

*Lanzamiento Libro de Hernán Silva Silva. Las Estafas Segunda Edición. 2005*

RAFAEL MERA MUÑOZ

Fiscal Ministerio Público de la X Región de Los Lagos.

He tenido hace algunos días el alto honor de ser requerido para hacer uso de la palabra con ocasión del lanzamiento del libro “Las Estafas”, publicado por la Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición año 2005. cuyo autor es el abogado y profesor de la Universidad San Sebastián don Hernán Silva Silva.

La primera edición de esta obra se publicó en 1996, siendo prologada por el distinguido penalista y académico Alfredo Etcheberry, quien con justeza manifestó que constituye el primer tratado completo y sistemático sobre lo que nuestro Código Penal denomina genéricamente estafas. Ahora el profesor Silva nos presenta la segunda edición, actualizada tanto en el aspecto doctrinario nacional e internacional como en nuestra jurisprudencia, incluidos algunos fallos de los tribunales de la Reforma Procesal Penal.

Como señalara el profesor Etcheberry en ella se refiere a lo que el Código Penal denomina genéricamente las estafas, esto es, lo que la doctrina llama delitos contra la propiedad cometidos por medios inmateriales. No se agota, pues, en el delito de estafa propiamente tal, en sentido estricto, abarcando en cambio todas formas de defraudación, cuyo denominador común es el atentado al patrimonio ajeno por medio del fraude. Ello nos lleva al concepto de fraude y, específicamente, de fraude penal. No faltará el alumno que dirá ante una pregunta del examinador que fraude es sacarlo mal en el examen, ya que en el fraude existe el aprovechamiento de la ignorancia de otro para perjudicarlo. Pero ello no pasa de ser un mal chiste, pues el concepto de fraude supone, de partida, una actuación ilícita –que no la hay en reprobar al alumno que no sabe la materia sobre la que se le pregunta-, consistente, como lo señala el libro del profesor Silva, en atentar contra el patrimonio de otro causándole detrimento y mediando engaño en sus diversas formas, incluido por cierto el abuso de confianza.

De capital importancia es el extenso análisis que la obra efectúa acerca del concepto de fraude y las diversas maneras en que el engaño puede manifestarse, desde una elaborada y sofisticada “mise en scene” como las de quienes son capaces de vender, se me ocurre por ejemplo, la Torre de Eiffel haciendo creer a sagaces hombres de negocios que representan al Gobierno Francés en una delicada operación que debe mantenerse en reserva, hasta la simple mentira y/u omisión de datos o antecedentes relevantes para la negociación y que el contratante fraudulento tiene obligación legal o contractual de manifestar (por ejemplo, menciona el profesor Silva, callar un accidente previo sufrido por el vehículo que se asegura y luego pretender que el seguro cubra la reparación). El engaño, por otra parte, debe reunir ciertos requisitos para constituir fraude: tal y como lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo Español, en cita de José Manuel Valle Muñoz contenida en esta obra: debe ser previo a la disposición patrimonial por parte de la víctima, y debe juzgarse su adecuación, efectividad, relevancia e idoneidad para producir el error en el sujeto pasivo y consecuentemente el posterior desplazamiento patrimonial. Y ello supone analizar también la situación cultural y cognitiva del sujeto pasivo. Evidentemente, y por mucho que la ley se presuma de derecho conocida por todos –lo que más que una presunción es en realidad una ficción-, no reviste la misma idoneidad para cometer estafa idéntico engaño respecto de una persona con escasa o ninguna educación a

quien una suertera le pide le facilite –y se las queda- unas joyas para hacer un hechizo que la libre del mal de ojo efectuado por una vecina envidiosa, que la misma argucia hecha a un académico universitario, un magistrado, o un Fiscal del Ministerio Público. Y lo peor es que gente de estratos socioculturales elevados es con cierta frecuencia víctima de tales fraudes.

