

El delito de estafa procesal y sus problemas concursales según la jurisprudencia

*Leandro Ezequiel Fusco**

Resumen

En el presente trabajo se aborda una cuestión que ha quedado ajena a la prolífica doctrina generada alrededor del delito de estafa procesal. Me refiero a los conflictos que se presentan cuando esta figura concurra con otros delitos y, especialmente, cuando la estafa procesal ha quedado en grado de tentativa. Al respecto, se ofrecen propuestas de solución para casos conflictivos a partir de los avances científicos ofrecidos por autores extranjeros y se reseña la casuística de la jurisprudencia reunida durante la tarea de investigación.

Palabras clave: estafa procesal, tentativa, concurso de delito, deberes de veracidad, estándares de punibilidad.

* Abogado (diploma de honor), Traductor Público en lengua italiana y Especialista en Ministerio Público por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Palermo. Actualmente, se desempeña como Profesor Titular interino de la materia Lengua y Derecho I en idioma italiano de la carrera de Traductor Público de la Facultad de Derecho de la UBA y como funcionario en la Cámara Federal de Casación Penal; leandrofusco@derecho.uba.ar.

Procedural Fraud and its Insolvency Problems According to Case Law

Abstract

The article is about an issue that has remained out of the prolific doctrine generated around the procedural fraud crime. That is, the conflicts that arise when this crime joins other crimes and, especially, when the procedural fraud remains as an attempt. In this regard, proposals for solutions to conflicting cases are offered based on the scientific advances offered by foreign authors and the casuistry of jurisprudence gathered during the research.

Keywords: Procedural Fraud, Joinder of Offenses, Punishment Standards.

I. Introducción

El objetivo del presente trabajo es abordar una cuestión específica dentro de las hipótesis que presenta el delito de estafa procesal y que no ha sido de análisis profundo en la doctrina, puesto que la orientación principal de los autores respecto de este delito ha sido discutir desde su existencia misma hasta la casuística concreta.

Concretamente, habré de analizar la cuestión concursal de la estafa procesal, pero no desde un plano meramente teórico, sino desde la praxis judicial que tan enriquecedora ha sido para una figura penal que no tiene previsión legal específica.

El concurso de delitos en sí ha sido siempre una de las áreas que, a mi entender, presenta mayor complejidad en la dogmática penal, pero no por su insita dificultad, sino por los inconvenientes que se presentan al llevar los principios generales a los casos particulares.

A esto debemos sumar que la estafa procesal presenta peculiaridades que no se replican en otras figuras, la principal, ya la dije, es la ausencia de previsión legal, pero amén de ello contamos con especiales actores en la comisión del hecho en virtud de que, indefectiblemente, debemos contar con la intervención de un juez para que se verifique su existencia.

Pero esto no termina ahí. Cuando se analiza un delito en general, siempre se lo toma desde su figura consumada. Es muy extraño que se analice una figura legal solamente desde su tentativa y, lamentablemente, eso es lo que debería hacerse con gran parte de la dogmática que rodea al delito de estafa procesal, ya que la cantidad de veces que se consume es infinitamente menor a las que se deja en grado de conato.

Aún hay ganas de profundizar un tema que ha sido materia de análisis por la doctrina y que concretamente Julio Báez ha explotado casi hasta su agotamiento.

En el particular, intentaré revelar una nueva visión respecto del caso del modo en que se debe analizar el concurso de la estafa procesal con otros delitos, no solo desde la perspectiva del delito consumado, sino desde lo que entiendo más importante, la posibilidad de concurso de este delito cuando se presenta en grado de conato, haciendo eje en la óptica jurisprudencial.

II. La tentativa de estafa procesal y su concurso

A. Generalidades

Como principio general, podemos decir que la estafa en sí es un delito de resultado y, por ende, admite la tentativa, pero la peculiaridad de su estructura además lleva a que, en muchos casos, la conducta engañosa utilizada para el fin último resulte de por sí un delito autónomo, verbigracia, la utilización de un documento de identidad falso.

Así lo ha entendido la jurisprudencia y el criterio señalado fue extendido a la particularidad de la estafa procesal. A modo de ejemplo citaré algunos antecedentes en los que se admitió la tentativa de estafa procesal. Entre ellos, se puede destacar el resolutorio de fecha 30/03/1988 in re “Noziglia, J.” de la sala VI de la Cámara del Crimen, en la cual se ha dicho que “(...) constituye el delito de tentativa de estafa procesal mediante uso de documento privado, adulterado la acción de los procesados que introdujeron en un juicio civil pruebas falsas en apoyo de la demanda, con innegable perjuicio patrimonial para los intereses del actor...”.

Vale advertir que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal (actual Cámara Federal de Casación Penal –CFCP–), en la causa N° 4.057 “Voza, Rodolfo” sostuvo que la ejecución judicial de documentos indebidamente retenidos importa, al menos, una tentativa de defraudación. Por lo

tanto, si bien no existen dudas en la jurisprudencia, orden a la posibilidad de que el delito sea tentado, en la práctica la cuestión no aparece tan sencilla. Es que como explica Nuria Pastor:

(...) la pregunta sobre el comportamiento típico es la pregunta sobre si hubo o no tentativa de estafa. Que se produzca el resultado es una cuestión que está en un nivel de análisis distinto y posterior, en el que se trata simplemente de ver si el riesgo de perjuicio patrimonial cristalizó o no en el resultado 3/4 una simple cuestión cuantitativa, pero cualitativamente todo el injusto está en la tentativa 1/4.¹

La tentativa, indica la autora, lleva ínsita la totalidad del injusto y por ello se complica el análisis; la ejecución está completa, pero ha fallado por razones ajenas al sujeto activo. Cómo determinar, entonces, si es o no punible a la luz de los principios generales de la teoría del delito.

Momento consumativo

Para ello, debemos dejar en claro, primero, cuándo se consuma el delito de estafa procesal. La doctrina no es pacífica, por cuanto se discute si el episodio consumativo es la sentencia o su ejecución.

Nótese que entre la sentencia que define el ganador del pleito y la ejecución misma podría pasar bastante tiempo y ello llevaría a debatir cuál es el momento de disposición.

Al respecto, es dable citar al catedrático español Oliva García quien sostiene que en el campo de la estafa procesal el daño patrimonial y el correlativo enriquecimiento injusto se pueden entender producidos en el momento de ejecución de la condena. o bien simplemente cuando aquella haya adquirido firmeza. En este caso no hay duda de que existe una disminución patrimonial, ya que esta no aparece cuando desaparece un bien del patrimonio sino, incluso, cuando se asume una obligación, pues también gravita sobre el propio patrimonio.

1. Pastor Muñoz, Nuria, “El engaño típico en el delito de estafa” en *Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial I Jornada de Derecho Penal Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, ARA Ed., Lima, 2005, pp. 122-123.

En ese sentido, la doctrina explica que, al referirse al bien jurídico, el Código Penal habla de propiedad, pero sin embargo las figuras que en él se describen abarcan mucho más que este derecho real. Se sostiene que, en realidad, la expresión no alude solo al dominio sobre las cosas, sino también al conjunto de todos los derechos y obligaciones con un contenido patrimonial susceptibles de apreciación pecuniaria.

