

LLAMADAS INTIMIDANTES: ¿ESTAMOS FRENTE A UN DELITO DE ESTAFA O DE EXTORSIÓN?

MARÍA EUGENIA GUILLÉN LEDESMA*

Resumen

Existen conductas delictivas que no pueden tipificarse fácilmente. Una de ellas está representada por lo que llamaremos “llamadas intimidantes”, refiriéndonos a aquellas comunicaciones telefónicas mediante las cuales un sujeto comunica un hecho falso a la víctima, como por ejemplo, que un familiar directo (hijo, esposo, etc.) han sufrido un percance (ha sido detenido por la policía o bien que ha sido secuestrado). La finalidad de la llamada es que la víctima desembolse dinero o bienes a favor de quien hace dichas llamadas. En estos casos, el sujeto activo (quien efectúa la llamada) utiliza el engaño como medio para infundir temor a la víctima, y así obtener un provecho de ella.

La conducta antes descrita, para algunos operadores de justicia, podría encajar en la figura de la estafa, dado que se podría decir se ha empleado el engaño como medio para defraudar a la persona agraviada. Pero para otros, este accionar corresponde no a una estafa, sino a la extorsión, dado que en el delito de estafa no se da la presión psicológica, amenaza ni intimidación.

La idea es generar una corriente de opinión sobre este asunto a fin de que se tipifique adecuadamente esta conducta delictiva, y lograr con ello una pena justa.

Palabras clave: Estafa, extorsión, intimidación, engaño, diferencias.

Abstract

There are criminal behaviors that are difficult to describe. One of those are the so called “intimidating calls” where a person acts like the informant to report a fake situation like a kidnapping, or a police custody of a relative, in order to frighten the victim so the criminal can obtain a large amount of money out of this situations.

The delinquent deceives and frightens the victim, making it easy for this malefactor to manipulate him or her. The victim ends up been traumatized by this episode and loosing his/her money after realizing that is part of a ruse.

* Juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal Nacional - Sala Penal Nacional. Egresada de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad San Martín de Porres. Juez titular desde el año 2002, juez mixto titular de Villa María del Triunfo desde el año 2012.

The bottom line is how to define precisely this criminal event. Some call it “scam” (fraud) and others refer to it as “extortion” (a variety of blackmail). The main difference is that on the first case there is no intimidation against the victim or threat. Whereas on the second case this two elements are present.

The main purpose of this article is to point out this topic and to explain that in fact there is a difference between this two terms “scam” and “extortion” when it comes to describe this type of crime known as “intimidating calls”. This explanation should be useful to identify them correctly and give a fair judgment.

Keywords: Scam, extortion, intimidation, ruse, difference.

Sumario

1.- Introducción. 2.-Tipificación del delito de estafa. 3.- El engaño en la estafa. 4.- La forma en que el engaño se trasmite a la víctima, ¿es relevante? 5.- La intimidación. 6.- La extorsión: el elemento amenaza. 7.- Las llamadas intimidatorias: ¿una estafa simple, estafa agravada, o una modalidad de extorsión? 8.- Conclusiones.

1. Introducción

El caso que se expone a continuación, ocurrió en la vida real: En horas de la madrugada de un día de abril del año 2015, el señor M.C.E., de 89 años de edad, residente en la ciudad de Arequipa, recibe una llamada telefónica de una persona de sexo masculino quien, llorando, se identifica como su hijo, refiriéndole que el vehículo que conducía –en la ciudad de Lima– había pisado una piedra la cual, al rebotar, había caído sobre un niño, causándole la muerte. El supuesto hijo le implora que haga lo posible para que lo dejen en libertad, pues está detenido. Luego le pasan el teléfono a una persona que se identifica como un Capitán de la Policía Nacional, quien le exige la suma de dos mil dólares, con el fin de evitar que su hijo vaya a la cárcel. El agraviado procede apresuradamente a depositar la suma de cuatro mil soles – que constituían sus ahorros– en un número de cuenta que le proporciona el supuesto policía. Horas más tarde su nieta –hija del presuntamente detenido– le informa que su padre se encuentra en casa y que todo lo que escuchó sobre el accidente y la muerte del niño no ha sido más que una mentira.

Durante las investigaciones de este hecho se comprobó que, en la misma Comisaría, existían cuanto menos cinco denuncias de casos muy parecidos, interpuestas casi coetáneamente, siendo las constantes las siguientes: 1) Los agraviados eran todos padres de familia, de mediana o avanzada edad; 2)

Siempre había una persona que se hacía pasar por el supuesto hijo o hija, diciendo que había causado la muerte de un niño o niña y en todos los casos se comunicaba en medio de llantos y súplicas; 3) Había siempre un supuesto policía que señalaba que la única solución para que el hijo o hija no sea detenido era pagar una determinada suma de dinero, compeliendo y presionando a la víctima para que deposite dicha suma en una cuenta bancaria cuyo número le proporcionaba.

Luego de exponer los hechos, nos preguntamos si estamos ante un supuesto de estafa – tal como fue denunciado por el Ministerio Público- o si por el contrario, nos encontramos ante un delito de extorsión. El propósito de este artículo es tratar de despejar esta interrogante.

