIÓN DEL DELITO

Las estafas forman parte de los denominados *Delitos contra la propiedad* o *Delitos patrimoniales*, cuyo marco normativo se encuentra en el Título IX del Libro II del CP chileno, bajo el Párrafo 8 denominado “*Estafas y otros engaños*” (artículos 467 a 473). A las estafas se les denomina igualmente *defraudaciones* o *fraudes*, entendiéndose por fraude el “causar perjuicio en el patrimonio ajeno mediante engaño o incumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas”¹.

Dentro de la categoría de los delitos patrimoniales, la estafa se considera un *delito de apropiación*². La apropiación implica, en términos generales, el desplazamiento de una cosa que sale de un patrimonio y que, consecuentemente, entra a otro, producto de los medios físicos o intelectuales que ejerce el autor. Es posible definir la apropiación como el “sustraer una cosa de la esfera de resguardo de una persona, con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella”³. Se distinguen claramente dos elementos en la apropiación: un elemento material, referido a la acción misma de apoderamiento o sustracción, y uno psicológico, referido al ánimo de señor y dueño de quien sustrae⁴.

En los fraudes el medio de ejecución empleado para generar este desplazamiento patrimonial es de carácter intelectual, por lo que se considera un *delito de apropiación por medios inmateriales*⁵, que implica un “proceso reflexivo que, amén de una relativa madurez intelectual, denota ponderado discernimiento”⁶. A su vez, los medios intelectuales se identifican con el engaño y el abuso de confianza, dándose lugar a los fraudes mediante engaño (estafas) y a los fraudes por abuso de confianza.

2. PECULIARIDADES DE LA ESTAFA

Una de las características del delito de estafa, y de la cual surgen algunas de sus complejidades, es que existe una *instrumentalización de la víctima* por parte del autor, para

¹ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1997), III, p. 377.

² En contraposición a los delitos de apropiación se encuentran los delitos de destrucción, los cuales suponen un daño en la propiedad de un tercero, perjudicando a su titular, pero sin generar enriquecimiento para el autor. Integran esta clase de delitos el incendio y los estragos (artículos 474 y siguientes) y los daños (artículos 484 y siguientes).

³ETCHEBERRY, cit. (n°1), p. 296.

⁴AGUILAR ARANELA, Cristian, *Delitos patrimoniales: Apropiación por medios materiales, fraudes por engaño y por abuso de confianza* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2008), p. 33.

⁵La denominación que distingue entre delitos de apropiación por medios materiales y por medios inmateriales corresponde al criterio de distinción “medio de ejecución”. No obstante ello, es posible observar otras diferencias entre ambas clases de delitos, tales como el consentimiento de la víctima en la ejecución del delito, el bien jurídico protegido en concreto y el objeto material sobre el cual puede recaer la conducta ilícita.

⁶YUBERO CÁNEPA, Julio Alberto, *El engaño en el delito de estafa: doctrina y jurisprudencia* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica Cruz del Sur, 2010), p. 14.

que ella misma provoque el acto de disposición patrimonial. A partir de ello, KINDHÄUSER considera a la estafa como un caso de autoría mediata, según la cual, el autor no interviene directamente en la esfera jurídica de la víctima perjudicándole contra su voluntad, sino que conduce a que ella misma disminuya su patrimonio⁷. En consecuencia, la conducta debe producirse *con* la voluntad de la víctima, siendo responsable del delito quién lo ejecutó instrumentalizando a otro⁸.

En este mismo orden de ideas, dado el carácter instrumentalizador de la estafa, que supone la interacción de dos sujetos (autor y víctima), se ha considerado a la estafa como un *delito de relación*. Así, según señala CHOCLÁN MONTALVO⁹, el autor se vale de su ingenio, y la víctima debe soportar su ingenuidad, siendo el ingenio y la ingenuidad factores causales de la lesión patrimonial propia de una estafa.

En concordancia con lo anterior, son susceptibles de ser responsables del acto de disposición patrimonial tanto quién engañó como quién realizó el acto de disposición patrimonial. Se propone por un lado que el engaño es suficiente título de atribución de responsabilidad para el autor del delito si aquél es susceptible de causar error en la víctima, y por otro, que el ámbito de responsabilidad de la víctima también juega un rol importante al momento de determinar si todo error es suficiente para hacer responsable al autor, recayendo por ende la responsabilidad sobre la propia víctima¹⁰. Dicho de otra manera, corresponde determinar en qué medida el comportamiento de la víctima puede afectar la imputación del resultado a la conducta del autor¹¹.

Por lo anterior, se haría preciso delimitar los ámbitos de responsabilidad de la víctima, a través del estableciendo de las características que debe revestir el engaño y el contenido y límites del deber de autoprotección del sujeto pasivo. En este sentido, BALMACEDA HOYOS¹² señala que en la estafa se debe optar por diferentes interpretaciones: entenderla como un delito que requiere una calificación del engaño y alguna diligencia por parte de la víctima, o bien, como un delito que deba proteger a cualquier víctima.

3. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA ESTAFA

El delito de estafa no se encuentra definido en nuestro CP, siendo la doctrina la encargada de proponer un concepto sobre la base de los elementos que de su regulación se logran extraer. Tradicionalmente se proponen como elementos el error, el engaño, la disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial, los cuales se van sucediendo causalmente. Además, como un elemento subjetivo adicional al dolo, algunos autores exigen la concurrencia de

⁷KINDHÄUSER, Urs, *La estafa como autoría mediata tipificada* (traducción de Jorge Fernando Perdomo, Bogotá, Cuadernos de Conferencias y Artículos, N°28, Universidad Externado de Colombia, 2002), p. 25.

⁸PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa* (Madrid, Editorial Marcial Pons, 2004), p. 126.

⁹CHOCLÁN MONTALVO, José, *El delito de estafa* (España, Editorial Bosch, 2000), p. 21.

¹⁰PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), p. 92.

¹¹FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, *Engaño y víctima en la estafa*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVI (Valparaíso, 2005), p. 184.

¹²BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *El “engaño” en el delito de estafa*, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N°1(2010), pp. 3- 4.

ánimo de lucro. En virtud de la relación de causalidad, el *engaño* induce a *error* a la víctima, quien luego voluntariamente (en virtud de la instrumentalización de la que fue objeto) realiza un acto de *disposición patrimonial*, causando un consecuente *perjuicio* a ésta, o bien, a un tercero.

Las figuras básicas de estafa se encuentran reguladas en los artículos 468 y 473 CP. El artículo 468 CP sanciona a “el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”. Por su parte, la denominada figura residual de estafa estaría contemplada en el artículo 473 CP que sanciona a “el que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo”. Del análisis de estas normas únicamente se logran extraer, literalmente, dos elementos: el engaño y el perjuicio, siendo el error y la disposición patrimonial los elementos que permitirían imputar el engaño al perjuicio¹³.

A) EL ENGAÑO

El engaño constituye el primer elemento dentro la relación de causalidad de los distintos componentes que configuran la estafa. Se trata sin duda del elemento central de este delito, por corresponder a la conducta típica que debe ser llevada cabo por el sujeto activo. Lo anterior ha llevado a los autores a desarrollar un tratamiento doctrinal exhaustivo del engaño, ya sea en virtud de las características y condiciones que debe cumplir en cuanto a su aptitud e idoneidad para inducir a error, o por las diversas modalidades que puede revestir.

El CP no nos proporciona un concepto de engaño, sin embargo, el artículo 468 menciona algunas modalidades de engaño para defraudar, tales como *usar nombre fingido, atribuirse poder, influencia o créditos supuestos, aparentar bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios*. Ahora bien, lo prescrito en su parte final (o valiéndose de cualquier otro engaño semejante), sumado a lo que dispone la figura residual de estafa contemplada en el artículo 473, aplicable a “cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores”, no son suficientes para determinar el contenido y las diversas modalidades que puede adquirir el engaño, sino todo lo contrario. Estos dos artículos solo nos proporcionan el grado de ardid o preparación que debe revestir este elemento para ser típico y configurar el delito en estudio, pero no nos señalan qué debemos entender concretamente por “engaño”. En este punto, hay consenso en la doctrina¹⁴ y en la jurisprudencia en orden a estimar que un engaño típicamente relevante para configurar una estafa debe revestir cierta idoneidad. Por tanto, no cualquier conducta engañosa es susceptible de hacer surgir responsabilidad para el autor.

¹³Ibíd, p. 5.

¹⁴GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte especial* (3ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), IV, pp. 324-325, sostiene que la actividad realizada por el sujeto activo ha de cumplir con cierta condición mínima de idoneidad para engañar, por lo que deberían excluirse las falsedades groseras o burdas, incluidas aquellas socialmente frecuentes y corrientes.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, RAE) entiende el engaño como la “acción y efecto de engañar”, y por engañar “dar a la mentira apariencia de verdad” e “inducir a alguien a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas”.

En el contexto del delito de estafa, la doctrina ha propuesto diversos conceptos. ANTÓN ONECA describe el engaño como una “simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas”¹⁵. También se ha definido la conducta engañosa como cualquier acción u omisión que crea en otro una falsa representación de la realidad, comprendiendo tanto el hacer aparentar como real un hecho que no lo es (simulación propiamente tal) como hacer aparecer como inexistente un hecho real (disimulación)¹⁶.

En cuanto a las modalidades de engaño, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ¹⁷ señalan que la simulación y disimulación como formas tradicionales de engaño típico se superponen entre sí, y que, por ello, no pueden distinguirse bien. En este orden de ideas, dichos autores sostienen que “quien simula como verdadero un hecho que es falso, siempre está disimulando el hecho verdadero que destruiría su simulación y viceversa”. Por ello, concluyen que solo existirían tres formas de engaño distinguibles: la simulación expresa, los actos concluyentes y la omisión de quien está en la obligación de declarar la verdad.

En relación con el objeto del engaño, se afirma que éste puede recaer sobre hechos pasados o presentes, pero se discute su procedencia en relación con los hechos internos y los hechos futuros¹⁸.

Con respecto a los requisitos del engaño, éste ha de ser *antecedente*, ya que debe preceder y determinar el perjuicio patrimonial. También ha de ser *causante*, porque debe estar ligado causalmente con el perjuicio patrimonial, así como *bastante*, en el sentido de que debe ser idóneo para viciar la voluntad del sujeto pasivo¹⁹. Es este último requisito el que más discusión doctrinal promueve, originando dos directrices contrapuestas y que derivan, precisamente, de que la estafa sea un delito de relación. Primero, el engaño como causación de error, posición que se ciñe a un criterio de eficacia del engaño, donde, de mediar esta causalidad, el único responsable sería el autor. Segundo, el engaño como concepto normativo, en orden a no castigar toda inveracidad que cause el error en la víctima²⁰, lo cual exigiría un cierto grado de diligencia en el sujeto pasivo al momento de calificar el engaño como idóneo o no para inducirlo a error. Con respecto a este punto, CONTRERAS TORRES²¹ menciona que la fuerza del engaño debe considerarse en relación con la diligencia y prudencia mediana que todo padre de familia ha de tener en sus negocios.

¹⁵ANTÓN ONECA, José, *Obras* (Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, 2000), p. 70.

¹⁶AGUILAR ARANELA, cit. (nº4), p. 130.

¹⁷POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal: parte especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), pp. 424-425.

¹⁸CABRERA GUIRAO, Jorge - CONTRERAS ENOS, Marcos, *El engaño típicamente relevante a título de estafa: modelo dogmático y análisis jurisprudencial* (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009), p. 82.

¹⁹CHOCLÁN MONTALVO, cit. (nº9), pp.88-89.

²⁰PASTOR MUÑOZ, cit. (nº8), pp. 95-102.

²¹CONTRERAS TORRES, Raúl, *El delito de estafa* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1992), p. 39.

En relación con la suficiencia del engaño, CARRARA impulsa la teoría francesa de la “*mise en scène*” (o puesta en escena), la que goza de amplio reconocimiento en nuestra doctrina y jurisprudencia. Esta teoría plantea que el engaño no puede consistir en una simple mentira (o mera afirmación mendaz, como señala ETCHEBERRY²²), sino que debe revestir una determinada apariencia externa, ciñéndose, por tanto, a criterios objetivamente cuantitativos²³. En concordancia con este postulado, se señala que no estaríamos frente a una simple mentira en los siguientes casos: cuando la mentira del sujeto ha provocado una falsa representación de la realidad en la víctima, en virtud de la existencia de apariencias externas que confieren verosimilitud a lo afirmado por el que engaña; y cuando el sujeto que miente o calla se encontraba en el deber jurídico de decir la verdad o de disipar el error de la víctima²⁴. Así entonces, el engaño debe suponer una “combinación de hechos, el arreglo de estrategias, la organización de ardid”²⁵, es decir, es necesario que el sujeto activo ponga en marcha una puesta en escena que le otorgue verosimilitud al engaño.

Esta teoría, según se señala, sería aplicable a los artículos 468 y 473 CP, los cuales solo se distinguirían por el grado de preparación de la puesta en escena del autor²⁶. A su vez, ETCHEBERRY²⁷ afirma que el artículo 468 CP requiere sin dudas un “ardid o maquinación” y que “los otros engaños” del artículo 473 CP no deben llegar a constituir un ardid, pero sí deben ser algo más que una simple mentira.

Ahora bien, se critica la teoría de la *mise en scène* por considerarla demasiado formalista al momento de limitar el análisis del engaño típicamente relevante a una apariencia externa. En otras palabras, se cuestiona el limitar la configuración de la estafa a la sola constatación de una puesta en escena idónea para inducir a error²⁸, dejando así de lado otros elementos que de todas formas permitirían imputar objetivamente el daño al autor.

Por otro lado, se afirma que la exigencia de una puesta en escena limita bastante la protección frente a una estafa. Lo anterior se puede explicar a través de la máxima “la ley no protege a los tontos”, respecto de la cual se desprende que la víctima debe asumir la carga de su protección en supuestos donde no existe esta apariencia externa, la cual es, sin duda, más fácilmente perceptible que un engaño sin puesta en escena. Sobre este punto, HERNÁNDEZ BASUALTO menciona que la exigencia de una apariencia externa desprotege tendencialmente a los sectores más deprivados de la sociedad, dado que, según expone, “por el propio contexto en que desarrollan sus operaciones comerciales, son víctimas potenciales de engaños simples y poco sofisticados”²⁹.

²²ETCHEBERRY, cit. (n°1), p. 395.

²³CABRERA - CONTRERAS, cit. (n°18), p. 41.

²⁴BALMACEDA HOYOS, *El “engaño” en el delito de estafa*. cit. (n°12), p. 8.

²⁵YUBERO CÁNEPA, cit. (n°6), p. 82.

²⁶FERNÁNDEZ DÍAZ, cit. (n°11), p. 184.

²⁷ETCHEBERRY, cit. (n°1), p. 422.

²⁸FERNÁNDEZ DÍAZ, cit. (n°11), p. 185.

²⁹HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Aproximación a la problemática de la estafa*, en AA.VV., *Problemas actuales de derecho penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003), p. 163.

En contraposición a la teoría de la *mise en scène*, el criterio *objetivo-subjetivo* postula que no es correcto rechazar *a priori* una simple mentira o afirmación mendaz como causa de error, siendo preciso, en cada caso particular, tomar en consideración no solo la apariencia externa de la mentira, sino también la relación entre autor y víctima, la naturaleza del mensaje que se transmite y las circunstancias de quien recibe el mensaje³⁰.

Por último, la *teoría de la imputación objetiva* y el *engaño como infracción de un deber de veracidad*, también constituyen intentos de determinación de la suficiencia del engaño. La teoría de la imputación objetiva postula, a grandes rasgos, que la mera constatación de la relación de causalidad en los delitos de resultado es insuficiente para atribuir la responsabilidad al autor, siendo necesario, siempre presuponiendo un nexo causal entre la conducta y el resultado, considerar ciertos criterios de atribución de responsabilidad³¹⁻³². Por otro lado, el engaño como infracción de deberes de veracidad implica que este elemento, para ser considerado relevante a título de estafa, debe recaer sobre “informaciones que sean relevantes para el acto de disposición y respecto a las cuales el autor tenga un deber de veracidad”³³, siendo preciso determinar entonces, qué deberes de veracidad o deberes de información se observan en cada relación económica particular.

B) EL ERROR

El error consiste en un estado psicológico de la víctima que se manifiesta como una representación inexacta de la realidad a consecuencia del engaño. Es posible conceptualizarlo como una “desviación de la verdad, un juicio falso, el supuesto falaz de una volición, el motivo viciado de una manifestación activa de voluntad”³⁴.

Se considera que hay una íntima relación entre el engaño y el error. En este sentido, como se indicó previamente, el Diccionario de la RAE define el engaño como la “acción y efecto de engañar” (el error es el efecto de engañar). A partir de ello se afirma que el error, más que un elemento de la estafa, es un elemento implícito del engaño³⁵. En términos análogos, ETCHEBERRY³⁶ afirma que la simulación (engaño) y el error son solo dos momentos en que se desdobra el elemento engaño.

El error debe ser *producido* por el engaño, siendo atípico, por tanto, que el engaño mantenga el error que sufre la víctima y que ha sido causado al margen del comportamiento del autor. Pero se acepta excepcionalmente un caso de error antecedente, donde la falsa

³⁰ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit. (n°17), p. 428.

³¹ ROJAS, Luis Emilio, *Perjuicio patrimonial e imputación objetiva*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVII (Valparaíso, 2011), p. 426.

³² CABRERA - CONTRERAS, cit. (n°18), p. 60. Se propone en este punto que los criterios de imputación objetiva serían tres: 1) creación o incremento de un riesgo desaprobado jurídicamente; 2) la realización del riesgo en el concreto resultado, y 3) el fin de protección de la norma.

³³ PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), p. 265.

³⁴ ANTÓN ONECA, cit. (n°15), p. 91.

³⁵ YUBERO CÁNEPA, cit. (n°6), p. 79.

³⁶ ETCHEBERRY, cit. (n°1), p. 392.

representación de la realidad no se debe al comportamiento del autor, y donde éste mantiene el error o incluso lo refuerza con su actuación³⁷, teniendo el deber de despejarlo³⁸.

Se acepta como un caso de error una representación inexacta de la realidad de carácter parcial. Pero en ningún caso la ignorancia de una persona, como la falta de representación de los hechos, se asimila al error³⁹.

Por último, se sostiene que es esencial la existencia de una “mente humana errada”⁴⁰, en el sentido que solo las personas naturales pueden ser víctimas de estafa, descartándose, por ende, una defraudación a las máquinas automáticas.

C) LA DISPOSICIÓN PATRIMONIAL

Dentro de la relación de causalidad en los elementos de la estafa, la disposición patrimonial es consecuencia del error producido en la víctima y es la que genera, a su vez, un perjuicio patrimonial a la misma. CHOCLÁN MONTALVO⁴¹ la define como “todo comportamiento por el cual el titular del patrimonio, o del derecho de disposición sobre él, con la finalidad de cumplimiento de determinados fines, hace que el elemento patrimonial de que se trate salga de la esfera de dominio de su titular, entrando ilícitamente en la esfera de dominio del autor del delito”. Por su parte, SILVA SILVA⁴² destacando el carácter voluntario de la disposición patrimonial, la define como “la conducta por parte de la víctima por la cual entrega en forma libre y sin coacción una cosa mueble o inmueble, valores o bienes al autor del delito”.

