

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**



ACREDITADA POR RESOLUCIÓN CEUB N° 1126/02

MONOGRAFÍA

“Para optar el título académico de Licenciatura en Derecho”

**“INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO EN
RELACIÓN A LAS DENUNCIAS NUEVAS POR DELITOS DE
ESTAFA Y SU CONSECUENCIA EN EL EXCESO DE CARGA
PROCESAL DEL MINISTERIO PÚBLICO”**

POSTULANTE : EDWIN ROLY OCHOA ARUQUIPA
TUTOR ACADÉMICO : Dr. RICARDO TITO ATAHUICHI
TUTOR INSTITUCIONAL : Dr. CARLOS FIORILO CRUZ
INSTITUCIÓN : FISCALÍA DEPARTAMENTAL DE LA PAZ

LA PAZ – BOLIVIA
2013

DEDICATORIA

“A mis padres, gracias por madrugar un sin fin de mañanas y desvelarse incontables noches, con el único fin de asegurarme un futuro.”

PROLOGO

El presente trabajo monográfico pretende llegar a la conciencia de todos los funcionarios de la administración de justicia penal, a la sociedad en su conjunto y a los profesionales abogados, para que con su ayuda podamos tener un sistema penal menos congestionado, para lo cual se resaltara la importancia de la teoría de los límites del derecho penal, en especial del principio de *Ultima Ratio*, para lograr dicho objetivo.

Asimismo con el mismo fin intentaremos diferenciar dos figuras como son la de estafa y el incumplimiento de contrato, que en la actualidad son confundidas en ocasiones de manera intencional y otras por desconocer sus elementos específicos, por parte de los profesionales abogados y las personas que no tienen conocimiento jurídico al respecto, confusión tiene como principal consecuencia el exceso en la carga procesal en el Ministerio Publico.

ÍNDICE

Portada

Dedicatoria

Prólogo

Índice

Introducción.....	1
CAPITULO I. PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO COMO LIMITE DEL IUS PUNIENDI.....	4
I.1 Utilidad de la Pena.....	4
I.2 Concepto y Contenido.....	13
I.3 Importancia de su Conocimiento y Aplicación por Parte de todo Funcionario de la Administración de Justicia Penal.....	19
I.4 Por un Sistema Penal Menos Congestionado.....	22
CAPITULO II. ANÁLISIS DIFERENCIADOR ENTRE EL ENGAÑO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE ESTAFA Y EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO.....	26
II.1 Definición Legal del Delito de Estafa.....	26
II.1.1 Antecedentes Históricos.....	26
II.1.2 Legislación Comparada.....	27
II.1.2.1 Código Penal Argentino.....	27
II.1.2.2 Código Penal Colombiano.....	32
II.1.2.3 Código Penal Uruguayo.....	34
II.1.2.4 Código Penal Peruano.....	35
II.1.3 Legislación Nacional – Antecedentes Históricos.....	36
II.1.4 Definición Actual del Delito de Estafa en la Legislación Nacional.....	39

II.2 Elementos Específicos del Delito de Estafa.....	40
II.2.1 El Engaño.....	41
II.2.2 Error en Otra Persona.....	49
II.2.3 Disposición Patrimonial y el Perjuicio.....	50
II.2.4 Doble Relación Causal.....	51
II.3 Del Incumplimiento de Contrato.....	52
II.4 Importancia de su Tratamiento por Instancias de Solución distintas.....	54
CAPITULO III. DE LA PLATAFORMA DE ATENCIÓN, UNIDAD DE ANÁLISIS Y SOLUCIÓN TEMPRANA DE LA FISCALÍA DE DISTRITO DE LA PAZ.....	57
III.1 Antecedentes Normativos.....	57
III.2 Funciones de la Unidad de Análisis.....	58
III.3 Importancia e Insuficiencias de la Unidad de Análisis.....	65
III.4 Pautas Establecidas para el Análisis de Casos.....	69
III.5 Fundamentos Cuantitativos de la Inaplicabilidad del Principio de Última Ratio en el Análisis de Denuncias Nuevas por Delitos de Estafa.....	71
CAPITULO IV. POR LA CREACIÓN DE NUEVOS FILTROS Y SU INTRODUCCIÓN EN EL REGLAMENTO DE ATENCIÓN, UNIDAD DE ANÁLISIS Y SOLUCIÓN TEMPRANA DE LA FISCALÍA DISTRITO DE LA PAZ.....	75
IV.1 Resguardar el carácter de Ultima Ratio del Derecho Penal es labor de todos.....	75
IV.2 Por la Constitución de un Segundo Filtro en los Fiscales de Materia.....	76

CONCLUSIONES	80
RECOMENDACIONES	83
ANEXOS	84
BIBLIOGRAFÍA	85

INTRODUCCIÓN

En la ardua y difícil tarea de administrar justicia no solo es el juez el único actor que responde a este accionar sino que lo acompañan un sin fin de organismos e instituciones que si bien no tiene la misión de decidir la causa, contribuyen a ese fin cumpliendo diferentes funciones que van desde las representativas del interés público y social, hasta la participación de los fiscales como representantes del Ministerio Público, el mismo que actúa como sabemos como órgano encargado de hacer valer ante las instancias judiciales la representación y los intereses públicos y sociales del Estado Boliviano.

El ministerio público se constituye en una magistratura constitucional muy especial debido a su independencia funcional de cualquier otro poder del Estado el mismo que goza de prerrogativas e inmunidades otorgadas por el órgano judicial sin sometimiento alguno al Órgano Ejecutivo.

Como sabemos nuestro sistema jurídico penal esta compuesto por principios, normas y leyes que regulan esa materia y sujetos administradores de dicho sistema como son los jueces penales, el Ministerio Público y la Policía Nacional. Sin embargo cabe hacer notar que la actuación tanto de jueces como de fiscales esta guiada por principios de los cuales podemos evidenciar pocos se encuentran positivados, es decir plasmados en leyes.

Esta función de los principios es cosa importante en el actuar no solo de jueces y fiscales sino de todo funcionario de la administración de justicia y no solo en la actividad jurídica propiamente dicha sino

también en la actividad administrativa. En particular quiero referirme al de análisis de demandas nuevas en el Ministerio Público, instancia que según las normas que la regulan sirve de filtro y distribuidor de las denuncias que sean aptas de persecución penal.

Si bien es cierto que dentro nuestro sistema jurídico (citar normas) toda persona capaz esta facultada para denunciar un hecho de manera oral o escrita que la misma considere delictiva, no es menos cierto que compete a los órganos de persecución penal como el Ministerio Público y la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen (FELCC) desempeñar una función de filtro, dejando pasar solo aquellos hechos que lesionen verdaderamente bienes jurídicamente protegidos penalmente, dejándose guiar para la realización de dicha función en principios como el que se trata de resaltar en el presente trabajo monográfico, *Principio de Ultima Ratio*.

Es por eso que la importancia de exponer el presente tema se refleja en las siguientes razones:

- 1.- Siempre es recomendable un control, constante de la administración y funcionamiento de un sistema jurídico y en particular del penal siendo que este impone las sanciones más drásticas.
- 2.- El Derecho Penal maneja los recursos jurídico-estatales más severos con respecto a los derechos del individuo y por esto necesita de los controles más estrictos.
- 3.- Asimismo es menester exponer o resaltar la importancia de ciertos principios que por razones de técnica legislativa no son plasmados expresamente en una ley y por lo que en consecuencia no pueden ser conocidos mas halla del ámbito doctrinal.

4.- Es necesario demostrar que la retardación de justicia de nuestro sistema jurídico penal no solo esta relacionado con el trabajo de jueces y fiscales ya sea en relación a la investigación de los hechos en si o con la realización de diferentes audiencias por parte de los jueces, sino que dicho fenómeno tiene su origen en la excesiva recepción y consiguiente conocimiento de hechos que no reúnen suficientes indicios de ser “delictivos”.

5.- Por otra parte se intentara exponer la importancia de constituir los diferentes canales de admisión de denuncias en verdaderos filtros, que eviten la actual sobre carga procesal en el sistema jurídico penal en especifico en el ministerio publico, logrando para esto reforzar el contenido del *principio guía de Ultima Ratio*.

6.- Es imprescindible reforzar el concepto y contenido del principio de *Ultima Ratio* para de este modo lograr una correcta aplicación de las normas, referentes a este principio, por parte de los funcionarios que administran la justicia en las diferentes instancias del sistema jurídico penal.

CAPITULO I.

PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO COMO LIMITE DEL IUS PUNIENDII.

I.1 DE LA UTILIDAD DE LA PENA

Primeramente, debemos tratar el tema de la sanción penal, como una forma de control social, como sabemos todos los integrantes de una sociedad encuentran su comportamiento regido por normas de diferente índole, así tenemos de orden moral, de trato social y jurídico, con el fin de resguardan un mínimo de orden social, es precisamente a este tipo de regulación que se lo conoce con el nombre de control social.

Existen dos formas de control social, por un lado encontramos al *control social informal*, constituida por todos aquellos aspectos y elementos que se encuentran en la vida diaria de las persona y que influye en su actuar respecto a la sociedad, así tenemos como elementos influyentes a la televisión, la iglesia, la escuela etc., los cuales exportan un tipo de comportamiento a las personas, sin embargo los mismo son de carácter informal ya que, mucho depende de las personas si aceptan esa influencia o lo rechazan, lo que caracteriza a los medios de control social informal, es que no cuentan con medios coercitivos para obligar a las personas a que las acepten.

También debemos resaltar otras características, como su no esquematización o nula sistematización, es decir no tienen un orden establecido para estas formas de comportamiento. Asimismo este tipo de control social no se encuentran regulados de manera expresa en

una disposición normativa ya que los comportamientos que se trata de imponer son espontáneos.

En otro extremo y con características totalmente opuestas a la anterior encontramos al *control social formal*, que se constituye por aquellos instrumentos o mecanismos con los que cuenta un Estado y que tienen el fin de controlar o regular la conducta de los integrantes de una sociedad, son de carácter formal porque se caracterizaran por encontrarse sistematizados, son de cumplimiento obligatorio y para su cumplimiento tienen la posibilidad de utilizar la fuerza.

En este contexto el Derecho de manera general y el Derecho Penal en particular, se ubican como medios de regulación de conductas formales, dentro de los mecanismos de control social formal. El Derecho Penal y la pena intentan conducir la conducta de las personas por fuera de la criminalidad, por decirlo de una manera general, criminalizando por un lado ciertas y determinadas conductas y conminando con una sanción si se incurriera en las mismas.

Ahora revisemos como el Derecho Penal pretende, atreves de la imposición de la penas, prevenir la comisión de hechos delictivos para después establecer la utilidad o no de la sanción penal.

Existen varios conceptos, que se han ido dando en el transcurso del tiempo respecto de la sanción, en un primer momento la pena era considerada como la imposición de un mal hacia otro mal, concepción que repercutiría en un concepto de castigo con relación a la pena.

Actualmente se entiende a la pena como aquella consecuencia lógica y jurídica de la consumación de un hecho delictivo, en esta perspectiva la sanción ya no se la entiende como un castigo, así se tiene del Art. 25

del Código Penal Boliviano, en el que se va observar que la sanción tiene otro tipo de finalidad como son la enmienda y la readaptación social del reo, estos fines se han convertido en los pilares que sustentan la sanción penal y bajo las concepciones del normativismo la sanción es simplemente la consecuencia jurídica que le otorga el Estado a la comisión de hecho delictivo es por eso que actualmente cuando estudiamos el tipo penal vemos que su estructura consta de dos partes un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, el primero es el delito y la sanción aplicable a ese delito es una consecuencia de la vulneración del mandato prohibido por la norma penal.

Sin embargo, la esencia y utilidad de la pena va mucho más allá de ser una simple consecuencia de la transgresión de un mandato o tipo penal, mucho se ha discutido en la historia sobre el fundamento de la existencia de las penas, sin embargo en vista de que el objeto principal del presente tema no es dicha cuestión, se hará una exposición breve de las diferentes teorías que existen acerca de su fundamento:

Teorías absolutas, esta teoría sustenta que la pena, tiene una finalidad retributiva, entendida bajo la concepción de castigo, la pena cumple una función retributiva por que se constituye en un castigo que impone una sociedad a una persona que ha atentado contra sus intereses.

Por otro lado tenemos a las *Teoría Relativas*, que a su vez se divide en dos corrientes: *Teoría Relativa de Prevención General*, esta teoría en un principio establecía, que la sanción cumplía una función intimidatoria, por el cual se buscaba que las personas, a través de la intimidación por la sanción, previniendo de esta manera que las

personas no cometieran hechos delictivos. A partir de esta teoría nacieron las penas capitales, las que tenían el fin de lograr una intimidación efectiva de las personas, y de esta manera se abstengan de cometer delitos.

Actualmente, esta teoría, reformulada en su concepción original, postula que las penas siguen cumpliendo una función de prevención general, pero no bajo la concepción de intimidación, que se tenía en un principio, sino por el contrario, cumple esta función, en base al entendido de que el tipo penal, cumple un función motivadora con respecto a la sociedad, función que consiste en que el tipo penal envía un mensaje a todo hombre, de que aquel que llegue a incurrir en una de las conductas que se encuentran prohibidas por las normas penales, serán sancionados con ciertas y determinadas penas, persiguiendo de esta manera motivar a todos los integrantes de una sociedad a que se abstengan de cometer hechos delictivos.

Teoría Relativa de Prevención Especial, esta establece que la pena no solo tiene el fin, de excluir de la sociedad a una persona condenada por cometer un determinado delito, sino más al contrario la pena en su ejecución tiene que asegurar que el reo o condenado una vez cumpla con su sanción no vuelva a delinquir, lo cual se lograra si la ejecución de la pena tiene como objetivos y fines la enmienda y la readaptación del reo a través, ya en forma específica, de la implementación de programas de educación y trabajo, alcanzando de esta manera la reinserción social efectiva del reo.

