

La estafa procesal en el Derecho Penal Argentino

Manuel Ignacio Islas¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- El bien jurídico tutelado por la estafa procesal; III.- Caracterización de la estafa procesal; IV.- Elementos de la estafa procesal; V.-El fraude en la estafa procesal; VI.- El Ardid y el Engaño en la estafa procesal. La cuestión de la idoneidad; VII.- La simple mentira; VIII.- El error en la estafa procesal; IX.-El sujeto activo de la estafa procesal; X.- ¿La estafa procesal es un supuesto de autoría mediata?; XI.- ¿Puede el demandado cometer estafa procesal?; XII.- El sujeto pasivo de la estafa procesal; XIII.- El tipo subjetivo; XIV.- Consumación y tentativa; XV.- Conclusiones; XVI.- Bibliografía

RESUMEN: En el presente trabajo abordo y realizo un estudio dogmático de la estafa procesal en el derecho argentino caracterizándola y señalando sus requisitos y presupuesto

PALABRAS CLAVE: Estafa Procesal – análisis – tipicidad – requisitos

I.- Introducción

En la exposición de motivos del proyecto de código penal de 1941 el Dr. José Peco dijo con sencillez y claridad que “la codicia y la avaricia inspiran las estratagemas más variadas para lesionar el patrimonio ajeno” y “por más esfuerzos que haga la inteligencia humana, ninguna legislación podrá captar toda la variedad

¹ Abogado UNLP. Magíster en Ciencias Penales UInlPam. Fiscal del Caso Neuquén Capital.

de medios para defraudar. La malquerencia y la astucia se escurren por entre las redes tejidas por el legislador”².

Justamente una de las maquinaciones urdidas por el ingenio de ciertos humanos para defraudar a otros es la estafa procesal, que será el objeto de estudio del presente trabajo.

Se analizará el bien jurídico afectado por esta forma particular de defraudar, cuáles son las características distintivas del delito, cuáles son las principales diferencias con la estafa común; los elementos de la estafa procesal.

Se reflexionará en torno a la cuestión de la idoneidad del ardid o engaño, a la problemática del sujeto activo y pasivo de esta figura. Finalmente se hablará del tipo subjetivo, de la consumación y la tentativa de este delito.

II.- El bien jurídico tutelado por la estafa procesal

Un buen método para comenzar el estudio de un tipo penal, es tratar de establecer cuál es el bien jurídico cuya lesión u ofensa torna operativa la figura en cuestión.

Aclarar correctamente este tópico no es una cuestión menor, porque el alcance protector que se le dé al bien jurídico condicionará un funcionamiento más restrictivo o más amplio del ius puniendi. Consecuentemente detrás de esta cuestión de la amplitud protectora del bien jurídico subyace la clásica tensión dialéctica que se observa en el derecho penal, esto es, la libertad versus la autoridad.

Y es sabido que estas dos fuerzas enfrentadas permanentemente tratan de avanzar una sobre otra, contrayéndose y/o dilatándose según el paradigma sociopolítico dominante³.

Se ha señalado que el bien jurídico tutelado es una relación de disponibilidad de una persona con un objeto jurídico tutelado por el derecho; disponibilidad

² Rubio Roberto: La estafa o la difícil misión de reconocerla. Un intento más por tratar de aprehenderla, tesina inédita realizada para la especialización en criminalidad económica de la universidad de Castilla-La Mancha y la UNMP, año 2010

³ “Precisamente la potestad de castigar y de juzgar es seguramente como escribieron Montesquieu y Condorcet, el más terrible y odioso de los poderes: el que se ejerce de la manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma más conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales” Ferrajoli Luigi (1995): Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, con prólogo de Norberto Bobbio, ed. Trotta, Madrid, p 21 ss.

equivale a posibilidad de uso; es la posibilidad de utilizar esos entes para la autorrealización en coexistencia⁴.

Si bien no existe en Argentina una figura delictiva específica que contemple la estafa procesal, hay consenso doctrinario en subsumir esa forma especial de fraude en la estafa genérica del art 172 del Código Penal Argentino que castiga “el que defraudare a otro...mediante cualquier ardid o engaño”.

Dicha figura como es sabido se encuentra regulada en nuestro código penal en el L II Tit VI cuya rúbrica se denomina delitos contra propiedad. Que es justamente uno de los bienes jurídicos afectados por la estafa procesal.

Se han esbozado ciertas disquisiciones teóricas en torno al bien jurídico tutelado por la estafa que resulta menester recordar brevemente por la relevancia para el presente trabajo.

Según Donna⁵ técnicamente resulta más adecuado hablar de delitos contra el patrimonio, pues se incluyen acciones que lesionan o ponen en peligro la propiedad, y también aquellas que afectan otros valores patrimoniales como la posesión, el derecho de crédito e incluso las expectativas.

En el caso de la estafa se protege el patrimonio de la víctima concebida como unidad o conjunto. Es decir que se persigue la protección y el resguardo de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío con una persona, aunque resulta claro que el ataque al patrimonio de la víctima siempre se instrumenta a través de la lesión de un concreto bien o valor.

Para este jurista argentino en la estafa el bien protegido primario es el patrimonio globalmente considerado en su totalidad como *universitatis iuris*⁶, de modo que el delito va a perfeccionarse cuando la conducta se haya traducido en una disminución del valor económico patrimonial de la víctima.

