

EL ÁNIMO DE LUCRO EN EL DELITO DE ESTAFA

Selena Muriel Escobar Escalante

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto determinar si resulta necesario que sea normativizado el ánimo de lucro como elemento del tipo subjetivo en el delito de estafa mediante el análisis de la doctrina y del Derecho Comparado. El objetivo de esta tesina es exponer los fundamentos del porqué debe ser normativizada no solo el ánimo de lucro sino también cada uno de sus elementos de creación doctrinaria.

Palabras clave: Estafa, ánimo de lucro, doctrina, derecho comparado, dolo.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos que continuamente ha sido objeto de críticas es el ánimo de lucro, es decir, la intención del sujeto de obtener una ventaja o beneficio económicamente apreciable, la doctrina mayoritaria ha sido enérgica en señalar que no correspondería a un elemento del tipo en el delito de estafa, sin embargo existen autores que han expresado la necesidad de su normativización, debido a que el añadirlo como elemento del tipo podría otorgar mayor sustento a la tipicidad, situación que al efecto analizaremos. Los elementos normativos tales como el engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio corresponden a interpretaciones doctrinarias, por lo que la base de este trabajo implica en la necesidad de normativizar cada uno de los elementos, especialmente el ánimo de lucro.

No es menor aclarar que actualmente uno de los delitos que se encuentra en aumento es precisamente el delito de estafa, por medio de múltiples facetas, inclusive no solo afectando a personas individuales sino también a colectividades, añadiendo nuevas formas de delinquir debido a que conforme la sociedad avanza en modernidad y estructuras complejas también aparecen organizaciones cuyo fin es el ánimo de lucro indebido.

* Magíster en Derecho Penal Económico y de la Empresa. Directora jurídica en Legallianz Lawyers & Partners. Correo electrónico: s.escobar@legallianz.cl

Garrido Montt afirma: “En el sistema nacional la estafa no requiere, como sucede en el español, que el agente actúe con ánimo de lucro, de enriquecerse. El tipo de estafa exige una voluntad dirigida a perjudicar, pero no así la de alcanzar un beneficio para sí mismo”¹, sin embargo, aun cuando no se encuentra normativizado, nuevos autores adhieren a la idea de que se debe considerar dentro del tipo penal y señalan que dejaría en evidencia mayormente el dolo del sujeto activo. Para Etcheberry, tras analizar los elementos objetivos del tipo, sostiene: “Objetivamente, nuestra ley no requiere nada más, y por lo tanto, desde el punto de vista subjetivo, tampoco aparece exigible ningún otro elemento, aparte del ánimo de señor y dueño y del dolo exigible en este como en cualquier otro delito”². Al menos, no parece exigirse ánimo de lucro, toda vez que no se encontraría dentro de las hipótesis empleadas por el legislador para la tipificación de la conducta, no necesitando el dolo del delito la inclusión de un propósito de enriquecimiento en el agente, a diferencia de lo que sí establece el tipo penal del artículo 432 del Código Penal, cuando expresamente requiere el ánimo de lucro como un elemento subjetivo.

Es de nuestra posición señalar que el único fundamento otorgado por la tesis de la doctrina clásica referente a negar el valor de elemento normativo del ánimo de lucro resulta del todo cuestionable, más aún cuando cada elemento normativo en el delito de estafa es de creación doctrinaria, y existen variados fundamentos que permitirían elevarlo al tipo subjetivo, como se señalará en el presente trabajo, asimismo la necesidad de normativizar este elemento es de vital importancia, no solo para un debido orden y coherencia en nuestro Código Penal sino para la debida concordancia con el principio de legalidad y culpabilidad, planteamiento al que adherimos completamente, desde una perspectiva de que todos los elementos deben ser normativizados para mejor aplicación del tipo penal al caso en concreto. Para poder atender a las diferencias doctrinales y normativas debemos en primer lugar entender qué es el delito de estafa, el bien jurídico protegido, sus elementos normativos, entre otros aspectos, por lo que el presente trabajo inicia con estas consideraciones para dar lugar al estudio del ánimo de lucro en el delito de estafa.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

España y Alemania han diferenciado entre el sentido amplio y un sentido restringido del concepto de patrimonio, el primero de ellos se tutela la posición jurídica del sujeto pasivo al que se sustrae la cosa, en cambio en sentido estricto refiere al perjuicio a la víctima en su patrimonio como entidad económica.

¹ Garrido, 2008, p. 352.

² Etcheberry, 1997, p. 372.

El aspecto patrimonial es relevante, sin embargo, las posturas se traducen en concepciones respecto de la idea del patrimonio para los efectos de asumir una teoría que desde el punto de vista de la jurisprudencia chilena obedece a una concepción de tipo mixta, es decir, jurídica-económica del patrimonio.

Para analizar el patrimonio debemos distinguirlo del objeto material de un delito patrimonial, en el ámbito civil se puede entender el patrimonio como el conjunto de relaciones jurídicas avaluables en dinero que pertenecen a una misma persona, siendo sus características, en primer lugar, la atribución de la persona de un poder jurídico sobre valores económicos; en segundo lugar, la susceptibilidad de valoración pecuniaria. Pero en el derecho penal no existe una definición uniforme respecto del concepto de patrimonio, por esta razón se han señalado diversos conceptos, los que han sido objeto de críticas por parte de la doctrina.

Según Valle Muñiz, “es la propia sociedad quien configura el contenido de los bienes jurídicos. La constante evolución de las relaciones sociales obligará a una continua revisión crítica de lo que las normas penales protegen. Ello, por supuesto, exige una sociedad democráticamente organizada, por tanto, el sometimiento de Estado al orden democrático”³. Bajo esta perspectiva es la realidad social la que exige que los tipos de estafa respondan debidamente, acatando los límites al *ius puniendi* y el principio de culpabilidad.

2.1. Teoría del concepto jurídico

Esta teoría desarrolla una concepción en la que “el patrimonio es el conjunto de derechos patrimoniales de una persona, solo se considera elemento integrante del patrimonio aquel que está reconocido como derecho subjetivo por el orden jurídico”⁴.

Para Antolisei, seguidor de esta teoría, acepta el concepto de los privatistas, pero destaca que se requiere precisión porque no solo puede acogerse el criterio económico o pecuniario porque también existen bienes con valores de afección.

Las consecuencias de esta concepción son las siguientes: no es posible el fraude si la procedencia de los bienes es ilícita, tampoco las meras expectativas se encuentran protegidas, sin embargo, para Bajo Fernández, “hay expectativas de derecho, como por ejemplo la clientela, cuya defraudación puede tener un gran significado económico en el mundo mercantil”⁵.

La pérdida de derechos sobre bienes constituye perjuicio patrimonial, esto incluye los objetos no valorables económicamente, desde esa perspectiva importa la lesión de los derechos patrimoniales aun cuando la cosa sobre la cual recae no tenga valor económico, sino cuando la lesión se produzca en cualquier derecho patrimonial.

³ Valle Muñiz, 1988, p. 72.

⁴ Gallego Soler, 2002, p. 113.

⁵ Gallego Soler, 2002, p. 268.

Se critica que la protección es muy amplia, ya que se extiende a objetos carentes de valor económico y a la vez se le considera restringida porque no protege situaciones económicamente relevantes como la posesión, por lo que el concepto jurídico resulta limitado para las exigencias del tráfico económico, además de que el mercado toma como criterio básico de referencia el económico, los que a la vez son objeto de diversos negocios jurídicos.

Ahora bien, al excluir las expectativas como un derecho subjetivo no se permitiría la estafa en ese sentido, lo que se critica.

2.2. Concepto económico de patrimonio

Bajo esta concepción el patrimonio es el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables de una persona, sin importar que se encuentren o no reconocidos jurídicamente como derechos, es decir, la idea de que no se debe proteger la existencia jurídica de un derecho sino únicamente su valor económico.

