

EDGARDO ALBERTO DONNA

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Tomo II-B



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES

EDGARDO ALBERTO DONNA

Antiguo becario de la Alexander von Humboldt Stiftung
Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Tomo II-B

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Tucumán 2644 – Tel. (0342) 455-5520 – S3000CAE Santa Fe

Arturo M. Bas 284 – Tel. (0351) 428-4418 – X5000



RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.
Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

PRÓLOGO

El presente volumen trata de los delitos contra la propiedad, y he intentado abarcar todos los tipos penales que se encuentran en el Código Penal argentino.

Como siempre, debo agradecer la colaboración de abogados de mi cátedra, que han trabajado en diversas partes de la obra, haciendo más fácil el armado y la corrección final.

En los artículos 162 a 171 inclusive, han trabajado MYRNA LEÓN y MARÍA LUCRECIA SANMARTINO. El delito de estafa del artículo 172 se trata de una investigación que venimos realizando con JAVIER DE LA FUENTE, que podría tener independencia, y que Javier ha aceptado que sea parte de esta obra general. Igual caso es el del artículo 173, inciso 11, en donde GUSTAVO GOERNER consintió en incluir parte de una investigación que estamos realizando desde hace tiempo. En los incisos 1º a 10 del artículo 173 ha trabajado MERCEDES RUBIO, y, para finalizar con este largo artículo, FEDERICO MAIULINI aportó lo suyo en los nuevos incisos 12 a 14. En el artículo 174, MARÍA DEL ROSARIO PICASSO, y en el artículo 175, LAURA ASTENGO. NATALIA BARBERO lo ha hecho en los artículos 175 bis a 185, respectivamente. ANDREA BARTOS colaboró en la confección y traducción de trabajos del alemán, especialmente en los delitos de estafas y otras defraudaciones.

Invierno de 2001

E. A. D.

TÍTULO VI

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

SUMARIO: I. El bien jurídico protegido. 1. Los diversos criterios de patrimonio. a) Concepción jurídica. b) La concepción económica. c) La concepción mixta. d) El llamado concepto “personal” de patrimonio. II. Diferencia entre los tipos penales esenciales.

I. El bien jurídico protegido

El Código Penal, en el Libro II, Título VI, ha adoptado como bien jurídico general para todos los tipos penales de ese título el término propiedad, que tiene una serie de *problemas*, como se verá, que van desde lo terminológico hasta lo conceptual, de manera que no es del todo adecuado, principalmente porque la voz *propiedad* no tiene un concepto unívoco para el Derecho sino todo lo contrario, es decir, es utilizada con diversas y distintas acepciones.

En el Derecho Romano, *propiedad* y *dominio* eran sinónimos, de allí que nuestro Código Civil, en su artículo 2506, equipare ambos términos, definiendo el dominio como “...el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”, y agregando posteriormente –artículo 2513– que: “Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”. Pero una simple compulsión de los tipos penales incluidos en este título nos muestra que se protegen en él diversas situaciones que nada tienen que hacer con el derecho de propiedad en aquel sentido estricto¹.

¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 184.

Por ejemplo, en la frustración de los derechos originados en una tenencia acordada (o “hurto impropio”), prevista por el artículo 173, inciso 5º, el dominio no sufre lesión alguna, puesto que quien sustrae la cosa es precisamente su dueño. Entonces, lo que se tutela, en este caso, es la tenencia, y no el dominio en el sentido del Código Civil.

Del mismo modo, los hechos constitutivos de los delitos de quiebra fraudulenta o culpable, consignados en los artículos 176 y 177 del Código Penal, tampoco importan un ataque al derecho de propiedad de los acreedores, sino, más bien, a su derecho a la intangibilidad de los bienes con los que el deudor habrá de afrontar sus deudas.

Por último, recordemos que el artículo 181, inciso 1º del Código Penal, al castigar la usurpación por desalojo, protege la simple posesión o la tenencia, sin que aparezca afectado, en estas hipótesis, el derecho de dominio².

Diversos autores³ han sostenido que la palabra propiedad está tomada, en la ley penal, con el mismo alcance con que la emplea el artículo 17 de la Constitución Nacional. Esto es, no sólo dominio, sino también todo tipo de derecho patrimonial, y más aún hechos, incluyendo a la tenencia aunque ésta sea precaria. Núñez afirma al respecto que “la propiedad, como bien jurídico protegido por el Código Penal, no es la propiedad o dominio del Código Civil (art. 2506). El dominio es un derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona. El Código Penal le confiere a la propiedad una extensión mucho mayor”⁴. Y agrega que no sólo se protege el dominio, propiamente dicho, sino otros derechos reales, derechos personales, derechos administrativos y “la vinculación de hecho entre una persona y las cosas, de posesión y tenencia”⁵. Por lo que, sostiene Núñez, el bien jurídico es la propiedad, en el sentido que le confiere la Constitución Nacional, “la cual le reconoce a toda persona el derecho de usar y disponer de su propiedad. Esta propiedad comprende, tratándose de los delitos contra ella, todos los

² MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 184/185.

³ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 176. En el mismo sentido, CREUS, ob. cit., t. 1, p. 409.

⁴ NÚÑEZ, Ricardo, *Delitos contra la propiedad*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 7.

⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 8.

intereses apreciables que una persona física, jurídica, privada o pública, tiene fuera de los derechos de la personalidad, de los derechos de familia y de los derechos políticos que, con arreglo a su naturaleza, le pueden corresponder”⁶.

Por eso hay que recurrir a la Corte Suprema de Justicia, cuya jurisprudencia ha reseñado Noailles⁷, que entiende que el término propiedad, utilizado en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, ampara a todo el patrimonio, incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales e inmateriales, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo y de su vida y libertad⁸. Entre ellos, los derechos emergentes de una concesión de servicios públicos o del uso de un bien público, como una sepultura, o los derechos emergentes de los contratos⁹.

Se ha dicho que, para el Código Penal, la propiedad comprende al conjunto de bienes que posee una persona y que integran su patrimonio; pero, como los tipos penales del título tienden a disminuir el patrimonio, integrado a su vez por el activo y el pasivo, el Derecho Penal protege la parte activa del patrimonio¹⁰.

Como adelantamos, nosotros entendemos que el epígrafe, al emplear el término *propiedad*, ha incurrido en una inexactitud terminológica, denunciada ya desde antiguo por la doctrina¹¹, mientras que el vocablo *patrimonio*, utilizado en otras legislaciones, como la italiana, suiza, española (1995) y alemana, entre otras, aparece como más adecuado.

De todas maneras, la materia hace inevitable que el título esté salpicado de términos provenientes de otras ramas del Derecho (cosa mueble, inmueble, propietario, quiebra, concurso, etc.), lo que convierte

⁶ Ídem nota anterior.

⁷ VALIENTE NOAILLES, Carlos, *Manual de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Fondo de Obras Jurídicas, Buenos Aires, 1970, ps. 173 y 174 (cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 84).

⁸ CSJN, *Fallos*: 184:137.

⁹ *Fallos*: 145:307.

¹⁰ TOZZINI, Carlos A., *Los delitos de hurto y robo*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 82 y ss.

¹¹ QUINTANO RIPOLLES, A., *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., renovada por el autor y puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

a tales conceptos en una especie de elementos que se incorporan a los tipos penales, como elementos normativos, relevantes, no sólo en su interpretación, sino también a los efectos de la determinación de los errores posibles; pero parte de la doctrina ha sostenido que no puede hacerse, simplemente, una traslación al campo penal del significado propio de esos términos. Éstos adquieren una dimensión propia, acorde con la función de las normas penales¹². Núñez ha explicitado el tema afirmando que el Derecho Penal no está incondicionalmente ligado a los preceptos y a las instituciones del Derecho Civil sobre el patrimonio, de modo que más que al Código Civil, la ligazón es a la Constitución Nacional, y en función de ésta modificar los significados del Derecho Civil. El ejemplo más claro se puede ver con el concepto de cosa mueble, el cual es protegido por el delito de hurto, que abarca objetos que el Código Civil considera muebles por accesión¹³.

En síntesis, la noción civil de patrimonio –contenida en el artículo 2312 del Código Civil: “conjunto de los bienes de una persona”– no es del todo aplicable a los efectos penales, ya que es necesario precisar en qué sentido se habla de patrimonio, término que tiene un contenido a veces diferente.

1. *Los diversos criterios de patrimonio*

Las concepciones que se han formulado sobre el patrimonio se pueden reducir, según la doctrina, a tres: la jurídica, la económica y la mixta.

¹² CARMONA SALGADO, Concepción; GONZÁLEZ RUS, Juan José; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; POLAINO NAVARRETE, Miguel y PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Curso de Derecho Penal español. Parte especial I*, dirig. por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1996. Capítulo escrito por GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Consideraciones generales sobre los delitos patrimoniales y económicos*, ps. 547 y ss.

En el mismo sentido, VIVES ANTÓN, T. S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed. rev. y act. conforme al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 315.

¹³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 11. Nosotros hemos sostenido esta opinión en cuanto al bien jurídico y su relación a la Constitución, DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. II, ps. 47 y ss., § 35.

Algunos autores han sostenido una concepción *personal* del patrimonio, basada sobre su condición de instrumento de realización de la personalidad, sobrevalorando el daño subjetivo que pueden producir las diversas conductas lesivas. Pero no resulta útil porque la legislación atiende, ante todo, al dato objetivo del valor económico.

a) *Concepción jurídica*

De acuerdo a esta posición, el patrimonio es el conjunto de “derechos patrimoniales” de una persona. Sólo se considera elemento integrante del patrimonio aquel que está reconocido como “derecho subjetivo” por el orden jurídico¹⁴.

Además, para la *concepción jurídica* del patrimonio, lo importante es la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa. Se dirá, entonces, que el patrimonio está integrado por los derechos subjetivos patrimoniales de la persona, ya sean reconocidos por el Derecho Público o por el Privado, y no por las expectativas, ni las cosas que se detentan sin contar con la protección del Derecho. Por el contrario, sí lo integran las cosas privadas de valor económico, pero dotadas de valor afectivo. El perjuicio se concibe en términos puramente formales, como la desaparición de un derecho o su gravamen con una obligación, con independencia de la trascendencia económica que ello tenga, dado que lo importante es la relación jurídica del sujeto con la cosa¹⁵. Concordante con esta teoría, Molinario y Aguirre Obarrio¹⁶ sugerían llamar a este capítulo *Delitos contra los derechos patrimoniales*.

La principal objeción que cabe hacer a este concepto es que lleva a un círculo vicioso, pues la dificultad de ofrecer un concepto de patrimonio se soslaya mediante la referencia a los derechos patrimoniales, pero el problema no se resuelve, pues subsiste la dificultad de determinar qué derechos han de ser calificados de ese modo. Además, la pérdida de bienes o derechos sin valor económico podría entenderse como perjuicio patrimonial; de tal suerte que cometería estafa quien,

¹⁴ Así Binding, quien concibe al patrimonio como “la suma de los derechos y deberes patrimoniales de una persona” (BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, 1969, t. 1, ps. 237 y ss.).

¹⁵ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 550.

¹⁶ Ob. cit., p. 190.

mediante engaño, obtuviera una cosa a cambio de una contraprestación del mismo valor¹⁷; con lo cual se corre el peligro, según parte de la doctrina, de convertir a los delitos patrimoniales en delitos contra la libertad negocial¹⁸. Como se verá más adelante, la cuestión se complica, más aún, en el delito de estafa.

Además, de aceptarse, deberíamos comenzar a discutir en qué medida debe prestarse atención, sobre todo en la apreciación del daño patrimonial en el tipo de estafa, a las consideraciones de otras ramas del Derecho, en especial la Civil, y, también, si el Derecho Penal no debería ignorar en este ámbito el resto del ordenamiento jurídico¹⁹.

b) *La concepción económica*

El patrimonio, en este caso, es el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables de una persona, sin importar que se encuentren o no reconocidos jurídicamente como “derechos”.

Para la *concepción económica*, el patrimonio es el conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder fáctico de una persona, con independencia de que su relación con ellos se concrete o no en un derecho, o de que sea o no susceptible de reconocimiento jurídico. Así, tanto las expectativas como las posiciones económicas antijurídicas, incluidas las referidas a cosas *extracommercium* o de tráfico ilícito, forman parte del patrimonio, con tal de que posean valor económico²⁰.

El problema, que salta a simple vista, es que de aceptarse como válido este concepto, a los efectos penales implicaría, en ciertos casos, otorgar protección penal a posiciones patrimoniales ilegítimas, como drogas ilegales, armas prohibidas, frutos de un delito anterior, etcétera. Con ello, las propias disposiciones del Derecho colisionarían entre sí, y más aún en el ámbito penal, lo que resulta inaceptable.

¹⁷ DONNA y DE LA FUENTE, *Aspectos generales del tipo penal de estafa*, en *Revista de Derecho Penal* 2000-2, p. 61.

¹⁸ MANTOVANI, cit. por GONZÁLEZ RUS, ob. cit.

¹⁹ Ver el tratamiento amplio del tema por ZIESCHANG, Frank, *La protección de la propiedad a través del delito de estafa*, trad. de Maximiliano Vaccalluzzo, en *Revista de Derecho Penal*, dir. por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000-1, p. 11.

²⁰ GONZÁLEZ RUS, ob. cit.

Además, dicho concepto es contrario al de bien jurídico basado en valores reconocidos por la Constitución Nacional, ya que ésta no podría aceptar que lo ilícito tuviera protección directa.

c) *La concepción mixta*

El criterio que es sin duda el más correcto, dentro del ordenamiento jurídico, es el que define el bien jurídico protegido en este título como un concepto de propiedad mixto, según el cual, por patrimonio corresponde entender al conjunto de bienes o derechos con valor económico, pero que, además, gocen de protección jurídica²¹.

La *concepción mixta* es una combinación de aspectos de las dos anteriores: tomando como base la posición económica, incluye en el patrimonio sólo las cosas que revisten valor, pero siempre que estén en poder del sujeto en virtud de una relación jurídica. Quedan excluidas, entonces, las posiciones de poder fáctico desaprobadas por el ordenamiento jurídico²².

A tenor de esta posición, se define el patrimonio de manera similar a como lo había hecho Núñez, en el sentido de que es el conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos²³, comprendiendo todos los elementos materiales, valorables en dinero, con tal de que tengan reconocimiento por parte del Derecho, siquiera sea provisional²⁴.

Sin embargo, la teoría mixta debe ser aclarada en el sentido de que únicamente pueden considerarse incluidos en la tutela aquellos

²¹ Siguiendo este punto de vista, Welzel, para quien el patrimonio de una persona se compone de la suma de valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico (WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, p. 372). Valle adopta esta teoría señalando que “sólo el patrimonio entendido en sentido amplio, esto es, como la suma de relaciones jurídico-patrimoniales susceptibles de valoración económica, es apto para aglutinar en su seno los diferentes objetos jurídicos de las figuras delictivas agrupadas en el título” (VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 83). Para Bajo Fernández y Pérez Manzano, “constituyen elementos patrimoniales todas aquellas posiciones de poder sobre una cosa, valorables económicamente, que revisten una apariencia jurídica” (BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal*, p. 268).

²² GONZÁLEZ RUS, ob. cit.

²³ ANTÓN ONECA, cit. por GONZÁLEZ RUS, ob. cit.

²⁴ GONZÁLEZ RUS, ob. cit.

bienes y derechos económicos que se encuentren reconocidos por el Derecho, pero siempre que no contradigan el sistema de valores de nuestra Constitución y del orden jurídico en general. Como señala Frank Zieschang, a los fines del tipo penal, sólo pueden pertenecer al concepto de patrimonio “los bienes de una persona que no se encuentren en oposición con el sistema de valores fundamentales plasmados en la Constitución”²⁵. Con esta noción de patrimonio deben incluirse: las cosas, bienes y créditos con valor económico; los derechos reales, personales e intelectuales; la posesión²⁶; las expectativas (ganancias futuras), aunque en general se exige que tengan una base jurídica preexistente y cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación²⁷.

d) *El llamado concepto “personal” de patrimonio*

Finalmente, para algunos autores el patrimonio debe considerarse como una “unidad personalmente estructurada” que garantiza el desarrollo de la personalidad en el ámbito de los objetos. Así Gladys Romero afirma que “lo que caracteriza el concepto personal de patrimonio consiste, sobre todo, en el reconocimiento de la finalidad económica individual y las posibilidades de acción del titular del patrimonio”, poniendo de manifiesto que “en los delitos patrimoniales no se lesiona cualquier acopio de bienes con valor monetario perteneciente a alguien, sino a la persona a la que corresponde el patrimonio y, además, se la lesiona en su ámbito económico individual de acción, esto es, en los fines perseguidos con sus actos de disposición”²⁸.

La consecuencia más importante es que el perjuicio patrimonial no reside únicamente en el valor monetario del objeto, sino también en el valor de uso que pueda tener para satisfacer los fines económicos

²⁵ ZIESCHANG, *La protección de la propiedad...* cit., ps. 11 y ss. Nosotros ya habíamos planteado este mismo tema al tratar el bien jurídico como un reconocimiento de valores constitucionales, siguiendo en esto a Rudolph (Donna, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. II, § 35).

²⁶ Esta cuestión será analizada al abordar el problema del perjuicio patrimonial (Cap. III, 5).

²⁷ Ver lo explicado al analizar el perjuicio patrimonial (Cap. III, 5).

²⁸ ROMERO, Gladys, *Delito de estafa*, p. 282.

de su propietario, de modo que existe delito cuando se frustra la finalidad perseguida por la víctima²⁹.

En realidad esta tesis ha sido criticada por su falta de utilidad práctica, pues se entiende que todos los problemas que plantea pueden ser resueltos satisfactoriamente con la postura mixta (jurídico-económica)³⁰.

Cabe preguntarse también si lo tutelado es el patrimonio en su conjunto (concebido como *universitas iuris*), o si, por el contrario, las diversas infracciones a que hace referencia, implican sólo una lesión de alguno o algunos de los elementos que lo componen. La cuestión ha de resolverse en favor de la segunda postura, entendiendo que ninguno de los delitos comprendidos en el capítulo constituye un ataque al patrimonio globalmente entendido, sino que todos lesionan elementos patrimoniales singulares. De esta forma, se sobreentiende que cuando nos referimos a *delitos contra el patrimonio*, en realidad hacemos referencia a *delitos contra los elementos integrantes del patrimonio*³¹, que afectan algún aspecto del patrimonio.

II. Diferencia entre los tipos penales

Es interesante, antes de entrar al análisis de los distintos tipos de este título, hacer una breve diferencia entre ellos: en el hurto, la característica viene dada por el hecho de que el sujeto activo se apodera (toma, *sustrae*) una cosa mueble del sujeto pasivo, trasladándola materialmente de la esfera de disposición de éste a la suya propia³², con

²⁹ Ver ROMERO, ob. cit., p. 283. Como señala Conde-Pumpido Ferreiro, para esta teoría “el perjuicio patrimonial deviene de una reducción de la potencia económica del propietario, reducción que no tiene por qué valorarse exclusivamente en términos monetarios, sino que surge también de una disposición sobre los bienes económicos que no consigue, para el que la realiza, el fin que con ella pretendía: en el ejemplo del *Stradivarius* falso, el patrimonio monetariamente hablando no sufre perjuicio, pero su titular no consigue poseer un violín de aquel *luthier*, que era lo que le llevó a la compra del objeto” (ob. cit., p. 40).

³⁰ Ver ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, p. 59, también BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal*, p. 269 y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, p. 41.

³¹ GONZÁLEZ RUS, ob. cit.; VIVES ANTÓN, ob. cit.

³² GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 559.

una especie de clandestinidad, esto es, sin que el sujeto pasivo oponga resistencia. Si a los elementos del hurto, se añade la violencia sobre las personas, o la fuerza en las cosas, para lograr el apoderamiento, se tiene el robo. En cambio en la extorsión, la cosa es entregada por la persona misma, habida cuenta de la intimidación que sufre. Por último, en la estafa, la cosa es entregada, ahora voluntariamente por el sujeto, pero con una voluntad viciada, por el error sufrido por el engaño. En términos más amplios, con respecto a un bien, la acción delictiva puede consistir en apoderarse de él, en obligar a darlo, o en hacérselo dar, en quedarse con él, en quitárselo al que había concedido derecho en tenerlo, en defraudar la confianza general y en destruir³³. Conviene pues tener esta división, muy elemental, al principio de este estudio, a los efectos de entender de qué se trata cada uno de estos delitos, sin perjuicio de las particularidades de cada uno de ellos.

³³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 22; SOLER, ob. cit., t. IV. p. 178.

CAPÍTULO I

HURTO

SUMARIO: *Hurto*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. 1. Acción típica. a) Las teorías sobre la acción material constitutiva del hurto. b) La acción material constitutiva del hurto. 2. Ilegitimidad del apoderamiento. 3. Objeto: cosa mueble ajena. a) El concepto de cosa. b) El concepto de cosa “mueble”. c) La ajenidad de la cosa. IV. Sujetos del tipo penal. 1. Sujeto activo. 2. Sujeto pasivo. V. Tipo subjetivo. VI. Antijuridicidad. VII. Consumación y tentativa. *Hurtos agravados*. I. Antecedentes. II. Las agravantes en particular. 1. Abigeato, hurto campestre y de cercos. a) Abigeato. b) Hurto campestre. c) Hurto de alambres o elementos de los cercos. 2. Hurto calamitoso. 3. Hurto con ganzúa, llave falsa o instrumento semejante. 4. Hurto cometido mediante escalamiento. 5. Hurto de mercaderías en tránsito. 6. Hurto agravado por ser de un automotor. *Jurisprudencia*.

EL DELITO DE HURTO

El artículo 162 establece: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”.

El Código, con buen criterio sistemático, inicia el estudio de los delitos contra la propiedad con los de apoderamiento, y dentro de ellos, con el hurto. Por eso, las consideraciones que se hagan en el hurto, sobre los elementos que tiene en común con otros delitos, servirán de base a los restantes, de iguales características.

I. Antecedentes

a) El Código de 1887, siguiendo a Tejedor, quien a su vez tenía como fuente el Código de Baviera, definía al hurto como la acción de sustraer clandestinamente una cosa de otro, y hacía diferencias según el valor pecuniario de lo hurtado¹.

En la nota, diferenciando el hurto y el robo, basado en Pacheco afirmaba: “Hemos declarado ya la diferencia entre hurto y robo, diferencia que es antiquísima en nuestro idioma, y que en todo tiempo han reconocido nuestras leyes. Si un uso vulgar ha confundido alguna vez tales palabras, no habría más que acudir a cualquier libro de Derecho para deshacer la confusión. El robo es un atentado contra la propiedad que envuelve la idea de violencia, el hurto sólo supone la astucia. Aquél fuerza las personas o quebranta las cosas para tomar algo; éste toma sin causar destrozos, intimidaciones ni lesiones. La consecuencia natural desde tales antecedentes es que el hurto, por más que deba ser severamente castigado, no puede serlo tanto como el robo, y que faltaría la legislación que, sometiéndolos a un nivel, decretase contra uno y otro delitos iguales penas. Quien me puso una pistola al pecho para quitarme el reloj, es más criminal que el que me lo tomó de sobre la mesa de mi casa, y aun que quien me lo quitó del bolsillo sin que yo lo sintiese”.

Y continúa: “En el Código de Baviera (ver art. 209). La propiedad —dice el comentario oficial— puede ser atacada de dos modos, que dan origen a dos clases de crímenes o delitos, la apropiación o destrucción ilícita de la cosa ajena. La definición del hurto supone: 1º) una cosa mueble, porque las inmuebles e incorporales no son susceptibles de hurto; 2º) cosa de otro, porque no puede cometerse hurto en las cosas propias; 3º) toma de posesión o sustracción, porque la retención de una cosa ya poseída es un crimen *sui generis*; 4º) acto de violencia, porque el hurto con violencia es también un crimen particular; 5º) falta de consentimiento del que tenga derecho a la cosa, esto es, del dueño o simple poseedor; 6º) la intención, en fin, de apropiarse maliciosamente la cosa ajena, *animus rei sibi habendi*. Este pensamiento de hacer suya la cosa es el carácter esencial del hurto y excluye el

¹ MORENO, ob. cit., t. V, p. 81.

furtus usus, el *furtus possessionis*, el *furtum pignoris*, y otros hechos de la misma naturaleza que pueden constituir actos de fraude, de vindicta privada, pero que el Código actual no considera hurto. Es decir que, por este Código, el hurto con violencia en las cosas agrava el crimen, pero no le quita su carácter general de hurto. Sobre la sustracción que hace el propietario de su cosa, el que haya una cosa perdida, el heredero o socio de las cosas de la herencia yacente o sociedad, véanse los artículos 211, 212 y 213.

”Ahora, ¿qué debe entenderse por sustracción? ¿Es la simple aprehensión de la cosa o se necesita también su remoción? *Furtum auf ap auferendo* decía la *instituta*. La ley romana, sin embargo, no podía atribuir a esta palabra un sentido tan absoluto, puesto que según ella había un hurto también cuando se usaba la cosa prestada o depositada. Pero, ¿deberá considerarse como sustracción la acción de quien encuentra un objeto perteneciente a otro y lo retiene fraudulentamente? La afirmativa es indudable, si la intención fraudulenta de apropiarse la cosa se manifiesta en el momento mismo de tomar la posesión. La sustracción es el acto material de apoderarse del objeto, y este acto se ejerce lo mismo sobre un objeto encontrado que sobre uno que está en poder del dueño. Si el agente recoge el objeto sin intención de apropiárselo pero esta intención nace interiormente, la ley romana no encontraba hurto en este hecho. Esta hipótesis evidentemente difiere de la primera. La cosa ha sido recogida con la intención de devolverla. No ha habido, pues, fraude en el momento de la aprehensión. No ha habido sustracción. El pensamiento de apropiarse la cosa ha nacido después en el espíritu del agente, pero en este momento no podía ya sustraer puesto que era poseedor, y el acto por el cual había comenzado su posesión, ya consumado, no podía recibir un carácter nuevo de un hecho posterior a su perpetración.

