

**CONCEPTO DE PATRIMONIO Y
PERJUICIO PATRIMONIAL. LOS
DEFECTOS CONGÉNITOS DE LA
DOCTRINA ECONÓMICA DEL
PERJUICIO PATRIMONIAL EN EL
DERECHO PENAL***

Urs Kindhäuser**

I. Planteamiento del problema

1. En el año 1887, el Tribunal Imperial alemán (*Reichsgericht*), el máximo tribunal alemán de revisión de aquel entonces, pronunció una decisión que sería del mayor significado para el desarrollo posterior del derecho penal patrimonial.¹ La ocasión para la decisión la ofreció el siguiente caso: alguien que expresamente quería celebrar un contrato de seguro a prima fija fue inducido, mediante engaño, a contratar un seguro a reciprocidad. Lo que había que probar era si este suceso ha de verse como estafa. En la dogmática del derecho civil existe una diferencia nada insignificante entre un seguro a prima fija y un seguro a reciprocidad. En un seguro a prima fija, el tomador del seguro paga periódicamente una determinada suma de dinero, obteniendo a cambio un derecho a la indemnización del daño eventualmente sufrido por el objeto asegurado. En cambio, en un seguro a reciprocidad la prestación a que se obliga el tomador del seguro es dependiente del daño que haya de ser efectivamente indemnizado por la compañía aseguradora. Normalmente, el tomador del seguro paga una suma de dinero relativamente baja, pero tiene que efectuar pagos posteriores en caso que aumente la frecuencia o magnitud de los daños. Por ejemplo: produciéndose una gran sequía, una aseguradora de inmuebles tendrá que asumir, en mayor medida que lo normal, costos de daños por incendio. Es evidente que un seguro a reciprocidad normalmente convendrá más al tomador del seguro, ya que su prestación pecuniaria es menor. Él queda, sin embargo, expuesto al riesgo de tener que efectuar pagos posteriores de producirse un incremento de los casos de daño. Pero este riesgo puede ser a su vez

limitado contractualmente, en tanto el deber de efectuar pagos posteriores sea restringido a una suma máxima.

Justamente así se dieron las cosas en el caso a ser decidido por el Tribunal Imperial. El cliente contrató, condicionado mediante engaño, un seguro a reciprocidad, en el cual, sin embargo, la obligación de efectuar eventuales pagos posteriores estaba limitada. En esta medida, el contrato efectivamente celebrado por el cliente le resultaba mucho más conveniente financieramente que el seguro a prima fija por él deseado. El contrato efectivamente celebrado, por ello, satisfacía completamente el fin que el cliente perseguía a través del seguro correspondiente.

En su decisión, el Tribunal Imperial negó que hubiese habido una estafa, con el argumento de que aquí habría faltado un perjuicio patrimonial. Mucho más que este resultado, sin embargo, fue su fundamentación lo que en la literatura encontró en parte aceptación enfática y en parte rechazo categórico.² Pues en su fundamentación, el Tribunal Imperial desarrolló una doctrina económica del perjuicio patrimonial que ha sido determinante hasta hoy. Es mi convicción, sin embargo, que el Tribunal Imperial erró garrafalmente al sentar las bases de esta doctrina, de modo tal que de la mano de esta decisión se dejan reconocer los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial, que hasta hoy prevalece en Alemania.

2. Pero antes de analizar la doctrina del perjuicio patrimonial desarrollada por el Tribunal Imperial, hay que entrar en la pregunta previa de si el comportamiento del autor puede ser visto como merecedor de pena de acuerdo con los principios generales. Esto, dado que la solución del Tribunal Imperial estuvo notoriamente motivada por la impresión de una falta de merecimiento de pena del comportamiento del autor.

En su configuración actual, la estafa es un delito relativamente joven, que recién tras la codificación napoleónica ingresó al derecho penal

* Traducción de Juan Pablo Mañalich R.

** Catedrático en la Universidad de Bonn, Alemania.

¹ RGSt 16, 1 ss.