Las consecuencias de esta concepción son las siguientes: se incluyen en el concepto económico los bienes o cosas de procedencia ilícitas; forman parte del patrimonio las expectativas cuando tengan un valor económico concreto, aunque no puedan ser considerados derechos adquiridos; se excluyen las cosas u objetos sin valor económico y que posean una afección sentimental o emocional.

Afirma Valle Muñiz “su gran permeabilidad cuando integra en el patrimonio posiciones en el tráfico económico que, susceptibles de valoración, adolecen de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico”⁶.

Se le critica a este concepto la excesiva amplitud de protección penal, asimismo no se puede prescindir de los criterios jurídicos.

2.3. Concepto mixto (jurídico-económico)

Esta concepción es denominada teoría ecléctica, para Welzel “es la suma de todos los valores económicos que tiene alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico”⁷.

En su origen coincide con el concepto económico, por lo que se puede definir al patrimonio como al conjunto de bienes o derechos con valor económico que además gocen de protección jurídica.

Es para la doctrina una concepción que no resulta muy amplia y tampoco restringida, y bajo esta teoría se establece que las cosas bienes y créditos con valor económico; los derechos reales, personales e intelectuales; la posesión, queda

⁶ Valle Muñiz, 1988, p. 82.

⁷ Gallego Soler, 2002, p. 372, véase Donna, 2004, p, 42.

excluido los valores que se posean de modo contrario a Derecho; las expectativas; pero exigiéndose una base de certeza respecto de su posibilidad de verificación.

2.4. Concepto personal y funcional del patrimonio

Para Otto, “el patrimonio es una unidad personalmente estructurada, que garantiza el desarrollo de la persona en un concreto ámbito, el patrimonial”.

Algunos autores señalan que la característica principal de esta teoría es el reconocimiento de la finalidad económica individual, ello debido que la lesión del patrimonio no es cualquier bien valorable económicamente sino que el fin perseguido por el acto de disposición de su titular, es decir, sitúa al patrimonio como una potencia económica, pero vista desde la perspectiva del objetivo que plantea el titular de este, al ocurrir el perjuicio patrimonial el titular queda impedido de destinar su patrimonio a su finalidad.

La consecuencia más importante es que “el perjuicio patrimonial en el delito de estafa no reside únicamente en el valor monetario del objeto, sino también en el valor de uso que pueda tener para satisfacer los fines económicos de su propietario, de modo que existe delito cuando se frustra la finalidad perseguida por la víctima”⁸.

3. LA ESTAFA. ASPECTOS PRELIMINARES

En nuestro Código Penal no existe una definición de lo que se entiende por estafa, por ese motivo la doctrina ha servido de ejemplo para elaborar variados conceptos que permiten una mejor comprensión de lo que a este delito se refiere, lo mismo ocurre en Argentina, en cuyo Código Penal se encuentra el artículo 172: “será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”; pero el profesor Soler por su parte crea una definición en virtud del art. 172 CP argentino (similar al art. 468 CP chileno): “el que defraudare a otro mediante cualquier ardid o engaño, señalando que el problema no consiste en interpretar analógicamente los distintos enunciados ejemplificativos descritos en la norma, sino en fijar el concepto de ardid o engaño, porque la fórmula utilizada por la norma, cualquier otro engaño, debe incluir también a un ardid”⁹.

En España Oneca señala que “estafa es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas,

⁸ Véase Conde Pumpido-Ferreiro, Donna, 2004, p. 46.

⁹ Soler, 1992, p. 345.

les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”¹⁰.

En nuestro país la jurisprudencia pareciera compartir la teoría de la *mise en scène*, otorgando al engaño variado despliegue de apariencias; es más, la doctrina afirma que el artículo 468 del Código Penal es un compendio de maquinaciones que tratan en definitiva de demostrar que el engaño debe ser suficiente o bastante lejos de toda simple mentira. Para despejar toda duda analizaremos a continuación sus elementos normativos.

4. TIPO OBJETIVO

La jurisprudencia ha sido bastante enfática al señalar que los elementos normativos del delito de estafa corresponden al engaño, el error, disposición patrimonial y perjuicio, nexos causales debiendo precisar cada uno de sus conceptos para garantizar el principio de legalidad, además la falta de alguno de los elementos permitiría descartar la existencia del delito.

4.1. El engaño

Como anticipamos, en nuestro país se opta por la teoría de la *mise en scène*, para una mejor comprensión este sistema tiene su origen en el Código Penal francés y exigen niveles objetivos para dar cuenta de su existencia, si bien es cierto que menciona dicho cuerpo legal el uso de nombre falso, cualidades falsas y el abuso de estas también atañe a las maquinaciones fraudulentas, la que debe escapar de la simple mentira generando un engaño suficiente que permita incurrir en error y permita la disposición patrimonial.

Las maquinaciones pueden ser definidas como ardides o estratagemas que permitan dar credibilidad a la mentira dirigida a terceros. Para González Rus, existen dos formas de ver este delito, por medio de un criterio limitado y un criterio amplio, a ello nos referiremos a continuación.

“En cuanto a un criterio limitado, el engaño como elemento típico exige una especial maquinación o puesta en escena, el medio engañoso debe ser de tal entidad que resulte idóneo para que las personas incurran en error, no sirviendo las simples palabras, sino que debe haber alguna conducta o despliegue de conductas que tiendan a falsear la realidad”.

Para autores como Pedrazzi, la incriminación radica en la forma en que se exterioriza el engaño, señalando “se atiende al revestimiento exterior del engaño, se

¹⁰ Oneca, p. 1, véase Donna, 2004, p. 48.

incrimina el engaño que esté construido con una cierta riqueza de forma y medios; se exige que el motivo fraudulento no venga simplemente anunciado, sino que venga desenvuelto y revestido de un acompañamiento de maquinaciones aptas para abrir una brecha en la defensa del sujeto pasivo¹¹.

La idea de Pedrazzi es diferenciar el fraude civil del fraude penal, advirtiendo que en el primero cualquier forma de engaño es suficiente, pero no en el fraude penal, respecto de esto existen críticas indicando que esa forma de diferenciar no es suficientemente convincente. Resulta una gran dificultad el aplicar esta modalidad a los engaños omisivos o simples mentiras, pues en aquellos casos no existen grandes despliegues de conductas que puedan denominarse maniobras, por lo que por razones político-criminales se debe determinar el tipo de fraude y si la reacción penal queda reservada o no a engaños de índole peligroso o de mayor gravedad.

Es más, para algunos aplicar la protección penal en la simple mentira es ampliar demasiado el ámbito del fraude ya abarcado por el Derecho Civil. Para Finzi, indica que “la intensidad del engaño no se debe medir sobre la base de la prudencia mediana, sino con arreglo a las condiciones intelectuales personales del engañado en cada caso”¹², es decir, el medio comisivo de la estafa es aquel por el que se llega a la lesión patrimonial; sin que interese, desde el punto de vista jurídico, que el error se haya logrado con medios refinados o con medios simples, si se utiliza para producir el daño ajeno¹³.

En virtud de un criterio amplio, esta teoría señala que cualquier forma de engaño resulta suficiente para inducir a la víctima en error y posteriormente a su disposición patrimonial, bastando que la conducta desplegada aun cuando sea solo una mentira sea susceptible de engañar a una persona. En Argentina resulta ser la teoría aceptada por la mayoría de la doctrina, sin embargo, al partir desde el principio de mínima intervención resulta aplicable una limitación para que no todo incumplimiento civil sea materia del Derecho Penal.