Y esto nos lleva a la necesidad de distinguir el negocio mal hecho, la contratación con gente que no tiene todo el nivel de rigurosidad o de conocimientos que el co-contratante quisiera, el mero incumplimiento de obligaciones contractuales, la falta de obtención de los resultados esperados, con la estafa. Bien lo sabemos los Fiscales, pues a menudo nos llegan denuncias por hechos que caen en el ámbito de las responsabilidades civiles y no de las penales. En efecto: no todo incumplimiento contractual supone fraude, y ni aún todo fraude supone un ilícito penal, hay veces en que sólo incide en las relaciones patrimoniales de carácter civil: el libro del profesor Silva contiene precisa jurisprudencia sobre este crucial punto, y así es como en la página 396 se cita una sentencia del año 1984 que nos dice que “la estafa es un delito que por lo general incide en relaciones contractuales, de donde se origina la necesidad de distinguir entre dolo civil y dolo penal, entre mero incumplimiento de una obligación civil y la posibilidad de una conducta penal”, “entre el fraude penal y el fraude civil no hay diferencias cualitativas sino simplemente de orden cuantitativo, suponiendo ambos una actividad contraria al derecho”, “la ley penal interviene para reprimir el fraude cuando éste se traduce en artificios, tretas, embustes o artimañas aptos para engañar”. Los Fiscales a menudo recibimos denuncias por supuestas estafas que se hacen consistir en variadas formas de presuntos incumplimientos contractuales, pero hasta ahora la más anecdótica que hemos tenido ha sido la de un señor que pagó por el adiestramiento de su perro y el pobre perrito no aprendió nada, pese que las sesiones de adiestramiento efectivamente se efectuaron. Una de dos: o el entrenador era malo o el indolente can era demasiado jugueteón y para él la actividad era un simple juego. Y a todo esto el denunciante no podía entender que no persiguiéramos penalmente la supuesta estafa, denostando por cierto a todo el sistema legal que según él está hecho para proteger a los delincuentes y a los estafadores.

La obra que tengo el honor de presentar trata las distintas formas de defraudación en el mismo orden en que el Código Penal las contiene, pero agrega además nuevas formas de defraudación contenidas en leyes especiales que han ido dictándose a medida que la complejidad de los negocios y el avance de la técnica ha ido dando lugar a nuevas y sofisticadas formas de fraude patrimonial. Parte la obra tratando las defraudaciones en general y los elementos de la defraudación, para en seguida efectuar un pormenorizado análisis del artículo 466 del Código Penal, único superviviente de los tres artículos que conformaban el Párrafo 7 del Título 9 del Libro Segundo del Código Penal, disposición que tipifica tres hipótesis alternativas de conducta penal del deudor civil: el alzamiento de bienes, la insolvencia fraudulenta, y el otorgamiento de contrato simulado, hipótesis que analiza una a una, señalando en forma previa que tales figuras se aplican únicamente al deudor que no ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, pues este último, por expreso mandato del artículo 234 de la Ley de Quiebras, se rige en lo penal por las normas especiales que la misma Ley contempla en sus artículos 218 y siguientes.

Seguidamente, se analiza detalladamente la denominada estafa propiamente tal, pasando revista a aspectos tan fundamentales como definiciones y conceptos de tal ilícito, elementos de la estafa –engaño, error, perjuicio, disposición patrimonial, ánimo de lucro, relación de causalidad, objeto y sujetos del delito, culpabilidad en la estafa –que sólo admite dolo directo, aunque un sector minoritario de la doctrina acepta el dolo eventual-. Asimismo, se analizan las características del delito de estafa, sus semejanzas y diferencias con otros delitos contra el patrimonio –hurto y robo, apropiación indebida, extorsión, usurpación, malversación de caudales públicos, etc., análisis sumamente importante dada la confusión que veces se ha apreciado en alguna jurisprudencia del sistema procesal antiguo que ha condenado por estafa al Fisco a empleados públicos que con falsas rendiciones de cuentas han defraudado al Estado cometiendo en verdad malversación de caudales públicos en concurso ideal con falsificación documental que se soluciona con aplicación del artículo 75 del código punitivo, figura penal ésta –la malversación- que a la vez entra en concurso aparente de leyes penales con el delito de apropiación indebida, concurso que se resuelve a favor de la malversación en virtud del

principio de especialidad. Asimismo, la obra analiza el proceso de ejecución o etapas de desarrollo del delito de estafa, íter *criminius* en el que en su etapa imperfecta de ejecución es difícil de diferenciar la estafa tentada de la estafa frustrada, dado que en ambos casos hay despliegue de maniobras y ardidés engañosos de parte del sujeto activo, sin obtener la disposición patrimonial del sujeto pasivo (o del candidato a sujeto pasivo digo yo, pensando en el policía al que se pretende contar “el cuento del tío”). Difícil pero no imposible, piénsese en el estafador que está en pleno proceso de embaucar a su víctima y de pronto es interrumpido en su perorata por una víctima anterior que lo reconoce, en tal caso claramente estaríamos ante una tentativa.