2. Tipificación del delito de estafa

Según nuestra legislación, el delito de estafa está tipificado de la siguiente manera:

“Artículo 196.-El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.”

Se prevé una agravación de la conducta la cual recibe una mayor pena, a través del artículo 196-A:

"Artículo 196-A. Estafa agravada.- La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

- 1 Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*
- 2. Se realice con la participación de dos o más personas.*
- 3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.*
- 4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.*
- 5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario."*

Colombia en su Código Penal, lo tipifica así:

“Artículo 246. Estafa.- El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado. La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes...”

Por su parte el Código Penal español, define la estafa en el artículo 248, estableciendo que *“cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”*.

Finalmente, como último ejemplo de tipificación de la estafa en legislaciones comparadas resulta apropiado citar el Código Penal argentino, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 172: Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño...”

La constante en las tipificaciones expuestas, incluida la contenida en nuestra legislación, es la existencia del engaño. El engaño es irremplazable: sin engaño no hay estafa. Los legisladores mencionan la utilización de otros medios tales como astucia (“ardid, artificio”¹), ardid (“Artificio, medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento”²) o argucia, (“Sutileza, sofisma argumento falso presentado con agudeza”³). Pero el resultado será el mismo: inducir a error a la víctima, o mantenerlo engañado para que de esa manera, esta disponga de su patrimonio según los intereses

¹ Diccionario de la lengua española, en <http://dle.rae.es/?id=461e0ZN> fecha de la consulta 5 de abril del 2016.

² *Idem.*

³ *Idem.*

del agente. El sujeto activo actúa de manera que no permite apreciar la realidad de los hechos al sujeto pasivo.

3. El engaño en la estafa

Para que se configure el delito de estafa, el sujeto activo procede, mediante engaños, a representar ante el sujeto pasivo, una aparente realidad que generalmente, se manifiesta halagüeña y favorable para éste: es así que el agente logra su propósito, como es, que la víctima disponga confiadamente de su patrimonio a favor de él. Pero no se trata de cualquier engaño: es necesario que se trate de lo que en doctrina se conoce como “engaño bastante”. Cabe traer a colación la Sentencia SIS 7162/2010 – expedida por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Madrid, de fecha 10 de diciembre del 2010,⁴ la que nos respecto a los elementos del delito de estafa y la idoneidad del engaño:

“2. Los elementos que estructuran el delito de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia, son los siguientes: 1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. 2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. 3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. 4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro. 5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva) (STS 278/2010, de 15-3).”

De manera diáfana el Tribunal Supremo Español nos explica dos cuestiones fundamentales sobre el engaño: 1) Debe ser bastante, es decir, suficiente. 2) Para establecer la idoneidad del engaño, debemos evaluar la capacidad del

⁴ SIS 7162/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7162, en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/5824532/Estafa/20110119>, fecha de la consulta 5 de abril del 2016.

sujeto pasivo para apreciar si su nivel de agudeza le hubiera permitido, con un alto grado de probabilidad, darse cuenta del ardid tramado por el sujeto activo.

4. La forma en que el engaño se trasmite a la víctima, ¿es relevante?

Ya sabemos entonces que el sujeto activo, para poder perpetrar una estafa, se tiene que valer de un engaño, ardid o astucia. Sin embargo, más allá de que el engaño debe tener la consistencia suficiente como para derribar las barreras de protección que psicológicamente, colocamos frente a los demás (autoprotección), hay un hecho que está presente pero que es muchas veces dejado de lado por quien analiza este delito: el engañado actúa persuadido, no obligado. En el delito de estafa, el que engaña esgrime contra el incauto agraviado una serie de argumentos, presentando un objeto o un hecho con cualidades que estos no tiene. Según nos ilustra James Reátegui Sánchez ⁵ “para la doctrina francesa debe existir una *“mise en scène”*, es decir, una puesta en escena, para mostrar a la víctima como cierto algo que no lo es. Es así que el agraviado se convence que lo que le están ofreciendo le conviene, que es bueno para él, que incluso en algunos casos va a sacar una ventaja (lícita) de aquello que va a adquirir (por ejemplo: a Pedro su vecino Juan le vende una piedras supuestamente muy valiosas a un precio bajo, con las cuales Pedro imagina que obtendrá un gran beneficio al venderlas a un joyero; lo que no sabe es que las piedras son de fantasía).

Es por eso que voluntariamente entrega parte de su patrimonio, y confiado, espera el resultado prometido. Por ejemplo, un agente de viajes que ofrece unos pasajes a una playa del Caribe a una pareja de novios próximos a casarse, diciéndoles que el lugar que visitarán tiene un clima excelente, acceso a internet y lugares donde hacer compras. Lo que no les dijo es que ya pasó la temporada de verano, que ahora está lloviendo permanentemente y que por el lugar no existen tiendas ni wifi. Los novios se sienten timados (y lo han sido), porque confiaron. Pero en ningún momento fueron víctimas de presión, coacción ni intimidación por parte del vendedor de pasajes.