En cuanto a las formas de concreción de la disposición patrimonial, se afirma que ella puede consistir en un “hacer, tolerar u omitir del engañado”⁴³. Se concluye, por tanto, que la disposición patrimonial no es equivalente a un desplazamiento patrimonial, ya que también habría disposición cuando la víctima asume por error una deuda u obligación, disminuyendo su activo, o cuando se presta gratuitamente un servicio, que normalmente debiese ser remunerado⁴⁴. Su ejecución puede ser, entonces, activa (por ejemplo, entregando dinero) o pasiva (vgr., no cobrando un crédito). Con respecto al momento de producción de la disposición patrimonial, es admisible que ella no sea inmediata al engaño, sin perjuicio que siempre deba ser consecuencia de éste, situación que se aprecia en aquellos supuestos en que el error induce a varios actos de disposición o cuando la disposición va precedida de varios actos⁴⁵.

³⁷ CHOCLÁN MONTALVO, cit. (n°9), p. 156.

³⁸ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit. (n°17), p. 432.

³⁹ ANTÓN ONECA, cit. (n°15), p. 91.

⁴⁰ BULLEMORE, Vivian - MACKINNON, John, *Curso de derecho penal. Parte especial* (2ª Edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2007), IV, p. 75.

⁴¹ CHOCLÁN MONTALVO, cit. (n°9), p. 161.

⁴² SILVA SILVA, Hernán, *Las estafas: doctrina, jurisprudencia y derecho comparado* (2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 50.

⁴³ PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), p. 172.

⁴⁴ CHOCLÁN MONTALVO, cit. (n°9), p. 161.

⁴⁵ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit. (n°17), p. 18.

En otro punto, al definir el acto de disposición patrimonial se suele incluir el perjuicio que éste genera. Sin embargo, hay autores⁴⁶ que consideran que no es correcto incluir dentro del concepto de disposición patrimonial el carácter perjudicial de la misma, y que debiese considerarse la disposición patrimonial como un acto que genera consecuencias en el patrimonio, independiente que éstas sean beneficiosas o perjudiciales.

Por último, la disposición patrimonial es un hecho material o fáctico, que no equivale a una disposición en sentido civil. Por ello, se concluye que el acto de disposición patrimonial para efectos de la estafa es más amplio que en materia civil. Se señala que “no se considera relevante si el acto de disposición es civilmente un negocio eficaz, anulable o nulo o si el disponente tiene o no capacidad negocial, sino que [se] estima suficiente cualquier comportamiento que desarrolle efectos fácticos sobre el patrimonio”⁴⁷.

Lo anterior resulta relevante para determinar la procedencia de una estafa con causa ilícita, ya que si bien la discusión en orden a determinar la configuración de ésta radica, principalmente, en la concepción de patrimonio y perjuicio que se adopte, en virtud de la relación de causalidad corresponde, primero, determinar si es posible una disposición patrimonial en este sentido, para luego analizar la efectiva producción de un perjuicio patrimonial. En consecuencia, es posible que casos de estafa con causa ilícita sean civilmente nulos, pero que, no obstante ello, el acto de disposición patrimonial de todas formas se produzca y tenga relevancia para la configuración del tipo penal de estafa.

D) EL PERJUICIO PATRIMONIAL

El perjuicio patrimonial constituye la consecuencia de la disposición patrimonial. Es posible definirlo como la “disminución del patrimonio (determinada o determinable) – siempre valorable económicamente– del engañado o de un tercero, debiendo en todo caso consistir en la realización del riesgo creado o aumentado por él”⁴⁸. De este concepto se desprende que el perjudicado no será necesariamente quien realizó el acto de disposición, sino que también puede ser un tercero titular del patrimonio perjudicado, como ocurre, por ejemplo, en la estafa procesal⁴⁹.

El perjuicio debe consistir en una disminución real y efectiva del patrimonio. Sin embargo, se postula que este resultado también puede ser en forma de peligro (no transformándose la estafa en un delito de peligro precisamente), esto es, sin existir un perjuicio real y efectivo, el bien o derecho que lo integra corre peligro, situación que disminuiría el valor del bien y, por ende, el valor del patrimonio⁵⁰. Ahora bien, es conveniente considerar el perjuicio como una disminución real y efectiva para efectos de determinar una

⁴⁶PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8) p. 173.

⁴⁷Ibíd, p. 172.

⁴⁸BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *El perjuicio en el delito de estafa*, en *Revista de derecho y ciencias penales*, N°14, Universidad San Sebastián (2010), p. 107.

⁴⁹En la estafa procesal se engaña al juez, pero una tercera persona (el condenado) sufre el perjuicio patrimonial.

⁵⁰BALMACEDA HOYOS, *El perjuicio en el delito de estafa*. cit. (n°48), p. 112.

eventual compensación con una contraprestación patrimonial equivalente⁵¹, esto porque no es posible compensar peligros de perjuicio.

Por otro lado, se discute si el perjuicio debe ser siempre económico, o si existe un perjuicio jurídico, lo cual importa para verificar una estafa en aquellos supuestos de disposición patrimonial unilateral en que la víctima no espera una contraprestación equivalente. De todas formas, se concluye que el perjuicio siempre debe ser apreciable en dinero, para así determinar el monto de lo defraudado⁵². Exigencia además relevante en un sistema como el nuestro, en que la penalidad se establece, precisamente, en atención al monto de lo defraudado (artículo 467 CP). En consecuencia, el perjuicio patrimonial podrá referirse tanto a bienes materiales como inmateriales, como también a la prestación de servicios no remunerados o a la privación de meras expectativas de derechos⁵³.

Por último, el perjuicio supone una modificación en el mundo externo y siempre deberá producirse para la consumación del delito de estafa, correspondiendo a la exigencia típica que constituye al delito de estafa como un *delito de resultado material*.

E) LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La relación de causalidad alude al vínculo consecuencial que debe existir entre todos los elementos que configuran el tipo de estafa. De esta manera, el *engaño* del autor ha de inducir a *error* a la víctima, el error ha de provocar la *disposición patrimonial* y, finalmente, la disposición patrimonial ha de causar el *perjuicio patrimonial*.

Con respecto a la relación de causalidad que ha de observarse entre estos elementos, se ha sostenido que la estafa es un *delito complejo*, dado que, a diferencia de los demás delitos de resultado, donde el vínculo de causalidad solo debe observarse entre la conducta y el resultado exigido por el tipo, en el delito de estafa este vínculo debe darse entre los cuatro elementos ya mencionados. En este mismo sentido, PIÑA ROCHEFORT sostiene que lo particular de la relación de causalidad en este delito, es que esta también se sostiene entre elementos del tipo distintos del resultado (causalidad entre engaño y error)⁵⁴, salvo que se considere que el resultado está constituido por una disposición patrimonial perjudicial determinada por error.

4. LA CULPABILIDAD

Como elemento subjetivo del tipo, el dolo supone la *voluntad* de ejecutar el delito, con *conocimiento* de los elementos objetivos del tipo y de la ilicitud de la conducta. El dolo en el delito de estafa comprende la voluntad y el conocimiento sobre todos los elementos que la configuran: el engaño, el error, la disposición patrimonial, el perjuicio patrimonial y la relación de causalidad. En palabras de YUBERO CÁNEPA⁵⁵, en la estafa “el dolo es la

⁵¹POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit. (n°17), p. 19.

⁵²ETCHEBERRY, cit. (n°1), p. 399.

⁵³BULLEMORE G - MACKINNON R, cit. (n°40), p. 76.

⁵⁴PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Fraude de Seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), p. 47.

⁵⁵YUBERO CÁNEPA, cit. (n°6), p. 59.

conciencia o voluntad de causar un perjuicio económico mediante engaño”, de manera que, según continúa, “no hay dolo si el sujeto considera como verdaderas (no engañosas) sus manifestaciones”. Por otro lado, se afirma que el dolo debe ser “antecedente o coetáneo” al engaño, por lo que el dolo “subsiguiente”, sería indiferente para la configuración del tipo de estafa⁵⁶.

ETCHEBERRY⁵⁷ señala que por la naturaleza de la estafa ésta solo se concibe con dolo directo, afirmación que se justificaría, según plantean POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, en el hecho que aquél autor solo concibe el engaño como una puesta en escena. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ afirman, sin embargo, que la ley no parece excluir el dolo eventual⁵⁸.

En cuanto al ánimo de lucro, como elemento subjetivo adicional al dolo, se afirma que de la regulación chilena no se desprende esta exigencia, tal como sí ocurriría, por ejemplo, en el Código Alemán y el Código Italiano⁵⁹. En sentido contrario, se señala que la estafa, en todo caso, supone ánimo de lucro (sea que éste beneficie al autor o a un tercero), por ser éste un elemento implícito en la voz “defraudar”⁶⁰.

5. TIPOS DE FRAUDES EN EL CÓDIGO PENAL

Las figuras contempladas en el Párrafo 8 del Título IX del Libro II son de diversa naturaleza. ETCHEBERRY⁶¹ sostiene que la expresión “*Estafa y otros engaños*” supone que la estafa es un engaño, pero que no todo engaño es estafa, siendo la estafa, por tanto, un supuesto especial de engaño. Luego señala que estos “engaños” pueden dividirse en tres grupos: los expresamente descritos (artículo 468 CP), los semejantes a los del artículo 468 CP, y los “otros engaños”, es decir, los no descritos expresamente ni semejantes a los del artículo 468 CP (artículo 473 CP).

Las figuras de estafa han sido clasificadas de diversa manera por los autores. Aquí optaremos por sistematizarlas ciéndonos al esquema propuesto por ETCHEBERRY⁶².

1. Estafa calificada por la clase de engaño (artículo 468 CP).
2. La estafa residual (artículo 473 CP).
3. Entregas fraudulentas (artículos 467 y 469 N°1 y 2 CP).
4. Supuestas remuneraciones a empleados públicos (artículo 469 N°5 CP).
5. Suscripción engañosa de documento (artículo 470 N°4 CP).
6. Celebración fraudulenta de contratos aleatorios (artículo 470 N°6 CP).
7. Fraude en el juego (artículo 470 N°7 CP).
8. Obtención de prestaciones improcedentes (artículo 470 N°8 CP)

⁵⁶BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *El delito de estafa. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2012), p. 59

⁵⁷ETCHEBERRY, cit. (n°1), p. 405.

⁵⁸POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit. (n°17), pp. 440-441.

⁵⁹ETCHEBERRY, cit. (n°1), p.402.

⁶⁰YUBERO CÁNEPA, cit. (n°6), p. 59.

⁶¹ETCHEBERRY, cit. (n°1), p. 406.

⁶²Ibíd, pp. 406-422.

6. EL PATRIMONIO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS FRAUDES

Como ya se mencionó, las estafas se encuentran reguladas en el Título IX del Libro II del CP, referido a los *crímenes y simples delitos contra la propiedad*. No obstante ello, hay consenso en afirmar que no es solo la propiedad el bien jurídico protegido en esta categoría de delitos. Se sostiene, en este sentido, que habría determinadas relaciones jurídicas que ciertos delitos de este Título lesionarían, y que no se identifican con la propiedad o, dicho de otro modo, que las prerrogativas inherentes al derecho de propiedad no bastarían para abarcar las distintas formas de perjuicios que se configuran en ciertos delitos del Título IX del Libro II del CP.

El artículo 582 del Código Civil (en adelante, CC) define la propiedad como “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”. De acá se desprende que el concepto civil de propiedad solo comprende el derecho real de dominio, y excluye otros vínculos entre cosa y titular que un concepto penal de propiedad sí comprendería, como los demás derechos reales y los créditos. En este orden de ideas, se señala que el Derecho penal atribuye a la propiedad un sentido más amplio, que incluiría “las relaciones –jurídicamente reconocidas por el sistema– que existen entre una persona y una cosa, esto es, el vínculo que une al sujeto con todos los derechos de que es titular y que sean económicamente apreciables”⁶³. Por otro lado, la Constitución Política de la República, al señalar en el artículo 19 N°24 que “La constitución asegura a todas las personas: el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”, proporciona un concepto de propiedad más amplio, pero que sigue siendo insuficiente para efectos penales.

Por lo anterior, se concluye que no es la propiedad precisamente el bien jurídico protegido por la generalidad de estos delitos, o al menos no como se entiende la propiedad para los delitos de apropiación por medios materiales (hurto, robo, etc.) en cuanto vínculo entre una cosa y su titular (dominio). Ello se debe a que este vínculo, respecto de ciertos delitos regulados en este Título, puede ser de posesión y de tenencia⁶⁴.

En relación con las defraudaciones, se afirma que lo protegido es más bien el valor que la cosa desplazada representaba en el patrimonio de la víctima, protegiéndose de esta manera el *patrimonio como universalidad jurídica*. Así mismo, se sostiene que lo tutelado no es el poder de señorío sobre la cosa misma, sino más bien el poder económico del sujeto afectado⁶⁵. A partir de ello se postula que lo protegido en los fraudes es el *patrimonio*, idea que además se refuerza por el perjuicio inherente a éstos. En este orden de ideas, CHOCLÁN MONTALVO⁶⁶ afirma que en los delitos contra la propiedad se logra observar claramente el ataque contra los elementos patrimoniales sobre los que el titular tiene una relación de dominio, con independencia que éste se vea perjudicado en su situación económica en su

⁶³OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la propiedad* (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2013), p. 34.

⁶⁴POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit. (n°17), p.5.

⁶⁵CHOCLÁN MONTALVO, cit. (n°9), p. 40.

⁶⁶Ibíd, p. 55.

conjunto; en los delitos contra el patrimonio, en cambio, se requiere un efectivo perjuicio patrimonial que atente contra dicha universalidad jurídica.

Se justifica, en este sentido, por el profesor OLIVER CALDERÓN⁶⁷, que las defraudaciones sean reguladas en el Título IX del Libro II del CP, por la proximidad que guardarían con los delitos contra la propiedad, sin que existan otras razones de fondo para aglutinar a todas estas figuras bajo un mismo Título.

En otro punto, importa también distinguir, desde una perspectiva conceptual, lo que debemos entender por patrimonio en cuanto *bien jurídico protegido* en las estafas, y por patrimonio en cuanto *objeto material* de las mismas⁶⁸. En este sentido, saber que el bien jurídico protegido es el patrimonio no nos permite precisar qué aspectos del mismo son tutelados o cuáles son los alcances de su protección. Por ello se debe determinar qué bienes y derechos forman parte del patrimonio, para así poder establecer el ámbito de protección penal del mismo.

El Derecho penal no nos ofrece una definición legal de patrimonio, siendo necesario recurrir a otras ramas del Ordenamiento Jurídico para determinar su significado. Desde una perspectiva civil es posible concebir el patrimonio como el “conjunto de derechos y obligaciones de una persona que están jurídicamente reconocidos”⁶⁹ (concepto jurídico de patrimonio). No obstante ello, se afirma que en virtud de los fines propios del Derecho penal, y descartando así la accesoriedad del Derecho penal respecto al Derecho civil, es posible que aquél elabore un concepto propio de patrimonio, procurando evitar contradicciones valorativas entre ambas ramas del Ordenamiento Jurídico⁷⁰.

Lo cierto es que no hay unanimidad en la doctrina en torno a un concepto único de patrimonio en sede penal, promoviéndose diversas concepciones que proponen distintos contenidos del mismo, aún cuando el bien jurídico protegido sea en todos los casos el mismo⁷¹. Las posturas relativas al concepto penal de patrimonio se han venido sucediendo históricamente en la doctrina, donde cada nueva postura que surge lo hace con la intención de salvar las críticas y vacíos de la anterior, y cuyo desarrollo tampoco está ajeno a la relación histórica entre el Derecho penal y el Derecho civil. Así, se nos presentan el “*concepto jurídico de patrimonio*” y el “*concepto económico de patrimonio*” como dos postulados extremos y contrapuestos; el “*concepto jurídico-económico de patrimonio*” como una posición intermedia o mixta entre las anteriores, y, más modernamente, el “*concepto funcional o personal de patrimonio*”.

También, hay quienes han planteado que la estafa es un delito pluriofensivo, que tutelaría, además del patrimonio, *la buena fe en el tráfico jurídico*, porque las diversas modalidades de defraudaciones pueden provocar una desconfianza general por parte de la comunidad en sus

⁶⁷ OLIVER CALDERÓN, cit. (n°63), p. 35.

⁶⁸ CHOCLÁN MONTALVO, cit. (n°9), p. 56.

⁶⁹ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit. (n°17), p. 5.

⁷⁰ PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), pp. 57-64.

⁷¹ GALLEGU SOLER, José Ignacio, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002), pp.103-104.

relaciones jurídicas patrimoniales. Entendiéndose, por tanto, que la estafa protege el patrimonio y “el mantenimiento de la verdad y de la lealtad y buena fe en el tráfico”⁷².

Asimismo, hay quienes discuten que el bien jurídico protegido por la estafa sea efectivamente el patrimonio, –como por ejemplo KINDHÄUSER–, y afirman que se trata de un delito que atenta contra la *libertad de disposición*, y en el que a través de dicha lesión, se daña el patrimonio⁷³.

Ahora bien, optar por uno u otro bien jurídico, trae distintas consecuencias en el campo de la configuración del delito. En opinión de PASTOR MUÑOZ⁷⁴, primero, si se considera a la estafa como un delito contra el patrimonio, debe exigirse, para su configuración, el *engaño* (que permite imputar el perjuicio al autor) y un efectivo *perjuicio patrimonial*, siendo intrascendente para estos efectos la afectación de la libertad de disposición de la víctima. Segundo, si se opta por considerar a la estafa como un delito contra la libertad de disposición, lo importante será determinar la sustitución ilegítima que sufrió la víctima en su decisión de disposición y no las consecuencias (sean perjudiciales o no) que deriven de ésta. Finalmente, se concluye por la autora que si bien en la práctica se lesiona la libertad de la víctima, ello no es relevante para efectos de la estafa, tratándose sin dudas de un delito que protege directamente el patrimonio.

7. CONCEPCIÓN JURÍDICA DE PATRIMONIO

7.1. ORIGEN Y EXPONENTES

Desde una perspectiva histórica, la Teoría jurídica del patrimonio corresponde al primer planteamiento que determina cuando se produce un efectivo perjuicio patrimonial para efectos de la verificación de una estafa, constituyéndose, así, en el punto de inicio de la discusión doctrinal en torno al concepto de patrimonio en esta materia.

Esta teoría surge en Alemania a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, siendo defendida por BINDING. Posteriormente, y luego de contar con la aceptación por parte de cierta doctrina y de la jurisprudencia alemana, esta última la abandona en forma definitiva con la sentencia RGSt 44, 230 (14 de diciembre de 1910) dictada por el Tribunal del Imperio Alemán⁷⁵, para ceñirse a un concepto económico de patrimonio.

