

CONSIDERACIONES SOBRE EL ENCUADRE JURÍDICO DEL “SECUESTRO VIRTUAL”

Autor: Patricio Blas Esteban

Sumario: I. Presentación. II. Los tipos penales. III. En favor de la aplicación del artículo 172 CP. IV. Argumentos que promueven la calificación del artículo 168 CP. V. Razonamientos ambiguos o empleados por ambas posiciones. VI. Algunas reflexiones.

I. Presentación.

En el presente trabajo vamos a ocuparnos del tipo de hechos que hicieron su aparición en la primera década del siglo bajo la modalidad conocida como “secuestro virtual”. Se trata de casos en que el autor se hace pagar rescate induciendo en otro la falsa creencia de que mantiene privado de su libertad a un familiar o allegado. Dado que la víctima accede al pago tanto debido a una apreciación errada de las cosas (engaño), como temiendo por la suerte del presunto retenido (intimidación), se ha generado un intenso debate en la jurisprudencia y en la doctrina en torno a si estas conductas deben calificarse como estafa (art. 172 CP) o encuadran bajo el tipo penal de extorsión (art. 168 CP); lo cual, habida cuenta de la diferencia de escalas, trae implicancias muy concretas respecto al quantum de la pena. A continuación ofrecemos un breve repaso de los argumentos que se han barajado en favor de ambas posturas, junto con algunas observaciones propias que reservamos para el final.

II. Los tipos penales.

Antón Oneca define la estafa como: “la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”¹. De aquí pueden extraerse los caracteres principales del tipo objetivo: A) ardid, maquinación o astucia, B) representación equivocada de la realidad, C) acto de disposición patrimonial, y D) daño económico. Cada elemento debe sobrevenir al anterior sin que se verifiquen interferencias o desviaciones en el nexos causal.

¹ ANTÓN ONECA, “Las estafas y otros engaños”, en Obras, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, T.III, p. 70 cit en DONNA, Alberto Edgardo, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II-B, Rubinzal - Culzoni, ed 1º, Santa Fe 2001, p. 272.

En cambio, el delito extorción, del que vamos a considerar aquí la variante denominada “extorción común” o “propia”, es entendido por González Roura como la acción de “procurarse indebidamente una ventaja patrimonial, con perjuicio de otro, colocando a la víctima ante un dilema, uno de cuyos términos es el perjuicio patrimonial que ella o un tercero ha de sufrir, y el otro, el daño que, en caso contrario, a ella o a una persona de su familia ha de deparársele”². En este caso, el medio para arrancar la liberalidad económica al sujeto pasivo consiste en torcer su voluntad mediante la perspectiva de un mal grave, futuro y cuya producción está condicionada a los deseos del autor.

Como puede verse, hablamos de abusos contra el patrimonio que se dirigen a aspectos distintos de la voluntad. Los fraudes operan en la esfera del entendimiento generando una visión deformada de las cosas, mientras que la ventaja pecuniaria en las extorciones se obtiene coartando la autodeterminación del ofendido a través del miedo. Ahora, a primera vista se advierte que el falso secuestro combina tanto elementos de astucia como de intimidación; el asunto pasa por decidir si estamos frente a un engaño que amedrenta o frente a una coacción que embauca, o dicho de otro modo, si ha de concebirse al hecho como una variante ardidosa de la extorción (168 CP) o un género de estafa (172 CP) con cierto agregado de violencia moral.

III. En favor de la aplicación del artículo 172 CP.

Quienes propician el encuadre de la estafa resaltan, lógicamente, lo que tiene de falaz y manipulador el anuncio referente a la privación de libertad: “La simulación en la maniobra, constituye una puesta en escena que, mediante engaño, pretende inducir al error al sujeto pasivo y, por esta vía, determinar su poder de decisión y así conseguir que efectúe la disposición patrimonial perjudicial, verificándose de esta forma los elementos de la figura del delito de estafa”³. En igual sentido: “Es por ello, que la exigencia dineraria realizada, enmarcada en amenazas y simulando un secuestro, forman parte de una maniobra ardidosa única tendiente a afectar el psiquismo del destinatario como para hacerlo incurrir en un error e inducirlo a concretar la disposición

² GONZÁLEZ ROURA O., “Derecho Penal”, T. III, p. 236, cit en DONNA, Edgardo, ob cit. p. 206.