De estas últimas teorías relativas de prevención puede esgrimirse que la pena intenta ser un disuador, o sea un motivo que puede apartar a

los hombres de ciertas actuaciones pero esto no quiere decir que necesaria o fatalmente los aparte de ellas. Como cualquier motivación de la conducta por elementos de valor o sentido, la pena solo puede operar allí donde la necesidad no impone al individuo un comportamiento contrario.

Sin embargo en el mundo de la realidad las personas difícilmente podrán motivarse por normas y penas que en muchos casos difícilmente conocen y más aun será difícil motivar a las personas que por diferentes factores sociales y económicos se ven obligados a delinquir por necesidad. La pena podría motivar al hombre únicamente por fuera de la necesidad, es decir en el terreno de la libertad, es decir en el entendido de un mundo en el que los hombres vivieran en condiciones igualitarias, y esto supone que el orden social mismo no se encuentre fuera de control, pues la necesidad en que las personas viven es su propia ley y el caos no reconoce ley alguna, esto nos llevan a una conclusión esencial para el presente trabajo monográfico, **la pena cumple únicamente el papel social de ultimo dique contra el caos, cuando este no se puede evitar de otra manera**¹. En este entendido la sanción penal quizás no sea muy efectiva para prevenir que las personas incurran en la comisión de hechos delictivos, más si parece por ahora necesaria para precaver males mayores que el delito mismo, por ejemplo la preservación de un orden social, evitar la guerra de todos contra todos, ya que pensar en un mundo en que no exista personas que delincan es sin duda impensable.

¹ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, Pag. 65.

Motivarse por otro lado significa poseer la posibilidad de optar por un camino o decidir a favor de un orden común de valores sociales, pero nada de esto existe para quien se encuentra encadenado a una estatus económico y social desfavorable, es decir en el terreno de las necesidades insatisfechas que constriñen precisamente a su satisfacción elemental y primaria antes que a cualquier otra cosa. **Metafísicamente hablando podría decirse que el bien significa poca cosa para quien vive inmerso, por fuerza de las circunstancias sociales en la necesidad del mal².** Aun en condiciones sociales y económicas más o menos igualitarias el hombre puede llegar a violar las normas penales que regulan el orden social, sin esa libertad, tiene que hacerlo, es decir no tiene alternativa. La necesidad no deja elección.

Otro matiz de la motivación es que solo repercute en quien quiere motivarse pues al fin y al cabo la motivación, es decir, la opción personal de conformar la conducta a un cierto orden normativo, es una cuestión ética o moral, y en el ámbito de la moralidad todo es incoercible y autónomo, como efectivamente lo estipula una de nuestras normas constitucionales, (art. Constitución) al consagrar la libertad de conciencia. Es obvio sin libertad de conciencia, la libertad no ha comenzado o terminado.

En resumen la pena, puede no solo tratar de convencer al que quiere resguardar los valores en que se inspira, esto es, al que decide libremente resguardarlos, sino que puede apartar de ciertos comportamientos, ante todo, por el temor, a quienes no quieren, por el

² FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, Pag. 65.

motivo que sea, proteger esos valores. La motivación que la pena quiere lograr, empero, puede operar solamente en quien conoce que la pena será probablemente una consecuencia socio-jurídica de su comportamiento, a condición de que esté en condiciones de tomar libremente esta decisión y de que los males que anuncia la amenaza legal de la sanción penal representen un desestímulo o contramotivo suficiente para separarlo o hacerlo desistir de las ventajas que él espera de la comisión de un ilícito. En contra partida existen también personas, lamentablemente la mayoría, que por motivos internos o externos carece de suficiente libertad de elegir así como los que no creen en las desventajas que la aplicación de la pena les representa consistentes en el inicio de un proceso etc., o los que prefieren correr el riesgo de dichas desventajas por que considera injusta la prohibición penal o superiores las ventajas del crimen, la conminación legal de una pena criminal no le produce mayor efecto, esto es, no lo motiva algo que puede ocurrir por convicción o por conveniencia.

A lo largo de la historia la sanción penal, ha demostrado su gravedad, en la edad antigua apuntala la esclavitud, en la edad media reprimió la prensa, la difusión y discusión de ideas, en ambas épocas defendió los privilegios de unos cuantos. En la edad moderna uno de los hechos más sobresalientes se ubica en la antesala de la segunda guerra mundial, los ultrajes que cometieron los alemanes con respecto a los judíos, castigos y sanciones de diferente tipo, desde económicos, corporales privaciones de libertad, castigos capitales, sometimiento a la esclavitud, sanciones que eran impuestas solo por el tipo de religión que profesaban, condición física y racial etc.

Todo esto nos lleva a preguntarnos cual es la razón para cultivar una ciencia como el Derecho Penal, sobre todo tomando en cuenta que esta ciencia busca legitimar y racionalizar un poder de tal naturaleza como la sanción penal, “el derecho penal así concebido sería un engendro monstruoso que el resto del derecho trataría de ocultar como su capítulo perverso”³.

Es innegable como el derecho penal, y su objeto principal de estudio la sanción penal, menoscaban los derechos fundamentales de las personas, la persona sometida a un proceso penal corre el riesgo de que su vida privada sea expuesta públicamente, que su patrimonio sea menos cavado para asegurar su presencia y participación en el proceso penal, de la misma forma puede ser privado de su libertad y todo eso con el fin de sancionar su “acción supuestamente delictiva” y por otro lado para que el resto de las personas en base a este actuar ejemplificado del Estado contra una persona, nos abstengamos de cometer hechos delictivos.

Es menester recordar que todas esas medidas preventivas del proceso penal aplicadas por el Estado, son aplicadas a personas que de manera general están protegidas por el principio de presunción de inocencia. Como podemos apreciar la gravedad de la sanción penal no solo se ve reflejada en su aplicación perse, sino por el contrario también en el proceso previo a su ejecución.

Sin embargo como veremos mas adelante la verdadera función del derecho penal no solo es justificar y racionalizar la aplicación de la

³ ZAFARONNI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal Parte General, Pag. 5

sanción penal, sino mas bien tiene la función de coartarlo, contenerlo y reducirlo, ya que como sea dicho en este capitulo la existencia de la pena es necesaria para resguardar un mínimo de orden social.

Hay ya un acuerdo muy amplio en este punto: el derecho penal maneja los recursos jurídico-estatales mas severos con respecto a los derechos del individuo y por esto necesita de los controles mas estrictos. La pena criminal no solo no debe alcanzar al inocente, sino que tampoco a de afectar al culpable mas allá de su culpabilidad y tampoco mas allá de lo que es social y razonablemente necesario y útil, en cualquier caso y siempre con tal e incondicional respeto de la dignidad humana del individuo.

La pena, pues, no posee mucha capacidad para resolver conflictos o curar males sociales, aun que sin duda es expresión y a la vez conato de solución de ellos. Su eficacia como medio de control social de ciertas conductas es relativo y limitado y, en todo caso, depende del cumplimiento de ciertas condiciones previas. A este conjunto de condiciones sociales y jurídicas que deben anteceder al uso de la pena criminal se alude por los juristas bajo el rotulo de carácter subsidiario del derecho penal. Esta característica del derecho penal significa que la pena criminal solo debe utilizarse en el subsidio de otros recursos jurídicos.

Tradicionalmente se sostiene que, dada su gravedad para los derechos individuales, la pena solo debe utilizarse como último recurso, es decir, en último extremo, cuando los otros medios de control resulten insuficientes o fallidos. Esto quiere decir que la pena no solo no es ni puede ser una panacea para los males sociales, sino que su

legitimación democrática y liberal depende de que no se use innecesariamente de que no se recurra a ella sino en el caso extremo de un verdadero estado de necesidad social y cuando se trata de males sociales que definitivamente no pueden resolverse por medios más económicos, esto es, menos costosos y menos dolorosos. Si otras medidas jurídicas de derecho privado son suficientes solo es lícito acudir a ellas.

I.2 CONCEPTO Y CONTENIDO

Previamente, a desarrollar el concepto del principio de *Ultima Ratio*, es importante reflexionar en lo que se refiere al poder punitivo o ius puniendi del Estado, tradicionalmente, se suele tratar bajo este epígrafe los problemas de legitimidad del poder punitivo del Estado.

Como anteriormente se expuso, el poder punitivo se justifica por su propia existencia, es decir porque, guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada.

Con una conclusión semejante parece superfluo el cuestionar la legitimidad del poder que el Estado tiene para imponer ciertas y determinadas penas, sin embargo las experiencias habidas hasta la fecha con el Derecho Penal demuestran hasta que punto este puede ser manipulado y utilizado para reprimir derechos fundamentales de las personas y perpetuar las injusticias estructurales de un sistema, es importante no olvidar que las crisis sociales se caracterizan históricamente por soluciones graves y desesperadas, “es la huida al derecho penal”⁴.

⁴ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, Pag. 63.

En esta parte es importante recordar otra de las conclusiones líneas arriba mencionadas, el Estado acude al Derecho penal para pretender resolver los males o los conflictos sociales por medio de la pena, que de suyo es impotente para ello, el bien social no se logra por medio de la pena pues esta es coacción estatal y nadie se lo puede forzar al bien tratase de un individuo o de la colectividad.

Vistas así las cosas el poder punitivo, aun que necesario para mantener un mínimo de orden social, muestra una gravedad, reflejada en la afección a derechos fundamentales individuales, problema que desemboca, en la necesidad de limita su actuación a través de un sin fin de principios, entre ellos el de *Ultima Ratio*.

Su origen hay que buscarlo, con todas las reservas que supone buscar una fecha para el nacimiento de una idea, en ese momento histórico que suele fijarse en la Revolución Francesa y en pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en el que, por lo menos a nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado por lo representantes elegidos por el pueblo y deja de ser un derecho divino o derivado de dios o el Rey.

A partir de esa época, el Derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que solo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el imperio de la ley. Evidentemente, la vigencia plena de esta idea fue, y es todavía un deseo loable no siempre satisfecho en la práctica, pero su reconocimiento, si quiera a nivel formal, supuso ya un adelanto irreversible frente al Derecho penal del Antiguo Régimen. La

importancia de este adelanto se mostro posteriormente cuando el estado totalitario irrumpió en la esfera de lo punible de vista ético social y borrando toda idea de proporción entre el delito cometido y el castigo aplicable. La situación no ha cambiado tanto como para olvidarse ya de este problema. La excesiva intromisión del poder estatal en la esfera privada es un hecho corriente repetidas veces denunciado. El Derecho penal se ha entrado, además, en un círculo vicioso en el que el aumento de la criminalidad corre parejo con un aumento de la dureza de la represión punitiva, que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía se había salido ya definitivamente. Ante esta excesiva intromisión del poder punitivo del estado en el ámbito de los derechos individuales mas sagrados, el problema de los límites al poder estatal, límites que se basan en última instancia en la dignidad humana y en la idea de la justicia misma, sigue siendo un problema fundamental.

Con tales antecedentes nos será mas factible exponer un concepto del principio de *Ultima Ratio*. Empero aun asi es menester detenernos a determinar previamente un otro termino, como es el de "Principio", para lo cual necesitaremos fijar primero sus características para lo cual podríamos decir que los principios de manera general se caracterizan por ser:

- *Enunciados rectores*, lo que significa que un principio tiene una función de dirigir las acciones de todo aquel funcionario de la administración de justicia para llegar a decisiones mas equitativas y correctas.

- *Elementos o medios de fundamentación*, otra de las características de los principios es que cumplen una función de herramientas de fundamentación de las decisiones que los jueces y otros funcionarios llegan a aplicar para resolver un conflicto.
- *Obligatorios*, en este punto debemos aclarar que muchos principios se encuentran plasmados de manera expresa en normas y leyes determinadas, lo que hace que en un determinado caso su aplicación, si corresponde, sean aplicados de manera obligatoria. Sin embargo, por otro lado, existen otro grupo no determinado de principios, como es el principio de *Ultima Ratio*, que no gozan del respaldo de estar impresos o previstos en un determinado cuerpo legal, empero su existencia se percibe mas allá del ámbito doctrinal, en el hecho de que los mismos, inspiran normas que si bien son creadas para regular un ámbito distinto, al del principio que lo inspire, en el fondo ambos comparten un fin mismo.

La existencia de los principios como se podrá evidenciar se revela necesaria para que el Estado, desde un punto de vista político, y los jueces y funcionarios de la administración de justicia, desde el punto de vista jurídico, no cometan excesos y equivoquen sus decisiones al momento de aplicar el derecho en un caso concreto.

Vistas así las cosas, de manera general y para fines del presente trabajo monográfico, se entiende por “Principio” en el ámbito jurídico como “aquel precepto rector o enunciado básico que guía o dirige y

limita el actuar de todo funcionario de la administración de justicia, al momento de aplicar el derecho”.

Ahora dediquémonos a fijar el concepto del principio de *Ultima Ratio*, sin antes aclarar que la mayoría de autores no lo hacen, debido a que cuando tocan el tema de los límites al ius puniendi, de manera indirecta expresan la característica de *Ultima Ratio* del derecho penal.

Muchas veces el principio de *Ultima Ratio* se confunde con otras como el de legalidad, intervención mínima y subsidiariedad. El primero de ellos postula que *no hay delito ni pena sin ley previa*, lo que significa que nadie puede ser acusado por una conducta que al momento de cometerla no se encontraba tipificada como delito, de igual forma pasa con la pena, ya que solo puede imponerse penas que hayan estado establecidas en la ley con anterioridad a la comisión de un hecho, es sin duda una de las garantías con las que cuentan los ciudadanos de una sociedad para protegerse de los excesos del derecho penal.