² Acerca de ésta y ulteriores decisiones fundamentales del Tribunal Imperial véase sólo *Binding*, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*. Besonderer Teil, 1. Band, 2^o ed., 1902, pp. 358 ss., con referencias ulteriores.

europeo como delito contra el patrimonio.³ Tradicionalmente, la estafa perteneció, por el contrario, a los delitos de falsedad originados en el derecho romano, cuyo núcleo de injusto se encontraba en una infracción de deberes de verdad. En esta medida, los hermanos de la estafa son los delitos de falso testimonio, falsificación de moneda y falsificación documental. Y todavía es usual en alemán hablar de “estafa” para designar el adulterio.

La diversificación de los delitos de falsedad en grupos de delitos específicos obedeció sobre todo a dos razones. Por de pronto, el liberalismo capitalista naciente exigía mecanismos de mercado que permitieran un tráfico comercial fluido. Para ello sólo se requería una protección frente a falsedades allí donde fuese necesaria una confianza en la funcionalidad del mercado y en los sistemas estatales para su aseguramiento. Por ello, ya no era necesario proteger un derecho general a la verdad, sino sólo, por ejemplo, la seguridad de las certificaciones a través de documentos, la funcionalidad de la judicatura y la confianza en la verdad de la información en el intercambio de mercancías.

La segunda razón para el retroceso de un derecho general a la verdad a favor de intereses de protección específicos se encuentra en el surgimiento del liberalismo político, que tuvo sus raíces en la filosofía de la ilustración y su irrupción práctica en la revolución francesa. De gran influencia en Alemania fue la filosofía moral de *Kant*, que a través de su discípulo *Feuerbach* sentó las premisas fundamentales del derecho penal. Según este entendimiento, el derecho tiene exclusivamente la tarea de garantizar a cada ciudadano un espacio de libertad que sea compatible con los espacios de libertad de todos los demás con arreglo a una ley general de igualdad. Consiguientemente, sólo la intervención en la esfera de libertad protegida de otro puede constituir un injusto. La consecuencia de esta doctrina es la exigencia de formulación exacta de aquellas condiciones bajo las cuales resulta lesionada la libertad individual. Estas condiciones de libertad individual constituyen, a su vez, los objetos de los derechos individuales de libertad,

esto es – para decirlo modernamente –, los bienes jurídicos del individuo.

La doctrina del bien jurídico del liberalismo político, así como las exigencias impuestas por el capitalismo en cuanto a los mecanismos de un mercado funcionalmente satisfactorio, fueron las influencias determinantes y al mismo tiempo complementarias para el moderno derecho penal. Ciertamente hubo otras ideas que también han encontrado recepción en el derecho penal, como por ejemplo el principio de solidaridad o el principio de responsabilidad por el medioambiente. Pero el modelo antropológico dominante para el derecho penal moderno es el ciudadano liberalmente concebido, con una fuerte orientación hacia el *homo oeconomicus*.

De ello se sigue que la agresión contra la mera libertad de decisión ajena cometida mediante engaño no exhibe, según las valoraciones del derecho penal moderno, suficiente sustancia de injusto como para ser merecedora de pena. Antes bien, para volverse merecedor de pena, el engaño tiene que aparecer como un medio para la intervención en un bien jurídico específico que sirva al libre desarrollo del engañado.

En contra del merecimiento de pena de un mero engaño en el tráfico jurídico también habla, por último, el hecho de que las consecuencias de un negocio jurídico condicionado mediante engaño se dejan fácilmente revertir por medio de la anulación de la declaración de voluntad condicionada por el error correspondiente. El derecho civil alemán prevé una invalidación en caso de engaño incluso cuando éste provoca un mero error de motivos en el engañado (párrafo 123 párrafo 1º Código Civil alemán).

3. Para fundamentar un injusto penal en el caso ya considerado, junto a la provocación del error a través de engaño tenía que concurrir una intervención ulterior en la esfera de libertad del cliente engañado. Este elemento de injusto adicional tendría que consistir, según el tenor literal del tipo de la estafa, en un perjuicio para un patrimonio ajeno. Al pronunciar el Tribunal Imperial su decisión, el así llamado concepto jurídico de patrimonio era dominante en la ciencia jurídico-penal alemana. Cuán poco convincente es este concepto, sin embargo, se

³ Para una breve revisión histórica véase *Kindhäuser*, Nomos Kommentar zum StGB, 2º ed. 2005, § 263 n.m. 1 – 8.

hace particularmente claro de cara a nuestro caso. A continuación quisiera explicar esto más de cerca.