³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, rta. 22/07/2008, “Alvarado Navarro, José y otros”, cn° 34.800, voto de la Dra. Garrigós de Rébora.

patrimonial pretendida”⁴.

También se ha sostenido que la amenaza que sirve de base a la extorsión, consiste en el anuncio de un mal grave, futuro y dependiente del autor, que se producirá en caso de no cumplirse con lo exigido, cosa de imposible realización en los llamados secuestros virtuales, donde la hipótesis de daño es puramente ficticia⁵.

En la misma línea, se pregunta esta tesis porqué el hecho habría de mirarse únicamente desde el lugar de la víctima -para quien el perjuicio, en efecto, aparece como factible-, soslayando lo que conoce de antemano el sujeto activo -que se trata de una amenaza irrealizable-, o aún más, la realidad objetiva del suceso⁶. En otras palabras ¿de dónde surge que la conducta deba definirse apelando exclusivamente a la vivencia psíquica del ofendido y no a la perspectiva de un observador neutral que conozca todos los aspectos de la situación (entre ellos, lo mendaz del peligro)?.

Y finalmente, se ha dicho, en consideración la disparidad de escalas, que: “...el quantum punitivo en abstracto del delito de extorsión, respecto del sub examen, resultaría además ciertamente desproporcionado habida cuenta del contenido de injusto de la conducta y de la magnitud de la lesividad del conflicto en juzgamiento...vulnerándose los principios de culpabilidad y de mínima proporcionalidad, puesto se estaría imponiendo una pena que supera la medida indicada por la culpabilidad de acto”⁷.

Ahora, hay un punto que llama la atención. La interpretación absolutamente mayoritaria sostiene que para la aplicación del artículo 172 CP se precisa algo más que la simple mentira. El engaño debe resultar de recursos más sofisticados que un mero artificio verbal; es imprescindible, como suele decirse, una “puesta en escena”. Y es verdad que en el secuestro virtual, en algunos casos, la simulación se combina con gritos de fondo provenientes del falso cautivo y demás parafernalia tendiente a dar credibilidad a la amenaza, pero en muchos otros, de lo que se trata, en definitiva, es precisamente de simples mentiras; del agente manteniendo una conversación

⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, rta. 13/05/2008, “Cisneros, María C.”, voto de los Dres. Lucini y Bunge Campos.

⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala B de feria, rta. 27/01/2011, “C. F., D. A.”; Sala VI, rta. 5/06/06, c.n° 29.535, “Cisnero, Susana”; “Alvarado Navarro, José y otros”, cn° 34.800, rta. 22/07/2008, voto de la Dra. Garrigós de Rébora; Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 2 de la Capital Federal, rta.16/12/2009, “Dos Santos, Bruno S.” cn° 3.237.

⁶ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, rta. 03/09/2009, “N., F. E. y otro”, rta. 20/07/2006, cn° 5.412, disidencia del Dr. Álvarez. En igual sentido conf. Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 21 de la Capital Federal, “Rodríguez Céspedes, Edwin”, voto de los Dres. Barroetaveña y Bossi.

⁷ Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 21 de la Capital Federal, “Rodríguez Céspedes, Edwin”, 20/07/2006, voto de los Dres. Barroetaveña y Bossi.

telefónica con el damnificado y aseverando un conjunto de falsedades. Cabría preguntarse entonces ¿por qué en ninguno de los precedentes u opiniones que analizan el hecho bajo la figura de estafa se ha declarado atípica la conducta?. Quizás éste supuesto venga a demostrar que, en determinadas situaciones, la mera construcción de oratoria puede resultar tan sofisticada como cualquier otra variante de ardid.

IV. Argumentos que promueven la calificación del artículo 168 CP.

A la otra orilla, se sostiene que en los secuestros virtuales la disposición patrimonial es involuntaria y lo que predomina en el ánimo del lesionado es el temor⁸, circunstancia que no resulta incompatible, o no queda desplazada, por el hecho de que el autor se valga también de simulaciones o fraude⁹. La intimidación apoyada en una mentira, no deja de ser intimidación.