7.2. POSTULADOS

La Teoría jurídica del patrimonio tiene como presupuesto una concepción del Derecho penal como un derecho accesorio y sancionador respecto de otras ramas del Ordenamiento Jurídico, principalmente el Derecho civil. De esta manera, este postulado respeta plenamente el Principio de Unidad del Ordenamiento Jurídico y evita las contradicciones normativas entre ambas ramas del Derecho. En virtud de este carácter accesorio y sancionador, BINDING,

⁷²CHOCLÁN MONTALVO, cit. (n°9), pp. 64-65.

⁷³Ibíd, p. 66.

⁷⁴PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), pp. 49-55.

⁷⁵GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p. 128.

principal exponente de esta Teoría, distingue entre “la norma” y “la ley penal”. La norma tendría un carácter imperativo primario y autónomo y la ley penal no, estableciéndose esta última solo como consecuencia de la infracción de la norma que ya consagraba *a priori* un derecho o una obligación⁷⁶. Lo anterior igualmente justifica que si el Derecho penal tiene un carácter meramente sancionador –en este caso, de las conductas que lesionan el patrimonio–, él se ciña a la noción de patrimonio contemplada en la rama del Ordenamiento Jurídico a la que corresponde la norma infringida, adoptando, en consecuencia, una noción civilista de patrimonio.

El mencionado autor define la estafa como “la lesión dolosamente antijurídica de derechos patrimoniales ajenos a través del engaño del titular del patrimonio con la intención de obtener, para el autor o para un tercero, un enriquecimiento antijurídico”⁷⁷. Además, entiende el patrimonio de la persona como “la suma de todos sus derechos y deberes patrimoniales reconocidos por el derecho privado (...) o incluso por el derecho público”⁷⁸. De esta forma, una concepción jurídica de patrimonio supone que los derechos subjetivos reconocidos por el Derecho civil son los únicos susceptibles de ser lesionados para la configuración de una estafa, lo cual queda manifestado claramente en la frase del mismo Binding: “Donde no hay derecho alguno, no puede haber estafa”⁷⁹. Ahora bien, otro tema será determinar qué se debe entender por derecho subjetivo en el ámbito del Derecho civil, concepto que, según afirma GALLEGO SOLER⁸⁰, también ha estado en permanente evolución en el Derecho privado, y que, por lo mismo, es difícil de precisar.

Lo particular de esta Teoría, es que se considera como integrante del patrimonio, no el objeto de un derecho o una obligación, sino el derecho que se tiene sobre ese objeto⁸¹ (derecho de propiedad), lo cual permitiría identificar prácticamente los conceptos de patrimonio y de propiedad⁸². Así, se afirma que la propiedad, al ser un derecho patrimonial subjetivo, forma parte del patrimonio. Por tanto, la lesión al derecho de propiedad ya supone un perjuicio, aun cuando la cosa sobre la cual recaiga ese derecho solo tenga un valor sentimental o de afección⁸³.

Esta concepción supone considerar los derechos y obligaciones reconocidos jurídicamente como un inventario de los bienes que integran el patrimonio⁸⁴. En este orden de ideas, formarían parte del mismo incluso bienes carentes de valor económico, estableciéndose así importantes consecuencias en materia de perjuicios, los que abarcarían

⁷⁶BINDING, cit. por GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p. 111.

⁷⁷BINDING, cit. por PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), p. 32.

⁷⁸BINDING, cit. por GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p. 113.

⁷⁹SCHLACK MUÑOZ, Andrés, *El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, N°2 (2008), p. 263.

⁸⁰GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p.123.

⁸¹KINDHÄUSER, Urs, *Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal*, en *Anuario de derecho penal económico y de la empresa* (2011), p. 53. Disponible en: <http://www.adpeonline.com/anuario2011/anuario_pdf/51-58/51-58.pdf> [fecha de la consulta: 5 de junio de 2014].

⁸²PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), p. 32.

⁸³GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p. 114.

⁸⁴Ibíd.

hasta la lesión de un derecho carente de unidad de valor o supuestos que no generen un menoscabo⁸⁵.

En este sentido, para BINDING el perjuicio también se concibe jurídicamente y lo define como “la pérdida de un derecho subjetivo o la adquisición de un deber sin recibir a cambio el equivalente pactado”⁸⁶. Así, el perjuicio existirá cuando el titular del patrimonio no reciba lo que en derecho le corresponda, lo cual se determinará a la luz del incumplimiento de las obligaciones en sede civil (Principio de la identidad del pago del artículo 1569 CC chileno⁸⁷). MERKEL, más adelante, introducirá criterios económicos a la concepción jurídica de patrimonio, al afirmar que para la producción de un perjuicio no basta la lesión a un derecho patrimonial subjetivo, sino que se requiere que ésta también conlleve una pérdida material⁸⁸.

En consecuencia, de acuerdo con la Teoría jurídica, son elementos integrantes del patrimonio: a) los derechos subjetivos que recaen sobre las cosas (no la cosa corporal sobre la cual se tiene el derecho), independiente que éstas tengan o no valor económico; b) los derechos de crédito que se tengan frente a obligados que pueden pagar. En cambio, no formarían parte del patrimonio: las expectativas de derechos; los negocios con objeto o causa ilícita (por cuanto no hay un derecho subjetivo reconocido por el Derecho civil); la tenencia de objetos que no pueden ser reconducidos a un derecho subjetivo (detentador antijurídico, mero tenedor y poseedor)⁸⁹; los derechos nulos; la fuerza del trabajo; los valores económicos como el secreto industrial, y la “clientela”⁹⁰.

7.3. CRÍTICAS

En primer lugar, se critica que la concepción jurídica de patrimonio otorga una protección *muy amplia* y a la vez *muy restringida*⁹¹ al mismo. Se consideraría muy amplia, por tutelar en ciertos casos derechos sin valor económico, basándose en la tutela plena del derecho subjetivo patrimonial de la propiedad. En este sentido, se afirma que “aceptar que en todo caso la propiedad comporta un valor económico sin realizar ningún tipo de precisión ni distingo acerca del objeto sobre el que recae, es una premisa que el sistema económico no parece aceptar”⁹². Además, en relación con esta protección muy amplia, de aceptarse una concepción jurídica de patrimonio, se dificultaría establecer la penalidad de la estafa según el monto de lo defraudado⁹³. Por tanto, en aquellos supuestos de estafas que recaigan sobre derechos con valor solo afectivo, no sería posible establecer objetivamente una pena.

⁸⁵SCHLACK MUÑOZ, cit. (n°79), p. 266.

⁸⁶BINDING, cit. por PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), p. 32.

⁸⁷“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes. El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”.

⁸⁸MERKEL, cit. por PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), p. 34.

⁸⁹SCHLACK MUÑOZ, cit. (n°79), p. 264

⁹⁰GALLEGO SOLER, cit. (n°71), pp. 116-117.

⁹¹Ibíd, p. 267.

⁹²Ibíd, p. 119.

⁹³SCHLACK MUÑOZ, cit. (n°79), p. 268.

De otro lado, la Teoría jurídica se considera demasiado restringida, por cuanto no satisface todas las exigencias del tráfico jurídico⁹⁴, dejando en desamparo, desde el punto de vista del Derecho penal, situaciones fácticas de gran ocurrencia y relevancia, como las expectativas y la posesión.

Segundo, dado que no se considera el patrimonio como unidad de valor, sino como un conjunto de derechos subjetivos, se descarta una compensación entre lo disminuido por el acto de disposición patrimonial y una eventual contraprestación a ésta. Ello se debe a que aún cuándo exista un equivalente económico entre ambas, seguirá existiendo un perjuicio económico. Se afirma, de esta forma, que “sería imposible compensar de alguna manera la lesión a un derecho subjetivo”⁹⁵.

Tercero, dado que no se considera al patrimonio como una unidad de valor, es que no sería posible graduar la pena de la estafa en atención al monto de lo defraudado⁹⁶.

Cuarto, ya que para este postulado la puesta en peligro del patrimonio no altera la situación jurídica, es que se rechaza la existencia de un perjuicio patrimonial en tales supuestos⁹⁷.

Y quinto, la verificación del perjuicio patrimonial dependería en gran medida de la voluntad del titular del patrimonio, subjetivizándose, de esta forma, el concepto de patrimonio (o de perjuicio), toda vez que podría aceptarse una contraprestación diversa a la pactada, excluyendo con ello el perjuicio patrimonial⁹⁸.

8. CONCEPCIÓN ECONÓMICA DE PATRIMONIO

8.1. *ORIGEN Y EXPONENTES*

Dados los inconvenientes de la Teoría jurídica de patrimonio, los cuales pueden reducirse, básicamente, a su carácter civilista y, por ende, restringido del patrimonio, así como a su falta de adaptabilidad a las necesidades del tráfico económico, es que surge, igualmente en Alemania, la concepción económica del patrimonio.

El cambio de una concepción jurídica a una económica en la jurisprudencia alemana se atribuye a dos sentencias emanadas del Plenario en lo Penal del Tribunal del Reich. En la primera de ellas, RGSt16, 1 (20 de abril de 1887), se acoge la aplicación del principio de compensación (negado por la concepción jurídica), admitiéndose así una contraprestación a favor de la víctima, y agregándose, además, que de la compensación de esta contraprestación con la disposición patrimonial se determinará el efectivo perjuicio patrimonial. Por su parte, en la segunda de ellas, RGSt 44,230 (14 de diciembre de 1910), se falla a propósito de la

⁹⁴Ibíd, p. 267.

⁹⁵Ibíd, p. 266.

⁹⁶GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p. 122.

⁹⁷SCHLACK MUÑOZ, cit. (n°79), p. 267.

⁹⁸Ibíd, p. 269.

venta de unos polvos abortivos (que resultaron ser inocuos), vendidos por un precio sobre el valor de mercado de lo que en realidad valían, que era procedente la configuración del perjuicio patrimonial aún cuando las víctimas hubieran conocido la naturaleza ilícita de la venta⁹⁹.

En cuanto a sus exponentes es posible señalar a DREHER, TRÖNDLE y KREY, entre otros.

8.2. *POSTULADOS*

No hay un planteamiento único como concepción económica del patrimonio. Así, se logran constatar diversos postulados que, sin embargo, tiene en común su alejamiento de una concepción civilista del patrimonio. La concepción económica del patrimonio postula que los derechos subjetivos reconocidos por el Ordenamiento Jurídico no serían las únicas realidades protegidas, sosteniéndose, por el contrario, la pertenencia a éste de todos los bienes con un valor económico y cuyo “efectivo valor se decide a partir de parámetros únicamente materiales o económicos, sin considerar su naturaleza jurídica ni limitarse por parámetros jurídicos”¹⁰⁰.

Se han presentado diversos conceptos sobre lo que debe entenderse por patrimonio desde un punto de vista económico. Se señala que el patrimonio es “la suma de los bienes con valor dinerario de una persona” (DREHER, TRÖNDLE), o bien, “la totalidad de los bienes pertenecientes a una persona, sin que sea relevante el que dichos bienes le pertenezcan conforme a derecho o tengan reconocimiento jurídico” (KREY)¹⁰¹. En definitiva, de dichos conceptos se desprende que el patrimonio está integrado por bienes con valor patrimonial (con valor económico), todos los cuales son susceptibles de protección jurídica, no limitándose la tutela a los derechos subjetivos reconocidos por el Ordenamiento Jurídico, sino que extendiéndose ésta a valores adquiridos en negocios o servicios ilícitos o inmorales. En este mismo sentido, se afirma que “no hay patrimonio que no esté protegido en contra de estafa”¹⁰², aforismo que, en todo caso, a juicio de GALLEGO SOLER¹⁰³, no señala el contenido concreto del patrimonio, no gozando, por ende, de virtualidad interpretativa.

En relación con el perjuicio patrimonial, concebir el patrimonio como unidad de valor apreciable económicamente supone tener por verificado el perjuicio siempre que dicho valor disminuya. En cuanto a su forma de determinación, aquél corresponderá a la “diferencia negativa entre el valor del patrimonio antes y después de la disposición patrimonial de la víctima”¹⁰⁴, siendo plenamente aplicable el principio de compensación en su establecimiento. Por último, la determinación del perjuicio de una forma objetiva, esto es, en atención al valor económico del patrimonio antes y después de la disposición patrimonial, conlleva rechazar las apreciaciones personales del titular¹⁰⁵ y cualquier otro subjetivismo en su determinación.

⁹⁹Ibíd, p. 270.

¹⁰⁰GALLEGO SOLER, cit. (nº71), p. 126.

¹⁰¹SCHLACK MUÑOZ, cit. (nº79), p. 269.

¹⁰²Ibíd, p. 271.

¹⁰³GALLEGO SOLER, cit. (nº71), p. 131.

¹⁰⁴SCHLACK MUÑOZ, cit. (nº79), p. 275.

¹⁰⁵Ibíd, p. 277.

De acuerdo con la teoría económica, forman parte del patrimonio: los derechos subjetivos patrimoniales con contenido económico o dinerario, tales como: la propiedad, los derechos de crédito, el derecho real de prenda, etc. (excluyéndose, por tanto, los derechos subjetivos patrimoniales con mero valor de afección o sentimental); las posesiones fácticas valiosas económicamente (la mera inscripción en los libros de comercio, la posesión e incluso la posesión de mala fe para las posturas más extremas); las pretensiones nulas que desde un punto de vista fáctico son posibles en su cumplimiento; las obligaciones naturales que, pese a no ser exigibles, tienen un valor económico; los bienes jurídicos materiales susceptibles de tráfico, que no sean jurídicamente reprobados (como el crédito o los secretos laborales); los “bienes jurídicos ideales”¹⁰⁶ relacionados con una empresa industrial; las expectativas¹⁰⁷; la clientela (cuando tenga un cierto grado de consolidación o de estabilidad¹⁰⁸ o cuando aparezca reconocida en un contrato¹⁰⁹); la fuerza del trabajo, la capacidad para el trabajo y la posibilidad de su utilización económica (ya que el trabajo sería el medio más importante de adquisición patrimonial)¹¹⁰.

Aunque con ciertos matices en la doctrina, también formarían parte del patrimonio los negocios o servicios ilícitos o inmorales, es decir, supuestos contrarios a las leyes, el orden público o las buenas costumbres, siempre que la prestación tenga un valor económico. En consecuencia, sería posible hablar de perjuicio patrimonial para efectos de una estafa en los siguientes supuestos: a) respecto de la persona que ejerce la prostitución y que luego de haber prestado el servicio sexual no recibe la contraprestación acordada previamente; b) respecto del inmigrante ilegal que dada su situación frágil de residencia no denuncia ser víctima de una estafa; c) respecto del sujeto que participa en un negocio de tráfico ilícito de drogas, tráfico de personas o tráfico de órganos, y que luego de realizar la prestación económica se percata que lo recibido no era lo acordado; d) respecto del sicario que cumple el encargo de matar a un tercero y que no recibe la contraprestación acordada.

8.3. CRÍTICAS

En primer lugar, se critica la elaboración de un concepto de patrimonio que acuda a criterios estrictamente económicos y que descarte criterios normativos para precisar determinados aspectos que los criterios económicos no pueden salvar. En este sentido, según una concepción económica, el patrimonio lo integran todos los bienes de una persona que tengan valor económico. Sin embargo, determinar la pertenencia o adjudicación de un bien al patrimonio de una persona concreta es algo que le corresponde al Derecho civil, concluyéndose, por ende, que solo los bienes que se identifican con posiciones jurídicas integrarían el patrimonio¹¹¹. Ahora bien, la solución anterior solo nos remitiría a una concepción jurídica de patrimonio, lo cual no aporta una nueva solución, siendo necesario

¹⁰⁶GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p. 134.

¹⁰⁷Ibíd, p. 135. En lo referente a las expectativas, se aprecia una evolución en la jurisprudencia: en un primer momento, éstas solo eran admisibles cuando había seguridad de beneficio; luego, bastaba la mera probabilidad de las mismas. Así las esperanzas, posibilidades y las expectativas generales e indeterminadas no formarían parte del patrimonio.

¹⁰⁸SCHLACK MUÑOZ, cit. (n°79), p. 272.

¹⁰⁹GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p. 135.

¹¹⁰SCHLACK MUÑOZ, cit. (n°79), p. 273.

¹¹¹CHOCLAN MONTALVO, cit. (n°9), p. 58.

establecer otra clase de criterios que permitan determinar los bienes que pertenecen al patrimonio.

Segundo, se critica la *protección excesivamente amplia* que otorga una concepción económica del patrimonio, ya que ésta no solo se extiende a situaciones fácticas no reconocidas jurídicamente, sino que también a otras realidades que tienen lugar en negocios o servicios ilícitos. En este sentido, hay una serie de supuestos ilícitos respecto de los cuales siempre existirá un perjuicio patrimonial a la luz de una concepción económica de patrimonio. No obstante ello, se sostiene que es importante analizar cada supuesto en particular y realizar distinciones entre estos casos, para así evitar contradicciones valorativas entre el Derecho penal y la rama del Ordenamiento Jurídico que sancione expresamente la conducta en cuestión.

Tercero, se critica que la valoración del perjuicio se haga solamente en atención al valor comercial de los bienes o posiciones que integran el patrimonio (criterio objetivo), prescindiendo absolutamente de la valoración que haga de éstos su titular, e ignorando con ello las circunstancias de cada caso¹¹².

Cuarto, en relación con el mecanismo de determinación del perjuicio patrimonial, el cual radica básicamente en la compensación, KINDHÄUSER¹¹³ afirma que sumar el valor de todos los objetos patrimoniales de una persona para establecer el valor global del patrimonio es “impracticable y absurdo”. A su juicio, como el valor económico se determina en atención a la oferta y la demanda del mercado, las cuales nunca serán constantes, esta teoría termina complejizando en exceso la determinación del perjuicio.

Y quinto, se critica la dificultad de determinar el perjuicio en los casos de disposiciones patrimoniales unilaterales (como las donaciones)¹¹⁴. La realidad es que en estos supuestos se debe abandonar una concepción económica de patrimonio, dada la imposibilidad de calcular un perjuicio sobre la base de un valor económico, y se opta por las llamadas “Teorías de frustración del fin”. Según ellas, el perjuicio corresponde a la frustración del fin perseguido. En el caso de la donación, por ejemplo, se le atribuye un valor al fin perseguido, el que puede ser social¹¹⁵, caritativo, o de otra índole, y a los cuales se les reconoce un valor para efectos de la producción de un perjuicio cuando los fondos donados no fueren destinados al fin deseado por el donante.

¹¹²GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p. 145.

¹¹³KINDHÄUSER, cit. (n°81), pp. 54-55.