II. La doctrina jurídica del perjuicio patrimonial

1. De acuerdo con el concepto jurídico de patrimonio, a éste pertenecen, positivamente, todas las pretensiones de carácter jurídico-patrimonial, así como, negativamente, todas las obligaciones de carácter jurídico-patrimonial de una persona. Los derechos patrimoniales son todos aquellos derechos que tienen como objeto bienes transferibles. De esta manera se distinguen los derechos patrimoniales de los derechos personalísimos, cuyo objeto está constituido por los bienes intransferibles de una persona – como por ejemplo, el honor, la integridad corporal y la vida.

De entrada es sorprendente que el concepto jurídico de patrimonio no vea el objeto de un derecho o una obligación, sino el derecho o la obligación misma como componente patrimonial. A mi patrimonio no pertenecería, según esto, mi reloj, sino mi propiedad sobre el reloj.

Esta definición del patrimonio tiene consecuencias para la determinación del perjuicio patrimonial, que de acuerdo con las premisas del concepto jurídico de patrimonio puede consistir o bien en la lesión de un derecho o bien en el gravamen con un deber.⁴ Mientras se trate de delitos contra la propiedad – como por ejemplo el hurto – resulta fácil construir un perjuicio patrimonial sobre esta base. Pues el ladrón en todo caso lesiona el derecho ajeno a la posesión de la cosa hurtada que se deriva de la propiedad. Tratándose de la celebración de contratos sinalagmáticos, en cambio, el concepto jurídico de patrimonio es fuente de perplejidades considerables.

Supóngase que alguien compra un anillo de latón creyendo, a consecuencia de un engaño, que el anillo sería de oro. En este caso, el comprador resulta gravado con la obligación de pagar el precio de compra. No obstante, el comprador

contrae esta obligación a sabiendas, lo cual significa que en esta medida el engaño y el perjuicio patrimonial no están conectados causalmente. Luego, un perjuicio patrimonial relevante en el sentido de la estafa sólo podría consistir en la lesión, condicionada mediante engaño, del derecho al traspaso del anillo. Pero esta pretensión no resulta lesionada, puesto que el anillo sí es transferido al comprador. El comprador recibe exactamente el anillo que ha comprado. El comprador ciertamente podría reclamar la invalidez del contrato en virtud del engaño acerca de la calidad del anillo; pero si él lo hace, entonces el contrato será nulo *ex tunc*, es decir, retroactivamente, con lo cual no habrá un derecho del comprador que el vendedor pudiera haber lesionado mediante engaño.

Este problema, a saber, que la adquisición de un derecho no puede conllevar perjuicio alguno, ha sido detectado ciertamente por los defensores del concepto jurídico de patrimonio. *Karl Binding*, el autor aquí determinante, recurre a una construcción auxiliar en la forma de una *culpa in contrahendo*, esto es, de una responsabilidad precontractual.⁵ Ya a consecuencia de las acciones preparatorias del contrato, el comprador habría adquirido el derecho a que se le transfiera, en caso de perfeccionarse en definitiva la compraventa, un anillo de oro. Pero el derecho civil no conoce una tal construcción. Pues en la responsabilidad precontractual del derecho civil se trata de la protección del interés negativo de una de las partes de no ser perjudicada a consecuencia de las acciones preparatorias del contrato. Dejando de lado excepciones, esto no permite construir una pretensión referida al interés positivo de que un contrato aún no perfeccionado tenga un determinado contenido. De tomarse en serio esa construcción, entonces uno podría, por ejemplo, eludir cualquier exigencia formal de determinados contratos solemnes invocando acciones preparatorias carentes de toda formalidad para así tener configurada la correspondiente obligación de la contraparte.

Así, el concepto jurídico de patrimonio, tal como lo defendiera *Binding*, sólo puede ser calificado

⁴ Véase *Binding*, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*. Besonderer Teil, 1. Band, 2^o ed. 1902, p. 353 ss., con indicaciones ulteriores.