En la disidencia del juez Días en una sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 21, se razona que mientras que el engaño sin afectación patrimonial no se encuentra reprimido de forma autónoma en el Código Penal, la coacción sí constituye un ilícito independiente. De esto resulta que calificar el hecho como estafa dejaría de contemplar la lesión a un valor -libertad moral- específicamente resguardado en el ordenamiento¹⁰. Desde un punto de vista similar, Alexis Sismaz dice: “Supongamos que no existe ninguna exigencia patrimonial. Naturalmente no podría sostenerse que hay estafa, como tampoco podríamos afirmar que se trataría de una extorsión. Pero, probablemente coincidiríamos que existen amenazas o coacción (CP, 149 bis). Si así fuera, la solución que se impondría sería la que prevé la figura de la extorsión, pues la misma no es más que una coacción o amenaza con fin patrimonial”¹¹.

A primera vista el planteo es razonable. Entre calificar el hecho como estafa dejando sin subsumir el desvalor de la coacción, y aplicar la figura de extorsión, que no da cuenta del engaño, parece lógico preferir aquél que para nuestro ordenamiento constituye una transgresión en sí misma. Sin embargo, este razonamiento toma como

⁸ Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, rta. 12/09/2013, “A., L. J. M. s/ recurso de casación”, cn° 1289/13, conf. voto Dr. Alejandro W. Slokar; Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, rta. 03/09/2009, “N., F. E. y otro”, cn° 5.412, voto de la mayoría; SISMAZ, Alexis L. “Una nueva modalidad delictiva: el secuestro virtual: ¿estafa o extorsión?” en La Ley, Sup. Penal, abril de 2009 cita Online: AR/DOC/1131/2009.

⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, rta. 22/07/2008, “Alvarado Navarro, José y otros”, cn° 34.800, disidencia del Dr. Pociello Argerich.

¹⁰ Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 21 de la Capital Federal, 20/07/2006, “Rodríguez Céspedes, Edwin”,

premisa lo que la postura contraria niega, pues no olvidemos que quienes rechazan la figura de extorción lo hacen precisamente por creer que no están dados los requisitos de la coacción (mal posible y dependiente del autor), sea como medio comisivo del 168 CP o bajo la figura autónoma del artículo 149 bis CP.

Retomando lo anterior, el Tribunal Superior de Córdoba¹² ensaya el siguiente razonamiento: entender a la coerción engañosa del secuestro virtual como un mero ardid para la estafa no resiste el confronto sistemático con el supuesto de robo mediante armas de utilería, no aptas para el disparo o la realización de ademanes de portación; todas hipótesis en que, no por valerse el autor de una errónea creencia de la víctima o por agregar al hecho una cuota de ardid, deja de valorarse la intimidación como violencia propiamente dicha. Y entonces si violencia moral se impone sobre el engaño para calificar estos hechos como robo antes que estafa, ¿por qué habría de resultar distinto para la amenaza con simulación en las extorciones?.

V. Razonamientos ambiguos o empleados por ambas posiciones.

Por último, existen una serie de consideraciones que, presentadas con distinto giro, son exhibidas desde ambos extremos como favorables a sus respectivas posturas. En la redacción del artículo 168 se encuentra también contemplada, además de la figura ordinaria, la denominada “extorción engañosa”, que reconoce expresamente como medio comisivo una fabricación o puesta en escena (“*simulación* de autoridad pública o falsa orden de la misma”). Esto permite alegar, a quienes entienden que el secuestro virtual cae bajo el artículo 168, que la estructura de la extorción es más receptiva al ardid de lo que la estafa es a la coerción (puesto que ni en la enunciación ejemplificativa del 172 ni entre las defraudaciones especiales del 173 hay una modalidad que contemple algo parecido al amedrentamiento), y que, ante situaciones en que la víctima es condicionada a la vez por miedo y error, el legislador se ha inclinado por el régimen de las extorciones¹³.