”Clandestinamente, sin intención criminal no hay hurto. Si la sustracción, pues, no es acompañada de fraude, si el agente no tiene la intención de despojar a otro, no hay delito.

”Cosa mueble, desde que el hurto supone la sustracción o remoción, es evidente que no puede recaer sino en las cosas muebles... de otro. El que sustrae su propia cosa no comete hurto porque el hurto es un atentado contra la propiedad, de lo que se deduce: primero, que

no pueden ser materia del hurto las cosas que no tienen dueño o que han sido abandonadas, y segundo, el derecho parcial de la cosa no hace desaparecer el hurto”².

b) Proyecto de Villegas, Ugarriza y García: en este proyecto se definió al hurto cuando concurre la sustracción fraudulenta de una cosa mueble. Con lo cual los elementos del proyecto en relación al hurto eran: primero, cosas muebles; segundo, sustracción de la misma, y tercero, acto fraudulento³.

c) Código de 1886: traía dos disposiciones sobre el hurto. La primera tomada del proyecto Tejedor castigaba al que tomara clandestinamente la cosa de otro sin que concurrieran las circunstancias del robo, y la segunda, incriminaba al que arrebatase una cosa del poder del que la llevara, que se incluyó habida cuenta de la exigencia de la clandestinidad en la primera norma.

d) Proyecto de 1891: elaborado por Rivarola, Piñero y Matienzo, definió entonces el hurto expresando: “El que, con ánimo de lucro, se apodera de ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”.

El proyecto separó el robo del hurto en dos capítulos. Específicamente en el artículo 197 legislabo el hurto, exigiéndose los siguientes requisitos: 1º) apoderamiento ilegítimo, vale decir, contra la voluntad del dueño; 2º) de cosa mueble; 3º) total o parcialmente ajena, y 4º) con ánimo de lucro.

La Exposición de Motivos decía: “En el artículo 197 consignamos una disposición general que reprime el hurto, caracterizando este delito con los siguientes elementos constitutivos: apoderamiento ilegítimo de cosa mueble total o parcialmente ajena, con ánimo de lucro. Leyéndose nuestra definición de lucro se recordará la que da del robo el artículo 515 del Código español y los elementos que el mismo Código atribuye al hurto en el artículo 530. El robo se distingue allí del hurto con las mismas distinciones que en nuestro proyecto: en el primero, hay violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas; en el segundo no concurren ninguna de las circunstancias. Los

² MORENO, ob. cit., ps. 82/83.

³ MORENO, ob. cit., p. 34.

demás elementos de estos delitos son comunes a ambos. Para precisar el distinto significado de estos términos, robo y hurto, es necesario considerar que estas palabras no tienen una exacta correspondencia ideológica en sus correlativos de otros idiomas, y que es conveniente conservarles la acepción que le dan los Códigos escritos en nuestra lengua. La clandestinidad, como característica del hurto, ha sido enunciada por el Código Tejedor, pero, si la nota de su proyecto indica la fuente de que tomó aquel término, solamente se propuso expresar la idea de fraude que se considera esencial en el volumen del Código francés. Para mantener aquella circunstancia como característica de una de las formas del delito de que se trata será necesario adoptar la palabra hurto como genérica, y volver a la división ya abandonada, del hurto en manifiesto y clandestino”⁴.

e) Proyecto de 1906: éste quitó una de las exigencias contenidas en el de 1891, esto es, el ánimo de lucro y se limitó a reprimir al que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena.

La frase “con ánimo de lucro”, muy perturbadora para algunos⁵, fue suprimida por el proyecto de 1906, pero sin que la comisión diera explicación alguna al respecto, actitud que también tomó la comisión de 1917, de manera que la reforma fundamental del texto ha llegado a nosotros despojada de toda explicación.

II. Bien jurídico

El bien jurídico protegido en el delito de hurto es la propiedad, aunque la cuestión no es tan clara, motivo por el cual merece que sea aclarada.

En principio sólo se protege, en este caso, la propiedad sobre cosas muebles, aunque vale aclarar que ello no significa que, como consecuencia del apoderamiento, el derecho quede destruido, puesto que mientras la cosa exista, la propiedad se mantiene incólume. De manera que no es tan cierto que sea la propiedad el bien jurídico protegido.

Veamos esto con más detenimiento. Según parte de la doctrina, las que se ven afectadas por este delito son las facultades que otorga

⁴ Ídem nota anterior, p. 86.

⁵ Ver MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 203.

el derecho de propiedad sobre la cosa al titular de la misma; en definitiva, el poder de señorío que la propiedad conlleva⁶. Pero esta apreciación no es cierta, porque también se protege al ladrón y a quien no es propietario.

Señala Frías Caballero que el delito de hurto vulnera un vínculo de poder efectivo, fáctico, positivo y real, que liga a las personas con las cosas que tienen consigo. Este vínculo se extiende no sólo a las cosas con las que la persona se halla en inmediato contacto, sino a las que se hallan dentro de la llamada esfera de custodia o de vigilancia, o dentro de la esfera de actividad patrimonial, e incluso a las que están expuestas a la fe pública, en tanto ostenten de algún modo, por el lugar, por la índole del objeto o por la forma en que se hallan, signos manifiestos del señorío físico de alguien y que no son, por consiguiente, cosas perdidas. Por lo tanto, el objeto específico de la tutela consiste en mantener incólume, al margen de la arbitraria intervención de terceros, ese vínculo fáctico de poder que efectivamente liga a la persona con la cosa y que se manifiesta en la posibilidad real de disponer materialmente de ella⁷.

Núñez afirma que lo genéricamente ofendido por el delito de hurto es la propiedad, pero no en el sentido de propiedad o dominio como derecho real, sino como patrimonio, a cuyo contenido corresponde la tenencia de las cosas muebles, que dentro del género propiedad es lo específicamente ofendido⁸.

La discusión está en si esta tenencia corresponde a un concepto civil o es un vínculo especial del Derecho Penal. Para Núñez, en su *Tratado*, es sólo la tenencia en sentido civil. La cosa la tiene quien la mantiene corporalmente bajo su poder, dice Núñez, o, en otros términos, quien tiene su relación corporal autónoma⁹.

Pero lo realmente importante, en este tema, es que en el hurto se protege el poder, el dominio, la relación de hecho entre la persona y la cosa, como poder autónomo sobre el objeto.

⁶ BAJO FERNÁNDEZ y otros, cits. por GONZÁLEZ RUS, ob. cit.

⁷ FRÍAS CABALLERO, Jorge, *Acción constitutiva del delito de hurto*, en *Temas de Derecho Penal*, Feyde, La Ley, Buenos Aires, 1970.

⁸ NÚÑEZ, *Tratado...* cit., t. V, p. 170.

⁹ *Ibidem*, ps. 170/71.

III. Tipo objetivo

1. *Acción típica*

a) *Las teorías sobre la acción material constitutiva del hurto*

La cuestión relativa a la determinación de la acción material del hurto, dice Núñez, está ligada estrechamente a la idea de la ofensa por parte del ladrón de la posesión que tiene la víctima sobre la cosa objeto del hurto¹⁰. Según la idea que se tenga sobre cuándo la acción del ladrón ofende de manera completa la posesión de la víctima, será la conclusión de cuál es la conducta constitutiva del hurto, que tiene a su vez relación con el manejo material de la cosa por parte del ladrón. Parte de estas teorías se originan en el Derecho Romano, para delimitar el hurto, recordando que en Roma no se contaba con la idea de tentativa.

1º) La *aprehensio rei* afirma que el hurto consiste en poner la mano sobre la cosa ajena. Esta doctrina ha conducido a excesos, extendiendo de manera irrazonable la idea del hurto consumado, ya que se admite el hurto sin que exista una violación completa de la posesión o de la tenencia, e incluso, como sostiene Núñez, que el despojo del propietario sea imposible.

Esta teoría, como bien lo ha mostrado la doctrina, constituye una defensa excesiva de la tenencia, pues la protege antes de que haya sido excluida, tan pronto como el ladrón ha puesto su mano en el objeto¹¹. Basta imaginar el caso de quien sólo ha llegado a poner la mano sobre una cartera ajena, sin llegar siquiera a abrirla, o moverla de lugar; para darse cuenta de que esta teoría es inadmisibles, y sigue figurando en todos los tratados de Derecho Penal, al solo efecto de recordar una de las tantas teorías existentes, respecto del momento consumativo del hurto¹².

2º) La *contractatio* hace consistir la acción material de hurto en la *amotio* de la cosa ajena, esto es, en la remoción del lugar donde se

¹⁰ *Ibidem*, p. 95.

¹¹ *Ibidem*, p. 178.

¹² En este sentido también MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, p. 229, con cita a RAMOS, J. P., *Curso de Derecho Penal*, t. V., p. 163.

encuentra. Esta teoría se basa en que no alcanza en poner la mano sobre la cosa, sino en removerla de un lugar al otro, con lo cual el hurto se convierte en un delito material, se ve el efecto. La doctrina no determina el lugar hacia donde se transporta la cosa, sino que va hasta la remoción. La *amotio*, según Núñez, se dividió en definitiva y preparatoria.

La teoría de la remoción o de la *amotio rei* dio, entonces, por consumado el delito de hurto con la sola remoción de la cosa, dentro del ámbito o esfera de custodia del dueño, sin necesidad de sacarla del lugar. Ésta es la tesis de Carrara, quien reconoce el momento consumativo del hurto en la remoción de un objeto de un lugar a otro, sin esperar su traslado: el momento consumativo, para este autor, está dado por el simple hecho de que el ladrón tome la cosa con intención de apropiársela. Entonces, el ladrón que va apilando las cosas que saca de un armario, ya cometió el hurto¹³.

Pero la sustracción constitutiva del hurto no siempre reclama la remoción de la cosa de un lugar a otro; hay manifestaciones de la acción que importan sustracción sin que, propiamente, se pueda hablar de remoción, como ocurre cuando se consume la cosa en el lugar en que se encuentra¹⁴. La sustracción configurativa del hurto tampoco necesita un contacto directo entre la cosa y el agente: además de los casos de autoría mediata que no importan ese contacto, como en el ejemplo de Creus, del sujeto que envía a sus animales a casa del vecino para que coman el heno que allí se encuentra¹⁵.

Además, con acierto señala Soler que, si bien en Carrara la aplicación del criterio de la *amotio* puede parecer coherente, no parece que lo sea en su aplicación a nuestra ley; para la cual “apoderarse” no es sinónimo del *contrectare* del Código italiano, sino de “sustracción”, vocablo utilizado en la figura agravada del artículo 163, inciso 3º del Código Penal. Y es la escuela francesa, de criterio contrario a la *amotio*, la que emplea esta palabra, consiguiendo con ello, al decir de Carrara, que en Francia todos consideren hurto tentado, lo que para Italia es hurto consumado¹⁶.

¹³ CARRARA, *Programa de Derecho Criminal* cit.

¹⁴ CREUS, ob. cit., p. 415.

¹⁵ Ob. cit., p. 415.

¹⁶ CARRARA, § 2020, cit. por SOLER, ob. cit., p. 191.

3º) *Ablatio rei*: la *ablatio* entendió que para que se consumara el hurto era necesario el traslado, pero quitando la cosa a su poseedor. “La *ablatio* –decía Carrara– se producía una vez que la cosa había sido trasladada o transportada fuera del lugar del hurto y de la esfera de custodia o actividad del perjudicado. Pero también se sostuvo que la *ablatio* existía recién cuando era transportada por el ladrón hacia el lugar donde quería tenerla como segura”¹⁷.

Esta teoría, incluyendo las exigencias de las anteriores, se extiende un poco más, y exige la privación al sujeto pasivo de la tenencia de la cosa, colocándola fuera de su *esfera de custodia*.

La teoría de la *ablatio rei* incluye el concepto de esfera de custodia, construcción dogmática referida al ámbito en el cual una persona ejerce actos de tenencia, posesión o dominio; este ámbito no se encuentra delimitado y depende del caso concreto su determinación, es decir, que existe esfera de custodia en cualquier lugar y no necesariamente dentro del espacio físico donde se encuentra la persona.

En otras palabras, el de la esfera de custodia es un concepto jurídico no solamente referido a la casa o al lugar de depósito, sino que encierra la posibilidad de ser determinado en cada situación y de acuerdo con las reales relaciones objetivas¹⁸.

Dice Pessina, representante de esta tesis, que si se entra en la casa de otro para cometer el delito de hurto, la salida del ladrón de la casa es condición necesaria para que el hurto se pueda decir consumado. Pero, si dos personas viven en la misma casa, pero en diversa habitación, una de ellas no consuma el hurto sino cuando lleva la cosa fuera de la habitación en la que se encontraba. Siguiendo con esta postura, si dos personas viven en la misma habitación, el hurto se puede decir consumado cuando la cosa es sacada de aquel reducido recinto en el cual está contenido todo lo que pertenece al *dominus* de éste, y es llevada, escondiéndosela, sea en otra parte, sea entre los objetos mismos del sustractor. De manera que el *terminus ad quem* está dado por cualquier desplazamiento que saque la cosa de la esfera de actividad de su legítimo detentador¹⁹.

¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 98/99.

¹⁸ SOLER, ob. cit., p. 185.

¹⁹ Enc. Pessina cit. por SOLER, ob. cit., p. 185.

Soler defiende esta teoría en la inteligencia de que es la única que permite resolver los casos de cosas mantenidas en situación apartada del propietario, pero no abandonadas ni perdidas (las valijas momentáneamente dejadas en la estación, los frutos recogidos y amontonados en el campo, la leña apilada en el bosque)²⁰.

4º) *Illatio rei*: exige que, además de cumplir con los pasos de las tres teorías antes mencionadas —es decir, tocar, remover y sacar la cosa fuera de la esfera de custodia del dueño—, que el sujeto activo lleve la cosa a lugar seguro. Algunos van todavía más allá, y exigen que el ladrón haya sacado provecho de la cosa obtenida o de la *locupletatio*.

Esta teoría implicaría dejar en la impunidad innumerables hechos lesivos del patrimonio²¹. En este sentido puede citarse a Carrara, quien dijo que la odiosidad del hurto frente a la ley no deriva de la envidia por el goce que se procura el ladrón, sino de amor hacia el derecho del poseedor que demanda la protección, y el Derecho Penal, que se funda en la tutela del derecho, sugiere que el modo de la defensa debe agotarse tan pronto como el derecho es violado, sin atender a si el delincuente ha conseguido o no el bien especial deseado por él²².

5º) *Las nuevas teorías*: intentando perfeccionar estas teorías clásicas, el italiano Giuriati (seguido en nuestro país por Molinario) desarrolló la denominada “teoría del apoderamiento verdadero y propio”, que sostiene que el hurto no se perfecciona con la simple aprehensión de la cosa objeto del mismo, ni en la oportunidad que establecen las teorías de la *amotio* y la *ablatio*, sino que para establecer el instante en que el hurto se consuma, se debe determinar en qué consiste la posesión del autor del delito sobre la cosa objeto del mismo, y en qué momento sale la cosa de la posesión de su dueño y pasa a la del delincuente²³.

Para Giuriati²⁴, el principio de la custodia es la base para carac-

²⁰ SOLER, ob. cit., p. 186.

²¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 231.

²² CARRARA, *Momento consumativo del hurto* cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 179.

²³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 231.

²⁴ RAMOS, *Curso de Derecho Penal*, t. V, cit. por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 232.

terizar la grave cuestión de cuándo sale la cosa de la posesión de su dueño y cuándo pasa a la posesión del delincuente. Deben distinguirse, entonces, entre cosas custodiadas y cosas sin custodia. En el caso de las cosas custodiadas, para que el hurto se perfeccione es preciso que ellas sean sacadas del sitio donde la custodia de su legítimo poseedor se ejerce. Y en el caso de las cosas sin custodia, basta su simple remoción del sitio donde se encontraban para que el hurto se perfeccione en razón de que, a partir de ese momento, la posesión del propietario sobre la cosa cesa, pasando a manos del autor del hecho.

En España, doctrina y jurisprudencia sostienen, en forma bastante pacífica, que para la consumación del hurto (y demás figuras de apoderamiento) no es preciso la efectiva disposición de la cosa, lo que supondría la obtención del lucro pretendido y que forma parte del agotamiento del delito. Por el contrario, basta con la disponibilidad de la cosa sustraída, aunque sea mínima, entendiéndose por ella la posibilidad, aun potencial, que tiene el sujeto activo de disponer del objeto material del delito (destruirlo, consumirlo, deteriorarlo, donarlo); en definitiva: cuando puede comportarse como dueño del objeto²⁵. No importa el mucho o poco tiempo que medie entre la sustracción y la captura del culpable, pues basta con una disponibilidad momentánea o de breve duración²⁶.

1) *Concepto de desapoderamiento en la doctrina argentina*

La cuestión, a nuestro juicio, se ha decantado y las soluciones doctrinarias han quedado, por lo menos entre los autores, reducidas a dos: la *teoría del desapoderamiento*, seguida por Núñez, y la *teoría de la disponibilidad o de la posibilidad física de disponer*, sostenida por Jiménez de Asúa, Soler, Frías Caballero, Creus y Tozzini, entre otros.

La cuestión se puede plantear con un ejemplo, traído por Núñez: una persona viaja en tren y el ladrón le saca la billetera. El ladrón, al ver la oposición del dueño, arroja la billetera por la ventana, lo cual lleva a que también él pierda toda posibilidad de apoderamiento.

²⁵ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 578.

²⁶ SSTS del 8-3-88 y 8-2-94, cits. por GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 579.

Pues bien, para la primera posición hay hurto consumado; para la segunda, hurto tentado. Todo ello, claro está, siempre que no exista un cómplice que recoja la billetera, porque entonces para ambos estará el hecho consumado.

2) *Teoría del desapoderamiento*

El primer punto de vista atiende a la ofensa del bien atacado por el hurto, esto es, a la tenencia de la cosa por el agraviado por el delito, y sostiene que habrá hurto siempre que haya desapoderamiento de la víctima, en concurrencia con la intención del ladrón de apoderarse. El hurto se consume, dice Núñez, tan pronto como un acto de apoderamiento del autor ha privado a otro de la posesión corporal de la cosa, y esto sucede cuando la cosa ya no es portada o conducida por la víctima, o ya no está en la esfera de custodia del agraviado o en la de su tenencia simbólica. Conseguido esto por el autor, la propiedad ajena ya está lesionada de manera perfecta, porque el bien que la integraba, esto es, la tenencia de la cosa, ya no la integra más: la mayor o menor perfección de la tenencia por el autor influirá en la posibilidad de restitución de la tenencia, pero no en la lesión patrimonial ya perfeccionada²⁷. Si la cosa está en manos del sujeto pasivo, dice Núñez, basta con quitarla, y si está en su esfera de custodia o de vigilancia, es suficiente con la acción de extraerla de ella. Entonces, el carterista que opera en la vía pública consume el hurto tan luego como ha sacado la cosa de encima del dueño; y el ladrón que despoja de la dirección del vehículo a su conductor y lo dirige, opera el apoderamiento²⁸.

3) *Teoría de la disponibilidad*

Quienes exponen el segundo criterio (*teoría de la disponibilidad*) afirman que el verbo típico “apoderarse” exige el efectivo apoderamiento por parte del ladrón, esto es, la consolidación de un poder efectivo sobre la cosa, la posibilidad de realizar sobre ella actos de

²⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 181.

²⁸ Ídem, p. 181, nota 63.

disposición, aunque sea por breve lapso. Y esto es así porque el delito se integra con dos fases ejecutivas perfectamente diferentes: por una parte (desde el punto de vista del sujeto pasivo del delito), la privación, el desapoderamiento de la cosa, siendo indiferente el medio por el cual se logra; por la otra (desde el del sujeto activo), la toma efectiva de poder sobre ella de parte del ladrón, lo cual exige el desapoderamiento de la víctima²⁹. Mientras el traspaso del poder efectivo a las manos del ladrón *esté en condiciones reales de ser impedido*, la lesión no es perfecta; estará en trance de consumarse pero no consumada. El objeto de tutela está, en cambio, totalmente aniquilado, cuando en presencia o no del que tenía la cosa, ese poder de hecho ha pasado al ladrón, lo que ocurre solamente cuando éste ha obtenido el poder de disponer materialmente de ella, aunque sea por unos breves instantes³⁰.

En el mismo sentido, Fontán Balestra define “apoderarse” como tomar una cosa para someterla al propio poder, con el fin de llegar a disponer de ella, y en base a ello concluye que el autor consuma este delito cuando pone la cosa bajo su poder, al par que la quita del poder de quien la tenía, toda vez que no es dable pensar en un poder compartido³¹.

Entendemos que sólo la teoría de la disponibilidad conforma las exigencias del Derecho vigente. Pero, aparte de su exactitud dogmática, ya que es un concepto normativo, la flexibilidad de este punto de vista es notable: permite prácticamente la solución de las más dudosas hipótesis, prescindiendo de la necesidad de recurrir a ninguna de las teorías tradicionales antes enumeradas, las cuales no resuelven por sí solas el problema dogmático. El delito estará completo, en cualquier momento y consumado por cualquier acto –aprehensión, remoción, *ablatio*, extracción fuera de la esfera de custodia o de poder, etcétera— siempre que en algún momento exista en manos del ladrón la posibilidad de ejecutar sobre la cosa actos de disposición material; no lo está en caso contrario, a pesar de la posible presencia de cualquiera

²⁹ FRÍAS CABALLERO, ob. cit., p. 127.

³⁰ FRÍAS CABALLERO, *La acción material constitutiva del delito de hurto* cit.

³¹ FONTÁN BALESTRA, *Tratado...* cit., t. V.

de aquellas circunstancias. La solución del caso concreto depende de que la disponibilidad aludida se impida u obstaculice por obra de la propia víctima o de un tercero, pero también de la índole misma o de la naturaleza del objeto de la sustracción³².

En el caso del carterista que menciona Núñez, el autor no perfecciona el hurto quitando la cosa. Mientras forcejee con el dueño, o sea perseguido llevándola consigo, el delito no está consumado, pues en momento alguno ha consolidado el poder físico de disponerla, ni se ha destruido totalmente la disponibilidad del sujeto pasivo³³.

La jurisprudencia argentina ha seguido esta última teoría en forma prácticamente pacífica, y en especial a partir del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, llamado "Tabacchi", donde se estableció que *la sola remoción de la cosa no basta para consumir el delito de hurto*³⁴. En este mismo sentido se ha expedido parte de la Cámara Nacional de Casación Penal³⁵.

Siguiendo esta postura, entonces, la tentativa aparece cuando el autor no consigue el apoderamiento, o cuando, conseguido éste, no llega a tener la disponibilidad mínima requerida para la consumación.

En síntesis, se trata de un concepto normativo que se estructura, no en base a un hecho físico, sino a la idea de sacar o quitar el dominio sobre la cosa y tenerlo para sí, con lo cual el concepto abarca y soluciona tanto el problema del delito consumado como el tentado.

b) *La acción material constitutiva del hurto*

Como ya se dijo, la acción externa del tipo penal de hurto es el *apoderamiento*, esto es, un comportamiento propio y activo de desplazamiento físico de la cosa mueble desde la esfera del patrimonio del sujeto pasivo hasta la del sujeto activo. Este desplazamiento físico de la cosa no precisa que ésta haya salido del espacio sobre el que se proyecta el poder patrimonial del ofendido; pero sí que haya quedado

³² FRÍAS CABALLERO, ob. cit., ps. 125/126.

³³ *Ibidem*, p. 126.

³⁴ Fallos de la CNCCorr., t. 6, p. 246, L. L. 52-761.

³⁵ La sala II sentó este criterio en el fallo "Legal, Héctor Horacio s/Recurso de casación", 13-6-95.

sustraída, en efecto, a ese poder del propietario. En consecuencia, la sustracción, no ha de ser entendida exclusivamente como alejamiento de la cosa, sino que puede llevarse a cabo mediante la ocultación de la misma, allí donde la ocultación baste para separar la cosa de la custodia de su titular e incorporarla a la del autor³⁶. El problema en este caso, residirá en si es posible un dominio autónomo del autor. No se requiere, en cambio, un contacto manual del autor con la cosa, ya que el hurto puede llevarse a cabo tanto si la apropiación se realiza mediante la aprehensión manual como si se hace a través de un inimputable, o de un tercero de buena fe, un animal, un medio mecánico o químico o, como ya dijimos, la ocultación del objeto³⁷.

El criterio rector en el hurto no radica en el desplazamiento de la cosa en el espacio, sino en el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición³⁸; esto es, hurtar no es tomar la cosa sino usurpar el poder sobre ella, traer la cosa a la esfera del propio dominio de hecho³⁹.