Desde nuestro punto de vista, sí es gravitante cómo es que el engaño es transmitido por el sujeto activo, y cómo esta señal es recibida por el agente pasivo. En los casos expuestos los sujetos activos han enumerado al sujeto pasivo las supuestas cualidades de los productos que ofrecen, y han argumentado hábilmente al punto que convencieron a los compradores.

⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal – Parte Especial: Delitos contra la vida, el patrimonio y otros*. Perú, Instituto Pacífico. 2015.

Pero estos a su vez han tomado la decisión con la voluntad viciada por error, no por intimidación o coacción. En los casos de estafa, creemos que la víctima no actúa con temor ni sintiéndose presionado, sino todo lo contrario, actúa voluntariamente disponiendo de su patrimonio, creyendo que ha escogido libremente la mejor opción y recién cuando se percate de la realidad, sabrá que su voluntad estuvo viciada por el error. Ninguna persona promedio compra un pasaje por miedo al vendedor ni por las veladas amenazas de éste.

Pero, volviendo al caso de las llamadas telefónicas intimidantes, ¿es así como ha ocurrido? ¿Acaso de manera amable el agente llamó a la víctima y le dijo lo siguiente: “Señor buenos días, estamos aquí con su hijo, quien acaba de atropellar y matar a una persona, pero no se preocupe, usted deposite cinco mil soles y su hijo no será ni siquiera denunciado; pero si no deposita dicha cantidad no pasa nada, será hasta otra oportunidad”? No, por supuesto que no. En el caso expuesto al principio, y que es un ejemplo de algo que sucede a diario, el sujeto activo utiliza una tercera persona que se hace pasar por el hijo de la víctima, fingiendo una gran aflicción y pidiendo que la víctima haga lo que le ordenen (lo que incluye el desembolso de dinero) produciendo gran temor e inseguridad en la víctima. Un temor razonable por cierto, dado que en casi todos los casos esta no tiene como averiguar de manera inmediata si su familiar es con quien acaba de hablar o se trata de una actuación.

En esas circunstancias, la víctima tiene que tomar una decisión. Pero ¿podrá tomarla libremente, con tranquilidad? Consideramos que la respuesta es no. Y es que el sujeto activo no le está mostrando alternativas para escoger cuál es la más conveniente para él (aunque no sean verdaderas). En un escenario de estafa, tenemos: 1) Un taimado sujeto activo que lanza una propuesta al sujeto pasivo, para lo cual, se gana su confianza mediante mentiras, astucia y embustes idóneos para tal fin; 2) Un sujeto pasivo que confía, y dentro del marco de esa confianza, desplaza su patrimonio hacia el sujeto activo, creyendo que obtendrá algún beneficio ;3) La posibilidad de que quien recibe la oferta decida, luego de evaluar ventajas y desventajas, que no la acepta.

Pero en el caso de las llamadas intimidantes, ¿qué tenemos? Sí está presente el engaño (no existe ningún hijo ni ningún atropello), pero no se ha alcanzado el consentimiento de la víctima a través de la persuasión y del convencimiento de esta de que está realizando un acto conveniente para su patrimonio: por el contrario, la víctima toma la decisión motivada no por la obtención de algo lícitamente bueno o conveniente para ella, sino por el

temor y la intimidación. El sujeto activo no le ofrece alternativas: o deposita el dinero que le piden o su familiar se verá privado de su libertad. No podemos decir que decide libre y voluntariamente: lo hace bajo presión psicológica, lo cual no ocurre en la estafa.

Cabe preguntarse, en aras de generar un debate, si el sujeto pasivo necesariamente tendría que actuar de distinta manera. Existen personas que ante una situación semejante reaccionan con entereza, rechazando enérgicamente lo que le exigen. Es obvio que, en el ejemplo dado, lo que le proponen no es legal: nadie tiene porqué entregar dinero para obtener la libertad de una persona: se debe actuar de acuerdo a ley. Pero no todas las víctimas de este tipo de llamadas tienen interiorizado este mensaje, sin contar con que el miedo por la seguridad del ser querido no es un elemento que precisamente propicia buenas decisiones.

Por ello, consideramos que en el caso de las llamadas intimidantes a las que hemos hecho referencia, el sujeto activo si bien utiliza el engaño, el medio para lograr su objetivo – provecho ilícito- es el temor que le produce lo que genera la intimidación, hecho que desborda el tipo penal del delito de estafa.