⁴ Zaffaroni Eugenio Raúl Estructura Básica del Derecho Penal, Ediar, 2009, Bs As, pag 101

⁵ Donna Edgardo Alberto Derecho Penal, parte especial T II-a de Rubinzal Culzoni, santa Fe 2001, pag 263. Idem Buompadre Jorge: Estafas y otras defraudaciones, Lexis Nexis, 2005, Buenos aires, p 3 y ss

⁶ Donna Edgardo: Op. cit. p. 266

Respecto al problema del patrimonio en derecho penal existen cuatro posiciones⁷

a.-El concepto jurídico de patrimonio: según esta posición el patrimonio es el conjunto de derechos patrimoniales de una persona.

Esta concepción genera tres consecuencias a tener en cuenta, a saber: no existe estafa cuando el fraude se refiere a un objeto de procedencia ilícita, tampoco cuando la víctima no tiene un derecho patrimonial adquirido, sino sólo una expectativa y la pérdida de derechos sobre cosas constituye perjuicio patrimonial sin importar que se trate de objetos no valorables económicamente.

b.-Criterio económico: Quienes participan de este criterio conciben al patrimonio como el conjunto de bienes o posiciones económicamente valorables de una persona, sin importar que se encuentren o no reconocidos jurídicamente como derechos.

La consecuencia práctica de esta concepción, es que integran el concepto de patrimonio las cosas de procedencia ilícita (vgr. Cosas robadas). También lo integran las expectativas cuando tengan un valor económico. No se incluyen las cosas que sólo poseen un valor afectivo.

c.-Concepto mixto de patrimonio: esta concepción que para Donna⁸ es la más adecuada y lo comparto, concibe al patrimonio como el conjunto de bienes o derechos con valores económicos, que gocen de protección jurídica, aunque aclara este autor que ello siempre que no contradigan el sistema de valores de nuestra constitución y del orden jurídico en general.

Con este criterio de patrimonio se incluyen: las cosas, bienes y créditos con valor económico, los derechos reales, personales e intelectuales, la posesión (salvo que haya sido adquirida ilícitamente) Las expectativas como las ganancias futuras que tengan cierta probabilidad de realización.⁹

⁷ Sigo para el desarrollo del tema a Donna Edgardo ob. cit. p. 266 y ss. Idem Buompadre Jorge: Estafas y otras defraudaciones, Lexis Nexis, 2005, Buenos aires, p 5-8

⁸ Donna, Edgardo: Ob. cit. p. 269/270

⁹ En esta concepción que es la que considero correcta se podría interpretar prima facie que es compartida en nuestro país nuestra CSJN iinterpreto con un sentido amplio de acuerdo con el contenido de los art 14 y 17 de la Ley fundamental. Señalo al respecto que la expresión propiedad abarca *al patrimonio en su totalidad, es comprensiva de los derechos reales y personales, bienes materiales e inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de si mismo, de su vida*

d.-El concepto personal de patrimonio: Quienes se enrolan en este criterio sostienen que el patrimonio es una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la personalidad en el ámbito de los objetos. En nuestro país sostiene este criterio la reconocida jurista Gladys Romero.

Pero en mi opinión y ya adentrándonos al objeto de estudio del presente trabajo, con el castigo de la estafa procesal no solo se busca proteger el patrimonio de la víctima, sino que también se trata de tutelar la correcta administración de justicia.

En base a ello, puedo afirmar que la estafa procesal resulta en principio más grave que la estafa común porque es un delito biofensivo. Afecta dos bienes jurídicos que merecen protección: por un lado, afecta un patrimonio particular –esa es la finalidad inmediata del ofensor-; y además esta modalidad de fraude lesiona indirectamente un interés supraindividual que merece tutela, esto es, la confianza social en la recta administración de justicia, que constituye uno de los pilares de un gobierno republicano y una sociedad democrática, prenda de paz, seguridad y orden social.

Quien comete fraude procesal utiliza las estructuras judiciales para el logro de sus intereses mezquinos, y debilita la credibilidad de la sociedad en el sistema judicial.

Al ser un hecho ónticamente más reprochable, no tengo dudas que merece una sanción cuantitativamente más severa con relación a la figura común, resultando conveniente regular expresamente el delito de estafa procesal con criterio análogo al utilizado por el legislador español que lo prevé como una figura agravada respecto de la estafa básica¹⁰.

III.- Caracterización de la estafa procesal

y de su libertad.- CSJN F. 304:856 publicado en LL 1983-A-463. También Creus Carlos y Boumpadre Jorge: Derecho Penal Parte Especial, T I, Ed. Astrea, 7ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires 2007. Idem Fontan Balestra, Carlos: Derecho Penal, parte especial, actualizado por Guillermo Ledesma decimosexta edición actualizada, ed. Lexis Nexis, 2002, Buenos Aires, p 484. Soler Sebastián Derecho Penal Argentino, T IV, Tea, Buenos Aires, 1970, y Núñez Ricardo: Derecho Penal Argentino T V Bibliográfica Argentina Omeba, Buenos Aires, 1967, p 284 ss

¹⁰ El art 250 del Código Penal Español prevé como una agravante de la estafa común a la estafa procesal cuando se realice con simulación de pleito o el empleo de otro fraude procesal. Figura similar prevé el art 197 inc 1º del CP Peruano. Coincide con esta propuesta Julio Baez en Lineamientos de la estafa procesal, librería el foro, Buenos Aires, 2001, p 30

Según De La Fuente la estafa procesal es la que se comete dentro de un proceso con el fin de obtener un fallo de contenido patrimonial que favorezca injustamente a una parte en perjuicio de la otra¹¹.