Por esta razón se ha afirmado que el objeto jurídico de protección es el patrimonio, entendido como universalidad jurídica de los derechos y obligaciones reales y personales del sujeto bajo la relación de un valor pecuniario. Es que el delito de estafa es un acto contra la voluntad de disponer libremente del patrimonio, a fin de que no se disminuyan sus créditos y no aumenten sus débitos sin la intervención adecuada de aquella voluntad.²

Empero, la tesis contraria sostiene que a los fines de la consumación es necesario que el perjuicio se concrete mediante el efectivo menoscabo en el patrimonio de la víctima toda vez que la figura requiere un perjuicio real.³

Considero correcta esta última teoría, dado que el “perjuicio patrimonial” que exige la estructura de la estafa debe implicar el verdadero detrimento de los bienes de la víctima, el cual se da con el desapoderamiento y no con la mera sentencia.⁴

Esto puede aplicarse también, por ejemplo, a los casos en el que se ha dictado de una medida cautelar sobre elementos engañosos en la medida que por razones ajenas a la voluntad del autor del hecho no se haya realizado ninguna erogación.⁵

2. Spolansky, Norberto E., *La estafa y el silencio*, Astrea, pp. 86-87. Esta posición, además, pareciera que se desprende del fallo “Kamenszein” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 315:1434), uno de los poquísimos antecedentes en los que el más alto tribunal se dedicó al análisis de este delito.

3. Véase C.C.C. Sala VII causa 20.748. “Fernández Dellepiane, Jorge” rta. el 24/05/95.

4. Véase, en ese sentido, el fallo de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal “Mohabed, Daniel Salvador y otros s/ recurso de casación”, rta. el 27 de junio de 2014, Reg. 1377/14.

5. Esta postura, sin embargo, ha quedado en minoría en el caso resuelto por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal “Alenda Masutti, Oscar Hernán y otros s/recurso de casación”; rta. el 23/05/17, Reg. 556/17, causa N° FMZ 13015446/2009/CFC1, en el cual la mayoría resolvió que la traba de una medida cautelar implica “una resolución de contenido patrimonial que resulta perjudicial para un tercero”.

Así pues, hasta ese momento, el delito se mantiene en el estadio de tentativa. La jurisprudencia ha ido admitiendo en este sentido que es perfectamente posible en la estafa procesal, comenzando el *iter criminis* que conduce a la consumación de este tipo penal con la presentación en el proceso de los medios de prueba reseñados como idóneos para inducir en error al juez.

Según Báez, durante todo el desarrollo de ese proceso, y hasta tanto el imputado no desista de su pretensión injusta, el delito se encuentra tentado saliendo de ese estado –como dijéramos– en el momento en que la víctima ve disminuido su peculio y no con el pronunciamiento jurisdiccional que “dice el derecho”.⁶

Pero veamos ahora cómo esta tentativa de estafa procesal concursa con otros delitos, puesto que incluso, conducta de la estafa procesal en grado de tentativa, podría quedar subsumida en la conducta independiente de otros tipos penales específicos como, por ejemplo, el de uso de documento privado falso.

Sobre este tema habré de profundizar la investigación. Partiré para ello de la afirmación de la Cámara Nacional de Casación Penal, citada en el fallo “Andruchow” donde se sostuvo que “en el delito de estafa procesal la tentativa se configura con la sola presentación que tiende a engañar al juez”.⁷

La afirmación es contundente y, por cierto, facilita mucho las cosas, pero creo también que peca de voluntarista y amerita ciertamente un análisis más profundo. Considero que íntimamente relacionada con este tópico, se encuentra la valoración de la entidad del ardid o engaño. Como se dijo oportunamente, el sujeto engañado en este caso es el juez, por lo cual la entidad del ardid debe ser de una contundencia tal que pueda inducir a error a una persona que, se supone, se encuentra en una situación de solidez formativa y conceptual difícil de vulnerar, por lo que su análisis se hace aún más profundo.

Fue Soler quien tuvo especial interés en este tópico, ya que sostuvo oportunamente que la relación que debe mediar entre ardid y error plantea el muy debatido problema de la idoneidad del ardid, cuestión que también tiene importancia en los casos en que la estafa no llega a su fin, para determinar si ha existido o no tentativa.⁸

6. Báez, Julio C., *El silencio y la Estafa procesal*, *op. cit.*

7. CNCP sala IV 19/02/1998 “Andruchow, Juan” JA 1999-II-241.

8. Soler, *op. cit.*, tomo IV, p. 368.

¿Qué se debe entender por “presentación engañosa”?

¿Cómo valorar entonces el carácter de “presentación engañosa”? Repárese en que la estafa procesal se superpone y, a veces, puede confundirse con prácticas comunes que poseen normas procedimentales que se ajustan apropiadamente al problema.

Vale como ejemplo la denominada *ultra petita*, que se da en el marco de un proceso de derecho privado en el que la parte exagera la pretensión de la demanda. Como sanción, entonces, se aplican costas al litigante, o bien se inician expedientes administrativos por temeridad o malicia.

En efecto, es muy común en los procesos de derecho privado y aún en los penales desde que se habilitó la resolución de la cuestión civil para el juez dentro del proceso criminal, la petición exagerada o infundada para utilizarla, a veces, como medio de presión para acceder a una negociación.

Por ello, debe apreciarse con especial precaución esta conducta engañosa de las partes. No podemos tener dudas de que, si la parte presenta un documento apócrifo, más allá del delito autónomo que este representa, en caso de obtener una sentencia favorable nos hallaríamos frente a un engaño suficiente para que proceda la estafa.

Al respecto, se intenta trazar una línea alrededor del concepto de abuso del derecho. Esto significa que, si bien las partes tienen un margen para la petición excesiva o hasta temeraria, de modo alguno puede realizar afirmaciones conscientemente falsas o que sabe injustas, puesto que esto evidencia un accionar desleal y engañoso que no puede tener acogida en el derecho, más si lesiona principios como la buena fe, la ética procesal y la lealtad en litigio.

Pero no es esta la única mensura para analizar la entidad del ardid o engaño, ya que, de hecho, el principio de imposición de costas no se basa en la sola derrota o victoria, sino que, en realidad, imputa a cada parte la culpa que ha tenido a lo largo del proceso, por lo que este exceso se vería sancionado de otra manera.

Así las cosas, alguna doctrina acepta que las afirmaciones de las partes conscientemente falsas son ilícitas y, por lo tanto, poseen entidad suficiente para ser considerado engaño suficiente dentro de la figura de la estafa.⁹

9. Cerezo Mir, José, “La estafa procesal”, *Revista de Derecho Penal*; Estafas y otras defraudaciones I, Rubinzal Culzoni, 2000, p. 119.

Entiendo que este criterio no es el que mejor se adapta a nuestro derecho; máxime teniendo en cuenta las especiales características del sujeto engañado –el juez– que, en la mayoría de los casos, se ve auxiliado por el letrado de la contraparte, con lo cual el ardid o engaño debe tener mayor entidad.¹⁰

Los criterios de la jurisprudencia han receptado esta postura ya que, por ejemplo, según la sala VI de la Cámara del Crimen, “las demandas o peticiones injustas, las mentiras o exageraciones tan frecuentes, no bastan por sí solas para configurar el delito de estafa”.¹¹

Entre nosotros, no se impone a las partes un deber de veracidad, de hecho, es común observar en cualquier proceso de derecho privado grandes pretensiones por daños que no se condicen con esta. Sin desmedro de ello, de modo alguno podrían aceptarse, de parte de los litigantes, violaciones a la buena fe o utilización de mecanismos ilícitos para obtener un fallo favorable y, menos aún, utilizando al juez como medio.