⁵ *Binding*, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*. Besonderer Teil, 1. Band, 2^o ed. 1902, p. 359 s.

como una construcción fallida. Pues este concepto precisamente no es lo que el mismo pretende ser, a saber, accesorio respecto del derecho civil. Si bien el derecho civil conoce perjuicios en el sentido de la pérdida de un derecho, el caso normal de perjuicio es el de la disminución del valor del objeto de un derecho. Por ello es posible hablar sin más de un perjuicio patrimonial cuando ciertas partes de un inmueble son destruidas por una tormenta, a pesar de que aquí el derecho sobre el inmueble no resulta afectado en modo alguno.

En el caso al cual estaba referida la decisión del Tribunal Imperial, el cliente tampoco había sufrido el menoscabo de un derecho. Pues él obtuvo, a través del contrato, una pretensión de indemnización de perjuicios contra la compañía aseguradora. Él no tenía derecho alguno a la celebración de un contrato distinto del efectivamente celebrado, de manera tal que él no se vio lesionado en sus derechos por el hecho de celebrar un contrato distinto del contrato por él pretendido. En virtud del engaño, él sólo tenía el derecho a invalidar retroactivamente el contrato de hecho celebrado.

2. Es digno de resaltar que en el caso ya mencionado el Tribunal Imperial no haya entrado en una construcción del perjuicio patrimonial en el sentido de *Binding*. Antes bien, el tribunal afirmó que, de acuerdo con la doctrina jurídica del patrimonio, ya se habría dado un perjuicio si, de no haber actuado bajo error, el engañado no hubiera celebrado el contrato. Pero de esta manera, así proseguía el tribunal, no se dejaría establecer perjuicio alguno que fuese independiente del engaño, tal como lo exige, sin embargo, el tipo de la estafa. Indudablemente, uno tendrá que estar de acuerdo con el tribunal a este respecto, y ya con independencia de si alguna vez siquiera haya sido defendida seriamente la construcción del perjuicio por él criticada.

III. La doctrina económica del perjuicio patrimonial

1. Si se busca determinar un resultado de perjuicio patrimonial que sea conceptualmente independiente de la acción del engaño, entonces hay que poner la vista en las prestaciones que constituyen el objeto del contrato. Éste también

fue el punto de partida del Tribunal Imperial en el desarrollo de su doctrina del perjuicio. Éste refirió su concepto de patrimonio al objeto de los derechos patrimoniales y no a los derechos mismos. Al patrimonio de una persona han de pertenecer, de este modo, los objetos que le corresponden en virtud de sus derechos transferibles.

Tampoco el segundo paso dado por el tribunal parece problemático a primera vista. Éste consiste en sumar el valor de todos los objetos que se atribuyen a una persona en virtud de su posición jurídica para así obtener un valor global expresable en dinero y designar este valor global como su patrimonio.⁶ Y el Tribunal Imperial añadía literalmente: “Esta totalidad sólo puede ser dañada por el hecho de que su valor global sufra ... una disminución en dinero”.⁷

Tras una consideración más atenta resulta, sin embargo, que entender el patrimonio como el valor global de la suma de todos los objetos patrimoniales de una persona no sólo es superfluo, sino ya dogmáticamente desafortunado. Ya por razones prácticas, parece poco plausible tener que contabilizar el valor global de los objetos patrimoniales de una persona, y entonces, una vez producida la disposición patrimonial condicionada por error, volver a contabilizar el valor global del patrimonio para establecer si éste ha disminuido o no. Para poder establecer esto, habría que solicitar al perjudicado que proveyera un estado contable detallado, por no mencionar el complicado procedimiento de medición de los valores correspondientes, que sería igualmente necesario. Así por ejemplo, las acciones bursátiles pertenecientes al potencial engañado podrían caer o subir drásticamente al momento de la disposición, sin que esta disminución o este incremento patrimonial tuviera que ver en lo más mínimo con la disposición misma.

Pero incluso si uno renuncia a determinar el perjuicio patrimonial, según la definición del Tribunal Imperial, computando el valor global de todos los objetos patrimoniales – y ningún tribunal ha llegado a hacer esto alguna vez –, sino que sólo considera los movimientos patrimoniales

⁶ RGSt 16, 1 (3).