Como se ha estado analizando y en especial se verá en el momento consumativo del hurto, se disputan en el país dos criterios diversos que se han dado en llamar “teoría de la disponibilidad o de la posibilidad física de disponer”, por una parte, y “teoría del desapoderamiento”, por la otra. Para esta última, la acción material en que consiste el hurto estriba en el desapoderamiento de la víctima con intención de apoderarse el ladrón de la cosa sustraída. Es decir que el delito consiste en privar a la víctima de su poder o de su custodia sobre el objeto sustraído. Para la teoría de la disponibilidad, a la que adherimos, apoderarse implica una toma efectiva de poder sobre la cosa ajena mediante la cual se desapodera a la víctima, violándose así el bien jurídico protegido, esto es, la incolumidad del vínculo entre la persona y la cosa⁴⁰.

Definimos, entonces, la acción material constitutiva del hurto, siguiendo a Frías Caballero, como el apoderamiento de cosa mueble ajena que se sustrae o que se ha sustraído a quien la tenía consigo⁴¹.

³⁶ VIVES ANTÓN, T. S. y otros, *Derecho Penal. Parte especial* cit.

³⁷ GONZÁLEZ RUS, ob. cit.

³⁸ SOLER, ob. cit.

³⁹ TOZZINI, ob. cit., p. 125.

⁴⁰ FRÍAS CABALLERO, ob. cit., ps. 121/125.

⁴¹ Ídem nota anterior, p. 128.

Así entendido, el acto de apoderamiento representa un elemento de identificación de los delitos examinados frente a figuras como la estafa o la apropiación indebida. Las diferencias con la primera se encuentran tanto en la distinta dinámica comisiva (en la estafa, el sujeto activo no toma la cosa directamente, sino que, por el contrario, es el propio sujeto pasivo el que efectúa el desplazamiento patrimonial) como en el hecho de que el engaño ha de ser la causa determinante del acto de disposición que realiza la víctima. Por eso, son constitutivos de estafa, y no de hurto, los supuestos en que el apoderamiento es la forma que adopta en el caso concreto, el engaño característico de la estafa, debiendo tipificarse como hurto, en cambio, aquellos otros casos en los que el ardid acompaña al apoderamiento, pero sin ser su razón determinante. La configuración de la estafa, igualmente, requiere que el engaño vaya dirigido a otro, por lo que obliga a considerar como hurto las manipulaciones en aparatos mecánicos, de los que se obtiene una cosa sin la contraprestación requerida, como las máquinas expendedoras de gaseosa o cigarrillos, entendiéndose que el sujeto toma directamente la cosa. Por su parte, las distintas defraudaciones por abuso de confianza, como la retención indebida o la administración infiel, se diferencian del hurto en que en aquéllas el sujeto activo inicialmente tiene la cosa en su poder de manera lícita, apareciendo el delito cuando dispone de ella, como si fuera el dueño; por el contrario, en el hurto la tenencia es ilícita desde el primer momento, en la medida en que es obtenida mediante sustracción⁴². En este sentido, es frecuente advertir que el hurto se produce cuando el apoderamiento implica la coetánea desposesión de la cosa, o que mientras el hurto es un delito de apoderamiento, la retención indebida o la administración infiel lo son de apropiación, pues el delito no se produce cuando el sujeto toma la cosa, sino cuando se apropia de lo que ya tiene, comportándose como si fuera el dueño⁴³.

2. Ilegitimidad del apoderamiento

El apoderamiento es castigado como delito sólo cuando es ilegí-

⁴² GONZÁLEZ RUS, ob. cit.

⁴³ BAJO FERNÁNDEZ y otros, cits. por GONZÁLEZ RUS, ob. cit.

timo⁴⁴. Desentrañar esta palabra no es sencilla, ya que puede ser considerada, tanto como como un elemento del tipo, como como un elemento de la antijuridicidad, que tendrá consecuencias tanto para la consideración del dolo del autor, como para la teoría del error, y si éste es de tipo o de prohibición.

Se ha criticado la inclusión de la palabra “ilegítimamente”, afirmandose que ella resulta obvia y redundante en un cuerpo normativo donde todos los actos son delictuosos, y en consecuencia, ilegítimos⁴⁵. Sin embargo, la inclusión se defiende, dentro de la dogmática del hurto, a los efectos de despejar dudas, no sólo por la discusión existente sobre el término apoderarse, sino también para señalar, inequívocamente, que el carácter ilegítimo del apoderamiento, como elemento del tipo objetivo, debe estar abarcado por el dolo, y que, entonces, cabe el error de tipo para el caso de que el autor crea equivocadamente que el apoderamiento es legítimo. Sin embargo, nada cambiaría con la exclusión del término, ya que la apropiación de cosa ajena, sin consentimiento del dueño o tenedor sería típica.

Se apoderan legítimamente de la cosa el usufructuario, el usuario, el comodatario, el acreedor prendario, el copropietario, el socio, el cohe-readero, quien lo hace en ejercicio de un cargo público, de la patria potestad, de la tutela o la curatela, quien recupera la cosa que le fue sustraída (art. 2765, Cód. Civ.) y quien tiene consentimiento del dueño⁴⁶.

Respecto del consentimiento del dueño, cabe agregar que sólo está legitimado, en principio para consentir el dueño de la cosa, y en casos de representación válida, también el poseedor o tenedor. Es posible tanto el consentimiento expreso como el tácito, sin que sea necesario que resulte conocido por el sujeto activo. Sin embargo, la afirmación no es del todo exacta porque en ciertos casos sería suficiente el mero tenedor de la cosa (art. 2412, Cód. Civ.).

Parte de la doctrina considera que el consentimiento es siempre causa de atipicidad. Pero parte de la doctrina afirma que también lo es aun cuando resulte ineficaz o inválido, sin perjuicio de que se ti-

⁴⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 116.

⁴⁵ GÓMEZ, cit. por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit.

⁴⁶ TOZZINI, ob. cit., p. 127.

pifique la estafa si se obtuvo mediante engaño⁴⁷. Pero resulta difícil mantener una postura tan extrema: como mínimo habrá de exigirse la *apariencia* de consentimiento válido, lo que llevará al error, pues en los casos en que la invalidez sea notoria, no concurren los presupuestos mínimos que permitan sostener que se actuó con la voluntad del dueño. Por eso, quien realiza el apoderamiento con conciencia de la nulidad del consentimiento (por estar prestado por un niño, un enajenado, una persona que le consta que no está autorizada para darlo) responderá por hurto. Si concurre tal *apariencia* de validez y obró de buena fe, el consentimiento inválido debe amparar su conducta⁴⁸, aunque por obra del error vencible que llevaría la conducta a la forma culposa, no tipificada por nuestra ley.

Desde su perspectiva, Núñez pareciera que lleva las cosas al campo de la justificación, o directamente eliminando el dolo específico, que según el autor exige el hurto⁴⁹.

3. Objeto: cosa mueble ajena

a) El concepto de cosa

El objeto material del delito de hurto ha de ser una cosa mueble total o parcialmente ajena, de acuerdo a la definición legal (art. 162, Cód. Pen.).

El concepto de “cosa” es todo lo que tiene entidad, ya sea espiritual, natural o artificial, real o abstracta. Sin embargo, este concepto no coincide con el que se exige para el delito de hurto⁵⁰. Parte de la doctrina afirma que ni siquiera puede darse un concepto de cosa que sirva para todos los delitos patrimoniales, ya que en las defraudaciones no se requiere que el objeto material del delito sea una “cosa”, y en otras figuras penales no es preciso que sea un objeto corpóreo, mientras que la corporalidad y, más aún, su aprehensibilidad, constituye el ele-

⁴⁷ VIVES ANTÓN, ob. cit.; DONNA, *Teoría del delito* cit., t. 2, § 59, ps. 173 y ss.; MAURACH y ZIPF, ob. cit., § 28, II.

⁴⁸ GONZÁLEZ RUS, ob. cit.

⁴⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 116. Ésta parece ser la idea que surge de esta obra, que lleva a soluciones confusas.

⁵⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 54.

mento definidor de otras modalidades delictivas, en las que se precisa el desplazamiento material del objeto, por lo que el concepto dependerá de las características de cada delito⁵¹.

Para el diccionario, “cosa” “designa cualquier objeto existente de cualquier orden que sea, material o inmaterial, animal o inanimado”⁵². Es decir que en estos términos, “cosa” es cualquier objeto del mundo exterior, acogiendo a todo lo que tiene existencia corporal o espiritual, real, abstracta o imaginaria, resultando indiferente el estado de agregación a la materia (sólido, líquido o gaseoso), o en otras palabras, lo que existe fuera de nuestro conocimiento⁵²⁻¹.

Para poder llegar al concepto de cosa, útil para el delito de hurto, hay que recurrir al Código Civil, cuyo artículo 2311 define a las cosas como “...los objetos materiales susceptibles de tener un valor”, y agrega, “Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”. Las cosas, a su vez, son una especie de bienes que comprenden también a los objetos inmateriales, susceptibles de tener un valor. Todo ello integra el patrimonio de una persona.

Con anterioridad a la reforma introducida por el decreto-ley 17.711, ya que no fue dictado por el Congreso de la Nación, para que un objeto fuera considerado *cosa*, en los términos del citado artículo 2311, debía reunir las características de corporeidad y de valor. Actualmente, se agregó la energía y las fuerzas naturales que están incluidas dentro del concepto.

Afirma Núñez que el legislador penal no está obligado a seguir los conceptos e instituciones del Derecho Civil. El Derecho Penal puede darle a sus conceptos un sentido distinto, pero, mientras no lo haga, sea por reglas expresas o implícitas, habrá de remitirse a esas valoraciones⁵³. En términos más sencillos, se trata de elementos normativos del tipo, en los cuales el intérprete debe recurrir a los conceptos, tales como están en otras ramas del Derecho. En base a esto, nuestros

⁵¹ GONZÁLEZ RUS, ob. cit.

⁵² SECO, Manuel y otros, *Diccionario del Español actual*, t. I, p. 1288.

⁵²⁻¹ SECO, ob. cit., t. I, p. 1288.

⁵³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 55.

penalistas han recurrido al Código Civil para obtener la noción de cosa, del que surge, tal como lo hemos anticipado, el concepto de objeto corporal susceptible de tener un valor.

Así, dos son ahora los contenidos que hacen que un objeto sea jurídicamente una cosa: 1) la materialidad, y 2) el valor⁵⁴. Además, y en virtud del agregado hecho por el decreto-ley 17.711, para ser cosa, el objeto debe ser susceptible de apropiación.

En definitiva, “cosa” es todo objeto material susceptible de tener un valor pecuniario, y apropiable. Sólo quedarán fuera de la posibilidad de ser objeto de hurto los derechos, por ser inmateriales⁵⁵.

La cosa debe ocupar un lugar en el espacio, y esta materia tanto puede ser sólida, líquida o gaseosa. No es necesario, como dice Núñez, que la cosa se pueda tocar, bastando que tenga un cuerpo, sobre el que recaiga el apoderamiento⁵⁶. La cuestión no está legislada en la Argentina, pero no hay duda de que mientras la justicia pierde el tiempo en casos de escaso monto, que deberían ser contravenciones, las causas serias de estafas no son investigadas. Esta susceptibilidad de ciertos sectores, que quieren que todo ataque a la propiedad sea llevado a los tribunales comunes, olvida que es imposible juzgar todo delito que se comete, y que las cárceles terminan llenas –porque debe saberse que nuestras cárceles están llenas– de personas de muy bajo nivel y de poca educación, y que los delitos que realmente causan serio daño social no son investigados, debido a esta aparente cantidad de causas. Es más dañoso para la sociedad, aunque no se lo vea, una defraudación bancaria, una defraudación con facturas falsas para no pagar impuestos, que cualquier hurto de los que investiga nuestra justicia⁵⁷.

Como se verá en el delito de estafa, la discusión surge si el apoderamiento de la energía, del agua o del gas es hurto o estafa. No tenemos dudas de que se trata del delito de hurto, ya que no se puede

⁵⁴ TOZZINI, ob. cit., p. 135.

⁵⁵ Ídem nota anterior, p. 136.

⁵⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 56.

⁵⁷ La bibliografía sobre este punto es cuantiosa y no viene al caso. No se trata, tampoco, como se quiere hacer creer, de que es una posición de grupos de izquierda o marginales del Derecho. Basta para salir del error que se estudie.

engañar al medidor, y si se altera éste, también hay hurto, ya que la energía, el agua o el gas ya se tomó, de manera que no se da la relación entre engaño, error y apoderamiento, que requiere la estafa. A lo más, no se pagará el servicio. La posición contraria, que no ha observado este detalle y confunde error final, con inicial, afirma que el apoderamiento debe efectuarse en la red de conducción, sin alterar el medidor, pues esto constituiría una estafa.

La apropiación de la línea telefónica, en cuanto servicio para hablar a distancia, puede generar dificultades, pues sería un derecho o una locación de servicio, que se abona por unidades llamadas pulsos. Sería más acertado considerar que la inserción de un tercero en esa línea para efectuar llamadas que la empresa prestataria pondrá a cargo del abonado, reúne los requisitos para ser considerada hurto de energía eléctrica, necesaria para transmitir la voz a distancia. También en este caso se da la discusión, y se afirma que es estafa cuando alguien alterara el aparato medidor de los pulsos, pues existe en la línea telefónica un mínimo de onda eléctrica continua acoplada a la señal, y que transmite las ondas sonoras de la voz a lo largo del cable. También es cosa apta de apoderamiento ilegítimo la señal emitida mediante energía por la empresa prestataria del servicio de televisión por cable⁵⁸.

El Código Civil exige que las cosas tengan un valor económico; para una parte de la doctrina, la cosa objeto de hurto debe superar cierto valor mínimo⁵⁹.

Acá se plantea el problema de la llamada *teoría de la insignificancia*, que sostiene que no puede imputarse a una persona por el delito de hurto si la cosa de la cual se apropia tiene un valor tan insignificante que, en realidad, no se puede decir que se altera el patrimonio de la víctima, en atención al escaso valor de aquélla⁶⁰.

Para otros autores, el Derecho Penal protege también a aquellas

⁵⁸ TOZZINI, ob. cit., ps. 136/138.

⁵⁹ PUGLIA, cit. por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit. También la mayor parte de la doctrina española, pero no es aplicable en el caso, pues el Código Penal español –a diferencia del nuestro– divide delitos y faltas, y considera falta a los hurtos cuyo objeto material no exceda de cincuenta mil pesetas (art. 623).

⁶⁰ Soler cita el caso de la persona que se apodera de un escarbadientes en un restaurante, y Molinario agrega el de las servilletas usadas para hacer anotaciones.

cosas que, si bien, en principio, no poseen un valor susceptible de ser traducido económicamente, poseen cierto valor afectivo para el sujeto pasivo del delito⁶¹, pues es indudable la existencia de un derecho de propiedad sobre las cosas que no tienen valor económico, pudiendo, en consecuencia, ese derecho ser objeto de un ataque delictuoso exactamente lo mismo que si las cosas estuviesen en el comercio⁶².

Dicho en otras palabras, el valor patrimonial de la cosa no coincide estrictamente con su valor económico, si éste se entiende como valor de uso o cambio; la cosa que puede carecer de valor para una persona que no sea su propietario, tiene valor patrimonial si está incorporada a su patrimonio⁶³. Como bien afirma Núñez, “tiene valor cualquier cosa que, por su interés apreciable desde el punto de vista de su cambio o de su uso, integra la propiedad de una persona. Pero la cosa debe representar algún interés, sea económico, científico, moral o de afectación”⁶⁴. De modo que el primer criterio es el valor de cambio, pero a falta de éste, hay que analizar si hay interés en la víctima, dadas las circunstancias personales. Núñez cita el ejemplo de los cabellos de una hija muerta, conservados como reliquia por su madre. Es interesante el fallo citado por Tozzini, relativo a la sustracción de una carta misiva, donde se sostuvo la posibilidad de apreciar el valor moral dentro del delito de hurto. Se dijo que, si bien se ha sostenido que no puede aplicarse la calificación de hurto al apoderamiento de cartas, que no contienen obligación, ni descargo y que no son más que un pedazo de papel sin valor, esas razones no prevalecieron en la jurisprudencia de otros países, en los cuales, como ocurrió en Francia, se ha admitido que las cartas pueden ser susceptibles de propiedad y que la violación de esa propiedad puede dar lugar a la sanción penal del hurto, dado que ellas pueden, inclusive, tener un valor moral inestimable⁶⁵⁻⁶⁶.

⁶¹ MANZINI y GÓMEZ, *cits.* por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, que comparte esta opinión.

⁶² MANZINI, V., *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol. IX, *cit.* por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*

⁶³ CREUS, *ob. cit.*, p. 418.

⁶⁴ NÚÑEZ, *ob. cit.*, ps. 60/61.

⁶⁵ CNCCorr., sala III, 11-12-23, *in re* “Tow Martin”, *Fallos*: 1:524/525, *cit.* por TOZZINI, *ob. cit.*, p. 140.

⁶⁶ NÚÑEZ, *ob. cit.*, p. 61.

Hay cosas que tienen un valor representativo, distinto de su valor intrínseco, como los cheques, aunque en este caso, el cheque en sí equivale a dinero. De todas maneras, los valores están conformados con las contraprestaciones que pueden lograrse con sus utilidades, en el caso de las tarjetas de crédito⁶⁷.

b) *El concepto de cosa “mueble”*

La ley exige, como característica del hurto, que la cosa objeto del delito debe ser “mueble”.

El artículo 2318 del Código Civil define las cosas muebles como “...las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles”. Las cosas inmuebles no pueden ser desplazadas.

Afirma Núñez, y bien, que las cosas inmuebles por accesión, y los instrumentos públicos calificados por su carácter representativo, son casos en donde se nota la divergencia de concepto penal y civil de lo que es una cosa mueble. Hay objetos que son aprehensibles y trasladables, pero que, sin embargo, civilmente tienen la consideración de inmuebles. Recordemos que la normativa civil excluye de la categoría del artículo 2318 a las cosas inmuebles por su naturaleza –artículo 2314–, inmuebles por accesión –artículos 2315 y 2316– e inmuebles por su carácter representativo –artículo 2317–.

El concepto penal de cosa mueble es una noción que no coincide totalmente con la definición civil, y que está basada en la idea de transportabilidad⁶⁸. Se incluye, entonces, a aquellos objetos que siendo civilmente pertenecientes a la categoría de inmuebles, pueden ser objeto de desplazamiento (estatuas, pinturas y elementos de ornamentación, materiales de construcción, abonos, etc.).

Incluso una casa, en el supuesto de su desmantelamiento y transporte, sería perfectamente capaz de dar materia a la calificación de robo o de hurto y no de usurpación, pues lo que caracteriza a aquellos delitos es el apoderamiento, y a ésta (art. 181, Cód. Pen.) la ocupación

⁶⁷ TOZZINI, ob. cit., p. 140.

⁶⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 64.

in situ, o la usurpación de un derecho real. Por eso, el traslado de la “Casa de Infantas” de Zaragoza a París, o la del claustro románico catalán de San Miguel de Cuxá a Nueva York, de haberse llevado a cabo contra la voluntad de sus legítimos propietarios, hubieran constituido robos o hurtos⁶⁹.

Son susceptibles de hurto también los animales, los vehículos de motor y todos aquellos que pueden desplazarse o autopropulsarse.

El agua –a cuyo régimen se equiparan los gases– sólo es susceptible de ser hurtada, conforme debe interpretarse nuestro sistema legal, cuando se halle separada del suelo (art. 2315, Cód. Civ.), en recipientes o pequeños depósitos, pues si se trata de aguas naturales, o de estanques, represas, ríos, arroyos, fuentes, canales, acueductos o que están en enormes depósitos artificiales, no separadas del suelo por el cual corren, son consideradas inmuebles (art. 2319, Cód. Civ.), y, entonces, las acciones de sacar, represar, desviar o detener esas aguas podrían constituir el delito de usurpación previsto por el artículo 182 del Código Penal⁷⁰.

Serias dificultades traen las nuevas formas de criminalidad relacionadas con las nuevas tecnologías (transferencias bancarias por computadora, fundamentalmente), dada la imposibilidad de considerar cosa mueble a la llamada moneda escritural o moneda de giro. Aunque en su entidad física el dinero es una cosa corporal, fungible y consumible, aprehensible y por tanto posible objeto material del hurto, en este tipo de supuestos, lo que se crea como consecuencia de la falsa introducción de datos, de los asientos o de las transferencias fraudulentas son derechos de crédito en favor de la persona a la que se reconocen. La orden fraudulenta de pago enviada por el ordenador, por consiguiente, no supone la traslación de una cosa mueble (del dinero físico) sino el reconocimiento de un derecho de crédito, en favor del titular de la cuenta, que en el capítulo de las defraudaciones puede no cumplir con los requisitos de la estafa⁷¹.

Sin embargo, en la forma en que se estructura, hoy día, el delito

⁶⁹ QUINTANO RIPOLLES, ob. cit., p. 928.

⁷⁰ TOZZINI, ob. cit., p. 146.

⁷¹ GONZÁLEZ RUS, ob. cit.

de hurto no hay duda de que estos casos caen en el ámbito del artículo 162 del Código Penal.

c) *La ajenidad de la cosa*

El hurto sólo puede tener por objeto una cosa que sea *total o parcialmente ajena*. La sustracción de la cosa propia, en manos de un tercero, constituye la defraudación prevista por el artículo 173, inciso 5° del Código Penal.

Para algunos autores, como Creus, Soler, Núñez y Tozzini⁷² y en España Rodríguez Muñoz y Rodríguez Devesa⁷³, Vives Antón y González Cussac⁷⁴, y González Rus⁷⁵, el requisito de que la cosa haya de ser ajena presupone que tenga, efectivamente, propietario, aunque no conste quién es, y que el propietario no sea sujeto activo del delito. Según estos autores, en orden al concepto de propiedad, y por tanto, al de propietario, hay que atenerse al Derecho Civil. Siguiendo esta postura, el carácter de ajenas, falta en las *res nullius* (cosas sin dueño), las *res derelictæ* (cosas abandonadas) y las *res communes omnium* (cosas de todos).

En cambio, para Bajo Fernández⁷⁶, la ajenidad viene caracterizada por dos notas negativas: que la cosa no sea propia del sujeto activo del apoderamiento y que no sea susceptible de adquisición por ocupación, pues en este caso la propiedad puede corresponder a cualquiera que las tome⁷⁷.

Pero lo más importante, para el delito de hurto, es que la cosa, en el momento del hecho, no esté en manos del autor, ya que no habría apoderamiento, que exige siempre que la cosa esté en poder de otra persona.

Es que, en realidad, no es del todo exacta la palabra “ajena”, que denota el concepto positivo de que la cosa debe pertenecer a alguien,

⁷² Obras citadas.

⁷³ Cits. por VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 332.

⁷⁴ Ob. cit., p. 332.

⁷⁵ Ob. cit., p. 572.

⁷⁶ Citado por VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 332.

⁷⁷ En el mismo sentido, ROBLEDO VILLAR, ob. cit., p. 24.

cuando en verdad el hurto no es un atentado al derecho de dominio ajeno, sino a la tenencia de la cosa por un tercero que no tiene su dominio total o parcial⁷⁸.

La cosa es totalmente ajena cuando el sujeto activo no tiene derecho alguno sobre ella; es decir, que reconoce en un tercero su tenencia, posesión o dominio. Dicho en otras palabras, cosa ajena es toda aquella que pertenece a un patrimonio que no sea el del agente, y, en cambio, resulta parcialmente ajena cuando el agente tiene algún derecho sobre la cosa, es decir, que resulta condómino o comunero hereditario sobre algún bien.

La cosa de la sociedad es totalmente ajena para el socio⁷⁹, aunque es evidente que, si se trata de una sociedad unipersonal, el socio único no puede cometer hurto de los objetos que pertenecen a ella, por más que sean personas diferentes, porque no puede vulnerar su propio patrimonio, en el que figura el de la sociedad⁸⁰.

Las *res nullius* (art. 2527, Cód. Civ.) y las *res derelictae* (art. 2526, Cód. Civ.) también son cosas ajenas para el autor, pero no son susceptibles de hurto: su apoderamiento es legítimo por imperio del artículo 2525 del Código Civil, que dispone que la aprehensión de las cosas muebles sin dueño, o abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir, con el ánimo de apropiársela, es un título para adquirir el dominio de ellas. No sucede lo mismo con la *res perditae* (cosa perdida), que no deja de pertenecer a su dueño (art. 2528, Cód. Civ.), aunque su apropiación no constituye hurto sino la defraudación menor prevista por el artículo 175, inciso 1º del Código Penal.

Con respecto a las cosas abandonadas, es interesante el caso de la basura citado por Molinario⁸¹: una compañía establecida en la ciudad francesa de Rouen, que poseía una concesión municipal para la recolección y ulterior explotación de las basuras arrojadas por los vecinos, se presentó a la justicia correccional querellando por hurto a individuos que se apoderaban de esos desperdicios. La Corte de Casación declaró

⁷⁸ GONZÁLEZ ROURA, MORENO, ODERIGO y BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, cits. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 177.

⁷⁹ CSJ de Tucumán, 15-12-45, L. L. 42-50; cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 176.

⁸⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 220.

⁸¹ Ob. cit., p. 218, con cita a IRURETA GOYENA, *El delito de hurto*.

que en ese caso no se podía hablar de un delito de hurto, ya que el objeto de la sustracción eran residuos, y la naturaleza jurídica (*res derelictæ*) de la cosa no cambiaba, cualquiera fuese el contrato celebrado por la municipalidad con la empresa concesionaria.

Cabe destacar que nuestra ley, a diferencia de otras, se refiere al caso en que la cosa es sólo parcialmente ajena, lo cual es una consecuencia lógica del concepto civil de condominio, para el cual el condómino sólo es dueño de una parte ideal de la cosa y no de la cosa misma⁸². Además, el artículo 2680 del Código Civil prohíbe a los condóminos ejercer actos materiales de disposición sobre la cosa común sin el consentimiento de todos los demás.