Así es en Italia, por ejemplo, donde para la procedencia de la figura de análisis se requiere de un engaño calificado a través de la utilización de medios de prueba fraudulentos.¹²

Vale citar, al respecto, el fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional¹³ en el que dicho tribunal sostuvo:

(...) las simples afirmaciones, negaciones o deformaciones de la realidad sin sustento probatorio alguno no configuran el ardid o engaño necesario en la mira de la estafa procesal. Al respecto, hemos interpretado que, a los efectos de la configuración del delito de estafa procesal debe concretarse la potencialidad de la mentira

10. Nótese que la jurisprudencia lo receptó en ese sentido al resolver que “no excede la demanda temeraria si la maniobra denunciada no contó con la introducción de un elemento falso.” (Sala 7º de la Cámara del Crimen en los autos Correa del 20/02/03).

11. *In re* “Liman, Simón” del 22/04/03. En igual sentido “las simples afirmaciones, negaciones o deformaciones de la verdad sin sustento probatorio alguno” (Sala III de la CNCP fallo “Fabis” del 5 de junio de 2000 y véase LL 2004-E, 967, donde se citan similares precedentes).

12. En los artículos 374, 374 bis del Código Italiano se sanciona a quien “artificiosamente altere el estado de lugares, cosas o personas” y también al que “declare o asiente datos falsamente en certificados destinados a ser presentados ante la justicia”.

13. Causa Nº 497/08, “Rossi, Sebastián y otros/ Estafa”, Int. Sala IV I. 28/142 (25.310/2007).

para producir un engaño de tal entidad que inhiba al sujeto pasivo, es decir, a la administración de justicia, de la posibilidad de desentrañar la verdad histórica o, aún más, que propicie el dictado de una resolución reñida con lo realmente ocurrido por la tergiversación fáctica que produjo el engaño. No incurre en el delito el sujeto demandado que utilizó mecanismos propios de la defensa para resguardar sus derechos, sin incluir sustentos engañosos e invencibles que pudieran conducir a error al magistrado.¹⁴

Está en concordancia con lo expresado por Soler, quien logró echar luz sobre el tema al expresar que:

(...) la estafa solamente puede surgir cuando se introduzcan en la causa elementos falsos cuyo valor determinante para el juez sea evidente, de manera que la injusticia del pronunciamiento no dependa de un error de apreciación del juez, sino precisamente de la apreciación que jurídicamente debería acordar al elemento introducido, si fuera verdadero. Debe distinguirse el error de apreciación, de la correcta apreciación de un elemento erróneo y, desde luego, maliciosamente introducido en juicio. Negar el pago no es estafa; pero presentar un falso recibo es, sin duda, tentar el delito. Demandar por un pretendido crédito es algo muy distinto del hecho de ejecutar un pagaré falsificado.¹⁵

Es de destacar que, en el caso citado, se descartó la aplicación de la figura de estafa procesal, pero sí se ordenó investigar la utilización de documentos adulterados en el marco de ese expediente.

14. Igual opinión tiene la Sala VI de la misma Cámara. Esta Sala, aunque con una conformación parcialmente diferente, ha sostenido que: “El ardid o engaño en la estafa procesal requiere que la falsedad se encuentre en la base misma de la prueba capaz de inducir a error al magistrado. La sola incorporación en el proceso de información presuntamente falsa no determina la configuración del ilícito endilgado. No constituye el delito de estafa procesal la pretensión de demandar judicialmente lo que no se debe, o afirmar falsedades o negar verdades, ya que, en el marco del procedimiento judicial, la demandada –aquí querellante– está habilitada para promover la producción de prueba y contrarrestar o diluir los presuntos excesos del actor.” (Causa N° 28.302, “Cañavete, Oscar”, rta. 22/12/05).

15. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, p. 367, TEA, 4ª ed. 1987.

Ello nos lleva entonces a una interesante contradicción, ya que no aparece como lógico que se descarte la aplicación de la estafa procesal por carecer de entidad el ardid, pero a la vez ordenar la investigación del mismo ardid.

En realidad, lo que hay que realizar aquí es un desdoble en el análisis. Ello será materia de tratamiento *in extenso* en el próximo punto.

B. Propuesta de solución para los casos de concursos. Los estándares de punibilidad identificados

A los fines de exponer mi posición, plantearé tres escenarios, en los que describiré tres estándares de punibilidad: uno bajo, uno medio y uno alto, según los tribunales hacen ingresar en el riesgo prohibido las conductas que analizan de manera más amplia o restringida.

Es un tema que, a mi entender, resulta extremadamente interesante, por cuanto muchas veces la doctrina realiza esfuerzos para encuadrar

Pues bien, el citado caso “Rossi”, en el que el tribunal sostuvo que más allá del tratamiento del delito de estafa procesal

(...) ningún análisis se realiza en relación con la utilización de los documentos presuntamente adulterados (conforme surge del informe pericial de fs. 90/92 vta.), sin perjuicio de que corresponda –en primer término– establecer si es posible llevar adelante la acción penal respecto de este ilícito.

quedará incluido en la hipótesis del estándar de punibilidad medio, es decir, se realiza un análisis independiente del delito autónomo y la estafa procesal según su propia entidad.

Para fijar el estándar de punibilidad bajo, citaré la jurisprudencia de la Sala II de la CNCCF, que oportunamente ha entendido que cualquiera sea el resultado a que se arribe en punto a la discusión sobre la idoneidad del medio empleado, no puede perderse de vista que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la tentativa inidónea puede resultar punible.¹⁶

16. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, Causa N° 30.094, “Marcello, Andrés s/archivo por inexistencia de delito”. Juzg. Fed. N° 3, Secret. N° 6. Exped. N° 6.996/2009. Reg. N° 33.505. Véase también Sala II, Causa N° 31.394 “Rodríguez Giménez, Jesús Álvaro y otros s/ procesamiento y embargo”. Juzg. Fed. N° 1, Sec. N°1.

Según el tribunal citado, es así en virtud de lo normado por el artículo 44 *in fine* de nuestra legislación penal de fondo, que no permite descartar la penalidad aún frente a un hecho que intentase llevarse a cabo a través de un medio comisivo inidóneo para producir el resultado buscado, en virtud de que con ella de todos modos “da principio a la realización del tipo conforme a su representación o con el fin de cometer un delito, comienza su ejecución”, fundamento que deja fuera de esta concepción tan solo las tentativas irreales y supersticiosas.¹⁷

Reafirmando lo dicho, en el antecedente “Fiocca, Ariel s/sobreseimiento y otro”, la misma sala sostuvo que el aporte de pruebas falsas con características de verdaderas y capaces de lograr el objetivo para el cual fueron creadas, desvirtúa la inidoneidad sustentada por el juez de grado, configurándose el delito de estafa procesal en grado de tentativa.¹⁸

De tal modo, la afirmación de la Cámara de Casación en el fallo citado *ut supra*, en orden a que la mera presentación engañosa ante el juez constituye estafa procesal, se ve verificada por cuanto aun sin un destino de éxito, se sanciona por imperio del artículo 44 del C.P.