Los dos siguientes comparten características similares con el principio de *Ultima Ratio*, como veremos el segundo de ellos el principio de intervención mínima establece que *el derecho penal debe proteger de las conductas mas graves a los bienes jurídicos mas importantes*.

El principio de subsidiariedad por otro lado establece que *en la solución de un problema debe acudirse a otras ramas del derecho menos graves que el derecho penal*. Los dos principios anteriores como veremos guardan similitudes con el concepto del principio de *Ultima Ratio* aun que postulan contenidos diferentes del derecho penal,

podemos ver que ese conjunto de principios comparten un fin común como es el de limitar el ius puniendi.

Hasta ahora hemos establecido que la pena presenta una utilidad mínima en la lucha contra la criminalidad y su afectación grave a los derechos humanos fundamentales de las personas, es en base a estas verificaciones que puede conceptualizarse al principio de *Ultima Ratio* como aquel principio que establece que: “*El Derecho Penal debe ser utilizado como ultimo recurso y solo en casos de conductas que muestren indicios suficientes de ser delictivos*”.

I.3 IMPORTANCIA DE SU CONOCIMIENTO Y APLICACIÓN POR PARTE DE TODO FUNCIONARIO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA PENAL.

Lo expresado con respecto al principio de *Ultima Ratio* en los anteriores subtítulos, reflejan por un lado que la utilidad de la sanción penal es mínima o relativa con respecto a la represión y prevención de la criminalidad, por otro lado se constituye en una de las medidas represivas más graves, con relación a los derechos fundamentales individuales, lo que hace que la aplicación del derecho penal se reserve como último recurso.

En base a lo anterior hemos definido el concepto del principio de *Ultima Ratio*, como aquel que preceptúa “AGREGAR DEFINICION”.

Lo que nos hace deducir que la importancia de este principio se ve reflejado en dos facetas:

1. Primeramente su aplicación impide que las personas involucradas, o dicho que mejor modo, conflictuadas por un

hecho que si bien puede ser concebido como ilícito, pero no delictivo, vean vulnerados sus derechos fundamentales por un proceso en primera instancia y por la ejecución misma de la pena, sobre todo si se toma en cuenta que dicho conflicto encontraría mejor solución en otra rama del derecho.

2. Por otro lado este principio en ciertos y determinados delitos, como el de estafa, debe constituir un parámetro importante al momento de admitir denuncias por hechos para su investigación por parte del Ministerio Público.

Una vez expresado la importancia del principio de *Ultima Ratio*, analicemos el elemento esencial para el funcionamiento de todo sistema jurídico, el humano, ya que de nada serviría la creación de un sistema de normas perfecto si en contra partida no existieran un conjunto de personas capacitadas para aplicar y dedicadas a poner en funcionamiento dicho sistema. Cuando uno hace alusión al elemento humano que hace a la administración de justicia, normalmente resaltan las figuras que normalmente tienen poder de decisión como jueces y fiscales en todos sus niveles de jerarquía. En ellos recae la responsabilidad de aplicar las normas en general y las leyes en particular, trabajo que de manera específica es realizado por los jueces, y en materia penal también por los fiscales, los cuales están obligados a realizar dicha labor valiéndose de diferentes herramientas interpretativas, dicha labor tiene la finalidad de encontrar el sentido y alcance de una norma, para lo cual la persona que vaya a realizar dicha labor debe tener en cuenta, el conjunto de norma que conforman

el ordenamiento jurídico del que se tratare, las aportaciones doctrinarias de los autores que hayan escrito sobre la realidad que es objeto de regulación y asimismo debe tomar en cuenta los principios que hayan inspirado la norma que se interpreta, todo ello con el fin de aplicar correctamente una ley y garantizar de esta manera un fallo o resolución correcta.

Sin embargo la administración de justicia de manera general y en particular la penal no se encuentra conformada solo por jueces o fiscales, es impensable que la labor de aquellos sea llevada a cabo solo por ellos, en la incansable tarea de administrar justicia participan un sin fin de funcionarios que si bien no tienen un poder de decisión que repercuta de manera esencial en la resolución de un proceso, sin duda los mismos coadyuvan en el alcance de un fallo correcto.

La importancia de que todo funcionario de la administración de justicia conozca el alcance de los principio en general, y en particular el de *Ultima Ratio*, resalta a la vista, ya que si por regla general son los funcionarios públicos los encargados de aplicar la ley, y para lo cual previamente deben realizar un trabajo interpretativo que con lleva tomar en cuenta, sin que sea una tarea restrictiva, los principios, eso significa que todo funcionario se constituye en un regulador vivo y no solo de papel. Con lo anterior quiero decir que todo funcionario tiene el deber de velar por el inicio y desarrollo de un proceso penal verdadero y correcto.

Cuando hago referencia a un proceso penal verdadero en este caso, hago alusión a uno que tenga por objeto un hecho que reúna los

indicios suficientes de ser delictivo, y un proceso de tal naturaleza solo puede darse si los canales de recepción y conocimiento de hechos delictivos, cumplan con un rol correcto de filtros, haciendo ingresar para su investigación solo hechos que muestren claramente delictivos.

Esta labor de regular que hace a todo funcionario de administración de justicia solo puede ser efectiva si el mismo tiene un conocimiento claro de la ley que quiere aplicar, dicha claridad en su conocimiento solo puede lograrse si paralelamente se tiene un perfecto conocimiento de todas las fuentes que ayudaron a crear dicha norma, entre las cuales se encontraran los principios. Esta en los funcionarios de la administración de justicia penal, dirigir un sistema jurídico penal menos caótico y congestionado y que no afecte derechos fundamentales de las personas.

I.4 POR UN SISTEMA PENAL MENOS CONGESTIONADO

La sanción penal como sea repetido una y otra vez en este capítulo, se presenta inútil ante la lucha contra criminalidad, ya que por un lado pretende intimidar al conjunto de la sociedad con un mensaje conminando a no cometer ninguna de las conductas tipificadas como delito ya que si lo hacen serán castigadas con una pena, mensaje que como vimos no repercute en la conciencia de las personas como se quisiera, por innumerables causas que se analizaron líneas arriba.

Por otro lado la pena se revela como la mas grave en la afectación de los derechos humanos fundamentales de las personas, esta gravedad de la sanción penal se observa en el inicio y desarrollo del proceso para su imposición como al momento de su ejecución.

En base a esa premisa hemos postulado un concepto del principio de *Ultima Ratio*, “*El Derecho Penal debe ser utilizado como ultimo recurso y solo en casos de conductas que muestren indicios suficientes de ser delictivos*”, el cual no hace otra cosa que establecer el carácter de última razón del derecho penal en base a los fundamentos ya expuestos sobre la inutilidad de la pena.

Es por esos antecedentes que el derecho penal debería ser el sistema jurídico meno congestionado en términos procesales. La obviedad de una afirmación de tal naturaleza, se evidencia con el solo relacionamiento de premisas encontradas en los mismos principios que limitan el ius puniendi. Así si el derecho penal es el último recurso al que se debe acudir para solucionar un problema y de la misma forma el derecho penal nos protege solo de las conductas mas graves y por ultima si exige que antes acudir al derecho penal se busque el auxilio de otras ramas del derecho, la consecuencia lógica debería ser que el sistema jurídico procesal penal sea el menos congestionado.

Precedentemente hemos visto la importancia de que los funcionarios públicos conozcan y apliquen los diferentes principios que limitan el ius puniendi sobre todo el principio de *Ultima Ratio* ya que la consecuencia de su desconocimiento y por sobre todo su falta de aplicación se ven reflejadas en uno de los problemas actuales del sistema procesal penal, la retardación de justicia. La misma tiene como una de sus fuentes el exceso de causas procesales en los juzgados y en el Ministerio Publico.

La falta de conocimiento y aplicación de los principios limitadores del ius puniendi, no es la única ni la más importante de las causas para

dicho mal, ni más ni menos, sin embargo creo que no por eso no merezca su debida atención.

Sin duda descongestionar el sistema penal solo se lograra solo con la colaboración y participación de los diferentes sujetos procesales en el desarrollo del proceso, sin embargo en el presente trabajo monográfico se intentara brindar un verdadero aporte para lograr descongestionar dicho sistema. Lo cual solo se lograra si se inicia un *proceso penal verdadero*. Debemos entender por un proceso penal verdadero, por aquel proceso que tiene por objeto un hecho que reúne indicios suficientes de ser delictivo, y por lo tanto de merecer la persecución penal.

Esto solo se lograra si en los diferentes canales de conocimiento de hechos delictivos, Ministerio Publico y Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen, se convierten en verdaderos filtros que solo dejen pasar, luego de un correcto análisis, solo aquellos casos que merezcan persecución penal.

Como veremos más adelante la unidad de análisis en el Ministerio Publico y la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen, es la encargada de realizar dicha labor por lo cual los funcionarios de esta unidad de análisis son los encargados de aplicar el principio de *Ultima Ratio* tomando en cuenta su concepto y contenido que conlleva. De esta manera aplicando desde un inicio los principios limitadores del ius puniendi, lograremos dar paso a procesos penales verdaderos lo cual nos permitirá un sistema penal menos congestionado.

CAPITULO II

ANALISIS DIFERENCIADOR ENTRE EL ENGAÑO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE ESTAFA Y EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO.

II.1 DEFINICION LEGAL DEL DELITO DE ESTAFA.

II.1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS.

Previamente a presentar la definición del delito de estafa, es conveniente revisar su historia, remontándonos hasta tiempos del derecho romano. En Roma, se distinguieron tres tipos de delitos, por un lado y en primer lugar encontramos al *crimen furtis* que era el hecho ilícito cometido contra el patrimonio ajeno con fraude. Se consideraba *furtum* al desplazamiento patrimonial obtenido mediante engaño, luego encontramos al *crimen falsi*, lo constituía una inmensa variedad de infracciones: falsedad de documentos, falsificación de moneda, etc.; el *stellioantus*, que comprendía a todos los delitos contra el patrimonio que osilaban entre el crimen falsi y el crimen furti. Su nombre hace referencia a un reptil que cambia de colores de acuerdo a los rayos del sol. Era considerada una infracción de menor gravedad que el crimen falsi.

Desde esa época hasta el moderno Derecho Penal, este tipo de delitos ha recorrido una larga trayectoria. En el siglo XIX, ya se patentiza la diferencia entre el crimen falsi y el *stellionatus*, como dos conceptos separados: el fraude y la falsedad, constituyendo este ultimo el fundamento para los delitos de la fe pública, mientras que el fraude se afinca definitivamente entre los delitos contra el patrimonio.

II.1.2 LEGISLACION COMPARADA.

Es necesario hacernos de un contexto del delito de estafa, analizando legislaciones penales de otros países de la región, que regulan dicho delito, para luego observar críticamente la definición hecha en la legislación nacional ayudándonos con dicho trabajo comparativo.

II.1.2.1 CODIGO PENAL ARGENTINO

Empecemos pues con el Código Penal de la Nación Argentina Ley No. 11.179, que en su Título de Delitos contra el Patrimonio, Capítulo IV titulado De Estafas y Otras Defraudaciones, regula en su Art. 172 y 173 el delito de estafa de la siguiente manera:

ARTICULO 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.*

ARTICULO 173.- *Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:*

- 1. El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio;*
- 2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;*
- 3. El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;*

4. *El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero;*
5. *El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;*
6. *El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos;*
7. *El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;*
8. *El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante;*
9. *El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos;*
10. *El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos;*
11. *El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la*

obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía;

12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los co-contratantes; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

13. El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

14. El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos. (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

15. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciera por medio de una operación automática. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un

*sistema informático o la transmisión de datos. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)*⁵

Como podemos ver el Código Penal de la Nación Argentina, define o tipifica el delito de estafa de una manera peculiar, ya que lo que resalta de a primera vista de la lectura del Art. 172, es que se especifican formas determinadas de engañar lo cual como vemos mas adelante no es muy típico.

Sin embargo el Código Penal de la Nación Argentina lo hace, por otro lado encontramos también que dicha definición no establece elementos importantes para definir el delito de estafa, como ser el doble vinculo de causalidad que debe existir entre el engaño como causa del error y de este ultimo como causa del acto de disposición patrimonial de la victima, que en la actualidad se consideran importantes para evitar que conductas del tipo de incumplimiento de contratos sean tratados como delitos de estafa.

Eso con respecto al Art. 172 de dicho cuerpo normativo, lo otro que a nuestro parecer resalta, es lo establecido en el artículo siguiente Art. 173, el cual que de alguna manera prevé un conjunto de conductas consideradas de defraudación y estafa, en concreto queremos referirnos a los tres primeros incisos:

- “1. El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio;*
- 2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le*

⁵Código Penal de la Nación Argentina Ley No. 11.179

haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;

3. El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;”

De la lectura de estos tres incisos, llegamos a establecer que en todos ellos se pretende sancionar conductas irregulares dentro una relación contractual, y sobre en todo en el inciso 2, se pretende sancionar un típico incumplimiento de contrato.

El primero de los incisos pretende prever aquellos casos en los cuales el engaño recaiga en la substancia, calidad o cantidad de una cosa, y el tercero de los incisos prevé el fraude haciendo suscribir con engaño algún documento, en estos casos nuestra crítica va en el sentido de que dichas conductas también puede ser sancionadas por el derecho civil, y no se ve la necesidad de tipificarla como conducta delictiva.

