Modifica diversos cuerpos legales en materia de regulación y sanción de las defraudaciones y estafas

Boletín N°11455-07

I. ANTECEDENTES.

Atendido los casos de delincuencia económica que durante el último tiempo han producido cierto impacto en la ciudadanía, ha vuelto a quedar en evidencia un déficit que distintos expertos de la escena jurídica nacional y diferentes propuestas de reformas globales al Código Penal, han evidenciado desde hace ya varios años, en orden a la necesidad que existe de reformular la regulación que nuestro código establece a propósito de las defraudaciones.

En efecto, no sólo resulta necesario terminar con ciertas incongruencias político criminales existentes entre la regulación que se efectúa en dicho código de los delitos contra la propiedad por medio materiales (robo y hurto) y aquella que se establece respecto de esas mismas afectaciones que se cometen por medios inmateriales (fraudes), así como aquella que tangencialmente se efectúa en el Código Procesal Penal, a propósito del derecho a obtener la restitución de los bienes incautados que han sido objeto de estos delitos; sino que además, se estima conveniente reestructurar la regulación de las estafas, en torno a un tipo penal genérico que, de cara a la protección del bien jurídico, esto es el patrimonio de las víctimas, prescindiendo de consideraciones referidas a la entidad del engaño y privilegiando una visión intersubjetiva del tipo, sancione los fraudes por engaño atendiendo al monto de los perjuicios ocasionados, de la misma forma que históricamente se han sancionado en el mismo Código los fraudes por abuso de confianza.

Conjuntamente con lo anterior, los últimos procesos investigativos también han relevado la necesidad de considerar el aumento de las penas asociadas a estos delitos, no sólo para sancionar adecuadamente aquellos fraudes en que los montos involucrados superan con creces los modestos tramos que para los efectos de regular su pena, históricamente ha contemplado nuestro código, sino que también, para hacer efectivo un reproche penal adecuado en aquellos casos en que el número de víctimas afectadas por la conducta defraudatoria desplegada, es considerable; objetivos que deben también armonizarse con la regulación que en relación con determinados fraudes se establece en la Ley que sanciona conductas constitutivas de delitos de Lavado de Activos.

De otra suerte, existe también consenso entre los autores nacionales, en orden a que cualquier modificación que seriamente desee plantearse en relación con la regulación que el Código Penal efectúa en materia de fraudes, debe necesariamente considerar la incorporación de un tipo penal mediante el cual se sancione la llamada administración desleal, esto es, aquellos casos en que el fraude se produce "puertas adentro" afectando directamente el patrimonio social e indirectamente, como también hemos podido constatar durante el último tiempo, el de sus accionistas, así como las hipótesis delictivas mediante las cuales sea posible sancionar nuevas modalidades de fraudes, fundamentalmente aquellas ocurridas en ambientes virtuales y que dan lugar a las denominadas defraudaciones informáticas.

II. FUNDAMENTOS.

Analizando la entidad de las penas que se establecen para las distintas figuras en la parte especial del Código Penal, es posible advertir que para el caso particular de las defraudaciones, fenómeno que constituye la delincuencia económica de mayor incidencia estadística (estafas y apropiación indebida), sólo es posible sancionar las conductas de apropiación indebida cuando el monto defraudado es superior a 1 UTM, en circunstancias que el hurto es punible respecto de bienes cuyo valor parte en media UTM, y en el caso de las estafas, para los engaños más simples o de menor entidad, el artículo 473 CP impone una pena única y reducida (61 a 540 días) sin atender al monto de lo defraudado, en circunstancias que los delitos de hurto, siempre se sancionan con penas que se encuentran graduadas en atención al valor de la cosa sustraída.

2. Como contrapartida, sea cual sea el monto de lo defraudado, esto es, supere o no con creces el limite de 400 unidades tributarias mensuales (aproximadamente $18.000.000) señalado en

el inciso final del artículo 467, la pena máxima con que pueden sancionarse estas defraudaciones no supera los 5 años, sin perjuicio de los casos en que esa pena pueda elevarse como consecuencia de la existencia de una reiteración de delitos, posibilidad que en todo caso depende de una decisión jurisdiccional de carácter discrecional y cuyos efectos muchas veces no son los esperados, atenida la común existencia en estos casos de circunstancias atenuantes que previamente han determinado la imposición de penas de bajísima entidad.