Ello es concordante con lo sostenido por la Sala VII de la Cámara del crimen que con cita doctrinaria entendió que:

(...) no interesa la posibilidad de que el engaño se evitara mediante un concienzudo contralor procesal por parte del juez o de la contraparte. Es que más allá de los efectivos poderes de contralor de las partes y el juez, la voluntad de engañar del autor traducida en maquinaciones fraudulentas, sea que se utilicen medios

17. La alzada federal citó, para así decir, profusa doctrina; a saber, Donna, Edgardo Alberto, *La tentativa*, Editorial de Belgrano, 1996, pp. 85-86 y Reinhart Maurach, Kart Heinz Gössel y Heinz Zipf, *Derecho Penal*, parte general, T° 2, traducción de la séptima edición alemana, Astrea, 1995, pp. 54-55. Consúltese también en la misma dirección a Mir Puig, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal*, 2001-1, Garantías Constitucionales y nulidades procesales – I, Doctrina, Jurisprudencia y Actualidad, dirigida por Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, 2001, pp. 631-664 y Sergio Romeo Malanda, “La relevancia jurídico-penal de la conducta de la víctima en los delitos de estafa” en *Colección de Autores de Derecho Penal, Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad* dirigida por Hans Joachim Hirsch, José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 701-736.

18. CNCCF 29/12/11, Causa N° 30.716.

idóneos o inidóneos, merece ser reprochada penalmente puesto que hay dolo, es decir, la concreta voluntad que se dirige a la realización del fraude y exteriorización de ese dolo que implica la afectación de un bien jurídico en el caso de la tentativa idónea, o la perturbación en caso de resultar inidónea (Bergés y Giúdice Bravo, *op. cit.*, p. 159).¹⁹

Para estereotipar el estándar de punibilidad alto me remitiré a lo resuelto por la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal que sostuvo en el antecedente “Rallin”²⁰ que:

(...) los derechos de las partes en un proceso judicial surgen de las pruebas aportadas al juicio, razón por la cual resulta insoslayable que el fraude debe recaer esencialmente sobre la prueba y en los elementos de convicción, y que a la hora de apreciar la idoneidad del ardid debe tenerse particularmente en cuenta su destinatario, que en el caso de la estafa procesal es un magistrado; por ello las irregularidades que adolece el acta notarial carece de entidad suficiente como para inducir a error al magistrado actuante o para viciar el proceso. En consecuencia, el documento presentado y supuestamente falso, no fue vinculante para el magistrado civil y no constituyó un ardid idóneo para inducir a error al juez y provocar la disposición patrimonial de un tercero, por ello debe descartarse la figura de estafa procesal (Conf. Causa N° 19.332 de la Sala I de la C.C.C. “Kichic” rta. el 2/12/02).²¹

Se advierte que nada se dice del uso –mediante la presentación– del documento, de modo que solo se valora la entidad de la prueba a los efectos de corroborar su idoneidad para causar perjuicio asimilando la

19. Causa N° 35.317, “Dib, Julio Osvaldo”. Procesamiento. Embargo. Estafa. Instr. 47/136. Sala VII.

20. Causa N° 45.215, “Rallín, Juan Antonio s/ procesamiento”. Juzgado Federal N°5; Secretaría N° 9, Registro N° 870.

21. Causa N° 43.413, “Schillaci, Roberto y otros s/ falsedad ideológica”, Juzgado Federal N° 5, Secretaría N° 9, Registro N° 1.452.

idoneidad del ardid con el delito independiente, dejando impune la totalidad de la conducta.

Así encontramos, entonces, tres soluciones diferentes para un mismo supuesto. Por un lado, aquella que desdobra el análisis de la estafa procesal y el delito que sirve de ardid o engaño dándole a cada uno entidad propia, y por el otro, las que asimilan el tratamiento de la cuestión a una sola manobra, estableciendo parámetros para la sanción del delito bajos –como en el caso que considera que toda presentación engañosa debe ser sancionada– o bien alta, analizando el ardid o engaño desde las exigencias de la estafa y olvidando que el delito que sirve a esos fines puede tener una sanción independiente.

Desde ya aclaro que el ejercicio que aquí se realiza es meramente académico y, va de suyo que los matices probatorios pueden haber hecho variar a los tribunales en su decisión.

Dicho esto, estableceré mi posición sobre el tema. Considero que al momento de realizarse una presentación engañosa ante el juez debe valorarse en primer lugar si existe un delito independiente.

Es que, como se dijo anteriormente, la especial característica del engaño –el juez– requiere que el ardid sea una maquinación contundente que, por lo general, se encuentra penalmente tipificada.

Ese análisis, debe realizarse a la luz de las características especiales del delito que se trata cuyos elementos de análisis difiere muchas veces de las exigencias para la procedencia de la estafa. Veamos, por ejemplo, lo que ocurre con el delito de falso testimonio.

Entienden los tribunales que:

(...) el delito de falso testimonio es formal, en tanto alcanza para su configuración la potencialidad dañosa de la versión falaz. De suyo, es suficiente con que exista la posibilidad de que la administración de justicia pueda ser engañada, extremo que no podría quedar condicionado, en todos los casos, a que el juzgador haya errado como consecuencia de las manifestaciones reputadas de falaces.

En cuanto se relaciona con la situación del imputado Jorge Alberto Pirotta, no puede descartarse de plano que Pesino hubiera sido instigado o que, en su caso, la introducción en el expediente laboral del mencionado testigo hubiera tenido el propósito de

engañar al magistrado interviniente, justamente sobre la base del testimonio aludido, lo que podría constituir en abstracto una conducta fraudatoria.²²

Es decir que para la configuración del delito de falso testimonio se exige solo la “potencialidad” dañosa, lo cual es un estándar de exigencia mucho más bajo que el concepto de entidad del ardid o engaño.

Así, a diferencia de lo sostenido por sus pares, los jueces de la Sala VII se introducen en el análisis de la idoneidad del delito independiente, logrando así asimilar dicha idoneidad a la entidad del ardid, ubicándose en un estándar de penalidad muy bajo.

Es doctrina de ese tribunal²³ que si de las pericias y del propio examen del documento surge que se está en presencia de la idoneidad del instrumento como medio comisivo para producir error en el juzgador; ello es, no se trata de un supuesto de falsificación o adulteración grosera, clara y evidente del que pudiera predicarse inidoneidad en el marco de la configuración del delito de estafa procesal.²⁴

La solución es, a mi criterio, igualmente errada. Pongo por ejemplo la cuestión de la falsedad documental; nótese que la expresión “de modo que pueda resultar perjuicio” contenida tanto en el artículo 293 como en el 292 del Código Penal es una de las más discutidas en el ámbito del derecho penal, puesto que “el perjuicio o su posibilidad que se presenta como característica común de cualquier delito, se particulariza, pues, en las falsedades documentales”.²⁵

Pues bien, el “perjuicio” requerido por el tipo penal de marras, no puede ser vinculado directamente al resultado final del hecho ejecutado, bastando la potencialidad del perjuicio o la posibilidad.

Así lo entiende la doctrina: “la expresión típica de modo que pueda resultar perjuicio significa que basta con que el perjuicio obre como posibilidad.

22. Causa N° 35.570, “Pirota, Jorge A. y otro”. Desestimación. Estafa procesal. Instr. 37/129. Sala VII.

23. Causa N° 26.576, “Fortini, Ana María Susana” del 15 de junio de 2005.

24. Se citó en dicho fallo Bergés, Mariano y Gúdice Bravo, Juan Facundo, *La estafa procesal*, Lema Editora, Buenos Aires, 1993, p. 107.