Sin embargo, el hecho del condómino, para constituir hurto, debe reunir las características típicas de este delito; debe consistir, por lo tanto, en una acción de apoderamiento, la cual supone la custodia ajena⁸³.

En síntesis, y siguiendo a Núñez, de los artículos 2343 y 2757, dejando de lado las *res derelictæ*, son cosas que no pertenecen a nadie las siguientes: a) Los animales de caza, en estado de libertad natural, no perseguidos por el cazador que los hirió y los domésticos que han recuperado su libertad y que no van perseguidos por quien los tenía. En estos casos no hay hurto sino constitución de propiedad. b) Los peces, los moluscos, crustáceos y ciertos mamíferos marinos, como las ballenas, los cachalotes y los cetáceos en general, que se encuentren en mares, ríos y lagos navegables. Estas aguas deben ser de uso público y estar permitido pescar en ellas. c) Los peces que se encuentren en aguas privadas y atraviesen terrenos de diversos dueños. d) Los enjambres de abejas en estado de libertad natural. e) Las piedras, las conchas u otras sustancias arrojadas al mar, por los ríos y demás aguas públicas, o que se hallaren en sus fondos, y que no presentaren signos de dominio anteriores. f) Las plantas o yerbas que vegetaren en las costas del mar y las que cubrieren sus aguas y las de los ríos y lagos. g) La mitad de los tesoros sepultados o escondidos en predio ajeno. Por fin, tampoco son objeto de hurto las cosas abandonadas por su dueño (art. 2526)⁸⁴.

⁸² SOLER, ob. cit., p. 216.

⁸³ Ídem nota anterior.

⁸⁴ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 71/81.

IV. Sujetos del tipo penal

1. *Sujeto activo*

El tipo penal que nos ocupa no exige característica particular alguna en el autor, por lo que cualquier persona puede ser sujeto activo de hurto, cualquiera que sea capaz de realizar el acto de apoderamiento.

Por razones obvias, debe excluirse de esta universalidad de posibles autores a la persona que se halle en la tenencia, posesión o propiedad de la cosa, entre los cuales están también el copropietario, el socio, el coheredero (poseedores de la cosa *pro indiviso*), el usufructuario, el usuario, el comodatario, el depositario, el acreedor prendario y todo otro que tenga sobre la cosa una tenencia material, por lo que su acto de apropiación podría configurar, en cambio, una defraudación⁸⁵.

Sin embargo, algunas de estas personas, al poder ser la cosa hurtada también parcialmente ajena, si no están previa y legítimamente en poder de ella, pueden llegar a revestir el carácter de sujetos activos de este delito⁸⁶.

No presenta dificultad alguna la aplicación de los principios generales sobre autoría y participación: autor en sentido estricto será quien realiza el apoderamiento y partícipes quienes colaboran en él.

Cabe la autoría mediata; como en el caso del ladrón que le pide a un tercero que le alcance una cartera y éste cumple con el pedido, sin sospechar que en realidad está sustrayendo una cartera ajena: la tercera persona es una herramienta ciega del autor, un instrumento de la voluntad de aquél debido al error de tipo⁸⁷.

Es un supuesto de autoría mediata en el hurto, en el caso propuesto por Gimbernat Ordeig, el del botones que por encargo de otro toma la cosa ajena creyendo que es su propietario quien le ha hecho el pedido⁸⁸, supuesto que no debe confundirse con la estafa.

En síntesis, autor sólo puede ser aquel que no tenga la posesión

⁸⁵ TOZZINI, ob. cit., p. 117.

⁸⁶ Ídem nota anterior.

⁸⁷ DONNA, Edgardo A., *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 28.

⁸⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966, p. 225.

o tenencia de la cosa, entendiendo por posesión de una cosa mueble que alguien la tenga sometida a su propio poder de disposición material. La posesión exige que el sujeto pueda disponer de ella⁸⁹.

2. *Sujeto pasivo*

Tampoco exige el tipo particularidad alguna en el sujeto pasivo, por lo que cualquier persona que detente la posesión o tenencia sobre la cosa, con las características antes enunciadas, puede ser sujeto pasivo de un hurto, aunque la tenga bajo su poder por un acto de apropiación ilegítima, o viciado por error, abuso de confianza, clandestinidad, compulsión, fraudulencia o caso fortuito⁹⁰.

Algunos autores distinguen⁹¹ al sujeto pasivo del delito, que ha de ser siempre el titular del derecho de propiedad, aunque el sujeto pasivo de la acción (o persona a quien se sustrae la cosa) pueda no coincidir con el propietario, como sería el caso de un mero poseedor o tenedor de la cosa. Este criterio no es exacto, porque lo que se protege es esa forma de posesión, tal como la hemos enunciado antes.

V. Tipo subjetivo

Está claro que el dolo del autor del delito de hurto debe tener la intención de sacar la cosa del ámbito ajeno y entrarla en el propio. Esto es, desapodera, para apoderarse, de manera que quien se apodera para destruir la cosa sólo cometè el delito de daño, y quien se apodera para hacer una broma, no comete hurto⁹². Esto lleva a que el tipo penal de hurto exija dolo directo, pues el sujeto, conociendo las circunstancias objetivas, busca como finalidad el apoderarse de la cosa, es decir, que se descarta la posibilidad de dolo eventual y menos aún del obrar culposo. Aunque Blasco de Moreda⁹³ admite la posibilidad de cometer hurto con dolo eventual.

⁸⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 82.

⁹⁰ TOZZINI, ob. cit., p. 120.

⁹¹ Así lo hace ROBLEDOS VILLAR, ob. cit., ps. 22/23, y entre nosotros, TOZZINI, ob. cit., p. 118.

⁹² NÚÑEZ, ob. cit., p. 106.

⁹³ P. 670, cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 122.

El dolo debe comprender que se trata de una cosa mueble ajena, que se toma ilegítimamente, contra la voluntad del dueño.

Si el autor cree que la cosa le pertenece, habrá un error de tipo que –al no existir la figura culposa– convertirá en atípica la conducta aunque sea evitable. Lo mismo sucede cuando el sujeto cree erróneamente que la cosa, por no ser ajena, es disponible por un tercero, como en el caso de quien supone que está en presencia de una *res nullius* o una *res derelictae*⁹⁴.

El hurto es un campo de demostración de la importancia del dolo en el tipo. En el caso del sujeto que por error se lleva el sobretodo de otro en un bar, está claro que comete, desde el tipo objetivo, el delito de hurto. Sólo se distingue en este caso su conducta del ladrón, por la intención, esto es, la creencia de que la prenda era propia.

Algunos códigos, como el español, exigen que haya ánimo de lucro por parte del que se apodera de la cosa, como lo exigía entre nosotros el proyecto de 1891. En la redacción actual del artículo 162, que viene del proyecto de 1906, tal requisito se sacó del tipo penal, de manera que este plus subjetivo no es necesario, siendo suficiente que se lesione la tenencia o posesión sobre la cosa de alguien y que la cosa quede bajo su poder, cualquiera sea el móvil que inspire al delincuente.

VI. Antijuridicidad

Como hemos visto en la parte general, la acción ilícita de apoderarse desaparece en los casos en que el autor esté amparado en una causa de justificación⁹⁵.

Dentro del delito de hurto, el estado de necesidad como causa de justificación ha dado lugar a la institución llamada del hurto famélico, nombre bastante impropio porque en realidad quien está famélico es el autor y no el hurto, y que constituye la más común de las formas del *hurto necesario*, que también comprende los padecimientos por frío o falta de abrigo, que ponen en riesgo la vida o la salud. En estos casos, por provenir de una causa fisiológica que pone al individuo en

⁹⁴ TOZZINI, ob. cit., p. 128.

⁹⁵ DONNA, *Teoría del delito* cit., t. 2, § 53 y ss.

la terrible disyuntiva de proporcionarse alimento o abrigo, o enfermar gravemente o morir, se justifica objetivamente la acción típica en contra de la propiedad de un tercero⁹⁶.

VII. Consumación y tentativa

Sostuvimos, al tratar el tema de la tentativa en general, que no puede hacerse un análisis genérico de cuándo la acción se encuentra terminada y el tipo penal consumado, sino que el análisis de esta cuestión remite a cada tipo de la parte especial⁹⁷. Y es justamente la determinación del momento límite entre la tentativa y la consumación en el hurto (y por consiguiente en el robo) uno de los temas arduamente debatidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Los elementos dados para determinar la acción constitutiva del delito de hurto ya han dado la idea de cuándo hay hurto consumado y cuándo tentado, sin perjuicio de remitirnos a lo dicho por nosotros en el tema específico⁹⁸.

Como el delito se integra por dos fases ejecutivas, perfectamente diferentes, que son el desapoderamiento de la cosa, por un lado, y por el otro, la toma efectiva de poder sobre la cosa por parte del ladrón, recién en este punto se consume el delito⁹⁹. Mientras el traspaso del poder efectivo a las manos del ladrón *esté en condiciones reales de ser impedido*, la lesión no está consumada. Sólo se puede hablar de consumación si el agente puede disponer materialmente de ella, aunque sea por unos breves instantes¹⁰⁰.

HURTOS AGRAVADOS

Dice el artículo 163: “Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

”1. Cuando el hurto fuese de una o más cabezas de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o de máquinas o instru-

⁹⁶ TOZZINI, ob. cit., p. 153.

⁹⁷ DONNA, *La tentativa* cit.

⁹⁸ DONNA, *La tentativa* cit.

⁹⁹ FRÍAS CABALLERO, ob. cit., p. 127.

¹⁰⁰ FRÍAS CABALLERO, *La acción material constitutiva del delito de hurto* cit.

mentos de trabajo, dejados en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial.

"La pena será de dos a ocho años de prisión si el hurto fuere de cinco o más cabezas de ganado mayor o menor, y se utilizare un medio motorizado para su transporte¹⁰¹.

"2. Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente del ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado.

"3. Cuando se hiciera uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiese sido sustraída, hallada o retenida¹⁰².

"4. Cuando se perpetrare con escalamiento.

"5. Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren¹⁰³.

"6. Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público"¹⁰⁴.

I. Antecedentes

La estructura básica de las agravantes del hurto, comprendidas en este artículo, proviene del Código de 1891, en cuyo artículo 198 se preveían como calificantes del hurto: 1º) al hurto en archivos; 2º) al hurto contra viajeros; 3º) al hurto campestre; 4º) al hurto con abuso de confianza; 5º) al hurto calamitoso; 6º) al hurto con ganzúa, y 7º) al hurto con escalamiento.

Anteriormente, tanto en el Código de 1886, como en los proyectos anteriores no se encontraban las agravantes, ya que la cuestión, como se sabe, pasaba por la discusión de la distinción entre el robo y el hurto¹⁰⁵.

¹⁰¹ Art. 163, inc. 1º, texto según ley 23.588 (B. O. del 24-8-88).

¹⁰² Art. 163, inc. 3º, texto según ley 24.721 (B. O. del 18-11-96).

¹⁰³ Art. 163, inc. 5º, agregado por ley 23.468 (B. O. del 26-1-87).

¹⁰⁴ Art. 163, inc. 6º, agregado por ley 24.721 (B. O. del 18-11-96).

¹⁰⁵ MORENO, ob. cit., p. 112.

El proyecto de 1906 suprimió los dos primeros incisos antes mencionados y el proyecto de 1917 eliminó el abuso de confianza como agravante del hurto; de modo tal que quedaron, como hurtos calificados: 1º) el abigeato y el hurto campestre; 2º) el hurto calamitoso; 3º) el hurto con ganzúa; 4º) el hurto con escalamiento.

El decreto-ley 17.567, basado en el proyecto de 1960, modificó la redacción de estos cuatro incisos, elevó la escala y agregó los incisos quinto al noveno: 5º) el hurto a viajeros; 6º) el hurto de vehículos; 7º) el hurto de cosas calificadas; 8º) el hurto de elementos de instalaciones de un servicio público; 9º) el hurto en banda.

La ley 20.509 derogó esta reforma, volviendo al texto original. Posteriormente, el decreto-ley 21.338 reimplantó la redacción del artículo de acuerdo al decreto-ley 17.567, que fue derogado nuevamente al instalarse la democracia, por la ley 23.077.

La ley 23.588, del 24 de agosto de 1988, agregó la última parte del inciso 1º.

El inciso 5º fue agregado por ley 23.486, el 31 de noviembre de 1986.

Por último, el inciso 6º fue insertado por ley 24.721, del 18 de noviembre de 1996, derogatoria del artículo 33 del decreto-ley 6582/58.

Todo lo cual demuestra que en el Código Penal se refleja la historia última de la Argentina, y como todo gobierno que apareció en ella, especialmente los militares, pretendió arreglar las cosas reforma penal mediante, y, salvo el decreto-ley 17.567, de una manera anárquica y sólo aumentando las penas.

II. Las agravantes en particular

Las agravantes, en su versión original, se estructuraban en base al objeto y al lugar (incs. 1º, 5º y 6º), por la ocasión (inc. 2º), el medio (inc. 1º última parte, inc. 3º), y el modo (inc. 4º).

Desde otro punto de vista, podemos clasificar las agravantes según tres vertientes básicas: las dificultades de custodia de los bienes, por parte del tenedor; la función que tiene el bien, y la naturaleza del obstáculo que tiene que vencer el autor para perpetrar el apoderamiento¹⁰⁶. Es decir,

¹⁰⁶ CREUS, ob. cit., ps. 421/422.

se agrava el delito cuando existen dificultades de custodia, sea en razón de la situación en que esos bienes tienen que ser dejados (como en el caso del abigeato, hurto campestre, vehículo dejado en vía pública o en lugares de acceso público); por particulares circunstancias que afectan al sujeto pasivo (hurto calamitoso), o por ambas causas a la vez (hurto de mercadería transportada).

También se agrava el delito por la naturaleza del objeto sobre el que recae (cercos, por su función de protección), o de otros objetos que quedan afectados en su función por la conducta típica (hurto con escalamiento, uso de llave falsa o ganzúa)¹⁰⁷.

1. *Abigeato, hurto campestre y de cercos*

El inciso 1º del artículo 163 del Código Penal puede ser subdividido en cuatro tipos penales diferentes, conforme al objeto de la sustracción:

- a) Abigeato o hurto de ganado. El tipo se agrava cuando el objeto de la sustracción son más de cinco cabezas y se utiliza un medio motorizado para su transporte (Aguirre Obarrío lo considera un quinto supuesto, y le llama “hurto de mercaderías transportadas”)¹⁰⁸.
- b) Hurto campestre.
- c) Hurto de maquinaria o implementos.
- d) Hurto de alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial.

Estos tipos penales tienen como característica principal, para que la agravante se concrete, que el hurto de los objetos debe haber sido cometido en un determinado lugar, haber sido dejados en el *campo*, o que cumplen una determinada función. Ello obedece a la necesidad de suplir el estado de indefensión de hecho del ganado y de los objetos útiles para las labores agrarias, debido a la necesidad, por una parte, y por otra, que quedan expuestos a la buena fe de terceros¹⁰⁹.

En otras palabras, la razón por la cual se agrava la pena para el

¹⁰⁷ CREUS, ob. cit., p. 422.

¹⁰⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 237.

¹⁰⁹ Proyecto de 1891 citado por NÚÑEZ, ob. cit., p. 192. Además, NÚÑEZ, *Delitos contra la propiedad*, p. 126 (si no hay explicación, será la obra que se cite de este autor).

delito de hurto, cuando media esta circunstancia, es el estado de indefensión en que se encuentran las cosas al hallarse *dejadas en el campo*, esto es, fuera de la custodia de su dueño o legítimo tenedor.

Explica Soler que el sentido de la agravante es doble, en tanto se toma en cuenta el carácter de las cosas hurtadas: animales, productos separados del suelo, instrumentos de trabajo, elementos de cerco, y, además, por la situación en que se encuentran; es decir, la ley penal pone un cerco moral de protección, elevando la pena, cuando un bien jurídico es importante y, por sus características, la protección privada es menos eficaz que en otros casos¹¹⁰. También están en este aspecto ideas de política criminal, que no viene al caso explicar, basadas en ciertas ideologías que tienen raíces en la historia argentina, y que exigían la defensa del ganado y de las estancias que se estaban haciendo luego de una repartición de tierras dadas por la conquista del desierto de Roca, por una parte, y de la organización argentina, por la otra. La necesidad de la defensa era más que obvia, en este sentido, y basta con leer al *Facundo*, de Sarmiento, y al *Martín Fierro*, de José Hernández, y algunos textos de Borges, para entender el porqué de la agravante¹¹⁰⁻¹.

Se denomina campo a todo lugar alejado de zona urbana o de otro sitio habitado, de gran extensión, a consecuencia de lo cual el legítimo tenedor de la cosa no dispone de la posibilidad fáctica de proteger los objetos, aunque sea de forma mediata.

Es indiferente, dándose las condiciones indicadas, que el predio rural esté abierto o cerrado por medio de cercos. Se incluyen en el concepto de campo los caminos que rodean o cruzan los predios¹¹¹.

No constituye campo, aunque se encuentren en zonas rurales, las casas, habitaciones, galpones y otras dependencias de ellas, como patios, graneros, establos o tambos¹¹². Esto significa que para que la cosa haya sido *dejada en el campo*, no puede estar en el resguardo especial que significaría encontrarse en uno de estos lugares.

¹¹⁰ SOLER, ob. cit., p. 219.

¹¹⁰⁻¹ Véase SALVATORE, Ricardo, *El imperio de la ley. Delito, Estado y sociedad en la era rosista*, en *Delito y sociedad*, Instituto Di Tella, ps. 1 y ss.

¹¹¹ CREUS, ob. cit., p. 423; NÚÑEZ, ob. cit., p. 192.

¹¹² Ídem nota anterior.

La cosa tampoco debe estar, para que concurra la agravante, bajo una custodia inmediata, verbigracia, la de un pastor, boyero, arriero, jinete, ordeñador, peón, etcétera.

a) *Abigeato*

El primer supuesto del inciso 1º califica el hurto por recaer sobre una o más cabezas de ganado mayor o menor.

El nombre *abigeato* proviene del Derecho Romano. La significación viene de *ab agere*, esto es echar por delante, aguijar, “para designar la forma como, por lo común, se consumaba el hurto de los animales que no se cargaban al hombro para llevarlos”¹¹³.

Carrara afirmaba que los romanos la habían adoptado por su habitual contricción a la pureza del lenguaje; habían distinguido entre distintas formas de hurtar: la ablación, esto es el hurto de cosas inanimadas; la abducción, que era la de los hombres, y por último la abación, que se daba cuando se hurtaba a las bestias¹¹⁴.

La sustracción no se realizaba por *contrectatio* sino por *abactio* (del verbo *abigere*), es decir, arreando las bestias hacia adelante, para que se trasladen hacia donde uno quiere¹¹⁵.

Concepto de ganado mayor o menor. El hurto se califica cuando se trata de ganado. Como bien dice Núñez, el término ha tenido la virtud de dividir la doctrina y jurisprudencia argentina.

Moreno entendía que al no haber sido definido por ley el concepto, había que buscarlo en *Las Partidas*¹¹⁶.

Por ganado debe entenderse los animales cuadrúpedos domesticables, de los que el hombre obtiene carne, leche, cuero, etcétera, y son utilizados para carga o transporte. Son animales que forman majada o rebaño, y pastan en los campos: bueyes, vacas, toros, carneros, ovejas, cabras, caballos, mulas, burros, llamas y otros animales de este tipo; incluyendo, por ejemplo, a los cerdos que, aunque no pastan igual que los demás, forman piara y consumen alimentos provenientes del campo.

¹¹³ CARRARA, cit. por NÚÑEZ, *Delitos...* cit., p. 127.

¹¹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 127.

¹¹⁵ *Programma...* cit., § 2074.

¹¹⁶ MORENO, ob. cit., ps. 112/113.

Esta idea de que sólo entran los animales cuadrúpedos, que son bestias de carga o para carne, viene de Ramos Mejía, quien afirmaba en la Cámara de Diputados: “Voy a permitirme la libertad de proponer a la comisión de códigos que en el inciso 3º las palabras animales de rebaños se substituyan por éstas: ganado mayor o menor”¹¹⁷.

Dentro del término ganado no se encuentran incluidos los animales salvajes (aunque estén domesticados), ni las aves de ningún tipo, ni los cuadrúpedos menores, como los conejos o chinchillas.

Cuando se introduce el término ganado mayor, el legislador se refiere a aquellos animales de gran *alzada* (medida tomada, con el animal en estación, desde el piso hasta la *crúz*, que es la parte más alta del lomo, donde se cruzan los huesos de los miembros anteriores con la columna vertebral), como ser, a modo de ejemplo, las vacas, toros, mulas, caballos, etcétera, siendo ganado menor, en consecuencia, aquellos de *alzada* pequeña, como ser: ovejas, cabras, cerdos, etcétera. En otros términos, el ganado es mayor o menor según su *alzada* normal. Ganado mayor es el equino y el bovino; menor, el ovino, porcino y caprino¹¹⁸.

Antes de la reforma del artículo, por ley 23.588/88, se había dado una discusión sobre si la calificante del hurto era de un solo animal o si, por el contrario, era necesario que el hurto fuera de varios animales¹¹⁹. Pero, como siempre pasa, cuando la ley decide terminar con este tipo de discusión, todo lo dicho anteriormente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, ha pasado a ser historia; de modo que el problema ha quedado zanjado con el texto actual, que incluye expresamente en la agravante el apoderamiento de una o más cabezas de ganado mayor o menor. De todas formas, ya Núñez había sostenido que “de los precedentes legislativos y del sentido que al término ganado se le confiere usualmente en la legislación argentina, surge que existe hurto de ganado tanto cuando se sustrae una tropa, o un rebaño o dos o más animales, como cuando se sustrae un solo animal”¹²⁰.

¹¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 134, nota 21.

¹¹⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 227.

¹¹⁹ La discusión, con todos los detalles, en NÚÑEZ, ob. cit., ps. 127/135.

¹²⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 133; en igual sentido, MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ps. 237/238.

Dejados en el campo tampoco es una expresión que no haya tenido problemas en la doctrina. Por ejemplo, se han planteado dudas sobre el carácter del apoderamiento perpetrado sobre animales que se hallan en establos o corrales situados en el campo, alejados de la custodia directa del tenedor; como en el ejemplo de Creus, de la hacienda encerrada en un brete muy alejado de la casa-habitación, para realizar tareas en ella al día siguiente. Se afirma que también en estos casos se da la agravante, ya que no interesa tanto las mayores dificultades que haya tenido que sortear el ladrón, sino las menores posibilidades del tenedor de cuidar la cosa¹²¹. Sin embargo, la cuestión no es sencilla. Tanto Núñez como Aguirre Obarrio afirman que los animales deben haber sido dejados en el campo. Núñez de manera expresa dice: “que además de que estén en el campo, deben estar al aire libre, y esto sucede cuando se encuentran fuera de toda habitación u obra que constituyan un resguardo que, como las murallas, los fosos u otras construcciones semejantes, no lo dejan al descubierto y expuesto a la buena fe de terceros, como lo están de ordinario en los espacios libres y en cercados comunes”¹²². Pero si se tiene en cuenta que la cuestión se complementa con la idea de que los animales se queden sin custodia, el tema tiene la solución indicada precedentemente. La custodia sólo puede hacerla una persona, no por otro medio material, aun el encierro. Por eso dice Gavier que “si los animales se encontraban bajo la custodia inmediata de un pastor o guardián, el hurto no encuadraría en el título de abigeato. La razón es simple: en este caso los animales no habrían sido dejados en el campo”¹²³. Hay que tener en cuenta que la agravante se da cuando el animal ha sido dejado en el campo, sin custodia y por necesidad.

Se agrava la pena, de acuerdo a la nueva ley 23.588 –de dos a ocho años de prisión–, por la cantidad de cabezas de ganado sustraídas, *cinco o más*, y por la utilización de un medio motorizado para su transporte, debiendo darse estas dos circunstancias, en conjunto, para que sea tipificada la agravante de la agravante.

¹²¹ CREUS, ob. cit., p. 424.

¹²² NÚÑEZ, ob. cit., p. 137.

¹²³ Citado por NÚÑEZ, ob. cit., p. 137, nota 33.

El medio motorizado será, por lo común un camión de hacienda¹²⁴, aunque no es imprescindible que sea por ese medio, bastando que el “medio” sea motorizado, esto es, que tenga motor, de modo que si se hace con un carro, tirado por bueyes o caballos, el delito no será agravado.

Tampoco es necesario, dice Creus, que el traslado de los animales se efectúe en el momento en que se produce el desapoderamiento, sólo es suficiente que este medio sea utilizado para perfeccionarlo¹²⁵. Entendemos que la cuestión es distinta. La ley habla de que el hurto fuere de... y se utilizare un medio motorizado para su transporte. De modo que en alguna etapa de ejecución del hurto y antes de su consumación debe utilizarse el medio motorizado, de lo contrario ya estaríamos dentro del delito de encubrimiento, que nada tiene que ver con la agravante.

b) *Hurto campestre*

El segundo supuesto del inciso 1º califica el hurto si el apoderamiento recae sobre:

- 1º) Productos separados del suelo;
- 2º) máquinas o instrumentos de trabajo.

Ambos elementos deben haber sido necesariamente *dejados en el campo*, tal como ha sido mencionado en los otros supuestos de este inciso. Cualquier vigilancia que sea impuesta, mediata o inmediata, no da lugar a la agravante.