3. Los efectos de la baja entidad de estas sanciones, repercuten directamente en ámbitos como el tipo de procedimiento aplicable, la posibilidad de utilizar durante la investigación medidas de carácter intrusivo que permitan recopilar antecedentes probatorios contundentes, las medidas cautelares personales que pueden decretarse luego de la formalización de la investigación, las penas accesorias de inhabilitación o suspensión, la posibilidad de solicitar extradiciones activas, la aplicación de suspensiones condicionales, entre otros aspectos.

4. Esta incoherencia que nuestra legislación actual presenta en materia de delitos contra la propiedad, se encuentra también presente en la regulación procesal penal, en donde si bien se otorga al dueño o legítimo tenedor de la cosa hurtada o robada, la posibilidad de solicitar su devolución en cualquier etapa del procedimiento, tratándose de los delitos contra la propiedad cometidos por medios inmateriales, tal posibilidad sólo se contempla para los dueños o legítimos tenedores de cosas "estafadas", mas no para aquellos que fruto de la perpetración de un fraude por abuso de confianza - estadísticamente. en la mayoría de los casos, de un delito de apropiación indebida -, han sufrido la pérdida de un bien que ha sido incautado por el Ministerio Público durante la investigación.

5. De otro lado, el tratamiento diferenciado que tradicionalmente se ha dado a las denominadas estafas residuales o tipo básico, que se encuentra regulado en el artículo 473 del Código Penal, caracterizadas por emplearse en su comisión, un engaño de poca entidad, sofisticación o envergadura, responde a una perspectiva subjetivista que pierde de vista la importancia de la protección del bien jurídico y la necesaria consideración que en un delito de "comunicación", como ha sido definida la estafa, debe efectuarse de las características particulares del sujeto pasivo, mediante la adopción de una visión intersubjetiva del tipo; por lo que la adecuada valoración de estas conductas y una mejor técnica legislativa, aconsejan una regulación uniforme de las estafas, en que para la determinación de la pena se atienda al monto de lo defraudado, cualquiera sea la entidad del engaño.

6. Por otra parte, actualmente no existe en nuestra legislación, ninguna agravante común ni especial, ni tampoco figura calificada de estafa que permita absorber la lesividad o gravedad de aquellos fraudes que afectan de forma masiva a una importante cantidad de personas, más allá de la norma general del artículo 69 del Código Penal, que permite regular la pena dentro de los márgenes establecidos por la ley, atendiendo a la "extensión del mal causado", realidad que tampoco ha sido considerada por la última reforma operada en materia de regulación y sanción del Lavado de Activos, en donde una interpretación restrictiva de dichas normas, obligaría a considerar únicamente como delito base, aquellos casos en que el monto de la defraudación de que ha sido víctima un sujeto individual, supera determinado rango legal.

7. De la misma forma, no existe al día de hoy una figura especial de fraude mediante la cual puedan sancionarse aquellas conductas lesivas para el patrimonio social que son realizadas dolosamente por quien ejerce las facultades de administración de dicho patrimonio y que perjudicando también los intereses patrimoniales de los accionistas en el caso de las sociedades de capital, no encuentran una sanción adecuada en nuestra legislación, por cuanto, por un lado, se objeta desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial la posibilidad de sancionar estas afectaciones patrimoniales mediante una figura de estafa, atendido que en estos supuestos, quien realiza la disposición patrimonial perjudicial propia de este tipo de fraudes es quien debiera haber desplegado el engaño, esto es, se "engaña así mismo", y por otro, a que desde esa misma perspectiva, se objeta también que estas hipótesis puedan ser sancionadas como un fraude por abuso de confianza, específicamente, a título de la figura de apropiación indebida (contemplada en el artículo 470 N°1 C.P.), fundamentalmente porque *en* dichos casos aquello que se administra (que se apropia o distrae) no sería una cosa corporal mueble como lo exige dicha figura, o dinero "en arca cerrada", como refiere la doctrina, sino

que simplemente dinero, o bien, una cosa incorporal, esto es, el patrimonio de la sociedad, y por tanto, una universalidad.

S. Finalmente, a partir de la legislación actualmente vigente, las conductas que dan lugar al denominado fraude informático, esto es, a las manipulaciones informáticas que terceros realizan en portales virtuales, bancarios o comerciales, realizando transferencias patrimoniales que causan perjuicio, no se encuentran expresamente sancionadas, y sólo han logrado ser reprochadas penalmente mediante la utilización concursa] de dos figuras como son (1) el delito de espionaje informático contenido en el artículo 2° de la Ley 19.223, mediante el cual se sanciona el acceso indebido que los terceros realizan a las cuentas de las víctimas utilizando las claves que fraudulentamente han capturado, y; (2) el delito de estafa contemplado en el Código Penal, mediante el cual se castiga el perjuicio patrimonial experimentado por el titular de la cuenta y el engaño que la institución bancaria o portal comercial ha sufrido al creer que el verdadero titular de la cuenta es quien se encontraba operando virtualmente en ella.