25. Creus, Carlos, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo 2, p. 414, Buenos Aires, 1998.

Cuando él se concreta en daño, con mayor razón se da la característica de tipicidad, sin perjuicio de que pueda originarse otro delito que concorra – material o idealmente–”.²⁶

De tal suerte, ha quedado claro que el análisis de uno y otro delito debe ser independiente. Se da una coincidencia interesante entre las figuras de falso testimonio y falsificación de documento respecto de la “potencialidad” del perjuicio, muy distinto al piso de riesgo prohibido fijado por la estafa. Ergo, no es aconsejable para resolver la cuestión asimilar el criterio sobre el delito que sirve como ardid o engaño con la estafa procesal misma.

La Sala IV de la actual Casación Federal fue la que analizó cómo valorar la idoneidad del ardid. En tal dirección, sostuvo que la idoneidad que debe revestir el engaño para provocar un error en el juez debe ser analizada *ex ante* y de manera abstracta y objetiva, sin atender al resultado efectivamente provocado ni a las características subjetivas de aquel a quien se dirige.²⁷

Es decir que, de descartarse por inidónea, por ejemplo, la presentación de un documento apócrifo deberá adoptarse idéntico criterio respecto de la estafa, pero no es dable continuar con la investigación de aquel delito sin considerar si existe o no un concurso ideal con la estafa procesal.

Para ello, debe realizarse un nuevo test sobre la entidad del ardid, pero contando a mi entender con una presunción *iuris tantum* de su efectiva idoneidad.

En efecto, corroborado que el delito independiente alcanzó su umbral de punibilidad –por ejemplo, en el documento porque no es una burda falsificación– se presume que el ardid o engaño es idóneo para la causación del perjuicio, aun cuando el juez sea el engañado.

Para ello, me aparto de lo sostenido por la Cámara Nacional de Casación Penal que, al hablar de un escrito con la firma de un abogado falsificada, dijo “lo que se erige como cuestión fundamental es si tal instrumento generó en el juez un error, y si dicho engaño motivó al magistrado a dictar una decisión jurisdiccional que implicó un menoscabo económico para la víctima”.²⁸

26. Creus, *op. cit.*, p. 415.

27. Causa N° 9.108, CFCP Sala IV “Maffini, Nélica Norma y otros s/recurso de casación” y Causa N° 5.376 “Pandolfelli, Jorge Alberto”.

28. Causa N° 13.373, CFCP, Sala IV, “Escofet, Patricia s/recurso de casación”.

Pues bien, en este caso se da erróneamente una especial trascendencia a la repercusión subjetiva del ardid, puesto que más allá de poseer para la doctrina finalista el ardid un fuerte componente subjetivo, lo cierto es que pertenece al tipo objetivo o de interpretación.²⁹

La teoría de los deberes de veracidad como propuesta de solución

En orden a la entidad del ardid, Nuria Pastor propone en sus trabajos que, a los efectos de valorar la entidad del ardid o engaño, se tengan en cuenta una serie de “deberes de veracidad”.

A su criterio, se debe desdoblar el análisis en dos niveles; en un primer nivel debe tenerse en cuenta la posición ocupada por el sujeto en la relación económica y la accesibilidad que el sujeto pasivo tiene a la información. Así, quien contrata un hotel en otro continente por Internet, se ve imposibilitado de verificar que efectivamente esté contratando lo que ve en la página, exigiéndose de parte del sujeto activo cierto reparo en la información que ofrece. En un segundo nivel de análisis debe verificarse si no existió una asunción de riesgo de la víctima, es decir, una renuncia al deber de veracidad. Pone como ejemplo aquel que ingresa al negocio, y sin preguntar ni decir nada, paga y se lleva un producto.

Puede ocurrir también que se produzca una asunción del autor de un mayor deber de veracidad, al comprometerse por demás en la posición contractual.

Finalmente, la más trascendente para lo que se viene tratando, resulta el bloqueo de información por parte del autor a la víctima. Ello se produce en los casos en que no solo se vulnera el deber de veracidad, sino que, además, se evita que el sujeto pasivo acceda a la verdad.

Imaginemos en lo particular una demanda sucesoria en la que se niega la existencia de un heredero pero que, no conforme con ello, se entrega una libreta de matrimonio en la que se “borra” a uno de los hijos del causante. Bajo estos estándares debe analizarse entonces a mi criterio si existió o no estafa procesal independientemente del delito que sirve como ardid o engaño.

Este último caso imaginario expuesto, nos da la pauta de que difícilmente pueda considerarse que no hubo estafa procesal si se cometió un

29. Causa N° 11.446, CNCP, Sala IV, “Cavallaro, Silvia S/ recurso de casación”.

delito independiente en el marco de un proceso tendiente a engañar al juez y perjudicar económicamente a un tercero, pero puede ocurrir.

Supongamos, por ejemplo, que se adultera un documento y se presenta ante el juez, pero que por los especiales conocimientos de este se frustra la estafa procesal. Podría ser, por ejemplo, un contrato apócrifo suscripto, *contra legem*, por un menor de edad. Tendría entidad para causar efectos jurídicos en terceros –por cierto, con una falta de diligencia importante, pero lo obviamos al fin ejemplificativo–, pero no en un juez que sabe que no cumple con los elementos esenciales del documento.

En definitiva, y como conclusión personal, me oriento por lo que denomino estándar de punibilidad medio recomendando ante un caso de concurso entre estafa procesal y otro delito, realizar primero un análisis de este último para luego sí, tamizar la idoneidad de este a la luz de las exigencias de los deberes de veracidad, bajo una presunción *iuris tantum* que este delito ha sido un efectivo “bloqueo a la información” del cual el juez es víctima.

III. El concurso con delitos específicos

A. Estafa procesal y uso de documento falso

Analizadas las cuestiones generales, cabe adentrarse en las formas concursales del delito. La doctrina es pacífica en considerar la existencia de un concurso ideal entre el uso de documento falso y la estafa procesal.

Citaré algunos ejemplos para corroborar dicha afirmación. En primer lugar, la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal³⁰ sostuvo ante la necesidad de rever un procesamiento de un imputado calificado como uso de documento público falso destinado a acreditar la identidad de las personas en concurso ideal con el de estafa procesal (arts. 296, 292 segundo párrafo y 172 del Código Penal) que la calificación era adecuada al hecho. Así, dijeron

(...) estamos en presencia de una defraudación dirigida a inducir en error al juez civil, quien, teniendo la facultad de producir la

30. Causa N° 46.043, “Finkielsztain, José Gabriel s/ procesamiento” Juzgado N° 12, Secretaría N° 23, Reg. N° 253.

disposición patrimonial, decidió sobre ella. El modo empleado para llevar adelante la maniobra ha sido la presentación de una partida de nacimiento falsa que llevó al juez civil a declarar, equivocadamente, a G. O. Cendan como único heredero de Ramón Cendan. Como cualquier defraudación, esta se consumó con el perjuicio patrimonial derivado de la declaratoria de herederos equivocada, toda vez que se vieron afectados los derechos de quienes se encontrarían legitimados para percibir los bienes del acervo.

En igual sentido se expresó la Sala VII de la Cámara del Crimen en el antecedente N° 35.317. “Dib. Julio Osvaldo”, conforme se citara con anterioridad. La Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, por su parte sostuvo también la posibilidad de concurso entre el uso de documento falso y la estafa procesal en el N° 31.394 “Rodríguez Giménez, Jesús Álvaro y otros s/ procesamiento y embargo”.