1) Según las modalidades de explotación de nuestra industria agropecuaria, a la cual se ha querido otorgar mayor garantía, muchas veces es necesario dejar en el campo los cereales en gavillas, o las frutas en cestas, para transportarlos después a depósitos o galpones¹²⁶. Estos productos quedan, así, entregados a la confianza general, llevando a un debilitamiento de las defensas privadas, lo que fundamentó la agravante¹²⁷.

¹²⁴ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 238.

¹²⁵ CREUS, ob. cit., t. I, ps. 423 y ss.

¹²⁶ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 238.

¹²⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 138.

Por *productos separados del suelo* se entiende que se trata de objetos que da la tierra, que nacen de la tierra, por el trabajo del hombre, o en forma silvestre, y que el Código Civil denomina como frutos (arts. 2329, 2866, 2093, 2967 y conchs. del Cód. Civ.).

Se discute si se encuentran incluidos los productos vegetales y minerales. Núñez afirma que deben ser productos vegetales, porque son los que se separan del suelo, aunque no sean producto de la agricultura; pero quedan excluidos los productos minerales, que se sacan o extraen del suelo, y los animales, que no se separan del suelo¹²⁸.

Para Soler, a quien siguen también Creus, Molinario y Tozzini, resulta infundado excluir a ciertos productos de aquella protección que fue acordada por la ley en forma indistinta respecto de todos los productos. Por otra parte, la razón de la tutela reforzada vale tanto para las industrias agrícola-ganaderas, como para las explotaciones minerales de ciertas clases de yacimientos, en los cuales los productos son separados del suelo y dejados en esa situación algún tiempo, antes de ser transportados, tal como ocurre en las salinas¹²⁹.

La doctrina mayoritaria afirma, pues, que no hay motivo para excluir ciertos productos o limitar la agravante sólo a unos, cuando la misma ley no lo hace. Es decir, si el Código Civil contiene una definición de producto que no excluye a los minerales (art. 2329 y su nota), no hay motivo desde el ámbito penal, y sin un texto que así lo justifique, para hacerlo.

Sin embargo, últimamente Aguirre Obarrio ha sostenido, con Irueta Goyena, que sólo entran en la agravante los vegetales, ya que éstos son los únicos que deben ser dejados en el campo, ya que en las explotaciones mineras tal necesidad no existe porque los productos se transportan de inmediato, y si se los deja, es una imprudencia de la víctima¹³⁰. Desde esta perspectiva, afirma que si la desprotección se debe más a una negligencia de la víctima que a la desprotección necesaria de la cosa, la agravante no debería aplicarse.

¹²⁸ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 193/194.

¹²⁹ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 236; TOZZINI, ob. cit., p. 186.

¹³⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 239.

Es indispensable que los productos se encuentren *separados del suelo*, esto es, cuando ha cesado el contacto, directo o indirecto, con la planta o el lugar de la tierra en que estaban, aunque se los deje en o sobre la tierra¹³¹.

Esta separación debe ser una obra humana, lo cual se infiere al coordinar los conceptos de “separados” y “dejados”, ya que ésta señala una dirección estrictamente voluntaria, aunque no es indispensable que la separación la haya realizado el legítimo tenedor de la cosa, quien se aprovecha de la separación realizada por un tercero. Para Creus, aun se da la agravante si quien realizó la tarea lo hizo sin derecho¹³², aunque Núñez afirma que la separación no puede ser obra del ladrón¹³³.

Es que si la separación es obra del ladrón, en forma directa o por mediación de un tercero que de acuerdo con él lo haya separado antes, faltaría un elemento objetivo del tipo agravado. Ello es así porque la adherencia al suelo, o a las plantas, de los productos que no han sido separados, constituye una custodia natural que hace innecesaria la mayor garantía que supone la agravante¹³⁴.

No opera la agravante si la separación no se debe a obra humana, sino que procede de acontecimientos naturales. En el ejemplo de Creus, quien recoge la fruta caída después de una tormenta sólo podría cometer hurto simple¹³⁵. Tampoco es agravado el hurto de los productos de los animales que, como el guano, nunca estuvieron unidos al suelo¹³⁶.

2) Hurto de máquinas u otros instrumentos dejados en el campo. Es frecuente que cuando el campesino suspende sus tareas deje las máquinas en el lugar en que se encontraban ya que llevarlas hasta la casa, para volver a trasladarlas al día siguiente, implicaría recorrer con ellas largas distancias, con los consiguientes gastos de tiempo y

¹³¹ En ese sentido Núñez, aunque con la limitación antes expresada (p. 139).

¹³² CREUS, ob. cit., p. 425.

¹³³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 139.

¹³⁴ MANZINI, *Trattato...* cit., t. IX, p. 243, cit. por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 239. En el mismo sentido, TOZZINI, ob. cit., p. 188.

¹³⁵ CREUS, ob. cit., p. 425. Núñez, en contra, al decir que puede ser obra de la naturaleza (p. 139).

¹³⁶ TOZZINI, ob. cit., p. 188, con cita a Laje Anaya.

dinero. De allí el fundamento de la agravante, ya que los bienes han quedado a la confianza pública, por imperio de la necesidad¹³⁷.

El Código llama máquinas o instrumentos dejados en el campo a aquellos artefactos con los cuales se efectúan tareas de cosecha, siembra, recolección, etcétera, que son utilizados en la labor campestre y únicamente para esa finalidad. Puede tratarse de máquinas que multiplican mecánicamente o facilitan el despliegue de la fuerza humana, como tractores, arados o rastras; como de cualquier otro instrumento que no cumpla mecánicamente esta función, cual sería el caso de las guadañas, hoces puntales, lonas, etcétera. Lo importante es que estén destinadas al trabajo de campo: la producción, separación, recolección y extracción de los frutos o productos¹³⁸.

El hurto puede tener por objeto la totalidad o parte de la maquinaria: es indiferente que el ladrón se apodere de toda la cosechadora, o tan sólo de la barra de corte o del embocador.

Si se tratara de cualquier otra maquinaria, que no es utilizada habitualmente para el trabajo en el campo, aunque se utilicen con ocasión de éste, no se daría la agravante. Tampoco configura la calificante el hurto de maquinarias que, en el momento del apoderamiento, no estaban afectadas al trabajo del campo, aunque por naturaleza lo estén. Así, se excluyen de este inciso las camionetas utilizadas para el traslado del trabajador de campo y el tractor que está siendo utilizado por el peón para concurrir al baile en el pueblo.

La maquinaria y los instrumentos deben haber sido *dejados en el campo*, de acuerdo con el sentido que le dimos a este concepto, en virtud de su afectación al trabajo. Cabe destacar que la agravante se configura sólo cuando se cumplen ambas circunstancias en forma conjunta, o sea, que se trate de máquinas destinadas a la labor del campo y que éstas hayan sido dejadas en él.

c) *Hurto de alambres o elementos de los cercos*

El delito de hurto se califica también por el apoderamiento de algún elemento de los cercos, cuando se cause su destrucción total o

¹³⁷ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 239.

¹³⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 141.

parcial. La agravante se basa fundamentalmente en la función que cumplen los cercos, la cual no es únicamente la de limitar una propiedad, sino que principalmente está dada por la protección que efectúa sobre el ganado, evitando que éste se disperse, y de los productos agrícolas.

Explicaba Moreno que el objeto perseguido con la agravación de la penalidad, en estos casos, es el de una más eficiente protección de la propiedad rural, que coincide con lo antes afirmado sobre este tipo de agravantes.

El alambrado sirve para la conservación y custodia del inmueble: si éste no se encuentra protegido por medio de esas líneas materiales de separación, el cuidado de los animales propios se dificulta, y la protección contra invasiones ajenas se hace difícil. Una forma de atentar contra esa propiedad consiste en destruir los cercados, de manera que puedan penetrar fácilmente al campo animales ajenos que se alimentan en él¹³⁹.

Debe circunscribirse a elementos del cerco y necesariamente debe producirse su destrucción, ya sea total o parcial.

Se consideran elementos de un cerco todos los que le dan forma, como ser: varillas, alambres, postes, torniquetes, puertas o tranqueras. Según Núñez, la ley no se refiere a cualquier especie de cerco, sino a los contruidos con aquellos elementos¹⁴⁰. En contra, Creus sostiene que queda comprendida en la agravante toda especie de cerco, ya sea alambrados, pircas, cercos de ramas, de palo a pique, etcétera; en tanto no se puede otorgar a la mención ejemplificativa del “alambre” que hace la ley una extensión tal que excluya del objeto típico todo otro cerco que no sea de ese material¹⁴¹.

El hurto debe recaer sobre los elementos de un cerco en funciones, y en condiciones de cumplirlas normalmente: si aquél está total o parcialmente destruido con anterioridad, su apoderamiento o el de alguno de sus elementos, será un hurto simple.

¹³⁹ MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes*, cit. por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 240.

¹⁴⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 195.

¹⁴¹ CREUS, ob. cit., p. 427. En el mismo sentido, BADARACCO, *Hurto calificado*, citado por NÚÑEZ, ob. cit., p. 195, nota 110. Adhiere TOZZINI, ob. cit., p. 189.

Igualmente, será hurto simple aquel que no concluya en la destrucción total o parcial del cerco, en tanto la agravante se basa en la circunstancia de que, a partir del hurto, el cerco ya no podrá impedir el paso fácil de los animales hacia el exterior del predio¹⁴².

El sólo debilitamiento del cerco no agrava el hurto.

La destrucción del cerco debe tener por fin el apoderamiento de esos elementos, por lo cual la sola destrucción de los cercos, sin apoderamiento, sólo constituirá daño.

El hurto de cercos prevé la existencia de fuerza en las cosas, ya que para lograr su destrucción ésta resulta necesaria, lo cual puede llevar a una confusión con el delito de robo, de allí las críticas que formula Soler a esta redacción¹⁴³. En punto a este tema, Núñez entiende que no se admite en ningún caso el desplazamiento del tipo del inciso 1º, ya que la pena del robo es menor, por lo menos en el mínimo.

En otro sentido, Oderigo no atribuye al sustantivo “destrucción” el necesario empleo de violencia, pues destruir importa deshacer, lo que puede llevarse a cabo sin aquella circunstancia, pero si se cortan los alambres existe robo.

Soler acepta que si bien el tipo del inciso 1º absorbe ciertas formas de fuerza y de daño, en otros casos éste puede ser desplazado por el del inciso 4º del artículo 167¹⁴⁴, que es la posición de Aguirre Obarrio¹⁴⁵.

Sobre este punto, Creus sostiene que, si se está ante la destrucción para apoderarse de los elementos del cerco destruido, la conclusión a la que arribamos en el párrafo anterior es correcta; pero discute la aplicación de la calificante en el caso en que la destrucción se ha practicado con la finalidad de consumir otros apoderamientos¹⁴⁶.

El tema es complejo, y será difícil salirse de la agravante del artículo 167, inciso 4º del Código Penal, aunque se podría hacer alguna distinción, esto es, cuando el hurto es de los alambres o elementos del cerco es de aplicación el artículo 163 del Código Penal, pero cuando

¹⁴² NÚÑEZ, ob. cit., ps. 194/195.

¹⁴³ Ver SOLER, ob. cit., ps. 237/238.

¹⁴⁴ Ver TOZZINI, ob. cit., p. 191.

¹⁴⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 241.

¹⁴⁶ CREUS, ob. cit., p. 428.

se trata de otro tipo de objetos, se aplica el artículo 167, inciso 4º del Código Penal. De todas formas, cualquier fuerza que se realice lleva al delito de robo.

2. Hurto calamitoso

El hurto calamitoso, previsto en el inciso 2º del artículo 163, fue tomado por nuestro legislador del proyecto de 1891, que había pasado antes al de 1906. “La Exposición de Motivos del primero de esos proyectos dice que la circunstancia de cometerse el delito en ocasión de un desastre cualquiera da un carácter particularmente odioso al hurto, y justifica la agravante consignada”¹⁴⁷.

El hurto se agrava cuando es calamitoso, esto es, cuando se cometa en ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín, o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública, o de un infortunio particular del damnificado.

La agravante se fundamenta, según la doctrina, en razones objetivas y subjetivas. Desde la primera, al producirse los hechos que enumera el texto, la autoridad pública se ve obligada a emplear todos sus medios de acción para reparar y prevenir las consecuencias de esos infortunios, por lo cual la custodia de los bienes queda librada a la confianza común, es más, se disminuye sustancialmente el cuidado de los bienes. Si a esto se le suma la actitud del agente que se aprovecha de esas circunstancias, debido a los problemas objetivos existentes, antes relatados, o al infortunio de la persona, no hay duda de que se da un mayor injusto de la conducta, que justifica una mayor pena. No se trata, a nuestro juicio, de una mayor peligrosidad¹⁴⁸, como se ha sostenido, que es difícil de medir, sino que el elemento subjetivo del injusto, más la circunstancia objetiva, revela un mayor injusto, que debe traducirse en la mayor pena. Se trata de una agravante que se justifica en estos extremos antes mencionados.

El Código Penal, al efectuar una descripción de estos acontecimientos los denomina genéricamente como desastre o conmoción pú-

¹⁴⁷ MORENO, ob. cit., p. 117.

¹⁴⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 241/242.

blica, desarrollando un detalle de ellos (incendio, explosión, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín), que serían, para Núñez, los únicos casos del llamado hurto calamitoso, pero que, de manera incorrecta, la doctrina y la jurisprudencia han extendido a los casos individuales¹⁴⁹.

La enumeración que ha dado el Código ha traído problemas, tal como se puede leer en Núñez y ahora en Tozzini y Aguirre Obarrio¹⁵⁰.

Para Núñez se trata de dos hipótesis que plantea la ley: la primera, debido al debilitamiento de las defensas privadas, sobre las cosas que se tienen en posesión, en razón de desastres o conmociones públicas. La segunda, en caso de debilitamiento de esas defensas por infortunios privados de la persona¹⁵¹.

En el primer supuesto, la norma es meramente ejemplificativa, por lo cual la agravante se concreta de la misma manera si se producen otras circunstancias distintas a las enumeradas en este inciso, siempre y cuando cumplan con la característica mencionada, es decir, la de disminuir las defensas predispuestas sobre la cosa, de manera que el agente pueda *aprovecharse* de ello. La referencia de cualquier otro desastre o conmoción pública es clara al respecto, a punto tal que Aguirre Obarrio termina remitiendo la explicación de algunas de las palabras empleadas a la interpretación común. Es que palabras tales como incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, son claras, en cuanto tengan la característica de desastre o conmoción pública¹⁵².

Lo único que merece explicación son las expresiones asonada o motín. Ambas han sido reemplazadas por sedición y rebelión respectivamente, de modo que no deberían haber sido empleadas¹⁵³. Pero, en tren de dar alguna explicación, tienen el sentido de la sedición o de la rebelión.

Desastre “equivale a un mal grande, a un mal de vastas propor-

¹⁴⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 146.

¹⁵⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 146; TOZZINI, ob. cit., ps. 193 y ss.; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 242.

¹⁵¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 146.

¹⁵² AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 242.

¹⁵³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 242.

ciones, que afecta a muchas personas, lesiona muchos intereses y generalmente resulta de alguna catástrofe”¹⁵⁴.

Para que se tipifique la agravante el hecho debe haber tenido repercusión a nivel público, de lo contrario, el suceso podría encuadrarse en el último supuesto de este inciso.

Es *conmoción pública* cualquier alboroto, desorden o confusión producido por el acumulamiento de personas, no necesariamente en forma violenta, y que produce una perturbación en el lugar del acontecimiento, como por ejemplo una manifestación. Moreno la definía como una agitación violenta de individuos resultante de un conflicto externo o de un choque interior, sea el hecho de carácter agresivo, religioso, político o social, y daba el ejemplo de la agitación que se produce en zona de frontera al momento de declararse una guerra¹⁵⁵.

La conmoción pública, según Núñez, no se apoya en la idea de desgracia pública, sino de perturbación pública, que son situaciones de confusión, alboroto, producidas por un conjunto de personas, levantadas en motín, asonada, huelga, etcétera¹⁵⁶.

Pero lo esencial, para agravar el hurto, es el especial ánimo del autor de aprovecharse de esas circunstancias, de modo que si las desconoce o no se aprovecha de ellas no se dará la agravante del hurto.

En el segundo supuesto que trae la norma la cuestión no es tan sencilla, ya que han existido interpretaciones distintas de su alcance.

La expresión *infortunio particular del damnificado* hace referencia a cualquier tipo de padecimiento físico o moral. Núñez sostiene que se da cuando el damnificado físicamente está en un estado desgraciado o lo aflige un hecho o acontecimiento de la misma índole¹⁵⁷. Aguirre Obarrio se refiere al estado de desgracia que afecta a un solo individuo, siendo indiferente que este mal haya sido previsto o imprevisto, previsible o imprevisible¹⁵⁸. Para Tozzini existe cuando la víctima se encuentra psicofísica o moralmente afectada por un estado o circunstancia

¹⁵⁴ MORENO, ob. cit., p. 117; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 242.

¹⁵⁵ MORENO, ob. cit., p. 117; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 242.

¹⁵⁶ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 149/150.

¹⁵⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 150.

¹⁵⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 242.

desgraciados, cualquiera sea su índole o su causa¹⁵⁹. Los ejemplos que se ponen son varios, y vale la pena que se expliquen, porque dan razón de la agravante, que llevó, a nuestro juicio, a que fuera mal interpretada por parte de la jurisprudencia, y motivó, como se verá, un fallo plenario de la Cámara del Crimen de la Capital. Entran en este acápite los casos de un ataque de epilepsia, un desmayo, la ceguera, el suicidio, etcétera¹⁶⁰. En cambio, se descarta el sueño normal, ya que como explica Tozzini, el sueño normal no es un infortunio¹⁶¹.

Ahora bien, la esencia del artículo consiste en que los hechos antes narrados lleven a un debilitamiento de las defensas del autor, y que exista un aprovechamiento de esas circunstancias por parte del autor. Debe existir una relación entre esa situación y el aprovechamiento que hace el autor del hurto. Por lo tanto, si el infortunio ha hecho que el sujeto tenga más cuidado en sus cosas, no se dará la agravante. Núñez trae un caso que es el siguiente: si en circunstancias de peste, el sujeto, en lugar de abandonar la casa, lleva a que se encierre y esté más encerrado, el hurto no se califica¹⁶².

Molinario y Aguirre Obarrio sostienen que se requiere una relación entre la producción del infortunio y el hurto, y ejemplifica diciendo que, si aprovechando la circunstancia de que haya quedado sólo un individuo paralítico, entran ladrones en su habitación y hurtan a su vista, no puede decirse que estemos en presencia de un hurto calamitoso, puesto que la parálisis no guarda relación con el hurto producido. Y sí, en cambio, estaría comprendido en la calificante el hurto en perjuicio de un ebrio, aprovechándose de su estado de alcoholización¹⁶³.

En contra de esa postura, Creus sostiene que no se puede negar a la enfermedad o a los estados crónicos de padecimientos físicos el carácter de infortunios, ya que la razón de ser de la agravante no estriba en la imprevisión, sino en la efectiva disminución de las posibilidades de custodia; por lo cual, por ejemplo, el hurto a un ciego

¹⁵⁹ TOZZINI, ob. cit., p. 198.

¹⁶⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 150. Allí se encuentran más ejemplos y sus correspondientes explicaciones.

¹⁶¹ Ídem nota anterior.

¹⁶² TOZZINI, ob. cit., p. 199. En contra CREUS, ob. cit., p. 430.

¹⁶³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 153.

de nacimiento también sería calificado¹⁶⁴. Del mismo modo, Soler rechaza la limitación, porque lo importante es que se trate de una situación de infortunio por efecto de la cual los bienes del perjudicado queden expuestos a más eficaces agresiones, y que el ladrón se aproveche de esa situación¹⁶⁵.

El infortunio debe afectar, particularmente, al damnificado por el delito de hurto, es decir, al sujeto pasivo del hecho que se encuentra bajo una situación que le impide ejercer un control sobre los bienes de su propiedad, evitando que los proteja de cualquier ataque destinado a disminuir su patrimonio.

También se produjeron discusiones jurisprudenciales en torno a determinar si el infortunio particular del damnificado debe tener cabida en las situaciones relacionadas con las cosas, o sólo con las situaciones relacionadas con las personas. Por una parte, hubo fallos que entendían que la agravante debía aplicarse también en aquellas circunstancias relacionadas con las cosas en particular, y no únicamente cuando los sucesos afectaren a las personas, pues existen ciertos eventos que pueden afectar directamente a los bienes, y de los cuales el actor puede valerse de todos modos al ver disminuidas las defensas sobre las cosas del damnificado, como ser, agravar el hurto cuando está rota la vidriera del negocio de la víctima¹⁶⁶.

La mayoría de la jurisprudencia interpretó que el suceso desgraciado, o infortunio, debía afectar directamente al sujeto pasivo del hurto, ya que el fundamento de la agravante pone énfasis en esta circunstancia, en cuanto se basa, principalmente, en el debilitamiento de la defensa que el propietario o tenedor ejerce sobre sus bienes, es decir, que si se observa que la defensa es llevada a cabo por el propietario del bien, la única forma de que ésta se vea debilitada es que el infortunio particular haya sido sufrido por la víctima y no por los bienes.

Los fallos contradictorios llevaron a que se dictara el plenario N° 141, “Vera, Luis Miguel”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, del 23 de septiembre

¹⁶⁴ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 242/243.

¹⁶⁵ CREUS, ob. cit., ps. 430 y ss.

¹⁶⁶ SOLER, ob. cit., § 112, N° VI.

de 1991, en el cual, por mayoría, se dio la siguiente doctrina: “...La expresión ‘infortunio particular del damnificado’ del artículo 163, inciso 2º del Código Penal, sólo comprende la situación personal de la víctima y no el mero estado en que pueden encontrarse las cosas de su propiedad...”

a) *El tipo subjetivo*

Ahora bien, como en todo tipo penal, es esencial la presencia del tipo subjetivo, más en este caso, en donde la agravante no se puede dar sin los elementos subjetivos de saber del desastre, conmoción pública o del infortunio, de la disminución de las defensas y actuar aprovechándose de ello. Se trata de un tipo penal de los que contienen, en su aspecto subjetivo, una tendencia especial del autor, de la cual ha surgido la acción. Es la postura o actitud anímica del autor la que tiñe o anima la acción de un modo específico y restringe el tipo, en este caso, sólo a los que, de entre quienes cumplen con el tipo objetivo, actúan con la peculiar tendencia de aprovechar las facilidades para el hurto que le brinda el infortunio de la víctima¹⁶⁷.

Según Polaino Navarrete, se trata de “la acción dolosa del sujeto, la exigencia de un factor endógeno o constitucional en el autor, que opera como elemento motivacional propulsor de un determinado comportamiento objetivo inspirado en la propia dinámica de esta fuerza impulsora descrita en el tipo legal”¹⁶⁸.

En este sentido, *delitos de tendencia* son tipos que, desde el punto de vista subjetivo, se estructuran desde lo que se ha llamado *orientación a fin*. Los delitos llamados de tendencia incorporan el ámbito psicológico del autor, y por ese motivo tienen un *carácter endógeno*, determinante de la manifestación de un *impulso interno* que opera como *factor motivacional* propulsor de la puesta en práctica del comportamiento lesivo del bien jurídico¹⁶⁹.

¹⁶⁷ CNCCorr., sala III, 28-4-88, “Zuriowski, M.”, 23.283, J. P. B. A. N° 67, fallo 7265, cit. por TOZZINI, p. 200.

¹⁶⁸ TOZZINI, ob. cit., p. 195.

¹⁶⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, ed. en prensa. Hemos manejado el original, cedido por el propio autor, a los efectos de hacer el prólogo.

Sigue diciendo Polaino que esta categoría de delitos comprende un conjunto de supuestos delictivos en los cuales el coeficiente anímico incorporado en la figura legal radica en una *pulsión tendencial*, que caracteriza el comportamiento de un sujeto, sin exigir necesariamente la cualificación del autor, ni circunscribir la conducta al ámbito de los delitos especiales. En esta categoría genérica de los *delitos de tendencia* encuadra diversas subcategorías de supuestos delictivos, constituidas por:

- a) Los delitos de especial *motivación* subjetiva;
- b) los delitos de *hábito* personal;
- c) los delitos que exigen en el autor una singular *cualidad* constitutiva;
- d) los tipos de tendencia *sexual* propulsora como característica motivacional de un comportamiento que incide en la esfera de los bienes sexuales¹⁷⁰.

Los primeros, que son los que nos interesan, se caracterizan por una exigencia en el ánimo del autor de un *factor motivacional*, de índole tendencial. “Este factor anímico opera como ‘*motivo-causa*’ o como ‘*motivo-fin*’ para la adopción de la resolución subjetiva de la conducta típica”¹⁷¹. El legislador, continúa diciendo Polaino Navarrete, “considera que el componente motivacional es decisivo para la resolución criminal, lo hace objeto de singular desvaloración en orden a la proyección subjetiva de la conducta, y configura un tipo que gira en torno a la significación criminógena de la motivación personal”¹⁷².

Por ello, como en este caso, el autor actúa aprovechando las facilidades de ese suceso que aqueja al sujeto pasivo; si no conoce la existencia de ese suceso y las consiguientes facilidades, y no actúa motivado por ellas, la agravante no se verifica. Son útiles para aclarar este extremo los ejemplos de Molinario¹⁷³. En un primer supuesto, un

¹⁷⁰ Cfr., sobre la delimitación de las categorías conceptuales de motivación, móvil, fin y ocasión de la acción delictiva, TORÍO LÓPEZ, Ángel, *Motivo y ocasión en el robo con homicidio*, en *ADPCP*, t. XXIII, fasc. III, Madrid, sept.-dic., 1970, ps. 605 y ss., esp. ps. 617 y ss.