⁷ Ebda.

inmediatamente relacionados con la disposición patrimonial, la idea de una comparación del valor global de todas formas lleva al extravío. Pues los movimientos patrimoniales pueden generar pretensiones jurídicas contra el autor o contra terceros, las cuales pueden compensar o aun mejorar la situación financiera del potencial perjudicado. Esto explica que la jurisprudencia posterior sólo atienda a bajas o alzas de valores patrimoniales que resulten inmediatamente de la disposición patrimonial.⁸ Carecen de efecto compensatorio, por el contrario, la renuncia posterior del autor a la pretensión obtenida, así como las pretensiones legales compensatorias, en particular las pretensiones de indemnización de perjuicios o por enriquecimiento injusto,⁹ así como también los derechos a invalidación o los derechos de caución.¹⁰ También ha de quedar fuera de consideración que las circunstancias a ser valoradas se vean posteriormente modificadas con independencia de la disposición patrimonial¹¹ o que terceros efectúen pagos de compensación.¹² Por último, las pretensiones indemnizatorias del eventual perjudicado emanadas de contratos de seguro también han de carecer de relevancia para el cómputo. Ello es ciertamente sensato: ¿pues por qué debería verse favorecido el autor de un estafa por el hecho de que la pérdida patrimonial por él provocada sea compensada por un seguro, de modo tal que al final la víctima no experimente una desventaja neta?

Con esto, cabe mantener lo siguiente: la operación de saldar el valor global de los objetos patrimoniales del potencial perjudicado, exigida por el Tribunal Imperial, no sólo es impracticable, sino también absurda. Pues en el cómputo también tendrían que ingresar posiciones patrimoniales que desde el punto de vista del fin de protección de la norma no deberían ser consideradas a favor del autor. Una dogmática jurídico-penal practicable ha de construirse de otra manera. Si desde el principio el Tribunal Imperial se hubiese concentrado exclusivamente

en la comparación de los valores de las prestaciones y contraprestaciones asociadas al contrato, la judicatura alemana se habría ahorrado muchos esfuerzos y complicaciones.

2. Ahora bien: incluso cuando las prestaciones que surgen del negocio fraudulento son puestas en relación una con la otra, de todos modos se plantea la pregunta de por qué el valor pecuniario de ambas prestaciones habría de servir de estándar de comparación. El Tribunal Imperial no fundamenta esto, si bien porque da por sentado que el criterio del valor pecuniario sería evidentemente plausiblemente. Ello pudiera ser correcto, en tanto el valor pecuniario parece ser un criterio de comparación objetivo – mas sólo a primera vista.

Pues el valor pecuniario es dependiente del mercado y se determina en función de la oferta y la demanda. Lo cual significa: si cae la demanda por un objeto, éste pierde de un golpe su valor. Esto es especialmente cierto tratándose de bienes de consumo privado. A modo de ejemplo: cada compra de una camisa por parte de un consumidor privado constituye, objetivamente, un negocio perjudicial desde la perspectiva de la continuidad del valor de su patrimonio, ya que en sus manos la camisa vale menos que en manos del vendedor. No existe mercado alguno en el cual un individuo privado pueda vender sus camisas al precio comercial usual. Puede que el valor pecuniario sea un estándar de comparación objetivo; pero no constituye una propiedad o característica constante de una cosa.

El Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), el máximo tribunal alemán de revisión en la actualidad, elude el problema al atenerse al precio de venta tratándose de compraventas de mercaderías. En un célebre caso, el comprador de un pantalón fue engañado acerca de su calidad.¹³ A él se hizo creer que el precio del pantalón correspondía a una oferta particularmente conveniente.

En efecto, el pantalón era de mala calidad, pero su precio de venta se ajustaba al valor comercial usual. El Tribunal Supremo Federal negó aquí un perjuicio, dado que la calidad del pantalón correspondía a su precio de compra. Pero de este

⁸ BGH wistra 1999, 263 (265 s.).

⁹ RGSt 41, 24 (27); 44, 230 (239); BGH wistra 1993, 265 (266).