Al respecto, los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Superior de Justicia de Córdoba, Argentina⁶, citan al maestro Francesco Carrara, quien marca la diferencia entre el delito de extorsión y el de estafa. : *“Encuadra en el primer ilícito el caso del malandrín, que fingiéndose Stoppa (delincuente conocido), atemorizó al propietario y obtuvo el dinero. El engaño fue un medio para el hurto violento: esto es claro. Se engañó para atemorizar”. Sobre el segundo, narró el siguiente supuesto: “el acuerdo de dos malandrines. El primero ataca armado al viandante y lo amenaza para que le de dinero. Pero el segundo finge llegar por casualidad; amenaza al primero; lo pone en fuga, simula haber salvado a aquel viandante de un grave peligro, y se ofrece para acompañarlo a su casa y escoltarlo para su seguridad. Este case en el engaño de considerar al recién llegado como a su salvador y benefactor, y por ello al llegar al domicilio le concede una generosa recompensa que luego el compadre se va a dividir con el simulado agresor. He aquí la intimidación, que ha servido de medio al engaño”*. Carrara lo que nos dice es que en el caso que el dinero ha sido dado por engaño, calificará como estafa; la víctima ha hecho entrega de dinero sin presión moral alguna, creyendo que entregaba una recompensa a su supuesto salvador. Lo que nos queda claro luego de comparar las dos situaciones expuestas que en la medida que el sujeto activo

⁶ Recurso de Casación. Sentencia 244, expedida el 12 de setiembre del año 2011, en http://www.justiciacordoba.gov.ar/justiciacordoba/paginas/servicios_fallosrecientes_texto_completo.aspx?enc=lUY0HZsy++13X2sESFEHA==, fecha de la consulta 13 de abril del 2016.

se valga de un engaño para infundir temor, lo que a su vez impulsa a la víctima a entregarle algo que aquel pretende, estamos ante una extorsión. Si por el contrario, la intimidación precede al engaño, y es solo por influjo de dicho engaño que el sujeto pasivo se desprende de su patrimonio a favor del sujeto activo, estaremos ante una estafa.

5. La intimidación

Es en el Código Civil peruano en el que encontramos una definición de intimidación:

“Artículo 215.- Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros...”

Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias...”

Asimismo, a través del artículo 216 de dicho cuerpo legal, se establecen criterios para calificar la violencia o intimidación:

“Artículo 216.- Para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad...”

La intimidación acarrea la anulabilidad de los actos jurídicos y suprime la eficacia probatoria de la prueba obtenida mediante aquélla. Pero el Código Procesal Civil a su vez menciona – lo que no lo hace el Código Penal- algo que constituye un “acto lesivo” contra una persona: la presión psicológica. Lo hace a través del último párrafo del artículo 677 que establece lo siguiente:

“Artículo 677.- Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella.

Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 53...”

Ahora, es preciso analizar otro aspecto de los hechos fácticos que constituyen las llamadas intimidantes. Decíamos que el desplazamiento del patrimonio de la víctima (depósito en una cuenta que le proporciona el sujeto activo) se produce luego que este le hace saber lo que ha acontecido con su familiar (a través de quien finge serlo) y después que le anuncia el mal grave e inminente que sufrirá este (la cárcel) si no cumple con depositar cierta cantidad de dinero. Pero es evidente que lo que le propone es algo turbio y con visos de ilegalidad: ¿Por qué el supuesto policía pediría dinero al padre del “detenido”? Se entiende que es para que no pierda su libertad, pero ¿en qué contexto legítimo se puede dar eso? En ninguno. Si uno va a dar dinero para favorecer de cualquier manera a una persona privada de su libertad, ello es un indicio poderoso de que estamos ante un delito, por ejemplo, de cohecho.

Pero aquí aparece otra cuestión interesante: La elección de lo que finalmente va a hacer el sujeto pasivo. Estamos por ejemplo, ante un anciano de 90 años de edad, a quien se le ha engañado, con una mentira o ardid convincente, haciéndole creer que su hijo está en un problema que compromete su libertad individual. Luego, el engaño genera la intimidación contra el sujeto activo, quien no tiene alternativas: o deposita tal cantidad de dinero o su hijo irá preso. ¿Podrá el sujeto activo decidir libremente si depositar o no el dinero que le exigen? Si la intimidación ha logrado su objetivo y ha conseguido infundir temor en la víctima, ya su voluntad está doblemente viciada: al engaño se le suma el temor justificado, lo que puede, en la mayoría de casos, hacer perder la objetividad al punto de no sopesar debidamente los pros y los contras de la decisión a tomar.

En una estafa pura y simple, el agente propone algo aparentemente ventajoso para el sujeto pasivo: si no fuera así, no habría desprendimiento de patrimonio, por cuanto por reglas de la experiencia sabemos que ninguna persona va a adquirir un bien o un servicio sino le conviene. La víctima tiene la opción también de negarse: Ejemplo: El sujeto activo AB le ofrece a CD ser socio de un recientemente creado club campestre que tenía todas las comodidades, pagando una módica suma como cuota de ingreso. CD luego de conversar con su cónyuge decide que no lo adquirirá por ahora, porque prefiere incrementar sus ahorros. Lo que no sabe es que AB lo engañó sobre las bondades del club por cuanto este no tenía servicios de luz ni agua y el terreno estaba en litigio. Pero en ningún momento AB ejerció intimidación contra CD.

¿Se diferencia la intimidación de la amenaza? Al respecto, James Reátegui considera que la amenaza es un medio (típico, en el caso del robo por ejemplo) que *“conlleva sentimientos de angustia y miedo en la víctima, ante la contingencia del daño anunciado. La amenaza debe manifestarse a través de palabras, gestos, escritos y debe ser capaz de producir efectos intimidatorios en el sujeto pasivo, lo que permitirá al agente vulnerar su resistencia o la defensa de sus bienes, facilitándose así, la sustracción de los mismos”*⁷.