Del otro lado, se contesta con el argumento de la taxatividad, es decir, que si la ley prevé expresamente la llamada extorción engañosa como un supuesto aparte, autónomo, no comprendido en la primera parte del artículo, y exclusivamente ceñido

voto en disidencia del Dr. Días.

¹¹ SISMAZ, A. Ob cit.

¹² Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, 12/09/2011, “González, Carlos Alberto s/

a la condición o mandato de autoridad pública, es porque la modalidad propia u ordinaria solo reconoce como medio ejecutivo la intimidación lisa y llana¹⁴.

Un segundo planteo del que también han pretendido beneficiarse ambas interpretaciones radica en preguntarse, admitido que la maniobra reúne componentes tanto de engaño como de temor, ¿cuál inspiró al otro en el ánimo de la víctima?; ¿cuál es el estado subjetivo medio y cuál el estado subjetivo fin?. Una inquietud con demasiados visos de naturalismo a nuestro gusto, pero que viene avalada por la autoridad de Francesco Carrara. El profesor italiano ofrecía como ejemplo de quién engaña para intimidar, al ratero que se hacía pasar por Stoppa (delincuente de renombre), logrando mediante la fama invocada que el ofendido se desprendiese de sus cosas sin mayor resistencia. En este caso, procedería calificar el hecho como robo (o en nuestro caso extorsión), haciendo prevalecer el miedo por ser el factor que, en el ánimo de la víctima, se haya más cercano a la disposición patrimonial. En cambio, habría fraude cuando la intimidación se pone al servicio del error, como ocurre con el falso asaltante que aborda a un transeúnte, en tanto que un segundo individuo (en acuerdo con el primero) entra en escena fingiendo ahuyentarlo y recibe una recompensa del agredido que lo toma por un buen samaritano¹⁵.

Decíamos que esta forma de ver las cosas sirve de abono a las dos posturas ya que tampoco parece haber mucho acuerdo sobre si, en el secuestro virtual, el error sobre la privación de libertad genera el miedo que motiva el pago o bien es el temor que inspira el falso secuestro el que sirve de abono al fraude. De hecho, en el fallo “Rodríguez Céspedes, Edwin” del Tribunal Oral en lo Criminal 21, tanto la mayoría como la disidencia reclaman la cita de Carrara para sí. Y de todos modos, aún si pudiese superarse esta controversia, habría que ofrecer razones sobre por qué es el denominado estado fin (más cercano al sujeto pasivo) y no el estado medio (próximo al sujeto activo) el que define; discusión que, palabras más palabras menos, es igual a la descripta arriba sobre si el suceso debe entenderse desde la perspectiva de la víctima o teniendo en cuenta la realidad conocida por el autor.

extorsión, etc. - Recurso de Casación”.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 21 de la Capital Federal, 20/07/2006, “Rodríguez Céspedes, Edwin”.

¹⁵ CARRARA, Francesco, “Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 166, cit en Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, 12/09/2011, “González, Carlos Alberto s/ extorsión, etc. - Recurso de Casación”.

VI. Algunas reflexiones.

La discusión es ardua, a punto tal que la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (decreto 678/12), se refirió expresamente al “autosequestro” (una variante del secuestro virtual) al tratar sobre el delito de extorsión: “Se propone una pena algo menor, en razón de que la jurisprudencia ha dudado en muchas ocasiones entre este tipo y el de estafa y, por cierto que, con frecuencia existen extorsiones que se aproximan más a la estafa y generan fundadas dudas: el caso más común es el de quien simula ser víctima de un secuestro extorsivo para que un familiar entregue dinero. No está claro el criterio jurisprudencial a este respecto”¹⁶.

Sin embargo, no vemos que la letra del artículo 142 del anteproyecto¹⁷ esclarezca mucho el panorama. Básicamente, se mantiene la fórmula del actual 168 aclarando que la amenaza puede consistir de un mal cualquiera, incluso de naturaleza afectiva. De hecho, si se reconoce la confusión reinante en la jurisprudencia en relación al falso secuestro, la respuesta esperable del codificador hubiera sido la de trabajar sobre el texto para echar luz al asunto y no la de limitarse a invocar la problemática como argumento para disminuir la escala (que por otro lado, estamos de acuerdo en que es excesiva). La obscuridad de las leyes no puede alegarla quien ha recibido el encargo de redactarlas.