¹⁰ BGHSt 21, 384; 23, 300; BGH NJW 1985, 1563.

¹¹ Acerca negocios de riesgo y precios de títulos de valor véase BGHSt 30, 388 (389 p.); v. *Ungern-Sternberg* ZStW 88, 689.

¹² RGSt 41, 24 ss.

¹³ BGHSt 16, 220.

modo el Tribunal Supremo Federal se valió de un truco en la presentación de los hechos. El tribunal hace desviar la atención desde el patrimonio del comprador hacia el patrimonio del vendedor. El comprador obtiene el pantalón por el precio que habría podido conseguir bajo condiciones usuales de venta. En esta medida, el vendedor no experimenta una pérdida, así como tampoco una ganancia considerable. Para el comprador en cambio, de cuyo patrimonio efectivamente se trata, la situación es distinta. En sus manos, el pantalón comprado vale menos que el dinero que ha pagado por él; su patrimonio indudablemente ha disminuido. Este hallazgo es pasado por alto por el Tribunal Supremo Federal, en tanto éste, en lugar del valor real del pantalón en manos del comprador, pone la vista en el valor que el pantalón tiene en manos del vendedor.

Que esta forma de cómputo patrimonial sea llamada “económica”, resulta casi irrisorio. Basta con imaginarse a una empresa haciendo un inventario de su patrimonio, la cual valorara sus máquinas y mercaderías no según el efectivo valor de aprovechamiento o venta, sino según el valor que habría que pagar por ellas si las máquinas y mercaderías aún tuviesen que ser compradas. Ello constituiría, con arreglo a principios contables, una manifiesta adulteración de balances.

3. Cuán poca idónea en términos prácticos resultó ser la doctrina económica del perjuicio patrimonial impulsada por el Tribunal Imperial, se deja ilustrar a través del siguiente caso:¹⁴ un comerciante llegó hasta la puerta de la casa de una mujer, que era analfabeta, ofreciendo venderle un instrumento de aprendizaje con ayuda del cual ella supuestamente podría, en poco tiempo, aprender a leer y escribir. El artefacto, de eso no había dudas, valía su precio en el mercado. Pero era completamente inútil para la compradora, por no ser adecuado para el auto-aprendizaje.

Si en 1887 el Tribunal Imperial hubiese tenido que decidir este caso, el desarrollo del derecho penal patrimonial en Alemania con seguridad habría seguido un cauce muy diferente. Pues aquí

se muestra claramente que el valor de mercado de las mercancías sólo puede ser relevante para quienes de hecho participan en el mercado. En el caso del ejemplo, esto valdría incluso si el instrumento de aprendizaje hubiese sido vendido a la analfabeta por debajo del valor de mercado. Los consumidores privados no adquieren alimentos, artículos de necesidad y artículos de lujos para así volver a balancear financieramente su patrimonio conservando su valor global, sino para seguir viviendo, abrigarse y organizar su vida cotidiana con arreglo a sus propios intereses. En nuestro caso, lo que la analfabeta quería a cambio de su dinero no era adquirir un objeto patrimonial de igual valor, sino acometer la tarea de aprender a leer y escribir. Dicho brevemente: el sentido y el fin del negocio resultan totalmente falseado si uno lo reconstruye como un intercambio de valores patrimoniales.

Esto evidentemente también vale – y hay que enfatizarlo especialmente – para el tráfico comercial. Quien lleva un negocio dedicado a la venta de zapatos italianos de diseño y, a consecuencia de un engaño, suscribe un contrato referido a la entrega de computadores o de zapatillas chinas, efectúa una inversión fallida, también cuando los computadores o las zapatillas valgan su precio en el mercado. Un panadero adquiere harina, porque con ésta pretende hornear y vender pan, y no porque quiera agregar la harina a su patrimonio en atención a su valor financiero – y justamente esta característica determinante del actuar económico resulta desconocida por la doctrina económica del perjuicio patrimonial.