Existen posiciones que limitan su contenido basándose en la buena fe en el tráfico, pero para ello se debe analizar si la conducta del autor podría estar enmarcada dentro de lo que se denomina engaño fraudulento según las normas, costumbres del tráfico en un lugar y períodos determinados y dependiendo de la actividad de que se trate. Por lo que se entiende en esta posición, “se deben considerar penalmente relevantes aquellos engaños, cualquiera que sea su mecanismo o forma de manifestarse, que se revisten de credibilidad por desarrollarse en un ámbito que el uso social estima está dominado por la buena fe, de modo que el sujeto pasivo tiene derecho a confiar en la veracidad de las manifestaciones de la otra parte”¹⁴.

¹¹ Pedrazzi, 1955 p. 220, véase Donna, 2004, p. 51.

¹² Finzi 1961, p. 40.

¹³ *Ibidem*, p. 41.

¹⁴ Pumpido Ferreiro, 1997, p. 52.

Para mayor claridad, el engaño deberá afectar la buena fe en el tráfico y en ese sentido, de acuerdo con las valoraciones y costumbres vigentes, se calificarán como penalmente relevantes, además algunos autores que para que el engaño signifique un aumento del peligro en el patrimonio de una persona, a consecuencia de la teoría de la imputación objetiva, implica entender el ámbito social en que se produce la conducta engañosa, por esta razón, en el ámbito privado la simple creación de peligro por la acción del sujeto activo será suficiente para afirmar la tipicidad.

Finalmente, el engaño atenderá a su sentido social, como lo valora socialmente la comunidad, de acuerdo con las reglas o usos sociales, así se ha estimado en Argentina para entender este aspecto, tomando en consideración que las conductas que se presenten como aprobadas o a lo menos tolerada no serán suficientes para el título de engaño.

En España la doctrina se pronuncia a favor de un criterio extensivo respecto de la conducta engañosa, Antón Oneca la entiende como “una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas”¹⁵. Para Rodríguez Ramos, se trata de “la falta de verdad en lo que se piensa, dice o hace creer”¹⁶.

Ahora bien, en Chile las hipótesis de los artículos 468 y 473 del Código Penal reúnen los clásicos elementos: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio o, dicho en otros términos, definiendo a la estafa como un engaño capaz de producir un error en la víctima, que determina que esta realice una disposición patrimonial que le genera un perjuicio, sin embargo, debe añadirse el nexo causal o relación de causalidad. Etcheberry propone, “que los elementos típicos fundamentales serían solo dos, esto es, engaño y perjuicio, siendo el error y la disposición patrimonial secundarios para el análisis, no puede admitirse”¹⁷.

Para el jurista Mario Garrido Montt, “el engaño no es más que la falta a la verdad al expresar algo o ejecutarlo, a efectos de presentar la realidad con un aspecto diferenciado al que en verdad tiene o posee, consistiendo este en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene u ocultando aquellas que efectivamente posee. Se hablaría en el último caso de disimulación, mientras que, en el anterior, de simulación”¹⁸.

Los profesores Matus, Ramírez y Politoff analizan distintas formas de engaño, diferenciado entre: “engaño basado en una simulación expresa, es decir, aparentando un hecho respaldándolo con una afirmación mendaz, *expressis verbis*; engaño basado en actos concluyentes, esto es, aparentando un hecho y respaldándolo no necesariamente en afirmaciones mendaces, sino aun verdaderas, pero realizando conductas

¹⁵ Donna, 2004, p. 49.

¹⁶ Rodríguez Ramos, 2010, p. 320.

¹⁷ Etcheberry, 2004, p. 406.

¹⁸ Garrido, 2002, p. 321.

que lleven al engañado a un error y engaño basado en la omisión de quien está en la obligación de declarar la verdad, ya que se mantiene a la víctima en el error”¹⁹.

Es posible vislumbrar que una parte importante de la doctrina no se encuentra de acuerdo con la hipótesis del engaño omisivo, pues señalan que la conducta desplegada por el agente debe ser del todo activa y un comportamiento omisivo no constituiría engaño. En cuanto a la doctrina clásica, representada por los profesores Garrido Montt y Etcheberry, la simple mentira es rechazada, debido a que no posee la entidad para ser constitutiva del engaño típico, ya que el ardid debe ser idónea para inducir en un error a una víctima en concreto, atendidas sus circunstancias individuales: así lo señalan en la siguiente referencia: “(...) la ley penal no tiene por objetivo proteger a los ingenuos o descuidados; la vida en relación exige de quienes la integran un mínimo de diligencia, como es la de razonar antes de aceptar algo. La credulidad, más que ingenuidad, es ausencia de acuciosidad”²⁰.

La teoría de la *mise en scène* tuvo grandes efectos bajo la premisa “la ley no protege al negligente, partiendo de la premisa de que la mentira no es un delito, por lo que no se debe creer fácilmente en la palabra de otro”²¹.

“El término maniobras, significa obra de las manos y, aun entendiendo en sentido figurado, impone un aspecto positivo; no podrán estar constituidas por simples disimulaciones o reticencias. La estafa, en este contexto, se afirma que es un delito constructivo, donde las palabras artificiosas, carentes de todo hecho exterior, no forman maniobras”²².

Sin embargo, debemos advertir la otra cara de la moneda, tal como le perciben Politoff, Ramírez y Matus: “El argumento de que el derecho no protege a los necios o a los negligentes no puede admitirse para castigar con la indefensión al que actúa de buena fe, que, al creer en las palabras de otro, resulta estafado. Ni aun el derecho civil admite esta indefensión del contratante de buena fe, pues el error de un contratante o el actuar doloso del otro siempre vicia el consentimiento, y no se exige para ello una expresión objetiva, cuantitativamente determinable, de ese dolo o del error a que ese dolo induce. Es más, el derecho civil solo castiga al contratante doloso, impidiéndole solicitar la nulidad del acto en que su dolo ha intervenido, y faculta, por tanto, al contratante engañado a ejecutar el acto (si le favorece) o a anularlo”²³.

Claro está decir que en el tráfico de los negocios las personas no se basan primeramente en la desconfianza, muchas veces creen en las instituciones y en las personas que las manejan, es decir, se parte desde el principio de la buena fe sin entender porque la situación cambia drásticamente al reducir su patrimonio o perder

¹⁹ Politoff *et al.*, 2005, p. 424-425.

²⁰ Garrido, 2002, p. 323.

²¹ Balmaceda, 2011, p. 68.

²² *Ibidem*, p. 68.

²³ Politoff *et al.*, 2005, p. 431.

algo significativo dentro de este, de lo contrario, no existirían automotoras u otras industrias, más aún cuando las estafas en dicho rubro se exhiben continuamente en redes sociales o en los medios de prensa.

Para Politoff, “entenderemos la idoneidad del engaño considerándolo *ex ante* como capaz o no de generar el riesgo de inducir o mantener en otro una falsa representación de la realidad que lo lleve a realizar un acto de disposición patrimonial, tomando como base las circunstancias conocidas o reconocibles por la persona a que se dirige el mensaje de la acción engañosa, más las circunstancias conocidas o reconocidas por el autor del engaño”²⁴. Para el profesor Hernández, “La simple mentira basta y simplemente no se formula la pregunta por su idoneidad, porque se entiende que, si la víctima lo creyó, esa es prueba suficiente e indesmentible de su idoneidad y en consecuencia de su relevancia jurídico-penal”²⁵.

Para parte de la doctrina debe protegerse penalmente a todas las víctimas, y la diferencia que señala la postura contraria es acerca de la autopuesta en peligro, así señala Pastor: “a víctima transforma un riesgo típico en atípico porque decide que sus expectativas dejen de ser normativas, o, con otras palabras, decide que el Derecho penal deje de proteger sus pretensiones (...). El Derecho penal no debe intervenir para trasladar el riesgo patrimonial de la esfera de quien naturalmente lo soporta a otro sujeto, pues el competente respecto al riesgo es la propia víctima. Cualquier sujeto es, en cierta medida, garante de su propio patrimonio, así que la explicación de una disminución patrimonial no la buscaremos en extraños cuando el mismo sujeto sea el que debe responder de su acto de disposición”²⁶.