Entiendo que esta definición resulta objetable toda vez que falta el modo de comisión –ardid o engaño- de la maniobra fraudulenta.

Desde el punto de vista de los sujetos protagonista de la acción punible creo que es restrictiva porque la maniobra si bien habitualmente se concreta para beneficiar a las partes, nada impide que el beneficio o el perjuicio patrimonial que se persiga y/o se causa, tenga injerencia sobre terceras personas que no hayan intervenido en modo alguno en el proceso, esto es, que no sean sujetos de ese proceso.

Para Julio Báez la estafa procesal es la perpetrada en un proceso y se distingue de su figura genérica habida cuenta que el destinatario del engaño es el juez de la causa, mediante el cual se busca obtener de él un fallo infundado, influido en una falsedad, que lo favorezca en detrimento patrimonial de la contraparte¹².

La caracterización de tan distinguido jurista resulta objetable por varias razones.

Primero, no queda claro los modos de comisión de la maniobra, que son sólo ardid o engaño.

Segundo, no aclara en qué tipo de proceso puede cometerse la acción delictiva bajo examen, que en mi opinión pueden ser procesos judiciales de naturaleza contradictoria o voluntaria como una sucesión. Tercero, en mi opinión el estafador en este caso no busca obtener un fallo infundado influido en una falsedad como dice Báez, sino que busca obtener un fallo fundado en falsedades -sutil diferencia-, fruto de una manipulación probatoria dirigida a inducir a error a la autoridad decisora del caso.

Cuarto, tanto el beneficiario como el ofendido por la acción pueden ser sujetos ajenos al proceso, no sólo el que comete el fraude.

En otro orden Buompadre nos recuerda el concepto del maestro Cerezo Mir según quien la esta procesal es aquella que se produce cuando una parte con su

¹¹ De La Fuente Javier Esteban: ¿Puede el demandado cometer el delito de esta procesal? LL T 1996-E, p 1163 ss

¹² Baez Julio: Lineamientos de la estafa procesal, librería el foro, Buenos Aires, 2001, p 29

conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al juez, y este, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero, y dice el referido jurista que salvo la mención del ánimo de lucro, elemento subjetivo que no está exigido en el tipo del art 172 CPA la definición puede ser aplicable a nuestro derecho¹³.

En mi opinión, se puede caracterizar la estafa procesal como el fraude que una de las partes comete en el marco de un proceso de jurisdicción contradictoria o voluntaria, por el cual se induce a error a la autoridad decisora interviniente, empleando cualquier ardid o engaño, para que emita una decisión dotada de imperio con aptitud para perjudicar patrimonialmente a la otra parte o un tercero.

Esta caracterización personal de la figura en estudio pienso que no solo reúne todos los requisitos que la conducta presenta en el plano fáctico, sino que también es ajustada al texto del art 172 del código Penal Argentino.

Pienso que toda buena construcción dogmática debe deducirse solamente del texto expreso y escrito de la ley vigente en nuestro país, sancionada por el poder legislativo nacional, en concordancia con lo que establece la Ley Fundamental. No debe deducirse del criterio propio de justicia del intérprete; no debe provenir de su leal saber o entender; no debe inferirse del espíritu del legislador. Creo que deben quedar al margen de la buena construcción dogmática todo criterio vago, ambiguo e impreciso o extrapolaciones de leyes y/o doctrinas foráneas. El dogmático que proceda de otro modo, más allá de las buenas intenciones que seguramente lo animen, estará haciendo –consciente o no- ficción dogmática o metafísica jurídica.

IV.- Elementos de la estafa procesal

Si bien los elementos que caracterizan a la estafa genérica deben repetirse en la estafa procesal porque la estafa procesal, se dice, no es más que una común en cuanto a su estructura típica¹⁴, entiendo que esta acción delictiva presenta ciertos rasgos característicos que le dan un matiz propio y diferenciado.

Si bien es cierto que la estafa procesal es un modo de defraudar, es decir, de provocar un menoscabo patrimonial a otro a través de un ardid o engaño desplegado en un proceso judicial -contencioso o voluntario-, la prelación lógica que se da en la

¹³ Buompadre Jorge: op. cit. p. 80. Ver también Donna Edgardo Alberto Derecho Penal, parte especial T II-a de Rubinzal Culzoni, santa Fe 2001, pág. 262-270, Buenos aires 2007, pág. 322

¹⁴ Baez Julio: op. cit. p. 30

estafa común de la que nos hablan la mayoría de los autores¹⁵, esto es, ardid o engaño desplegado por sujeto activo, que provoca un error en el sujeto pasivo quien, en base al cual dispone voluntariamente de un bien de su patrimonio, sufriendo un perjuicio – él o un tercero-, no se da necesariamente en la estafa procesal con la misma prelación lógico-causal aludida.

Es más, muchas veces en la estafa procesal el sujeto pasivo no se desprende voluntariamente de la cosa, sino que es necesario arbitrar los medios procesales para ejecutar compulsivamente la resolución que causará un detrimento patrimonial¹⁶.

Además, conforme enseña Gladys Romero¹⁷ la estafa procesal resulta ser que es una estafa en triángulo que se da cuando el engañado y el perjudicado no son las mismas personas.

Así ha dicho la Cámara del Crimen de la Capital Federal que “la llamada estafa procesal es un caso de desdoblamiento entre la víctima de un fraude y el ofendido por la defraudación: víctima del fraude es el juez y el ofendido es la persona a la que la sentencia dispositiva de la propiedad perjudica”¹⁸.