¹¹⁴ASÚA BATARRITA, Adela, *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones y gratificaciones). La teoría de la frustración del fin* (1993), pp. 95-96. Disponible en <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46430.pdf>> [fecha de la consulta: 5 de junio de 2014]. En las disposiciones patrimoniales unilaterales no hay un engaño sobre el perjuicio patrimonial en sí, sino que quien engaña miente sobre la finalidad de lo donado, hecho que no sería una contraprestación económica equivalente para el patrimonio del donante a efectos de una compensación.

¹¹⁵KINDHÄUSER, cit. (n°81), p. 57.

9. CONCEPCIÓN JURÍDICO ECONÓMICA O MIXTA DE PATRIMONIO

9.1. ORIGEN Y EXPONENTES

Las concepciones mixtas del patrimonio surgen dadas las contradicciones valorativas que se generaban producto de la aplicación de una concepción económica pura de patrimonio. En este contexto, se hizo necesaria la introducción de criterios normativos que limitaran la protección penal, respetándose así el Principio de Unidad del Ordenamiento Jurídico.

Esta concepción es dominante hoy en Alemania y algunos de sus exponentes son WELZEL, CRAMER, GÖSSEL, KOLRAUSCH, LANGE, entre otros.

9.2. POSTULADOS

Las concepciones jurídico-económicas o mixtas del patrimonio son muy diversas en cuanto al criterio normativo al que se ciñen para limitar la protección desmedida que trae aparejada la aplicación de una concepción económica pura del patrimonio. No obstante ello, todas tienen en común su identificación con un concepto económico de patrimonio, el cual estaría integrado por las posiciones o bienes avaluables económicamente. De esta forma, todas las teorías mixtas parten de una concepción económica, pero se limitan por criterios jurídicos distintos. Siguiendo a GALLEGO SOLER¹¹⁶ es posible exponer las siguientes corrientes:

- 1) El patrimonio jurídicamente protegido está integrado por las posiciones con valor económico que se identifican con un *derecho subjetivo patrimonial*.
- 2) El patrimonio jurídicamente protegido está integrado por las posiciones con valor económico que gozan de *protección del Ordenamiento Jurídico*.
- 3) El patrimonio jurídicamente protegido está integrado por las posiciones con valor económico que cuentan con *reconocimiento jurídico*.
- 4) El patrimonio jurídicamente protegido está integrado por las posiciones con valor económico que cuentan con *aprobación jurídica*.
- 5) El patrimonio jurídicamente protegido está integrado por las posiciones con valor económico que *no estén desaprobadas por el Ordenamiento Jurídico*.

Estos criterios normativos, en uno u otro sentido, buscan contribuir al Principio de Unidad del Ordenamiento Jurídico, a través de ciertos límites que usan como parámetro al Derecho privado. En este orden de ideas, es posible distinguir tres posiciones, de las cuales se desprenden distintas consecuencias, especialmente en el ámbito de los negocios o servicios ilícitos. Estas son:

Posición que identifica el patrimonio con los derechos subjetivos, en tanto éstos tengan un valor económico. Esta postura se identifica con la Teoría jurídica del patrimonio, por tanto, se le critica igualmente la estricta protección que ofrece al excluir posiciones fácticas de gran ocurrencia en el tráfico económico. Se protegerían de esta manera los créditos, los

¹¹⁶ GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p. 166.

derechos reales, y eventualmente los derechos de familia¹¹⁷ con un contenido económico, y se excluirán, por tanto, las expectativas, las pretensiones nulas¹¹⁸ y la posesión. En relación con el valor económico, éste se identificaría más bien con un valor de utilidad (“poder de compra”¹¹⁹).

Posición que identifica el patrimonio con un reconocimiento, aprobación o protección por parte del Ordenamiento Jurídico. WELZEL define el patrimonio como la “suma de todos los valores económicos que tiene alguien bajo la protección del Ordenamiento Jurídico”¹²⁰. Para esta posición se protegen no solo los derechos subjetivos expresamente reconocidos, sino también las realidades con un contenido económico que están jurídicamente protegidas. Se tutelarán, por tanto, la posesión de buena fe y que proceda de justo título (solo se entenderá excluida su protección respecto de la obtenida de mala fe o de un modo delictivo¹²¹); las expectativas contenidas en una pretensión jurídica respecto de las cuales se puede esperar con probabilidad un aumento patrimonial; las expectativas fácticas respecto de las cuales igualmente exista probabilidad de aumento patrimonial; la fuerza del trabajo siempre que ésta no tenga finalidades prohibidas o contrarias al orden público o la moral¹²²; entre otras posiciones.

Patrimonio integrado por posiciones que no estén, al menos, desaprobadas por el Ordenamiento Jurídico. Esta posición postula que el Ordenamiento Jurídico en su conjunto no debe desaprobado tales posiciones, por lo que bastaría, por ejemplo, un supuesto de nulidad en sede civil para que el Derecho penal sancionara la relación por considerarse antijurídica¹²³, y siendo improcedente, por tanto, una estafa en el caso concreto. De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que una estafa en el contexto de los actos contrarios a la ley, las buenas costumbres o la moral (artículo 1467 CC) es improcedente, dado que dichos supuestos de causa ilícita se identifican con una causal de la sanción nulidad absoluta (artículo 1683 CC).

10. CONCEPCIÓN PERSONAL Y FUNCIONAL DE PATRIMONIO

10.1. ORIGEN Y EXPONENTES

Los inconvenientes de las concepciones jurídicas y económicas del patrimonio se intentaron superar no solo a través de las concepciones mixtas, sino que también a través de las concepciones personales y funcionales del patrimonio. Estas se basan en un presupuesto completamente nuevo a los ya descritos, cual es el libre desarrollo de la persona en el ámbito económico.

¹¹⁷ Como los derechos hereditarios o el derecho de alimentos que se tiene respecto a ciertas personas.

¹¹⁸ SCHLACK MUÑOZ, cit. (nº79), p. 280.

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ WELZEL, cit. por GALLEGOS SOLER, cit. (nº71), p. 151.

¹²¹ SCHLACK MUÑOZ, cit. (nº79), p. 280.

¹²² GALLEGOS SOLER, cit. (nº71), p. 164.

¹²³ *Ibíd.*, p. 168.

Con respecto a las concepciones personales, BOCKELMAN y HARDWING son considerados los precursores, mientras que OTTO es considerado su máximo exponente actual. En relación con las concepciones funcionales, WEIDEMANN y MOHRBOTTER son algunos de sus exponentes.

10.2. POSTULADOS

Estas teorías, más allá de su distinta denominación, coinciden en concebir el patrimonio como el “fundamento del desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad”¹²⁴ o como la “unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito material”¹²⁵. Se estima que el patrimonio es la herramienta que garantiza y permite a los sujetos desarrollarse en el ámbito económico.

Se sostiene que el libre desarrollo de la personalidad comprende la posibilidad de tratar con objetos, pero que los objetos económicamente relevantes no se reducen a los objetos con valor pecuniario, sino que también han de incluirse objetos relevantes en función de su valor de uso¹²⁶. De ahí que sea más apropiado hablar de “valor de uso”¹²⁷ del patrimonio para los fines del titular.

Estas concepciones llaman a poner especial atención a los fines que busca el titular a través de su patrimonio, más que al valor económico de éste o a su disminución económica. Lo anterior trae como consecuencia la personalización del concepto de perjuicio, ya que éste se va condicionando a la finalidad que se busca con una determinada disposición patrimonial. En consecuencia, se concibe el perjuicio como “la pérdida de poder jurídicamente reconocido que se constata tras comparar la pretensión intersubjetivamente relevante de la víctima con la prestación efectivamente recibida”¹²⁸.

La denominación *funcional* apunta a la función del patrimonio, que sería la satisfacción de necesidades humanas. De acuerdo con estas tesis, la frustración de aquellas funciones patrimoniales supondrá un perjuicio patrimonial. La denominación *personal* implica que a través del patrimonio la persona se desarrolla en el ámbito económico, por lo que podría considerarse que el patrimonio es el “poder”¹²⁹ que surge entre el titular y los bienes que integran su patrimonio.

Una de las consecuencias de la adopción de una concepción personal-funcional del patrimonio sería pasar a considerar a la estafa, además de un delito contra el patrimonio, un delito contra la libertad de disposición. Por otro lado, estas concepciones también permiten la configuración de un perjuicio en las disposiciones patrimoniales unilaterales¹³⁰, ya que el

¹²⁴GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p. 177.

¹²⁵PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), p. 45.

¹²⁶ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Autotulela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009), p. 116.

¹²⁷Ibíd, p. 3.

¹²⁸PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), p. 86.

¹²⁹PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), p. 79.

¹³⁰CHOCLÁN MONTALVO, cit. (n°9), p. 60.

perjuicio se determinará en atención a la finalidad concreta de quien vio disminuido su patrimonio (Teorías de la frustración del fin).

10.3. CRÍTICAS

Se critica básicamente el excesivo subjetivismo en la valoración del perjuicio patrimonial. Esto, porque se entrega la determinación del perjuicio al propio titular del patrimonio, en atención a la frustración de los fines que persigue con este. Ahora bien, se responde a esta crítica señalando que ciertos criterios objetivos establecerían los parámetros de determinación del perjuicio y que, por lo mismo, tener en consideración al titular del patrimonio no supone, necesariamente, hablar de subjetivismo¹³¹.

En este sentido, algunos exponentes de estas tesis tienden a matizar la subjetivización del perjuicio, afirmando que éste no se identificaría con cualquier fin subjetivo del titular, sino que con los fines económicos que este persigue con su patrimonio¹³², lo que es igualmente cuestionable, ya que la determinación del fin económico depende igualmente de la apreciación subjetiva del titular del patrimonio. En consecuencia, una propuesta de determinación económica del perjuicio se aleja de la protección cabal de los fines personales perseguidos que estas concepciones defienden, ya que en aquellos casos respecto de los cuales no se aprecie un fin económico, no existirá un perjuicio patrimonial para efectos de una estafa.

Por otro lado, es posible criticar una concepción personal del patrimonio en el sentido que no precisa qué sucede con aquellos elementos integrantes del patrimonio respecto de los cuales se discute su protección penal¹³³. En consecuencia, de ceñirnos a los postulados de esta tesis, según los cuales, la importancia del patrimonio radica en el desenvolvimiento económico que éste le confiere a su titular, habría que concluir que el patrimonio puede estar integrado por elementos relacionados con conductas expresamente reprobadas por el Ordenamiento Jurídico, como, por ejemplo, la prestación obtenida por actuar como sicario o las ganancias reportadas por haber intervenido en un negocio de tráfico ilícito de drogas.

¹³¹PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), p. 46.

¹³²OTTO cit. por HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el Derecho Penal chileno*, en *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del derecho penal*, en IV Jornadas Nacionales de derecho penal y ciencias penales (Valdivia, Editorial Legal Publishing, 2007), p. 206.

¹³³FERNANDES GODINHO, Inês - MAYER LUX, Laura, *A burla como crime contraopatrimónio: superação de uma tautologia*, en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 21, N°2 (2011), p. 249.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA APLICACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA EN SUPUESTOS CON CAUSA ILÍCITA

1. LAS ESTAFAS CON CAUSA ILÍCITA EN EL CÓDIGO PENAL

Es posible distinguir diversas clases de fraudes mediante engaño en la regulación que nuestro CP contempla de la materia. Estas figuras reúnen las exigencias típicas de toda estafa para ser considerada como tal, cuales son, según ya se mencionó, el engaño, el error, la disposición patrimonial, el perjuicio patrimonial y el vínculo de causalidad entre todos estos elementos. Pero contemplan, a su vez, características especiales que justifican un estudio especializado, y más detallado, de cada una de ellas.

Un caso especial de estafa está integrado por dos figuras delictivas contempladas excepcionalmente en nuestra legislación en los artículos 469 N°5 y 470 N°7 CP. Estos son supuestos que, para efectos de su estudio, se han denominado por la doctrina como “estafas con causa ilícita”. Se destaca este reconocimiento excepcional, porque, precisamente, se trata de situaciones donde el acto que sirve de base al delito de estafa es, de acuerdo con las reglas generales del Derecho civil, un acto nulo. De esta manera, la verificación de una estafa contraviene expresamente el artículo 1468 CC, el cual prescribe que “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

1.1. NOCIONES DE LA CAUSA ILÍCITA

Previo al análisis de estos supuestos, es necesario precisar en términos generales qué se entiende por “causa ilícita” en nuestra legislación. Lo cierto es que una referencia acotada a la Teoría de la causa y, en particular, a lo que dice relación con su ilicitud, no resulta innecesaria y abundante en este trabajo. Por el contrario, al precisar el contenido de la causa ilícita y las formas que de ésta sanciona el legislador, pueden llegar a proponerse otros supuestos de estafas en negocios o servicios ilícitos no regulados en el CP, pero de probable ocurrencia en la realidad cotidiana. Frente a ellos se plantearía la duda de si se trata de supuestos impunes –al no estar expresamente regulados en el CP–, o bien, sancionables bajo otras figuras de estafas (figuras genéricas de los artículos 468 y 473 CP).

El estudio en sede civil de la causa ilícita se justifica por el “*Principio de autonomía de la voluntad*” que rige en nuestro Derecho y, en específico, por el “*sub Principio de la libertad contractual*” que aquél comprende. En virtud de este último, se permite que los sujetos le den contenido a sus obligaciones de acuerdo con su voluntad, no ciñéndose necesariamente a los actos o contratos jurídicos típicos, es decir, aquellos previamente regulados por el legislador. En este sentido, esta permisión supone la libertad y a la vez el peligro de obligarse a actos o contratos de la más diversa naturaleza, los cuales podrían dar lugar incluso a fines ilícitos, requiriéndose una reglamentación de la causa lícita y, en concreto, de su contrapartida, la causa ilícita.

Los artículos 1445 y 1467 CC constituyen la regulación de la cual se desprende la exigencia general de una causa lícita en los actos jurídicos. El artículo 1445 CC prescribe: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que se sea legalmente capaz; 2° que consiente en dicho acto o declaración y su

consentimiento no adolezca de vicios; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita”. De este artículo se logran extraer los requisitos generales de los actos jurídicos para que éstos nazcan a la vida jurídica y puedan producir efectos válidos, dando lugar a los requisitos de existencia y a los requisitos de validez, respectivamente.

La causa ilícita está relacionada con los requisitos de validez. En este sentido, la licitud en la causa implica una de las exigencias para que los actos jurídicos puedan nacer válidos o perfectos, así como sin vicios que puedan justificar una sanción de nulidad (artículo 1468 CC). A su vez, reafirmando lo anterior, el artículo 1467 inc.1CC prescribe que “No puede haber obligación sin una causa real y lícita”, norma respecto de la cual se desprende que toda obligación debe tener una causa, la cual, además, debe ser permitida por el Derecho. Por su parte, el artículo 1467 inc.2 CC fija los límites de la licitud de la causa. Así, se señala, que se entenderá por causa ilícita la prohibida por la ley y la contraria a las buenas costumbres o al orden público, mencionando como ejemplo de la misma, la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral.

El artículo 1467 inc.2 CC señala que “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato”. Concepto del cual no se desprende claramente qué debe entenderse por causa, ni por qué ésta se identifica con la motivación. En definitiva, se afirma, con gran consenso entre los autores, que la causa contemplada en nuestra legislación es la *causa final*. Se denomina *final*, porque es la consideración anticipada del fin la que mueve a obligarse¹³⁴⁻¹³⁵. La causa siempre será la misma al tratarse de idénticos actos jurídicos, descartándose que la causa pueda identificarse con la motivación de celebrar un acto o contrato, motivación que, por lo demás, será tan variable y particular como actos jurídicos se celebren.

Ya en el terreno de los negocios ilícitos, se presenta la discusión en orden a establecer qué concepto de causa es el más adecuado para determinar su ilicitud. Se afirma que de ceñirse a la causa final, la que siempre será la misma para cada clase de acto¹³⁶, deben excluirse los móviles (aunque éstos fueren contrarios a la ley, el orden público y las buenas costumbres) cuando la causa final no cumpla estas características de ilicitud. En consecuencia, acogerse a una causa final (que, por ende, siempre será lícita), implica que claramente ningún acto regulado previamente por el legislador será ilícito. Por tanto, solo los actos no regulados serían susceptibles de adolecer de ilicitud en su causa, cuando las partes deseen dotarlos con fines de esa naturaleza. Por otro lado, ALESSANDRI BESA¹³⁷ sostiene que para determinar la ilicitud de la causa en caso que ésta sea contraria al orden público o a las buenas costumbres, se debe recurrir, por excepción, a los motivos psicológicos que tuvo el sujeto para ejecutar el acto.

¹³⁴Por todos ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo - SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel - VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general* (7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), II, p. 280.

¹³⁵Ibíd. Se define la causa final como “el fin inmediato y directo que se propone alcanzar una persona al obligarse. (...), la causa es la razón, el (...) [por qué] se debe (*cur debetur*).

¹³⁶Por ejemplo, en una compraventa, la causa de la obligación del vendedor es el pago del precio por parte del comprador, y la causa de la obligación del comprador es la entrega de la cosa por parte del vendedor.

¹³⁷ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), I, p. 207.

El CC contempla expresamente tres supuestos de ilicitud de la causa (artículo 1467 inc. 2). El primero de ellos es el de la *causa prohibida por la ley*. Este supuesto implica que la finalidad del acto o contrato es lograr un resultado prohibido por la ley y que se busca evitar. Respecto de la ley que se contraviene, deben considerarse no solo las leyes prohibitivas, sino también las imperativas, en cuanto éstas prohíben la celebración de actos sin la verificación de ciertos requisitos. Puede tratarse de leyes de Derecho público o de Derecho privado¹³⁸.

El segundo es el de la *causa contraria a las buenas costumbres*. El concepto de buenas costumbres es variable en las distintas sociedades, de suerte que su contenido dependerá de cada una de ellas y del momento determinado que éstas atraviesen. Por lo anterior, la determinación de esta causa requiere de un mayor análisis por parte de los tribunales. Un concepto adecuado de buenas costumbres señala que éstas corresponden al “conjunto de principios y normas no escritas que constituyen la moral que rige en un medio social determinado en una época dada, principios cuya violación es reprobada por la conciencia moral de los habitantes”¹³⁹.

El tercer supuesto de causa ilícita corresponde a la *causa contraria al orden público*. El concepto de orden público, al igual que el de buenas costumbres, es indeterminado e impreciso. Se suele afirmar que éste correspondería a las normas del Derecho público que organizan los poderes del Estado y señalan sus derechos y atribuciones respecto de los individuos que de él dependen y las normas que contemplan las garantías y derechos fundamentales de estos individuos¹⁴⁰.

1.2. CASOS DE CAUSA ILÍCITA CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO PENAL

En los dos supuestos de estafas con causa ilícita del CP, los actos que les sirven de base adolecen de un requisito de validez. Este requisito de validez se identifica, en un caso, con una causa ilícita; y en el otro, con un objeto ilícito, siendo ambos supuestos susceptibles de ser sancionados con nulidad absoluta (artículo 1683 CC). De ahí que resulte excepcional que el legislador permita la verificación de una estafa en supuestos reprobados expresamente por el Derecho civil, reconociendo una clase de derecho a no ser engañado.