Respecto a la amenaza, advertimos que nuestro Código Penal considera como elementos del tipo penal de ciertos delitos, tanto a la “amenaza”, como a la “grave amenaza”, pero sin definir ninguna de ellas. Por ejemplo, en el delito de coacción, tipificado en el artículo 151 del Código Penal, se menciona solo la palabra “amenaza”:

“Artículo 151.- El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años...”

En cambio, en el delito artículo 188 del Código Penal observamos lo siguiente:

“Artículo 188. Robo.- El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.”

La amenaza constituye parte del tipo penal en el caso del delito de Usurpación:

“Artículo 202. Usurpación.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:

- 1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.*
- 2. El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.*

⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Op. cit

Asimismo, forma parte del tipo penal del delito de daños agravados:

“Artículo 206.- La pena para el delito previsto en el artículo 205 será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando:

3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.”

Finalmente, finalizando con los ejemplos, tenemos incluida la amenaza en la tipificación del delito de obstrucción de la justicia:

“Artículo 409-A.- Obstrucción de la justicia.-El que mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.”

Nuestro Código también incluye la “grave amenaza”, en el caso de, por ejemplo, el delito de violación sexual y de actos contra el pudor.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema⁸ por su parte, a través de la Resolución Nacional 3166-2012, se ocupa, no de la amenaza “simple” sino de la “grave amenaza” de la siguiente manera:

“Por grave amenaza entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante un anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta. La promesa de daño debe producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente.”

Pero en la misma sentencia, la Corte Suprema hace referencia a la intimidación, considerándola como “medio comisivo alternativo”, y haciendo mención que en la jurisprudencia española ha sido definida como “*constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo. Habrá de tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia. Seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad se configuran como requisitos que ha de reunir la causa que genere dicha intimidación*”. La Corte Suprema ⁹ ha señalado que la intimidación es definida -por la jurisprudencia española -como “*constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto*

⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala Penal Permanente / R.N. 3166-2012 – Ayacucho.

⁹ R.N. 3166-2012 Sala Penal Permanente – Ayacucho.

pasivo.” Empero, para merecer su asimilación a ésta, debe de reunir los siguientes requisitos: seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad. En el caso particular, debe analizarse si lo que comunica el agente o sujeto activo resulta creíble y probable, y que además contenga un apremio compatible con la inmediatez. Utilizando el caso planteado al comienzo, si por ejemplo, el agraviado tiene un hijo, que vive en Lima y conduce vehículos y la llamada hace referencia a que esta persona ha tenido un percance manejando en Lima, pues resulta verosímil la historia. Sobre la inmediatez y la gravedad, la falsa noticia versa sobre un homicidio culposo (muerte de un niño a quien le cayó una piedra, debido a una maniobra temeraria del conductor quien es su hijo) lo cual deriva en la privación de libertad del supuesto hijo. En este punto vale la pena detenerse: ¿Podemos afirmar que constituye un mal grave e inminente el anuncio de que el supuesto homicida será conducido a una cárcel pública?

La respuesta para nosotros es que eso dependerá de una serie de circunstancias. La personalidad, el nivel educativo y el factor cultural inciden en cómo será tomada la advertencia. Para una persona que trabaja en un medio judicial, fiscal o relacionado con la abogacía, se dará cuenta que previo al traslado a una cárcel pública, tiene que ser puesto en manos de la Fiscalía, quien podría incluso optar por aplicar un principio de oportunidad, lo que equivale a que no necesariamente va a ir preso; o bien, saber que en caso que el Fiscal presente cargos, será el Juez Penal quien decida en una Audiencia, a la que se presentará el imputado con su abogado. Pero si es una persona común que no maneja esta información, le parecerá inevitable que su ser querido sea derivado a una prisión, con todo el sufrimiento moral que ello conlleva. Es entonces que podríamos considerar que según las circunstancias, plantearse la posibilidad de que un familiar con el que tenemos estrecha relación vaya directo a un penal sí podría equipararse con un mal “grave e inminente”.

Tenemos entonces que la intimidación según nuestro ordenamiento civil, es aquello que nos inspira el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en nuestra persona, nuestro cónyuge, o nuestros parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros; definición que se asemeja a la de la grave amenaza, por lo que consideramos que la intimidación puede asimilarse a la amenaza, en el sentido que tienen ambas, como propósito, el de infundir temor a sufrir un mal inminente y grave, tanto contra nuestra persona como contra los seres que nos son cercanos.

Creemos que es la forma como el sujeto activo hace conocer su intención de dañar al sujeto pasivo, lo que aparentemente diferencia la intimidación de la amenaza. En la intimidación, generalmente se emplean mensajes, comunicaciones en doble sentido, insinuaciones, etc.