Estructuralmente es dable observar en la estafa procesal el siguiente iter fáctico: Se despliega un ardid o engaño por alguna de las partes que interviene en el proceso, dirigida a inducir a error a la autoridad decisora de la cuestión planteada, para que en base a ese error dicte una resolución dotada de imperio que tendrá aptitud para ejecutarse compulsivamente, provocando en ese momento una lesión patrimonial lato sensu -ya sea de alguna de las partes que actuó en el proceso o de un tercero-.

¹⁵ Creus Carlos: op. cit. p. 511; Fontan Balestra, Carlos op. cit. p. 483 entre otros

¹⁶ En tal sentido la sala IV de la Cámara nacional de Casación Penal ha establecido que “... *la diferencia con la estafa es que en esta la víctima, atrapada por el ardid del estafador cede voluntariamente algo de su patrimonio, y en la procesal, no hay tal voluntariedad, el sacrificio patrimonial surge por la compulsión que entraña la decisión judicial*”

¹⁷ Romero Gladys: Los elementos del tipo estafa, Lerner Editores asociados, 1985, pág. 209.-

¹⁸ Cfr CCC Sala IV causa nro 30630 Márquez Miranda, Rta el 13/2/1986 Boletín de Jurisprudencia nro 1 1986, citado por Baez Julio: op. cit. pag. 33. Idem. Buompadre, Jorge: ob. cit. p. 80; Fontan Balestra, Carlos: ob. cit. p. 484; De La Fuente, Esteban Ob cit p 1163 y Núñez, Ricardo: ob. cit. pág. 308

V.- El fraude en la estafa procesal

El capítulo IV del Título VI del Código Penal Argentino aglutina una serie de figuras delictivas bajo la rúbrica Estafas y otras defraudaciones, circunstancia que revela que la defraudación es el género y la estafa es la especie¹⁹.

La expresión genérica defraudación utilizada en la rúbrica permite inferir que la nota común a todas las figuras allí reunidas, incluida la estafa procesal, es el perjuicio patrimonial. Así se ha dicho con razón, que la defraudación es toda lesión u ofensa patrimonial producida con fraude²⁰, es decir, mediante ardid o engaño.

Es conveniente aclarar que la defraudación no es una figura delictiva independiente, sino que es toda lesión patrimonial causada con fraude. La idea de defraudación nos orienta para dar sentido e interpretar cada una de las maniobras fraudulentas que se nos presenten²¹, incluyendo lógicamente la estafa procesal.

VI.- El Ardid y el Engaño en la estafa procesal. La cuestión de la idoneidad

Coinciden los autores en señalar que ardid significa todo artificio, maquinación, medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento²².

Por su parte, respecto al engaño podemos decir que es la falta de verdad en lo que se piensa, dice o hace creer sabiendo que es falso²³.

Para el engaño basta la afirmación o la negación contraria a la verdad²⁴.

Para Donna²⁵ el engaño es la falsedad o falta de verdad en lo que se dice o hace y citando a Antón Oneca nos dice que es la simulación o disimulación capaz de

¹⁹ Buompadre, Jorge: ob. cit. p.11. Soler, Sebastián: ob. cit. p. 294

²⁰ Donna, Edgardo: ob. cit. p. 272. Idem Núñez Ricardo: ob. cit. p. 285

²¹ Buompadre Jorge: ob cit p11, Soler, Sebastián: ob. cit. P. 294

²² Fontan Balestra Carlos: ob. Cit. P. 484/485, Diccionario de la Real academia Española, Baez Julio: ob. cit. p. 45, Creus Carlos: ob. Cit. P. 512 Núñez Ricardo ob. cit. P. 294

²³ Fontan Balestra Carlos: ob. cit. p. 485 y Núñez Ricardo: ob. cit. p. 294

²⁴ Creus Carlos: ob. cit. p. 512

²⁵ Donna Edgardo: ob. cit. p. 274

inducir a error a una o varias personas. No es necesario que el engaño este rodeado de una especial maquinación o puesta en escena (mise en scene)²⁶.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el destinatario de ese ardid o engaño en la estafa procesal es un juez, es decir, un experto en cuestiones jurídicas, los autores crean el problema nada fácil de resolver de la idoneidad que debe reunir el ardid o el engaño.

Y digo crean porque nuestra ley vigente no exige ni señala aptitud específica de la maniobra fraudulenta como si lo hace la Ley española (Cfr. art 248 que habla de un “engaño bastante”).

Nuestra ley es clara habla de cualquier ardid o engaño sin añadir ni exigir ninguna entidad o cualidad específica del mismo, por eso me parece bizantina la discusión que se generó fruto de importar criterios legales y doctrinarios a nuestro medio, que prescinden de lo que dice la Ley Penal Argentina. No obstante, lo cual por la importancia práctica que tiene la cuestión debo hacer, aunque mal no sea brevemente, referencia a ella.

Los pensadores pueden agruparse a los fines explicativos en tres corrientes:

Quienes participan de la tesis objetiva nos dirán el ardid será idóneo siempre que se pueda afirmar, según la experiencia general y tomando en consideración los conocimientos y capacidades del hombre medio, que la maniobra esté en condiciones ex ante de provocar error en una persona medianamente prudente.

Este criterio en mi opinión es objetable porque bajo el manto de una supuesta objetividad, se esconde un criterio absolutamente vago, impreciso, ambiguo y maleable apto para justificar cualquier solución según la conveniencia u objetivo táctico del intérprete. Así, por ejemplo, un defensor tal vez no dudaría tener en cuenta este criterio como instrumento táctico de defensa en procura se declare atipicidad de la conducta de su ahijado procesal.