El artículo 469 N°5 CP sanciona “a los que cometieren defraudación con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda”.

La modalidad de ejecución de este fraude, consiste en suponer o aparentar que se remunera a un empleado público¹⁴¹ para que realice o se abstenga de hacer algo vinculado

¹³⁸Ibíd, pp. 202-203.

¹³⁹Ibíd, p. 203.

¹⁴⁰Ibíd, pp. 208-209.

¹⁴¹Con respecto al alcance de la expresión *empleado público*, GARRIDO MONTT, cit. (n°14), p. 352, sostiene que la jurisprudencia nacional ha entendido que el concepto de empleado público del artículo 260 CP debe hacerse extensivo a este caso.

con sus funciones. En consecuencia, dicho engaño perjudica el patrimonio de quien pago y la dignidad del empleado público a quien se le atribuye la comisión del delito de cohecho¹⁴².

Del análisis de este artículo se puede concluir que la situación descrita adolece de una causa ilícita, desde dos perspectivas. Ambas perspectivas, que se identifican con la discusión del concepto de causa que adopta nuestra legislación, permiten arribar a la misma sanción de nulidad absoluta.

La primera de ellas se desprende de la sola lectura de la norma, y se puede vincular con uno de los casos de causa ilícita regulados en el CC. En este sentido, si consideramos que la supuesta remuneración fuera verdadera se verificaría el delito de cohecho, figura sancionada expresamente en el CP (artículo 250¹⁴³), constituyéndose en una norma prohibitiva, circunstancia que el legislador no toma en consideración para la producción de un perjuicio patrimonial a efectos de una estafa. Se concluye entonces, que el legislador permite la configuración de una estafa en un supuesto que, en todo momento, desde la perspectiva del sujeto activo y del sujeto pasivo, es constitutivo de un delito. En segundo lugar, también existe un fin ilícito que motiva a la víctima de la estafa a celebrar este negocio. En este sentido, el móvil psicológico de este sujeto es obtener un resultado favorable, para él o para un tercero, a través de un medio que la sola realidad cotidiana permite estimar como ilícito.

Finalmente, a partir del artículo 469 N°5 CP es posible proponer algunos ejemplos ilustrativos que pueden darse en la realidad y respecto de los cuales se permitiría la configuración de una estafa con tales características. Así entonces, puede suceder que en forma previa a una audiencia de formalización, el fiscal del caso proponga a los familiares del imputado que, mediante el pago de una cierta cantidad de dinero (que él luego traspasará al juez de garantía que conocerá de la audiencia) no se decretará como medida cautelar la prisión preventiva que en el caso corresponde, sino cualquier otra del artículo 155 del Código Procesal Penal. Lo mismo puede suceder en el contexto de un acuerdo reparatorio respecto de un delito que no permite esta salida alternativa donde sin embargo, el defensor del imputado asegure previamente a los familiares de éste que el juez sí lo aprobará en caso que medie un beneficio económico a favor del mismo.

Por otro lado, el artículo 470 N°7 CP sanciona “a los que en el juego se valieren de fraude para asegurar la suerte”.

Esta modalidad de fraude supone que, con motivo de un juego, se engañe a los demás jugadores con algún ardid que esté dirigido a eliminar el azar o garantizar el resultado, en beneficio de algún o algunos jugadores y en perjuicio de los demás¹⁴⁴.

En este supuesto de estafa con causa ilícita es posible apreciar la existencia de un objeto ilícito. En este sentido, el artículo 1466 CC señala que “Hay asimismo objeto ilícito en las

¹⁴²Ibíd.

¹⁴³“El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones”.

¹⁴⁴GARRIDO MONTT, cit. (n°14), p. 356.

deudas contraídas en juego de azar”, comprendiéndose también como ilícitas las apuestas relacionadas con estos juegos (artículo 2259 CC). Se suele identificar el supuesto del artículo 470 N°7 CP con las deudas contraídas en los juegos de azar, entendiendo por tales juegos a “aquellos en que no interviene la destreza, la fuerza o el ingenio, sino la casualidad [, tales como]: juegos de naipes, tómbolas, loterías, rifas”¹⁴⁵. La justificación de esta prohibición apunta a considerar los juegos de azar como contrarios al orden público y la moral, por incentivar las pasiones y la confianza en la suerte o azar para lograr fortuna. Sin perjuicio de lo anterior, hay casos de excepción donde se autorizan expresamente –mediante una ley– los juegos de azar, respecto de los cuales no habrá objeto ilícito¹⁴⁶.

Por otro lado, participar en algunos juegos de azar es igualmente considerado delito en el CP. En ese orden de ideas, los artículos 277, 278 y 279 CP sancionan a los banqueros, dueños, administradores o agentes de casas de juego de suerte, envite o azar; a los que concurrieren a jugar a las casas referidas; agregando que el dinero o efectos puestos en juego y los instrumentos, objetos y útiles destinados a él caerán siempre en comiso. Se trata de normas prohibitivas que, igualmente, conducen a la sanción de nulidad absoluta por la vía de una causa ilícita (causa prohibida por la ley).

2. EL CONCEPTO DE PATRIMONIO Y DE PERJUICIO EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

Coincidir en que es el patrimonio y no la propiedad el bien jurídico protegido en el delito de estafa, no ayuda a determinar el ámbito de protección de la misma. Por otro lado, las discusiones doctrinales que reflexionan sobre el concepto de patrimonio y del perjuicio inherente a él aportan apreciaciones tan disímiles e incluso tan contradictorias entre sí con respecto a su contenido, que se torna imperioso ceñirse solo a una de ellas a fin de lograr soluciones uniformes en las controversias sobre la estafa y, sobre todo, en los supuestos de estafa con causa ilícita no regulados. En este sentido, se postula que es posible extraer de la regulación del CP el concepto de patrimonio implícito en el mismo, es decir, la concepción de patrimonio que el legislador concibe como regla general y que, claramente, es la más idónea para considerar en estos supuestos ilícitos, a fin de determinar si es posible la verificación de una estafa.

2.1. EL CONCEPTO ECONÓMICO PURO DE PATRIMONIO COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

Para un concepto económico de patrimonio el perjuicio se determina de una forma que podríamos denominar formal, de manera que éste existirá cuando el valor del patrimonio considerado como un todo unitario disminuya por la disposición patrimonial, descartando en su determinación la vinculación con derechos subjetivos tutelados por el Ordenamiento Jurídico. En consecuencia, se considerará como un perjuicio incluso la lesión a posiciones adquiridas en el contexto de un negocio o servicio ilícito.

¹⁴⁵ALESSANDRI - SOMARRIVA - VODANOVIC Arturo, cit. (n°134), p. 277.

¹⁴⁶Como las leyes que autorizan la Lotería de la Universidad de Concepción, la Polla Chilena de Beneficencia o las carreras de caballo. Y más recientemente, la Ley N°19.995 (publicada el 7 de enero de 2005), que fija las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de los casinos de juego.

En concordancia con lo anterior, es posible determinar que en los casos de estafa con causa ilícita contemplados en el CP se reconoce un concepto económico puro de patrimonio. Para esta concepción, el patrimonio está integrado por la suma de todos los bienes con valor económico de un individuo, sin que sea relevante, en palabras de KREY, “que dichos bienes le pertenezcan conforme a derecho o tengan reconocimiento jurídico”¹⁴⁷.

Se puede concluir entonces, que el reconocimiento expreso de esta concepción en sólo dos disposiciones del CP deja de manifiesto que la intención del legislador no es acogerse precisamente a ella en la generalidad de los delitos patrimoniales.

Con respecto a lo anterior, se puede declarar que la decisión de adoptar una concepción económica pura de manera restrictiva y no considerarla en las demás figuras que atentan contra el patrimonio es acertada, ya que así se evita caer en una excesiva amplitud de la protección penal. En este sentido, la principal crítica a esta postura dice relación con la protección desmesurada que proporciona, protección que conlleva la existencia de contradicciones valorativas entre distintas ramas del Ordenamiento Jurídico y una consecuente inseguridad jurídica¹⁴⁸ en los individuos.

Aunque en contrario, hay exponentes que afirman que el objetivo de un concepto económico es, precisamente, obtener la paz jurídica en el sentido de no dejar impune una estafa en supuestos de actos o negocios ilícitos, finalidad que conllevaría tener que reconocer precisamente los bienes adquiridos contra la ley, las buenas costumbres o el orden público¹⁴⁹. Ahora bien, el objetivo de la paz jurídica parece un tanto forzado, e implicaría amparar una estafa en situaciones extremas, como, por ejemplo, en relación con un negocio de tráfico ilícito de drogas expresamente prohibido (Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas). Por tanto, el riesgo de contradicción valorativa entre el Derecho penal y otra normativa que sancione un acto o negocio es demasiado alto, riesgo que el legislador parece haber advertido.

De esta manera, la adopción de una concepción económica pura sólo puede considerarse como la excepción a la regla general dentro del CP.

2.2.LA EXCLUSIÓN DE UN CONCEPTO JURÍDICO DE PATRIMONIO

Para una concepción jurídica, el patrimonio está constituido por todos los derechos y obligaciones patrimoniales reconocidos por el Derecho, identificándose el contenido del mismo con la noción civil de *derecho subjetivo*¹⁵⁰. Consecuentemente, el perjuicio también tendrá un sentido jurídico. En palabras de BINDING, éste se refiere “a la lesión de derechos

¹⁴⁷KREY, cit. por GALLEGU SOLER, cit. (n°71), p. 270.

¹⁴⁸GALLEGU SOLER, cit. (n°71), p. 142.

¹⁴⁹KREY, cit. por SCHLACK MUÑOZ, cit. (n° 79), p. 273.

¹⁵⁰ALESSANDRI - SOMARRIVA - VODANOVIC, cit. (n°134), p. 11. Se define “derecho subjetivo” como el “poder o señorío de la voluntad de una persona, reconocido y garantizado por el derecho objetivo, para que ella satisfaga sus propios intereses”.

subjetivos, de modo que no puede el derecho penal admitir perjuicio patrimonial alguno donde el derecho civil lo niega”¹⁵¹.

El perjuicio se puede producir en dos sentidos: por el incumplimiento de una obligación jurídicamente exigible o por la modificación del derecho subjetivo de una manera no permitida por el Ordenamiento Jurídico¹⁵². La manera de determinarlo también puede considerarse como formal. Así, MERKEL señala que existirá perjuicio patrimonial cuando la situación jurídica de la víctima cambie como consecuencia de la conducta del autor, es decir, cuando exista una “transformación económica no justificada”¹⁵³.

En definitiva, también es posible descartar la adopción de una concepción jurídica como regla general en nuestro CP en atención a dos argumentos. Primero, la forma de determinación de la pena en el delito de estafa (artículo 467 CP) y en el delito de hurto (artículo 446 CP) se establece en atención al monto o valor económico de lo defraudado o sustraído, lo que permite concluir que el legislador protege cosas o posiciones con un valor económico y no con un mero valor de afección o sentimental. Por ejemplo, con respecto a una foto de carácter personal o familiar se puede apreciar un valor sentimental, pero el valor económico, que se identifica con el papel fotográfico, es mínimo e irrelevante para la configuración de una estafa¹⁵⁴.

En segundo lugar, es posible sostener que el legislador sí reconoce posiciones fácticas económicas que no se identifican con el derecho subjetivo de la propiedad o dominio. En este sentido, el delito de *hurto de posesión* del artículo 471 N°1 CP sanciona a “El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de este o de un tercero”. En otras palabras, el legislador sanciona al dueño y protege a quien detenta una cosa ajena legítimamente, es decir, un tenedor legítimo.

En conclusión, los conceptos jurídico y económico puros de patrimonio no se encuentran consagrados en nuestra legislación. Por otro lado, sus criterios de determinación del perjuicio patrimonial son tan distintos y contrapuestos entre sí, que se torna imposible que ambos modelos en su “sentido puro” puedan coexistir en un mismo sistema jurídico.

¹⁵¹ BINDING, cit. por SCHLACK MUÑOZ, cit. (n°79), p. 265.

¹⁵² Ibíd, p. 266.

¹⁵³ MERKEL, cit. por SCHLACK MUÑOZ, cit. (n°79), p. 324.

¹⁵⁴ La aplicación de la estafa falta del artículo 494 N°19 CP no sería aplicable a este caso, dado que él se remite al artículo 467 CP, que no se identifica con el ejemplo en cuestión. Por otro lado, es posible concluir que la estafa residual del artículo 473 CP tampoco sería aplicable por las incoherencias valorativas, con respecto al artículo 468 CP, que se producirían: si la estafa falta no es aplicable a los casos del artículo 468 CP, tampoco debería aplicarse la estafa residual tratándose de montos inferiores a los del artículo 468 CP en su tramo mínimo, esto porque la estafa residual es una figura comparativamente menos grave que la del artículo 468 CP.

2.3. LA EXCLUSIÓN DE UN CONCEPTO PERSONAL-FUNCIONAL DE PATRIMONIO

Para una concepción personal-funcional¹⁵⁵ del patrimonio éste se concibe como una unidad estructurada que garantiza el desarrollo de su titular en el ámbito económico. En términos generales, el perjuicio se determina en atención a la frustración del fin pretendido por el titular con su patrimonio, y no a la disminución económica de éste, identificándose (más que en cualquier otra concepción del patrimonio) el concepto de patrimonio con el de perjuicio (perspectiva subjetiva del patrimonio¹⁵⁶).

Es posible concluir que nuestro CP tampoco se ciñe a una concepción personal-funcional del patrimonio como regla general, hecho que se puede constatar por la exigencia del *perjuicio patrimonial* como uno de los elementos que deben observarse dentro del vínculo de causalidad en la estafa, y por otros *argumentos de texto legal*.

En primer lugar, concebir el patrimonio y el perjuicio desde una perspectiva subjetiva conllevaría considerar a la estafa como un delito contra la libertad de disposición, y no como tradicionalmente se ha considerado, es decir, como un delito contra el patrimonio, situación que no es procedente en nuestra legislación. En este sentido, el Párrafo 8 del Título IX del Libro II contempla varias veces la expresión *defraudar* (artículos 467, 468 469, 470 y 473 CP) entendiéndose por tal, según plantea ETCHEBERRY¹⁵⁷, el hecho de causar perjuicio en patrimonio ajeno. En este mismo sentido, MERA FIGUEROA¹⁵⁸ señala que un concepto penal de defraudación envuelve dos requisitos, que son, el fraude empleado por el sujeto activo y un perjuicio o lesión patrimonial para la víctima.

Por último, el Diccionario de la RAE define la palabra defraudar, en su primera acepción, como “privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho”. Concepto que no alude directa ni concretamente al perjuicio que debe sufrir la víctima¹⁵⁹, pero cuya expresión “privar a alguien de lo que le toca de derecho”, permite concluir que el sentido natural y obvio del término defraudar sugiere una pérdida o disminución del patrimonio.

En consecuencia, se desprende que una de las exigencias de configuración de la estafa es el perjuicio patrimonial. En este orden de ideas, considerar a la estafa como un delito contra la libertad de disposición supone afirmar lo contrario a lo sostenido en el CP, ya que

¹⁵⁵Los conceptos personal y funcional del patrimonio corresponden a concepciones con distintos exponentes y postulados. No obstante lo anterior, es posible el estudio conjunto de ambos conceptos dadas las similitudes sobre el rol del titular con respecto a su patrimonio y las finalidades que con el mismo el titular persigue.

¹⁵⁶En este sentido, PASTOR MUÑOZ, cit. (nº8), pp. 73-78. Distingue entre una perspectiva abstracta, subjetiva y concreta o personal del patrimonio en atención a la instancia legítima que determina que un bien o posición económica tenga valor económico y para determinar ese valor. Desde una perspectiva abstracta, el patrimonio es el conjunto de bienes con valor económico, cuyo valor se determina por el valor de mercado de ellos. Para la perspectiva subjetiva, tanto el contenido del patrimonio como la valoración del mismo dependen de su titular. Y para la perspectiva concreta o personal, la valoración emitida por el titular del patrimonio tiene prioridad por sobre la del mercado.

¹⁵⁷ETCHEBERRY, cit. (nº1), p. 337.

¹⁵⁸MERA FIGUEROA, Jorge, *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1986), p. 83.

¹⁵⁹Ibíd, p. 79.

la libertad de disposición se centra en la instrumentalización de la víctima a fines de ser “ilegítimamente sustituida en su decisión de disposición”¹⁶⁰, más que en la instrumentalización de la misma para defraudar su patrimonio.

Además, existen dos razones de texto legal que igualmente permiten descartar que nuestro sistema consagre un concepto personal-funcional de patrimonio. En este sentido, la forma de *determinación de la pena* en los artículos 233, 238, 467 y 494 N°19 CP se vincula con la cuantía pecuniaria del perjuicio, y no con la frustración de los fines pretendidos por la víctima.

Los artículos 233 y 238 CP se refieren a delitos de malversación de caudales públicos¹⁶¹. El primero de ellos sanciona al empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga, quien será castigado con penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado medio y multas entre cinco y quince unidades tributarias mensuales, sanciones que se establecen en atención al monto de lo sustraído. A su vez, el artículo 467 CP constituye la regla de determinación de la pena en el delito de estafa al sancionar a quien incurre en el comportamiento típico con penas de presidio menor en su grado mínimo a máximo y multas entre cinco y treinta unidades tributarias mensuales, sanciones que también se establecen en atención al monto de lo defraudado. Por último, el artículo 494 N°19 CP, referido a las faltas, sanciona con pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales al que ejecutare algunos de los hechos penados en los artículos 189, 233, 448, 467, 469, 470 y 477 CP, siempre que el delito se refiera a valores que no excedan de una unidad tributaria mensual.

Por otro lado, también contribuye a lo planteado, la especial consagración del delito de malversación por aplicación pública diferente, consagrado en el artículo 236 CP, del Párrafo 5, Título IV, Libro II, relativo a la malversación de caudales públicos. El artículo en cuestión dispone: “El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento”.

La diferencia entre dicha figura y los demás delitos de malversación de caudales públicos radica en que en la primera, los fondos públicos se destinan a fines privados, mientras que en los segundos, éstos se destinan a fines públicos, pero distintos a los planificados en la Ley de presupuesto del Estado. Según expone HERNÁNDEZ BASUALTO¹⁶², la consagración por separado de esta figura demuestra que la sola frustración de los fines no es constitutivo de perjuicio patrimonial para el Estado en las demás figuras de malversación o fraude. Lo

¹⁶⁰PASTOR MUÑOZ, cit. (n°8), p. 52.

¹⁶¹El delito de malversación de caudales públicos es un delito cometido por empleados públicos (sujeto activo) a través de la desviación de fondos públicos (objeto material). Éste se considera un delito especial impropio: especial, porque sólo una persona cualificada puede ser autor del delito en cuestión; e impropio, porque esta especial cualificación no es determinante para la ilicitud de la conducta, sino que es un factor de agravación o atenuación.