Sin embargo, estas figuras penales resultan claramente insuficientes para perseguir este tipo de delincuencia, por cuanto su utilización como herramienta para salvar este vacío legal, es altamente cuestionable, principalmente en el caso de la figura de estafa, que supone que quien sufre el engaño, sea quien dispone patrimonialmente perjudicándose, y además, que aquél sea una persona física y no una entidad bancaria o la plataforma web de un banco, cosa que en la dinámica de los fraudes informáticos, no ocurre,

III. OBJETIVOS DEL PROYECTO

1.Armonizar las penas en materia de delitos que afectan la propiedad/patrimonio, elevando las penas de las defraudaciones, subiendo los pisos mínimos de los rangos de pena y regulando en específico la penalidad de las estafas, atendiendo siempre y en todo caso al monto de lo defraudado, sea cual sea la entidad del engaño.

2.Armonizar la regulación procesal, otorgando a los titulares de los bienes incautados objeto del delito, los mismos derechos en términos de su restitución, cualquiera sea el tipo de delitos contra la propiedad de que se trate.

3.Establecer la posibilidad de sancionar con pena de crimen aquellos delitos en que el monto de lo defraudado supere las 400 unidades tributarias mensuales.

4.Incorporar figuras calificadas en base a las cuales puedan sancionarse los fraudes masivos.

5.Ajustar la regulación establecida en materia de sanción al Lavado de Activos a los nuevos montos en base a los cuales se gradúa el perjuicio en el caso de las estafas, posibilitando también la configuración de estafas masivas como delito base en aquellos casos en que el total de lo defraudado supera un determinado monto.

6.Incorporar un tipo penal por medio del cual se sancione las hipótesis de administración desleal.

7.Incorporar una figura agravada mediante la cual puedan sancionarse especificamente las denominadas defraudaciones informáticas.

IV. CONTENIDO.

El Proyecto consta de tres artículos, el primero de los cuales contiene 7 numerales, a través de los cuales se reestructura el párrafo 8° del Título IX del Libro ll° del Código Penal, modificándose para ello en primer término, los tramos de pena que históricamente se han contemplado en el artículo 467 para los efectos de sancionar las defraudaciones en atención al monto de los perjuicios causados.

En esta materia, junto con elevarse el monto mínimo de perjuicio necesario para que su perpetración por medio de abuso o engaño sea sancionable a título de fraude, equiparando así este baremo con aquél establecido ya desde el año 2004 para el delito de hurto (media unidad tributaria mensual), se eleva además el límite máximo de la pena aplicable, al modificarse el inciso final del mismo artículo 467, estableciéndose que en caso de que el monto de lo defraudado supere las 400 UTM, el delito se sancionará con una pena que se extenderá entre el presidio menor en su grado máximo y el presidio

mayor en su grado mínimo, pudiendo por tanto en dichos casos los fraudes ser sancionados con pena de crimen.

A continuación, el proyecto reformula la tradicional regulación de las estafas existente en el Código Penal en donde se distinguía entre engaños simples y aquellos calificados o de mayor sofisticación para los efectos de determinar la pena aplicable, estableciéndose una figura genérica de estafa sancionado con un mismo marco penal, sea cual sea la entidad del engaño, y en base al cual es posible sancionar estos delitos con distintos grados de pena según el monto de lo defraudado, sin perjuicio de sancionarse a título de figura agravada, aquellas estafas en que se empleen engaños de mayo entidad o que impliquen una "puesta en escena".

Se incorpora además una regla especial de determinación de pena para casos de fraudes masivos, de acuerdo con la cual debe considerarse el total de los perjuicios sufridos por las víctimas para los efectos de determinar si el monto de lo defraudado supera las 400 unidades tributarias mensuales y hace posible la imposición de la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Paralelamente se equipara el tratamiento penológico de ciertas modalidades específicas de fraude que históricamente se sancionaban con una pena tija de baja entidad, suprimiéndose además con csta misma finalidad y a propósito de la reestructuración que se efectúa mediante este Proyecto de la regulación de la estafas en el Código Penal, la figura de estafa residual por la cual se sancionaban históricamente los engaños de menor entidad.