En el numeral 2 queremos hacer especial énfasis ya que es una flagrante infracción a los principios limitadores del ius puniendi, entre ellos el Principio de Ultima Ratio, ya que de manera expresa tipifica como delictiva una conducta que sin duda pertenece al ámbito civil, ya que nada en su redacción nos hace entender el porque de su supuesto carácter delictivo. La redacción de dicho inciso, hace referencia a la falta de restitución o no restitución en su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver, hasta aquí solo se mencionan conductas típicas del ámbito civil, sin embargo dicho inciso, inicia estableciendo que ese conjunto de conductas debe causar perjuicio, empero esa consecuencia de ninguna manera puede volver delictiva, el anterior

conjunto de conductas que la producen, ya que el perjuicio es una consecuencia que puede ser relevante en cualquier rama del derecho.

II.1.2.2 CODIGO PENAL COLOMBIANO

Ahora veremos el Código Penal Colombiano Ley 599 de 24 de julio de 2000, que en su título VII, titulado como Delitos Contra el Patrimonio Económico, Capítulo Tercero, tipifica el delito de estafa de la siguiente manera:

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 dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) 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 uno (1) a dos (2) años y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales vigentes.

Artículo 247. Circunstancias de agravación punitiva. *La pena prevista en el artículo anterior será de cuatro (4) a ocho (8) años cuando:*

- 1. El medio fraudulento utilizado tenga relación con vivienda de interés social.*
- 2. El provecho ilícito se obtenga por quien sin ser participe de un delito de secuestro o extorsión, con ocasión del mismo, induzca o mantenga a otro en error.*

3. *Se invoque influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servicio público un beneficio en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer*⁶.

El Código Penal Colombiano, define al delito de estafa, estableciendo, al contrario del Código Penal de la Nación Argentina, elementos como el error como consecuencia del engaño, empero no establece el doble vínculo de causalidad al que hacíamos referencia anteriormente.

Aun que no se prevé de manera expresa el elemento del perjuicio patrimonial, en la definición del delito de estafa que nos ofrece el Código Penal Colombiano, el mismo hace referencia a un provecho ilícito, por otro lado tanto en el Código Penal Argentino como en el colombiano se nota la falta de un elemento el acto de disposición patrimonial, en la tipificación del delito de estafa.

En un segundo párrafo del Art. 246, se establece casos específicos de lotería, rifa o juego, en los cuales si para obtener un provecho ilícito medio algún tipo de engaño, también se consideraran engaño.

El aporte interesante que encontramos en el Código Penal Colombiano, se refiere a la circunstancia atenuante que se establece en el mismo Art. 246, en su párrafo tercero, la circunstancia atenuante hace referencia a que si el monto estafado no supera los 10 salarios mínimos, la pena se reduce, siendo el máximo de pena en este caso solo de dos años de privación de libertad.

También se establecen circunstancias agravantes en un artículo independiente, Art. 247, los que se refieren a cuando el fraude tiene relación con vivienda de interés social, cuando un tercero se aprovecha

⁶ Código Penal Colombiano Ley 599 de 24 de julio de 2000

de un delito de secuestro o extorsión, sin que sea participe del mismo, induzca en error a otro.

II.1.2.3 CODIGO PENAL URUGUAYO

El Código Penal Uruguayo en su Capítulo III titulado Delitos contra la propiedad mueble, mediante engaño, define el delito de estafa de la manera siguiente:

Artículo 347. *(Estafa) El que con estratagemas o engaños artificiosos, indujere en error a alguna persona, para procurarse a sí mismo o a un tercero, un provecho injusto, en daño de otro, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.*

348. *(Circunstancias agravantes)*

Son circunstancias agravantes especiales:

- 1. Que el hecho se efectúe en daño del Estado, del Municipio o de algún ente público.*
- 2. Que el hecho se efectúe generando en la víctima el temor de un peligro imaginario o la persuasión de obedecer a una orden de la autoridad⁷.*

Al igual en el Código Penal Colombiano, la definición del delito de estafa que no ofrece el Código Penal Uruguayo, establece como elemento principal del delito de estafa, al engaño, el cual debe servir de causa para que la víctima caiga en error y de esta manera el sujeto activo del delito se procure un provecho ilícito. Empero al igual que el código penal anteriormente analizado, el Código Penal Uruguayo al definir el delito de estafa, no precisa el doble vínculo causal, ya que no

⁷Código Penal Uruguayo

prevé el acto de disposición patrimonial que la víctima realiza como consecuencia del error en el que cae.

II.1.2.4 CODIGO PENAL PERUANO

El Código Penal Peruano Decreto Legislativo No. 635, en su Capítulo V titulado Estafa y Otras defraudaciones, define al delito de estafa 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 reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años⁸.*

En el Código Penal Peruano también podemos evidenciar la falta del elemento de la doble relación causal, pecando por lo reiterativo, empero es necesario tener muy presente este elemento, ya que al momento de subsumir de manera correcta una conducta en el tipo penal de estafa, esta figura es imprescindible ya que gracias a ella, se puede discriminar del delito de estafa conductas como el del incumplimiento de contrato. Este vínculo de doble causalidad como ya hemos hecho referencia de manera repetida, consiste en que el engaño actúa como causa del error y este a su vez es causa del acto de disposición patrimonial que realiza la víctima.

II.1.3 LEGISLACION NACIONAL – ANTECEDENTES HISTORICOS

Como hemos visto en el apartado anterior, las legislaciones penales de países de nuestro entorno, definen al delito de estafa de manera

⁸Código Penal Peruano Decreto No. 635

similar, utilizando para tal fin elementos comunes ya sea de manera expresa o tacita.

Estos elementos pueden identificarse como ya sea hecho líneas arriba, como el error en el que cae la victima a causa del engaño, beneficio económico ilícito, perjuicio en el patrimonio de la víctima y el engaño. Sin embargo estos elementos no siempre han formado parte de la definición legal del delito de estafa, es el caso del elemento del error, el cual ha sido añadido últimamente en los códigos penales modernos. Entre los elementos que han formado siempre parte de esta definición esta el del engaño, el mismo como ya sea dicho es elemento característico de los delitos de defraudación.

Lo anterior se podrá constatar con una revisión de las definiciones de estafa que encontramos en la legislación nacional, remontándonos hasta el Código Penal Santa Cruz del 3 de noviembre de 1834, código denominado de esa forma en honor al presidente de la época que lo promulgo, Andrés de Santa Cruz.

Dicho código en su Capítulo IV titulado de las Estafa y Engaños, en su Art. 637 nos ofrece la siguiente definición del delito de estafa: *“cualquiera que con un artificio engaño, superchería, practica supersticiosa u otro embuste semejante hubiera sonsacado a otro dinero, efectos o escrituras, o le hubiese perjudicado de otra manera en sus bienes sin alguna circunstancia que le constituya verdadero ladrón falsario o reo de otro delito especial sufrirá la pena de reclusión por el tiempo de un mes a dos años y una multa de diez a cien pesos*

sin perjuicio de la mayor pena que merezca como ladrón, falsario o reo de otro delito, si justamente lo fuere”⁹.

En la definición precedente observamos dos elementos que siempre han caracterizado al delito de estafa el engaño y el perjuicio patrimonial, resaltar por una parte que en la definición precedente el elemento de engaño en sentido jurídico abarca conductas como la superchería o prácticas supersticiosas, que rayan en la irracionalidad, ya que en la actualidad, como veremos más adelante, el engaño en sentido jurídico admite como formas de engaño solo aquellas que de manera racional y en virtud de parámetros normativos del mercado sean capaces de hacer caer en error a una persona.

Por otra parte esta definición, con respecto al elemento de perjuicio patrimonial especifica los elementos sobre los cuales pudiera recaer el perjuicio, como dinero, efectos o escrituras, lo cual en la actualidad ya no se ve en las redacciones modernas de la definición del delito de estafa, ya que para designar el conjunto de bienes de la víctima, se utiliza el concepto de patrimonio.

Otro de los antecedentes con el que contamos en la legislación nacional, sobre la definición del delito de estafa, lo encontramos en el Código Penal Banzer, Decreto Ley 10426 de fecha 23 de agosto de 1972, que en su Art. 335 establece que el delito de estafa consiste en que: *“El que induciendo en error por medio de artificios o engaños, sonsacare a otro dinero u otro beneficio o ventaja económica, incurrirá*

⁹Código Penal Santa Cruz de 1834

*en privación de libertad de uno a cinco años y multa de sesenta a doscientos días*¹⁰.

La tipificación del delito de estafa que nos ofrece el Código Penal Banzer, es mas moderna, excluyéndose de la misma las formas de engaño por superchería y otras creencias irracionales, también se incluye ya elementos actuales como el error en el que cae la victima, pero aun así no determina el doble vinculo causal, lo cual no sucede por la falta del elemento del acto de disposición patrimonial que la victima realiza a causa del error en el que se encuentra y que completa la cadena de la doble relación causal.

II.1.4 DEFINICION ACTUAL DEL DELITO DE ESTAFA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La reforma de 1997, ha modificado el texto del Art. 335, del Código de 1972. La exposición de motivos, justifica esta reformulación en los siguientes términos: *“Se reformula el tipo penal de estafa tomando en cuenta que la imprecisión en la formula anterior facilito la imposición de pena a conductas que representaban simples incumplimientos contractuales de naturaleza civil, desnaturalizando la esencia de ultima ratio que caracteriza al Derecho Penal. La nueva formulación precisa la doble relación causal que debe existir para que se configure el delito de Estafa: el ardid o engaño como causa del error y el error como causa de la disposición patrimonial*¹¹.

Se ha enriquecido la definición del delito de estafa, por cuanto se introduce el hecho de que el infractor fortalezca error en otro que

¹⁰ Código Penal Banzer de 1972

¹¹ Exposición de motivos del Código Penal Ley No. 1768 de 1997.

provoque disposición patrimonial. Pero en líneas generales, se mantiene la concepción tradicional de la estafa: conseguir en sonsacamiento de dineros o ventajas ilegítima en beneficio propio o de un tercero, mediante engaño induciendo en error al sujeto pasivo.

Desde dicha reforma la tipificación del delito de estafa en la legislación penal nacional, ha quedado establecida de la siguiente manera: *“El que con la intención de obtener para si o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios provoque o fortalezca error en otro que motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero, será sancionado con reclusión de uno a cinco años y con multa de sesenta a doscientos días”*.

La definición precedente muestra un orden al momento de establecer el delito de estafa, fijando en primera instancia el dolo, fijando para ello por un lado el elemento de la intención de obtener un beneficio indebido, y por otro el elemento del engaño, y aquí resaltar el cumplimiento de una de las exigencias modernas de la doctrina, el establecimiento del doble vínculo causal que debe existir entre el engaño como causa del error y este a su vez como causa del acto de disposición patrimonial que realiza la víctima, lo que pudiera ocasionar un perjuicio en el patrimonio de la víctima misma o de un tercero.

II.2 ELEMENTOS ESPECIFICOS DEL DELITO DE ESTAFA

II.2.1 EL ENGAÑO

De acuerdo al texto del Art. 335, dos son los elementos de la Estafa: el engaño, el error, el acto de disposición de la víctima y el beneficio ilícito con daño al patrimonio de la víctima. El engaño tiene a su vez, dos

vertientes. Una subjetiva, el conjunto de maniobras fraudulentas empleadas por el autor, constituye el punto central de la teoría de la estafa. Para este autor, el ardid es el astuto despliegue de medios engañosos. Para constituir ardid, es necesario el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer a los ojos de la víctima una situación falsa como verdadera y determinante. El otro elemento del engaño lo constituye el error que causa el desplazamiento patrimonial.

El engaño es uno de los elementos principales para determinar o establecer el delito de estafa y en actualidad se considera su determinación de suma importancia en la doctrina, debido a la complejidad de las relaciones económicas.

En la actualidad se postulan distintas teorías que intentan desde distintas perspectivas, limitar o determinar que inveracidades llegan a constituirse en engaños típicos del delito de estafa. Una de ellas parte desde la perspectiva de la víctima, partiendo de una premisa; *“la idea clave de que un análisis correcto del comportamiento típico del delito de estafa debe partir de la premisa de que la víctima es responsable de su acto de disposición patrimonial”*¹². Esta teoría intenta imponer a la víctima un deber de informarse antes de realizar cualquier acto de disposición con respecto a su patrimonio.

Lo anterior por una parte, empero la doctrina actual se ha inclinado por establecer los parámetros o criterios a través de los cuales se pueda discriminar las inveracidades permitidas de las no permitidas, partiendo de la siguiente premisa: *“no toda inveracidad es razón suficiente para*

¹² Silvia Sanchez, Jesus Maria, Estudios de Derecho Penal, Pag. 138.

*hacer responsable al autor por el acto de disposición patrimonial perjudicial de la víctima*¹³.

Con lo anterior se intenta expresar que en el contexto de las relaciones económicas un sujeto puede expresar un conjunto de afirmaciones entre las cuales puede haber afirmaciones que no respondan a la realidad total empero las mismas por su inocuidad sean permitidas, ya que *“existe un ámbito de inveracidades permitidas y otra de inveracidades típicas cuyos limites deben trazarse con base en criterios normativos”*¹⁴.

En este contexto puede preverse que existan sujetos que realicen actos de disposición patrimonial perjudiciales, pero que debido a que existe un ámbito de inveracidades permitidas, dicha disposición perjudicial no pueda ser imputada al autor de la inveracidad, ya que *“la mera causación de un acto de disposición perjudicial no es razón para hacer al autor responsable del mismo”*¹⁵.