En este sentido la criminología desde el punto de vista de la victimología es fundamental para un estudio profundo al respecto.

4.2. El error

Se trata de un estado psicológico provocado por el autor del delito, quien induce a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial. Para Bajo Fernández “el error es un conocimiento viciado de la realidad”²⁷. Se habla de error propio e impropio, siendo el primero de estos la creencia equivocada de un dato o de un hecho, y el segundo la ignorancia o desconocimiento de aquel hecho.

Para poder hablar de error se requieren condiciones en la víctima y en el entorno. Esto es, un entorno comprensible y que la víctima tenga las mínimas capacidades para comprenderlo, es decir, “la aptitud adecuada para adoptar decisiones adecuadas

²⁴ *Ibidem*, p. 430-431.

²⁵ Hernández, 2003, p. 163.

²⁶ Pastor, 2000, p. 350.

²⁷ Bajo Fernández. 1975, p. 282.

según ese conocimiento”²⁸. Por eso el error no es lo mismo que el engaño, en donde el supuesto estafador impide a la víctima ver claramente el entorno. Así, el error y el engaño son dos momentos distintos.

Es aquí donde se diferencia el engaño del error, como dos momentos distintos, pudiendo establecerse un nexo causal con la disposición patrimonial y causa del perjuicio.

Se discrepa en el caso de que exista duda por parte de la víctima, es el caso de la doctrina española que señala que en caso de duda la víctima no se encontraría en un estado de error, por lo que excluiría la punibilidad del hecho, para otros no se requiere un estado de error efectivo, debido a las exigencias del tráfico jurídico económico.

4.3. Disposición patrimonial

En el presente elemento normativo, el engaño fue capaz de producir error y generar en la víctima que por su propia voluntad efectúe un acto de disposición de su patrimonio. “Esto último determina que en Alemania se estudie este delito como una hipótesis de autoría mediata, donde el instrumento del agente es la propia víctima”²⁹.

Se diferencia con los delitos de robo y hurto porque en el primero se desplaza la cosa desde la víctima al autor y en el segundo el sujeto activo actúa desde la clandestinidad. En la estafa es la propia víctima quien entrega la cosa o dispone de su patrimonio mediante un acuerdo viciado, existe una creencia errónea por parte de la víctima de que está actuando de una forma correcta y válida, basado en la buena fe.

De acuerdo con el acto de disposición patrimonial nos referimos a lo ya señalado en los conceptos de patrimonio analizados en cuanto a su contenido económico.

Siguiendo al profesor Balmaceda, “a) En la estafa, es el sujeto posiblemente perjudicado quien efectúa la entrega de la cosa al sujeto activo, sin conocer que esa entrega es perjudicial; y b) Es el engaño previo al desplazamiento patrimonial el elemento que permite distinguir una estafa del delito de apropiación indebida”³⁰.

4.4. El perjuicio

Siguiendo al profesor Labatut, “el perjuicio consiste en una disminución del patrimonio del sujeto pasivo, pérdida que debe ser apreciable pecuniariamente”³¹. Para que el delito se perfeccione debe existir un perjuicio en el sujeto pasivo, en aquel que realizó el acto de disposición patrimonial. Es decir, es el menoscabo o

²⁸ Hernández, 2003, p. 168.

²⁹ *Ibidem*, p. 168.

³⁰ Balmaceda, 2011, p. 197.

³¹ Labatut, 1992, p. 242.

detrimento patrimonial, que es afectado individualmente de manera real y efectiva, el que debe ser de consecuencia inmediata y directa del engaño, siendo este un elemento normativo del tipo y no una condición objetiva de punibilidad, por lo que no desaparece con el pago posterior.

Para Hernández, “La jurisprudencia alemana afirma un perjuicio patrimonial en los siguientes casos: cuando a juicio de un observador imparcial, la prestación recibida es para la víctima total o parcialmente inutilizable conforme con los fines del contrato o de otra forma soportable; cuando la disposición patrimonial de la víctima la obliga a tomar medidas perjudiciales para su patrimonio, como cuando debe conseguir un crédito a intereses; cuando su disposición patrimonial limita a tal punto sus medios que pone en riesgo el cumplimiento de otras obligaciones, presentes o futuras; o cuando queda en situación de no poder seguir sustentando su estándar de vida”³².

En nuestro país se requiere que el perjuicio se trate de un menoscabo patrimonial, real y efectivo, consecuencia inmediata del engaño, afecta el patrimonio individual y como ya señalamos no es una condición objetivo de punibilidad sino un elemento del tipo.

5. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

El perjuicio en el delito de estafa debe provenir necesariamente del engaño en que se encuentra subsumido el sujeto pasivo, al incurrir en error efectúa un acto de disposición patrimonial que da origen al perjuicio, a la efectiva lesión del patrimonio, es decir, una serie de sucesos concatenados.

“Los delitos de resultado, para que este pueda atribuirse a una persona es preciso que sea consecuencia de su conducta. La teoría de la causalidad se ocupa de la vinculación entre la conducta del sujeto y el resultado previsto en el tipo legal”³³. En el caso de la estafa la conducta del sujeto activo no resulta de inmediato la existencia del perjuicio, sino que requiere el error, un estado psicológico tal como se estudió en el acápite anterior.

La doctrina ha establecido que para determinar si un específico resultado es provocado por la acción del estafador es “para atribuir el resultado al sujeto hay que tomar en cuenta, además del carácter causal de la conducta en el sentido de la equivalencia de las condiciones, la objetiva previsibilidad y evitabilidad del resultado, además de si el resultado dañoso es precisamente la realización del peligro creado por la conducta ilícita del hechor. Este factor es el que entrega la teoría de

³² Hernández, 2003, p. 183.

³³ Politoff, 2005, p. 174.

la imputación objetiva, la atribución del resultado del hechor deriva de la clase de peligro que él creó con su conducta”³⁴.

En el análisis de la definición clásica de los delitos como acciones típicas jurídicas y culpables, es posible encontrar inconvenientes frente al delito de estafa. Esto es así porque para causar la culpabilidad se debe vincular la conducta del autor con lo previsto en el tipo penal, por ejemplo, en la estafa, que el resultado perjudicial se relacione directamente con la disposición hecha por el sujeto pasivo y, de manera indirecta, con el acto del hechor. Entonces, hay autores que apoyan la teoría de la imputación objetiva para resolver el problema, sin embargo, no parece afortunada. Así lo manifiesta Rojas señalando que “la huida metodológica hacia los criterios de imputación objetiva para dotar de contenido los elementos típicos de los delitos patrimoniales, no parece ser muy auspiciosa. Dicho intento se estanca en la siguiente disyuntiva: o se reduce a una referencia general a la teoría de la imputación objetiva, sin precisar el modo en que sus criterios pueden operar en la configuración del injusto de estos delitos, o se aplican criterios específicos de imputación, como el riesgo permitido o el ámbito de protección de la norma, a elementos típicos para cuya interpretación se cuenta ya con una larga tradición en la dogmática de los delitos patrimoniales, con lo cual el recurso al criterio se vuelve prescindible o un gesto meramente nominal”.

“Es lo que sucede con el elemento típico del perjuicio patrimonial, definitorio de cualquier delito patrimonial. Se trata de un elemento cuyo alcance varía según sea el concepto de patrimonio que se siga, sobre cual dogmática y jurisprudencia vienen discutiendo desde hace más de un siglo. En cualquier caso, el perjuicio patrimonial es producto de una valoración, no es por tanto un acontecimiento que pueda imputarse según criterio de causalidad o los distintos criterios normativos de imputación objetiva”³⁵.