Allí se dijo que existía tentativa de estafa procesal mediante el uso de instrumento público falso en el caso de presentación de un testamento espurio en el marco de un proceso sucesorio, dirigido a inducir a error al juez civil que llevó adelante la sucesión testamentaria y que no llegó a concretarse por razones ajenas a la voluntad del imputado.

Idéntico criterio se adoptó en los autos “Núñez, Luis Eduardo s/ procesamiento”, en tanto se encuadró como falsificación de documento y estafa procesal la presentación de una resolución apócrifa de la AFIP ante el juez comercial en procura de que este, incurriendo en el error a cuya generación estaba destinado aquel instrumento, diera conclusión a la quiebra, permitiendo a Núñez liberarse de algunas de sus deudas y recuperar el patrimonio afectado a su corolario.³¹

En forma contraria, vale resaltar que también se ha dicho que “presentar un informe en un expediente, que según el denunciante posee datos falsos, no implica una maniobra por parte de Télam S.E. a través de la cual quienes representan dicha Agencia hayan intentado un perjuicio patrimonial en contra del pretense querellante”.³²

31. Causa N° 43.789, “Núñez, Luis Eduardo s/ procesamiento”, Juzgado N° 5, Secretaría N° 10, Expte. N° 13.005/07, Reg. N° 128.

32. Sala II, Causa N° 30.460, “Télam S.E. s/archivo”, Juzgado N° 11, Secretaría N° 21, Expte. N° 14.147/09.

Para así decir, se sostuvo que la figura requiere

(...) un fraude en los elementos que deben motivar la decisión del juez, pero el engaño no puede estar constituido por la sola afirmación o silencio contrario a la verdad, pues si fuera así todo el que perdiera un pleito de naturaleza pecuniaria estaría expuesto a ser condenado por estafa (D' Alessio, Andrés, *Código Penal, Comentado y Anotado*, Parte Especial artículos 79 a 306", La Ley, p. 464).

También se descartó la existencia del delito en la falsificación y posterior uso de una copia de una cédula de notificación emitida por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut –concretamente la fecha de notificación de la sentencia que no hacía lugar al recurso extraordinario– presentada a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por uno de los abogados, habida cuenta de que el plazo para interponer el recurso de queja ante ese tribunal había fenecido.³³

Al respecto, se sostuvo que la conducta objeto de pesquisa quedaría fuera de los límites del derecho penal, toda vez que es necesario que el documento público adulterado sea capaz de imprimir en la relación sujeto-bien jurídico un perjuicio, al menos, potencial. Así, se consideró que la copia no constituía documento en los términos del artículo 292 del C.P., pues como tal, no contiene las formas requeridas por el orden jurídico como presupuestos para asignar valor de acreditación del acto que le dio vida.

Finalmente, el tribunal coligió que, si la copia presentada por el imputado hubiera tenido por sí sola el valor probatorio suficiente para dar por cierto su contenido, no hubiese sido necesario que el tribunal exija los originales de la cédula de notificación, como posteriormente ocurrió.

Sin embargo, se ha justificado la existencia de estafa procesal ante el caso de presentación de documentos extrínseca e intrínsecamente verdaderos. Así lo entendió la Sala VII de la Cámara del Crimen al sostener que “se ha considerado que tanto el uso de prueba documental falsificada como de docu-

33. CNCCF Sala I, Causa N° 43.717, “Incidente de Apelación de Sobreseimiento en autos: Warzawski Paul s/ falsedad ideológica”, Juzgado N° 3, Secretaría N° 6, Reg. N° 150.

mentos verdaderos, pero fraudulenta y artificioosamente empleados, resultan ardidés idóneos para inducir en error al juez en su convencimiento”.³⁴

De tal suerte, “no puede descartarse que el evento investigado constituya una de las conductas que atrapa la descripción típica del artículo 172 del Código Penal, bajo la denominación dogmática de estafa procesal, por cuanto con los instrumentos cuestionados el actor ha buscado generar error en el juez laboral, con el objeto de que falle en su favor disponiendo un desplazamiento patrimonial bajo una base equívoca”.

B. Estafa procesal y falso testimonio

Tal como se va visto más arriba, la jurisprudencia ha aceptado que la estafa procesal concurre con el delito de falso testimonio.

De hecho, es una de las hipótesis más comunes, ya que quien busca forzar un pronunciamiento judicial mediante prueba espuria, puede hacerlo de manera sencilla mediante la utilización de testigos que declaren mendazmente.

Así, la jurisprudencia tiene dicho que:

(...) la pretensión de la defensa acerca de que la declaración testimonial, aún falsa, no es un ardid suficiente para integrar una estafa procesal, dado que la situación podría ser equiparable al criterio doctrinal y jurisprudencial que desecha la mentira como medio idóneo para su configuración, tampoco tendrá acogida favorable.

Ello así, por cuanto en el caso, los imputados no efectuaron simples afirmaciones o alegaciones mentirosas, sino que en clara connivencia fueron llevando adelante diversos actos dirigidos a la concreción de un plan final, que no era otro que, mediante engaño, lograr una disposición patrimonial perjudicial para la contraparte.³⁵

34. C.N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito. (Prosec. Cám. ad-hoc: Sposeti). c. 382, Fancodini, Julio E. Rta.: 12/12/2011. En este caso se citó de la misma sala el antecedente N° 28.594, “Vrtal, Roberto Carlos”, rta: 11/05/2006.

35. CNCC, Sala V, Causa N° 40.625, “R., R.s/ procesamiento”. Proveniente del Juzgado de Instrucc. N° 27, Secretaría N° 124.

Es interesante el análisis que hace el tribunal, por cuanto valora concretamente la entidad del ardid más allá de la mera mentira como medio idóneo para la configuración del delito, otorgando especial preponderancia a la virtualidad del falso testimonio como medio para engañar al juez.

Asimismo, si bien mantiene la figura del falso testimonio vigente, la pone claramente como medio para la comisión del delito que realmente se proponían los imputados, esto es la disposición patrimonial perjudicial.

C. Estafa procesal y otros delitos

Si bien los señalados en a y b son los casos más comunes, se advierte que la estafa procesal concurre no solo con los delitos premencionados, sino también con otras defraudaciones.

Por caso, se consideró que el hecho de haber presentado en un expediente civil, a continuación que se dispusiera hacer lugar a la demanda instaurada y condenarlo al pago de \$ 300 de cuota alimentaria, un escrito de excepción de pago al que se adjuntó un recibo por el que se da cuenta del pago de \$ 5.100 en favor de la actora y en concepto de los alimentos reclamados, vencidos y futuros con firma de quien fuera cónyuge del imputado y fue certificado por un escribano, constituía al delito de estafa procesal en concurso ideal con defraudación por abuso de firma en blanco, en concurso real con falsificación de documento público.³⁶

Asimismo, resulta interesante analizar un antecedente de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, en el cual se hizo concursar la figura de falsedad ideológica realmente con la estafa procesal. Veamos.

Los hechos motivo de investigación, consistían en corroborar la veracidad de la existencia de una asamblea unánime de accionistas y por la cual se removió al presidente de la firma, conforme lo reflejaba la documentación aportada en los expedientes del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal.

Así, se acreditó a lo largo de la investigación que los imputados presentaron documentación ideológicamente falsa en los expedientes judiciales

36. Causa N° 35.221, "Lanza, Horacio V." Procesamiento. Defr. por abuso de firma en blanco. Instr. N° 32/114.

mencionados, con el fin de inducir a error a los magistrados a cargo de ambos procesos en los cuales se discernían cuestiones de índole patrimonial, con el fin de demostrar que se había perdido la facultad para desistir de la acción en representación de la sociedad, y así perjudicar los intereses de la Obra Social.³⁷

Es de advertir que, en este caso, a pesar de que se presentó la documentación ante el juez, el tribunal dio mayor trascendencia a la falsificación del acta en sí y no a su uso ante el magistrado.