¹⁷¹ POLAINO NAVARRETE, ob. cit.

¹⁷² Ídem nota anterior.

¹⁷³ Ídem nota anterior.

individuo entra a una casa en que se está muriendo una persona, valiéndose de su condición de amigo de los moradores, y, aprovechando la falta de vigilancia propia de esas circunstancias, hurta algunos efectos. Aquí es clara la presencia de la agravante.

En el segundo supuesto, un sujeto entra en una casa, por los fondos de la misma, sin saber que dentro hay una persona muriendo, y, como encuentra las puertas de los muebles abiertas, hurta con facilidad los objetos que encuentra en ellos. Aquí no será posible hablar de hurto calamitoso, pues el ladrón no fue llevado a delinquir por la circunstancia de haberse producido el infortunio, pues él ignoraba su existencia.

3. *Hurto con ganzúa, llave falsa o instrumento semejante*

La agravante del inciso 3º del artículo 163 viene de los códigos del siglo XIX, y consiste en que mediante la utilización de la llave falsa, el ladrón logra superar fraudulentamente la defensa que diligentemente ha colocado el poseedor de la cosa, situación ésta que despierta mayor alarma pública, determinando una mayor protección en contra de esos actos¹⁷⁴. En palabras más cercanas a nuestra concepción del delito, la agravante tiene su fundamento en un mayor injusto del autor, basado en la astucia, habilidad o destreza que revela quien usa llaves falsas; además, en una mayor culpabilidad por el hecho, que es tenida en cuenta por el legislador¹⁷⁵.

En esta materia, esto es, los delitos contra la propiedad, la ley considera, en general, como menos culpable a aquel a quien la imprudencia del tercero proporciona la ocasión y quizá le favorece en su acción criminosa¹⁷⁶.

Pero por el contrario, la calificante encuentra su base en la circunstancia de que el sujeto activo se vale de un medio no común para superar fraudulentamente la defensa preconstituida por el tenedor de la cosa, para crear una esfera de vigilancia que rodea al objeto¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Ob. cit., p. 243.

¹⁷⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 157.

¹⁷⁶ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 604; DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. II, § 61 y ss.

¹⁷⁷ CHAUVEAU-HELIE, ob. cit., V, p. 265, palabras tomadas por Tejedor en el proyecto, p. 396. Citados por SOLER, ob. cit., p. 244, nota 46.

La agravante supone que la cosa se encuentra en un lugar cerrado bajo llave, lo cual produce un efecto material, que es el de oponer un obstáculo físico mayor, que es preciso vencer para poner mano en las cosas que se encuentran bajo su amparo. Este acto de poner la cosa bajo llave tiene una significación simbólica: la voluntad del propietario de mantener las cosas bajo su dominio, lo que excluye la posibilidad de hablar de negligencia de su parte. En estas condiciones, el ladrón muestra su mayor peligrosidad, pues no titubea en desobedecer la voluntad que la llave simboliza, quebrantando el obstáculo material que ella representa para apoderarse de las cosas de tal modo guardadas¹⁷⁸.

De la lectura del inciso se desprende que queda incluido dentro de la agravante, no sólo la ganzúa o llave falsa, sino cualquier utensilio capaz de abrir una cerradura, mecánica, eléctrica o electrónica, sin romperla ni forzarla; pero no pueden ser consideradas llaves las claves digitales que se pulsan y abren un cierre¹⁷⁹, con lo cual vuelve a notarse un vacío de punibilidad, producto de lo antiguo que es nuestro Código, y la falta de adaptación a estos nuevos fenómenos.

Llave verdadera es, estrictamente, la construida como parte de la cerradura para abrir o cerrar la misma¹⁸⁰. Pero, en el sentido más amplio, tomado en general por la doctrina al tratar esta agravante, es la utilizada por el dueño para activar el mecanismo de la cerradura¹⁸¹. Por lo tanto, el concepto de llave verdadera encuadra en la que usa el dueño y no en aquella que, aun abriendo perfectamente, se considera llave falsa por no pertenecerle.

Debe ser una llave propiamente dicha, ya que no pueden considerarse también llaves, en este sentido, a las tarjetas magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia (supuestos incluidos expresamente por el Cód. Pen. español –art. 239–), o, incluso, cualquier implemento que se use para abrir una cerradura, como un picaporte que se quita una vez cerrada la puerta, los llavines,

¹⁷⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 203; SOLER, ob. cit., p. 242.

¹⁷⁹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 244.

¹⁸⁰ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 604.

¹⁸¹ SS, 12-2-83, 25-11-84, 23-1-85, citados por ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso y MUÑOZ CUESTA, Javier, *Código Penal, concordancias, notas y jurisprudencia*, Aranzadi, Madrid, 1991.

o también una ganzúa que el legítimo tenedor de la cosa utilice para hacer funcionar el mecanismo¹⁸², dado que ello sería una interpretación extensiva del tipo.

Es decir que para ingresar en el concepto de *llave verdadera* en los términos del inciso es suficiente con que éste sea el elemento legítimamente utilizado para ello por el tenedor de la cosa. Decía Tejedor que “no hay llave verdadera sino relativamente a su destino”¹⁸³.

La doctrina española, con otro texto, ha puesto el énfasis en la apertura, de manera que resulta indiferente la materia química de que esté compuesta, siempre que se trate de un *material sólido o rígido*, pues sólo así se podrán restringir las posibilidades de incluir en este concepto la apertura mediante la utilización de fluidos (provocando, por ej., que se descomponga un sistema electrónico de cierre) o de claves secretas (la apertura de una caja de seguridad mediante la combinación numérica sustraída a su propietario)¹⁸⁴.

Como bien lo aclara Tozzini, no alcanza con la apertura fraudulenta, sino que es necesario que se haga uso de un medio instrumental materialmente falso, en el caso, que no sea la llave verdadera¹⁸⁵.

La llave verdadera sólo agrava, si ha sido sustraída, hallada o retenida.

La llave verdadera es *sustraída*, esto es, sacada de la esfera de custodia de su dueño mediante apoderamiento ilegítimo por el autor del hurto o por un tercero. No es llave sustraída la entregada erróneamente por el tenedor, ni la que éste ha dejado en la cerradura, o en un lugar visible para que la utilicen terceros, pero sí lo es la que se encuentra en un lugar escondido, que revela la voluntad del tenedor de permitir su uso sólo por aquellas personas que conocen legítimamente el escondite¹⁸⁶.

¹⁸² MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 245.

¹⁸³ CREUS, ob. cit., p. 433.

¹⁸⁴ Proyecto, p. 396, cit. por SOLER, ob. cit., p. 243, nota 43.

¹⁸⁵ VALMAÑA OCHAITA, Silvina, *El tipo objetivo de robo con fuerza en las cosas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia Español, Madrid, 1993, p. 66, con cita a SORIANO SORIANO, *Llaves falsas: las legítimas sustraídas al propietario (Estudio jurisprudencial del art. 510, N° 2 del Cód. Pen.)*, en CPC N° 39, 1989.

¹⁸⁶ TOZZINI, ob. cit., p. 202.

También puede haber sido *hallada*, es decir, encontrada por el autor o un tercero después de haberla extraviado, perdido u olvidado el tenedor. Es indiferente, en este sentido, que el autor o el tercero la haya buscado, o la haya encontrado sin proponérselo. La jurisprudencia ha entendido que la llave dejada debajo de un felpudo y tomada por el ladrón, califica el hecho, ya que demuestra la voluntad del dueño de que no cualquiera pueda utilizar la llave¹⁸⁷.

Para hablar de llave verdadera *retenida*, debe haber sido obtenida por el sujeto activo de forma lícita, debe haber entrado en su poder con autorización de su legítimo tenedor. De lo que se desprende entonces que el sujeto activo, aprovechándose de esta circunstancia, retiene en su poder la llave legítima que le ha sido confiada, para perpetrar el hecho delictuoso.

En síntesis, y a modo de ejemplo, deben incluirse dentro de la agravante contenida en este inciso, tanto la llave o llaves propiamente sustraídas al titular o usuario legítimo de las mismas, como las retenidas indebidamente, las apropiadas, las olvidadas circunstancialmente, en vivienda o local ajenos o en otro lugar cualquiera, las escondidas por el poseedor legítimo y obtenidas por el infractor previa búsqueda u observando o espiando los hábitos o pautas de comportamiento de dicho poseedor –debajo del felpudo o alfombra anterior al umbral de la puerta o en hueco disimulado o apropiado para albergar las llaves– e incluso las extraviadas o perdidas¹⁸⁸.

Se denomina *ganzúa* a cualquier elemento que, sin ser llave, activa el mecanismo de la cerradura como si fuera una llave, sin que ésta sea dañada. Se trata en general de un alambre fuerte y doblado por una punta, que actúa por palanca, corriendo los pestillos para liberar la cerradura¹⁸⁹.

Debe tenerse bien presente que en todos estos supuestos, la existencia de daño en la cerradura configura el delito de robo, por aplicación de fuerza sobre la cosa. En este aspecto, la jurisprudencia llegó a la conclusión de que la llamada “yuga” –que es un elemento de metal

¹⁸⁷ CREUS, ob. cit., p. 433.

¹⁸⁸ CNCCorr., sala III, B. J. 1985, 1, 2, 3, 4, ps. 62 y 63, cit. por TOZZINI, p. 206. SSTS, 13-10-86, cit. por GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 606.

¹⁸⁹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 245.

en forma de “T”, utilizado para forzar las cerraduras— es más bien un elemento que sirve para el robo, en estos casos (art. 167, inc. 4º, Cód. Pen.), pues con este elemento se provoca fuerza sobre las cosas¹⁹⁰.

Llave falsa es cualquiera que no sea la verdadera, la que legítimamente se usa para abrir o librar la cerradura. Puede haber sido obtenida por el ladrón mediante copia, pero no es la que usualmente utiliza el dueño de la cosa para poner en funcionamiento el mecanismo de la cerradura. Se incluyen aquí los casos de llaves originales del autor que corresponden a una cerradura similar, y las copias obtenidas de las llaves originales, tanto cuando se obtuvieron lícitamente por razón de trabajo y luego no se devolvieron, como cuando deliberadamente se confeccionaron para un ulterior uso no autorizado por el dueño¹⁹¹.

Cuando el inciso se refiere a *instrumento semejante* hace alusión a cualquier utensilio con el que se abra, sin fracturarlo, un elemento de cierre, como sería, verbigracia, un clavo torcido, un gancho¹⁹² o, incluso, una llave inglesa¹⁹³. En cuanto a la semejanza exigida entre las ganzúas y llaves falsas con los demás instrumentos, se ha dicho que es de índole meramente funcional y no morfológica, pues basta con que el instrumento en cuestión sirva en la práctica para accionar el mecanismo de cierre de una puerta, y dejar abierta y expedita la que previamente estaba cerrada, para que el mismo deba ser considerado a efectos jurídico-penales semejante a una ganzúa o llave falsa¹⁹⁴. Esta amplitud ha sido criticada por algunos autores, por considerarla desmesurada y decididamente contraria al principio de legalidad. Así, dice Vives Antón¹⁹⁵, que debe tratarse de objetos “con función de llave”, y que el elemento esencial de la calificante es que sean ins-

¹⁹⁰ En tal sentido ver: CNCCorr., sala VI, 7-3-95, “Gramajo, F. H.”, c. 26.601; 7-4-95, “Rueda, Walter”, c. 25.868; en contra de esta postura sala VII, 22-2-95, “Gómez, Julia”, c. 20.397.

¹⁹¹ ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, *Código Penal...* cit., p. 1076.

¹⁹² SOLER, ob. cit., p. 243.

¹⁹³ STS, 3-2-82, cit. por GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 605.

¹⁹⁴ STS, 5-11-87 cit. por GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 605. En el mismo sentido, VALMAÑA OCHAITA, ob. cit., y también SOLER, ob. cit., p. 243.

¹⁹⁵ Ob. cit., p. 356.

trumentos destinados a abrir sin romper; con lo cual todas estas categorías pueden reducirse a la de llaves falsas, pues las ganzúas u otros instrumentos análogos no son otra cosa.

Antes de la reforma de la ley 24.721, el inciso 3° se encontraba redactado de la siguiente forma: “Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, para penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de la sustracción o de la llave verdadera que hubiese sido sustraída o hallada”.

Esta redacción trajo aparejada, como es obvio, una serie de discusiones, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, por cuanto el tipo penal exigía que el sujeto activo utilizara la llave *para penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de sustracción*. La discusión se planteó con respecto a si el sujeto activo debía entrar al lugar con todo su cuerpo, o si sólo bastaba con que el autor ingresara parte de su cuerpo al lugar donde se encontraba la cosa, como, por ejemplo, abrir una vitrina con la llave e introducir un brazo dentro de ella.

La opinión predominante entendió que el primer supuesto mencionado calificaba el delito de hurto, mientras que el segundo no lo hacía, pues una vitrina o un armario no constituyen defensas predefinidas, como parecía exigir el inciso al calificar con una pena agravada este supuesto.

Se sostuvo así que la fórmula del Código resultaba restringida y no consultaba siempre la razón de la calificante, que es el vencimiento de la seguridad que la llave importa, el cual tanto concurre frente a la llave de una pieza como a la de una vitrina¹⁹⁶.

La nueva redacción del inciso tercero ha terminado, a nuestro entender, con esta discusión al eliminar de plano dicha exigencia, entendiéndose, entonces, que la agravante se produce en ambas circunstancias, siempre y cuando el lugar cerrado, bajo llave, lo sea a los efectos de asegurar que la cosa permanezca en la esfera de custodia de su dueño.

Núñez sostiene que la llave debe ser utilizada para entrar y no para salir del lugar¹⁹⁷, ateniéndose a la redacción anterior del inciso

¹⁹⁶ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 246.

¹⁹⁷ En tal sentido, NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 205.

que demandaba que ésta debía ser utilizada para “penetrar”, lo cual no dejaba cabida para considerar que podía utilizarse también para salir. Para Soler, en cambio, al eliminarse la exigencia del tipo penal de que la ganzúa sea utilizada para penetrar al lugar, se superan todos esos problemas. Se debe entender, entonces, dice este autor, que “hacer uso” es una amplia expresión que comprende tanto el acto de entrar como el de salir, como el de abrir un armario o una vitrina, a los que no se entra¹⁹⁸.

Actualmente, habiéndose eliminado la exigencia de penetrar al lugar donde se encuentra el objeto de la sustracción, debe entenderse que la llave puede utilizarse tanto en puertas o ventanas como en muebles u objetos cerrados. La doctrina española ha sostenido que es necesario que se utilice la llave para acceder al lugar donde se encuentra la cosa, para sustraerla, y no con posterioridad a la sustracción, para abandonarlo¹⁹⁹.

La calificación del hecho como hurto agravado se extiende a quienes actúan en concierto con el que tiene ilegítimamente las llaves y conocen tal circunstancia²⁰⁰.

En cuanto a la agravación del hurto, por haber sido cometido mediante la utilización de llave falsa o ganzúa, etcétera, cuando el objeto de sustracción se tratara de un vehículo automotor, la jurisprudencia mayoritaria no lo considera inserto en el inciso tercero, pues considera que el automotor no es un lugar cerrado, que califica el lugar donde ha de perpetrarse el ilícito. En este sentido la jurisprudencia es casi unánime²⁰¹, pero no debe perderse de vista que es anterior a la reforma introducida por la ley 24.721.

4. *Hurto cometido mediante escalamiento*

Importa en este inciso 4º del artículo 163, analizar los antecedentes

¹⁹⁸ SOLER, ob. cit., t. IV, ps. 244 y ss.

¹⁹⁹ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 607.

²⁰⁰ Ídem nota anterior.

²⁰¹ CNCCorr., sala I, 29-6-94, “Arnosí, Jorge Eduardo”, c. 203; CNCCorr., sala I, 21-3-94, “Cuenca, Pedro P.”, c. 43.409, J. P. B. A. 89-F-43; sala V, 8-3-95, “Servin Ayala, Alberto”, c. 32.996. En contra de esta postura: CNCCorr., sala VI, 7-3-95, “Gramajo, Francisco H.”, J. P. B. A. 93-F-68; 2-5-95, “Frazzoni García, Carlos A.”, c. 2652, entre muchas otras.

que tiene el Código Penal. El proyecto Tejedor hablaba del escalamiento, como forma del robo, y en la nota se decía de manera expresa que tiene lugar cuando el ladrón sube, penetra ascendiendo a una casa cerrada por medio de expedientes improvisados o de aparatos preparados de antemano²⁰².

El Código de 1886 seguía al proyecto de Tejedor.

Los proyectos de 1891 y 1906 también se referían al escalamiento. En la Exposición de Motivos del primero de ellos se decía: “El escalamiento, si este concepto queda limitado a expresar la idea de que se entre por vía no destinada al efecto, no es en sí mismo un acto de fuerza en las cosas, y no basta para autorizar una calificación de robo”²⁰³.

Retengamos estos argumentos, que surgen de los antecedentes, y en los cuales aparecen dos características bien sobresalientes: que no es una forma de robo y que es para entrar al lugar.

El fundamento de esta agravante radica en que el delincuente, al burlar la defensa que ha sido predispuesta, superándola mediante esfuerzo, agilidad, artificios y habilidad, demuestra una mayor peligrosidad, surgida del ataque más abierto y malicioso contra la propiedad. En palabras de Núñez, “el artificio o la agilidad del ladrón vence el recinto defensivo de la cosa, demostrando más voluntad criminal, despierta mayor alarma pública. El espíritu de esta agravante emana del principio común de la inutilidad de la mayor defensa privada”²⁰⁴.

El escalamiento supone una verdadera astucia representada por una actividad que en su dinámica comisiva pone de manifiesto una especial destreza o agilidad. Podría afirmarse, entonces, que la razón de ser, al menos histórica, del elemento comisivo en estudio, estriba en una hipotética mayor dificultad del medio que ha de vencer el agente, salvando los obstáculos que en defensa de su propiedad erigió el propietario cuidadoso²⁰⁵. En palabras sencillas, hay un mayor injusto del autor que el legislador tomó en cuenta para la agravante.

²⁰² MORENO, ob. cit., t. V, p. 122.

²⁰³ Ídem nota anterior.

²⁰⁴ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 168/169.

²⁰⁵ VALMAÑA OCHAITA, ob. cit., p. 52.

Al igual que en el caso anterior –uso de llave falsa o ganzúa– la idea central sigue siendo el vencimiento, no violento, de aquellas defensas, no ya mediante instrumentos, sino directamente por la persona misma (aunque, por supuesto, esto no impide la calificación cuando el sujeto supera corporalmente los cercos mediante el empleo de aparatos: el uso de la escalera, de una pila o de zancos, cuyo objeto es permitir el ascenso o el descenso, da lugar a la agravante)²⁰⁶.

En su sentido más estricto, escalar es subir con escala hasta un lugar elevado; pero en el lenguaje común se usa como sinónimo de trepar. Al no definirse el término en el Código, puede entenderse según el uso común del lenguaje²⁰⁷. Como se dijo, se puede hacer una interpretación teleológica y, siguiendo al proyecto de 1891 y al proyecto Tejedor, de donde surgió esta fórmula, decir que habrá escalamiento cuando se penetre por vía no destinada a servir de entrada²⁰⁸.

En la doctrina se ha completado esta definición y se dice que escalar es superar las vallas u obstáculos predispuestos por el tenedor de la cosa, para su protección, debiendo el sujeto activo trasponerlos a los efectos de la agravante, utilizando un esfuerzo superior al que debería utilizar el legítimo tenedor para penetrar al lugar²⁰⁹.

La jurisprudencia, tanto nacional como extranjera²¹⁰, ha interpretado el escalamiento como “entrada al lugar por vía no destinada al efecto”, o “acceso insólito”, esto es, que el culpable llegue a los bienes muebles ambicionados y de los que se apodera, por la vía inusual, insólita o desacostumbrada; distinta, desde luego, a la utilizada natural y normalmente por el titular de los referidos bienes para poseerlos y disfrutarlos²¹¹.

Lo trascendental no es que el agente trepe, ascienda o suba, sino que lo verdaderamente relevante es que logre acceder a los bienes

²⁰⁶ SOLER, ob. cit., p. 247.

²⁰⁷ VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 354.

²⁰⁸ 1ª ed., p. 159 (cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 208). Así define el escalamiento también MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 248.

²⁰⁹ En términos similares, SOLER, ob. cit., p. 246; NÚÑEZ, ob. cit., ps. 208/209; TOZZINI, ob. cit., p. 213.

²¹⁰ Ver VALMAÑA OCHAITA, ob. cit., p. 54, nota 95, donde hay un amplio detalle de la jurisprudencia española al respecto.

²¹¹ ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, ob. cit., p. 1068. En el mismo sentido, VALMAÑA OCHAITA, ob. cit., p. 54.

muebles de los que pretende apoderarse, por vía insólita o desacomumbrada, es decir, valiéndose de una conducta que no sea la natural o aquella de la que usualmente se sirven los titulares de dichos bienes para llegar a ellos, conducta de singular peligrosidad que revela el sujeto para vencer o burlar los obstáculos o defensas naturales o artificiales protectoras de la propiedad²¹².

Con este concepto se evitan las interpretaciones que amplían el concepto más allá de lo natural, hasta comprender los casos en los que el sujeto, sin entrar en sitio alguno, accede a cosas que se encuentran fuera del alcance de su mano, como, verbigracia, bombillas del alumbrado público inaccesibles sin medios de ayuda que permitan llegar a ellos²¹³.

El escalamiento puede ser utilizado para subir o bajar, siempre mediante un esfuerzo mayor al común. Es usado para subir cuando el ladrón trepa por un tapial, reja o muro, que haya sido colocado como defensa para ingresar a la propiedad. Es utilizado para descender, por ejemplo, cuando se vale de la excavación de un túnel por debajo de los cimientos de un muro o pared, o cuando se usan cuerdas y aparejos para descender al subterráneo donde se encuentra la cosa²¹⁴. Aunque recuérdese que el introducirse por vía subterránea tenía entidad propia en el proyecto Tejedor y en el Código de 1886.

Es esencial que el escalamiento se efectúe para *perpetrar* el hurto: si el sujeto activo escala para otra finalidad diferente de la del hurto, la agravante no se configura. Podrá haber violación de domicilio, o algún otro delito, mas no hurto calificado, pues se encuentra ausente el elemento subjetivo constituido por el “ánimo de apropiación de cosa ajena”. Es decir, que si el autor escaló con algún otro fin, sea éste ilícito o lícito, y luego, por una nueva determinación criminal, ejecutó el hurto, éste no se califica, ya que falta la conexión ideológica necesaria para que el acto represente subjetivamente la determinación al hurto y su ejecución a pesar de la mayor defensa de la cosa²¹⁵.

Además, debe quebrantarse la defensa que el propietario ha puesto

²¹² VALMAÑA OCHAITA, ob. cit., ps. 54/55.

²¹³ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 597.

²¹⁴ CREUS, ob. cit., p. 436.

²¹⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 212. En el mismo sentido, MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 248.

para proteger al objeto; esto significa que lo que se escala es una defensa preconstituida y efectiva, en su función de cercamiento, que requiere, para ser superada, un cierto esfuerzo.

Ambas condiciones, de consuno, permiten excluir tanto los casos en los que se accede a una cosa, que está situada fuera del alcance del sujeto activo, por circunstancias que no revelan una especial protección del propietario, como aquellos otros en los que se utilizan procedimientos que no conllevan el acceso personal del sujeto al lugar del robo²¹⁶. Por ejemplo, si una parte de la tapia está derrumbada, no podrá hablarse de escalamiento si el ladrón opta por saltar, cuando hubiera podido pasar por el boquete. Tampoco habrá escalamiento si se trata de verjas decorativas, de poca altura, como suele haber en los jardines²¹⁷; ni cuando se toma algo por una ventana abierta, o cuando se sustraen mediante artilugios mecánicos los objetos que se almacenan en la terraza del vecino o cuando se trepa por una fachada para arrancar las rejas de las ventanas²¹⁸. Tampoco son defensas predisuestas los obstáculos que permiten el paso a través de ellos, como el alambrado de hilos separados; ni aquellos cuya función defensiva no se ejerce de modo efectivo por voluntad o por negligencia del tenedor²¹⁹.

Es por lo menos dudosa la jurisprudencia que castiga, por apoderamiento cometido mediante escalamiento, a quien entra a un edificio por una ventana abierta, aunque ésta se halle a escasa altura²²⁰ o incluso prácticamente a ras del piso²²¹, o a quien salta una pared pequeña, para el acceso a la finca²²²; como asimismo al vecino que ingresa por el balcón, saltando a él desde su propia vivienda²²³, y a quien utiliza

²¹⁶ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 597.

²¹⁷ SOLER, ob. cit., p. 250; TOZZINI, ob. cit., p. 215; CREUS, ob. cit., p. 435.

²¹⁸ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., ps. 597/598.

²¹⁹ CREUS, ob. cit., p. 435.

²²⁰ STS, 17-1-80 y 15-2-83, citados por VALMAÑA OCHAITA, ob. cit., p. 56. En rechazo de esta postura, CNCCorr., con voto de Frías, publ. en *Jurisprudencia de los Tribunales Nacionales*, publ. dirigida por la Inspección de Justicia, noviembre de 1913, p. 295 (cit. por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 249).

