
DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

Revista Internacional

29

Octubre - Diciembre 2009

ISSN 1692-1682

Bogotá, Colombia

LEGIS
INFORMACIÓN & SOLUCIONES

Bogotá - México D.F. - Buenos Aires - Caracas - Lima - Santiago

Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno^(*)

Héctor Hernández Basualto

*Profesor de derecho penal y procesal penal de la Universidad Alberto Hurtado de Chile
Doctor en Derecho de la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo
(Chile)*

Sumario

El artículo aborda el concepto de perjuicio patrimonial del derecho penal chileno, en particular la muy discutida cuestión de si constituye perjuicio la simple frustración de los fines del titular del patrimonio. A partir de una respuesta negativa, el trabajo se hace cargo críticamente de las tesis que sostienen lo contrario, sea haciendo excepciones puntuales a un concepto esencialmente objetivo (componente individual del perjuicio), sea asumiendo directamente un concepto más o menos subjetivo de perjuicio (concepto personal de patrimonio).

Temas relacionados

Perjuicio patrimonial; concepto personal de patrimonio; desviación de caudales públicos.

(*) El texto corresponde a la versión revisada y ampliada de la ponencia efectuada el 23 de noviembre de 2007, en Valdivia, en el marco de las Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile.

I. La cuestión

La cuestión a tratar es si los fines a los que el titular de un patrimonio ha vinculado el mismo son relevantes o no, en cuanto tales, para la apreciación del *perjuicio* que suele exigir la ley como resultado típico de los delitos patrimoniales. Específicamente, la pregunta es si la *frustración* de tales fines constituye perjuicio patrimonial.

Aquí se sostiene la respuesta negativa. La consideración como perjuicio patrimonial de la sola frustración de los fines del titular del patrimonio en cuestión, cualesquiera que sean los requisitos y límites que para estos efectos se le impongan, implica ineludiblemente un paso en la dirección de convertir los delitos de daño patrimonial en delitos contra la libertad de disposición o destinación patrimonial, toda vez que el elemento perjuicio pierde su relevancia autónoma al identificarse con la *vulneración de la voluntad de la víctima*, sea mediante el engaño que motiva la disposición (como ocurre en la estafa) o mediante la vulneración de los deberes de lealtad respecto de la misma en la disposición propia (como ocurre en los tipos asimilables a la administración desleal)⁽¹⁾. Adicionalmente, al menos tratándose de la estafa, con ello se desconoce la delicada función legitimante que se le asignara a la exigencia autónoma de perjuicio en el surgimiento histórico de dicho tipo penal⁽²⁾.

Esta respuesta negativa es la que se aviene con un concepto *objetivo* de patrimonio y de perjuicio, como es propio, al menos en principio, de los llamados concepto económico y concepto jurídico-económico o

(1) Cumplirían esa función en el Derecho chileno sobre todo el llamado fraude al Estado (C.P., art. 239) y, parcialmente, la apropiación indebida (C.P., art. 470, n.º 1); al respecto, con detalle, Hernández, H. "La administración desleal en el derecho penal chileno". En: Revista de Derecho (PUCV), vol. XXVI (2005 I), 201, pp. 231 y ss., 235 y ss.

(2) Al respecto, para el derecho alemán, Schlüchter, E. "Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens beim Betrug - Ärgernis oder Rechtsstaatsanfordernis?" En: Brieskorn, N. (Hrsg.), Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft (Festschrift für Winfried Trusen). Schöningh, Paderborn: 1994, pp. 588 y ss., y pássim.

mixto de patrimonio⁽³⁾. En efecto, ambas posiciones coinciden en concebir el patrimonio como una unidad (universalidad) de valor económico, conformada por el conjunto de bienes, derechos o posiciones apreciables en dinero que se encuentran bajo el poder de disposición de una persona determinada. Sus diferencias se concentran casi exclusivamente en el grado de sometimiento a los criterios *jurídicos* de atribución de bienes y derechos requerido para reconocerle relevancia a dicho poder de disposición, sometimiento que es nulo en un concepto económico puro, y crecientemente mayor en las distintas variantes de un concepto mixto⁽⁴⁾, que hoy son claramente mayoritarias.

Estas diferencias, que son ciertamente relevantes, no tienen, sin embargo, mayor incidencia a la hora de apreciar si se ha verificado un perjuicio patrimonial. Para ambas posiciones el perjuicio consiste en la disminución del valor monetario del patrimonio, contexto en el cual, sin embargo, en virtud de la concepción del patrimonio como unidad de valor y no como una simple agrupación de posiciones patrimoniales que para estos efectos conserven su individualidad, las pérdidas que provoca la conducta enjuiciada pueden verse *compensadas* con las eventuales ganancias a que la misma pueda dar lugar (*principio de compensación*). De este modo, si de la conducta enjuiciada no se deriva una pérdida de valor monetario en esos tér-

(3) Una síntesis de los conceptos de patrimonio y perjuicio en la literatura chilena en Hernández, H. "Aproximación a la problemática de la estafa". En: AA.VV. Problemas actuales de derecho penal. Universidad Católica de Temuco, Temuco: 2003, pp. 171 y ss.; también, Cueto, G. El delito de apropiación indebida. Administración desleal. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago: 2005, pp. 223 y ss.

(4) En lo tocante a estas últimas, cabe distinguir, además, entre las que entienden —todavía mayoritariamente— que dicho sometimiento es sólo un "correctivo" necesario del concepto económico, con el fin de evitar graves contradicciones valorativas al interior del ordenamiento jurídico, y aquellas que, más bien al contrario, ven en los mencionados criterios de atribución la base misma del concepto de patrimonio, en lo que tal vez podría calificarse como un concepto "neo-jurídico" (entre otros, Nelles, U. *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. Duncker & Humblot, Berlin: 1990, pp. 385 y ss.; y especialmente, Hefendehl, R. *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*. Duncker & Humblot, Berlin: 1994, pp. 115 y ss.; Hefendehl, R. En: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch [MUKo]*. Beck, Bd. 4, Münche: 2006, §263 Rdn. 333 y ss.). Con todo, las diferencias se concentran en la fundamentación y no en los resultados prácticos que se postulan, los que son altamente coincidentes.

minos (*principio de saldo negativo*), no habrá perjuicio, aunque los fines del titular se hayan visto gravemente frustrados.

Al menos como punto de partida fundamental, esta es la postura dominante en las doctrinas española⁽⁵⁾, alemana⁽⁶⁾, italiana⁽⁷⁾ y portuguesa⁽⁸⁾, y parece dominar también en nuestra literatura⁽⁹⁾. El punto de partida opuesto, ejemplificado en el régimen de la estafa, sólo domina en tradiciones jurídicas que han vaciado de contenido el concepto de perjuicio⁽¹⁰⁾ y que, en

(5) Por un concepto mixto, entre otros, Antón Oneca, J. Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia. Seix, Barcelona: 1957 (separata de artículo publicado en el t. IX de la Nueva Enciclopedia Jurídica), pp. 11 y ss.; Huerta Tocildo, S. Protección penal del patrimonio inmobiliario. Civitas, Madrid: 1980, pp. 35 y ss.; Zugaldía Espinar, J. M. Delitos contra la propiedad y el patrimonio. Aka!, Madrid: 1988, pp. 55 y ss.; Martos Núñez, J. A. El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. Civitas, Madrid: 1990, pp. 38 y ss.; Bustos Ramírez, J. Manual de derecho penal. Parte especial. 2.ª edición. Ariel, Barcelona: 1991, p. 161; Bajo Fernández, M. y Pérez Manzano, M. En: Bajo Fernández, M.; Pérez Manzano, M. y Suárez González, C. Manual de derecho penal. Parte especial II. 2.ª edición. Ceura, Madrid: 1993, margs. 57 y ss.; Muñoz Conde, F. Derecho penal. Parte especial. 15.ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia: 2004, p. 368; todos con referencias. Por un concepto estrictamente económico, Valle Muñiz, J. M. El delito de estafa. Bosch, Barcelona: 1987, pp. 249 y ss. Que el concepto económico o mixto es el dominante lo reconocen en general sus críticos.

(6) Representativos, Lackner, K. En: Jescheck, H.-H. *et ál.* (Hrsg.). En: *StGB-Leipziger Kommentar* (LK), 10. Aufl. De Gruyter, Berlin-New York (1979), § 263, Rdn. 123; Tiedemann, K. En: Jähne, B. *et ál.* (Hrsg.). En: *StGB-Leipziger Kommentar* (LK), 11. Aufl. De Gruyter, Berlin-New York: 2000, § 263, Rdn. 132; Cramer, P. y Perron, W. En: Schönke / Schröder. *Strafgesetzbuch. Kommentar* (S/S), 27. Aufl. Beck, München: 2006, § 263 Rdn. 82 y ss.

(7) Por un concepto mixto, Dolcini, E. y Marinucci, G. *Codice penale commentato. Parte speciale*. Ipsoa, Assago (Milano): 1999, art. 640, marg. 37; Fiandaca, G. y Musco, E. *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2. T. II. Terza edizione*. Zanichelli, Bologna: 2002, pp. 24 y ss.

(8) Por un concepto mixto, con referencias, Almeida Costa, A. M. En: De Figueiredo Dias, J. (Dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte especial. T. II*. Coimbra Editora, Coimbra: 1999, artículo 217, pp. 281 y ss.

(9) Etcheberry, A. *Derecho penal. Parte especial. T. III*. 3.ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago: 1998, pp. 399 y ss., 404 y ss.; Hernández. "Aproximación", pp. 179 y ss.; Politoff, S.; Matus, J. P. y Ramírez, M. C. *Leciones de derecho penal chileno. Parte especial*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago: 2004, p. 396; Balmaceda, G. y Peller, G. F. "Análisis dogmático del concepto de 'perjuicio' en el delito de estafa (especial referencia al concepto de 'perjuicio en forma de peligro')". En: REJ, n.º 7 (2006), 185 (189); Balmaceda, G. (coord.). *Problemas actuales de derecho penal*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago: 2007, pp. 467 y ss.; Bascañán, A. "Delitos contra intereses instrumentales". En: Rev. D. UAI I, 291 (2004) (293).