La incógnita aparece en el siguiente sentido, como determinamos que inveracidades son permitidas y cuales no permitidas, para lo cual destaca se destaca el planteamiento normativo que parte de “una concepción del comportamiento típico de la estafa como infracción de un deber de veracidad”, de lo cual se deriva la idea de que la víctima tiene un derecho a la verdad y al autor se le impone un deber de veracidad, es decir una obligación de facilitar un conjunto de información veraz.

¹³ Silvia Sanchez, Jesus Maria, Estudios de Derecho Penal, Pag. 135.

¹⁴ Silvia Sanchez, Jesus Maria, Estudios de Derecho Penal, Pag. 136.

¹⁵ Silvia Sanchez, Jesus Maria, Estudios de Derecho Penal, Pag. 136.

Sin embargo, además de fijar el criterio del deber de veracidad es necesario hacer por un lado un análisis constitucional sobre la función que cumple el tipo penal de estafa con respecto al bien jurídico que protege y por otro adoptar una concepción respecto del patrimonio. El patrimonio es concebido en la doctrina de la estafa como una fuente de poder para su titular, empero esa concepción exige un conjunto determinado de presupuestos para ello, entre los cuales esta la protección del patrimonio que sin duda daría lugar a un reconocimiento jurídico de un ámbito de libertad de la persona titular de un patrimonio. De lo anterior desde un punto de vista constitucional, el tipo penal de estafa cumple una función garantista esto es *“garantizar al titular del patrimonio cierto grado de información veraz para que su acto de disposición sea un proceso de decisión libre”*¹⁶. En el análisis de la información puede avanzarse aun mas, a saber, determinar que informaciones son relevantes, y sobre las cuales no puede recaer inveracidad alguna, para la realización de un acto de disposición. Entonces con el fin de determinar que información es relevante es necesario definir como funciona el proceso de decisión del titular de un patrimonio, este punto existe una encrucijada ya que debe decidirse, para determinar que información es relevante, si se lo hace de manera particular caso por caso o si se opta por establecer un modelo de proceso de decisión general aplicable a todo caso. En este punto la doctrina ha optado por el último criterio, el cual se caracteriza por tres cosas:

1. La racionalidad.

¹⁶ Silvia Sanchez, Jesus Maria, Estudios de Derecho Penal, Pag. 140.

2. Los factores emocionales al momento de tomar una decisión solo son relevantes si forman parte del objeto de relación económica.
3. Los juicios de valor no constituyen información.

Entonces en primera instancia hemos establecido un modelo de proceso de toma de disposición patrimonial, el cual se caracteriza por ser de aplicación general a todas las relaciones económicas en su conjunto, lo que tiene como consecuencia que *“quien opte por tomar sus decisiones de disposición con base a un modelo alternativo lo hace por su cuenta y riesgo”*¹⁷. Así por dar un ejemplo, el que decida comprar un objeto a otro en base a emociones o en base a supersticiones y no sienta su decisión en criterios e informaciones racionales no puede argüir que se le estafo.

Empero ahora debemos también tomar en cuenta que el análisis de los límites de la inveracidad permitida debe partir de la constatación del hecho de que los sujetos que “interaccionan en el mercado no disponen de toda la información necesaria para tomar sus decisiones económicas”. En un mercado con la complejidad del nuestro, a los sujetos solamente se les puede exigir un esfuerzo razonable y proporcionado a la clase de relación económica, para obtener información y con ello tomar una decisión. Lo anterior se corrobora en el sentido de que el que quisiera comprar un cierto artefacto no podrá acceder a más información de la que pueda obtener de los anuncios comerciales o del empaque que contiene el producto y hasta en esa circunstancia tal vez el sujeto no pueda comprender la información que

¹⁷ Silvia Sanchez, Jesus Maria, Estudios de Derecho Penal, Pag. 141.

tiene a la mano ya que el mismo no tenga los conocimientos científicos necesarios, *“lo cierto es que ese esfuerzo razonable y proporcionado no le baste al titular del patrimonio para acceder a todas las informaciones que necesita”*¹⁸.

Si embargo la constatación de la carencia de información y de la consiguiente necesidad de información de unos no es en si un fundamento para imponer a otro unos deberes de veracidad cuya infracción constituya en responsable de las decisiones económicas de quienes carecen de información suficiente.

Por tanto por una parte quien realiza el acto de disposición tiene la necesidad de confiar en informaciones proporcionadas por otros pues le resulta imposible acceder personalmente a todos los datos que necesita para tomar su decisión. Empero la doctrina a determinado que la razón normativa de la existencia de deberes de veracidad es la conservación de la estructura normativa del mercado, esto sin duda se compara con una de las razones para la tolerancia de la existencia de la pena, la pena existe para resguardar un mínimo de orden social, de la misma manera el deber de veracidad obtiene su fundamento en el hecho que debe conservar un mínimo de orden en el mercado y las relaciones económicas, porque de lo contrario piense en mundo en el que los que ofrecen determinados productos mintieran sobre las características de los productos que ofrecen, nadie confiaría y por ende nadie compraría nada por el temor a ser estafado, y la vida económica sería impensable, esto *“implica que se ha de conservar la estructura*

¹⁸ Silvia Sanchez, Jesus Maria, Estudios de Derecho Penal, Pag. 143.

*normativa del mercado para asegurar de ese modo la funcionalidad que el patrimonio tiene para su titular*¹⁹.

Así pues, los deberes de veracidad deben buscarse en el mercado, entendido este en un sentido normativo. Esto significa que para averiguar los deberes de veracidad de un sujeto, debe acudirse a la posición ocupada por el mismo en la relación económica y no a los conocimientos que ese sujeto tenga. En primer lugar para la definición de los deberes de veracidad de un sujeto no son relevantes ni los conocimientos especiales ni los conocimientos que el sujeto posea en virtud de la posición ocupada en otra relación económica. En segundo lugar puede decirse que quien decide intervenir en una relación económica asume los deberes de veracidad propios de esa posición. Y en tercer lugar que los límites de los deberes de veracidad no pueden definirse en abstracto, sino solamente en el contexto de una relación económica concreta.

En la definición de los deberes de veracidad pueden determinarse, por un lado mediante la posición ocupada por el autor en una relación económica estándar, es decir que aquellos deberes de veracidad que se encuentren vinculados a una determinada posición dentro la relación económica son aquellos deberes a los que no se puede faltar. En vista de la complejidad de las relaciones económicas y su dinámica puede suceder que las posiciones ocupadas por el autor y la víctima no sean permanentes, lo cual resulta en la redefinición de los deberes de veracidad, dando lugar a que el autor pueda llegar a obtener mayores deberes de veracidad que los que tenía inicialmente, actos de renuncia

¹⁹ Silvia Sanchez, Jesus Maria, Estudios de Derecho Penal, Pag. 145.

de la víctima al derecho a la verdad y actos realizados por el autor que impidan a la víctima cumplir con sus deberes iniciales de informarse.

En el primer caso el fundamento para que esos deberes de veracidad recaigan sobre el sujeto es el hecho de que este último ocupa esa posición en la relación económica, ahora bien que criterio orienta el reparto de incumbencias respecto a la averiguación de la información, se trata del criterio de accesibilidad normativa, entre el disponente y la información que necesita para tomar su decisión de disposición puede darse diversas clases de relaciones, lo cual significa que no es propio de la posición ocupada por el disponente en la relación económica el tener acceso a esa información, también podría darse el caso en que entre el disponente y la información existe una relación de accesibilidad formal en el que el disponente goza de acceso a cierta información, sin embargo el disponente no tiene los conocimientos para entender dicha información, por lo cual dicha información no debe considerarse válida para tomar una decisión puesto que al no ser entendible por el disponente no es considerada como orientación. Y por último existen casos en los cuales la víctima goza de la información que necesita y la puede entender sin embargo incumbe al mismo averiguarla.

Lo cual nos plantea de cómo determinamos que información es normativamente accesible para el disponente. Se ha impuesto el criterio que de se en estos casos se debe acudir a la mercado en sentido jurídico, lo cual implica que las reglas económicas del mercado solamente pueden tener relevancia en la determinación de la accesibilidad normativa en la medida en que estén incorporadas al sistema jurídico. Es decir que los que se debe considerar

normativamente accesible e inaccesible es mas sencilla en los sectores en los que existe una regulación o unos usos consolidados sobre las medidas de averiguación que incumbe tomar a determinados operadores económicos.

En el segundo caso, cuando los ya sea por actos del autor o de la victima se asume mayores deberes de veracidad de los inicialmente adquiridos, este caso se puede dar cuando la victima renuncia a un derecho a la veracidad y con ello libera al otro operador económico del correspondiente deber de veracidad. También puede producirse una redefinición de los deberes de veracidad mediante un acto de asunción del autor, para que exista un acto de asunción es necesario un comportamiento del autor mediante el cual este ultimo se auto vincula inequívocamente a informar mas allá de los deberes de veracidad iniciales de su posición, para ello es necesario que el autor se presente como capacitado internamente para llevar acabo la mayor prestación de información, además necesario que el autor exprese que se hace responsable de suministrar información veraz sobre ciertos aspectos de la relación económica que inicialmente no estaban dentro del ámbito de sus deberes de veracidad. En tercer lugar los deberes de veracidad pueden verse modificados por un acto del autor de bloqueo del acceso por la victima a informaciones normativamente accesibles, en este caso el autor obstaculiza a la victima el acceso a informaciones que estaban accesibles para esta ultima con tal intensidad que la victima no puede acceder a la información veraz realizando el esfuerzo que el razonable según su posición económica.

II.2.2 ERROR EN OTRA PERSONA

Se produce un error cuando a consecuencia de la acción engañosa se ha causado una suposición falsa. Para que exista error es necesario que en la víctima haya una representación mental que no responda a la realidad y en este sentido, la función del error en el tipo es restringir las conductas típicas de estafa, delimitar concretamente cuando existe necesidad de protección del bien jurídico. No hay estafa en todo supuesto en que medie engaño, sino solo en aquellos casos en los que este ha generado el error en otro. Es decir la acción engañosa debe ser causa de este error, debe existir pues una relación de causalidad entre ambos. El que el engaño sea o no causa adecuada para producir error es una cuestión que debe resolverse en atención a las diversas circunstancias concurrentes. Es suficiente con que en abstracto pueda racionalmente ejercer una influencia en el ánimo del sujeto pasivo que le mueva a hacer la disposición patrimonial. Pero también debe tenerse en cuenta la personalidad del sujeto activo, en todo caso, el sujeto pasivo ha de tener una capacidad mínima jurídicamente reconocida de disposición de las cosas, si se trata de un menor o de un enfermo mental, el engaño que determina que una persona en esta situación entregue una cosa se considera por la doctrina dominante como hurto y no como estafa. Cuando el sujeto pasivo lleva a cabo la disposición patrimonial sin error de ningún tipo, a sabiendas del engaño del que es objeto y por puro pasatiempo o libre realidad, tampoco existe estafa.

II.2.3 DISPOSICION PATRIMONIAL Y PERJUICIO

El engañado a consecuencia del error debe realizar una disposición patrimonial, es decir, la entrega de una cosa o la prestación de un

servicio, lo mismo da que consista en un hacer que en un omitir. La diferencia entre la estafa y los delitos de apoderamiento estriba en que el perjuicio se causa por este acto de disposición realizado por el propio sujeto pasivo voluntariamente, aun que con una voluntad viciada.

La disposición patrimonial del engaño debe haber producido un perjuicio en el engañado o en un tercero. Este perjuicio es de carácter patrimonial, es decir, una lesión de elementos indeterminados del patrimonio, no de este considerado como una totalidad. El perjuicio patrimonial, Cuello Calón, afirma que la falta de perjuicio no puede deducirse del hecho de que el perjudicado haya dado la cosa gratuitamente. El caso, por ejemplo, del donador que fue realmente inducido a error por el estafador. Asimismo, sostiene que el perjuicio no desaparece por el reintegro de la cantidad defraudada ya que este solo puede tener influjo en la responsabilidad civil del delito, pues el perjuicio debe referirse al momento de su comisión. El perjuicio patrimonial se presenta ante cualquier pérdida de un bien evaluable económicamente, respecto del cual, el sujeto tenga una posición que revista una cierta apariencia jurídica. Este perjuicio no abarca a aquellos bienes que no tengan valor económico. El perjuicio consiste en una lesión efectiva y económicamente valorable del patrimonio de la víctima.

II.2.4 LA DOBLE RELACION CAUSAL

De todo lo anteriormente anotado, se puede afirmar que si no media una relación entre el engaño que induce en error a la víctima y provoca el desplazamiento patrimonial, no hay estafa, este es un elemento expuesto en la exposición de motivos del Código Penal Boliviano

promulgado en la gestión de 1999, y que no tiene otra finalidad que el de evitar que figuras como el incumplimiento de contrato puedan subsumirse dentro el tipo penal de estafa, y resguardar el carácter de Ultima Ratio del derecho penal.

II.3 DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

El tema de incumplimiento de contrato es un tema que se abarca dentro de otro de carácter más general como es el de la resolución de los contratos, el cual se analiza en el contexto de la Teoría General de los Contratos. Por lo cual debemos precisar primero en que consiste la Resolución de Contratos.

La resolución es una forma de disolución, pero no de todos los contratos, sino exclusivamente de los contratos bilaterales sinalagmáticos perfectos, ya sea por incumplimiento culposo de una de las partes en la ejecución de las prestaciones, ya sea por incumplimiento no culposo, debido a una causa extraña no imputable o ya sea por excesiva onerosidad.

Solo y únicamente se puede aplicar la resolución en materia de contratos bilaterales sinalagmáticos perfectos, es decir, no puede haber resolución de los contratos unilaterales o en los contratos sinalagmáticos imperfectos, así también no puede haber resolución en los contratos de ejecución instantánea, y solo se aplica en los contratos bilaterales de tracto sucesivo o de ejecución diferida.