6. TIPO SUBJETIVO

Para el profesor Balmaceda, “el dolo de la doctrina dominante es ‘la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo’, ‘conciencia y voluntad de engañar a otro produciéndole un perjuicio patrimonial a él mismo o a una tercera persona’, y este debería ser ‘antecedente o coetáneo’ al engaño, por lo que el dolo ‘subsiguiente’ sería indiferente para constatar un delito de estafa”³⁶.

La posición mayoritaria es que este delito no puede ser realizado con culpa, tal como señala Silva: “La generalidad de los autores sostiene que este delito solo puede

³⁴ Politoff, *et al.*, 2005, p. 174.

³⁵ Rojas, 2011, p. 416-417.

³⁶ Balmaceda, 2011 p. 205.

ser cometido mediante dolo, como se ha venido sosteniendo, la conciencia y la voluntad de engañar por parte del autor, y no por actos de imprudencia o negligencia, vale decir, no hay estafa culposa³⁷. Se estima entonces que este tipo de delito es doloso, si partimos desde el concepto que el dolo es conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, en este delito se exige que el autor conozca y tenga voluntad de engañar y ocasionar un perjuicio, y en este contexto debemos abordar el ánimo de lucro, debido a que es la motivación principal del sujeto activo.

Para la doctrina argentina el delito de estafa es esencialmente doloso, no permite el dolo eventual, ello en atención a que la estructura del tipo es intencional, el autor es consciente de que quiere defraudar por medio de manifestaciones falsas, representándose el resultado típico con el fin de obtener un lucro ilegítimo.

En el sentido del dolo eventual el autor atenta contra el bien jurídico, pero no obra queriendo causar el resultado, sino que se representa su producción y se conforma con esa eventualidad. Para la doctrina resulta incompatible con la idea de defraudación por la exigencia del ardid o despliegue de un engaño destinado a efectuar un perjuicio al sujeto pasivo y obtener lucro.

Hernández señala que es necesario incluir el ánimo de lucro en la regulación de este delito, así señala: “parece más conforme con lo que fenomenológicamente se entiende por estafa exigir dicho ánimo. En efecto, tanto los orígenes históricos del tipo penal como el contexto ineludible del derecho comparado a menos que se crea en un más que improbable concepto ‘criollo’ de la figura y la imagen arraigada del injusto en que incurre el estafador indican que la estafa no es simplemente un delito de daño patrimonial ajeno, sino uno de enriquecimiento a costa de dicho patrimonio, y que si la ley no exige la efectiva consecución de dicho enriquecimiento por razones de técnica legislativa, por demás extendidas en la tradición comparada en que se inserta nuestra legislación, si al menos debe exigirse que el agente actúe movido por ese propósito³⁸. Sin embargo, se señala por autores que defienden que no se exija el ánimo de lucro en la regulación del delito en estudio, no es una exigencia dentro del tipo penal y que es tema de *lege ferenda*.

En el Tribunal Supremo español se ha manifestado que existencia del dolo, se obtiene por medio de una inferencia que depende de los datos acreditados y los hechos propiamente tales, nos dirige a esa conclusión, asimismo el dolo presente más el elemento volitivo destinado a realizar la conducta y obtener ventaja patrimonial. Siendo este dolo actual previo a la defraudación y no con posterioridad; debe coincidir con el momento del engaño, y al existir ánimo de lucro excluye la imprudencia por su estructura intencional, salvo que hay autores les parece posible la estafa con dolo eventual, pero tendría el mismo tratamiento que la imprudencia,

³⁷ Silva, 2017, p. 94.

³⁸ Hernández, 2003, p. 188-189.

siguiendo al profesor Balmaceda, “la ausencia de dolo implica atipicidad debido a que no admite forma imprudente, el error vencible e invencible determinaría atipicidad y con ello impunidad”³⁹. Es importante tener en consideración que este delito es de resultado, por lo que requiere que exista perjuicio en la víctima y no que el autor logre su ventaja patrimonial.

“Cuando un sujeto ha llevado a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y lo ha hecho siendo conocedor de la peligrosidad genérica de tal conducta y contando además con un perfecto ‘conocimiento situacional’, debe serle imputado el conocimiento de que su conducta era concretamente apta para producir dicho resultado y, por tanto, procede afirmar su dolo con respecto al resultado”⁴⁰.

Para afirmar la existencia de dolo, el juez debe constatar que el autor conocía los requisitos objetivos del tipo y que no se encontraba inmerso en ningún error respecto de la realidad típica (error vencible o invencible) y en muchas legislaciones se ha determinado que al constatar por parte del juez que existe una discrepancia substancial entre lo que se representó el autor y la realidad típicamente relevante, excluya el dolo. Sin embargo, el ámbito psicológico demuestra una mayor dificultad procesal, ya que resulta imposible saber qué ocurre al interior de la mente de una persona, en virtud de lo anterior se debe contrastar la base fáctica del tipo subjetivo de forma indiciaria.

Para Ragués “El hecho de que una persona haya sido normalmente socializada hace que se le imputen todos aquellos conocimientos cuya ausencia solo se concibe en sujetos que no han mantenido apenas contactos con la civilización occidental. Los conocimientos que se atribuyen por esta vía reciben el nombre de conocimientos mínimos en sentido amplio”⁴¹.

7. EL ÁNIMO DE LUCRO

Nos referiremos al elemento subjetivo que consiste en la ventaja patrimonial que obtiene el autor con propósito de la apropiación de una cosa con valor económico, es el beneficio del sujeto activo al haber cometido el delito, la contrapartida del perjuicio sufrido por la víctima. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, la voz “lucro” alude a la ganancia o al provecho que se saca de algo.

Si analizamos a la doctrina española, tal como se refiere Rodríguez Mourullo, “el lucro ha de ser directo, el lucro va conectado a la posesión de la cosa que es objeto material del delito, mientras que el lucro (que) no deriva del objeto material en sí,

³⁹ Balmaceda, 2011, p. 207.

⁴⁰ Von Wick, 1857, p. 612 véase Ragués Ramón I Valles, 1999.

⁴¹ Ragués Ramón I Valles, 1999, p. 522.

sino del acrecimiento que supone para el patrimonio del agente la destrucción, deterioro o menoscabo de la cosa, no es el lucro a que se refiere la ley en los delitos de apoderamiento o defraudación”⁴².

Rodríguez Devesa expresa “la necesidad de que el lucro tenga un sentido económico y no ya solo por la imposibilidad de distinguir, en otro caso, el hurto de los daños, sino también porque en nuestro Código se parte de que la cosa ha de tener un valor económico, o sea, no un valor de cualquier índole, sino precisamente objetivo”⁴³. El sentido económico del lucro en la estafa es evidente en cuanto se entiende que es la contrapartida del daño patrimonial y lo analizaremos desde el punto de vista del delito de estafa.

Para los españoles en virtud del principio de legalidad el autor no solo debe conocer y querer la realización de un perjuicio patrimonial ajeno mediante el despliegue de una conducta engañosa con dolo directo, sino que se exige que el delito sea cometido con ánimo de lucro, se refiere a un elemento subjetivo del tipo.

Ahora bien, el Tribunal Supremo considera la ventaja patrimonial como cualquier utilidad o ventaja, pero no resulta esencial que se concrete en un determinado valor económico, por ello lo estiman como cualquier ventaja. Comprende beneficio propio o a favor de un tercero, también han vislumbrado esta forma de lucro; se excluye la comisión por imprudencia, ya que el ánimo de lucro reafirma el dolo y el objetivo del autor es obtener una ventaja patrimonial correlativa como contrapartida del perjuicio típico ocasionado, aun cuando no sea equivalente.