En el caso de la amenaza, esta es más clara, y se expresa de manera inequívoca: Deposita esta cantidad de dinero o mataremos a tu familia; paga este “cupó” y te dejaremos trabajar. Pero el fin de ambas, es el mismo: atemorizar a la víctima, para lograr de ella algo que el sujeto activo quiere: dinero, bienes tangibles (un auto, una casa) o intangibles (la libertad, el favorecimiento en un proceso, etc.)

6. La extorsión: el elemento amenaza

El Código Penal en su artículo 200, primer párrafo, establece lo siguiente respecto al delito de extorsión:

"Artículo 200.- Extorsión.-El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años..."

Por su parte el Código Orgánico Integral Penal (COIP) del Ecuador, en su artículo 185, dice:

"Art. 185.- Extorsión.- La persona que, con el propósito de obtener provecho personal o para un tercero, obligue a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Vemos que en este cuerpo legal se utiliza la palabra intimidación, entendemos, como sinónimo de amenaza.

El Código Penal de España se ocupa del tipo penal de extorsión en el artículo 243, el que señala lo siguiente:

Artículo 243: "El que con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados".

Para el Código Penal Argentino, la tipificación del delito de extorsión es la siguiente:

Artículo 168. - Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue 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.

Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

Como podemos apreciar, nuestra legislación incluye en el tipo penal la “violencia o amenaza”, a diferencia de otros Códigos en los cuales se consigna “violencia o intimidación”, lo cual nos llevaría a pensar que la intimidación se equipara a la amenaza. Nuestro Código Penal no incluye la palabra “intimidación” en el tipo penal de extorsión.

Habiendo opinado respecto a las diferencias entre intimidación y amenaza, recalcamos el hecho de que ambos deben ser considerados como géneros de la misma especie cuya vocación es la misma: infundir temor en la víctima para lograr un fin ilícito.

7. Las llamadas intimidatorias: ¿una estafa simple, estafa agravada, o una modalidad de extorsión?

Además del ejemplo con el que comenzamos este artículo, existe otro, lamentablemente muy común en varios países de Latinoamérica, como es lo que comúnmente se conoce como “secuestro virtual”: una persona que llama diciendo que tienen retenido a un familiar cercano, y que para rescatarlo deben depositar una suma de dinero en algún lugar. Lo cierto es que no existe ningún secuestro: es todo una farsa. Quien llama, utiliza también un engaño: tenemos secuestrado a tu familiar. Este engaño genera un justificado temor en la víctima. Es por ese temor, que puede transformarse en pánico o desesperación, que esta acepta lo que le exige el supuesto secuestrador. Somos del parecer que este ejemplo es semejante al primero, en cuanto existe un engaño pero también el factor intimidación: el engaño, como medio para atemorizar, porque es de esa forma, que la víctima se sentirá indefensa y cederá ante la exigencia del delincuente.

Resulta interesante en tal sentido, el tratamiento jurídico que a este hecho ilícito denominado “secuestro virtual” le ha dado la jurisprudencia argentina. En ella encontramos fallos totalmente contrapuestos sobre el

mismo tema. La Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala IV, expediente 26.034, sentencia del 31 de marzo del 2005, se inclinó por la figura de la extorsión, mientras que la Sala VI, expediente 29.535, sentencia del 5 de junio del 2006, opinó porque se trataba de una estafa.¹⁰ Cabe recordar – y comparar– los tipos penales en relación a la legislación peruana, a fin de verificar que tan aplicables serían dichos razonamientos a nuestra realidad. En la legislación penal argentina, artículo 172° del Código Penal, para que se produzca el delito de estafa, el sujeto activo debe defraudar a otro “*con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño...*”. En nuestro Código Penal, comete estafa el que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta. En el caso argentino basta cualquier ardid o engaño que el sujeto activo utilice para defraudar a otro, y no incluye el que se obre procurando un provecho ilícito para otro. Pero en ambos, el medio utilizado para obtener la defraudación o el provecho ilícito es el engaño.

En el caso de la extorsión, el artículo 200 del Código Penal en nuestra legislación establece que para que haya extorsión el agente debe emplear como medio, la violencia o la amenaza, con el fin de obligar a una persona o a una institución pública o privada a otorgar a dicho gente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole. En el caso de la legislación argentina, el artículo 168 del Código Penal reprime a quien con *intimidación* o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue 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. Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito. La gran diferencia es que en la definición típica de extorsión, se incluye la intimidación, y además la violencia, mas no mencionan la amenaza. En nuestro Código Penal en cambio, el medio empleado es, como se ha señalado anteriormente, la violencia o la amenaza, mas no se incluye a la intimidación. Podríamos interpretar entonces que en caso de la normatividad penal argentina, no es que se excluya la amenaza, sino que esta se equipara a la intimidación.

¹⁰ “Secuestro virtual es extorsión” Diario Judicial, 22 de setiembre del 2014, en <http://www.diariojudicial.com/nota/35091>, fecha de consulta 14 de abril del 2016.