¹⁶²HERNÁNDEZ BASUALTO, cit. (n° 132), p. 210.

anterior se concluye, porque la Ley de presupuesto sería un reflejo de los fines que el Estado persigue a través del patrimonio estatal, por tanto, el incumplimiento de estas normas conllevaría siempre un perjuicio patrimonial a la luz de una concepción personal-funcional del patrimonio, perjuicio que no se puede asegurar en virtud de la especial consagración del artículo 236 CP, norma que, a diferencia de las demás normas referidas al delito de malversación de caudales públicos, manifiesta expresamente que existirá perjuicio cuando los caudales o efectos públicos se destinen a “otros fines a los que estuvieren destinados”.

Se concluye, por tanto, que la concepción personal-funcional del patrimonio sólo se adopta excepcionalmente en el ámbito del patrimonio estatal, lo que determina que la regla general sea otra en este mismo ámbito y, con más razón, en el ámbito del patrimonio privado¹⁶³.

2.4. EL CONCEPTO JURÍDICO –ECONÓMICO DE PATRIMONIO COMO REGLA GENERAL. EL ÁNIMO DE LUCRO COMO CONCEPTO CON UN SENTIDO ECONÓMICO.

El Diccionario de la RAE define lucro como la “ganancia o provecho que se saca de algo”, y lucrar, en su segunda acepción, como “ganar, sacar provecho de un negocio o encargo”. En definitiva, supone perseguir una ventaja o provecho mediante la apropiación de una cosa, es el motivo que anima a realizar la conducta en cuestión.

En un sentido extrajurídico, el ánimo de lucro alude a sacar un provecho de algo, pero con respecto al ánimo de lucro como elemento subjetivo de un delito, no hay consenso en torno a la naturaleza del provecho. Un sector de la doctrina entiende que actúa con ánimo de lucro aquel que persigue la “ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico”¹⁶⁴, restringiéndose el provecho que éste reporta a un beneficio exclusivamente patrimonial. En este mismo sentido, la profesora MAYER LUX¹⁶⁵ sostiene que en los delitos que exigen ánimo de lucro, la motivación de la conducta del agente es la obtención de un provecho económico injusto, con independencia que ese provecho se haga realidad.

Por el contrario, otros autores señalan que el provecho puede ser de cualquier naturaleza, siendo arbitrario limitar el ánimo de lucro a la idea de una ventaja económica¹⁶⁶. Además, se agrega que a partir de una interpretación literal de la palabra “ánimo de lucro” no es imposible darle un sentido más amplio a la ganancia o provecho¹⁶⁷, pudiendo considerarse un provecho patrimonial, moral, o de cualquier otra índole.

A fin de tomar una posición al respecto, considero que el ánimo de lucro *siempre tiene al menos un sentido económico*. Esto, porque el objeto material sobre el cual recae el delito

¹⁶³Ibíd.

¹⁶⁴BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXVIII-3 (1975), p. 369.

¹⁶⁵MAYER LUX, Laura, *El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XLII (Valparaíso, 2014), p. 291.

¹⁶⁶LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal* (7ª edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983), p. 200.

¹⁶⁷OLIVER CALDERÓN, cit. (n°63), p. 85.

debe tener, necesariamente, un valor económico objetivo, un sentido económico, ya que solo así existirá un correlativo daño o perjuicio patrimonial¹⁶⁸. En definitiva, es posible afirmar que el lucro perseguido por el autor sí tiene un contenido económico o patrimonial, sin perjuicio que el autor persiga otro provecho en particular, es decir, podrían coexistir perfectamente el provecho económico (que siempre existirá) y otro de distinta naturaleza. En conclusión, pueden concurrir dos motivaciones, pero la motivación preponderante debe ser la económica.

Ahora bien, el legislador no siempre se refiere expresamente al ánimo de lucro en la tipificación de los delitos de apropiación.

Con respecto al delito de estafa, la presencia de ánimo de lucro como un elemento subjetivo adicional al dolo es discutida, inclinándose la mayoría de la doctrina nacional por descartar su exigencia. ETCHEBERRY¹⁶⁹ solo concibe como elementos de la estafa la simulación, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial. En este mismo sentido, POLITTOF, MATTUS y RAMÍREZ¹⁷⁰ agregan que de las disposiciones relativas a la estafa no es posible deducir la existencia de un ánimo especial. Por otro lado, igualmente es posible descartar el ánimo de lucro en los fraudes mediante engaño, dado que el legislador, al tipificar las figuras de robo y hurto (artículo 432 CP), sí hace referencia a éste, de manera que puede interpretarse que el legislador, cuando hace exigible este ánimo, hace mención expresa a él.

En sentido contrario, destaca la opinión de LABATUT¹⁷¹, quien concibe el ánimo de lucro del hechor como un elemento de la estafa. Así mismo, YUBERO CÁNEPA¹⁷² afirma que en la estafa sí se requiere ánimo de lucro, por tratarse éste de un elemento implícito en la defraudación que supone una estafa¹⁷³.

De manera contraria a la estafa, el artículo 432 CP establece que “El que sin la voluntad de su dueño y *con ánimo de lucrarse*, se apropia cosa mueble ajena, usando violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto”. De esta manera, como ya se adelantó, los delitos de robo y hurto contemplan expresamente el ánimo de lucro como una especial motivación que necesariamente ha de estar presente al momento de la ejecución de la conducta, sin perjuicio de que el lucro se verifique o no.

Sin tomar una posición particular al respecto, parece que aceptar expresamente el ánimo de lucro (con el sentido económico que éste tiene) conllevaría dejar impune una estafa, cuando el autor engañe con la finalidad de obtener un provecho moral o social, como cuando se quiere donar lo defraudado. Lo mismo que ocurriría respecto de los delitos de hurto y robo,

¹⁶⁸BALMACEDA HOYOS, *El delito de estafa. Doctrina y jurisprudencia*, cit. (n°56), p. 63.

¹⁶⁹ETCHEBERRY, cit. (n°1), p. 392.

¹⁷⁰POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit. (n°17), p. 419.

¹⁷¹LABATUT, cit. (n°166), p. 226.

¹⁷²YUBERO CÁNEPA, cit. (n°6), p. 59

¹⁷³De esta misma postura, BALMACEDA HOYOS, *El “engaño” en el delito de estafa*, cit. (n°12), p. 5. Sostiene que “estructural o fenomenológicamente la estafa no consistiría simplemente en un delito de daño contra el patrimonio, sino que también de enriquecimiento”.

cuando la cosa sustraída se destina, por ejemplo, al uso del autor, y no para perseguir un provecho económico a través de su posterior venta o explotación.

Ahora bien, el sentido económico que debe tener el ánimo de lucro no debe ser obstáculo para no imponer una sanción en las hipótesis antes descritas, en virtud del *ánimo de señor o dueño* o *ánimo de apropiación* que de todas maneras debe concurrir, junto con el ánimo de lucro, en esta categoría de delitos. En consecuencia, si se postula que entre el ánimo de lucro y el ánimo de apropiación hay una relación de género a especie¹⁷⁴, cabe concluir que si concurre el ánimo de apropiación, igualmente concurre el lucro económico inherente a una apropiación.

Cabe concluir con respecto al ánimo de lucro, que con independencia que éste se exija expresamente (hurto y robo) o se discuta sobre su exigencia (estafas), siempre que se considere su presencia éste deberá suponer un provecho patrimonial o económico.

Finalmente, luego de haber descartado los conceptos funcional-personal, económico y jurídico puros del patrimonio, es posible sostener que la concepción jurídico-económica es la más adecuada en supuestos de negocios o servicios ilícitos, tesis que además es compatible con el lucro económico que el CP reconoce. A su vez, dentro del concepto mixto, se deben descartar las corrientes que se identifican con una concepción jurídica, es decir, aquellas que conciben el patrimonio como el conjunto de elementos con valor económico que se identifican con un derecho subjetivo o que cuentan con la aprobación o protección del Ordenamiento Jurídico, pues de esta manera, el ámbito de protección continúa siendo excesivamente restringido, y se deja en indefensión algunos supuestos ilícitos respecto de los cuales, como luego se señalará, sí es procedente una estafa.

En consecuencia, una concepción mixta de patrimonio, que protege los elementos con valor económico que *no cuentan con una desaprobación por parte del Ordenamiento Jurídico*, es la tesis que aporta un justo criterio de solución en supuestos ilícitos, sin caer en abiertas contradicciones valorativas entre el Derecho penal y otras normativas.

3. SUPUESTOS DE NEGOCIOS ILÍCITOS NO REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL

La procedencia de una estafa en negocios o servicios ilícitos no regulados no es un tema discutido en la doctrina nacional. Aún más, parece ser que el reconocimiento excepcional de dos estafas de esta naturaleza ha contribuido a considerar que ningún otro supuesto con características de ilicitud merezca protección penal. Ahora bien, que el Derecho penal descarte *a priori* la configuración de una estafa, sin detenerse a analizar el caso en concreto a fin de arribar a una solución justa, supone desconocer en cierto sentido la autonomía del Derecho penal respecto de la normativa que sanciona la conducta base de una potencial estafa. Dicho de otro modo, que el Derecho penal limite su protección, guiándose por criterios extrapenales, especialmente por criterios del Derecho civil, no implica que no pueda tutelar situaciones no desaprobadas expresamente por ésta u otra rama del Ordenamiento Jurídico.

¹⁷⁴Sobre la relación entre el ánimo de lucro y el ánimo de señor y dueño véase OLIVER CALDERÓN, cit. (n°63), pp. 86-88.

El ejercicio de la potestad penal en el ámbito de los delitos patrimoniales se encuentra ampliamente reconocido por la importancia que reviste el patrimonio para la subsistencia y el desarrollo económico de su titular, llegando incluso a considerarse este bien jurídico como uno de los más valiosos, después de la vida y la integridad física¹⁷⁵. En este sentido, la especial protección penal que merece el patrimonio podría justificar que se amparen en esta sede, situaciones no protegidas e incluso abiertamente desaprobadas por otros sectores del Ordenamiento Jurídico, protección que no debería ser mermada ni siquiera por el Principio de intervención mínima del Derecho penal.

Como ya se mencionó, los casos de estafa con causa ilícita reconocidos en el CP deben su ilicitud a la omisión de requisitos de validez en el acto base de la misma. De esta manera, la ilicitud supone una contravención expresa de las normas del Derecho civil que regulan el acto jurídico. Además de estos casos, es posible imaginar otros supuestos con características de ilicitud, pero donde la misma no deriva de la contravención a las normas de dicha rama del Derecho, sino que de otras normas de diversa naturaleza y que, por lo mismo, merecen un tratamiento separado. En primer lugar, existen supuestos respecto de los cuales, a primera vista, la ilicitud del acto no perjudica la configuración de una estafa, como, por ejemplo, en caso de contravención a normas de carácter administrativo (estafa al inmigrante irregular). O bien, que la estafa tenga lugar en un contexto no desaprobado jurídicamente, pero respecto del cual tampoco hay un reconocimiento y protección por parte del Estado (estafa en el ejercicio de la prostitución). Por otro lado, hay otros supuestos donde una estafa es inadmisibles, como la estafa al sicario o aquella que tiene lugar en el contexto del tráfico ilícito de drogas o de órganos, porque el acto que sirve de base al delito se encuentra expresamente desaprobado por el Ordenamiento Jurídico.

En relación con lo anterior, es importante determinar en cada supuesto si la ilicitud del acto base afecta la valoración penal de la defraudación, para lo cual es preciso juzgar todos estos supuestos bajo el mismo parámetro. De esta manera, dependerá del criterio de solución que se adopte si la estafa en un supuesto ilícito merece o no protección.

3.1. ALGUNOS CRITERIOS DE SOLUCIÓN

En Derecho Comparado, particularmente en España, sí se ha tratado la procedencia general de las estafas con causa ilícita. Así, los autores, junto con exponer distintos supuestos ilícitos en el contexto de la prestación de un servicio o en negocios bilaterales, se han preocupado de proponer distintas soluciones a los mismos. En este contexto, es posible observar en la doctrina española postulados bastantes contrapuestos.

En primer lugar, GALLEGO SOLER¹⁷⁶ admite el delito de estafa dependiendo de la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio. Según dicho autor, sí es procedente una estafa respecto de un patrimonio integrado por bienes obtenidos antijurídicamente, siempre que dicha antijuricidad no constituya a su vez un delito penal. En consecuencia, se trata de una solución que se condice con un concepto mixto de patrimonio.

¹⁷⁵OLIVER CALDERÓN, cit. (n°63), p. 5.

¹⁷⁶GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p. 281.

En segundo término, se esgrime una solución que postula distinguir dependiendo de la estructura del caso. Así, se admitiría una estafa respecto del sujeto que paga por una prestación ilícita que, en definitiva, no se produce, pero se niega la misma respecto del sujeto que realiza la prestación ilícita pero no recibe el pago previamente acordado. Esta solución se basaría en la adopción del efectivo perjuicio patrimonial sufrido como criterio de distinción. En este sentido, respecto del primer grupo de casos, sí sería posible apreciar un perjuicio patrimonial típico de una estafa, sin perjuicio que el pago tenga fines ilícitos, pero con respecto al segundo grupo de casos no sería posible apreciar el perjuicio patrimonial¹⁷⁷.

Este segundo postulado se puede criticar por el tratamiento aislado que da al sujeto engañado respecto del sujeto que engaña, y por utilizar un criterio de solución meramente formal, el cual se identifica con el perjuicio patrimonial que sufre la víctima, y que generalmente no sufrirá quien realizó una contraprestación ilícita. En definitiva, esta solución supone desconocer la ilicitud de la que era consciente también la víctima, e implica ignorar sobre todo, la naturaleza de la ilicitud del negocio en su conjunto.

Por otro lado, este criterio no es realmente fiel a ninguna concepción del patrimonio: en primer lugar, es abiertamente contrapuesto a una concepción jurídica, dado que en virtud de ésta no pueden protegerse aquellos elementos del patrimonio que no estén jurídicamente protegidos; en segundo término, tampoco se identifica con una concepción económica pura del patrimonio, ya que en este caso sí debería ampararse a quien realizó la prestación ilícita, situación que esta postura no protege; y, por último, tampoco se condice con un concepto mixto de patrimonio, que postula que éste pueda estar integrado por bienes que, al menos, no estén desaprobados por el Ordenamiento Jurídico.

Finalmente, esta postura se contradice cuando hay una alteración cronológica en los hechos, como cuando el sujeto en forma previa a la prestación ilícita igualmente incurre en gastos lícitos para llevarla a cabo¹⁷⁸ (por ejemplo, el sujeto enviado a envenenar a alguien gasta dinero propio en la compra de los ingredientes del veneno).

Por último, PASTOR MUÑOZ resuelve el problema en sede de imputación objetiva, en específico, ciñéndose al criterio de la creación jurídicamente desaprobada del riesgo. La autora afirma que intervenir en un negocio o servicio de estas características implica para ambos sujetos (sujeto que paga y sujeto que realiza la prestación ilícita) asumir un riesgo atípico, es decir, un riesgo no protegido por el Derecho penal, agregando que quien realiza el acto de disposición “se erige en responsable del riesgo que se derive de ese contacto patrimonial, pudiendo ser tal riesgo la no obtención de la contraprestación acordada; y ello es así porque su expectativa no pertenece al mundo de lo jurídicamente reconocido —es puramente fáctica—, así que el Derecho Penal no debe restabilizar su defraudación”¹⁷⁹. Además, la autora define el riesgo típico considerando como bien jurídico protegido en la estafa la libertad de disposición sobre un patrimonio jurídico. En consecuencia, por el

¹⁷⁷Sobre el punto, véase PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)*, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, N° 5 (2000), p. 340.

¹⁷⁸Ibíd, p. 347.

¹⁷⁹Ibíd, p. 348.

carácter disponible del patrimonio, su titular puede decidir realizar una disposición patrimonial con fines ilícitos, pero esto implicaría asumir una expectativa no amparada por el Derecho.

En igual sentido, CHOCLÁN MONTALVO¹⁸⁰ sostiene que en los casos, en que el patrimonio se destine a fines ilícitos, no habría que considerar un perjuicio patrimonial para efectos de una estafa consumada, dado que se trataría de casos de autodaño al exponer el patrimonio a una situación de riesgo de pérdida. Lo anterior sin perjuicio que en virtud de la conducta desvaliosa del autor éste deba ser sancionado a título de tentativa de estafa.

Una crítica general a las posturas que niegan la configuración del delito de estafa en los casos en que el patrimonio se destine a fines ilícitos, radica en que estos autores, generalmente, basan sus postulados en el hecho que la expectativa de ganancia al momento de celebrar el negocio ilícito se encuentra expresamente desaprobada por algún sector del Ordenamiento Jurídico, especialmente por el Derecho civil.

La base de la anterior crítica radica en que es posible plantear y analizar otros supuestos, que a primera vista pueden calificarse de estafas con causa ilícita pero que, no obstante ello, a pesar de estar vinculados con alguna clase de normativa, no se encuentran expresamente desaprobados por la misma.

En el presente trabajo, se postula como criterio de solución a los casos no regulados, analizar la naturaleza de la ilicitud que en concreto se presenta, a fin de determinar si la misma permite la configuración de una estafa.

Por otro lado, se postula que de ceñirse al concepto de patrimonio implícito en el CP, es decir, un concepto mixto, a fines de determinar un perjuicio patrimonial amparable, es posible arribar a una solución semejante a la ya propuesta. Con respecto al concepto mixto, éste permite, por un lado, evitar la situación irrisoria de amparar todos los casos de esta naturaleza y, por otro, declarar una estafa en supuestos donde la ilicitud del acto base deja en un segundo plano el perjuicio patrimonial que sufre la víctima.

A continuación se analizarán algunos supuestos ilícitos, a fin de determinar si procede o no el delito de estafa respecto de cada uno de ellos, para lo cual se tomará en consideración la naturaleza de la ilicitud y un concepto mixto de patrimonio.

¹⁸⁰ CHOCLÁN MONTALVO, cit. (nº9), pp. 188-190.

3.2. LA ESTAFA AL INMIGRANTE ILEGAL¹⁸¹

En este caso, planteado en la doctrina española, la ilicitud de la causa en la estafa radicaría en la situación irregular que tienen algunos extranjeros residentes en un país del cual no son nacionales, situación irregular que deriva de la contravención de las normas administrativas que regulan el fenómeno migratorio en cada país. Ahora bien, es preciso determinar si, efectivamente, esta contravención impide que el residente extranjero pueda ser víctima de algún delito y, en particular, de una estafa.

En relación con el fenómeno migratorio, Chile no se ha caracterizado históricamente por ser un país de destino de inmigrantes, sino más bien, se trata de un país de fuente de emigrantes hacia otras naciones. No obstante ello, esta tendencia ha cambiado en las últimas décadas, convirtiéndose, principalmente por su estabilidad económica, en uno de los países receptores de extranjeros más atractivos de la región¹⁸². Esta situación determina la necesidad de establecer, en el ámbito penal, y en especial en el caso de los inmigrantes irregulares, cuáles son los deberes y derechos que les asisten en caso ser autores o víctimas de un delito cometido en el territorio nacional.