(10) Tal es el caso, por ejemplo, del Derecho francés. Si bien el artículo 405 del viejo Código Penal de 1810 sugería con nitidez la exigencia de perjuicio, tanto la doctrina como la jurisprudencia hicieron bastar siempre la simple

consecuencia, operan del mismo modo en que lo hacen ordenamientos que simplemente prescinden de la exigencia de tal resultado típico⁽¹¹⁾.

Lamentablemente, sin embargo, no basta con una toma de posición decidida ni con la simple invocación de la opinión que parece dominante para despejar de una vez el punto, pues más allá de que la posición que aquí se sostiene pueda a primera vista parecer muy convincente, los casos concretos que motivan la cuestión pueden tener ribetes tan extremos que ponen a prueba toda convicción inicial. Esto es lo que explica que, no obstante la aparente claridad en cuanto a la necesidad de un punto de partida económico objetivo, la protección de los fines individuales se cuele con una frecuencia tal que, en los hechos, la respuesta que aquí se propugna bien puede considerarse minoritaria.

Porque puede parecer muy razonable que se niegue sin más la existencia de un perjuicio patrimonial cuando la frustración del fin resulta relativamente insignificante, al punto que más que de “frustración” se puede hablar de una simple variación que no afecta el sentido económico general de la operación enjuiciada, como ocurre cuando, por poner ejemplos burdos, se ha pagado el precio de mercado por la adquisición de un automóvil o de otro producto, pero se ve frustrado el propósito perseguido en cuanto a que sea de un determinado color o de un determinado origen geográfico. Sin embargo, la tranquila apariencia se va disipando rápidamente cuando la variación comienza a acentuarse.

(Cont. nota 10)

disposición patrimonial o a lo más un etéreo “perjuicio moral”, sin que la exigencia mucho más explícita del artículo 313-1 del código de 1992 parezca haber modificado mayormente las cosas. Al respecto, Véron, M. *Droit pénal des affaires*. 5.^e édition. Armand Colin, Paris: 2004, n.º 37, p. 37; Larguier, J. y Conte, P. *Droit pénal des affaires*. 11.^e édition. Armand Colin, Paris: 2004, n.º 139 y ss. (pp. 123 y ss.). En perspectiva comparada, Walter, T. *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*. C.F. Müller, Heidelberg: 1999, pp. 239 y ss.

(11) Por ejemplo, no se exige perjuicio patrimonial ni en el Derecho inglés (ni galés), ni en el Derecho de los Estados Unidos. Al respecto (por contraste con la tradición continental), Doig, A. *Fraud*. Willan Publishing, Uffculme, Cullompton. Devon: 2006, pp. 26 y ss.; y Dressler, J. *Understanding criminal law*. 3rd edition. LexisNexis, New York: 2001, pp. 564 y ss.

Los mismos ejemplos calificados como burdos dejan de serlo si el automóvil en cuestión debe formar parte de una flota de vehículos de trabajo caracterizada por el uso de los colores corporativos o cuando el giro del negocio es precisamente la comercialización de productos importados directamente desde el sudeste asiático, y de ahí hasta los casos más extremos. Piénsese, por ejemplo, en las siguientes situaciones: la empresa que en virtud de un engaño paga el precio de mercado por una costosa maquinaria con la que pretende aumentar su producción, la que, sin embargo, es del todo inadecuada para sus necesidades; la autoridad pública que en vez de aplicar los fondos que le han asignado para la construcción de viviendas de emergencia en una zona devastada por un terremoto, los destina a la construcción —ajustada estrictamente a los precios de mercado— de una cancha pública de golf; el sujeto que en virtud de un engaño contrata sin advertirlo —a un precio muy conveniente— la suscripción a una revista técnica que simplemente no le interesa.

El perjuicio consiste en la disminución del valor monetario del patrimonio

En todos estos casos debería negarse el perjuicio patrimonial, porque las pérdidas (disposición de recursos) se han visto suficientemente compensadas por la incorporación al patrimonio de objetos que valen lo pagado por ellos, como son una maquinaria costosa, una cancha de golf de primer nivel y una muy conveniente suscripción. Desde el punto de vista del *saldo contable*, el patrimonio no vale menos de lo que valía antes de la conducta enjuiciada, de modo que no se puede hablar de perjuicio. La situación de los afectados parece, sin embargo, desmejorada y especialmente merecedora de protección y no solo de protección jurídico-civil, apariencia que puede acrecentarse si a los ejemplos se les agregan notas personales más dramáticas.

Este es el verdadero contexto de la cuestión, uno en el cual todas las opciones imponen un precio importante, lo que explica que se trate de un objeto de discusión permanente —de ningún modo superada— en la dogmática de los delitos patrimoniales. En las pági-

nas siguientes se tratará de mostrar que en esta materia no existen compromisos satisfactorios ni convincentes y que en la obligación de optar se debe preferir, a pesar de sus costos, una solución conforme a criterios económicos objetivos. Para ello se revisarán primero críticamente los esfuerzos por compatibilizar las premisas de un concepto de patrimonio de base económica objetiva con una protección siquiera limitada de los fines del titular en cuanto tales (*infra* 2), para luego abordar de modo igualmente crítico la revisión de las corrientes alternativas que sitúan la protección de dichos fines en el centro de la protección patrimonial, en particular de las llamadas concepciones personales o funcionales de patrimonio (*infra* 3), procurando especialmente demostrar que tanto el esfuerzo integrador como las tesis alternativas son incompatibles con el derecho chileno vigente (*infra* 4). Por último se esbozan algunas líneas sobre las posibilidades que ofrece una evaluación más precisa y rigurosa del perjuicio como vía *indirecta* de protección de los fines patrimoniales de las personas (*infra* 6).

2. La integración de las circunstancias particulares de la víctima en las concepciones objetivas y su crítica

Al parecer sólo un concepto económico puro ha mantenido rigurosamente sus puntos de partida objetivos y generales a la hora de apreciar un perjuicio patrimonial, sin atención a los fines particulares de los titulares del patrimonio en cuestión. Más allá de esos límites, la consideración de tales fines aparece con frecuencia, también al interior de doctrinas eminentemente económicas.

Así, por ejemplo, en la jurisprudencia alemana de finales del siglo XIX, el paso inicial desde un concepto jurídico (al respecto, *infra* 3) a uno económico de patrimonio estuvo acompañado por la especial consideración de la *utilidad* de las prestaciones en juego para el titular del mismo. En efecto, en el fallo que marca el punto de inflexión hacia un concepto económico (RGSt. 16, 1, de 20 de abril de 1887) se resolvió, respecto de una persona que mediante

engaño había contratado un seguro distinto del que quería, que dicha circunstancia no bastaba para la afirmación de un perjuicio, sino que se requería un efectivo menoscabo patrimonial, que podía consistir tanto en la disminución del valor de mercado del mismo como en la disminución de su *utilidad* para el titular⁽¹²⁾. Cabe destacar, en todo caso, que la consideración de esta última posibilidad no resultaba extraña en un contexto todavía totalmente marcado por el concepto jurídico tradicional, conforme al cual para la afirmación del perjuicio bastaba simplemente con que el sujeto no hubiera recibido por su dinero exactamente lo que se le debía.

Por lo mismo resulta mucho más significativo el vuelco que varias décadas más tarde, ya plenamente consolidado un concepto económico de patrimonio⁽¹³⁾, representa el fallo del célebre caso de las máquinas ordeñadoras (BGHSt. 16, 321, de 16 de agosto de 1961)⁽¹⁴⁾, en el que el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) sienta los criterios conforme a los cuales hasta el día de hoy tiene en consideración las necesidades de la víctima. El caso se puede sintetizar en los siguientes términos: el vendedor de una firma comercializadora de máquinas ordeñadoras ofrecía tales máquinas a pequeños empresarios agrícolas aparentándoles una inmejorable oferta especial que supuestamente les permitiría adquirirlas muy por debajo de su precio normal, lo que era falso, porque en realidad el precio ofrecido era el habitual. Muchos clientes, ante la perspectiva de perder esta oportunidad única, si bien no estaban en condiciones de hacerlo y en principio habían manifestado que no lo harían, adquirieron las máquinas con gran esfuerzo. En algún caso, además, no obstante haberse expresado las necesidades específicas de un cliente, se vendió una máquina totalmente inadecuada para las mismas.

(12) RGSt. 16, 1 (7).

(13) El paso decisivo hacia un concepto económico se habría dado mediante el fallo RGSt. 44, 230, de 14 de diciembre de 1910.

(14) Un completo resumen con análisis puede verse en Tiedemann, K. "Fälle und Entscheidungen zum Strafrecht". En: BT, 3, Aufl., Metzner, Frankfurt a. M.: 1983, pp. 154 y ss.

No obstante reafirmar que el punto de partida para la determinación del perjuicio es exclusivamente económico, el BGH señala que este punto de partida debe considerar las circunstancias concretas del caso y las necesidades específicas de las personas afectadas, pues los objetos no tendrían el mismo valor patrimonial para todo el mundo. A partir de este matiz, señala que, no obstante la aparente equivalencia económica entre prestación y contraprestación, puede afirmarse un perjuicio patrimonial al menos en los siguientes cuatro grupos de casos⁽¹⁵⁾:

a) Cuando a juicio de un observador imparcial la prestación recibida es para la víctima total o parcialmente inutilizable conforme a los fines del contrato o de otra forma tolerable;

b) Cuando la disposición patrimonial de la víctima la obliga a tomar medidas perjudiciales para su patrimonio, como cuando debe conseguir un crédito a intereses;

c) Cuando su disposición patrimonial limita a tal punto sus medios que pone en riesgo el cumplimiento de otras obligaciones, presentes o futuras, o

d) Cuando queda en situación de no poder seguir sustentando su estándar de vida.