Otra legislación que contempla el ánimo de lucro es el alemán, castigando al que defraudare para ayudar a otro con el elemento subjetivo “ánimo de lucro”, podrá ver su conducta tipificada como estafa.

En nuestro país y tal como anticipamos para la doctrina clásica en este tipo de delito no se requiere este ánimo especial, así lo ha manifestado Etcheberry al respecto: “Objetivamente, nuestra ley no requiere nada más, y por lo tanto, desde el punto de vista subjetivo, tampoco aparece exigible ningún otro elemento, aparte del ánimo de señor y dueño y del dolo exigible en este como en cualquier otro delito...”⁴⁴; para nosotros esa postura es criticable y no explica más allá del porqué no admite la incorporación del ánimo de lucro como elemento normativo, sin embargo optan por aceptar los elementos normativos del tipo objetivo elaborados por la doctrina, los que tampoco se encuentran dentro del tipo penal, por lo que no resulta convincente que los cuatro elementos: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio que no aparecen en los artículos del CP sean aceptados por la doctrina clásica, sin embargo el ánimo de lucro no lo sea.

⁴² Rodríguez, p. 238 véase Valle Muñiz, p. 256.

⁴³ Rodríguez, 2010, p. 256.

⁴⁴ Etcheberry, 1997, p. 372.

“Algunos autores, como Hernández y Balmaceda, son partidarios de requerir dicho ánimo, teniendo en cuenta que la estafa no es simplemente un delito de daño del patrimonio ajeno, sino uno de enriquecimiento a costa de dicho peculio y, por ende, aun cuando no es requisito que el agente obtenga efectivamente el enriquecimiento, debería exigirse que actúe movido por ese propósito”⁴⁵. “La mayoría de la doctrina rechaza la concurrencia del ánimo de lucro como segundo elemento subjetivo necesario para configurar el delito de estafa, por ser notorio el contraste con el delito de hurto consagrado en el art. 432 del CP, en que sí se exige expresamente”⁴⁶.

Adherimos a la teoría de que el ánimo de lucro es un elemento presente dentro de este delito y es más resulta esencial para reafirmar la existencia del dolo del autor, pero no solo este elemento debe ser normativizado sino cada uno de los elementos normativos, incluyendo el engaño, el error, disposición patrimonial y perjuicio, ello con el fin de que los artículos relativos a este delito no solo sean un compendio de conductas defraudatorias, porque el avance de la sociedad moderna también ha contribuido a crear nuevas formas de delinquir, por lo que podemos apreciar estafas por medio de internet (fraudes electrónicos, *phishing*, *farming*, entre otros) y mediante una normativización más adecuada en el tipo penal permitirá a nuestros tribunales dictar sentencias con arreglo a derecho evitando que recaigan en infracción a *nulla crimen nulla poena sine lege*.

“El ánimo de lucro debe concurrir en el agente al momento de llevar a cabo el comportamiento típico”⁴⁷. “Además, como en toda figura que requiere un *animus* especial, lo que se exige es que aquel realice la conducta delictiva con una determinada motivación, con independencia de si consigue o no lo que persigue”⁴⁸. Por tanto, dicha motivación tal como lo hemos planteado es el lucro o ventaja patrimonial, por ello muchos autores señalan que trasciende más allá que la realización del tipo penal. “Existe acuerdo en orden a que el ánimo de lucro, que debe concurrir en el sujeto activo, es un elemento subjetivo del tipo o del injusto distinto del dolo”⁴⁹, es decir, el ánimo de lucro aparece como un elemento subjetivo que se suma a los elementos ya analizados y se adiciona al dolo del sujeto activo y especifica a su vez su ilicitud, pues son elementos que conciernen a su daño social.

Respecto de la connotación que tiene el ánimo de lucro la mayoría de los autores señalan que puede ser cualquiera incluyendo de índole económica, pero hay tesis contraria que expresa que la motivación mantiene un contenido de índole económico, ello debido a que en los delitos de apropiación el lucro es un elemento determinante.

⁴⁵ Künsemüller, 2017, p. 45.

⁴⁶ Etcheberry Orthusteguy, 1998, p. 402.

⁴⁷ Calderón, 2013, p. 85.

⁴⁸ Carrara, 1959, p. 3.

⁴⁹ Grisolia, 1997, p. 421.

Para aquellos que plantean que el ánimo de lucro implica la motivación del agente de añadir una ventaja a su propio patrimonio o al de un tercero, la connotación económica es inevitable, más aún cuando mayoritariamente se aplica la concepción mixta, esto es, jurídico-económico del patrimonio. Ahora bien, si se postula que los intereses patrimoniales constituyen el bien jurídico a todos los tipos de apropiación, no se opone a distinguir diversas formas de afectación del bien jurídico que, en algunos casos, se verificará respecto de cosas, e inclusive en intereses patrimoniales o la respectiva universalidad jurídica en sentido amplio.

Otro punto relevante que analizar es el tipo de lucro: si este debe ser directo, indirecto, propio o ajeno; existe discusión doctrinal al respecto del lucro directo, sin embargo, para Conde-Pumpido “quien, junto con establecer la necesidad de que el lucro derive inmediatamente de la conducta (apropiatoria), sostiene que aquel es directo si el beneficio en cuestión es obtenido a través de la cosa”⁵⁰. Tal como se puede apreciar en el caso del artículo 432 del Código Penal el legislador exige que el propio agente “se lucre”, dicho requisito excluiría la posibilidad de que el sujeto activo lleve a cabo la conducta para que un tercero se lucre de ella, no así en Derecho comparado como el alemán y el italiano, legislaciones que contemplan ambas aristas tanto la del propio sujeto activo como la del tercero, y en España en que se exige el ánimo de lucro sin distinción alguna entre ambos.

Asimismo se señala que el ánimo de lucro es esencial en el hurto y el robo, siendo el segundo delito más severo en su castigo punitivo en ciertas hipótesis que el anterior, más aún en concurso con otros delitos más graves, y que el elemento tratado correspondería al lucro propio, de acuerdo con nuestro cuerpo legal; y en las defraudaciones el lucro puede ser propio o ajeno según el artículo 157 del Código Penal; otra interpretación indicaría que en el robo el autor puede alcanzar lucro propio o ajeno, y en el hurto solo se castigaría al autor que realizó el tipo con ánimo de lucro, con motivación económica, excluyendo al tercero.

En el caso del artículo 157 CP el ánimo de lucro es indistinto, pudiendo ser propio o ajeno. “En realidad, todo parece indicar que el legislador chileno utiliza indistintamente las nociones de “ánimo de lucro” y de “ánimo de lucrarse”⁵¹. En atención a la pena, se ha señalado por autores que debiera haber un correspondiente equilibrio entre el hurto y la estafa, por lo que debiera existir coherencia desde el punto de vista normativo, estableciendo claramente si el lucro es propio o ajeno, sin embargo, corresponde al ámbito de una normativización.

⁵⁰ Pumpido Ferreiro, 1997, p. 125.

⁵¹ Rodríguez Collao, 2008, p. 90.

8. LEGISLACIÓN Y EL ÁNIMO DE LUCRO EN EL DELITO DE ESTAFA (TOMA DE POSICIÓN)

Para Hernández Basualto, reconociendo que las normas que regulan el delito de estafa no hacen referencia expresa a dicho *animus*, como sí acontece en el artículo 432 del Código Penal, a propósito del hurto y del robo, plantea que “parece más conforme con lo que fenomenológicamente se entiende por estafa exigir dicho ánimo”⁵². Como también señala González Extremera, los elementos determinantes de todos los tipos de defraudación son el ánimo de lucro y el perjuicio patrimonial, los que vendrían a representar “de forma opuesta el beneficio del agente y el perjuicio del paciente”⁵³. Para la defraudación aparece importante la existencia de la especial motivación del autor, siendo necesario además del dolo, el autor debe obrar con la necesidad de obtener aquella ventaja patrimonial unida a la realización del perjuicio querido por el agente.