Por ello no debe confundirse Resolución con la Rescisión, ni Resolución con Disolución, porque la disolución surge del acuerdo mutuo de todos los que han intervenido en el contrato, en cambio la

resolución surge por el incumplimiento culposo en el que incurre una de las partes contratantes.

Por todo lo anterior podemos definir a la resolución como: *“Aquella forma especial o particular de disolución de los contratos bilaterales sinalagmáticos perfectos por el incumplimiento imputable a una de las partes, por incumplimiento no culpable o por excesiva onerosidad, que hace que el contrato quede sin efecto, unas veces retroactivamente y otras veces solo para el futuro o de lugar a otras consecuencias expresamente previstas por la ley”*. De esta definición podemos establecer que existen tres clases de resolución;

1. Resolución de contrato por incumplimiento imputable a una de las partes.
2. Resolución de contrato por incumplimiento no culposo.
3. Resolución de contrato por excesiva onerosidad.

De las cuales solo nos interesa la primera de las tres, la resolución por incumplimiento imputable al incumplido, la misma que es definida por el Art. 568 del Código Civil Boliviano, la cual establece que: *“en los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes incumple por su voluntad la obligación, la parte que ha cumplido puede pedir judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato, mas el resarcimiento del daño”*²⁰.

Como podemos ver la resolución por incumplimiento imputable al incumplido es una facultad prevista por la ley, para aquel que habiendo cumplido con su obligación, respecto a casos de contratos sinalagmáticos perfectos, pueda exigir a un juez que dicho tipo de

²⁰ Código Civil Boliviano, Art. 568

contrato quede sin efecto cuando la otra parte ha incumplido con su obligación.

El fundamento de la acción resolutoria, es decir la posibilidad de demandar a un juez la resolución de un contrato, tiene su fundamento según la teoría general de los contratos en ser una sanción para el que incumplió con su obligación y una reparación para el que cumple, de manera mas concreta el fundamento de esta acción se encuentra en la posibilidad de reparación de daños y perjuicios para el que cumple y una sanción para el que no cumple.

II.4 IMPORTANCIA DE SU TRATAMIENTO POR INSTANCIAS DE SOLUCION DISTINTAS.

Como hemos podido ver las figuras de estafa e incumplimiento de contrato son totalmente diferentes. La estafa ante todo es un hecho delictivo, se configura por el establecimiento de un conjunto de elementos entre los mas importantes encontramos al engaño, al error, al acto de disposición patrimonial, el doble vinculo de causalidad que debe existir entre dichos elementos y el perjuicio patrimonial.

Por otro lado encontramos al incumplimiento de contrato que como vimos es una figura que se la estudia como una de las causas para la resolución de contratos y que consiste en incumplir con la prestación debida ya sea de forma total o parcial.

No se entiende que muchos profesionales abogados en casos de incumplimiento de contrato acudan a instancias penales, tratando de equiparar dicha figura al delito de estafa tomando en cuenta que la sanción para el incumplimiento de contrato tiene una vía procesal o camino judicial por el cual se llega a una reparación de daños y

perjuicios por dicha conducta de naturaleza civil ya que en ultimo instancia en este tipo de casos eso es lo que se busca la reparación económica de los daños que pudieran sobrevenir por causa del incumplimiento de obligaciones específicas.

En cambio el proceso penal tiene una finalidad distinta como es el de privar de su libertad al sujeto activo del delito, si bien es cierto que en el desarrollo del proceso penal las partes, al tratarse de un tipo penal de contenido patrimonial, pueden conciliar ante el fiscal de materia, director funcional de la investigación, llegando de esta manera al mismo resultado económico, al que se alcanzaría en el proceso civil, si bien con ciertas diferencias, empero el hecho es que no se trata de por cual vía se llega con mas celeridad y efectividad al resultado querido, se trata en todo caso de respetar lineamiento doctrinales y normativos.

Entonces en este punto cabe plantearse una interrogante, cual la razón por la que en la mayoría de los casos de incumplimiento de contrato se acude a la instancia penal, sin duda de manera general las personas con problemas jurídicos, algunos de ellos con conocimiento y otros con un total desconocimiento de los plazos del procedimiento, suelen solicitar a los profesionales abogados una marcada celeridad en el tramite, por lo cual los profesionales abogados suelen recurrir a consejos nada correctos procedimentalmente hablando, sin la considerar la amenaza que representa el iniciar un proceso penal en la que intervienen de manera inmediata la fuerza publica representada por la policía.

En las personas y profesionales que inician procesos penales, a sabiendas que el hecho que motiva su acción corresponde su solución

a otra instancia del derecho, su culpa se agrava en el que evidenciamos que actúan de dicha manera sin importarles las consecuencias negativas que derivan del proceso penal.

Ahora no olvidemos cuales son las consecuencias de estas practicas, el exceso de carga procesal no solo en el Ministerio Público sino en todo el sistema procesal penal, ya que tanto fiscales como investigadores pierden tiempo y recursos en casos o investigaciones de hechos que no reúnen indicios suficientes de ser delictivos, que bien pudieran ser resueltos por otra vía.

Como dijimos la cuestión que aquí se trata, no es el tipo de estrategia que se pudiera aplicar en estrados procesales *sino se trata si se tiene la ética y conciencia suficiente para acudir a instancias de solución correctas.*

CAPITULO III.
DE LA PLATAFORMA DE ATENCION, UNIDAD DE ANALISIS Y
SOLUCION TEMPRANA DE LA FISCALIA DE DISTRITO DE LA PAZ

III.1 ANTECEDENTES NORMATIVOS.

Los primeros antecedentes normativos en los cuales se basa la creación del reglamento de la Plataforma de Atención, se remonta al año 2007, gestión en la cual el Fiscal General de República de esa época, Dr. Mario Uribe Melendres, mediante Resolución No. 141/2007 aprueba el Reglamento para el Funcionamiento de la Plataforma de Atención, Unidad de Análisis y Solución Temprana de la Fiscalía de Distrito de La Paz y la Resolución Administrativa No. 006/2007 emitida por el Cnl. DESP. Sócrates Philco Gomez, Director Nacional de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen, en las cuales se sienta los fundamentos para la creación, sistematización y organización de dicha Plataforma de atención al público, en base a los siguientes argumentos que se extraen esencialmente de la parte considerativa de la Resolución No. 141/2007: “Que, para el cumplimiento de sus fines, el Ministerio Publico de la Nación, ha visto por conveniente establecer la organización del trabajo de Plataforma de Atención, Unidad de Análisis y Solución Temprana, tanto en la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen, como en las Fiscalías de Distrito del país, a cuyo fin debe contar con un reglamento específico destinado a dar una oportuna atención a la víctimas, denunciantes y querellantes, informar de manera rápida y oportuna sobre el estado de los casos integrados al Ministerio Publico de la Nación y la Fuerza Especial de Lucha Contra el

Crimen, **asimismo canalizar la presentación de casos no penales a las instituciones publicas correspondientes”.**

III.2 FUNCIONES DE LA UNIDAD DE ANALISIS

La Unidad de Análisis, fue creada mediante el Reglamento para el funcionamiento de la Plataforma de Atención, Unidad de Análisis y Solución Temprana de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen de La Paz y Fiscalía de Distrito de La Paz, norma en la que en su punto cuarto romano, define a dicha unidad de la siguiente manera:

IV. UNIDAD DE ANALISIS

La Unidad de Análisis es la encargada de analizar, clasificar y distribuir las denuncias, querellas y actuaciones policiales a la Unidad de Solución Temprana o Divisiones de Investigación.

De dicha definición cabe resaltar las funciones que cumple la unidad de análisis, *analizar, clasificar y distribuir las denuncias, querellas y actuaciones policiales.*

Por una parte tenemos que dicha unidad tiene la función evidente de análisis de las denuncias y querellas presentadas por parte de la víctima, como veremos de manera posterior cuando analicemos las pautas que deben seguir los fiscales analistas para rechazar denuncias, esta labor de análisis tiene que ver no solo con la simple tarea de verificar el cumplimiento de formalidades que exige la ley penal para presentación de por ejemplo querellas, labor que efectivamente cumple, sin embargo el reglamento que es objeto de nuestro estudio otorga a los fiscales analistas, la posibilidad de aplicar la teoría del delito, por lo menos hasta su categoría de antijuricidad, para poder rechazar las denuncias que presenten hechos que no

reúnen suficientes indicios de ser delictivos. *En este punto podemos establecer que la unidad de análisis cumple un rol de cuello de botella, dejando pasar solo aquellos casos que merezcan ser investigados penalmente, recayendo de esta manera en dicha unidad la labor de controlar el exceso de la carga procesal en el ministerio publico, sin embargo cabe aclarar que el problema del exceso en la carga procesal no tiene como única fuente las deficiencias que se presentaran en el funcionamiento de la unidad de análisis, dicho problema surge por innumerables causas, que involucran también en una responsabilidad compartida a los otros actores en el proceso, independientemente de ello lo anterior constituye una conclusión fundamental para el presente trabajo monográfico.*

Una vez pasado el escollo de la labor de análisis, esta unidad se encarga de clasificar las denuncias que fueran presentadas y admitidas por parte de los fiscales analistas, esta función consiste en ordenar las diferentes denuncias en base a diferentes parámetros establecidos en el referido reglamento, por ejemplo, el tipo de delito que se trate, la edad de la víctima, la edad y calidad de funcionario publico del sindicato, la relevancia del hecho, el bien comprometido etc.

Y como ultima labor de dicha unidad encontramos la de distribuir las denuncias admitidas y ordenadas, a los diferentes fiscales de materia, tanto de la ciudad de El Alto, zona Central y Zona Sur de la ciudad de La Paz, así como a los fiscales que se encuentran en las provincias.

En este punto debemos referirnos a la forma en el que se encuentra organizado el Ministerio Publico para la investigación de delitos, con el fin de garantizar una investigación efectiva las Fiscalías

Departamentales que conforman el Ministerio Público, se organizan en diferentes Divisiones Especializadas en investigar determinados delitos, así por ejemplo encontramos, a la división de homicidios, que se encarga de investigar todos aquellos delitos que tienen que involucran la muerte de personas que hayan sido producidas de manera dolosa o imprudente, en este último caso cabe aclarar también que no hayan sido producidas por hechos de tránsito ya que en tal caso la denuncia se deriva a la división de tránsito. Por dar otro ejemplo también encontramos la división de menores y familia, en la que recaen todos aquellos delitos en el que la víctima sea menor de edad de 1 a 17 años y también en el que el sindicado de la misma forma sea menor de edad, empero en este caso la edad se limita de los 16 a los 17 años, ya que los menores de 16 son considerados menores infractores, que de acuerdo a la ley penal de nuestro país, en su Art. 5 la ley penal se aplicara a las personas que en el momento del hecho fueren mayores de 16 años, los que tengan una edad menor a esta última son investigados por una fiscalía especializada.

Como podemos observar la unidad de análisis cumple un rol importante al momento de poner orden y organizar el ministerio público, resaltando sobre todo la función que cumple de filtro con respecto a los casos no penales impidiendo su paso a una investigación de tal naturaleza.

Ahora es menester analizar sus funciones en particular, las cuales están previstas en el sub-punto 4.1 del reglamento ya señalado y de las cuales resaltamos las más importantes:

a) *Rechazar fundadamente las denuncias, querellas o actuaciones policiales de acuerdo a lo previsto en el Código de Procedimiento Penal y en este reglamento.* Como hemos señalado anteriormente, mas adelante veremos que un fiscal analista rechazara una denuncia, cuando la misma presente un hecho que carezca de requisitos suficientes para ser considerado delictivo. Sin embargo también observamos que este primer inciso hace referencia a que el rechazo de denuncias también debe hacerse conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Penal, sin especificar artículo alguno. Empero no cabe duda que dicha redacción hace referencia al Art. 304 relativo al rechazo de denuncia, norma a la cual puede acudir un fiscal de materia una vez terminada la investigación correspondiente. Dicha norma junto al art. 323 de la misma norma en su numeral 3), es considerada por nuestra parte, como una de las pocas que resaltan de manera indirecta el principio de *Ultima Ratio* al establecer de manera categórica que una investigación será rechazada o sobreseído cuando se evidencie que el hecho investigado no constituye delito, la referencia del reglamento de la unidad de análisis a la norma del Código de Procedimiento Penal, tiene la finalidad de que los fiscales analistas por una parte respalden sus resoluciones en dicha norma y por otro apliquen el procedimiento que establece el Art. 305 de dicho código en caso de que las partes objeten su resoluciones de rechazo.

c) *Observar las denuncias y/o querellas cuyo contenido en el relato de los hechos sea confuso o no existan los elementos necesarios para tomar una decisión sobre el caso.* Lo cual esta en relación lo previsto

en el reglamento para el funcionamiento de la unidad de análisis relativa a las pautas para el análisis de casos.

d) *Derivar las denuncias, querellas e intervenciones policiales preventivas que se presenten sobre hechos cometidos en la ciudad de El Alto, en provincias y Zona Sur con la exclusiva finalidad de facilitar la investigación y procesamiento de los casos. Esta actividad no deberá ser registrada en el sistema i3p.*

e) *Analizar y distribuir los casos a la Unidad de Solución Temprana o a las Divisiones de investigación en función de los parámetros definidos por el presente instructivo.* Como podemos observar la unidad de análisis no solo se limita a controlar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos para la presentación de las denuncias y querellas, también es responsable de determinar el ámbito territorial en el cual se desarrollara el proceso de investigación, ya sea la ciudad de El Alto, Zona Central, Zona Sur o Provincias, según el lugar en el que se haya cometido el delito.