En efecto, si bien el uso que se hace del documento muchas veces queda subsumido por el principio de subsidiariedad,³⁸ en este caso la Sala II entendió pertinente asignarle mayor relevancia a la autoría en la falsedad ideológica del instrumento que en su presentación misma ante la justicia.

D. La estafa procesal como delito autónomo

También puede darse que no se verifique un delito al momento de desplegar el ardid o engaño y, por tanto, proceda la posibilidad de aplicar la figura de la estafa procesal de forma autónoma.

La Sala VII de la Cámara del Crimen,³⁹ tuvo oportunidad de expedirse en tal dirección, confirmando un procesamiento por estafa procesal solamente.

En aquella oportunidad, los hechos motivos de imputación fueron el haber orquestado la maniobra que incluyó el obtener el voto afirmativo de las dos terceras partes de los acreedores quirografarios verificados de una firma que el imputado presidía, que se había presentado en concurso, para inducir a error al juez en lo comercial que entendía en los autos formados al efecto y que homologase el acuerdo concursal.

De esta manera, habría logrado que los distintos acreedores de la firma les cedan onerosamente sus créditos a otros accionistas para que estos

37. Sala II, Causa N° 26.528, “Iaiza Susana y otros s/procesamiento”, Juzg. Fed. N° 12, Secretaría N° 23, Expte. N°16.613/2002/14.

38. Sala I de la CNCCF, Causa N° 36.606, caratulada “Banco Río S.A. s/incompetencia”, rta. el 21/12/04 Reg. N° 1.421.

39. Causa N° 34.865, “Maggio, Francisco”. Presc./F. de acción/ Proc./ Emb. Estafa. I. 40/139.

se pronunciaran en favor de la propuesta de pago ofertada por la empresa concursada, que resultaba perjudicial para el remanente de los socios quirografarios.

La Sala IV de la misma Cámara, por su parte, sostuvo que la presentación del título de crédito espurio ante un Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial configura el ardid que reclama la figura de estafa procesal, provocando con ello un error en el magistrado, a consecuencia del cual este dictara una sentencia de trance y remate.⁴⁰

Se consideró igualmente estafa procesal la presentación de un certificado médico, un presupuesto y una nota a efectos de justificar una dolencia física que no se padecía, a resultas de la cual se hiciera lugar a la medida cautelar peticionada en el marco de un expediente contencioso administrativo labrado a los efectos de quedar incluido a las excepciones previstas por el artículo 12 del decreto 214/02.⁴¹

Finalmente, a modo conglobante, citaré un antecedente de la Cámara Federal de Mendoza,⁴² en el cual se revocó un procesamiento por “el delito previsto y reprimido por el art. 172 del CP –estafa procesal en concurso ideal con la presunta infracción al art. 174 inc. 5 en función del art. 172, ambos del CP, esto último en grado de tentativa (art. 42 del CP), (art. 306 y ccs. del C.P.P.N.)”.

En el caso, se imputó el despliegue de una maniobra defraudatoria en contra del Estado Nacional (Ministerio de Economía), al demandar ante el Juzgado Federal N°2 de Mendoza, la devolución de fondos del tesoro “BON- TES” en cuyo expediente se habría presentado documentación presuntamente falsa al omitir denunciar oportunamente el fallecimiento del esposo de la actora, continuando las presentaciones, con la firma apócrifa de su extinto cónyuge simulando su supervivencia; y por haber denunciado falsamente como su domicilio real en la provincia de Mendoza, a fin de procurar la intervención del juzgado mencionado.

Pues bien, con muy buen tino, la alzada federal sostuvo:

40. Causa N° 35027, “Better Pharms/ falta de mérito”, Int. Sala IVI: 38/132 (22.955/2005).

41. Sala II, Causa N° 29.664, “Solmesky, Alberto y otros s/procesamiento y embargo” Juzg. Fed. N° 8, Sec. N° 16, Expte. N° 17.636/2004/8.

42. Causa N° FMZ 81623886/2013, caratulados: “Compulsa en AS. 15.446C” “Fiscal C/ Tagnochetti Mónica”.

(...) advertimos cierta contradicción por parte del juez al momento de subsumir los hechos en la figura de estafa procesal, ya que, en principio al imputar e indagar a la encartada califica los hechos, en las previsiones del art. 174 inc. 5º del C.P., luego, en la resolución atacada efectúa una descripción del denominado “fraude a la administración pública” (art. 174 inc. 5 del C.P.), como figura agravada, pero al momento de señalar que el medio comisivo empleado por la actora para perpetrar el fraude, fue el contemplado por el art. 172 (modalidad de estafa procesal), olvidó que la estafa procesal, en realidad, fue el medio empleado para cometer el fraude contra la Administración Pública, pues la maniobra se encontraba dirigida, no contra cualquier tercero, sino contra la Administración Pública, tercero al que el legislador quiso asignar mayor protección contemplándolo en la figura agravada, como inicialmente se había imputado y finaliza su razonamiento encuadrando el hecho en el art. 172 del C.P..” (...). En síntesis, no puede darse un concurso ideal entre los arts. 172 y 174 inc. 5º, ya que entre estas figuras solo se produce un concurso aparente de leyes, donde la figura especial desplaza a la genérica. Por lo que correspondería encuadrar los hechos, conforme a la calificación inicialmente endilgada y por la cual fuera indagada la encartada, ello es la presunta comisión del delito previsto y reprimido por el art. 174, inc. 5º, en función del art. 172 del C.P., en grado de tentativa (art. 42 del C.P.).

La solución me exime de mayores comentarios y aparece como acertada, pero evidencia otro de los inconvenientes de la falta de previsión específica de la figura en el derecho de fondo, lo que indujo sin dudas a error al juez de instrucción.

Desde una óptica finalista, se advierte con claridad que el fin último del actor es defraudar al erario, por lo cual, que el camino utilizado haya sido un juez en el marco de un proceso, no deja de privar a la conducta del agravante que la norma prevé.

Idéntico criterio se adoptaría desde el funcionalismo, dado que el riesgo introducido por la actora puso en peligro los bienes estatales.

IV. Conclusiones

Como primera conclusión es dable advertir que el delito de estafa procesal rara vez llega a consumarse, con lo cual la etapa de análisis de la tentativa se torna sumamente preponderante.

Como momento consumativo del delito, debe considerarse la disposición patrimonial perjudicial, es decir, con la ejecución de la sentencia. Hasta ese momento, nos encontramos en la fase de tentativa. Esta posición como ha podido verse, no es la que comparte la mayoría de la doctrina, sin perjuicio de lo cual, la considero acertada.

Por otro lado, entiendo que se ha dado debida respuesta a los interrogantes abiertos en orden a los límites procesales que deben sobrepasarse para que una “petición injusta” se transforme en un verdadero inicio de ejecución de la estafa procesal.

En esa dirección, es relevante señalar que la ausencia de un deber de veracidad de las partes deriva en que la conducta del sujeto activo se despliegue no solo en afirmaciones o reticencias, sino con elementos más relevantes o con entidad suficiente para generar un error en el juez.