Los tres últimos grupos de casos se agrupan bajo la noción de una afectación de la libertad de movimiento en materia económica (*wirtschaftliche Bewegungsfreiheit*), han sido los más controvertidos y no serán tematizados aquí. En cambio, el primer grupo, referido a la inutilidad de la prestación (*Unbrauchbarkeit*)—ya presente, como se ha visto, en la jurisprudencia anterior—, se ha consolidado claramente tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en lo que se ha dado en llamar el componente individual o personal en la determinación del perjuicio (*individueller [persönlicher] Schadenseinschlag*), en la dominante concepción jurídico-económica de patrimonio en Alemania⁽¹⁶⁾.

(15) BGHSt. 16, 321 (326, 328).

(16) Sobre el particular, por todos, Tiedemann. LK § 263 Rdn. 177 y ss.

De este modo, la opinión prevaleciente ha logrado un compromiso aparentemente satisfactorio entre las premisas de un concepto objetivo de patrimonio y de perjuicio y las necesidades de protección individual en casos relativamente extremos, en tanto que, desde un punto de vista práctico, logra soluciones “justas”, pero de un modo también aparentemente acotado y controlado, sin abrir indiscriminadamente las puertas de la protección penal a las necesidades particulares. Al mismo tiempo, sin embargo, queda expuesta a una crítica conceptual demoledora, por su inconsistencia y por la incapacidad que exhibe para integrar de un modo convincente la consideración de las necesidades individuales de cada persona en particular en un esquema que precisamente tiene en la generalización y abstracción de las mismas su punto de partida.

Porque pretende hacer convivir bajo un mismo concepto dos criterios que en rigor son incompatibles, como son la apreciación económico-contable de base objetiva y general con la consideración de necesidades individuales⁽¹⁷⁾. Es cierto que el llamado componente individual del perjuicio no se funda estrictamente en los *finés* de la víctima, sino en sus *necesidades*, las que además se valoran *objetivamente*, desde una perspectiva externa⁽¹⁸⁾, de modo que para afirmar un perjuicio no basta con que la víctima reciba algo que no satisface sus deseos o fines concretos, sino que se requiere que a juicio de un tercero imparcial el objeto resulte del todo inaprovechable. Si, por el contrario, a juicio de este observador externo la víctima —con buena voluntad y resignación— está en condiciones de arreglárselas con la prestación, aunque con ello no sea feliz ni pueda desarrollar sus planes económicos, simplemente no habrá perjuicio. Pero esta restricción,

(17) Kindhäuser, U. En: Kindhäuser, U. et ál. (Hrsg.). Strafrechtsgesetzbuch (Nomos-Kommentar, NK), 2. Aufl. Nomos, Baden-Baden: 2005, § 263, Rdn. 262.; Hoyer, A. En: Rudolphi, H.-J. et ál. (Hrsg.). Systematischer Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch (SK), Bd. 2, 6. Aufl. Luchterhand, München: 2005, § 263 Rdn. 216 y ss.; Arzt, G. y Weber, U. Strafrecht BT, 10. Aufl., Gieseking, Bielefeld: 2000, § 20, Rdn. 92; Bacigalupo, E. En: Conde-Pumpido Tourón, C. (Dir.). Comentarios al Código Penal. T. III. Bosch, Barcelona: 2007, artículo 248, p. 1989.

(18) BGHSt. 16, 321 (326); Lackner, LK (10. Aufl.) § 263, Rdn. 157, 159; Tiedemann, LK § 263, Rdn. 177 y s.

aunque importante, sólo sirve para tratar de conjurar la objeción consistente en que la consideración de la particular situación de víctima debiera conducir a la total subjetivización de la determinación del perjuicio, en caso alguno alcanza para negar que se trata de la unión de dos principios de ordenación radicalmente incompatibles entre sí.

Con esto, al mismo tiempo, se aprecia la fragilidad del límite auto-impuesto para la consideración de las circunstancias de la víctima y, consecuentemente, para la subjetivización, porque en la medida en que no se trata de un límite *inmanente*, que resulte naturalmente de la aplicación consistente de un único

concepto superior (en rigor, el concepto económico o jurídico-económico de patrimonio no puede dar absolutamente ninguna orientación sobre aquello que todavía puede ser considerado aprovechable), queda en definitiva entregado a la decisión más o menos arbitraria de quien oficie como observador imparcial. Porque ¿sobre qué base objetiva se puede decir con validez general que las necesidades del titular frustrado se encuentran, no obstante, razonablemente satisfechas o que una determinada prestación le resulta todavía aprovechable?⁽¹⁹⁾

Todo parece indicar que una solución que realmente se haga cargo de las necesidades del titular de un patrimonio implica prestarle atención a sus *finés*, con la consiguiente carga de subjetividad, paso que, sin embargo, la opinión dominante se niega a dar, no obstante haber preparado el camino para ello.

Prueba de esta fragilidad y de la tendencia natural del llamado componente individual hacia la ampliación de sus alcances es que los partidarios de una consideración abierta y amplia de los fines del titular del patrimonio en la determinación del perjuicio suelen tomarlo como punto de partida, reprochándole precisamente a la opinión dominante que luego de

*La distinción entre
necesidades
de la víctima y fines
de la misma es o bien
arbitraria o bien más
semántica que real*

(19) Reconocen esta dificultad fundamental Lackner, LK (10. Aufl.), § 263, Rdn. 156, 159, 163; Tiedemann, LK § 263, Rdn. 178.

abrir la puerta a dicha consideración le imponga luego límites arbitrarios y del todo incomprensibles desde una perspectiva verdaderamente atenta a las circunstancias particulares de la víctima, en vez de hacer lo único que desde la misma parece consecuente, como es abrirla de par en par⁽²⁰⁾.

Algo similar se puede decir de la aplicación de un concepto de base económica en otros ordenamientos, como es el español o el italiano. Si bien en estos la discusión tradicional al respecto se ha mantenido más en el plano de la tónica que en el de una discusión conscientemente sistemática en torno a la estructura del concepto de perjuicio, lo cierto es que también se aprecia nítidamente la tendencia a considerar la *utilidad y los fines* de la víctima, al menos en casos extremos⁽²¹⁾. A su respecto rige, naturalmente, la misma crítica que se le ha dirigido a la opinión dominante en Alemania.

Antes de pasar a continuación al examen somero de las doctrinas que propugnan directamente por la identificación entre perjuicio patrimonial y frustración de fines, interesa destacar dos puntos desde la posición que aquí se sostiene, contraria a dicha asimilación: por una parte, que la distinción entre necesidades de la víctima y fines de la misma es o bien arbitraria o bien más semántica que real; y, por la otra, que la consideración de cualquiera de esas dimensiones en la determinación del perjuicio patrimonial, aunque se pretenda someterla a límites rigurosos, desata necesariamente una fuerza hacia su creciente ampliación. La única diferencia que parece existir entre la opinión dominante y las doctrinas

(20) Paradigmático en ese sentido, Otto, H. *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*. Duncker & Humblot, Berlin: 1970, pp. 70 y ss.

(21) Así, por ejemplo, en España, Antón Oneca. *La estafa*, p. 13; o en la literatura actual, Muñoz Conde. *Derecho Penal PE*, p. 432; en Italia esto es clarísimo en el contexto de la *truffa contrattuale*, en el cual, no obstante la adhesión inicial a un concepto económico o mixto, la valoración subjetiva (funcional) tiene amplia representación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en lo que se da en llamar la "despatrimonización del daño". Al respecto, Dolcini y Marinucci. *Codice penale commentato PS*, artículo 640, marg. 39; Fiandaca y Musco. *Diritto penale PS*, pp. 179 y ss.; Fanelli, A. *La truffa*, Giuffrè, Milano: 1998, pp. 74 y ss.

alternativas desde esta última perspectiva es el grado de conciencia al respecto: menor en aquella, mucho mayor en estas.

3. Las tesis alternativas subjetivas y su crítica

En este contexto se desarrollan las tesis alternativas a los conceptos de base objetiva económica, que propugnan la decidida consideración como perjuicio patrimonial de la frustración de los fines del titular.

A propósito de ellas, por la importante coincidencia en los resultados, cabe considerar también la versión clásica del llamado *concepto jurídico de patrimonio*, conforme al cual el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de orden patrimonial de los cuales es titular una persona. La determinación de tales derechos y obligaciones corre por cuenta de las regulaciones extrapenales y el concepto de perjuicio se deriva de la aplicación de la teoría civil del incumplimiento de las obligaciones. Unido Junto a lo anterior, es propia del concepto jurídico clásico, la consideración del patrimonio como conjunto o suma de derechos determinados, y no como unidad o universalidad, lo que impide *compensar* la pérdida de una porción patrimonial determinada por el ingreso de otro elemento patrimonial de igual o mayor valor, puesto que de todas formas se ha visto afectado el patrimonio en su concreta constitución⁽²²⁾. Como se ve, si bien el concepto no se construye directamente sobre los fines del titular del patrimonio, su formalismo conduce en los hechos a una protección muy intensa de los mismos, lo que le ha valido, con toda razón, el reproche de *subjetivismo* extremo⁽²³⁾. En efecto, en la medida en que debe afirmarse un perjuicio patrimonial cada vez que el sujeto no recibe *lo que se le debe*, el perjuicio dependerá *de facto* de si lo efectivamente recibido en

(22) La síntesis en Binding, K. Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT I, 2. Aufl. Engelmann, Leipzig: 1902, pp. 238, 240, 341, 353 y ss., 357.

(23) Se trata de una crítica totalmente estándar. Por todos, Tiedemann, LK §263, Rdn. 128.

vez de aquello le resulta —de acuerdo con su más radical subjetividad— satisfactorio o no.