La tesis subjetiva sostiene que la idoneidad del ardid o engaño debe evaluarse según el resultado producido. De esta manera el empleo de cualquier artilugio que haya provocado un error en la víctima, a raíz del cual efectúa una disposición patrimonial perjudicial, será adecuado al tipo objetivo de estafa. Si produjo error es

²⁶ En nuestro país defienden la doctrina de la mise en scene Sebastián Soler ob. cit. pag. 304 nos dice que el medio engañoso debe adoptar cierta entidad, no resultando suficiente las simples palabras o mentiras y silencios

porque evidentemente era idóneo, sino no hubiera inducido a error al sujeto pasivo. Se analiza la maniobra ex post facto.

En todo caso, lo determinante es si estos método de fraude -ardid y/o engaño- alcanzaron no el resultado lesivo²⁷.

Desde un punto de vista estratégico, quizá éste es el criterio recomendable para cualquier Fiscal como sustento de su hipótesis acusatoria y es el que entiendo de momento más convincente, por resultar consecuente con el sentido común y la experiencia general de las cosas, pero fundamentalmente la terrible dañosidad social de estas acciones que provocan en las víctimas, generándoles angustias, dolores, padecimientos familiares, descreimiento y/o desconfianza hacia la justicia como unos de los pilares sagrados sobre los que descansa el estado de derecho.

Considero correcta esta postura porque no podemos desconocer que estas maniobras, también afectan el tráfico jurídico negocial, lo cual implica que quien sufrió el fraude generalmente se repliega volviéndose conservador en sus negocios lato sensu y lógicamente al momento de contratar adopta muchos más recaudos para evitar caer en nuevas trampas.

Creo que es una seria irresponsabilidad hacer dogmática a ciegas, es decir, con prescindencia de los efectos prácticos que las ideas que se defienden provocan en la gente. Esto marca la diferencia entre el dogmático vanidoso que escribe para el reconocimiento de sus colegas y obtener prestigio académico, más allá del uso que luego pueda gozar con sus ideas, y el que construye sistemas dogmáticos con miras o al menos sin olvidar que sus ideas tienen un destinatario concreto de carne y hueso, no solamente el juez que se sirve del menú teórico disponible el que considere correcto sino en última instancia el ciudadano destinatario de una decisión judicial.

La tercera postura mixta o un blend de las anteriores propugna un análisis en cada caso particular teniendo en cuenta las características objetivas del medio empleado como engaño, el contexto donde se despliega la acción y las especiales condiciones de la víctima conocidas por el autor, determinantes para la utilización de ese medio engañoso.

²⁷ Defiende este criterio Ricardo Núñez: op. cit. p. 299. Se puede decir con Creus Carlos ob. cit. p. 513-514 que cuando el ardid o el engaño han tenido éxito consumándose el delito, no se podrá dudar de su idoneidad. Si el ardid o el engaño fueron descubiertos significa que no fueron idóneos.

Este criterio por su mesura y equilibrio objetivo es el que resultara aconsejable para que utilice cualquier juez llamado a resolver las presentes cuestiones. Para Giudice Bravo la capacidad del ardid o engaño para poner en peligro el bien jurídico tutelado deber ser establecida ex ante, valorando su potencialidad intrínseca, en conjunción con las calidades de la víctima de la maquinación y el ámbito en el que se lleva a cabo el hecho²⁸.

Queda claro que los jueces pueden ser engañados. No son súper hombres infalibles. Son seres humanos comunes. De hecho, sucede bastante a menudo.

Si bien es cierto que desempeñan un rol institucional muy importante, que es pacificar conflictos con justicia mediante la aplicación de la ley, no están exentos de cometer errores. Muchas veces lo hacen sin intención ni voluntad, pero otras tantas pueden ser inducidos a cometerlos a través de cualquier ardid o engaño, incluso omisiones y silencios o mediante simples mentiras.

Algunos autores sostienen que las demandas o peticiones injustas, las exageraciones tan frecuentes en los pleitos, no bastan por sí solas para acuñar el delito de estafa procesal toda vez que deben acompañarse de material convictivo falso, ya que los jueces no pueden fallar sólo con las alegaciones desprovistas del material convictivo que lo avale²⁹.

Tengo una visión diferente. Si bien habitualmente los jueces fallan basándose en las probanzas que acreditan las alegaciones de las partes, no en todos los procesos es así.

En tal sentido asiste razón a Juan Giudice Bravo³⁰ quien dice de conformidad con lo que vengo exponiendo que en algunos procesos –por ejemplo juicios sucesorios o en rebeldía- las manifestaciones de la única parte interviniente pueden ser suficientes para provocar una decisión errada que conlleve un perjuicio patrimonial para un tercero. Al no haber contienda, ni controversia, la mentira puede alcanzar la categoría de ardid idóneo³¹ para defraudar.

²⁸ Giudice, Bravo Juan ¿Constituye delito de estafa procesal demandar judicialmente el cobro de lo ya pagado? A propósito de la ejecución de documentos verdaderos conservados por el acreedor después de su cancelación, publicado en LL 2004-IV, p 415

²⁹ Báez Julio; ob. cit. p. 29

³⁰ Giudice Bravo, Juan: Ob cit p 415 ss.