En el artículo 473 del Código Penal se limita a castigar con la pena de presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa, “al que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores”; tampoco entrega elementos definidos, por lo que se recurre a la jurisprudencia y la doctrina para establecerlos y tal como analizamos al iniciar este trabajo la doctrina desarrolla los elementos engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio, además de la exigencia del dolo dentro del tipo subjetivo, pero el debate se encuentra en torno al ánimo de lucro. Para aquellos que versan acerca de la idea de que no es un requisito del delito de estafa establecen que este elemento no es exigido por el legislador como lo hace en el delito de hurto y robo donde lo manifiesta expresamente. Para la tesis contraria como hemos venido estudiando es un elemento que reafirma el injusto penal y corresponde al tipo subjetivo adicional al dolo.

Señala Piña Rochefort, “que el mero silencio de la ley no es argumento suficiente para aceptar el ánimo de lucro, y que existen razones materiales más allá de tal silencio para desestimarlos (del todo extrapolables al delito de hurto)”⁵⁴. Contrariamente a lo anterior para Yubero Canepa sostiene que “los artículos 467 y 468 del CP expresan en la voz ‘defraudar’, no solo el requisito del perjuicio de la víctima, sino también el lucro del agente. Manifiesta que el delito debe reputarse consumado cuando concurren el perjuicio y el lucro, lo que concordaría con los presupuestos elementales de la estafa”⁵⁵. Siguiendo la perspectiva de derecho comparado la estafa es a todas luces un enriquecimiento a costa del patrimonio ajeno, y que siguiendo la coherencia en los delitos apropiatorios debiera normativizarse el ánimo de lucro.

⁵² Hernández Basualto, 2003, p. 188.

⁵³ González Extremera, 2008, p. 151.

⁵⁴ Piña, 2006, p. 106.

⁵⁵ Yubero, 1993, pp. 69 y 70.

La jurisprudencia ha marcado un énfasis en que se establece la importancia del ánimo de lucro, normalmente expresando que la doctrina es quien incorpora este elemento, aun cuando corresponde a la doctrina minoritaria, sin embargo, la jurisprudencia se basa en sus fundamentos en la doctrina comparada para otorgar valor a este elemento tan relevante, en este sentido la posibilidad de plasmar el ánimo de lucro en la norma legal resulta ser del todo necesario.

Explicaremos razones jurídicas por las que debe estar cada uno de sus elementos normativizado: recordemos que nuestra Constitución señala expresamente en su artículo 19 N° 3 inciso 7 que “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, es decir, la conducta debe ser especificada concretamente de lo contrario genera falta de seguridad jurídica, genera inconvenientes tanto para imputados como para víctimas. La existencia de una norma clara en materia de estafa significaría otorgar a nuestros tribunales mejores herramientas a la hora de dictar sentencia, recordemos que si bien la doctrina es importante, no es vinculante para el juez y se trata en las Escuelas de Derecho como una fuente secundaria, por lo que va a primar las fuentes directas, las normas de rango constitucional y de rango legal, no ocurre lo mismo con las opiniones de autores por lo que deja en cuestionamiento que en la parte considerativa de un fallo por este tipo de delitos los jueces elaboren su convicción basados solo a la doctrina y en menor medida a la norma, susceptible de posibles recursos de nulidad en el futuro.

“El principio de legalidad es reconocido en nuestra constitución y leyes. Por su parte, la doctrina nacional lo ha definido como aquel por el cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando exista una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo además, la clase de castigo a que se encuentra sometido”⁵⁶, asimismo, respecto de la consagración de este principio se señala que no hay delito ni pena sin ley previa, escrita y estricta, “que sea una ley escrita, conlleva que solo puede ser fuente legal la ley propiamente tal, dejando de lado los reglamentos, decretos con fuerza de ley, decretos leyes u otros que no tienen el carácter de ley, o sea aquellas fuentes que no tienen forma de ley de conformidad con la Constitución, este principio, que significa una importante limitación al juez, ya que no podría buscar más allá de lo permitido por la ley para sancionar una conducta, también lo es para el poder ejecutivo, ya que no podría crear delitos mediante reglamentos o decretos con fuerza de ley”⁵⁷. Por ello una normativización de todos sus elementos aportaría herramientas para la función judicial, otorgaría mayor certeza jurídica, se evitaría leyes con apellido sin trascendencia, y permitiría avanzar conforme con la sociedad moderna.

⁵⁶ Politoff, 2005, p. 94.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 5.

9. CONCLUSIONES

Luego de haber analizado las distintas posturas y sus fundamentos se puede apreciar las siguientes consideraciones:

Que, para atender al bien jurídico, la doctrina desarrolló una concepción que no resulta muy amplia y tampoco restringida, y bajo esta teoría se establece que las cosas bienes y créditos con valor económico; los derechos reales, personales e intelectuales; la posesión, se incluyen dentro del concepto de patrimonio, quedando excluido los valores que se posean de modo contrario a Derecho; en cuanto a las expectativas; se exige una base de certeza en su posibilidad de verificación.

En nuestro país la jurisprudencia pareciera compartir la teoría de la *mise en scène*, otorgando al engaño variado despliegue de apariencias, es más, la doctrina afirma que el artículo 468 del Código Penal es un compendio de maquinaciones que tratan en definitiva de demostrar que el engaño debe ser suficiente o bastante lejos de toda simple mentira.

Aunque en nuestro CP no existe una definición concreta, es la doctrina quien elabora herramientas para entender sus elementos normativos, como lo es el engaño, error, disposición patrimonial y el perjuicio, unidos por un nexo causal, se trata lisa y llanamente de creación doctrinaria, la imperativa necesidad de normativización de todos y cada uno de sus elementos resulta imprescindible.

Que se estima que el engaño es capaz de producir error y generar en la víctima que por su propia voluntad efectúe un acto de disposición de su patrimonio, siendo esta característica una particularidad del delito, ya que es la propia víctima la que pone en peligro su patrimonio derivado del error resultante del engaño, y por ello es que en Alemania se estudie este delito como una hipótesis de autoría mediata, donde el instrumento del agente es la propia víctima.

En el caso del elemento perjuicio, en nuestro país se requiere que se trate de un menoscabo patrimonial, real y efectivo, consecuencia inmediata del engaño, afecta el patrimonio individual y como ya señalamos no es una condición objetivo de punibilidad sino un elemento del tipo.

En cuanto al tipo subjetivo, la posición mayoritaria es que este delito no puede ser realizado con culpa, tal como señala Silva y la generalidad de los autores sostiene que este delito solo puede ser cometido mediante dolo, como se ha venido sosteniendo, la conciencia y la voluntad de engañar por parte del autor, y no por actos de imprudencia o negligencia, vale decir, no hay estafa culposa, asimismo en el sentido del dolo eventual la doctrina mayoritaria señala que el autor atenta contra el bien jurídico, pero no obra queriendo causar el resultado, sino que se representa su producción y se conforma con esa eventualidad, tal idea resultaría incompatible con la defraudación, debido a que se exige el ardid o despliegue de un engaño destinado a efectuar un perjuicio al sujeto pasivo y obtener lucro.

En el caso del ánimo de lucro, que es la parte más relevante de este trabajo, podemos afirmar que en Derecho comparado existen legislaciones que contemplan el ánimo de lucro como un elemento relevante para determinar la existencia del delito de estafa, añadiéndolo como un elemento subjetivo, es precisamente en legislaciones como España, Alemania e Italia, el ánimo de lucro está consagrado en el CP y a su vez es un requisito necesario.