Desde esa perspectiva probablemente no haya concepto más atento a los fines del sujeto que el concepto jurídico, como tampoco parece haber manifestación más elocuente de lo que en definitiva implica esa atención en términos de subjetivización del perjuicio. Tanto es así que, no sin mucho de paradoja, los partidarios de identificar frustración de fines con perjuicio suelen dedicar buena parte de sus esfuerzos a demostrar que esa identificación de ningún modo llega a tales extremos.

Es lo que ocurre con la corriente más importante de dichas doctrinas, agrupadas bajo el llamado *concepto personal de patrimonio*. El concepto personal tiene sus orígenes en el contexto del subjetivismo de los años 30 y 40 en Alemania⁽²⁴⁾, si bien su formulación más conocida y desarrollada se encuentra en los trabajos de *Otto*⁽²⁵⁾, para quien el patrimonio es la “potencia materialmente garantizada de la persona en el ámbito económico” o, para emplear otra cita habitual, una “unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito de los bienes”, esto es, la garantía material para el libre desenvolvimiento de la persona en el ámbito económico, con lo cual los *fines perseguidos* por el titular del patrimonio —no ya sólo sus necesidades establecidas desde un punto de vista externo⁽²⁶⁾— resultan esenciales, de modo que consecuentemente, su frustración constituye perjuicio patrimonial.

(24) Especialmente, en Bockelmann, P. “Der Unrechtsgehalt des Betruges”. En: Bockelmann, P. y otros. Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag. De Gruyter, Berlin: 1944, pp. 248 y ss.

(25) Fundamentalmente en Otto, H. Die Struktur, pp. 56 y ss., 69 y ss., 75, 77, y en una serie de trabajos posteriores, entre ellos su manual: Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 3. Aufl. De Gruyter, Berlin - New York: 1991 (hay ediciones posteriores), § 38, 51 III 4. Merece destacarse también el trabajo de su discípulo Geerds, D. Wirtschaftstrafrecht und Vermögensschutz. Schmidt-Römheld, Lübeck: 1990, pássim. Con todo, las bases de un concepto personal de patrimonio se encuentran ya nitidamente en Hardwig, W. “Beiträge zur Lehre vom Betrugs”. En: GA 1956, 6 (17 y ss.) y en Heinitz, E. “Anmerkung zu BGH 5 StS vom 20. 2.1968 - 5 StR 694/67”. En: JR 1968, 387 y ss.

(26) Destaca expresamente este aspecto Otto. Die Struktur, p. 74.

En términos muy similares —al punto que en la recepción en otros países se les ve tratados indistintamente— se comporta el llamado *concepto funcional de patrimonio* de Weidemann⁽²⁷⁾. Para este autor, la función del patrimonio no sería representar un valor monetario sino servir como base para la existencia de su titular, de modo que, en otros términos, su función sería “ser aprovechado”, lo que supone ser usado para los fines establecidos por el titular⁽²⁸⁾. Consecuentemente habrá perjuicio siempre que a consecuencia de una disposición patrimonial el titular no pueda obtener de su patrimonio el aprovechamiento que hubiera podido obtener sin la disposición (perjuicio como afectación o sustracción de posibilidades de aprovechamiento), esto es, cuando se frustran los fines del titular⁽²⁹⁾.

El concepto personal de patrimonio no ha logrado imponerse en Alemania, pero representa una fuente de crítica conceptual permanente contra una opinión dominante poco consistente. También ha tenido repercusión en la literatura española⁽³⁰⁾ y, en menor medida, en la italiana⁽³¹⁾, si bien tampoco en esos países ha logrado imponerse como doctrina mayoritaria. Cabe destacar, sin embargo, siquiera por su carácter simbó-

(27) Weidemann, J. *Das Kompensationsproblem beim Betrug* (Diss.), Bonn: 1972, pp. 205 y ss.

(28) Ídem, p. 213.

(29) Ídem, p. 206.

(30) Romero, G. *Los elementos del tipo de estafa*. Lerner, Buenos Aires: 1985, pp. 251 y ss., 289 y ss.; Asúa Batarrita, A. “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin”. En: ADPCP, T. XLVI (1993), 81 (138 y ss.); De la Mata Barranco, N. *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. PPU, Barcelona: 1994, pp. 57 y ss., quien prefiere hablar de concepto funcional y enfatiza esa perspectiva; De la Mata Barranco, N. “Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa”. En: Poder Judicial, n.º 34 (1994), 295 (311 y ss.); Rodríguez Montañés, T. “Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial”. En: Poder Judicial, n.º 39 (1995), 525 (533 y ss.); Gallego Soler, J. I. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2002, pp. 221 y ss., 229 y ss.; Pastor, N. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona: 2004, pp. 73 y ss.; Bacigalupo. *Comentarios*, artículo 248. 2007, pp. 1989 y ss.

(31) Moccia, S. *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*. CEDAM, Padova: 1988, pp. 63 y ss.

lico, su aplicación por parte del Tribunal Supremo español en el contexto del caso del aceite de colza⁽³²⁾. Obviamente, la cuestión fundamental en dicho caso fue la de la imputación de las muertes y lesiones supuestamente producidas por el consumo de aceite desnaturalizado de colza que había sido tratado para devolverle su aptitud para el consumo humano, pero también se planteó la concurrencia de los requisitos de la estafa, en la medida en que los consumidores habían adquirido un producto engañados respecto de sus verdaderas características, pero habiendo pagado un precio que pudo haber sido equivalente al precio de mercado. Para afirmar el perjuicio, el fallo sostuvo:

“En la doctrina moderna, el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con este, también se debe tener en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa, la finalidad patrimonial del titular del patri-

*La función
del patrimonio no
sería representar un
valor monetario sino
servir como base
para la existencia
de su titular*

(32) Como se sabe, el caso versa sobre la intoxicación alimentaria de carácter epidémico verificada a comienzos de los años 80 en diversos puntos de España, atribuida al consumo de aceite en mal estado, concretamente de aceite de colza desnaturalizado —esto es, envenenado con anilina para asegurar que solo tuviera aplicación industrial— e insuficientemente tratado a la hora de intentar volverlo nuevamente apto para el consumo humano. La enfermedad, conocida en general como “síndrome tóxico”, dejó tras de sí una secuela de 330 muertos y un total de 15.000 afectados. La bibliografía al respecto es abundante, pero probablemente el análisis más completo —aunque sin abordar el aspecto patrimonial— se encuentra en Paredes Castañón, J. M. y Rodríguez Montañés, T. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Tirant lo Blanch, Valencia: 1995. Referencias en Chile, en Hernández, H. “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)”. En: *Política Criminal*, n.º 1 (2006), A-7, 7.

monio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial”⁽³³⁾.

En Chile no abundan las tomas de posición explícitas respecto del concepto personal⁽³⁴⁾. Con todo, a favor del mismo, si bien sus expresiones también se dejan interpretar como adhesión a un concepto jurídico clásico de patrimonio o a uno mixto, parece decantarse *Garrido*, cuando afirma un perjuicio en materia de estafa aunque no haya habido disminución económica:

“Siempre que subjetivamente haya concurrido un interés especial en recibir exactamente lo convenido, pues la noción de lesión patrimonial corresponde apreciarla frente a las circunstancias concretas, y en ellas la víctima juega un rol determinante, con fundamento en el principio de utilidad para el afectado. No recibir lo que verdaderamente se esperaba, sino algo en compensación de aquello y de igual o mayor valor económico, no presta al sujeto pasivo la misma utilidad. Los fines u objetivos de tener una cosa en determinadas circunstancias constituyen un valor de uso que no puede cercenarse para los efectos de determinar el valor económico”⁽³⁵⁾.

El concepto personal de patrimonio y su modo de erigir la frustración de los fines del titular del patri-

(33) STS de 23 de abril de 1992, fundamento 9º. La sentencia se encuentra publicada en el Repertorio Aranzadi, número marginal 6783; lamentable e inexplicablemente no se encuentra en la página web del Tribunal Supremo español. El texto utilizado se debe a Manuel Zárate. Una transcripción más extensa del pasaje referido al perjuicio patrimonial, con análisis del mismo, se encuentra en Gallego Soler. Responsabilidad penal, pp. 212 y ss., con referencia adicional a otras sentencias en la misma línea. Un examen particularizado de la sentencia desde perspectiva patrimonial en De la Mata Barranco. Poder Judicial, n.º 34 (1994), 295, pássim.

(34) Excepción hecha por Bascuñán, Rev. D. UAI I (2004), 291 (294), quien, con base fundamentalmente en la necesidad político-criminal de restringir el objeto de la protección penal al valor de cambio de los bienes, prescindiendo de su valor de uso, se opone abiertamente al concepto personal.

(35) Garrido, M. Derecho penal. T. IV. Editorial Jurídica de Chile, Santiago: 2000, pp. 332 y ss.; que su planteamiento corresponda más bien a una concepción jurídica viene sugerido también por el hecho de que le niegue al patrimonio el carácter de universalidad (p. 320).

monio en el perjuicio por antonomasia está sometido a una crítica importante, siendo de destacar, en todo caso, que esta proviene de enfoques diferentes y hasta contrapuestos entre sí:

Por una parte, desde el punto de vista que inspira el presente trabajo, se debe criticar que el concepto personal conduce necesariamente a la *subjetivización* del perjuicio, que ya no consiste en el menoscabo de una dimensión objetiva de validez general, sino en la vulneración de fines que, por definición, tienen carácter subjetivo, con lo que la pretendida protección del patrimonio comienza a confundirse con la protección de la libertad de disposición⁽³⁶⁾.

Ciertamente, *Otto* y otros partidarios del concepto personal niegan en general que esto sea así, enfatizando que lo relevante para la consideración de un perjuicio patrimonial no sería cualquier fin subjetivo del titular del patrimonio, sino exclusivamente los fines *económicos* perseguidos por este, los que al parecer serían susceptibles de ser objetivados⁽³⁷⁾. La restricción propuesta no parece, sin embargo, demasiado convincente a la luz de su alto grado de vaguedad, pues, ¿cómo se define con mínima seguridad lo que todavía es un fin “económico” digno de protección jurídico-penal y se le distingue del que ya no lo es?⁽³⁸⁾ En definitiva, los límites que se le pongan a la apreciación subjetiva del perjuicio dependerán más de las tendencias del intérprete que de los alcances del concepto.