³¹ Admite la posibilidad que se cometa estafa procesal en procesos no contenciosos o en rebeldía el maestro Ricardo. Núñez: ob. cit. p. 311/313

Giudice Bravo siguiendo a Núñez dice que la injusta petitio es una demanda judicial que contiene manifestaciones falsas. Esta clase de petición por temeraria que sea no es más que una demandada que a sabiendas del autor, contiene afirmaciones de hecho contrarias a la verdad. No es otra cosa que la simple mentira. Si bien para Núñez la simple mentira no es suficiente para configurar la estafa sólo si se limita el dicho a la manifestación mendaz en sí misma sin relacionarla con las circunstancias concomitantes, lo que hace entrar a la mentira en el terrero de la mentira engañosa³².

Si bien en la mayoría de los casos la simple mentira no alcanza la categoría de ardid típico, en otros según las características del proceso donde se manifiesta, se convierte en un medio tan apto como cualquier otro para inducir a error al juez y conseguir una resolución que provoque un perjuicio patrimonial.

Generalmente la estafa procesal que se comete mediante engaño al juez, requiere un fraude en los elementos que deben motivar la decisión judicial, lo que sucede cuando se utilizan documentos falsificados o adulterados³³ o también cuando se utilizan fraudulentamente elementos genuinos retenidos y empleados maliciosamente para procurar el pago de lo no adeudado³⁴.

VII.- La simple mentira

La simple mentira según Creus³⁵ puede ser engañosa en el sentido del 172 del Código Penal Argentino, sea al insertarse en especiales circunstancias de hecho, sea en circunstancias propias del paciente del engaño que el agente conoce y con las que cuenta. Por lo cual no parece posible establecer reglas a priori que la descarten como medio fraudulento, su carácter engañoso dependerá del hecho concreto a evaluar.

Según el gran maestro Núñez la mentira es una manifestación o expresión contraria a lo que se sabe cree o piensa³⁶. Si bien en principio dice que no es una forma de engaño típico a tenor del art 172. CP, a renglón seguido afirma, contradictoriamente, que nada autoriza a decir que engaño en el lenguaje del 172

³² Giudice Bravo: ob. cit. p. 420 Núñez Ricardo: *Iniusta Petitio, falsedad ideológica y estafa procesal* LL 63-719, Núñez Ricardo: ob. cit. p. 309

³³ C. Crim. Corr. sala 3, causa "Zannol Felix" 22/6/1992, JA 1999-II-241)

³⁴ Coincide con esta opinión Buompadre. Jorge ob. cit. p. 83 Laje Anaya Justo La estafa y otras defraudaciones en la doctrina judicial argentina, Alveroni Ediciones, primera edición, Córdoba, 2005, p 106/107.

³⁵ Creus Carlos: ob. cit. p. 514

³⁶ Núñez, Ricardo: ob. cit. p. 303

CPA quiera decir otra cosa que engaño en el lenguaje del mundo y en este lenguaje la mentira es una forma de engañar.

En mi opinión, las simples mentiras en ciertas circunstancias pueden ser idóneas para inducir a error al juez y motivarlo a que dicte una resolución que resulte patrimonialmente perjudicial para otro sujeto. Recordemos el caso de los procesos sucesorios o bien el caso del proceso en rebeldía que como expuse líneas arriba frecuentemente el juez falla en base a una versión de los hechos que puede contener manifestaciones mendaces incompatibles con la verdad de los hechos.

VIII.- El Error en la estafa procesal

El ardid o engaño que despliega el sujeto activo en la estafa procesal debe provocar el error en la autoridad decisora de la cuestión. Según Fontan Balestra³⁷ el error es la falta de conocimiento o el conocimiento falso de algo. Es una falsa noción sobre algo³⁸. En el caso acerca de la verdad un hecho que funciona como presupuesto indispensable de aplicación del derecho en una decisión de la autoridad interviniente

La conducta engañosa en la estafa procesal tiene que inducir a error al juez³⁹, es decir, la autoridad decisora del caso. El nexo causal en la estafa debe establecerse entre el ardid o engaño y la decisión de la autoridad que provocará la disposición de carácter patrimonial perjudicial.

En este delito se requiere una doble relación: el medio fraudulento debe haber provocado el error y éste, a su vez, debe haber sido determinante de la decisión imperativa -por emanar de una autoridad estatal- con aptitud para provocar una disposición patrimonial perjudicial para uno o varios sujetos.

IX.- El sujeto activo de la estafa procesal

En la estafa procesal no se exige ninguna cualidad específica en el sujeto activo. Cualquiera puede cometer este hecho delictivo. Naturalmente el sujeto debe tener capacidad procesal suficiente para actuar por sí o en representación de terceros en un proceso judicial contencioso o voluntario. Así, lo pueden cometer o tener algún

³⁷ Fontan Balestra, Carlos: ob. cit. p. 487

³⁸ Núñez Ricardo: ob. cit. p. 304

³⁹ Donna Edgardo: ob. cit. p. 324

tipo de participación en el hecho por ejemplo Abogados, procuradores, peritos, testigos, el actor, el demandado entre otras variables.

No obstante ello, hay que saber que el tema del sujeto activo de la estafa procesal ha generado ciertos problemas con las siguientes cuestiones:

X.- ¿La estafa procesal es un supuesto de autoría mediata?

Según De La Fuente⁴⁰ en opinión que me permito compartir, la estafa procesal constituye un caso de autoría mediata. El sujeto activo se vale de un instrumento – el juez- para cometer la defraudación. Cita la opinión contraria de Gladys Romero para quien no es un caso de autoría mediata porque el juez no realiza la conducta típica⁴¹.