El inciso e) encuentra relación con lo previsto por el reglamento en su punto 4.2.3 referente a los criterios para distribuir las denuncias a las diferentes divisiones de investigación, distribución que se hace por supuesto después de un análisis en base a las siguientes pautas: a) la necesidad de especialización técnica y científica en la investigación que signifique mayor esfuerzo investigativo, mayor despliegue de recursos humanos y/o materiales, b) la características del hecho sean complicadas, no exista testigos, se desconozcan los móviles, se manifiesten vinculaciones peligrosas con organizaciones criminales, asociaciones delictuosas, se ha utilizado tecnología avanzada, nivel de

planificación alto y organizado, c) cuando la víctima no es identificada y su identificación constituye un elemento más a investigar, cuando no es posible identificarla por medios tradicionales, cuando es una persona pública o cuando las víctimas son múltiples y d) cuando sea individualizado o identificado al imputado o cuando este sea una persona pública o cuando tenga otros casos abiertos o concluidos con sentencia ejecutoriada.

f) *Tipificar provisional la conducta según los hechos descritos en la denuncia. En el caso de denuncias escritas y querellas podrá modificar el tipo propuesto de acuerdo a la relación de los hechos. Esta tipificación será de carácter provisional.* En esta función podemos ver otra faceta de la labor de análisis de los fiscales analistas, como vimos anteriormente el análisis de una denuncia tiene como principal objetivo determinar en primera instancia si el hecho denunciado es delictivo, si se pasa ese escollo, según este inciso en caso de que el fiscal analista considere que el profesional abogado ha errado en la tipificación del hecho, el fiscal analista está facultado a tipificar provisionalmente el hecho. Esto adquiere relevancia en casos en los que se debe recepcionar las actuaciones de los funcionarios policiales, que pueden llegar a errar en la tipificación o en todo caso desconocen la tipificación correcta.

i) *Entrevistarse excepcionalmente con la víctima y tomar cualquier acción pertinente cuando el relato de la denuncia sea insuficiente para analizar el caso. Se entenderá por acciones pertinentes: entrevistas, preguntas, llamadas, requerimientos para examen médico forense y cualquier otra actividad que permita ampliar el conocimiento del caso a niveles adecuados para su análisis y derivación.* Este inciso conmina a

los fiscales analistas a no limitarse a la descripción del hecho, contemplada en la denuncia y querrela, ya que es indudable que el profesional abogado al momento de presentar el hecho tratara de que el mismo se adecue lo mas posible a una determinado tipo penal, lo cual se debe a innumerables causas, entre ellas podemos resaltar que lo anterior ocurre a pedido del cliente que prefiere un camino en apariencia mas rápido y efectivo que a un mas tardado y lleno de formalidades, pero que en definitiva podría arribar a la misma solución y otra de las causas sin duda es la necesidad del abogado de convencer a su cliente para lo cual alienta la dirección de un camino que no es el mas correcto, la entrevista directa del fiscal analista con la victima le daría la oportunidad de conocer el hecho de manera directa dejando de lado argumentaciones ficticias, con el fin de profundizar en el análisis del hecho denunciado, el cual debemos tener siempre presente tiene el fin de determinar en primer lugar si el hecho es apto de persecución penal, el fiscal analista puede valerse de otros medios descritos en este inciso.

m) *No dar curso a solicitudes de requerimiento sobre temas no penales. En caso de presentación de las mencionadas solicitudes o requerimientos, los mismos deberán ser encaminados a la autoridad competente.* Aun que este tipo de solicitudes son raras, es decir no se presentan con frecuencia, es importante resaltar que este inciso es otro que de manera expresa hace prevalecer el principio de *Ultima Ratio*, eso por un lado, por otro también debemos resaltar la segunda parte de este inciso en el sentido de que en esta parte el reglamento nos brinda una solución diferente a la observación y al rechazo de la

denuncia, ya que de manera clara este inciso establece que en el caso de determinar que la solicitud no tenga que ver con el ámbito penal esta deberá ser derivada a la autoridad competente, esto sin duda nos muestra de manera categórica que el funcionario publico del ministerio publico debe hacer entender al solicitante que ante la imposibilidad de solucionar el problema en el ámbito penal, existen otras ramas del derecho en las cuales puede encontrar auxilio.

III.3 PAUTAS ESTABLECIDAS PARA EL ANALISIS DE CASOS

4.2.1. PAUTAS PARA EL ANALISIS DE CASOS

Los fiscales analistas a momento de recibir el caso deberán revisar y analizar los hechos, sus circunstancias, las partes involucradas y antecedentes (indicios y evidencias existentes) para tomar una decisión fundamentada sobre el caso y de acuerdo a estos adecuar provisionalmente la conducta a un tipo penal. Las decisiones a ser asumidas podrán ser:

- 1. Rechazos. El fiscal analista rechazara fundadamente previo aviso al juez, las denuncias, querellas e intervenciones policiales preventivas que, de acuerdo al análisis de los hechos y sus circunstancias:*
 - a. El hecho no sea delito o no este tipificado como tal (incumplimiento de contratos, anticresis, alquiler, conflictos de familia, etc.)*
 - b. Exista un obstáculo legal para la persecución del mismo (privilegios constitucionales Art. 393 CPP).*

2. *Observaciones y complementaciones. El fiscal analista observara y requerirá la complementación respectiva en los siguientes casos:*

- a. *Donde exista confusión y/o contradicción en el relato de los hechos y su contenido.*
- b. *En los que el contenido de las denuncias y querellas estén integrados exclusivamente por valoraciones, siendo imposible la identificación de los hechos.*
- c. *Aquellos donde no conste la firma del denunciante o impresión digital y la firma del funcionario que recepcione la denuncia; no se especifique claramente el domicilio (real, trabajo o procesal) de la victima a fin de dar efectivo cumplimiento a la comunicación de las resoluciones del avance del proceso en cumplimiento al num. 1) del Art. 163 del CPP.*

En el presupuesto de que no exista la firma del denunciante, se consideraran los hechos relatados como noticia fehaciente para el inicio de las investigaciones de oficio. Las observaciones a las denuncias (verbal o escrita) deberán ser subsanadas por parte del denunciante en un plazo no mayor a 48 hrs., bajo alternativa de realizarse el rechazo respectivo.

La observación deberá ser registrada en el sistema i3p.

Si la parte interesada no se apersona en un lapso de 30 días el fiscal analista procederá a remitir los antecedentes al archivo central de la Fiscalía o FELCC.

Como hemos resaltado en el anterior subtítulo, el trabajo de análisis de los fiscales analistas con respecto a los hechos que se denuncian tiene como principal objetivo el determinar si dichos hechos son susceptibles de persecución penal, lo cual implica que al menos el hecho denunciado reúna tres de las cuatro categorías de la teoría del delito, acción, tipicidad y antijuricidad. De dicha conclusión puede saltar la pregunta de como sería posible afirmar o verificar tales elementos de la sola lectura del memorial de denuncia o querrela y hasta de la entrevista con la víctima si fuera posible, y es que la complejidad de tales categorías no puede ser verificada sino es con una investigación, sin embargo con lo anterior no se trata de aseverar que en la mayoría de las denuncias la verificación de las categorías de la teoría del delito sea sencilla o se logre y se restrinja de la sola lectura del memorial de denuncia. En la mayoría de los delitos la verificación de las categorías de la teoría del delito no se logra sino a través de una investigación especializada, empero de la misma forma existen casos en los que dadas las circunstancias en las que ocurrió el hecho, en las mismas resalta la falta de estas tres categorías.

Eso por un lado, por otro lado los principios limitadores del derecho penal deben ser otro parámetro importante en el análisis de casos hecho por los fiscales analistas, ya que su importancia se destaca sobre todo en esta instancia previa al inicio propiamente dicho del proceso penal.

Lo anterior se corrobora en el mismo reglamento que regula las funciones de la unidad de análisis, cuando en su punto 4.2 establece de manera expresa en que casos se deben rechazar las denuncias, y

entre ellos se encuentra el incumplimiento de contrato, entonces en el proceso de análisis si se llega a establecer que el hecho denunciado no es delito, el fiscal analista debe tener siempre en cuenta el carácter de *Ultima Ratio* del derecho penal para argumentar el rechazo del caso.

Sin duda la teoría del delito y los principios limitadores del derechos penal en especial el principio de Ultima Ratio, son los parámetros y pautas para el análisis y determinación de cuales son los casos mas aptos para su persecución penal, empero reconocer cuando se esta en presencia de un incumplimiento de contrato también implica una obligación para el fiscal analista tener conocimiento sobre ese tema.

III.4 IMPORTANCIA E INSUFICIENCIAS DE LA UNIDAD DE ANALISIS

La unidad de análisis desde su creación en la gestión 2007 viene cumpliendo de acuerdo a la lectura de su reglamento que regula su funcionamiento, un rol de distribución y filtro de las denuncias presentadas en el Ministerio Publico y en la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen.

En el subtítulo referido a las funciones de la unidad de análisis observamos que entre las diferentes funciones de esta unidad, resalta las funciones señaladas líneas arriba, su importancia es indudable desde el punto de vista de la organización con respecto a la cantidad de delitos a investigar.

Como ya se expreso, en la investigación de delitos el Ministerio Publico se organiza en diferentes Divisiones especializadas que se encargan de investigar determinados grupos de delitos, por lo que en su tarea de

análisis el fiscal analista se encarga de encaminar las denuncias a la división especializada que corresponda de acuerdo al delito de que se trate.

Sin duda en términos organizativos la unidad de análisis cumple un rol destacable, empero en el presente trabajo monográfico resaltamos su función, no reconocida expresamente en el reglamento que la regula, de filtro, de dique que impide el paso de casos de naturaleza no penal, sin embargo en el cumplimiento de esta función también radica su deficiencia.

La principal deficiencia de la unidad de análisis la puede experimentar en el transcurso del trabajo dirigido que mi persona realiza en calidad de pasante en la División Económicos y Financieros de la Fiscalía Departamental de La Paz, en dicha oportunidad pude observar tres hechos, 1) que de la revisión de los libros de demandas nuevas de las gestiones 2010 y 2011 se pude evidenciar que la mayoría de dichas denuncias eran por delitos de estafa, 2) que la mayoría de las denuncias antes referidas, en su parte de relación de hecho hacían alusión a una relación contractual existente entre el denunciante y el sindicato y 3) los denunciantes basaban el engaño (elemento propio del tipo penal de estafa) realizado por el sindicato en el incumplimiento del contrato por parte del mismo. Si tomamos en cuenta la cantidad de denuncias hechas por este delito con las características líneas arriba referidas significa la inversión de tiempo y trabajo de fiscales e investigadores en hechos denunciados que por sus características no son delictivos, ocasionando de este modo que no se de la debida

atención a la investigación de hechos que si presentan indicios suficientes de ser delictivos.

Revisando el proceso que se sigue para la recepción de denuncias nuevas se tiene que dentro la estructura que conforma dicho proceso encontramos a los fiscales analistas que son aquellos funcionarios que una vez recepcionada una denuncia, los mismos tienen la obligación de verificar en primer lugar que el hecho que se denuncia es delictivo y segundo que la tipificación hecha por el denunciante sea la correcta, en el primer caso el fiscal analista tiene la facultad de rechazar el caso y en el segundo observar la denuncia y disponer su corrección.

A primera vista la principal deficiencia de la unidad de análisis se encuentra en que no se constituye en un verdadero filtro contra hechos no penales, lo que se corroborara en el siguiente punto con datos estadísticos respecto a la cantidad de investigaciones iniciadas por delitos de estafa que en el trasfondo se tratan de incumplimientos de contratos.

III.5 FUNDAMENTOS CUANTITATIVOS DE LA INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO EN EL ANALISIS DE DENUNCIAS NUEVAS POR DELITOS DE ESTAFA.

El exceso en la carga procesal del Ministerio Publico, con respecto a las investigaciones iniciadas por delitos de estafa que tienen un trasfondo de incumplimiento de contrato, no se puede demostrar sino por datos estadísticos.

Cabe aclarar que los datos numéricos, que se presentaran a continuación, se circunscriben a las investigaciones asignadas a dos Divisiones especializadas en delitos económicos y financieros, su

obtención se justifica por el trabajo dirigido realizado por el suscrito universitario en dichas divisiones.

Asimismo los datos que de ellos percibiremos deben considerarse como una muestra de lo que sucede en dos de las innumerables divisiones que atienden delitos de estafa, y que representan a un universo mayor de las divisiones de económicos y financieros en su conjunto.

Ahora bien, presentaremos dichos datos desde dos puntos de vista, por un lado expondremos la cantidad de investigaciones iniciadas por delitos de estafa desde una gestión después del año en el que se reformulo el Art. 335 del Código Penal hasta la gestión 2007, y por otro presentaremos la misma categoría de datos pero a partir de la gestión 2007, gestión en la que se aprobó y se implemento el reglamento que regula el funcionamiento de la unidad de análisis hasta la gestión 2011. La justificación de la elección de estas dos fechas se halla en su significación para el presente trabajo monográfico, en primera instancia la reforma del Código Penal en la gestión de 1999, de manera concreta en el Art. 335 que tipifica el delito de estafa con el fin de evitar que figuras como el incumplimiento de contrato sean subsumidas dentro este tipo penal, como señalamos en el capítulo correspondiente, todo esto con el fin de resaltar el carácter de *Ultima Ratio* del derecho penal. Con respecto a la creación, en la gestión 2007, de la Plataforma de Atención, Unidad de Análisis y Solución Temprana de la Fiscalía de Distrito de La Paz, sin duda es un hecho inédito, la conformación de un filtro de tal naturaleza que tiene la función de impedir el paso para su investigación de hechos no penales, es un avance en la protección de

los derechos fundamentales de las personas con respecto de los abusos que pudiera llegar a cometer el sistema jurídico penal.