Con esto el concepto personal se hace merecedor de la misma crítica fundamental que se le dirige al llamado componente individual defendido por la opi-

(36) Por todos, Hefendehl, MüKo. §263, Rdn. 314 y ss.

(37) *Otto*. Die Struktur, pp. 74 y ss.; Geerds. Wirtschaftsstrafrecht, pp. 126 y ss.

(38) Gallego Soler. Responsabilidad penal, p. 223, señala: “no alcanzo a ver la posibilidad de concretar esta delimitación, sobre todo cuando se trata del ámbito del consumo privado: ¿cómo puede establecerse objetivamente cuándo las preferencias son extraeconómicas en el caso en que alguien, por error, adquiere un producto de consumo —del tipo libros, objetos comestibles, bebidas, ropa...—? ¿supone esto que hay que renunciar en todo caso a esta delimitación cuando nos encontramos ante este ámbito?”; en términos similares, Hoyer, SK §263 Rdn. 216 y ss.

nión dominante, cual es pretender conciliar dos criterios de determinación del perjuicio que obedecen a lógicas no sólo diferentes, sino que, además, irreducibles a un denominador común. Desde esta perspectiva, es positivo que las críticas desde el campo de la opinión dominante se aprecien injustas, porque los resultados prácticos a que arriba la concepción personal no distan demasiado de los de aquella⁽³⁹⁾. En esa misma medida, sin embargo, se mantiene en pie con todo vigor la crítica por inconsistencia y por un subjetivismo controlado sólo en apariencia.

Por otra parte, la restricción de la consideración de los fines del titular a los llamados fines económicos no sólo no convence en cuanto supuesto límite a la subjetivización, sino que además termina traicionando en el intento sus propias premisas y la pretensión de proteger cabalmente los fines personales que, conforme a las mismas, estructurarían el patrimonio⁽⁴⁰⁾. Porque desde esa perspectiva, la exigencia limitativa de “dignidad económica”, además de vaga e incontrolable, es tan arbitraria e inconsistente como la de la “utilidad”, de modo que rige también respecto de ella el reproche de resolver no a partir de las circunstancias y preferencias reales de personas también reales, sino a partir de un *homo oeconomicus*, inexistente en la realidad. Y aunque aquí no se comparta el fondo de la crítica, que tiende a suprimir todas las amarras al subjetivismo, no puede sino ser compartida desde el punto de vista de la coherencia interna de la doctrina.

A partir de esta crítica, que se encuentra ya con toda nitidez, por ejemplo, en un breve comentario jurisprudencial de *Jakobs* de hace tres décadas, en que fustiga en primera línea a la opinión dominante pero también, en la medida en que tiende a coincidir con

(39) Lo destacaba el propio Otto. Die Struktur, p. 74. Es lo que explica la conocida —y algo superficial— aseveración de Zugaldía Espinar. Los delitos, p. 60, en cuanto a que el concepto personal “no soluciona absolutamente ningún problema que no estuviera ya resuelto con anterioridad correctamente a través de la teoría mixta (jurídico-económica) de patrimonio”.

(40) Hefendehl, MüKo. §263, Rdn. 314, habla de un “cuerpo extraño” en el sistema del concepto personal.

ella, al concepto personal⁽⁴¹⁾, se han venido desarrollando en los últimos años tesis que abogan por una consideración prácticamente irrestricta de los fines personales (subjetivos) del titular en la determinación del perjuicio típico.

Tal es el caso especialmente de *Kindhäuser*, quien en el contexto de su criterio *funcional* sostiene que lo único que puede *compensar* la pérdida envuelta en la disposición patrimonial obtenida mediante engaño es *el logro del fin* material o inmaterial perseguido por el disponente en la misma, con la única restricción relevante —que para el autor aseguraría el carácter *intersubjetivo* y no meramente subjetivo de la valoración— de que dicho fin forme parte del contenido de la disposición, sea por el *acuerdo de las partes*, sea, en su defecto, por la valoración del medio⁽⁴²⁾. Por el contrario, el valor financiero de la eventual contraprestación es fundamentalmente irrelevante para estos efectos⁽⁴³⁾, de modo que *siempre* que no se verifique la única compensación posible debe afirmarse un perjuicio patrimonial⁽⁴⁴⁾, salvo en el caso excepcionalísimo en que el intercambio engañoso verse sobre objetos iguales o sumas de dinero (en efectivo o en títulos-valores directamente convertibles en dinero)⁽⁴⁵⁾.

No es difícil advertir, sin embargo, que se trata de una posición que en sus resultados apenas logra distinguirse de la noción de perjuicio propia de una versión clásica del concepto jurídico de patrimonio, pues la limitación consistente en que los fines perseguidos con la disposición solo reciban atención en la medida en que hayan sido objeto del acuerdo entre las partes, en definitiva, hace consistir el perjuicio en la simple circunstancia de que la víctima no haya recibido exactamente *lo que de algún modo se le debía*.

(41) Jakobs, G. "Die objektiv-individuelle Schadensermittlung beim Betrug - OLG Köln, NJW 1976, 1222". En: JuS (1977), 228 (229 y ss.).

(42) Kindhäuser, NK §263, Rdn. 279 y ss.

(43) Ídem, 285.

(44) Ídem, 284 y ss.

(45) Ídem, 286.

La excepcional radicalidad del planteamiento de *Kindhäuser* —que le da, sin embargo, toda su consistencia— se aprecia con nitidez cuando se comparan sus resultados con los de otros desarrollos que reconocen puntos de partida similares en cuanto a los fines que merecen ser tomados en cuenta. Así, por ejemplo, también *Pawlik* mantiene que la determinación del perjuicio no debe fundarse en la comparación entre prestación y contraprestación, sino entre la prestación realizada por el autor y la *pretensión*

jurídico-penal de la víctima, definida por el alcance de lo que se le debía de acuerdo con su derecho a información relevante veraz (“derecho a la verdad”)⁽⁴⁶⁾. Este autor no puede, sin embargo, dejar de considerar el valor pecuniario de la eventual contraprestación. Entendiendo que, conforme a su particular concepción de la estafa, lo que se protege con la figura es el *potencial de libertad* al que la víctima tiene derecho, consistente en la disponibilidad de *medios* para actualizarla, así como en un sistema económico moderno y funcionalmente diferenciado el *dinero* debe regir como “medio absoluto”, *Pawlik* se ve en la necesidad de determinar el *valor de*

cambio de la eventual contraprestación del agente y de hacer depender el perjuicio de una diferencia entre ese valor y el potencial de libertad debido⁽⁴⁷⁾. En términos muy similares en cuanto a resultados, se ha manifestado más recientemente *Hoyer* en sus comentarios en materia de estafa⁽⁴⁸⁾. Como se puede apreciar, estos autores, a pesar de su importante reconocimiento de los fines del sujeto en materia patrimonial, se mantienen todavía, en rigor, en el campo de la tesis dominante.

*Para la ley chilena
la simple frustración
de los fines
económicos
del Estado no
constituye perjuicio
patrimonial para
el mismo*

(46) Pawlik, M. Das unerlaubte Verhalten beim Betrug. Heymanns, Köln: 1999, pp. 287 y ss.; sobre los alcances del “derecho a la verdad”, pp. 148 y ss.

(47) Ídem, pp. 291 y ss., con referencias a *Schmoller* (al respecto *infra* 6).

(48) Hoyer, SK § 263, Rdn. 223 y ss., también con referencias a *Schmoller* (al respecto *infra* 6).

4. La incompatibilidad de la opinión dominante y de las tesis subjetivas con el derecho positivo chileno, demostrada a partir de la regulación del delito de aplicación pública diferente

Al margen de las críticas de subjetivismo e inconsistencia conceptual, en el derecho chileno parecen oponerse decisivamente a las tesis alternativas —pero también al componente individual de la opinión dominante— *razones de texto legal*. Desde luego, podría hacerse valer también entre nosotros el argumento legal esgrimido en otros ordenamientos que suelen vincular, como el nuestro, la penalidad de los delitos patrimoniales a la *cuantía pecuniaria* del perjuicio (en Chile, arts. 233, 238, 467, 494 n.º 19 C.P.), modelo que en principio sería incompatible con un perjuicio basado en las preferencias subjetivas de la víctima⁽⁴⁹⁾.

Sin embargo, el argumento legal realmente decisivo en el derecho chileno parece ser uno que, hasta donde se alcanza a ver, no fue explotado en el derecho peninsular y que ya no está disponible en dicho ordenamiento, pero que entre nosotros sigue siendo fundamental, cual es el de la tipificación autónoma, en el ámbito de los delitos funcionarios, de la llamada *aplicación pública diferente*, tratada en el artículo 236 del Código Penal en los siguientes términos:

“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

(49) En ese sentido, en España, por ejemplo, Quintano Ripollés, A. Tratado de la parte especial del derecho penal. T. II. Infracciones patrimoniales de apoderamiento. 2.ª edición a cargo de Carlos García Valdés. Edersa, Madrid: 1977, p. 658. Se trata, sin embargo, de un argumento débil, puesto que, como recuerda Gallego Soler. Responsabilidad penal, pp. 231 y ss., la circunstancia de que el perjuicio no *consista* en una merma económica no significa que no pueda ser *avaluado* económicamente, esto sin contar con su carácter extremadamente contingente, como lo hacía presente Valle Muñiz. El delito de estafa, p. 248.

emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento”.