Si bien es cierto que la tesis mayoritaria en la doctrina nacional es la de negar el ánimo de lucro como elemento normativo, nuevas corrientes proponen lo contrario, a lo que adherimos, es más, permite afirmar la tipicidad y a su vez reafirma el dolo debido a que para el autor su principal motivación resulta ser el lucro ilegítimo que pesa sobre otro patrimonio, y ya habiendo establecido las bases de nuestra postura, la que opta por normativizar todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo de elaboración doctrinaria, señalamos que el único fundamento otorgado por la tesis de la doctrina clásica referente es la de negar el valor de elemento normativo del ánimo de lucro resulta poco afortunada, más aún porque no explica más allá de no admitir la incorporación del ánimo de lucro como elemento normativo, por no encontrarse incorporado en el tipo penal, pero aceptan, en cambio, todos los elementos normativos del tipo objetivo que no constan en la ley.

A juicio nuestro el hecho de que este elemento se normativice debidamente en el ámbito de la ley genera avances, más aún cuando podemos apreciar que en la actualidad es frecuente ver toda clase de estafas, desde montos pequeños hasta sumas millonarias o la existencia de verdaderas organizaciones criminales dedicadas a operar motivadas por los beneficios patrimoniales que esta conlleva.

Siguiendo la perspectiva de derecho comparado la estafa es a todas luces un enriquecimiento a costa del patrimonio ajeno, y que siguiendo la coherencia en los delitos apropiatorios debiera normativizarse el ánimo de lucro, con la debida correspondencia al principio de legalidad.

La debida concordancia en nuestro sistema jurídico es muy relevante, es así como la autora Laura Mayer Lux expresa que se trata de delitos contra los intereses patrimoniales, “En cuanto a la sistematización de los delitos contra intereses patrimoniales, Etcheberry, basándose en el orden que siguió el legislador para tipificar tales conductas, distingue dos grandes grupos: de un lado, los delitos de apropiación sean por medios materiales (ver el hurto) o inmateriales (por ejemplo, la estafa); de otro lado, los tipos de destrucción”⁵⁸; si se exige ánimo especial en figuras más graves como el robo, por qué no extenderlo a la estafa, además siguiendo la armonía de los delitos establecidos en el título 9 libro II del Código Penal, tanto el hurto como la estafa se determina la pena atendida a la cuantía de lo hurtado o defraudado en su caso, por lo que no se comprende por qué el hurto tendría un disvalor mayor

⁵⁸ Mayer Lux, Laura, 2014, p. 3.

al de la estafa, asimismo el ánimo de señor y dueño que aparece en los delitos de hurto y robo no es más que el ánimo de lucro en la práctica. El que actúa con lucro enriqueciéndose a costa de un patrimonio ajeno, actúa como señor y dueño de lo defraudado, por esta razón, el autor obra con la necesidad de obtener aquella ventaja patrimonial lo que reafirma el dolo, además una normativización adecuada permitirá una justicia transparente.

REFERENCIAS

- ANTÓN ONECA, J. (1958). “Estafa”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Carlos-E. Mascareñas (dir.), Editorial Francisco Seix, Barcelona, Tomo IX.
- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; PÉREZ MANZANO, MERCEDES; SUÁREZ GONZÁLEZ CARLOS (1993). “Manual de Derecho Penal” Parte especial, delitos patrimoniales y económicos, Madrid, Centro de Estudio Ramón Areces.
- BALMACEDA-HOYOS, GUSTAVO (2011). “El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos”. *Revista de Estudios Sociojurídicos*. Universidad del Rosario. Colombia.
- BALMACEDA-HOYOS, GUSTAVO (2011). “El delito de estafa en la jurisprudencia chilena”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, XXIV-1.
- CARRARA, FRANCESCO (1959). *Programa de derecho criminal*. Parte especial (traducción de José Ortega Torres-Jorge Guerrero, Bogotá, Editorial Temis, 1959), IV.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO MANUEL (1997). *Apropiaciones, estafas*, Valencia, *tirant lo Blanch*.
- DONNA, EDGARDO ALBERTO; DE LA FUENTE, JAVIER ESTEBAN (2004). Aspectos generales del tipo de estafa. Disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art3.pdf>
- ETCHEBERRY, ALFREDO (1997). *Derecho penal*. Parte especial (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), III.
- ETCHEBERRY, A. (1999) *Derecho Penal*, Parte Especial. Santiago: Editorial Jurídica de Chile
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, A. (1998). *Derecho Penal*. Parte Especial, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- FINZI CONRADO (1961). *La estafa y otros fraudes*. Buenos Aires, Depalma.
- GALLEGO SOLER, JOSÉ IGNACIO (2002). *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 (Gallego, 2002).
- GARRIDO MONTT, M. (2002). *Derecho Penal*. Parte Especial, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- GARRIDO MONTT, MARIO (2008). *Derecho penal*. Parte especial (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, IV.

- GONZÁLEZ EXTREMERA, JOSEP (2008). *La estafa mediante título mercantil abstracto*. Santiago, Editorial Metropolitana.
- GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ (2005). Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Las defraudaciones. La estafa (Madrid, 2005).
- GRISOLÍA, F. (1997). “La estafa procesal en el Derecho Penal chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, Nº 3.
- HERNÁNDEZ, HÉCTOR (2003). “Aproximación a la problemática de la estafa”, Problemas actuales de derecho penal, Universidad Católica de Temuco, Temuco.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (2010). “Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática”, *Revista Chilena de Derecho*.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2003). “Aproximación a la problemática de la estafa”, *Problemas actuales de Derecho Penal*, Universidad Católica de Temuco, Temuco.
- KÜNSEMÜLLER CARLOS (2017). “Aspectos actuales de los delitos de estafa” *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLIV, Nº 2.
- LABATUT GLENA, G. Y ZENTENO, J. (1996). *Derecho Penal*. Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- MAYER LUX, LAURA (2014). “El ánimo de lucro en los delitos contra los intereses patrimoniales” *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII (Valparaíso, Chile, 2014, 1er Semestre).
- NÁQUIRA R. (2008). “Principios y penas en el Derecho Penal chileno”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO (2013). *Delitos contra la propiedad* (Santiago, Legal Publishing).
- OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO (2011). Estructura típica común de los delitos de hurto y robo, en *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 36 (1er semestre de 2011).
- PASTOR MUÑOZ, N. (2004). *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid.
- PIÑA ROCHEFORT, J.I. (2006). *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de Técnica Legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2005). *Lecciones de derecho penal chileno*. Parte especial. 3º ed. Santiago. Legal Publishing Chile.
- RAGÚES I VALLES RAMÓN (1999). *El dolo y su prueba en el Proceso Penal*. J.M Bosh Editor, Barcelona.
- RODRÍGUEZ COLLAO (2008). *Delitos contra la función pública*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA (1976). *Derecho penal español*, Parte Especial, Madrid, Artes Gráficas Carrasa.
- RODRÍGUEZ MOURULLO GONZALO (1962). El hurto. Universidad Autónoma de Madrid.

- RODRÍGUEZ RAMOS LUIS (2010). Compendio de Derecho penal, Parte general, segunda Edición, Editorial Dykinson, Madrid.
- ROJAS, EMILIO (2011). “Perjuicio patrimonial e imputación objetiva”, *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVIII.
- ROMERO, G. (2007). *Delito de estafa*, Hammurabi, Buenos Aires.
- SILVA, HERNÁN (2017). *Las estafas. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, 4° Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- SOLER, SEBASTIÁN (1992). *Derecho penal argentino*, tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.
- TIEDEMANN, K. (1993). *Lecciones de derecho penal económico* (comunitario, español, alemán). Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.
- VALLE MUÑIZ (1987). *El Delito de Estafa*, Barcelona, Bosch.
- YUBERO CANEPA, J. (1993). *El engaño en el delito de estafa*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda, Santiago.

Abreviaturas: CP: Código Penal.