²²¹ STS, 2-11-84 y 22-5-89, citadas por VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 354.

²²² STS, 9-11-83, cit. por VALMAÑA OCHAITA, ob. cit., p. 55.

²²³ STS, 10-3-83, cit. por VALMAÑA OCHAITA, ob. cit., p. 57.

una escalera existente en el lugar de los hechos, aunque no sea la normalmente destinada para el acceso al lugar donde se encuentra el bien sustraído²²⁴.

El escalamiento es compatible con cualquier resguardo que exija ser superado por ascenso o descenso, aunque no sea sólido, como sería el supuesto de un cerco de ligustros²²⁵.

La doctrina ha tenido como insuficiente para constituir cerco todo aquello que pueda salvarse de un salto sin esfuerzo²²⁶, o cuando se puede pasar sin cambiar la posición vertical del cuerpo²²⁷. Lo que debe tenerse en cuenta, a los efectos de evaluar si existe una defensa predispuesta, no es la intención protectora del propietario, sino la diligencia puesta en esa protección; esto es, una apreciación objetiva de la calidad defensiva del cerco²²⁸. No podrá hablarse de defensas en los casos en que el recinto donde se encuentra el objeto del hurto no constituye una defensa efectiva por cerramiento, como cuando se construyen paredes discontinuas²²⁹, o con amplias aberturas²³⁰.

Se discute en doctrina si el escalamiento puede ser utilizado tanto para entrar como para salir del lugar en donde se encuentra la cosa objeto del delito. Algunos autores admiten la agravante también cuando se escala para salir. En esta postura se enrola Soler, adjudicando a la postura contraria una excesiva influencia por parte de la doctrina extranjera y haciendo una comparación con el texto antiguo del inciso 3º, que expresamente exigía la penetración al lugar donde está la cosa, exigencia que nunca contuvo este inciso 4º. Para que haya escalamiento, dice este autor, basta con que se haya ascendido o descendido, venciendo un reparo preconstituido; en tanto esa superación corporal de la defensa debe ocurrir de manera que pueda afirmarse que el hurto

²²⁴ STS, 25-2-85, cit. por VALMAÑA OCHAITA, ob. cit., ps. 57/58. En contra también de la inclusión de este supuesto en el art. 163, inc. 4º. TOZZINI, ob. cit., p. 215.

²²⁵ TSJ de Córdoba, Sala Penal y Correccional, 24-11-61, *Boletín Judicial de Córdoba*, 1962, p. 169; cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 208, y por TOZZINI, ob. cit., p. 214.

²²⁶ CHAVEAU-HELIE y GARRAUD, cits. por SOLER, ob. cit., p. 250.

²²⁷ FRANK, § 243, 2b (cit. por SOLER, ob. cit., p. 250).

²²⁸ SOLER, ob. cit., p. 250.

²²⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 207.

²³⁰ SOLER, ob. cit., p. 250.

ha sido *perpetrado* con escalamiento²³¹. Lo sigue en esa posición Creus, quien agrega que no se puede decir que cuando la vulneración de la esfera de custodia, y por consiguiente la consumación del hurto, tiene que realizarse escalando, aunque el agente haya podido llegar hasta la cosa por otros medios, lleva a sostener que no es posible que el hurto se haya perpetrado sin escalamiento²³².

Por su parte, Núñez descarta esa posibilidad, en la convicción de que no perpetra un hurto con escalamiento ni el ladrón que lo consuma para salir del lugar del hurto, ni el que se apodera del objeto desde fuera del recinto (por ej. encaramándose a la pared, o introduciendo el brazo por la banderola, o valiéndose de un aparato cualquiera para tomar la cosa)²³³. Se funda en que las defensas han sido colocadas para evitar la entrada de personas no autorizadas y no para impedir que éstas se retiren. Tozzini se enrola en esta posición²³⁴, como así también Molinario y Aguirre Obarrio²³⁵.

Una parte de la jurisprudencia española ha entendido que no es preciso que el escalamiento constituya un medio de entrada en determinados recintos, ni tampoco que la técnica comisiva del agente coincida con el significado gramatical del vocablo –trepar, ascender, subir, escalar–, sino que, para que se entienda concurrente una hipótesis encuadrable como escalamiento, basta con que el autor acceda o llegue a los bienes muebles ambicionados y de los que se apoderan, por vía inusual, insólita o desacostumbrada, distinta de la utilizada normalmente por el titular de los bienes²³⁶.

Para Quintano Ripollés y Muñoz Conde, el escalamiento debe hallarse en una relación de medio a fin respecto del apoderamiento, y, por tanto, habrá de ser previo al mismo, lo que elimina la posibilidad de apreciar tal modalidad de comportamiento cuando se utiliza para salir del lugar²³⁷.

²³¹ SOLER, ob. cit., p. 248.

²³² CREUS, ob. cit., p. 438.

²³³ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, ps. 210 y ss.

²³⁴ TOZZINI, ob. cit., p. 216.

²³⁵ Ob. cit., p. 248.

²³⁶ STS del 16-6-83, cit. por VALMAÑA OCHAITA, ob. cit., p. 58.

²³⁷ QUINTANO RIPOLLES, ob. cit.; MUÑOZ CONDE, citado por VALMAÑA OCHAITA, ob. cit., p. 62.

González Rus entiende que el escalamiento debe utilizarse para acceder al lugar donde se encuentra la cosa, para apoderarse de ella y, por consiguiente, antes de la consumación del delito, que se alcanza con la disponibilidad. Así, desconecta al escalamiento, que debe usarse para acceder al lugar del robo, de la perfección del apoderamiento en sí y sostiene que el denominado *escalamiento de salida* no cabe en esta hipótesis, porque no está destinado a vencer las defensas interpuestas por el propietario para proteger la cosa²³⁸.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que *la agravante de escalamiento tiene como objeto la sanción con mayor rigor a quien vence defensas predispuestas, realizando un esfuerzo más grande que el común para llevarse la o las cosas muebles del sitio habilitado, y que el escalamiento, como agravante del hurto no se compadece con su utilización como medio para salir, cuando se entró al lugar normalmente*²³⁹.

Hay diferencias también en cuanto a si la agravante se constituye tanto por el escalamiento externo como por el interno. En favor de la respuesta afirmativa, Soler dice que nuestra ley no hace ninguna distinción: la cosa hurtada debe hallarse dentro de una esfera de custodia *desde dentro*, de la cual se ejerce la vigilancia, y ese requisito se cumple tanto con una tapia exterior como con los muros de una habitación. Así, el que entró por una puerta al patio de una casa, pero para hurtar en el dormitorio se encaramó por la banderola, cometió escalamiento²⁴⁰. En este sentido se pronuncian también Tozzini²⁴¹ y Creus²⁴².

Carrara, a quien siguen Molinario y Aguirre Obarrio, entendía que era preciso establecer una distinción, según se tratara de una sola vivienda con varias dependencias, o bien de varias viviendas coexistentes en el mismo edificio. En el primer caso, no admitía la calificativa

²³⁸ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 599.

²³⁹ CNCCorr., sala IV, 20-10-91, "Bidau, José", c. 40.024. Se citó: NÚÑEZ, *Tratado...* cit., t. IV, ps. 210 y ss. y CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., Astrea, t. I, p. 415.

²⁴⁰ SOLER, ob. cit., p. 249.

²⁴¹ Ob. cit., p. 215, con cita a jurisprudencia de la CFed. de Bahía Blanca, 3-6-66.

²⁴² Ob. cit., p. 436.

por escalamiento, puesto que el delincuente sólo había violado las distintas separaciones de la vivienda. En el segundo, teniendo en cuenta que el ladrón había violado los reparos puestos para la defensa de una vivienda, consideraba pertinente la aplicación de la calificante. Así, si un individuo entra a una casa de departamentos por la puerta general, y luego salta por una ventana interior a un departamento, habrá escalamiento²⁴³.

En síntesis, no hay duda de que el escalamiento lo es sólo para entrar, ya que ésa es la idea histórica, si se quiere, por una parte, y dogmática, por otra, en el sentido de que el autor debe hacer un esfuerzo mayor al normal para perpetrar, esto es, para realizar el apoderamiento; de manera que debe haber una relación directa con esa acción. Además, recuérdese que se separó el escalamiento del robo, pero que aun si, la fuerza nunca sirvió para calificar la conducta como robo, después del apoderamiento.

5. Hurto de mercaderías en tránsito

El inciso 5º fue incluido por la ley 23.498 (25-11-86), que también modificó los tipos penales de encubrimiento ante la proliferación de los casos de hurtos a camiones que transportaban mercaderías y de quienes favorecían este tipo de delincuencia, asegurando a los autores anticipadamente que les comprarían lo sustraído.

La agravante se funda, al menos teleológicamente, en la idea de los legisladores²⁴⁴ de que la amplitud de nuestro país, donde hay muchas zonas desprovistas de control inmediato, por cuyas rutas debe transitar el transporte automotor de mercaderías, sin más protección que la sola presencia del transportista, el que necesariamente debe realizar escalas, no sólo para reabastecer al vehículo sino para su propia manutención y descanso, que le obligan a dejar el vehículo con su carga sin vigilancia directa, está señalando la necesidad de proteger con mayor intensidad la carga transportada de los hurtos de que pudiera ser objeto tanto en el itinerario como en las escalas.

²⁴³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 250.

²⁴⁴ Ver Diario de Sesiones, Cámara de Diputados, reunión del 20-7-86, y TOZZINI, ob. cit., ps. 219 y ss.

Pero en realidad, la agravante no se limita al apoderamiento en vehículos que se transportan por el asfalto sino “por cualquier medio”, sea terrestre, ferroviario, marítimo o aéreo; aunque en este último nunca se registraron casos de piratería. Tampoco se justifica la equiparación del desamparo en que puede estar esta clase de transporte con el que tienen los animales o los elementos agrícolas dejados en el campo, no sólo porque la analogía es casi inexistente, sino porque normalmente el chofer del camión permanece en las cercanías del vehículo, y cuando se detiene a pernoctar, lo hace en las estaciones de servicio o en lugares que tienen cierto resguardo²⁴⁵.

El objeto de este hurto agravado son las “mercaderías u otras cosas muebles transportadas”, que están sometidas al mayor riesgo que importa su traslado. Si se quiere, el fundamento podría ser el mismo que se dio para castigar el hurto de objetos de viajeros, en el cual, desde un punto de vista subjetivo, la persona que lleva la carga tiene una mayor ansiedad, menor poder de atención y, por qué no decirlo, cierto cansancio y, objetivamente, el cuidado de las cosas se hace más difícil.

De todas formas, como ha hecho notar Aguirre Obarrio, se cometieron errores, tales como que si las mercaderías son cosas muebles no es necesario mencionarlas, y como las cosas deben ser transportadas, por supuesto que serán muebles²⁴⁶; pero esto es casi un detalle menor dentro de este tipo de reformas que se hacen en la ilusión de que se terminarían los robos de este tipo. Las estadísticas dicen otra cosa, y, además, debió hacerse un estudio de los motivos de estos hurtos y robos, quiénes eran los autores y quiénes los encubridores.

La protección empieza desde que las cosas se empiezan a cargar –por lo que el objeto protegido deben ser cosas que se puedan cargar y descargar– y se entregan, hasta su destino, porque éstos son los momentos en que comienza y termina la oportunidad de cometer este delito agravado. La referencia a cargas y descargas excluye, entonces, al dinero de un viajero o del conductor, y a sus bolsos²⁴⁷.

²⁴⁵ TOZZINI, ob. cit., p. 220.

²⁴⁶ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 251.

²⁴⁷ Ídem nota anterior.

Es indiferente, como ya adelantamos, el medio de transporte que se utilice; puede ser tanto terrestre como acuático o aéreo²⁴⁸.

Cuando el artículo hace referencia al “lugar de destino o entrega”, debe interpretarse, no como el sitio de arribo del tren, sino el del destino final de la mercadería²⁴⁹. No es necesario que al momento del hurto la mercadería esté en movimiento; puede estar detenida momentáneamente en una de las escalas, como expresamente prevé la norma.

La calificante protege las cosas desde el “momento de su carga”, esto es, desde el instante en que empiezan a ser cargadas, durante el tiempo en que el medio de transporte está siendo cargado, y la protección se prolonga durante todo el viaje hasta que las cosas llegan a destino, o en el caso de que deban ser entregadas a un tercero, hasta que se realiza dicha entrega²⁵⁰. Ésta es la interpretación lógica del artículo, no sólo porque la carga comprende varios períodos sucesivos, sino también porque sería intrincado determinar, en los hechos, cuándo la mercadería está cargada, qué sucede si la mercadería debe entregarse a distintos destinatarios (algo muy común) y se ha entregado una parte y el resto es sustraído, etcétera²⁵¹.

También se incluyen “las escalas que se realizaren”. Escalas son los lugares donde el transporte se detiene por un tiempo, más o menos breve, para reaprovisionamiento, para descanso o por puras razones de horario²⁵².

Se excluirán, entonces, de la agravante los hurtos que se cometan antes de comenzar con la carga o después de llegada la mercadería a las manos de su destinatario. Y queda fuera, también, el apoderamiento que el autor hace en el mismo momento, aunque mediante una segunda acción, de dinero o efectos personales del chofer, con la excepción

²⁴⁸ CREUS, ob. cit., p. 440.

²⁴⁹ Así nuestro voto en “García, Carlos D. y otro”, CNCCorr., sala I, 29-5-89, J. A. 1989-IV-466. En el mismo sentido, TOZZINI, ob. cit., ps. 221/222, con cita a sala II, 30-4-91, *in re* “Armoa, Milcíades A.”, B. de J. 1991, N° 2, ps. 140 y 141, y sala VII, 11-8-93, *in re* “Sambrano Cabezas, Alexander”, B. de J., 1993, N° 3, p. 86.

²⁵⁰ CREUS, ob. cit., p. 440.

²⁵¹ TOZZINI, ob. cit., p. 222. En contra, CNCCorr., sala VI, 14-11-91, *in re* “Vázquez, L.”, B. de J., 1991, N° 5, p. 398.

²⁵² SOLER, ob. cit., p. 254.

de que el hurto de las mercaderías concorra con el del vehículo automotor, y los efectos personales hayan estado dentro del transporte²⁵³.

6. *Hurto agravado por ser de un automotor*

Este inciso 6º fue agregado por ley 24.721 (sanc. el 23-10-96, prom. de hecho el 15-11-96, publ. en el Boletín Oficial el 18-11-96), que derogó el artículo 38 del decreto-ley 6582/58 donde se agravaba la pena cuando el objeto del hurto fuera un vehículo automotor, tanto en los casos de hurto simple como en el caso de las figuras agravadas. En aquel decreto, la agravante yacía en la proliferación de los hurtos y robos de vehículos automotores; actos delictivos facilitados y estimulados por la existencia de una verdadera y poderosa industria de receptación, transformación y venta clandestinas, en el país o más allá de sus fronteras de los automotores hurtados o robados²⁵⁴.

En el inciso que ahora estudiamos, la esencia de la agravante no está dada ya por la naturaleza misma del objeto, sino en la necesidad impuesta a su propietario de dejarlo en determinadas situaciones que llevan consigo un riesgo; esto es, al igual que en el abigeato, se refuerza la tutela jurídica cuando menor es la tutela de hecho²⁵⁵.

A diferencia del decreto-ley derogado, esta agravante se extiende a todo vehículo, aunque no sea motorizado. Entonces, se configurará un hurto calificado tanto cuando se sustraigan automóviles particulares, camiones, tractores para semirremolque, camionetas rurales, jeeps, furgones o furgonetas de reparto, ómnibus, microómnibus y colectivos²⁵⁶, como también motocicletas e, incluso, bicicletas en tanto se encuentren libradas a la confianza pública.

Lugares de acceso público son aquellos utilizados para estacionar, incluidas las playas de estacionamiento²⁵⁷.

Cabe preguntarse qué sucede cuando, como ha ocurrido durante la vigencia del decreto, algún imputado alega haber hallado el au-

²⁵³ TOZZINI, ob. cit.

²⁵⁴ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, 15, p. 684 (cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 224).

²⁵⁵ SOLER, ob. cit., p. 255.

²⁵⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 189.

²⁵⁷ SOLER, ob. cit., p. 255.

tomóvil en estado de abandono. Algunos tribunales consideraron que, de todas maneras, se calificaba al hurto por el artículo 38 del decreto-ley 6582/58, mientras que otros tribunales no aplicaban dicha agravante, calificando el hecho, en definitiva, como apropiación indebida –artículo 175, inciso 1º del Código Penal²⁵⁸–; en base a un plenario del 28 de octubre de 1983, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en la causa “González, Adrián M.”, sentó la doctrina de que “un vehículo sustraído y luego dejado definitivamente en la vía pública por el ladrón, no es susceptible de un nuevo hurto o robo y sólo es concebible en ese caso una apropiación indebida menor”²⁵⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Irigoyen, Marcelo y otro”²⁶⁰, sostuvo la tesis contraria, argumentando que resultaba inadmisibles suponer que un vehículo automotor diera la apariencia de ser cosa perdida o abandonada.

JURISPRUDENCIA

1. Elementos del hurto

a) *Apoderamiento ilegítimo*

1. Constituye desapoderamiento la acción de quien se apodera de algo que no puede estar abandonado ni perdido y ha salido del patrimonio del propietario contra su voluntad, pues este nuevo acto lo único que hace es cambiar de sujeto activo al desapoderamiento, manteniendo una desposesión.

2. Aunque el plenario “González, A.” haya perdido imperatividad, sigue vigente su doctrina en el sentido de que el automotor sustraído y posteriormente dejado en la vía pública no es susceptible de un nuevo robo o hurto, porque resulta imposible sustraer la cosa que

²⁵⁸ Ver sobre el tema, CNCCorr., sala I, 8-3-88, “Novoa, Rubén O. y otro” (cit. por TOZZINI, ob. cit., ps. 225/226).

²⁵⁹ J. A. IV-538 y 539.

²⁶⁰ Publ. en J. A. IV-539 y 540.

ha sido objeto de apoderamiento y ocasionar así un nuevo perjuicio patrimonial (disidencia del Dr. Valdovinos).

CNCCorr., sala IV, 7-10-93, “Zapata, Hugo”, J. A. 1995-I-74

Incorre en el delito de hurto reiterado, quien aprovechando el engrosamiento de su saldo bancario, derivado de los depósitos equivocadamente asignados a su cuenta, realiza espurias extracciones por diversos medios, sea por cajero automático, efectuando compras con las tarjetas de crédito o retirando el dinero de ventanilla del banco.

CNCCorr., sala I, 28-2-94, “Osorio, Marta A.”, J. A. 1995-I-466

El hurto no requiere ningún *animus rem sibi habendi*, pues basta para la configuración del tipo subjetivo con que los agentes sepan que la cosa es ajena y que asuman sobre ella, aunque sea por breves instantes, el poder de hecho que significa la posibilidad de disposición material. En consecuencia, no interesa ya consumado el hurto, lo que el agente haga o intente hacer con la cosa.

CNCCorr., sala I, 21-12-94, “Marchissio, Osvaldo A.”, L. L. 1996-A-769

1. Es exigencia la libre disponibilidad de la cosa, aun por un breve instante, para considerar al hurto consumado, debiendo tenerse en cuenta que, asimismo, la acción de desapoderar no implica en sí y por sí la de apoderarse.
2. No es suficiente con sacar la cosa del que la tiene, con dolo de hurto, sino que es menester que haya tenido la posibilidad, aunque sea por breves instantes, de poder disponer libremente de ella sin la intervención de terceros.

CNCas.Pen., sala II, 13-6-95, “Legal, Héctor H.”, J. A. 1996-III-284

El descuido del dueño de la cosa no puede aparejar una disminución de la culpabilidad del autor, no sólo cuando es un extremo no probado en la causa, sino porque implicaría que en la mayoría de los hurtos que de por sí contienen en su génesis la ausencia de conocimiento del propietario de la cosa mientras se comete el hecho,

se argumentaría el descuido imputable a la víctima. No puede exigirse un deber de cuidado cuya ausencia logre disminuir la responsabilidad de quien hurta, que implique que aquél deba abocarse a custodiar sus bienes con tal diligencia que el hurto pueda provenir de un avezado delincuente que logró sortear con éxito el vallado dispuesto por el dueño del bien.

CNCCorr., sala I, 1-12-95, “Sosa, M.”, c. 26.810, Bol. Int. de Jurisp. dic./1995, J. P. B. A. 100-90

Aun cuando el acusado entró en tenencia ilegítima de los bienes ajenos, toda vez que los tomó de la góndola y los ocultó entre sus ropas, si el paso por la caja donde debía abonar las mercaderías y posterior salida del local del hipermercado fue permitido por la inspectora que ejercía la vigilancia –para constatar que, realmente, se retiraba sin pagar con lo que había sacado de las góndolas– se configura tentativa de hurto, pues quien ejercía la vigilancia dejó salir al acusado con lo sustraído, pero sin haber perdido en momento alguno la tenencia simbólica de esos efectos. En tal caso, el desapoderamiento se frustró por una causa ajena al agente, es decir, la intervención de la persona encargada de evitar, precisamente, ese tipo de maniobras.

CCrim. 9ª Nom. de Córdoba, 24-2-97, “Chumba, José N. y otras”, L. L. C. 1997-1073

Cuando el encartado acredita fondos en las cajas de ahorro, siendo él mismo el beneficiario de tales transferencias realizadas en forma ilegítima, es cuando puede disponer del dinero transferido, sin necesidad de retirarlo del banco, porque los fondos se encuentran en su cuenta; en ese momento se ha producido el desapoderamiento del dinero, porque el imputado lo ha quitado de la esfera de custodia dentro de la cual el tenedor puede disponer de él. Lo que define la esfera de custodia es la posibilidad de disposición, que se extiende hasta donde el tenedor pueda hacer efectivas sus facultades sobre la cosa. Por lo tanto, para que exista sustracción no se requiere imprescindiblemente un contacto físico con ella y, en muchas ocasiones, sólo se revelará simbólicamente.

SCJ de Mendoza, sala II, 19-8-97, “F. C. R. B., J. G. y otros”, V. J. 1997-5-207

Se encuentra consumado el delito de hurto si el acusado tuvo, aunque fuera por breves instantes, la posibilidad de disponer materialmente de la cosa sustraída, mientras el damnificado encontraba a un policía y le informaba del suceso delictivo del que había sido víctima.

CNCCorr., sala B de feria, 19-1-99, “Machado, Román A.”, L. L. 1999-F-278

b) *Cosa mueble total o parcialmente ajena*

El abandono de una cosa no se presume en el sano entendimiento general ni en el texto de la ley, si mantiene algún valor. El abandono, para ser tal, debe materializarse en signos naturales o convencionales que revelen la *affectio derelictionis* de quien hasta ese momento mantenía un derecho sobre el bien.

C2ªCCorr. de Mar del Plata, sala III, 28-9-94, “V., M. A. y otro”, E. D. 160-521

Si el agente se persuade erróneamente de la calidad de abandonadas de las cosas, por más que el apoderamiento de ellas constituya objetivamente el tipo de hurto, se encuentra ausente el dolo configurativo del elemento subjetivo del tipo.

CCCom.CCcorr. de Pergamino, 8-2-96, “Van Becelaere, Juan D.”, L. L. B. A. 1996-301

La apropiación (por conexión clandestina) del servicio de televisión en circuito cerrado, no puede configurar el delito de hurto, ya que se trata de un servicio y no de una cosa, con los alcances que le otorga el artículo 2311 del Código Civil, como lo requiere el artículo 162 del Código Penal. Lo que resulta apto para configurar el apoderamiento ilegítimo, prohibido por la citada norma del Código Penal, es la energía eléctrica de la señal que emite la empresa prestataria; lo cual ha de considerarse consumado a partir del momento en que el sujeto activo tuvo, debido a los trabajos previos de cableado, la posibilidad material de disponer de la energía de la señal, por breve que haya sido ese tiempo de disponibilidad.

CNCCorr., sala I, 9-4-96, “Bomba, N. N.”, c. 44.667, Bol. Int. de Jurisp. 1^{er} sem/1996 y J. P. B. A. 100-50

Una señal de televisión implica la comunicación de una imagen por medio de energía, por lo que queda incluida en el concepto de cosa legislado por el artículo 2311 del Código Civil, siendo a su vez susceptible de apropiación legítima o ilegítima.

CPen. de Vera, 14-5-97, "Irasuegui, Alfonso A.", L. L. Litoral 1997-839

Configura hurto reiterado (arts. 55 y 162, Cód. Pen.) la conducta de quien se apoderó ilegítimamente, durante varios meses, con el consecuente perjuicio económico para sus titulares, de diversas líneas telefónicas, efectuando conexiones clandestinas en la caja existente en su domicilio. Ello, por cuanto el apoderamiento ilegítimo de los pulsos telefónicos correspondientes a las líneas de propiedad de los damnificados y por los que éstos debieron abonar abultadas facturas, constituyen la cosa ajena incluida en la descripción típica.