Respecto del marco normativo del fenómeno de la migración en Chile, éste se encuentra regulado por normas de carácter administrativo que confieren amplias atribuciones al Ministerio del Interior. Ellas son, el Decreto Ley N°1.094 de 1975¹⁸³ (Ley de Extranjería), su Reglamento; el Decreto Supremo N°597 de 1984; y el Decreto con Fuerza de Ley N°69 de 1953, que establece la creación del Departamento de Extranjería. La denominada Ley de Extranjería se enfoca en aspectos formales, tales como la regulación del ingreso de los extranjeros al país, las causales de prohibición e impedimento para ingresar, el otorgamiento de las visas, las sanciones de amonestación y multa por contravención a las leyes migratorias y el proceso de expulsión del país. Respecto de esta regulación, suele llamar la atención la ausencia de una Política Migratoria enfocada a la inserción social, cultural y, en especial, referida a los derechos que les asisten en un proceso penal a los extranjeros en Chile, siendo insuficientes las políticas de reinserción y las amnistías para regularizar la situación de los inmigrantes irregulares, que cada cierto tiempo, y por presiones sociales, se dictan en los Gobiernos.

¹⁸¹Con respecto a este caso, Gallego Soler, cit. (n°71), pp. 282-283, advierte sobre el problema de la estafa a los extranjeros que se encuentran en una situación ilegal por no tener permiso de residencia y que, por tal motivo, pueden ser vulnerados en sus derechos laborales. Al respecto concluye el autor que los derechos laborales protegen al extranjero, con independencia que el contrato de trabajo sea nulo o válido o, que el trabajador se encuentre en situación legal o ilegal.

¹⁸²En este sentido, los resultados del Censo del año 2012 arrojaron la cifra de aproximadamente 339.536 residentes en Chile nacidos en el extranjero, siendo en su mayoría residentes de origen peruano (103.624), representando en su totalidad el 2% de la población a nivel nacional, cifra que en contraste con los resultados del Censo del año 2002, que arrojaron que cerca de 185.000 extranjeros residían en Chile, permiten concluir que es una cantidad que va en aumento año tras año. Asimismo, es probable que estos porcentajes sean mayores en atención a los denominados inmigrantes ilegales o irregulares, al tratarse de una población respecto de la cual es difícil tener un control exacto.

¹⁸³El 04 de Junio de 2013 ingresó a la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley sobre Migración y Extranjería, que introducirá modificaciones al Decreto Ley N°1.094 de 1975.

En virtud de lo anterior, los extranjeros residentes en Chile, ya sea regulares o irregulares, ven aumentar las desigualdades con los nacionales del país y sienten desconfianza hacia las instituciones nacionales. En este orden de ideas, se afirma que, en general, los extranjeros residentes en el país desconocen sus derechos en el sistema procesal penal chileno, sistema estructurado sobre la base del Derecho a defensa y la Presunción de inocencia, ya sea que formen parte de un proceso penal por infracción de las normas de migración o por la infracción de otras normas legales. Además, desconocen las implicaciones que un proceso penal tendría en su proceso migratorio¹⁸⁴, situación de incerteza que aumentará si el inmigrante está en una situación irregular en el país. En este sentido, una de las sanciones que contempla la Ley de Extranjería por ser parte de un proceso penal es la expulsión del país. Para el inmigrante irregular, el hecho de verse involucrado como parte victimaria e incluso como víctima, conlleva exponer la situación de residencia irregular en el país, con un consecuente riesgo de expulsión.

Ahora bien, para determinar si un inmigrante irregular puede ser víctima de una estafa es necesario analizar la naturaleza de la ilicitud, la que deriva de la “situación irregular” del sujeto en el país, y las consecuencias que de ella derivan. En este sentido, es importante precisar a qué aluden las calidades de “inmigrante” y de “inmigrante ilegal” en el ámbito internacional; y, por otro lado, también importa determinar si la contravención a la Ley de Extranjería por parte del sujeto es razón suficiente para no castigar una estafa de la cual éste es víctima.

El Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos¹⁸⁵ señala que no hay un concepto internacionalmente aceptado de *migrantes*. No obstante ello, se puede definir como tales a las personas que se encuentran fuera del territorio del Estado del cual son ciudadanos o nacionales, y que no disfrutan de la condición de refugiados, de residentes permanentes ni de otra condición similar, ni tampoco de la protección legal que otorgan los acuerdos diplomáticos. Asimismo, puede definirse al *migrante irregular* como la persona que carece de condición legal en un país anfitrión o de tránsito, o bien, como aquella persona que ingresa a un Estado sin autorización o que entra a un país legalmente pero después pierde la autorización para permanecer en él. También se agrega que al migrante irregular se le denomina igualmente *migrante indocumentado*.

Por otro lado, el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos recomienda no utilizar el término de *migrante ilegal* en alusión a las personas que ingresan a un país de una forma ilegal, o que permanecen en él en condición irregular, señalando que en el ámbito ético y jurídico, un acto puede ser lícito o ilícito, más no así una persona, y que tal situación irregular no constituye una actividad delictiva, sino una infracción de las regulaciones administrativas. En conclusión, los inmigrantes irregulares son sujetos que ingresaron en

¹⁸⁴ BUSTAMANTE SOLDEVILLA, Minda - ROSENFELD YTIER, Karen - DE LA RIVA MURILLO, Vania, *Informe Final. Defensa Penal de migrantes; aplicaciones y particularidades* (2012), p. 3. Disponible en <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/39438/1/INFORME%2520FINAL_DPMigrantes diciembre%2520v2.pdf>. [fecha de la consulta: 8 de junio de 2014].

¹⁸⁵ Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *Migración Irregular, Tráfico Ilícito de inmigrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia*, p. 2. Disponible en <http://www.icgrp.org/files/summaries/40/122_pb_es.pdf>. [fecha de la consulta: 10 de junio de 2014].

forma ilegal al país o que permanecen irregularmente en él luego de ingresar de acuerdo con la ley.

Así entonces, con respecto a la naturaleza de la contravención a la Ley de Extranjería, es posible afirmar que en caso alguno su incumplimiento en lo que respecta a los requisitos de ingreso y permanencia puede considerarse un delito. Por consiguiente, la ilicitud del acto no deriva de haber cometido un acto expresamente sancionado y la situación de irregularidad no es un obstáculo para que el extranjero denuncie ser víctima de un delito.

Para reafirmar lo anterior, es posible señalar que el Derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes, cualquiera sea su calidad, viene respaldado por instrumentos internacionales ratificados por Chile, entre ellos, el *Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares* (1990), además de las *Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo* (OIT) referidas a los trabajadores extranjeros. Instrumentos que, en definitiva, amparan los derechos laborales de los inmigrantes siendo irrelevante su calidad de documentado o indocumentado. Por tanto, el acceso a la justicia en sede laboral, al igual que en sede penal, no debe ser negado, sin perjuicio de que posteriormente se arriesgue una sanción migratoria.

En este mismo sentido, se afirma que “los extranjeros imputados por delitos en Chile gozan de los mismos derechos que los nacionales, entre otros derechos, deben ser presumidos inocentes, debe ser garantizado su Derecho a la defensa y al debido proceso (artículos 19 N^{os} 2 y 3 de la Constitución Política de la República)”¹⁸⁶. Concluyéndose, por tanto, que si se reconocen a los extranjeros residentes en Chile, en su calidad de imputados, los mismos derechos que a los nacionales, también han de reconocerse los mismos derechos en su calidad de víctimas de un delito, especialmente, el Derecho a la igualdad ante la ley y a un trato igualitario por parte de los Órganos del Estado.

Por otro lado, analizando la procedencia de un delito de estafa cometido contra un inmigrante irregular, considerando un concepto mixto de patrimonio, corresponde detenerse en dos aspectos. Primero, constatar que el patrimonio está integrado por posiciones con valor económico que no estén expresamente reprobadas por el Derecho; y, segundo, determinar que de la disposición patrimonial derive un efectivo perjuicio patrimonial para el inmigrante. En este sentido, la situación de irregularidad del extranjero no implica que su patrimonio esté integrado por posiciones adquiridas contra el Derecho, no constituyendo la contravención a las normas administrativas de extranjería un obstáculo para que éste sufra un perjuicio patrimonial a título de estafa.

En relación con lo anterior, no es difícil imaginar algunos supuestos en los cuales un inmigrante irregular sea víctima de una estafa. Por ejemplo, el extranjero que es engañado por un agente de contratación, traficante o contrabandista, haciéndole creer que, a cambio de

¹⁸⁶CASTELLETTI FONT, Claudia, *Defensa legal de extranjeros frente a resoluciones administrativas sobre su permanencia*, en *Seminario: Defensa penal de inmigrantes*, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública (2011), p. 20. Disponible en <<http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/2e2e5397d383238a0323a3c211415a12.pdf>>. [fecha de la consulta: 15 de junio de 2014].

una suma de dinero, ingresará en forma legal al país¹⁸⁷, situación que genera un perjuicio económico al extranjero por los gastos de traslado y el pago en que incurrió. Así como cualquier otra disposición patrimonial efectuada por el extranjero durante su estadía irregular en el país, motivada por un engaño relevante a título de estafa, y de la cual derive un perjuicio patrimonial.

En conclusión, la estafa al inmigrante irregular siempre será punible dado que la contravención a las normas administrativas que regulan la residencia no constituye un ilícito. En consecuencia, deberá sancionarse bajo el título de alguna de las figuras genéricas de estafa contempladas en el CP, según corresponda al caso en cuestión.

3.3. LA ESTAFA EN EL CONTEXTO DEL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN

En un sentido estricto, es posible entender la prostitución como el conjunto de actividades de carácter comercial en las que se intercambia sexo por dinero¹⁸⁸. Los sujetos de esta relación comercial son, por un lado, el trabajador sexual, quien puede ser hombre o mujer y, por el otro, el cliente, quien también puede ser hombre o mujer. Los elementos de la misma corresponden a la prestación de servicios sexuales por parte del trabajador sexual, y la remuneración, u otra prestación acordada, por parte del cliente¹⁸⁹. Por otro lado, se afirma que para hablar de prostitución se requieren tres elementos: el precio, el acceso promiscuo o disponibilidad de la persona para todo aquel que le pague, y la habitualidad como oficio¹⁹⁰.

En definitiva, se sostiene que ni el carácter mercantil de esta actividad, ni la pluralidad de contactos interpersonales a los que se enfrenta quien ejerce la prostitución, ni la entrega indiscriminada de favores sexuales, son factores que en sí mismos puedan determinar el ejercicio de la prostitución, siendo necesario efectuar un juicio de valor de carácter conjunto sobre todos ellos¹⁹¹.

No obstante lo anterior, el fenómeno de la prostitución, como el intercambio de sexo por dinero entre dos personas, es bastante más amplio que la descripción indicada. La prostitución corresponde a una realidad social que repercute en diversos ámbitos de la

¹⁸⁷Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, cit. (n°185), p. 3.

¹⁸⁸CANALES NETTLE, Patricia, *La regulación de la prostitución en la legislación comparada* (Santiago, 2005), p 1. Disponible en <http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro325.pdf>. [fecha de la consulta: 15 de junio de 2014].

¹⁸⁹Ibíd, pp. 12-14. Con respecto a los sujetos intervinientes, el trabajador sexual corresponde al elemento central de la prostitución, elemento fuertemente juzgado desde diversos sectores. Así, dicha persona, “respecto de la justicia es la proscrita sospechosa; desde la salud pública es el agente transmisor de enfermedades; para la moral dominante es el centro de la perversión y, desde el punto de vista social, sujeto necesitado de rehabilitación”. El cliente corresponde al sujeto que demanda el servicio sexual, constituyéndose en un elemento transitorio y ocasional. Finalmente, es posible que esté involucrado un tercer sujeto, el proxeneta, quien obtiene algún provecho económico de la relación comercial entre trabajador sexual y cliente, cuya intervención puede ser de distintas maneras. Así, éste puede facilitar o gestionar las citas con los clientes, traer o llevar al trabajador sexual al lugar acordado o limitarse a convivir con el trabajador sexual, sea familiar o no, para depender económicamente de él.

¹⁹⁰GONZÁLEZ JARA, Manuel Ángel, *Regulación penal del meretricio* (Santiago, Editorial Librotecnia, 2009), p. 95.

¹⁹¹RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), pp. 228-229.

sociedad y que generalmente involucra a terceras personas, como los proxenetas. Asimismo, se trata de un fenómeno que en primera instancia no distingue y engloba distintas realidades, como la prostitución voluntaria o la ejercida sin violencia, la prostitución forzada y la prostitución que involucra a menores de edad, dando lugar, a su vez, a distintos tratamientos normativos en cada caso.

La determinación de la procedencia de una estafa en el contexto del ejercicio de la prostitución requiere realizar ciertas distinciones. Primeramente, corresponde analizar la naturaleza de la ilicitud del acto que sirve de base a una posible estafa, ejercicio que debe tener lugar en la prostitución forzada, la prostitución voluntaria y la prostitución que involucra a menores de edad. Este análisis parcelado se justifica porque cada “clase” de prostitución implica realidades diametralmente opuestas, desde el bien jurídico que se considera protegido, hasta la regulación o reconocimiento que cada legislación le asigna a cada una de ellas. Posteriormente, y solo luego de haber concluido que una estafa tiene cabida en cierta clase de prostitución, corresponde determinar qué tratamiento normativo adopta en concreto nuestro país con respecto a este fenómeno. Y finalmente, a la luz de un concepto jurídico-económico del patrimonio, se debe determinar si se dan los requisitos de toda estafa para su configuración.

Respecto de la prostitución infantil, tanto en el ámbito nacional como internacional, se rechaza fuertemente cualquier conducta de connotación sexual que involucre a menores de edad. Nuestro CP contempla diversas figuras ligadas a la corrupción de menores, que castigan expresamente la prostitución con tales características. Así, se tipifican el favorecimiento de la prostitución y obtención de servicios sexuales de menores (artículos 367 y 367 ter CP), la producción de pornografía infantil (artículo 366 quinquies CP) y la comercialización, difusión, adquisición y posesión de pornografía infantil (artículo 374 bis CP), por tratarse de delitos que atentan contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad y que afectarían sustancialmente su normal desarrollo físico y psicológico¹⁹². En este sentido, la libertad sexual alude a la “facultad de la persona para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro”¹⁹³. No obstante ello, se afirma que por no estar completamente desarrollada esta facultad en los menores de edad, particularmente en los impúberes, el bien jurídico protegido corresponde a la indemnidad sexual, es decir, el libre desarrollo y formación sexual de los menores¹⁹⁴.

Por otro lado, el Estado de Chile ha adoptado instrumentos internacionales en esta materia, como el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (ratificado por Chile el 06 de febrero del año 2003) y el Convenio N° 182 de la OIT acerca de las denominadas “*Peores formas de trabajo infantil*” (ratificado por Chile el 17 de julio del año 2000).

¹⁹² AGUILAR ARANELA, Cristián, *Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y Jurisprudencia* (2ª edición, Editorial Metropolitana, Santiago, 2012), p. 125.

¹⁹³ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit. (n°17), p. 246.

¹⁹⁴ *Ibíd.*

En conclusión, por el especial interés que tiene para el Estado de Chile la proscripción de la prostitución infantil, interés igualmente compartido en el ámbito internacional, es que la naturaleza de la ilicitud que sirve de base a una eventual estafa deja en un segundo plano todo posible perjuicio patrimonial. Por ejemplo, el cliente de una red de prostitución infantil que es engañado por el proxeneta que la dirige, en el sentido de no obtener el servicio sexual por el cual pagó previamente, no merece protección a título de estafa. De esta manera, el injusto de la conducta del cliente al intervenir en un negocio de estas características, excluye el injusto de la estafa. En consecuencia, la procedencia de una estafa en estos supuestos simplemente no tendrá cabida. Además, una estafa de estas características difícilmente será denunciada en la práctica, en atención a las penas que el cliente arriesga por la comisión de delitos sexuales contra menores.

Por otro lado, nuestra legislación igualmente rechaza cualquier forma de prostitución en la que intervenga la violencia o intimidación por parte de terceros, así como también la denominada “trata de personas” para que ejerzan la prostitución. Nuestro CP sanciona en el artículo 411 ter la promoción o facilitación para la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero; y en el artículo 411 quáter castiga al que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, entre otras prácticas similares, capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados.

En consecuencia, la penalización de la trata de personas con los fines aludidos, unida al ejercicio de la prostitución forzada, impiden, al igual que en el ámbito de la prostitución infantil, la configuración de una estafa con causa ilícita.

Por último, también existen casos donde el trabajador sexual adopta la decisión de ejercer la prostitución en forma libre y voluntaria, sin presiones o violencia por parte de terceros. Esta clase de prostitución es una opción personal legítima, motivada generalmente por razones económicas, por lo que se afirma que la persona que la ejerce debería ser tratada efectivamente como un trabajador, con los consecuentes deberes y derechos que a éstos les corresponden¹⁹⁵, algo que en los hechos no sucede en Chile, dada la ausencia de una normativa laboral al respecto.

Con respecto al bien jurídico de la libertad sexual, el profesor RODRÍGUEZ COLLAO¹⁹⁶ plantea que el aspecto *positivo o dinámico* de la misma corresponde a “la facultad de ejercer libremente cualquier forma de comportamiento sexual, en las circunstancias y con la persona que cada cual cual desee, o bien, de abstenerse de su ejecución”, mientras que el aspecto *negativo o estático* alude al “derecho de la persona a no verse involucrada, sin su consentimiento, por otro individuo en un contexto sexual”. En consecuencia, se puede afirmar que con relación a la prostitución adulta voluntaria no existe, en concreto, atentado alguno a las dimensiones que involucra la libertad sexual.

¹⁹⁵CANALES NETTLE, Patricia, cit. (n°188), p. 3.

¹⁹⁶RODRÍGUEZ COLLAO, cit. (n°191), p. 61.

En consecuencia, se puede afirmar que el ejercicio de la prostitución en forma voluntaria, tratándose de mayores de edad, no se encuentra prohibido en nuestra legislación, y solo constituiría un ilícito cuando la conducta sexual trascienda a terceros ajenos a la relación, lo cual derivaría en una ofensa al pudor o las buenas costumbres, en términos del artículo 373 CP. En consecuencia, se puede concluir, *a priori*, que es admisible una estafa en este ámbito, ya sea que el sujeto que la ejerce no obtenga la contraprestación acordada luego de prestar el servicio sexual, o bien, que el cliente, luego de efectuar el pago, no obtenga el servicio sexual convenido.