De acuerdo con la interpretación absolutamente pacífica del artículo 236, la conducta típica consiste en darle a los caudales o efectos públicos un uso distinto del que está previsto para los mismos en las normas presupuestarias. La diferencia con los delitos de malversación de caudales públicos consistiría en que mientras en tales tipos penales los caudales son aplicados a fines privados, en este caso son aplicados a fines públicos, pero distintos de aquellos previstos en la planificación presupuestaria del Estado⁽⁵⁰⁾.

Pues bien, si conforme a las tesis alternativas la frustración de los fines económicos del titular del mismo, constituye por antonomasia perjuicio patrimonial, la existencia del delito de aplicación pública diferente no puede sino ser la demostración radical de que la ley chilena no acoge ese criterio. Porque siendo la ley de presupuestos y la normativa de ejecución presupuestaria la fijación y expresión inequívoca de los fines del Estado en materia económica, el incumplimiento consciente y arbitrario de la misma, con la consiguiente frustración de dichos fines, debería comportar directamente perjuicio patrimonial para el Estado, constitutivo de malversación o fraude, sin necesidad de un tipo penal especial.

La existencia de dicho tipo penal especial sólo se puede explicar como el reconocimiento de que para la ley chilena la simple frustración de los fines económicos del Estado no constituye perjuicio patrimonial para el mismo, razón por la cual se ha hecho necesario tipificar separadamente esos casos. Y en la medida en que esto se ha previsto exclusivamente para el ám-

(50) Bünster, A. La malversación de caudales públicos. Universidad de Chile, Santiago: 1948, pp. 115 y ss.; Etcheberry. Derecho penal. T. IV, pp. 244 y ss.; Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones PE, pp. 497 y ss.; Rodríguez, L. y Ossandón, M. M. Delitos contra la función pública. Editorial Jurídica de Chile, Santiago: 2005, pp. 393 y ss.; Rodríguez, L. “La desviación de fondos públicos. Aspectos dogmáticos y político-criminales”. En: Revista de Derecho (PUCV), T. XXVII (2006-II), 243 (244 y ss.); Guzmán Dálbora, J. L. “La malversación de caudales públicos en el Código Penal chileno”. En: Guzmán Dálbora, J. L. Estudios y defensas penales. 2.ª edición. LexisNexis, Santiago: 2007, pp. 343 y ss.

bito del patrimonio estatal, no puede sino concluirse que se trata del castigo excepcional de una conducta en general atípica, esto es, que en el ámbito de los patrimonios privados simplemente constituye una conducta jurídico-penalmente irrelevante.

Por cierto, se puede esbozar como argumento en contra, que la figura del artículo 236 no constituye ninguna excepción a la supuesta regla general según la cual la frustración de fines constituye perjuicio patrimonial, sino que sólo tiene por función el establecimiento de un tratamiento especial respecto del patrimonio estatal. Esta posible argumentación, sin embargo, no resulta en absoluto plausible, porque implicaría el reconocimiento de un *tipo sumamente privilegiado*, no sólo en el contexto de los delitos funcionarios patrimoniales (¡simple suspensión del cargo en su grado mínimo o medio frente a penas privativas de libertad que en los casos más graves pueden llegar a los 15 años de encierro!), sino también y especialmente respecto de los delitos patrimoniales comunes, en general amenazados con penas privativas de libertad, en circunstancias en que, como es de sobra sabido, el legislador chileno invariablemente prodiga mayor protección al patrimonio estatal que al patrimonio privado⁽⁵¹⁾. Ciertamente no puede convenir que el legislador haya querido privilegiar de ese modo al que perjudica el patrimonio fiscal. Más bien al contrario, todo indica que la existencia del artículo 236 obedece a la decisión de reprimir, de un modo del todo excepcional, sólo para el ámbito público —precisamente por la especial importancia que se le atribuye al patrimonio estatal y su aplicación a fines generales—, un uso indebido que en cuanto tal no acarrea perjuicio patrimonial, lo que, en todo caso, se expresa en una pena significativamente menor.

Esta manera de ver el asunto concuerda completamente con la opinión generalizada en nuestra doctrina, en cuanto a que la figura no conlleva de ningún modo

(51) Por lo mismo, no cambiaría nada si se sostuviera, contra la comprensión general, que el "daño o entorpecimiento para el servicio u objeto" que da lugar al tipo calificado implica perjuicio patrimonial, porque de todos modos será un perjuicio "especial", menos grave que el general.

perjuicio patrimonial⁽⁵²⁾, lo que subyace también a las voces que crecientemente vienen abogando lisa y llanamente por su descriminalización⁽⁵³⁾, tal como ocurrió en España en el año 1995⁽⁵⁴⁾.

En contraste, por simple aplicación precisamente del llamado componente individual del perjuicio o bien de la abierta consideración de la frustración del fin, en Alemania se entiende en general que la aplicación pública diferente en cuanto tal, perfectamente puede provocar perjuicio patrimonial y realizar, de ese modo, el tipo patrimonial general de *administración desleal* del § 266 StGB⁽⁵⁵⁾.

Desde un punto de vista estrictamente teórico, la incompatibilidad de la consideración de los fines para efectos de determinar un perjuicio con la existencia de un delito de aplicación pública diferente tiene un significado especial, pues precisamente el ámbito de las disposiciones sobre *patrimonio estatal* ha sido uno de los campos en que con mayor fuerza se ha abogado por la identificación entre frustración de fines y perjuicio patrimonial. En efecto, en la medida en que se entiende que el patrimonio estatal está radicalmente definido por su vinculación a fines y estructurado conforme a ellos, aun entre autores que no compar-

(52) Bünster. La malversación, pp. 115 y ss. ("no se disminuyen los fondos"); Etcheberry. Derecho penal. T. IV, p. 244 ("no tiene significación patrimonial"); Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones PE, p. 497 ("expresamente supone la inexistencia de perjuicio al patrimonio fiscal"); Rodríguez y Ossandón. Delitos contra la función pública, p. 393 ("no tiene significación patrimonial"); Rodríguez. Revista de Derecho (PUCV). T. XXVII (2006-II), 243 (255); parece desprenderse también de las reflexiones de Guzmán Dálbora. La malversación de caudales públicos, pp. 343 y 350; de otra opinión, aparentemente, Mayer, L. "El patrimonio del Estado como objeto de protección penal". En: Revista de Derecho (PUCV). T. XXIX (2007-II), 205 (223).

(53) Así Cury, E. "Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios (descriminalización y administrativización)". En: Revista Chilena de Derecho, vol. 13 (1986), 295 (299 y ss.); Rodríguez. RDPUCV. T. XXVII (2006-II), 243 (262 y ss.). Vale la pena hacer notar que el Anteproyecto de Nuevo Código Penal preparado por el Foro Penal no considera un tipo de estas características.

(54) En efecto, el nuevo código no contiene ninguna figura equiparable al artículo 397 del texto de 1973, prácticamente idéntico a nuestro artículo 236.

(55) Schönemann, B. LK § 266 Rdn. 121, 142 y ss.; Lenckner, T. y Perron, W. S/S § 266, Rdn. 43 y ss. Sobre la problemática general de la administración desleal desde la perspectiva del derecho chileno en Hernández. En: Revista de Derecho (PUCV), vol. XXVI (2005, I), 201.

ten las tesis alternativas se ha sostenido que al menos en este ámbito se podría ver un perjuicio en la frustración de tales fines⁽⁵⁶⁾. Como se ha visto, sin embargo, en Chile rige exactamente lo contrario, y esto por expreso e inequívoco mandato legal. Todo indica, en consecuencia, que el concepto personal de patrimonio —o cualquier otro que identifique la frustración de los fines del titular con perjuicio patrimonial— no tiene cabida en nuestro derecho.

5. Excurso sobre la frustración del fin en las prestaciones unilaterales

Existe un ámbito en el cual no sólo las tesis alternativas, sino también la opinión dominante, tienden a concederle amplia relevancia a la frustración del fin en la configuración de un perjuicio patrimonial, como es el de la obtención engañosa de *prestaciones unilaterales a título gratuito*⁽⁵⁷⁾. En el caso de la opinión dominante, sin embargo, el recurso a la frustración del fin cumple en este ámbito una función diametralmente distinta de la que se ha venido tematizando en el contexto de este trabajo, pues en vez de servir de fundamento excepcional para la afirmación de un perjuicio patrimonial en ausencia de un saldo contable negativo, opera como límite para dicha afirmación en casos en que el saldo negativo es manifiesto⁽⁵⁸⁾. Esta particularidad sugiere que no se trata necesariamente del mismo problema y parece justificar un tratamiento separado.

En efecto, en los casos de obtención engañosa de donativos o subvenciones, en la medida en que la dis-

(56) Así, en Alemania, nitidamente, Amelung, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Athenäum, Frankfurt a. M.: 1972, pp. 374 y ss.; Tiedemann, K. "Der Subventionsbetrug". En: ZStW, 86 (1974), 897 (911); Tiedemann, K. *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*. Rowohlt, Reinbek: 1974, pp. 314 y ss. En España, Asúa Batarrita, A. "Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional". En: VV.AA. *Hacia un derecho penal económico europeo*. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. BOE, Madrid: 1995, pp. 125 y ss.

(57) Una visión general desde el derecho chileno en Hernández. *Aproximación*, pp. 184 y ss.

(58) En cambio, desde un concepto de perjuicio estructurado abiertamente a partir de la frustración de fines, esto no debería representar más que la simple aplicación consistente del mismo.

posición patrimonial no se ha visto compensada económicamente de ningún modo, debería ser evidente que el patrimonio ha disminuido su valor y, en consecuencia, que ha sufrido un perjuicio. Sin embargo existe una importante tendencia, al menos en la literatura, a evitar la consecuencia práctica general de esa evidencia, cual es que en estos casos con la sola disposición patrimonial deba afirmarse siempre y por definición un perjuicio para el disponente, con lo que este último elemento pierde autonomía.