Nos recuerda De La Fuente que es autor mediato quien para la ejecución de un hecho punible que pueda cometerse con dolo, se sirve de otro ser humano como instrumento. Tratándose de un supuesto de autoría, el hombre de atrás debe tener el dominio del hecho, lo que se caracteriza por la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato.

Existe autoría mediata cuando el intermediario no realiza la totalidad de los elementos típicos objetivos, cuando la conducta de este es atípica o aun en caso de que el intermediario actúe conforme a derecho (se usa a un policía para detener a un enemigo), o el caso de la estafa procesal donde el engañado es el juez que actúa legítimamente en cumplimiento de su autoridad y cargo⁴².

XI.- ¿Puede el demandado cometer estafa procesal?

Según de la Fuente⁴³ la conducta de quien mediante falsedades ardidas engaña al juez, ocasionando que este rechace la pretensión del demandante, denegando el cobro de un crédito o de cualquier obligación exigible, constituye el delito de estafa.

Es común que, al hablar del perjuicio patrimonial en la estafa, se exija una disposición patrimonial perjudicial. Según este autor y lo comparto, lo más adecuado no es hablar de disposición sino de perjuicio patrimonial.

⁴⁰ De la Fuente Esteban: ob. cit. p. 1164

⁴¹ Con el criterio de Gldys Romero coincide Julio Baez: ob. cit. p. 35

⁴² Dela Fuente Esteban: ob. cit. p. 1164

⁴³ De la Fuente ob. cit. p. 1168

Hay códigos penales como el español y el francés que exigen la disposición de la propiedad de la cosa por parte de la víctima⁴⁴, pero nuestra ley vigente no exige tal requisito debiendo considerarse incluido en la figura cualquier clase de perjuicio patrimonial.-

En consecuencia dice De la Fuente y personalmente lo comparto, resulta más apropiado hablar de perjuicio patrimonial en la estafa y no de disposición patrimonial, pues también hay estafa cuando la víctima no entrega ningún bien sino que simplemente pierde algún derecho o expectativa patrimonial tutelada como es la posibilidad de ejecutar judicialmente una obligación⁴⁵.

XII.- El sujeto pasivo de la estafa procesal

En la estafa procesal hay un desdoblamiento entre la víctima del fraude y el ofendido por la defraudación. Así víctima del fraude es el juez y el ofendido es la persona a la que la sentencia dispositiva de la propiedad perjudica o afecta. Consecuentemente, hay dos víctimas que merecen protección, el juez que interviene en el proceso y el sujeto que sufre la ofensa en su patrimonio.

Si bien es muy común leer resoluciones judiciales que hacen hincapié en la negligencia, torpeza o falta de diligencia de la víctima para dejarla desprotegida y premiar con la impunidad al autor del embuste fraudulento, deseo expresar mi pensamiento al respecto. En tal sentido considero que el derecho penal no solo debe proteger a la víctima diligente, prudente o cuidadosa, sino que debe ofrecer protección a todos los sujetos, independientemente de su capacidad, inteligencia, diligencia, sagacidad, es decir, debe protegerse al diligente como al no diligente. Recordemos que la ley dice defraudare a otro a secas. Y ese otro, aunque parezca una redundancia, es cualquier otro no solo el diligente, el prudente o el inteligente.

El tipo legislado no exige una cualidad especial en el sujeto pasivo. De haber querido el legislador proteger aquellas víctimas que reúnan una cualidad específica, lo hubiera legislado expresamente. La interpretación contraria, en mi humilde opinión, viola el principio de legalidad por añadir un elemento al tipo objetivo que no se deduce de la ley vigente.

En este delito como en cualquier otro debe investigarse, juzgarse y eventualmente castigarse la acción del autor, no de la víctima que es justamente quien

⁴⁴ Art 284 CP Español y art 313-1 CP Francés

⁴⁵ Esto no solo resulta protectoramente más conveniente, sino que guarda congruencia con mi concepción de patrimonio esbozada en el presente.

merece tutela. Máxime si no actuó diligentemente. Quiero poner un ejemplo un poco burdo, pero es más que ilustrativo para entender mi idea de que la negligencia de la víctima no es una excusa absolutoria que habilite eximir de castigo al autor del hecho punible. Imaginemos que viene Juan Pérez víctima de un hurto de su bicicleta que dejo sin candado en la vía pública y le decimos: Sr usted no merece tutela porque actuó torpemente al dejar su bicicleta sin candado en la vía pública, ¿cómo no la ato con candado? debió haber actuado diligentemente y colocarle el candado a su bicicleta para que no se la hurten, entonces Sr por su falta de diligencia y evidente torpeza el derecho penal no lo puede proteger, porque la ley no ampara al zonzo sino que sólo protege al hombre vivo, al despierto, al diligente, al piola dirían en la calle. Es un mensaje que quizá exageraré un poco, es ni más ni menos, lo que con otro ropaje verbal -más solemne y elegante- transmiten quienes hablan de la torpeza de la víctima, para sobreseer estafadores premiándolos con impunidad. Es un mensaje carente de humanidad hacia el ofendido, que no lo comparto en lo más mínimo porque lo deja solo sin protección judicial suficiente y efectiva.

XIII.- El tipo subjetivo

La estafa procesal es un delito doloso. No se castiga ni está previsto legalmente la estafa procesal culposa. Consecuentemente, si concebimos al dolo como conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, podemos afirmar que en la estafa procesal el sujeto activo debe conocer y tener la voluntad de engañar al juez y provocar un daño patrimonial a la contraparte o a un tercero.