Bien. Habiendo reseñado lo que a nuestro juicio tiene de más convincente cada una de las propuestas, toca decir que nos inclinamos por la aplicación del artículo 168 CP. En primer lugar, el argumento de que en el secuestro virtual el perjuicio aparece como de imposible realización no es óbice a la aplicación de la norma, porque, en la extorsión, el requisito de que el mal sea posible, futuro y dependiente de la voluntad del sujeto activo no lleva pretensiones de verdad empírica, sino que hace a la idoneidad del anuncio para conmover al destinatario. Es a estos efectos, la configuración del mensaje y su aptitud para doblegar la voluntad ajena, que la amenaza debe referirse a un daño dominable por el agente. Quien exige una

¹⁶ Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, año 2013, pág. 224

¹⁷ “1. Será reprimido con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años, el que con intimidación, amenaza de un mal cualquiera, incluso meramente afectivo, o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligare a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. 2. Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligare a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito”.

prestación de otro so pena de que hará llover granizo sobre su auto, claramente no ingresa en lo ilícito. En cambio, una coerción materialmente imposible pero con suficientes visos de realidad para que el damnificado la tome por buena, sí colma las exigencias del tipo.

También se ha objetado, como vimos, que no habría razón para considerar definitoria la perspectiva del ofendido en desmedro de la realidad objetiva del hecho. No obstante, mientras la intimidación, la coerción moral, el apremio, etc. continúen siendo los conceptos centrales de la figura, no se advierte cómo estas nociones puedan estar referidas a otro plano de interpretación que no sea las vivencias subjetivas de la víctima, matizadas, claro está, por el estándar mínimo de resistencia que habría opuesto una persona razonable (queda excluida la advertencia de males insignificantes ante los que solo habrían cedido espíritus particularmente sensibles).

Quizá resulte ilustrativo trazar un paralelo con la figura del robo. El agravante “arma de fuego” del 166 CP, admite un desdoblamiento del disvalor en a) el peligro objetivamente corrido por la víctima y b) la vis moral o compulsión psíquica que sirve al desapoderamiento (de aquí la gradación punitiva inferior cuando se trata de un arma de utilería o cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, ya que solo subsiste el reproche debido a la coerción, sin el riesgo material de lesiones o muerte). No extraña entonces que aflore una concepción integradora entre lo que se representa el damnificado y lo que efectivamente podía o no ocurrirle.

Distintas son las cosas en el delito de extorsión. Aquí no hay una superposición entre violencia psíquica y riesgo fáctico (de modo que faltando el último, quede incompleto el injusto y deba acudir a otra calificación menos severa como la de estafa). En la estructura del artículo 168 CP la coerción moral aparece en primer plano mientras que la consideración sobre el cariz objetivo de la maniobra (posibilidades de concreción del daño) se encuentra evidentemente relegada y apenas si es tomada en cuenta para verificar que la amenaza no sea burda o manifiestamente inidónea.

Sobre la eventual desproporción de la escala (5 a 10 años de prisión), es cierto que la respuesta punitiva parece excesiva, pero también lo es para otras hipótesis que indudablemente están comprendidas en la norma y que son incluso más leves que el secuestro virtual (ej. invocación de falsa orden de autoridad pública), de modo que la única conclusión a extraer es que la sanción prevista para la extorsión en nuestra ley

resulta excepcionalmente severa (en esto sí acordamos con la solución del Anteproyecto). Más bien, el razonamiento con base en el marco penal favorece la tesis que nosotros defendemos. De otro modo, resultaría que quien finge una circunstancia que perturba (ej. se hace pasar por agente de la AFIP y amenaza con clausurar un negocio si no recibe gratificación) merecería el trato del 168 CP (simulación de autoridad pública), mientras quien coacciona con una mentira que, además de perturbar, mortifica intensamente (riesgo de vida para un familiar), le tocaría el encuadre más benigno del 172 CP.