Lamentablemente, ni el caso de la analfabeta ni una serie de casos similares fueron razón suficiente para que la doctrina del perjuicio impulsada por el Tribunal Imperial fuese dejada de lado. La jurisprudencia no negó, sin embargo, como habría sido consecuente con esa doctrina, un perjuicio patrimonial en estos casos. Antes bien, lo que ella hizo fue crear un nuevo concepto de perjuicio, el así llamado impacto perjudicial individual (*individueller Schadenseinschlag*). Esto significa: en principio, cada perjuicio patrimonial ha de ser determinado de acuerdo con la operación de saldo del patrimonio global antes y después de la disposición patrimonial. Sólo en el caso de que el objeto recibido carezca de toda

¹⁴ Según OLG Köln NJW 1976, 157; referencias a ulteriores casos de la praxis en *Kindhäuser*, Nomos Kommentar zum StGB, 2º ed. 2005, § 263 n.m. 259.

utilidad práctica para el engañado habría que afirmar un perjuicio a pesar de la equivalencia financiera entre prestación y contraprestación. No es necesario explayarse para demostrar que la articulación más precisa de este principio de regla-excepción resulta dogmáticamente oscura.

4. Además de los casos de impacto perjudicial individual, los partidarios de la doctrina económica del perjuicio desde siempre han enfrentado una especial dificultad en los casos de disposiciones patrimoniales unilaterales. Pues en cada donación, por ejemplo, desde el principio falta un equivalente económico que pudiera agregarse compensatoriamente al patrimonio del donante. En la estafa de donaciones, el engaño se encuentra normalmente referido al fin del donativo. Puesto que este fin no constituye un equivalente con valor pecuniario, y el engañado a sabiendas reduce su patrimonio a través del donativo, tendría que ser negada una estafa por falta de error acerca del carácter perjudicial de la disposición patrimonial. Para evitar este resultado y poder tener por punible la estafa de donaciones, muchos prescinden entonces de la doctrina económica del perjuicio. Así por ejemplo, se atribuye un valor al fin del donativo siempre que éste tenga un sentido social, lo cual debería ser el caso cuando se trata del cumplimiento de un deber moral o de decencia.¹⁵ Lo que en verdad tiene lugar aquí, sin embargo, es una renuncia a las premisas de la doctrina económica del perjuicio.

5. En el último tiempo, en Alemania han cobrado importancia casos en que de lo que se trata no es de una estafa sino de una administración desleal (*Untreue*). Se trata de casos de utilización inapropiada de fondos presupuestarios estatales por la administración pública. A modo de ejemplo, considérese la situación de una ley de presupuesto parlamentario que establece una determinada suma de dinero para el funcionamiento y mantenimiento de un teatro público. El director del teatro contrae obligaciones, sin embargo, que superan por mucho su presupuesto; él ordena, por ejemplo, la construcción de un nuevo escenario.

Aquí vuelve a aparecer, de forma levemente modificada, el problema crucial de la doctrina económica del perjuicio. Las tareas de construcción del escenario pueden perfectamente corresponderse con su valor pecuniario, así como haber sido correctamente concesionadas. Mas los fondos públicos son fondos que siempre están de paso. Por naturaleza ellos son usados para fines de inversión y no para la conservación de un determinado estado patrimonial. Frecuentemente querrá el Estado incluso, por ejemplo tratándose de subvenciones, disponer de fondos a modo de pérdida, para así activar el desarrollo económico, cultural o social en un determinado ámbito. ¿Cómo tendría uno que poder determinar aquí un perjuicio a través de una operación de saldo?

IV. Acerca de la doctrina de la frustración del fin

1. Quisiera dejar hasta aquí la lista de puntos de crítica, que todavía se dejaría extender considerablemente. Como resultado cabe mantener que son tres las tesis de la decisión del Tribunal Imperial mencionada al comienzo que se han mostrado como altamente problemáticas para el desarrollo jurídico posterior, a saber (primero) que el patrimonio de una persona consistiría en el valor global de sus objetos patrimoniales, (segundo) que el valor global habría de determinarse con ayuda del respectivo valor de mercado, y (tercero) que un perjuicio se produciría cada vez que el valor global por saldo del patrimonio se reduce a consecuencia de la disposición patrimonial relevante.