Por el otro, la jurisprudencia es pacífica en cuanto a que la estafa concurre idealmente con el delito que se utiliza como ardid o engaño y hasta puede presentarse como delito autónomo.

Ello no obsta, sin embargo, a que deba realizarse un análisis independiente de la estafa procesal y el delito que con esta concursa. Es decir, analizar por un lado del delito que sirve como ardid o engaño a la luz de los requisitos propios de este y luego, adentrarse en el análisis de la idoneidad de este para producir el resultado final.

Como propuesta concreta, considero pertinente que, corroborados los extremos del delito independiente, se produzca una suerte de presunción *iuris tantum* en orden a la idoneidad de este a los fines de llegar a producir el resultado estafa. Ello puede no ocurrir en casos muy específicos. Recordemos el ejemplo imaginario del juez que conocía la fecha de deceso del causante por ser amigo personal de este ante la presentación de la partida de defunción falsa.

Debo admitir que, desde el funcionalismo, esto podría ser criticado, puesto que estaría recurriendo a un conocimiento especial del juez que excede su rol. Más allá de eso, la introducción del riesgo no le puede ser en ningún caso enrostrada, por cuanto incluso Jakobs nos enseña que “existen

supuestos de organización e instituciones que privan de su carácter especial a conocimientos que son especiales en los demás casos”.⁴³

En este cuadro de situación, y más allá de la salvedad explicada, la estafa procesal está destinada al fracaso por circunstancias muy específicas ajenas a la idoneidad misma del delito de falsificación de documento público, por demás acreditada por la potencialidad del perjuicio.

Considero acertado en este caso, optar por lo que di en llamar el estándar de punibilidad medio, es decir, trabajar las cuestiones de forma independiente, pero recordando siempre que la tentativa inidónea es punible y que los delitos independientes deben ser siempre tratados de forma específica, priorizando la “potencialidad” del daño.

Para la evaluación de la entidad del ardid o engaño en el caso concreto de la estafa, ofrezco como parámetro el sistema de deberes de veracidad, expuestos magistralmente por la profesora Nuria Pastor, en el cual, por otro lado, puede apreciarse cómo en diversos contextos puede o no darse entidad a la maniobra defraudatoria.

A partir de estos parámetros, se podrá obviar la apelación constante a cuestiones subjetivas, permitiendo una imputación netamente normativa, tomando como eje el rol socialmente esperado de la persona.

Bibliografía

- Aboso, Gustavo Eduardo, “¿La *iniusta petitio* como ardid idóneo en la estafa procesal?”, *La Ley*, 1997-C, 879/884.
- Amadeo, José L., “Estafa procesal mediante la notificación de la demanda”. Suplemento del 4-3-2009. En: JA, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, Volumen: 2009-I, pp. 1323 a 1324.
- Báez, Julio C. y Cohen, Jessica, “Estafa procesal y documentos auténticos”, *La Ley*, 2000-E, 1057.
- Báez, Julio, “El silencio y la estafa procesal”, publicado en *La Ley* 22/09/2004; “La estafa procesal existe y puede ser cometida por el demandado”, *La Ley*, 2000-F, 861; “El demandado y la estafa procesal”, *La Ley*, 2000-E, 1039; “La estafa procesal puede ser cometida mediante la utilización de documentos verdaderos”, *DJ*, 2000-1-1175.

43. Jakobs, Günther, La imputación objetiva en Derecho Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 68.

- Buompadre, Jorge Eduardo, *Estafas y otras defraudaciones*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- *Delitos contra la propiedad*, Ed. Mave, Corrientes, 2008.
- Cadoppi, Alberto, Direttore, *Trattato di Diritto Penale*, UTET Giuridica, Torino, 2009.
- Cerezo Mir, José, “La Estafa procesal”, *Revista de Derecho Penal*.
- *Estafas y otras defraudaciones I*, Rubinzal Culzoni Editores, 2000.
- Clemente, José Luis, “Estafa procesal”, Suplemento 11, diciembre de 2007, en: *LLC*, Córdoba, La Ley, Volumen: 2007, pp. 1120-1128.
- Couture, Eduardo J., “El deber de decir la verdad en el juicio civil”, *La Ley* 9, 30, Sup. Esp. Páginas de Eduardo J. Couture en *La Ley* 2008 (agosto), 37 Cita Online: AR/DOC/2225/2008.
- Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- Di Meglio, Alejandro, “Estafa procesal: el impacto de la calidad especial del juez como sujeto engañado en el requisito de idoneidad del ardid Nota a fallo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2013-7), pp. 121 a 134.
- Donna, Edgardo, *Derecho Penal Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- Fontán Balestra, Carlos y Ledesma, Guillermo, *Tratado de Derecho Penal*, La ley, Buenos Aires, 2013.
- Grisolía, Francisco en “La estafa procesal en el Derecho Penal chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 24, N° 23.
- Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- Laje Anaya, *La estafa y otras defraudaciones en la doctrina judicial argentina*, Alveroni Ediciones, Buenos Aires, 2005.
- Lascano, Carlos Julio (h), *El delito de estafa procesal*, Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva serie, N° 1, 1995. Córdoba, Universidad Nacional, pp.127-140.
- Leturía, Mauro Fernando, “El delito de estafa procesal en el derecho penal argentino”, Suplemento 37. 17/9/2008, *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2008-3, pp. 1367 a 1376.
- López González, Mirta L., Maiulini, Federico, “Estafa procesal. El momento de su consumación”, *Estafas y otras defraudaciones II.*, *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Volumen: 2000-2, pp. 407 a 422.

- Maurino, Alberto Luis, “Revisión de la cosa juzgada. Acción autónoma de nulidad”, *La Ley*, 2001-B, 1131, cita Online: AR/DOC/15825/2001.
- Mir Puig, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, *Revista de Derecho Penal*, 2001-1.
- Navarro, Guillermo Rafael, *Jurisprudencia criminal plenaria*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1989.
- Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- Parajón, Hubert M., *Sobre el engaño y la mentira en el delito de estafa*, LL 03/03/2006.
- Pastor Muñoz, Nuria, “El engaño típico en el delito de estafa”, *Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial I Jornada de Derecho Penal Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, ARA Editores, Lima, 2005.
- Puricelli, José Luis, “Particularidades de la estafa procesal. El silencio”, *La Ley* 2000-F, 1161.
- Rodríguez Devesa, José, *Derecho Penal Español. Parte especial*, 8ª edición, Madrid, 1981.
- Romero, Gladys N. *Delito de estafa. Análisis de modernas conductas típicas de estafa. Nuevas formas de ardid o engaño*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998.
- Romero, Gladys, *Los elementos del tipo estafa*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1985.
- Soler Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA, 4ª ed. 1987.
- Soto Nieto F., “Principios éticos en el proceso: el fraude y la estafa procesales”, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LVIII, 1974.
- Spolansky, Norberto E., *La estafa y el silencio*, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- Torio López, Ángel, “Acción y resultado típico en la estafa procesal”, *Libro homenaje al profesor José Antón Onea*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.
- Tozzini Carlos A., “La calidad del autor en la estafa procesal”, *Revista de Derecho Penal y Jurisprudencia*, Volumen I, 2000. “¿Existe el delito de estafa procesal?”, LL 2000-E, 773; “Estafas y Otras defraudaciones”, *Revista de Derecho Penal*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000.
- Valle Muñoz, José Manuel; *El delito de estafa*, Barcelona, Bosch, 1987.
- Vázquez Iruzubieta, *Código Penal comentado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1970.