Volviendo a lo que resolvió la Sala IV Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en su sentencia del 31 de marzo del 2005¹¹, coincidimos con su decisión en cuanto sostiene que en el caso del secuestro virtual, las amenazas se transmitieron al sujeto pasivo para hacerle sentir un “serio y lógico temor”. Señalan los Magistrados lo siguiente: “Si bien el damnificado iba a realizar una disposición patrimonial que habría de perjudicarlo, motivado por un artificio, no se configura el delito de estafa ya que ellos no lo indujeron a error, sino a una férrea compulsión, resultando su finalidad conformar una intimidación basada en la mentira y así obligarlo a la entrega del dinero exigido.”

Por el contrario, la Sala VI de la misma Cámara Nacional antes indicada, sostiene que se trata de estafa, a pesar que reconoce que existió intimidación. Los Jueces de la Sala VI opinaron lo siguiente: “en efecto, en la extorsión la acción típica consiste en obligar a otro, mediante intimidación, a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o la de un tercero aquello que constituye objeto del delito (cf. Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II-B, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 209 y 210), pero siempre por medio de amenazas y estas no son más que el anuncio de un daño que se producirá en el caso de no cumplir con lo exigido, extremo que nunca podría haber ocurrido en este sumario, toda vez que los dichos amenazantes proferidos por los sujetos intervinientes no se hubieran podido concretar al tratarse de un “secuestro virtual”.-“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 patrimonial pretendida”.¹²

Discrepamos con las conclusiones a las que arriba la Sala VI ya indicada, por encontrarlas contradictorias. Por un lado consideran que sí hubo intimidación, lo cual constituye un elemento del tipo penal de extorsión en la normatividad argentina; sin embargo, opinan que la intimidación y/o exigencia “enmarcada en amenazas y simulando un secuestro”, forma parte del ardid tramado por el sujeto activo, que tuvo por finalidad afectar la psiquis de la víctima y así, hacerlo incurrir en error e “inducirlo a concretar la disposición patrimonial, por lo que deducen que se trata de una estafa”. Sin

¹¹ Columna de opinión: “Secuestro virtual: ¿Estafa o extorsión?”. The answer Company Thomson Reuters, en <http://thomsonreuterslatam.com/2013/05/20/columna-de-opinion-secuestro-virtual-estafa-o-extorsion/>, fecha de consulta 13 de abril del 2016.

¹² En <https://luciasavarese.wordpress.com/2008/08/19/secuestro-virtual-causa-cisneros-maria-cncrim-y-correc-sala-vi/>, fecha de la consulta 13 de abril del 2016.

embargo, no se ocupa de un detalle importante, respecto a que en la estafa el sujeto activo utiliza el engaño como un “puente” para llegar a la psiquis del sujeto pasivo y persuadirlo de que el negocio o propuesta que le formula es conveniente para éste, motivo por lo cual la decisión (aunque viciada por el error, de lo cual se percatará el sujeto pasivo con posterioridad) se puede considerar como tomada libremente. En el caso del “secuestro virtual”, semejante al de las llamadas intimidantes, el agente emplea el engaño pero para conectarlo con el afectado el ardid o mentira debe tener la condición de intimidante o atemorizante. No utiliza la persuasión como vehículo para transmitir el engaño, sino que este llega al afectado produciendo un impacto psicológico que puede alcanzar diversa magnitud debido al temor o miedo que inspire en la víctima.

La sentencia de la Sala VI se ocupa de otro tema como es respecto a si el medio escogido por el imputado (caso del secuestro virtual) fue idóneo, en el sentido que tenía aptitud para causar temor en el agraviado; concluyendo la Sala VI que sí. Es decir, la Sala VI admite que la intimidación ha sido un medio idóneo para neutralizar a la víctima a través del temor, pero aún así sostiene que es estafa, solo porque las amenazas en ningún caso hubieran prosperado, por cuanto se trataba solo de un “secuestro virtual”. Consideramos que para que se produzca el delito de extorsión, tanto aquí como en Argentina, no se exige que el sujeto activo cuente con los medios para realizar o no sus amenazas, cualesquiera que sean éstas. Nos adherimos en todo caso a lo pronunciado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en la sentencia ya mencionada de fecha 12 de setiembre del 2011, en cuanto dice, al juzgar un caso de secuestro virtual, que la extorsión es un delito pluriofensivo (“ofensa compleja”) en el que se lesiona la libertad de determinación de las personas y a la vez, la propiedad. Dice el Tribunal:

“La norma que regula esta figura penal, establece dos modos de ejecutarla: uno directo, a través de la intimidación propia, común o genérica; y otro indirecto, por medio de la simulación de autoridad o de falsa orden en ella (CP art. 168, 1er. Párrafo). Estos componentes del delito que examinamos denotan que en su núcleo se asienta la exigencia coactiva formulada por el agente, quien provoca miedo en el damnificado, que es, en definitiva, lo que motiva la realización de lo pretendido por aquél. No tiene relevancia típica, en cambio, que dicha coacción sea factible.”