Este procedimiento altamente complicado para la determinación del perjuicio es tan poco practicable como necesario en la práctica. Antes bien, en la praxis judicial el establecimiento del perjuicio se circunscribe de hecho a la contabilización de la prestación y la contraprestación, surgiendo problemas, entonces, cada vez que ya por la sola disposición sobre ellos los bienes ven disminuir su valor comercial. Pero además, las disposiciones patrimoniales por regla general no tienen como tarea, ya sea en el ámbito privado o en el tráfico comercial, preservar en un nivel constante la situación financiera de las partes de un contrato; de lo contrario sería imposible obtener una ganancia, la motivación elemental de la actividad económica

¹⁵ Véase por ej. *Cramer* JZ 1971, 416; *Goldschmidt* ZStW 48 (1928), 149 (158).

capitalista, a través de una disposición patrimonial. Los dineros son siempre invertidos, antes bien, para la obtención de fines que van más allá del negocio. En tal medida, comprar un poco de pan tiene sentido sin más: si bien uno ha perdido el dinero del precio de compra, a cambio de ello uno queda sin hambre y puede seguir viviendo.

Por ello, los problemas de la determinación del perjuicio se dejan solucionar con toda facilidad si en vez de atender al cómputo financiero se atiende a la obtención del fin de la inversión. La obtención del fin es, en otras palabras, el equivalente que compensa la disminución financiera que se sigue de la disposición patrimonial. Y esto significa: un perjuicio patrimonial se produce allí donde el fin asociado a la disposición patrimonial no es alcanzado.

2. El concepto del fin de una inversión requiere todavía alguna clarificación. Obviamente, el fin determinante no puede ser cualquier motivo, deseo o expectativa que alguien asocie a una disposición patrimonial. De lo que se trata, más bien, es del fin que aparece como fundamento del negocio respectivo. Este fin tiene que resultar expresado claramente y ser aceptado por la contraparte del negocio.

Volviendo a nuestros ejemplos: quien confirma a un cliente que un anillo sería de oro, ha reconocido con ello el fin perseguido por el cliente, consistente en adquirir un anillo de oro. Quien vende a una analfabeta un artefacto para aprender a leer y escribir, ha aceptado con ello que el aparato debe servir a la consecución de este fin de la inversión. Quien efectúa un donativo para las víctimas de un terremoto no alcanza su fin si el recaudador de las donaciones se mete el dinero en el propio bolsillo. Y a quien compete la administración de fondos públicos queda sujeto a la exigencia de utilizarlos ahorrativamente y con arreglo a los objetivos preestablecidos.

El fin de una inversión puede frustrarse de dos maneras. El disponente puede, de una parte, apreciar incorrectamente la propia prestación, por ejemplo obligándose, al firmar un contrato escriturado, a pagar un precio más alto que el convenido consensualmente. Pero él también

puede, como lo es en el caso normal, errar acerca de la calidad y la adecuación de la contraprestación respecto del fin perseguido.

3. Una doctrina del perjuicio patrimonial que atiende al fin de las inversiones correspondientes puede ser designada sin más como “económica”. Pues economizar quiere decir invertir en dirección a un fin. Y una tal doctrina del perjuicio también se ajusta al bien jurídico protegido. En el idioma alemán, la palabra “patrimonio” (*Vermögen*) es una forma sustantivada del verbo “ser capaz de” (*vermögen*), en el sentido de “poder” (*können*). Así visto, el patrimonio es la expresión cosificada del desenvolvimiento individual. Lo cual, por su parte, no significa otra cosa que perseguir fines de conformidad con los propios intereses.

4. Cabría preguntar, finalmente, cuál habría sido la decisión del Tribunal Imperial sobre la base de una doctrina de la frustración del fin. Pienso que uno tendría en todo caso que negar un perjuicio. Pues el cliente consiguió justamente la cobertura de seguro que él pretendía conseguir. Algo distinto valdría, empero, si durante las acciones preparatorias del contrato hubiese quedado de manifiesto que para el cliente por alguna razón en particular hubiera sido significativo el seguro a prima fija. Pues entonces habría existido un fin adicional no susceptible de ser alcanzado a través del seguro efectivamente contratado, con lo cual el cliente habría resultado, por falta de obtención del fin, patrimonialmente perjudicado.