XIV.- Consumación y tentativa

La estafa procesal se consuma cuando se produce el efectivo perjuicio patrimonial para la víctima, es decir, con la detracción de un bien que compone el patrimonio del sujeto ofendido⁴⁶.

La estafa procesal es un delito que al decir de Núñez admite tentativa, cuyo camino -previa ideación- comienza a ejecutarse con la actuación judicial tendiente a lograr la conducta judicial fraudulenta⁴⁷ y continúa mientras dura la misma, sea hasta el desistimiento o hasta que se consume la defraudación y el perjuicio patrimonial.

⁴⁶ Creus Carlos: ob. cit. P. 512; Fontan Balestra, Carlos: op. Cit. P. 484 Núñez Ricardo: Ob. cit. P. 312/313

⁴⁷ Núñez, Ricardo: ob. cit. p. 212/213

XV.- Conclusiones

Enuncio sucintamente las conclusiones que se extraen de este trabajo:

1.- Si bien la estafa procesal no es una figura delictiva expresamente prevista en nuestra legislación vigente, resulta subsumible en la previsión del art 172 del CP que contempla estafa genérica.

2.- La estafa procesal es un delito biofensivo. Afecta dos bienes jurídicos que merecen tutela: por un lado, afecta un interés individual, esto es, causa directamente un perjuicio patrimonial en el ofendido –esa es la finalidad del ofensor-; y, por otro lado, lesiona indirectamente y por indiferencia un interés que merece tutela colectiva, esto es, la confianza social en la recta administración de justicia.

3.- Sería conveniente en una futura reforma legislativa, incluir expresamente la estafa procesal como una figura agravada respecto de la estafa común.

4.-La estafa procesal es un supuesto de autoría mediata.

5.- La estafa procesal puede cometerse en cualquier tipo de proceso judicial. Puede darse en un proceso laboral, civil y comercial, penal, administrativo, sucesorio. Siempre que en él intervenga una autoridad decisoria con imperio legal para decir el derecho en el caso concreto.

6.- La simple mentira bajo ciertas circunstancias, es idónea para cometer estafa procesal (por ejemplo, proceso sucesorio o proceso tramitado en rebeldía).

7.-. La estafa procesal comienza a ejecutarse con la promoción de la demanda o reclamo administrativo.

8.- Subjetivamente la estafa procesal es un delito doloso.

9.- La estafa procesal se consuma cuando se produce efectivamente el perjuicio patrimonial.

10.- Sujeto activo y pasivo de la estafa procesal puede ser cualquier sujeto.

11.-La estafa procesal puede caracterizarse como el fraude que una de las partes comete en el marco de un proceso de jurisdicción contradictoria o voluntaria, por el cual se induce a error a la autoridad decisoria interviniente, empleando cualquier ardid o engaño, para que emita una decisión errada y dotada de imperio con aptitud para perjudicar patrimonialmente a la otra parte o un tercero.

12.- El criterio de la idoneidad del ardid es una extrapolación foránea que no exige nuestra ley positiva vigente. En todo caso, la idoneidad del ardid depende del éxito en el caso concreto

XVI.- Bibliografía

- Báez Julio: Lineamientos de la estafa procesal, librería el foro, Buenos Aires, 2001, p 29
- Buompadre Jorge: Estafas y otras defraudaciones, Lexis Nexis, 2005, Buenos aires, p 3 y ss
- Creus, Carlos y Boumpadre, Jorge: Derecho Penal Parte Especial, T I, Ed Astrea, 7ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires
- De La Fuente, Javier Esteban: ¿Puede el demandado cometer el delito de esta procesal? LL T 1996-E, p 1163 ss
- Donna, Edgardo Alberto: Derecho Penal, parte especial T II-a de Rubinzal Culzoni, santa Fe 2001, pag. 262-270, Buenos aires 2007.
- Ferrajoli Luigi (1995): Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, con prólogo de Norberto Bobbio, ed. Trotta, Madrid, p 21 ss.
- Figari Rubén: Apuntes sobre la estafa procesal, disponible en www.rubenfigari.com.ar
- Fontan Balestra, Carlos: Derecho Penal, parte especial, actualizado por Guillermo Ledesma decimosexta edición actualizada, ed. Lexis Nexis, 2002, Buenos Aires, p 484
- Giudice Bravo Juan ¿Constituye delito de estafa procesal demandar judicialmente el cobro de lo ya pagado? A propósito de la ejecución de documentos verdaderos conservados por el acreedor después de su cancelación, publicado en LL 2004-IV, p 415
- Laje Anaya Justo La estafa y otras defraudaciones en la doctrina judicial argentina, Alveroni Ediciones, primera edición, Córdoba, 2005, p 106/107.
- Núñez Ricardo: Derecho Penal Argentino T V Bibliográfica Argentina Omeba, Buenos Aires, 1967, p 284 ss
- Romero Gladys: Los elementos del tipo estafa, Lerner Editores asociados, 1985, pag 209.-
- Rubio Roberto La estafa o la difícil misión de reconocerla. Un intento más por tratar de aprehenderla, tesina inédita realizada para la

especialización en criminalidad económica de la universidad de Castilla-La Mancha y la UNMP, año 2010

- Soler Sebastián: Derecho Penal Argentino, T IV, Tea, Buenos aires, 1973, p 290
- Zaffaroni Eugenio Raúl: Estructura Básica del Derecho Penal, Ediar, 2009, Bs As, pag 101