Luego de acotar el ámbito respecto del cual una estafa sería admisible, se debe aclarar de antemano que la solución a la aplicación de esta figura delictiva en este supuesto no pasaría por identificar la prostitución como un acto contrario al orden público o a las buenas costumbres. En este sentido, no hay duda que para un sector de la sociedad dicha actividad corresponde a un acto atentatorio contra esos dos conceptos, razón por la cual se estima que el acto base de la estafa adolecería de causa ilícita por ser un acto contrario al orden público o a las buenas costumbres. Con respecto a lo anterior, cabe descartar este criterio de solución, por que los conceptos de orden público o buenas costumbres son abstractos, indeterminados y variables con respecto a su contenido, y porque nuestra legislación no prohíbe el ejercicio voluntario de la prostitución respecto de mayores de edad cuando el acto sexual tiene lugar reservadamente en la intimidad¹⁹⁷.

En el presente trabajo se sostiene que la configuración de una estafa dependerá del tratamiento normativo¹⁹⁸ que cada país adopte en torno al fenómeno de la prostitución y del concepto de patrimonio que se acoja en concreto. En consecuencia, la naturaleza de la ilicitud del acto base de una estafa variará según se trate de legislaciones donde esa actividad se encuentre expresamente prohibida, fácticamente tolerada, regulada, o, al menos, reconocida.

Con respecto a la legislación chilena, es posible constatar a través de ciertas normas, que directa o indirectamente se relacionan con el ejercicio de la prostitución, la existencia de un *modelo abolicionista* en la manera de abordar legalmente la prostitución voluntaria¹⁹⁹. En este orden de ideas, la prostitución voluntaria donde intervienen sujetos mayores de edad no constituye una actividad expresamente prohibida en nuestro Derecho, contrario a lo que sucede con la trata de personas que ejerzan la prostitución y la prostitución infantil, descartándose, por ende, un modelo prohibicionista. Por otro lado, tampoco se trata de una realidad correctamente regulada, y menos aún, existe un reconocimiento de derechos laborales o del ámbito de la seguridad social, ni se imponen los deberes tributarios de cualquier actividad económica, descartándose un modelo reglamentarista.

El abolicionismo reconoce la prostitución adulta voluntaria a través de ciertas normas constitucionales, de cuya interpretación puede desprenderse que se trata de una actividad

¹⁹⁷GONZÁLEZ JARA, cit. (n°190), p. 69.

¹⁹⁸ Sobre los distintos modelos de abordaje normativo de la prostitución, sus bases ideológicas y críticas, véase VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados*, en *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época, N°7 (2012), pp. 82-88.

¹⁹⁹ De otra opinión, GONZÁLEZ JARA, cit. (n°190), p. 108, según el cual la legislación tiene un carácter mixto, siendo por una parte prohibicionista y por otra reglamentarista.

económica²⁰⁰, así como de la regulación e implementación de políticas públicas que buscan evitar la propagación de enfermedades venéreas de transmisión sexual. En este orden de ideas, la Constitución Política de la República en el artículo 19 N^{os} 1, 16 y 21, reconoce, respectivamente, el derecho a disponer sobre el propio cuerpo, el derecho a la libertad de trabajo y el derecho a la libre actividad económica. Finalmente, el Código Sanitario regula la prostitución, pero con un claro ánimo de disuasión de esta actividad. En los artículos 38 y 39 se busca evitar la propagación de enfermedades venéreas, y en el artículo 41 se ordena llevar una estadística sanitaria, además de prohibir la prostitución en prostíbulos cerrados o casas de tolerancia.

De esta manera, se puede concluir que al no tratarse de un supuesto expresamente reprobado por el Ordenamiento Jurídico, sino que, por el contrario, por tratarse de una actividad tolerada y tácitamente reconocida por algunas normas, sí sería posible la configuración de una estafa. En definitiva, el ejercicio de la prostitución voluntaria en mayores de edad no constituye un delito, por lo que debería aplicarse algunas de las figuras genéricas de estafa contempladas en el CP, según corresponda al caso en concreto.

Por otro lado, a esta misma solución se arriba si se somete la situación al concepto mixto de patrimonio propuesto en el presente trabajo. En este sentido, según se ha venido señalando, para una concepción mixta, el patrimonio se encuentra integrado por todas las posiciones con valor económico que estén reconocidas o, que al menos, no estén expresamente desaprobadas por el Ordenamiento Jurídico. En consecuencia, al no tratarse la prostitución voluntaria adulta de un delito, el patrimonio del trabajador sexual sí puede sufrir un efectivo perjuicio patrimonial constitutivo de estafa, al igual que el patrimonio de un cliente del comercio sexual.

Por último, otra posible solución, que viene de la mano de un concepto mixto de patrimonio, es considerar la “fuerza del trabajo” como un elemento integrante del mismo. Pero que en el supuesto de una estafa en el ejercicio de la prostitución, se trata de un elemento difícil de considerar por dos motivos: en primer lugar, las concepciones mixtas, a diferencia de una concepción económica pura de patrimonio, optan por excluir la fuerza del trabajo en la medida en que ésta tenga finalidades prohibidas o contrarias a la moral o al orden público²⁰¹. Por tanto, los partidarios de un concepto mixto de patrimonio no postulan proteger la fuerza del trabajo de quien ejerce la prostitución. En segundo término, se afirma que en aquellos casos donde existe un contrato de trabajo, no cabe duda que la prestación laboral, que forma parte de una relación jurídica patrimonial²⁰², corresponde al elemento fuerza del trabajo. Sin embargo, en Chile no está regulado de manera alguna el aspecto laboral de la prostitución, por consiguiente, no se reconoce jurídicamente que sea una actividad laboral con los consecuentes deberes y derechos que ésta involucra²⁰³.

²⁰⁰ En este sentido, SÁEZ TAPIA, Carolina - ARAVENA CANALES, Fabián, *El derecho a ejercer el comercio sexual en Chile*, p.8. Disponible en <http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Carolina-Saez_1252892295.pdf> [fecha de la consulta: 15 de junio de 2014].

²⁰¹ GALLEGO SOLER, cit. (n°71), p. 164.

²⁰² SCHLACK MUÑOZ, cit. (n°79), p. 285.

²⁰³ Sin perjuicio de esta afirmación, en Chile existe el Sindicato Nacional de Trabajadoras Independientes Ángela Lina, organización que, según se describe en el sitio web <http://www.comminit.com/node/300700>

3.4. LA ESTAFA EN NEGOCIOS DE TRÁFICO ILÍCITO

Existen supuestos ilícitos en los cuales bajo ninguna circunstancia se admitiría la configuración de una estafa. En concreto, la negación de una estafa con causa ilícita se debe a que el acto que sirve de base a la misma es contrario a la ley o, en términos de nuestro CC, se trata de una causa prohibida por la ley (artículo 1467 inc. 2 CC). Por otro lado, si se someten estos supuestos a un concepto mixto de patrimonio es posible arribar a la misma conclusión, en este caso, un patrimonio integrado por elementos desaprobados por el Ordenamiento Jurídico, que no merecen protección.

Esta situación se puede apreciar en nuestra legislación en los supuestos de tráfico de órganos, tráfico de drogas y tráfico de personas:

i) Tráfico de órganos. La Ley N° 19.451, sobre trasplante y donación de órganos, sanciona en su artículo 13 la facilitación o proporción a otro, con ánimo de lucro, de algún órgano propio para ser usado con fines de trasplante o al que lo hiciera por cuenta de terceros, así como al que ofreciere o proporcionare dinero o cualesquiera otras prestaciones materiales o económicas, con el objeto de obtener algún órgano o el consentimiento necesario para la extracción, ya sea para sí mismo o para un tercero.

ii) Tráfico de drogas. La Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, castiga en su artículo 3 a los que sin contar con la debida autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten sustancias estupefacientes o sicotrópicas o las materias primas que sirvan para obtenerlas. A su vez, el artículo 4 referido al delito denominado “microtráfico”, sanciona a los que transfieran, suministren o faciliten a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objeto de que sean consumidas o usadas por otro.

iii) Tráfico de personas. En el artículo 411 quáter CP se castiga al que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o practicas análogas a ésta, o extracción de órganos.

En conclusión, debe negarse una estafa toda vez que el acto que sirva de base a la misma coincida con una conducta sancionada expresamente por el Ordenamiento Jurídico y, más aún, si se trata de una conducta delictiva. Por ejemplo, el sujeto que compra un riñón para ser trasplantado a un familiar, quien luego de haber pagado el precio no recibe el órgano, no tendrá derecho a alegar ser víctima de una estafa, dado que la Ley N° 19.451, sobre trasplante

[fecha de la consulta: 1 de julio de 2014] agrupa a mujeres trabajadoras sexuales de Chile con los objetivos de promocionar y validar los derechos humanos y laborales de las trabajadoras sexuales, sensibilizar a la sociedad sobre el tema de salud sexual de las mujeres, promover el desarrollo de habilidades sociales en las mujeres, favorecer y promocionar la prevención de las ETS y VIH/Sida en trabajadoras sexuales y regular y normar el comercio sexual femenino adulto.

y donación de órganos, sanciona la proporción de dinero con el objeto de obtener un órgano para sí mismo o para un tercero.

En concordancia con lo anterior, no es procedente una estafa respecto del negocio ilícito donde un sujeto paga una cierta cantidad de dinero para adquirir alguna de las sustancias estupefacientes o sicotrópicas sancionadas por la Ley N° 20.000, y que luego de efectuar dicha prestación se percata que lo recibido eran polvos inocuos. Como tampoco será procedente respecto de quien entregó la droga, pero que no recibió el pago por ella.

Finalmente, en virtud del artículo 411 quáter CP, tampoco se configura el tipo de estafa en el supuesto que se acuerde la compra y venta de personas con fines de esclavitud o de trabajos forzados, ya sea en el caso que el “comprador” pague y no reciba a las personas, como en el supuesto que el “vendedor” entregue a las personas pero no reciba el pago de ellas.

CONCLUSIONES

1. Nuestro CP contempla en los artículos 469 N°5 y 470 N°7 dos figuras de estafa con causa ilícita. Se trata de una regulación casuística demostrativa del reconocimiento excepcional de esta clase de estafa en nuestra legislación.
2. En ambas normas, la ilicitud de la causa corresponde a supuestos expresamente contradictorios a las normas del Derecho civil, en el sentido que constituyen causales de sanción de nulidad absoluta. Por ende, ambas normas se identifican con supuestos civilmente nulos.
3. Fuera de los casos expresamente regulados en el CP, existen otras hipótesis con características de ilicitud respecto de las cuales se discute la configuración de una estafa. Frente a ellas, se concluye que la ausencia de una regulación no determina su impunidad, siendo necesario someter cada hipótesis, en particular, a determinados criterios de solución.
4. Primeramente, se propone analizar la naturaleza de la ilicitud de cada hipótesis, a fines de determinar si el injusto de la ilicitud excluye o no el injusto de una estafa. Por otro lado, se postula como un criterio de solución adicional al anterior, analizar los supuestos de estafa con causa ilícita a la luz del concepto de patrimonio implícito en el CP, a fines de determinar cuál es el patrimonio jurídicamente protegido en nuestra legislación. De la regulación de ciertas normas se concluye que éste correspondería a una concepción jurídica-económica o mixta del patrimonio, según la cual, el patrimonio jurídicamente protegido se encuentra integrado por realidades evaluables económicamente y que no se encuentren expresamente desaprobadas por el Ordenamiento Jurídico.
5. Con respecto al título de sanción de aquellas hipótesis que permitan la configuración de una estafa, se concluye que los supuestos de causa ilícita en el CP son específicos y no contemplan causales genéricas que permitan subsumir ulteriores hipótesis de estafa con causa ilícita. En consecuencia, las hipótesis no reguladas deberán sancionarse, según corresponda al caso en concreto, por las otras figuras genéricas de estafa contempladas en el CP.
6. En relación con la estafa en el contexto del ejercicio de la prostitución, se concluye que se trata de una actividad tolerada o no expresamente sancionada por el Ordenamiento Jurídico chileno. En consecuencia, sí es admisible una estafa. Por otro lado, al someter esta hipótesis a un concepto mixto de patrimonio, se puede afirmar que el patrimonio del trabajador sexual estafado sí se encuentra jurídicamente protegido, por ende, también será posible la configuración de una estafa.
7. Con respecto al inmigrante irregular estafado, la ilicitud en el acto que sirve de base a la estafa se identifica con la contravención a las normas administrativas que regulan el ingreso y permanencia de los extranjeros en el Estado de Chile. Se concluye que el incumplimiento a la Ley de Extranjería no constituye un ilícito, por consiguiente, también

es procedente una estafa en este caso. En este mismo sentido, al aplicar un concepto mixto de patrimonio, igualmente se concluye que el patrimonio del inmigrante irregular estafado sí goza de protección jurídica para efectos de una estafa.

8. Finalmente, en los casos de estafa en negocios de tráfico ilícito (tráfico de drogas, tráfico de órganos, tráfico de personas), se concluye que por tratarse de conductas delictivas y, por ende, expresamente desaprobadas por el Ordenamiento Jurídico, siempre será inadmisibile una estafa. Asimismo, al someter tales supuestos a un concepto mixto de patrimonio, se concluye que se trata de patrimonios que no están jurídicamente protegidos, siendo improcedente la verificación de una estafa.

BIBLIOGRAFÍA

1. FUENTES NORMATIVAS

Código Civil chileno.

Código Penal chileno.

Código Sanitario chileno.

Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares (1990).

Convenio N° 182 de la OIT acerca de las denominadas “Peores Formas de Trabajo Infantil” (1999).

Decreto Ley N° 1.094 (Ley de Extranjería).

Ley N° 19.451, sobre trasplante y donación de órganos.

Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000).

2. LITERATURA

AGUILAR ARANELA, Cristián, *Delitos patrimoniales: apropiación por medios materiales, fraudes por engaño y por abuso de confianza* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2008).

AGUILAR ARANELA, Cristián, *Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y Jurisprudencia* (2ª edición, Editorial Metropolitana, Santiago, 2012).

ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el derecho chileno* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008).

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo - SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel - VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general* (7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), II.

ANTÓN ONECA, José, *Obras* (Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, 2000).

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “*Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago*”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXVIII-3 (1975), pp. 355-377

- BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *El delito de estafa. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2012).
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *El “engaño” en el delito de estafa*, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N°1 (2010), pp. 3-28.
- BULLEMORE, Vivian - MACKINNON, John, *Curso de derecho penal. Parte especial* (2ª Edición, Santiago, Editorial LexisNexis, 2007), IV.
- CABRERA GUIRAO, Jorge - CONTRERAS ENOS, Marcos, *El engaño típicamente relevante a título de estafa: modelo dogmático y análisis jurisprudencial* (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009).
- CHOCLÁN MONTALVO, José, *El delito de estafa* (España, Editorial Bosch, 2000).
- CONTRERAS TORRES, Raúl, *El delito de estafa* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1992).
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), III.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, *Engaño y víctima en la estafa*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVI (Valparaíso, 2005), pp. 181-193.
- FERNANDES GODINHO, Inês - MAYER LUX, Laura, *A burla como crime contraopatrimónio: superação de uma tautologia*, en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 21, N°2 (2011), pp. 237-266.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002).
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte especial* (3ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- GONZÁLEZ JARA, Manuel Ángel, *Regulación penal del meretricio* (Santiago, Editorial Librotecnia, 2009).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Aproximación a la problemática de la estafa*, en AA.VV., *Problemas actuales de derecho penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003), pp. 147-190.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el Derecho Penal chileno*, en *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del derecho penal*, en IV Jornadas Nacionales de derecho penal y ciencias penales (Valdivia, Editorial Legal Publishing, 2007), pp. 195-223.
- KINDHÄUSER, Urs, *La estafa como autoría mediata tipificada* (traducción de Jorge Fernando Perdomo, Bogotá, en Cuadernos de conferencias y artículos, N°28, Universidad Externado de Colombia, 2002).

- LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal* (7ª edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983).
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009).
- MAYER LUX, Laura, *El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLII (Valparaíso, 2014), pp. 285-319.
- MERA FIGUEROA, Jorge, *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1986).
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la propiedad* (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2013).
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Estafa y negocio ilícito, algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, N° 5 (2000), pp. 335 - 360.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa* (Madrid, Editorial Marcial Pons, 2004).
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Fraude de Seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno: parte especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- ROJAS, Luis Emilio, *Perjuicio patrimonial e imputación objetiva*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVII (Valparaíso, 2011), pp. 415- 434.
- SCHLACK MUÑOZ, Andrés, *El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N°2 (2008), pp. 261-292.
- SILVA SILVA, Hernán, *Las estafas: doctrina, jurisprudencia y derecho comparado* (2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados*, en *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época, N°7 (2012), pp. 81-142.
- YUBERO CÁNEPA, Julio, *El engaño en el delito de estafa: doctrina y jurisprudencia* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica, 2010).

3. LITERATURA ELECTRÓNICA

- ASÚA BATARRITA, Adela, *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin.* (1993). Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46430.pdf>> [fecha de la consulta: 5 de junio de 2014].
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *El perjuicio en el delito de estafa*, en *Revista de derecho y ciencias penales*, N° 14, Universidad San Sebastián (2010), pp. 106-116. Disponible en: <<http://academiadederechopublico.files.wordpress.com/2011/08/el-perjuicio-en-el-delito-de-estafa-gbh1.pdf>> [fecha de la consulta: 10 de junio de 2014].
- BUSTAMANTE SOLDEVILLA, Minda - ROSENFELD YTIER, Karen - DE LA RIVA MURILLO, Vania, *Informe Final. Defensa Penal de migrantes; aplicaciones y particularidades* (2012). Disponible en <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/39438/1/INFORME%20FINAL_DPMigrantesdiciembre%2520v2.pdf>. [fecha de la consulta: 8 de junio de 2014].
- CANALES NETTLE, Patricia, *La regulación de la prostitución en la legislación comparada* (Santiago, 2005). Disponible en <http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro325.pdf>. [fecha de la consulta: 10 de junio de 2014].
- CASTELLETTI FONT, Claudia, *Defensa legal de extranjeros frente a resoluciones administrativas sobre su permanencia*, en *Seminario: Defensa penal de inmigrantes*, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública (2011). Disponible en <<http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/2e2e5397d383238a0323a3c211415a12.pdf>>. [fecha de la consulta: 15 de junio de 2014].
- Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *Migración Irregular, Tráfico Ilícito de inmigrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia*. Disponible en <http://www.icgrp.org/files/summaries/40/122_pb_es.pdf>. [fecha de la consulta: 10 de junio de 2014].
- SÁEZ TAPIA, Carolina - ARAVENA CANALES, Fabián, *El derecho a ejercer el comercio sexual en Chile*. Disponible en <http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Carolina-Saez_1252892295.pdf> [fecha de la consulta: 15 de junio de 2014].
- KINDHÄUSER, Urs, *Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal*, en *Anuario de derecho penal económico y de la empresa* (2011), pp. 51-58. Disponible en: <http://www.adpeonline.com/anuario2011/anuario_pdf/51-58/51-58.pdf> [fecha de la consulta: 5 de junio de 2014].