Antes de analizar los datos numéricos, debemos hacer algunas aclaraciones primero se debe tener en cuenta que se tomo en cuenta tres tipos de delitos, la estafa, los delitos de falsedad entre los cuales se encuentra la falsedad material, la ideológica y el uso de instrumento falsificado y por ultimo el estelionato. Lo anterior se justifica, ya que estos tres tipos penales son los que mayormente son investigados. Entonces en primer lugar presentaremos la cantidad de delitos de estafa, primero por gestiones y luego el total, que se encontraban en investigación.

DELITO	Cantidad de delitos en investigación de las gestiones 2001 - 2007	Cantidad de delitos en investigación de las gestiones 2008 – 2011	TOTAL
ESTAFA	242	346	588

El numero total que se ve en el cuadro, no pretende significar que todas las investigaciones que tiene por objeto el delito de estafa, sean todas también por incumplimiento de contrato, sin embargo de los formularios de casos que se obtuvieron de los expedientes de algunos casos, que se encontraran en la parte de anexos, nos revela que muchos de los casos que representa el numero total que se ve en el cuadro precedente, tienen por trasfondo esta figura civil de incumplimiento de contrato. Con lo cual se pretende probar la deficiencia de la unidad de análisis, la inaplicabilidad del principio de

Ultima Ratio y en consecuencia el exceso en la carga procesal en el Ministerio Publico.

Ahora se presentara la cantidad de investigaciones por delitos de falsedad y estelionato, para tener un punto de comparación, para establecer la influencia de las investigaciones por delitos de estafa con trasfondo de incumplimiento de contrato, en las investigaciones por delitos de falsedad y de estelionato.

DELITOS	Cantidad de delitos en investigación de las gestiones 2001 – 2011
FALSEDAD	649
ESTELIONATO	161
TOTAL	810

Como podemos ver la cantidad casos en etapa de investigación por delitos de falsedad y estelionato es un tanto superior a los casos en investigación por delitos de estafa empero la diferencia entre ambos no están tanta, lo cual nos lleva a concluir que la influencia en el tiempo de trabajo y recursos invertidos por fiscales e investigadores, por las investigaciones que tiene por objeto el delito de estafa es importante, lo cual justifica que se refuerce los filtros como la unidad de análisis y se cree en el interior mismo del Ministerio Publico segundos diques que impidan la entrada de hechos no penales.

CAPITULO IV.
POR LA CREACION DE NUEVOS FILTROS Y SU INTRODUCCION
EN EL REGLAMENTO DE ATENCION, UNIDAD DE ANALISIS Y
SOLUCION TEMPRANA DE LA FISCALIA DEPARTAMENTAL DE
LA PAZ.

IV.1 RESGUARDAR EL CARÁCTER DE ULTIMA RATIO DEL DERECHO PENAL ES LABOR DE TODOS.

Evidenciar que la unidad de análisis tiene serias deficiencias en su labor de análisis de denuncias nuevas por delitos de estafa con trasfondo de incumplimiento de contrato, como se vio con anterioridad, se refleja en la infracción flagrante del principio de *Ultima Ratio* y su principal consecuencia el exceso en la carga procesal del Ministerio Publico.

Esta situación se vuelve insostenible en el actual estado de las cosas, no se puede seguir permitiendo que se deje de lado y se ignore los limites que con toda racionalidad se ha impuesto al derecho penal, lo cual exige que se fortalezca la unidad de análisis. Puede suceder que lo anterior sea realizado de manera intencional pero existe también la posibilidad que suceda por ignorancia y falta de conocimiento sobre la importancia de los limites del derecho penal, lo cual derivaría en que muchos funcionarios por error no hicieran uso de dichos limite, como ya dije puede que la falta de aplicabilidad del principio de *Ultima Ratio* no sea intencional, sino por el contrario se deba a un error en ciertos casos en la labor de análisis y determinación de si un hecho reúne o no medios suficientes de ser delictivo, por lo que dicha labor no debería ser una labor restrictiva de los fiscales analistas. Dicha labor debería

ser compartida por todos los fiscales de materia en sus diferentes grados jerárquicos.

Si deseamos hacer un parangón con la teoría del delito, que por excelencia es uno de los diques con los que cuenta el derecho penal para impedir que hechos no penales sean tratados en el ámbito penal, la misma cuenta con cuatro categorías, cada una de las cuales a su vez sirven de filtro, doctrinales o teóricas por las cuales debe pasar y determinar si un hecho se constituye en un delito. Como podemos ver la teoría del delito no solo cuenta con un filtro esta constituido por varios, de la misma forma en el Ministerio Público la labor de resguardar el carácter de *Ultima Ratio* del derecho penal no debería recaer solamente en la unidad de análisis y en consecuencia en los fiscales analistas, dicha labor debería recaer sobre todo fiscal de materia.

Sin embargo mas allá del Ministerio Público, y de los funcionarios de la administración de justicia penal, también encontramos los ciudadanos en general y a los profesionales abogados que en todo caso son los que deciden presentar denuncias por delitos de estafa con trasfondo de incumplimiento de contrato, cuando bien podrían optar por vías de solución menos gravosas y mas pacíficas.

IV.2 POR LA CONSTITUCION DE UN SEGUNDO FILTRO EN LOS FISCALES DE MATERIA.

Establezcamos pues el procedimiento que se sigue con respecto a las denuncias nuevas, en primer lugar toda denuncia es recepcionada, la cual pasa a manos de un fiscal analista, el cual tiene la obligación de analizar los hechos denunciados, para luego determinar su admisión o

rechazo, en caso de admisión, la denuncia es admitida y sorteada a la división que corresponda en la cual el fiscal de materia que estuviera a cargo dispondrá el inicio de la investigación y el aviso al juez de tal extremo.

En esta visión de que todo fiscal debe resguardar el carácter de *Ultima Ratio* del Derecho Penal, para evitar la afección de derechos fundamentales justifica la propuesta que a continuación se presentara: Como vimos en la descripción del procedimiento que se sigue para la recepción de una denuncia hasta su conocimiento por el fiscal titular de la investigación, el primer filtro con que se encuentra toda denuncia y en especial las iniciadas por delitos de estafa, es la unidad de análisis la cual puede llegar a fallar en esa función de filtro dejando pasar hecho no penales.

En caso de admisión de una denuncia de tal naturaleza, no encuentra oposición alguna en el procedimiento subsiguiente. Por lo cual se propone que en estos casos los fiscales de materia titulares de la investigación propiamente dicha, realice también una labor de análisis y determinativa de si la denuncia que paso a su conocimiento merece la persecución penal antes de requerir el inicio de la investigación.

En segundo lugar, en el contexto de esta propuesta el fiscal de materia cuando determine que la denuncia de la cual tiene conocimiento, no merece persecución de penal, porque llego a la conclusión de que la misma describe hechos que no reúnen indicios suficientes de ser delictivos, el mismo puede disponer su devolución al fiscal analista para su rechazo o se encamine el mismo a la instancia correspondiente. Sin duda la constitución de los fiscales de materia en

segundos filtros, significa un doble control para denuncias que debido a un error llegaron a pasar a conocimiento de los fiscales de materia para su investigación cuando esa circunstancia no correspondía.

Sin duda, la introducción de este procedimiento, en el Reglamento de la Plataforma de Atención, Unidad de Análisis y Solución Temprana, posterior a la labor de análisis por parte de los fiscales analistas, llegaría a evitar que fiscales e investigadores inviertan tiempo y recursos en casos que deberían buscar su solución en otras ramas del derecho. Creemos que de considerarse su introducción, la ubicación mas apta tendría lugar dentro del punto 4.2 concerniente a las Pautas para el Análisis, Sorteo y Distribución de Causas. Y la redacción de la norma debería ser la siguiente:

4.2.2 ANALISIS DE CASOS POR PARTE DE LOS FISCALES DE MATERIA

Los fiscales de materia podrán también realizar una labor de análisis de casos que les sean asignados, antes de requerir el inicio de la investigación y dar aviso al juez.

Si como resultado del análisis el fiscal de materia determinara el rechazo del caso por alguna de las pautas previstas en el punto 4.2 del presente reglamento, remitirá los antecedentes a la unidad de análisis, mediante requerimiento, la cual se encargara de determinar la baja del sistema i3p la denuncia rechazada.

Los fiscales de materia que determinen el rechazo del caso, deben emitir el requerimiento y remitir los antecedentes del caso a la unidad de análisis en el día.

El requerimiento mediante el cual se determine el rechazo del caso, debe contener de manera general la información de las partes, de manera puntual debe exponer los motivos por los cuales se considera que el hecho denunciado no constituye delito.

CONCLUSIONES

- La sanción penal se muestra inútil en la lucha contra la criminalidad, la función motivadora que cumple se evidencia ineficaz en la conciencia de los ciudadanos ya sea por que desconocen la ley que la impone o desconocen la sanción misma, o porque simplemente se muestran indiferentes ante la misma. Por otro lado la pena como repetidas veces sea expuesto en el presente trabajo monográfico, en el presente trabajo monográfico, en el desarrollo del proceso para su imposición y después en su ejecución afecta derechos fundamentales de los sometidos al proceso penal, muy a pesar de las anteriores conclusiones la pena es necesaria para solo para resguardar un mínimo de orden social.
- Lo anterior nos hace pensar que ante la solución de un problema el derecho penal es la rama del derecho menos adecuada para llegar a un buen termino de manera civilizada es por eso que ante todo siempre debemos apuntalar su carácter de *Ultima Ratio*. Lo que se conseguirá, solo si el conjunto de funcionarios de la administración de justicia conocen el concepto, contenido e importancia del principio de *Ultima Ratio*.
- La importancia de este principio, se constituye en uno de los medios por los cuales se evita que las consecuencias negativas del derecho penal recaigan o afecten los derechos fundamentales. Por otro lado el principio de *Ultima Ratio* se constituye en un parámetro que debe ser toma do en cuenta al

momento de fundamentar el rechazo de una denuncia por considerar que la misma no tiene asidero en el ámbito penal.

- Que las figuras de la estafa e incumplimiento de contrato son totalmente diferentes y que el reconocimiento de la importancia de solucionarlas por instancias procesales distintas es una labor que incumbe tanto a la ciudadanía, a los profesionales abogados y al conjunto de la administración de justicia penal.
- Que la creación de la unidad de análisis, es un hecho inédito y que su logro es uno de los principales puntos para reforzar el carácter de *Ultima Ratio* del derecho penal, ya que su principal función es determinar, a través de una labor de análisis, que denuncias presentan verdaderos hechos delictivos.
- Empero de la misma forma se debe reconocer sus graves deficiencias, lo cual se comprueba a través de los datos sobre la cantidad de denuncias por delitos de estafa que tienen un trasfondo de incumplimiento de contrato, lo cual es una flagrante infracción de principio de *Ultima Ratio* y verdadera afectación de los derechos fundamentales de las personal involucradas en un proceso de investigación por supuestos hechos “delictivos” descritos anteriormente, cuando su solución podría buscarse por vías mas pacificas.
- Que la admisión de denuncias de tal naturaleza se convierten en una de las causas para el exceso de carga procesal en el Ministerio Publico y en el sistema jurídico penal en general, ya que fiscales e investigadores “invierten” tiempo y recursos en investigaciones de hechos no penales, cuando los mismos

podrían ser aplicados procesos penales verdaderos que tengan como objeto un hecho que reúna suficientes indicios de ser delictivo.

- Que en consecuencia la solución que se plantea en el presente trabajo monográfico, es el respaldo de la unidad de análisis a través de la constitución de un segundo filtro en los fiscales de materia encargados de la investigación propiamente dicha, los mismos que podrán rechazar el caso en el mismo momento que conozcan de la denuncia por delitos de estafa pero que tengan o muestren características evidentes de ser solo incumplimiento de contrato, lo cual solo se lograra con su incorporación al reglamento que regula el funcionamiento de la unidad de análisis.

RECOMENDACIONES

- Que de manera institucional el Ministerio Público organice cursos, charlas y foros, resaltando la importancia del carácter de *Ultima Ratio* del derecho penal, a través de la exposición de las consecuencias negativas de la pena en los involucrados en un proceso penal.
- Que se realice una revisión de las denuncias en procesos de investigación, por delitos de estafa, para determinar si las mismas reúnen indicios suficientes de ser delictivas, caso contrario encaminarlas a las instancias correspondientes no penales, como se establece en el mismo Reglamento de la Unidad de análisis.
- La creación de procedimientos disciplinarios que tengan como causales justamente el dejar ingresar para su investigación hechos para los cuales no procede la persecución penal, imponiendo sanciones a fiscales analistas y de materia, lo cual en el actual estado de las cosas se convierte en una necesidad en vista de los derechos constitucionales que se afectan en un proceso penal que no tiene por objeto un hecho que por sus características merece recibir una solución de otra rama del derecho.

ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA

1. MUÑOS CONDE, Francisco, Derecho Penal Parte General, Quinta Edición.
2. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal Parte General, Edición 2007-2008.
3. MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Edit. Tirant Lo blanch 1989.
4. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, Concepto y Límites del Derecho Penal, Edit. Temis, 2da. Edición.
5. JIMENEZ DE AZUA, Luis, Derecho penal Fuentes
6. COBO DEL ROSAL, M., Derecho Penal Parte General
7. OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., República de Argentina.
8. GARCIA VALDEZ, Carlos, Diccionario de Ciencias Penales, Madrid – Edisofer 2000.
9. SILVIA SANCHEZ, Jesús María, Estudios de Derecho Penal, Edit. E.I.R.L. Ed. 2005.