Nos parece interesante lo que señala el jurista Sebastián Soler, citado en la sentencia anterior, respecto a que se debe tener presente que la idoneidad del

medio no se mide en relación a la capacidad de crear un peligro real, sino el temor de un peligro, y que para ello basta la apariencia. Agrega el Tribunal:

“La existencia de un error en el coacto no excluye la extorsión cuando el yerro mismo forma parte de la maniobra intimidante....” 2De lo expuesto se advierte que, en razón de la misma estructura típica, es posible considerar que el agente que intimida en base a una mentira también comete extorsión...”.

Como quiera que el tema es polémico en otras latitudes, es pertinente comentar la iniciativa del Diputado de la República de Chile, Jorge Tarud Daccarett, quien el 8 de setiembre del año 2015 presentó ante el Poder Legislativo de su país una moción para modificar el artículo 467° del Código Penal chileno. Expone el diputado que la finalidad de su moción es la incluir como modalidad del delito de estafa, el hecho que el sujeto activo, infundiendo miedo o temor en la víctima, la engaña sobre un riesgo inminente en la vida, salud, o libertad de algún familiar o persona ligada de un modo afectivo o de dependencia. Hace referencia a los casos de llamadas telefónicas que supuestamente advierten respecto a que han secuestrado un familiar (secuestro virtual) o bien que este provocó un accidente (ejemplo puesto al comienzo de este artículo). La reforma que propone es la siguiente:

“Agréguese un nuevo inciso fina al artículo 467: “si la estafa se lleva a cabo con la modalidad de infundir miedo o temor en la víctima, engañándola sobre un riesgo inminente en la vida, salud o libertad e algún familiar o persona ligada de un modo afectivo o de dependencia, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo¹³ y multa de once a quince unidades tributarias mensuales”.

Si bien saludamos la iniciativa legislativa del Diputado Tarud, por considerar que obedece a la misma inquietud que tenemos nosotros por el tema, no compartimos su punto de vista, por cuanto seguimos sosteniendo que se trata de un caso de extorsión y no de estafa. Cabe indicar que hasta la fecha no se ha aprobado su propuesta; empero, creemos que puede presenciarse un saludable debate al respecto.

¹³ Es una pena que va desde tres años y un día a 5 años y que en su tramo mínimo va desde 1.096 días a 1.461 y en su tramo máximo desde 1.462 a 1.825 días. La misma pena se aplica en el caso de la reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menor en su grado máximo. Extraído del Diccionario Jurídico Chileno - Derechos Reservados © 2001 INFOIUS Ltda, en http://www.juicios.cl/dic300/PRESIDIO_MENOR_EN_SU_GRADO_MAXIMO.htm, fecha de la consulta: 8 de abril del 2016.

8. Conclusiones:

- a) Si bien el engaño está presente en el caso de las llamadas telefónicas intimidantes, o en su variante de “secuestro virtual” dicho engaño en realidad es un medio para producir temor en la víctima, la cual impulsada por el miedo de que algo grave le pase a su ser querido se desprende de su patrimonio en provecho ilícito del sujeto activo.
- b) En el caso de la estafa, el agente se vale del engaño como medio para defraudar; es decir, no utiliza el engaño como medio para atemorizar. La víctima de estafa toma la decisión de aceptar la propuesta u oferta del estafador sin que medie presión o intimidación alguna; por el contrario, generalmente el estafado se siente satisfecho por lo que considera un buen negocio o una buena oportunidad.
- c) En el caso de las llamadas intimidantes el agraviado este sufre un serio menoscabo en su libertad de organizarse y su voluntad se ve viciada por el engaño y la intimidación.
- d) Esta conducta no se adapta a la tipificación de estafa, sino que se aproxima a la de extorsión, siempre que interpretemos que la amenaza a la que se refiere el tipo penal de extorsión es equivalente a la intimidación, dado que ambas constituyen el anuncio de un mal inminente y grave a la víctima.
- e) Se propone una reforma en la tipificación del delito de extorsión, incluyendo la conducta desplegada por quien efectúa llamadas intimidantes o el denominado “secuestro virtual”. Ello se solucionaría señalando expresamente que un elemento del tipo sea la “amenaza o intimidación; es decir, equiparando las mismas. Asimismo, en lo que respecta al hecho que el tipo penal de extorsión exige que la amenaza y/o violencia “obligue” a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, debería reformarse en el sentido que el tipo penal abarque también el hecho de que se induzca a la víctima a creer, de manera justificada, que una persona a la que le vincule un lazo de consanguinidad, afinidad o de índole sentimental se encuentra en peligro, relacionados con su vida, salud o libertad.

“Artículo 200.- Extorsión.- El que mediante violencia, amenaza o intimidación, obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

La misma pena se aplicará al que, infundiendo temor a la víctima mediante engaño, induce a error sobre un peligro inminente en la vida, la integridad física o psicológica o respecto a un riesgo sobre la libertad de sus ascendientes, descendientes, cónyuge o concubino, o persona a la cual está vinculado sentimentalmente inclusive por razón de amistad, con el fin de obtener de este una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole.”

Lo que se espera es poner atención en un problema de ubicación de una conducta y advertir su dificultad en subsumirla en un tipo penal determinado. Hacerlo adecuadamente traerá como consecuencia un tratamiento justo para este fenómeno que cada día afecta a más ciudadanos.