Es muy destacable el análisis de la estafa y los concursos, tanto de delitos como de leyes penales. En un ilícito que tiene mucho de contractual, al punto que a veces la línea fronteriza entre lo civil y lo penal es sumamente tenue, también lo es en ocasiones la distinción entre una forma de defraudación y otra. El autor expone pormenorizadamente el tratamiento que da la doctrina patria a los concursos mencionados, pero también el tratamiento que al tema da la legislación comparada. Asimismo, se analiza el delito continuado, no recogido en forma expresa por nuestra legislación pero de importante elaboración doctrinaria, sobre todo en el extranjero, y presente en la estafa cuando el fraude abarca un colectivo de víctimas. También se analizan las excusas legales absolutorias en relación a la estafa, consagradas en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 489 del Código Penal.

A continuación se ocupa del delito informático, de reciente data. Sabidas son las dificultades que en su momento supuso la aparición de nuevas formas de conductas social y moralmente reprochables que la computación trajo consigo, las que eran penalmente atípicas, produciéndose así una zona de impunidad que debía eliminarse a la brevedad. Es así como se promulgó la Ley N° 19.223, publicada en el D.D.O. de 7-07-1993, que tipificó algunas figuras penales relativas a la informática. Finalmente, se refiere el autor a los proyectos de ley actualmente en el Parlamento que se refieren a la materia y que pretenden ampliar el estrecho campo que abarca la Ley N° 19.223, tipificando como delitos autónomos la falsificación de documentos electrónicos, la clonación y adulteración de tarjetas de crédito, los fraudes cometidos por medios informáticos, la obtención ilegítima de servicios de telecomunicaciones (por ejemplo, clonación de celulares o colgarse del cable). Personalmente agregaría el uso de una tarjeta sustraída para, con el conocimiento de la clave, retirar de un cajero automático dinero perteneciente a una cuenta bancaria ajena, delito que se ha tratado de perseguir sobre la base de considerar a la tarjeta una llave de acceso y por tanto “llave verdadera sustraída” en los términos del artículo 442 N° 3 del Código Penal, que sanciona el robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado.

Las nuevas figuras delictivas de las estafas y/o defraudaciones, entre las cuales destaca la llamada estafa procesal, mediante la cual en virtud de un proceso judicial, mediante engaño o actos dolosos, se altera evidentemente la verdad y la víctima es el juez que conoce del juicio y la persona que sufre las consecuencias y el perjuicio en sus bienes, delito que actualmente se trata en el artículo 212 del Código Penal como presentación de pruebas falsas en juicio. Finalmente, la estafa en el Derecho Comparado, pasando revista a 22 legislaciones que no enumeraré pero que de por sí dejan de manifiesto la aplicación y acuciosidad con que el autor emprendió este magno esfuerzo.

Culmina este volumen con un exhaustivo análisis de la jurisprudencia nacional relativa a los diversos tipos de estafa y las situaciones concursales a que dan lugar. Es destacable que se incluye la jurisprudencia de los nuevos Tribunales propios de la R.P.P. actualmente ya vigente en todo el país, con mención específica a la jurisprudencia de la estafa en relación a las salidas alternativas. Como bien sabemos, por su situación muchas veces fronteriza entre el fraude civil y el penal, en el sistema antiguo muchos casos de estafa terminaban, al igual que los cuasidelitos, en una transacción en cuya virtud el supuesto hechor daba cumplimiento a las prestaciones civiles que se le reclamaban y su contraparte se desistía de la querrela interpuesta, no obstante lo cual el proceso teóricamente debía seguir su curso por tratarse de delitos de acción penal pública, pero el magistrado en definitiva sobreseía definitivamente. Ahora no es necesario disfrazar nada: se llega a un acuerdo reparatorio y se sobresee por esa vía el caso. Igual solución se alcanza otras veces por la vía de la suspensión condicional del procedimiento, pero esta solución está limitada por la pena probable y por los

antecedentes prontuarios que pueda tener el imputado. Sin duda, queda lanzado el desafío para que, tras un lapso razonable en que el nuevo procedimiento penal haya producido jurisprudencia más abundante, sobre todo en materia de salidas alternativas, algún memorista realice un análisis detallado de la jurisprudencia que se vaya creando en la materia.

Concluyendo, estamos ante una obra de magno esfuerzo, de clara exposición de la dogmática penal en la materia que aborda y acertados comentarios del autor al respecto, con erudito acopio de antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, completamente actualizada y de gran interés y provecho para los abogados, magistrados, estudiantes, y en general para todos quienes día a día convivimos con el Derecho Penal en su aplicación práctica, entre ellos nosotros los Fiscales, en particular los Fiscales especializados en Delitos Económicos.

El profesor Silva ha sumado así un nuevo y valioso aporte al ya realizado a la literatura jurídica penal con sus obras anteriores, ya indicadas. Esperamos no ver pasar mucho tiempo antes de que vea la luz otro frute dulce de su inteligencia y aplicación.