En ese contexto, con o sin recurso a la exigencia de *inconciencia del carácter perjudicial* de la disposición⁽⁵⁹⁾, un sector importante de la doctrina ha hecho depender la afirmación de un perjuicio patrimonial en estos casos de la frustración adicional de los fines perseguidos por el sujeto con su disposición⁽⁶⁰⁾. Ahora bien, como es obvio, la verdadera restricción consiste en que para estos efectos no se considera cualquier fin imaginable que pueda pasar por la mente del disponente, sino solo los *fines objetivos del correspondiente tipo de prestaciones*. Así, por ejemplo, en el caso de donaciones caritativas, el fin objetivo de la operación es el fin altruista, y no, a propósito del célebre caso resuelto por los tribunales alemanes en que se simuló que otros habían hecho cuantiosos donativos (BayObLG NJW 1952, 798), el fin de no aparecer dando menos.

Naturalmente, no es posible abordar aquí a fondo la problemática de la obtención engañosa de prestaciones unilaterales. Para los fines de este trabajo, sin embargo, no puede dejar de mencionarse que la relevancia que al menos parte de la opinión dominante le ha asignado a la frustración de fines en este contexto específico ha servido de importante argumento para

(59) Exigencia que aplicada sin matices conduce a la consecuencia general inversa, consistente en que nunca habría perjuicio patrimonial en estos casos. El vínculo con la frustración del fin se da cuando se afirma que también debe permanecer oculto al disponente la imposibilidad de alcanzar sus fines. En general sobre la exigencia Lackner, LK (10. Aufl.) § 263 Rdn. 166; Tiedemann, LK § 263 Rdn. 182.

(60) Al respecto Gerhold, T. Zweckverfehlung und Vermögensschaden. Duncker & Humblot, Berlin: 1988, pp. 18 y ss.; Geerds. Wirtschaftsstrafrecht, p. 172 y ss.

los partidarios de un reconocimiento más amplio del mismo. Porque, en efecto, en la medida en que no se alcanzan a apreciar razones convincentes para que en materia de perjuicio patrimonial deba regir algo distinto para prestaciones unilaterales que para prestaciones bilaterales, no sólo se puede acusar una inconsistencia de la opinión dominante, sino que además se puede abogar plausiblemente por la extensión de la frustración de fines como criterio general de determinación de perjuicio patrimonial⁽⁶¹⁾.

La pretensión no es, sin embargo, de recibo si se advierte que la consideración de la frustración del fin en el ámbito de las prestaciones unilaterales no tiene que ver en verdad con la determinación de un perjuicio patrimonial, que en rigor resulta innegable, sino con la determinación del *engaño típico*⁽⁶²⁾. Si se miran con detenimiento los casos discutidos en la actualidad, una vez superadas las tesis radicales que simplemente negaban *in totum* la posibilidad de una estafa en estos casos, se puede apreciar que la discusión de fondo versa sobre lo que puede considerarse *información relevante* en el tráfico jurídico, como criterio legitimante de la protección penal y, consecuentemente, como único objeto idóneo sobre el cual puede recaer el engaño típico de la estafa⁽⁶³⁾. Desde esa perspectiva, la relación con las tesis que, en el contexto de la creciente normativización del engaño típico en la estafa, definen este como la infracción de deberes de veraci-

(61) Así, por ejemplo, Geerds. *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 175; Hack, C. *Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug, §264, StGB, unter dem Blickwinkel allgemeiner strafrechtlicher Lehren*. Duncker & Humblot, Berlin: 1982, pp. 49 y ss.; pero también desde el campo de un concepto contrario se advierte la inconsistencia, así, por ejemplo, Gallas, W. "Der Betrug als Vermögensdelikt". En: Gallas, W. *Beiträge zur Verbrechenslehre*. De Gruyter, Berlin: 1968, p. 257 (Bockelmann, P. y Gallas, W. [Hrsg.] *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen: 1961, pp. 401 y ss.).

(62) No es casual, por lo mismo, que la principal tesis para restringir la tipicidad en estos casos, cual es la de la necesaria inconciencia del carácter (precisamente) perjudicial de la disposición patrimonial, se haya construido sobre el conocimiento de la víctima y no sobre el concepto de patrimonio.

(63) Así, Graul, E. "Wider die Zweckverfehlungslehre beim Vermögensschaden. Zur teleologischen Reduktion des § 263 StGB bei bewußter Selbstschädigung". En: Pfeiffer, G. et ál. (Hrsg.). *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag*. Schmidt, Köln: 1996, pp. 828 y ss.; Schönemann. LK § 266, Rdn. 142. Más referencias en Tiedemann. LK § 263, Rdn. 184. En ese sentido, también, Gallego Soler. *Responsabilidad penal*, p. 31, con nota al pie n.º 13.

dad correlativos a derechos a recibir información relevante veraz⁽⁶⁴⁾, es evidente.

En consecuencia, en la medida en que se trata de un asunto perteneciente a otro contexto sistemático, puede mantenerse aquí sin fisuras la conclusión general a que se ha arribado: la frustración de los fines de la víctima no constituye en cuanto tal perjuicio patrimonial.

6. Defensa de la determinación exclusivamente económico-objetiva del perjuicio

Con esto se vuelve, sin embargo, al poco reconfortante punto de partida. Aunque se pueda estar de acuerdo en la imposibilidad de acoger entre nosotros el concepto personal de patrimonio u otras tesis equivalentes, así como en la inconsistencia conceptual del llamado componente individual defendido por la opinión dominante, la existencia de casos de frustración grosera de fines económicos que parecen exigir algún tipo de respuesta penal sigue interpelando a una dogmática mínimamente atenta a la realidad. La disyuntiva entre una práctica dogmáticamente insostenible por su incoherencia, pero que permite aplicar soluciones “justas” en dosis que *de facto* se mantienen controladas, y una coherencia que, sin embargo, parece en principio incapaz de dar respuestas a unos casos que producen indignación, se sigue mostrando en toda su crudeza.

(64) Kindhäuser, U. “Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug”. En: ZStW, 103 (1991), 398; Kindhäuser, U. “Betrug als vertypete mittelbare Täterschiff”. En: Schulz, J. y Vormbaum, T. (Hrsg.). Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag. Nomos, Baden-Baden: 1997, pp. 354 y ss.; Kindhäuser, NK § 263, Rdn. 90, 93 y ss.; Pawlik. Das unerlaubte Verhalten, pp. 148 y ss.; Pastor. La determinación del engaño típico, pp. 133 y ss.; en Chile Piña, J. I. Fraude de seguros. Universidad de los Andes, Santiago: 2005, pp. 47 y ss. Al respecto, procurando demostrar que la utilidad de esta perspectiva se encuentra precisamente en la determinación de las informaciones relevantes y no — como se sugiere en la literatura iberoamericana — en la determinación del nivel de protección que merece la víctima del engaño, Hernández, H. “Opferschutzniveau beim Betrug – zwischen Dogmatik und Rechtspolitik”. En: Sieber, U. et ál. (Hrsg.). Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Heymanns, Köln: 2008, pp. 605-615.

Con todo, puestos en la disyuntiva, aun asumiendo que pueda resultar potencialmente insatisfactorio, resulta preferible y más conforme con las decisiones —que, no obstante su ambigüedad, parecen desprenderse del derecho positivo chileno— un concepto de patrimonio y de perjuicio de base objetiva, que consistentemente aplicado no debería ceder ante consideraciones de casos concretos.

Desde un punto de vista material, esta postura descansa en la convicción de que la aplicación del derecho penal en el ámbito patrimonial requiere un criterio de validez general conforme al cual se puedan medir igualitaria e invariablemente las circunstancias de todas las personas, con abstracción de las infinitas particularidades de la situación de cada una de ellas. En materia de valor económico, esa función solo la puede desempeñar el llamado *valor de cambio*, que por definición es la expresión de un acuerdo intersubjetivo más o menos amplio, que objetiviza y generaliza un *valor de uso* necesariamente subjetivo y variable. Pese a todas sus limitaciones, el valor de cambio —y el dinero como “medio absoluto”⁽⁶⁵⁾— es el mejor acuerdo intersubjetivo disponible. Por cierto, lleva razón *Jakobs* cuando denuncia que con el primado del precio propio de un concepto económico objetivo se impone el “arbitrio colectivo” por sobre el arbitrio individual⁽⁶⁶⁾, pero precisamente, de eso se trata.

Esto no implica en absoluto desconocer la relevancia de los fines patrimoniales de las personas ni la necesidad de su protección jurídica, sino simplemente preservar ciertas condiciones mínimas de operación de un *derecho penal* legítimo —vinculadas al especial mandato de determinación y a la idea de *ultima ratio*— en el ámbito patrimonial⁽⁶⁷⁾. Porque, sin duda, los fines subjetivos del titular del patrimonio pueden recibir protección por la vía del derecho privado, desde luego en

(65) Así, Pawlik. *Das unerlaubte Verhalten*, p. 291; Hefendehl, *MüKo*. § 263, Rdn. 444, 447 y ss.

(66) *Jakobs*, *JuS* 1977, 228 (229).

(67) En términos similares, Valle Muñiz. *El delito de estafa*, pp. 249 y ss.; Bascuñán, *Rev. D. UAI I* (2004), 291 (294, 297 y s.), con referencia a la prohibición internacional de prisión por deudas.

términos de derechos de impugnación, pero también a través de indemnizaciones de perjuicios, sean estas a título de daño material, si cabe, sean a título de *daño moral*, también en sede contractual⁽⁶⁸⁾.

El establecimiento de una protección fragmentaria, circunscrita estrictamente a aquellos intereses patrimoniales asociados al valor de cambio de las transacciones o bienes, representa, en consecuencia, una decisión completamente legítima del legislador en materia penal.