Por otra parte, en la misma norma en que se regula el ilícito de apropiación indebida, se introduce un tipo penal nuevo, mediante el cual se sancionan las defraudaciones que se cometen por quienes administran los dineros y patrimonios sociales.

Finalmente, mediante el articulo primero de este Proyecto, se incorpora también como una figura calificada o agravada, las defraudaciones realizadas por medio de manipulaciones informáticas, estableciéndose para ellas una pena determinada sin atender al monto de lo defraudado.

El artículo segundo del presente Proyecto, modifica la regulación establecida en el Código Procesal Penal en relación con la posibilidad de que los dueños y legítimos titulares de las cosas que han sido objeto de delitos contra la propiedad les sean devuelta, en los casos en que han sido incautadas durante el proceso penal, otorgando de forma genérica dicha posibilidad a todos los dueños y legítimos tenedores de cosas "defraudadas".

Por último, en el artículo tercero de este Proyecto se introduce una modificación a la Ley N°19.913 que "Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y blanqueo de activos", adaptando la regulación de los fraudes que constituyen delito base de conductas de Lavado de Activos, a la nueva graduación que en el articulo primero de este Proyecto se establece para los efectos de sancionar aquellas estafas en que el monto de lo defraudado supera las 400 unidades tributarias mensuales, y permitiendo que en dicha categoría se encuentren también los fraudes masivos en que el perjuicio total supera dicho monto.

V. TEXTO DEL PROYECTO.

Proyecto de ley:

> Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones al párrafo 8 denominado "Estafas y otros engaños", del Título IX sobre CRIMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD, del Libro II del Código Penal:

1) Sustitúyase en el número 3^0 del artículo 467 la expresión “si excediere de una unidad tributaria mensual", por la de "media unidad tributaria mensual".

2) Sustitúyase el actual inciso final del artículo 467, por el siguiente:
> "Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales."

3) Agrégase el siguiente inciso final nuevo al artículo 467:

"La misma pena se aplicará en aquellos casos en que siendo dos o más los perjudicados, el monto total de lo defraudado considerando el perjuicio sufrido por cada uno de ellos, supere las 400 unidades tributarias mensuales."

4) Sustitúyase el artículo 468 por el siguiente:

"Artículo 468.- Incurrirá en las penas del artículo anterior, el que mediante engaño, defraudare a otro causándole perjuicio.
Cuando el engaño consistiere en usar nombre fingido, atribuirse poder, influencia o crédito supuestos, aparentar bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valerse de cualquier otro engaño semejante, se aplicará la pena del número 1° del artículo 467, cualquiera sea el monto de la defraudación, salvo los casos en que por exceder dicho monto de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, sea que ello ocurra o no por la norma del inciso final de dicho artículo, correspondiere imponer la pena señalada en su penúltimo inciso.
De la misma forma se sancionará al que ocasionare perjuicio a terceros, por medio de la alteración de programas computacionales o de sus datos, del uso no autorizado de datos o claves necesarios para operarlos, o del uso de esos mismos datos o claves que hayan sido obtenidos indebidamente.

5) Sustitúyase en el inciso primero del artículo 469 la expresión "respectivamente el máximum de las penas señaladas" en el artículo 46T; por "la pena señalada en el número 1° del artículo 467.

6) Agréguese un nuevo inciso tercero al numeral 1° del artículo 470:
"En la misma forma se sancionará a quien directa o indirectamente, en beneficio propio o de un tercero, haya apropiado o distraído los dineros, bienes o el patrimonio de la sociedad, cuya administración, aún de hecho, le hubiere sido confiada."

7) Agréganse los siguientes numerales 11° y 12° en el artículo 470:
"11°. Al dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de éste o de un tercero."
"12°. Al que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado."

8) Eliminase el artículo 471.

9) Elimínase el artículo 473.

Artículo 2°.- Introdúcese la siguiente modificación al Código Procesal Penal:

1) Sustitúyase en el artículo 189 la expresión "estafados", por la de "defraudados".

Artículo 3°.- Introdúcese la siguiente modificación a la Ley N°19.913:

1) Sustitúyase en la letra a) del inciso primero del artículo 27, la expresión "y los artículos 468 y 470, N° 8, ambos en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal", por la de "y los artículos 468 y 470 N°8, el primero en relación con los incisos penúltimo y final del artículo 467 y el segundo en relación con lo establecido en el inciso penúltimo de dicho artículo"