De este modo se precaven, además, ciertos *problemas técnicos* que trae consigo, al menos en principio, una tesis subjetiva. El primero se relaciona con las exigencias en materia de *dolo*. Siendo el perjuicio patrimonial resultado típico en los delitos que lo exigen, necesariamente debe ser abarcado por el dolo del agente, lo que se torna considerablemente más complicado cuando el perjuicio pasa a tener una configuración variable que depende de los fines particulares del titular del patrimonio, los cuales no necesariamente serán conocidos por el sujeto activo⁽⁶⁹⁾. En consecuencia, se podría esperar un aumento exponencial de las alegaciones plausibles de *error de tipo* en materia de delitos patrimoniales, con la consiguiente inseguridad jurídica⁽⁷⁰⁾. Así mismo, específicamente respecto del delito de estafa, y para quienes entienden que se trata de un delito de *desplazamiento patrimonial* al menos desde un punto de vista subjetivo (“ánimo de lucro”)⁽⁷¹⁾, la mencionada configuración variable del

(68) Como se sabe, nuestra jurisprudencia civil ha reconocido en los últimos años, con el beneplácito general de la literatura, la procedencia de la indemnización del daño moral en materia contractual, particularmente desde los fallos de la Corte Suprema de 20 de octubre de 1994 (RDJ T. 91, 2.ª parte, sección 1.ª, 100 y ss.) y de 5 de noviembre de 2001 (RDJ T. 98, 2.ª parte, sección 1.ª, 234 y ss.).

(69) Por todos Kindhäuser, NK §263, Rdn. 264.

(70) Debe reconocerse, sin embargo, que este defecto no lo presentan las tesis que ponen como condición para la consideración de los fines del sujeto el que estos hayan sido objeto de un *acuerdo* entre partes. Cfr. Pawlik. *Das unerlaubte Verhalten*, p. 287; Kindhäuser, NK §263, Rdn. 280; Hoyer, SK §263 Rdn. 223.

(71) Como se sabe, en ausencia de texto expreso, a diferencia de lo que es usual en el derecho comparado, nuestra literatura mayoritaria prescinde de la exigencia de ánimo de lucro: Etcheberry. *Derecho penal*. T. III, pp. 402 y ss.; Garrido.

perjuicio tiende a que este último no represente necesariamente el beneficio económico perseguido por el agente, con lo que se rompe la —para muchos— necesaria *igualdad material* (*Stoffgleichheit*) entre ambos elementos⁽⁷²⁾.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, no puede descartarse que los casos extremos que motivan y sirven de contexto a la discusión descrita en este trabajo puedan recibir una respuesta más satisfactoria de lo que en un comienzo podría pensarse, ya en el contexto de la valoración económica del perjuicio, sin necesidad de adentrarse en la consideración de los fines de la víctima ni, en consecuencia, de incurrir en excepciones que contradigan el principio del saldo contable. En efecto, es bien probable que en muchos casos una valoración económica más fina y diferenciada de las disposiciones o de las prestaciones en juego permita constatar un saldo contable negativo, constitutivo de perjuicio.

Porque, como lo ha destacado la literatura, el valor de cambio o de mercado no es una magnitud estática, sino que depende de un conjunto de circunstancias de tiempo, lugar, posición en el mercado y

(Cont. nota 71)

Derecho penal. T. IV, p. 333; Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones PE, p. 399; Piña. Fraude de seguros, pp. 93 y ss. No obstante se le suele contar como partidario de esta postura, la posición de Labatut, G. Derecho penal. T. II, 7.ª edición a cargo de J. Zenteno. Editorial Jurídica de Chile, Santiago: 1983, p. 226, es dudosa, pues si bien dice que en el derecho chileno no es un elemento esencial, porque en casos particulares puede darse estafa sin él, luego (p. 228) pareciera que no se refiere a casos concretos, sino a determinados tipos especiales de estafa, como sería la del 469 n.º 6 CP, "único caso en nuestra legislación en que la estafa no requiere ánimo de lucro". Abiertamente a favor de la exigencia, Buzada, Y. El engaño en el delito de estafa. Editorial Universitaria, Santiago: 1957, pp. 37 y ss.; Yubero, J. El engaño en el delito de estafa. ConoSur, Santiago: 1993, pp. 69 y ss.; Hernández. "Aproximación", pp. 188 y ss., con referencias; tácitamente (por la sistemática propuesta), también Bascuñán. Rev. D. UAI I (2004), 291 (295).

(72) Al respecto, en general, Tiedemann. LK § 263, Rdn. 256 y ss.; también, en general, desde la perspectiva del derecho chileno, Hernández. Aproximación, p. 190; específicamente respecto del defecto de las tesis subjetivas desde esta perspectiva Kindhäuser, NK § 263, Rdn. 264. Debe reconocerse que conceptualmente el defecto no se produce cuando el beneficio perseguido no se identifica con la frustración del fin, sino directamente con la disposición del engañado, como ocurre con Kindhäuser, NK § 263, Rdn. 279, si bien en este caso esto ocurre a condición de identificar disposición con perjuicio, lo que no parece correcto.

dirección de la disposición (así, no es lo mismo una transacción en el mercado mayorista que en el minorista, no es lo mismo vender que comprar, etc.)⁽⁷³⁾. Se trata de una tarea en buena medida pendiente, especialmente entre nosotros, y es probable que la presión por la subjetivización se deba en parte al relativo descuido de este aspecto⁽⁷⁴⁾.

Se ha hecho notar, sin embargo, que esta característica variable del valor de cambio lo hace susceptible de las mismas críticas que se le dirigen a los esfuerzos por limitar desde un punto de vista externo la consideración de las necesidades o de los fines del titular, con lo cual, empero, se pasa por alto que en este caso la determinación se hace en términos válidos *para cualquier persona* que se encuentre en la misma situación objetiva de mercado, que es lo único que se persigue con un criterio intersubjetivo de valoración. Pues, en efecto, de lo que se trata —como bien lo sabe la dogmática penal— no es de suprimir las dificultades inherentes a cualquier valoración, sino simplemente de asegurar una *base común única* para la misma, que permita su control racional.

En este contexto, resulta especialmente interesante el paso adicional que representa el peculiar modo de integración de los fines subjetivos de la persona en la determinación económica del perjuicio propuesta por *Schmoller* a partir de la práctica jurisprudencial austriaca⁽⁷⁵⁾:

Punto de partida del autor es el valor de mercado de los objetos (bienes o servicios), si bien teniendo presente que este es variable, pues depende de una serie de factores de contexto y circunstancia⁽⁷⁶⁾. De entre todos los posibles valores de un objeto, se destaca el llamado “precio de reventa”, esto es, el precio que se

(73) Lackner. LK (10. Aufl.), § 263, Rdn. 150; Cramer y Perron, S/S § 263, Rdn. 113; Hefendehl, MüKo Rdn. 449.

(74) Interesantes desarrollos en esa dirección, en Thiele, C. L. B. Die Anwendung steuer- und bilanzrechtlicher Bewertungsmaßstäbe zur Ermittlung des strafrechtlichen Vermögensschadens. Nomos, Baden-Baden: 2001, *pássim*.

(75) Schmoller, K. “Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung eines marktüblichen Preises”. En: ZStW, 103 (1991), 92.

(76) Schmoller. En: ZStW, 103 (1991), 92 (108 y ss.).

puede conseguir en una venta rápida y sin mayor esfuerzo, que representa el valor “desnudo” del objeto, que es a la vez el valor mínimo que tiene *para cualquier persona*, porque cualquiera lo puede convertir en dinero a ese precio. Todo valor superior implica elementos adicionales por sobre el valor “desnudo”, particularmente el margen de ganancia del comerciante por el esfuerzo puesto en la venta. Desde esa perspectiva, el precio de adquisición normal de mercado (que incluye el margen de utilidad) es el precio que están dispuestos a pagar por el objeto aquellos para quienes este resulta de algún (cualquier) modo subjetivamente útil⁽⁷⁷⁾.

Ya que es precisamente en virtud de la *utilidad subjetiva* que los compradores están dispuestos a pagar el margen de ganancia del vendedor, solo cuando esta se da, representa el objeto para ellos íntegramente el precio de adquisición normal de mercado. En cambio, cuando falta dicha utilidad subjetiva, el objeto representa sólo el valor (más bajo) “desnudo” de la reventa⁽⁷⁸⁾. Considerando estos distintos precios para los efectos de la compensación y ulterior determinación del saldo contable, es perfectamente posible que se constate un perjuicio económico en muchos casos en los que este sería negado si se comparara siempre el precio efectivamente pagado con el precio de adquisición normal de mercado. Al mismo tiempo, sin embargo, solo habrá perjuicio cuando lo pagado efectivamente exceda el precio de reventa, de modo que también es completamente posible que, no obstante la defraudación de la utilidad subjetiva, no se pueda apreciar ningún perjuicio en el caso concreto⁽⁷⁹⁾.

A favor de la propuesta de *Schmoller*, desde la perspectiva que se ha defendido aquí, debe destacarse que, en cuanto tales, los fines subjetivos no resuelven directamente ni sobre el *sí* ni sobre el *quantum*

(77) Ídem, 109.

(78) Ídem, 109 y ss.

(79) Ídem, 112.

del perjuicio, sino que sólo constituyen un factor a considerar (y de un modo binario bastante sencillo: satisfacción o frustración) en la formación del valor económico de un objeto. En ese sentido, en cuanto factor general aplicable indistintamente a cualquiera, tal como ocurre, por ejemplo, con la calidad de vendedor o comprador o con la ubicación en el mercado mayorista o al por menor, se cumple con el propósito de contar con una base única común para la determinación del perjuicio. Si el criterio resulta siempre aplicable (por ejemplo, respecto de bienes consumibles o del uso de servicios) y con resultados siempre satisfactorios, es una cuestión que aquí puede quedar sin respuesta.

Más allá de estos límites, no parece posible brindar más protección penal a los fines de las personas en el campo patrimonial, al menos no sobre la base del Derecho vigente en Chile. La eventual introducción de tipos especiales de peligro, que prescindan de la exigencia de perjuicio patrimonial en casos como los que han motivado este trabajo, en atención al significativo merecimiento de pena que se puede postular a su respecto, merecería ciertamente una discusión especial.