TOCr. N° 18, 11-3-98, "Carabajal, R. R.", c. 320, J. P. B. A. 107-52

1. La propagación de energía en el aire por ondas electromagnéticas –en el caso, señales de audio y video– no implica que cualquiera pueda hacerla objeto de apropiación, pues para la legítima utilización de este medio debe existir, respecto del emisor, una previa autorización estatal en determinada frecuencia.
2. Tratándose de transmisiones que no tienen un número indefinido de destinatarios, como es el caso de la televisión por aire, para su recepción en legal forma es condición necesaria la anuencia del emisor, no siendo susceptible, por tanto, de apropiación.
3. La captación indebida de energía electromagnética de quien instala una antena para recibir una señal de audio y video cuyo acceso no le estaba permitido, constituye un ilegítimo apoderamiento de la misma en los términos del artículo 162 del Código Penal.
4. Si el titular de una señal –en el caso, de audio y video–, a partir de una concesión estatal, tiene exclusivo poder de disposición sobre la energía que genera su emisión, y con el apoderamiento indebido se quita de su esfera de custodia determinada cantidad de energía que, aunque mínimamente y aun cuando no se produzca una alte-

ración en la calidad de las transmisiones, tal circunstancia afecta el bien jurídico tutelado por el artículo 162 del Código Penal.

CFed. de San Martín, sala I, 16-6-98, “Lalor, A.”, L. L. 1999-B-9

La figura del hurto protege el derecho de propiedad, sin establecer ninguna cuantía a su valor concreto, el que tendrá limitada relevancia a los fines previstos en la determinación de la pena.

CNCCorr., sala VII, 9-2-99, “Camacho Ortiz, César J. y otro”, L. L. 1999-F-748

1. El principio de insignificancia que atiende al escaso valor de la cosa sustraída –en el caso, se imputa el desapoderamiento de un prolongador eléctrico– no está previsto en nuestra legislación penal.
2. Cualquiera sea la magnitud de la afectación del bien tutelado que resulte del apoderamiento ilegítimo –en el caso, un prolongador eléctrico–, en tanto no se prevén grados ni límites, la conducta queda comprendida dentro del tipo penal que prevé el artículo 162 del Código Penal, salvo que la insignificancia sea tal que lleve a despojar a la cosa de ese carácter.

CNCCorr., sala I, 5-4-2000, “Cabrera, Norma G.”, L. L. Supl. Dcho. Penal del 30-10-2000

2. Diferencia con la defraudación

Siendo el empleado un mero empleado, si las conductas en perjuicio del empleador no tienen carácter administrativo alguno, sino que consistieron en desapoderar, luego proceder al ocultamiento mediante maniobras ardidasas, que a la postre fracasaron, y los bienes desapoderados no habían sido entregados por una relación de confianza especial ni especialmente preconstituida, sino por la que es básica e imprescindible en toda relación laboral por la que se concede cierto manejo de las cosas propias de un tercero, las mismas constituyen el delito de hurto por abuso de confianza (del voto en disidencia del Dr. Elbert).

CNCCorr., sala VI, 28-6-96, “Guerra, Aníbal B.”, J. A. 1997-II-209

Constituye delito de tentativa de hurto y no de estafa la acción de quien, en complicidad con la cajera, intentó llevarse mercadería por un monto superior al que fuera registrado en la caja, desde que los imputados no tuvieron la posesión corporal autónoma sino que tuvieron el manejo precario y por tanto, eran mantenedores de la tenencia de otro.

CNCCorr., sala I, 3-10-96, "Vítolo, Viviana N.", L. L. 1997-D-631

El accionar del imputado encuadra en el delito de hurto, porque las transferencias no se produjeron por medio del fraude, ni se causó error en la víctima (el banco), sino que el apoderamiento se produjo mediante conducta extraña al error, que se dirigió a modificar los controles del sistema informático para acreditar los fondos en las cuentas del imputado que no tenían respaldo en comprobante alguno, y que fueron realizadas fuera del proceso normal del sector de Caja de Ahorro.

SCJ de Mendoza, sala II, 19-8-97, "F. C. R. B., J. G. y otros", V. J. 1997-5-207

Quien obtiene dinero ajeno de un cajero automático, mediante la utilización de una tarjeta magnética, comete el delito de hurto, toda vez que no se provocó error en persona alguna que llevara a una disposición patrimonial. Sin error en "otro" no hay estafa, así como tampoco la hay sin ardid, aun cuando mediante alguna maniobra se logre un beneficio indebido.

CNCCorr., sala I, 1-7-98, "Santorsola, Susana", L. L. 1998-F-734, J. A. 1998-IV-459

3. Hurtos agravados

a) *Hurto de ganado, productos separados del suelo, maquinarias e instrumentos de trabajo*

La captura y posterior muerte de animales que han invadido una propiedad ajena a la de su dueño, configura un apoderamiento ilegal que debe ser calificado como hurto, aun cuando aquéllos no posean marcas que permitan identificarlos. Ello, en tanto la naturaleza y particular característica de la explotación pecuaria obligan al pro-

pietario del fundo invadido a permitir que los animales ajenos abrevan y pasten, con el consiguiente nacimiento del derecho a reclamar la reparación de los daños sufridos.

CPen. de Rafaela, 26-7-96, "Minetti, Carlos R.", L. L. Litoral 1998-I-127

El abigeato, para ser tal, tiene que recaer sobre animales dejados a campo libre y/o apartados de la vigilancia del dueño, por lo que si el animal fue sustraído cuando se halla en los fondos de la casa habitación del denunciante, quien lo tenía a su cuidado, no encuadra en el tipo descrito en el artículo 163, inciso 1º del Código Penal, sino que se trata de un robo simple.

CCCorr. de Mercedes, sala I, 16-9-97, "Guerrero y Rodríguez, Carlos O.", L. L. B. A. 1997-1298

La configuración del delito de hurto agravado, tipificado en el artículo 163, inciso 1º del Código Penal requiere que la cosa se haya encontrado dentro de una esfera de custodia, lugar del cual es extraída para llevarla al poder de disposición del sujeto activo.

C1ºCrim. de Formosa, 18-3-97, "Bogado, Raúl J.", L. L. Litoral 1997-971

No habiéndose demostrado que el caballo sustraído por el encausado se encontrara, al tiempo de su sustracción, en el campo y lejos de la vista o control de su dueño o tenedor, el ilícito cometido queda encuadrado en el delito de hurto simple del artículo 162 del Código Penal y no en la figura del hurto agravado del artículo 163, inciso 1º del mismo ordenamiento.

C2ºCrim. de Formosa, 21-5-98, "Melgarejo, Cipriano", L. L. Litoral 1999-494

El cerco y sus implementos –como son las tranqueras y los candados– no pueden computarse como defensa cuyo vencimiento sea susceptible de generar una imputación criminal más grave que la del hurto calificado, prevista por el artículo 163, inciso 1º del Código Penal.

CCCorr. de Bell Ville, 5-2-2000, "Mazzieri, Carlos A.", L. L. C. 1999-1417

b) *Hurto calamitoso*

La expresión “infortunio particular del damnificado” del artículo 163, inciso 2° del Código Penal, sólo comprende las situaciones relacionadas con las personas y no tiene cabida en las situaciones relacionadas con las cosas.

CNCCorr. en pleno N° 141, 23-9-91, “Vera, Luis M.”, L. L. 1991-E-272

Configura hurto simple y no hurto calamitoso (art. 163, inc. 2°, Cód. Pen.), la acción de quienes, tras ingresar en un comercio cuya persiana metálica había sido violentada por terceros, se apoderaron de diversas mercaderías.

TOCr. N° 29, 30-5-97, “Caballero, J.M.”, c. 198, J. P. B. A. 101-73

El aprovechamiento del estado de sueño normal de la víctima no encuadra en el marco del infortunio particular del damnificado, que requiere el artículo 163, inciso 2° del Código Penal, que regula el hurto calamitoso.

CNCCorr., sala B de feria, 19-1-99, “Machado, Román A.”, L. L. 1999-F-278

c) *Hurto con llave falsa*

La utilización de llaves no verdaderas para la sustracción de un automotor no agrava el hurto, desde que no se trata del ingreso al lugar donde se encuentra la cosa, sino a la cosa misma.

CNCCorr., sala V, 8-9-93, “Jiménez, Osvaldo”, L. L. 1994-E-228

d) *Hurto con escalamiento*

Si para la consumación el autor acude al plus de vencer obstáculos mediante el acto de escalar, y de tal manera consigue llevarse la *res furtiva*, forzoso es concluir que el delito ha sido perfeccionado en la forma agravada prevista por el artículo 163, inciso 4° del Código Penal.

C2°CCorr. de Mar del Plata, sala III, 16-2-95, “López, Hugo J.”, L. L. B. A. 1995-281

1. Cuando el esfuerzo, actividad o artificio se llevan a cabo para vencer la defensa predispuesta por el propietario de los bienes y en resguardo de ellos, el hurto se agrava por escalamiento.

2. Autoriza la calificación del hurto a tenor del artículo 163, inciso 4º del Código Penal, la circunstancia de haber sorteado el autor un tapial de una altura de dos metros.

CNCCorr., sala VI, 9-10-97, “Rivero, Carlos H.”, L. L. 1998-C-888

e) *Hurto de mercaderías o cosas muebles transportadas*

El hurto de mercaderías transportadas se agrava desde el momento en que empiezan a ser cargadas hasta que son entregadas en su destino, quedando excluidos los apoderamientos que se cometan antes de comenzar la carga o después de llegada la mercadería a manos del destinatario.

CNCCorr., sala I, 30-9-96, “Sombra, Alberto”, L. L. 1997-C-914, D. J. 1997-3-54

Constituye el delito de hurto calificado por haberse cometido sobre mercaderías transportadas entre el momento de su carga y descarga (art. 163, inc. 5º), la conducta de quienes aprovechando la detención de un camión de transportes en un semáforo, sustrajeron del interior de la caja un bulto conteniendo *pullovers*.

TOCr. Nº 25, 30-9-96, “Donayre, M. A.”, c. 199, J. P. B. A. 100-80

1. Configura hurto agravado a tenor del artículo 163, inciso 5º del Código Penal, el apoderamiento de sacas conteniendo monedas de curso legal (transportadas por camión en ámbito urbano al Banco Central) consumado por personal del porteador encargado de verificar la carga, en un alto del traslado, previo a la recepción del efectivo en el lugar de destino.

2. El ámbito de aplicación de la agravante citada no está reducido exclusivamente a reprimir más severamente las organizaciones delictivas denominadas genéricamente “piratería del asfalto”, modalidad que pudieran revestir los hurtos de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el

momento de su carga y el de su destino o entrega o durante las escalas que se realizaron.

3. La disposición del artículo 163, inciso 5° del Código Penal tiene la suficiente amplitud como para proteger también el traslado de cargas por otros medios de transporte, como el ferrocarril, que también es objeto de permanentes robos y hurtos.

4. Tampoco está comprendido en la calificante del artículo 163, inciso 5° del Código Penal, el apoderamiento que el autor haga en el mismo momento, aunque mediante segunda acción, de dinero o efectos personales del porteador, salvo que el hurto de las mercaderías concorra con el del vehículo automotor que las transportaba, y que dichos bienes personales hubiesen estado dentro del transporte, en cuyo caso este último apoderamiento quedaría absorbido, tanto objetivamente como subjetivamente, por la doble agravante.

CNCas.Pen., sala II, 12-11-98, “Juárez, L. O.”, c. 1740, reg. 2280, J. P. B. A. 107-402

f) *Hurto de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público*

1. No corresponde atribuir el concepto de lugar de acceso público previsto en el inciso 6° del artículo 163 del Código Penal al taller mecánico al que llevó el vehículo su dueño para reparaciones.

2. El espíritu del inciso 6° del artículo 163 del Código Penal tuvo en mira los supuestos de lugares en los que el acceso se encuentre expedito sin ninguna limitación.

CNCCorr., sala IV, 8-4-97, “Megri, Julio E.”, L. L. 1998-C-462

1. La bicicleta queda comprendida dentro del término de “vehículos” que establece el artículo 163, inciso 6° del Código Penal.

2. Un lugar de acceso público es aquel al cual se puede ingresar sin ningún tipo de control especial.

CCr. N° 2 de Santa Rosa, 19-11-97, c. 94/97, J. P. B. A. 104-145

1. El hurto de una bicicleta dejada en la vía pública es constitutivo del delito de hurto simple tipificado por el artículo 162 del Código

Penal, al no encontrarse comprendidas en la agravante contenida en el artículo 163, inciso 6° del Código Penal.

2. La condición normativa que determina el alcance del bien jurídico protegido por la agravante consagrada en el artículo 163, inciso 6° del Código Penal, es la “autopropulsión” del vehículo, conforme lo establecido en el artículo 5° del decreto-ley 6582/58, modificado por ley 24.673.

3. El método gramatical de interpretación escogido para incluir la bicicleta como vehículo al que se refiere el artículo 163, inciso 6° del Código Penal, puede llevar a resultados irrazonables por la amplitud asignada a la voz, en base a lo cual podría llegar a calificarse el hurto de elementos tales como un triciclo de niños, un carro de supermercado, una silla de ruedas, entre otros, si hubieran sido dejados en la vía pública o lugares de acceso público, ya que en sentido gramatical o literal, vehículo es todo medio que sirve para conducir o transportar fácilmente una cosa o persona.

CPen. de Venado Tuerto, 24-6-98, “G., C. A.”, L. L. 1999-F-742, L. L. Litoral 1999-280

CAPÍTULO II

ROBO

SUMARIO: I. El artículo 164 del Código Penal. II. Antecedentes. III. Bien jurídico objetivo. IV. Tipo objetivo. 1. La fuerza en las cosas. 2. Violencia física en las personas. a) Concepto de violencia. b) La intimidación. c) Momento de la violencia. 1) Antes del robo, para facilitararlo: violencia preparatoria. 2) En el acto de cometerlo: violencia concomitante. 3) Después de cometido, para procurar su impunidad. V. Tipo subjetivo. VI. Autoría. VII. Consumación y tentativa. VIII. Concurso con otros delitos. 1. Lesiones. 2. Privación ilegal de la libertad. *Robos agravados*. I. Aspectos generales. *Robo agravado por homicidio*. I. Antecedentes. II. Análisis dogmático de la agravante. III. Consumación y tentativa. *Robo con lesiones*. I. El artículo 166 del Código Penal. II. Antecedentes. III. Análisis de la agravante. IV. Tipo subjetivo. V. Autoría y participación. VI. Consumación y tentativa. *Robo calificado por el uso de armas*. I. Antecedentes. II. El fundamento de la agravante. 1. Concepto de arma. 2. Clasificación. 3. La utilización de las armas. 4. La problemática del arma de fuego falsa, de juguete, inútil o descargada. 5. Autoría y participación. *Robo cometido en despoblado y en banda*. I. Antecedentes. II. El despoblado. III. El concepto de banda. 1. Antecedentes. 2. Análisis dogmático del concepto de banda. IV. El artículo 167 del Código Penal. V. Robo en despoblado. VI. Robo en poblado y en banda. *Robo con perforación o fractura*. I. Antecedentes. II. Análisis de la agravante. 1. El concepto de perforación o fractura. 2. Modos de comisión. 3. Tipo subjetivo. 4. Autoría y participación. 5. Consumación y tentativa. 6. Relación con otras agravantes. 7. Relación con el delito de daño. 8. Agravantes del artículo 163, inciso 4º. *Jurisprudencia*.

I. El artículo 164 del Código Civil

El artículo 164 establece: “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad”.

II. Antecedentes

Ya en el Derecho Romano se distinguía entre la rapiña, arrebato violento de la cosa, de la llamada sustracción clandestina, que era el hurto.

Tal distinción también se dio en *Las Partidas*. Los germanos distinguieron entre el hurto (*Diebsthal*) y el hurto violento (*Raub*), distinción ésta que se mantiene en el Código actual¹.

En nuestro país, el proyecto Tejedor distinguía el robo con violencia en las personas, maltratando a una persona para que descubriera, entregara o no defendiera la cosa objeto del robo, que se agravaba cuando había peligro de muerte, herida mortal, alteración de la salud. También se había previsto el robo con armas, o en despoblado, con tres o más personas, y con rehenes. Además se había legislado el robo con o sin violencia en las personas, pero con fuerza en las cosas².

En la nota, siempre esclarecedora, Tejedor afirmaba: “El robo, técnicamente hablando –dice Pacheco– ha sido siempre entre nosotros el apoderamiento por fuerza de cosas muebles o semovientes, como el hurto ha sido el apoderamiento por astucia y a escondidas, como la usurpación es el apoderamiento de inmuebles o de derechos”³.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García definía al robo como el arrebato violento de una cosa mueble (art. 310). Se habían previsto agravantes, como la orden de autoridad competente, heridas, maltrato, lesiones graves, asociación de dos o más personas, etcétera.

El Código de 1886 seguía al proyecto de Tejedor. El robo era de dos clases, con violencia en las personas y sin la concurrencia de este requisito⁴.

Se le ha criticado al Código que era confuso, en la inteligencia de que no marcaba una clara distinción entre el robo y el hurto. Así, apunta Soler, solamente se prevén algunas hipótesis como expresamente punibles, de manera que no existe un concepto genérico de este delito; e inversamente, se incluyen en este tipo figuras carentes de violencia, dando lugar a confusión⁵.

¹ NÚÑEZ, *Delitos...* cit., ps. 185/6.

² MORENO, ob. cit., p. 126.

³ Ídem, ps. 126/27.

⁴ Ídem, p. 129.

⁵ SOLER, ob. cit., p. 263.

Ya el proyecto de 1891 (arts. 199 a 201) se apartó de estos antecedentes nacionales, y comenzó a imponer pena al robo simple. La fórmula era similar a la actual, ya que además de conferirle un capítulo especial, separó hurto y robo sobre la base doble de la existencia de fuerza en las cosas y violencia o intimidación en las personas, pero agregándole el ánimo de lucro. La comisión explicando el artículo decía: “El artículo 199 reprime con dos a seis años de penitenciaría el caso general de robo, es decir, el apoderamiento de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con ánimo de lucro y con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo, o después de cometido”⁶.

Esta reforma fue introducida por la ley de reforma 4189, incorporó al Código de 1886 las disposiciones del proyecto de 1891, en esta parte.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria aceptó el sistema de los proyectos anteriores, y expresaba en la Exposición de Motivos: “La comisión ha aceptado el criterio general sobre robo contenido en el artículo 164, suprimiendo la palabra intimidación y exigiendo que la violencia sea física, porque esto es lo que caracteriza al robo”⁷.

El proyecto de 1960, que fue tomado por los decretos-leyes 17.567 y 21.338, le atribuyó mayor gravedad al robo cometido con violencia en las personas que al cometido con fuerza en las cosas. Pero la ley 23.077 restituyó el artículo 164 a su redacción original, según ley 11.179, que es la transcripta más arriba.

Sólo importa hacer notar la exclusión de la ley de la intimidación, a los efectos, como se verá, de poder distinguir el robo de la extorsión.

III. Bien jurídico objetivo

Queda claro, el bien jurídico es el mismo que en el hurto, ya que el robo viene a ser una agravante del hurto, que contiene los mismos elementos, a los que se suma la fuerza en las cosas y la violencia en las personas⁸.

⁶ MORENO, ob. cit., p. 130.

⁷ *Ibidem*.

⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 253.

IV. Tipo objetivo

Como ya se dijo, el núcleo del robo es igual al del artículo 162 del Código Penal, pero con la diferencia en cuanto a la forma de apoderamiento, que debe hacerse mediante el empleo de fuerza en las cosas o violencia sobre las personas.

Se ha dicho que el robo es un hurto agravado, por las circunstancias enumeradas, y que el hurto simple constituye el género y el robo la especie⁹.

El fundamento de la mayor gravedad del robo con relación al hurto se encuentra en el mayor desvalor que implica el uso de fuerza o violencia, en tanto son significantes de una mayor habilidad, pericia o esfuerzo por parte del autor; en definitiva, una mayor *energía criminal* que la que se acredita con el simple hurto.

Por otra parte, pueden conllevar la violación de la intimidad del sujeto pasivo y la causación de perjuicios adicionales en la propiedad ajena que podrían ser calificados de daños (o de daños en el cuerpo o en la salud que constituyan lesiones), lo que otorga al hecho constitutivo de robo un mayor contenido de injusto, y una mayor reprochabilidad, que el legislador considera suficiente para fundamentar un tratamiento penal diferenciado y más severo¹⁰.

Además, podemos ver en la diferenciación típica, y en punto a la fuerza en las cosas, razones de índole objetiva, pues mientras en muchos de los casos el propietario de la cosa hurtada ha incurrido, en la guarda de la misma, en alguna negligencia más o menos grave, en los casos de robo, el propietario ha puesto la cosa bajo la custodia de un conjunto de elementos materiales que, en un régimen normal, serían suficientes para resguardarla de la codicia ajena. Por ejemplo, ha colocado la cosa en un armario, cerrándolo con llave, y el ladrón quebrantó la cerradura para hacerse con ella¹¹.

En realidad, la proximidad con el hurto es mucho mayor en el robo, con fuerza en las cosas, que en el robo con violencia o intimidación, hasta el punto de que la doctrina coincide en señalar la falta

⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 214; TOZZINI, ob. cit., p. 245; CREUS, ob. cit., p. 440.

¹⁰ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 595.

¹¹ MOLINARIO, ob. cit., p. 255.

de sustantividad del primero, cuya existencia separada del hurto no se justifica ni criminológica ni técnicamente. Ello, sin perjuicio de que la correcta contemplación del injusto, propio de los supuestos de robo con fuerza, hubiera de dar lugar eventualmente a un concurso con el delito de daños o a una elevación de la pena, configurándolo como un hurto cualificado más. Por más que los medios constitutivos de fuerza en las cosas puedan acreditar en ocasiones, una cierta habitualidad o profesionalidad delictiva, el verdadero robo es el violento, aquel en el que se utiliza violencia o intimidación sobre las personas¹².

Por regla general, la modalidad más grave es el robo con violencia en las personas, siguiéndole el robo con fuerza en las cosas, y quedando el hurto como la forma delictiva menos grave. Pero la sistemática legal no ha seguido este criterio, y ello se evidencia en que la pena para el hurto calificado es mayor que la prevista para el robo (un año de mínimo en el art. 163, Cód. Pen., y un mes en el 164), habiéndose equiparado esta última en sus dos modalidades: fuerza y violencia.

El robo, en cualquiera de sus modalidades, comparte con el hurto la estructura básica: la acción de apoderarse el objeto material cosa mueble, la ajenidad total o parcial de ésta, y los sujetos. Nos remitimos, por ende, a lo expresado al respecto en el capítulo anterior.

Sólo resta aclarar que el legislador ha dividido los conceptos de fuerza, como la que se ejerce sobre las cosas, y de violencia, como la que va dirigida contra las personas, por lo cual la única violencia que configura el robo cuando es ejercida luego del apoderamiento, es aquella que constituye una agresión contra las personas¹³.

Dicho en otras palabras, la violencia en las personas puede tener lugar antes del robo, para facilitararlo, en el acto de cometerlo, o después de cometido, para procurar su impunidad; con lo cual se ve que existe una diferencia entre la fuerza en las cosas y la violencia en las personas: la primera agrava o califica el delito cuando se emplea para apoderarse

¹² GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 592.

¹³ En este sentido, la mayoría de la jurisprudencia de la CNCCorr., salvo algunos fallos como el de la sala VI, 6-3-92, "Sunsunegui, Alejandro", *Boletín de Jurisprudencia* 1992, N° 1, p. 32.

de la cosa. Una vez removido el objeto del delito, una vez desplazado, una vez cometido, realizado o consumado el delito, únicamente la violencia en las personas produce aquel efecto¹⁴.

1. *La fuerza en las cosas*

Fuerza es la capacidad física para realizar un trabajo o un movimiento, y desde el punto de la física es la causa capaz de modificar el estado de reposo o de movimiento de un cuerpo¹⁵.

Manzini decía que por fuerza en las cosas debe interpretarse toda energía, sea ésta biológica, mecánica o química, que produzca la destrucción, la rotura, la disminución, el deterioro, la descomposición, la difusión u otro daño o transformación de las cosas mismas, o que, dejándolas inalteradas, cambie su destino, esto es, impida o modifique la utilización, el desarrollo o el crecimiento, violentando las condiciones ambientales, o sea, cuando las cosas resultan dañadas o transformadas o cuando su destino experimenta un cambio¹⁶.

Nosotros, como es lógico, pensamos que el concepto de fuerza es un concepto normativo, que debe ser interpretado de acuerdo a lo que se entiende por robo, de manera que debe entrar en la dogmática propia de este delito.

Se trata de un concepto directamente relacionado con el apoderamiento, por ello tiene un sentido normativo como medio para. “La fuerza de la cosa implica que ésta debe ser forzada, afectada por una energía física que haya producido sus efectos propios, rompiéndola, torciéndola, sacándola de su sitio, cavándola o modificando su estado o situación de cualquier manera”¹⁷.

El concepto de fuerza adquiere, en este sentido, un carácter general, que no está referido específicamente a las defensas de cercamiento o de encerramiento expresamente predisuestas por el propietario. La fuerza puede recaer, tanto sobre defensas predisuestas de cercamiento, como una puerta; sobre defensas predisuestas de simple guarda, como

¹⁴ GONZÁLEZ ROURA, cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 247.

¹⁵ SECO y otros, ob. cit., ps. 2258/59.

¹⁶ Cit. por GÓMEZ, p. 127 (cit. por TOZZINI, ob. cit., ps. 249/250).

¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 189/90.

un ropero; sobre elementos sólidos no predispuestos como defensa, pero que retienen o contienen la cosa, como la pared con respecto a la puerta, o sobre la cosa misma, que ofrece natural resistencia, como el caso de un árbol.

Por eso lleva razón Soler cuando rechaza las posiciones basadas en la concepción tradicional italiana y francesa (en Manzini, Carrara, Chaveau-Hélie, Groizard y otros), para quienes sólo habrá fuerza en las cosas cuando se violente un medio de seguridad puesto, adrede, por el propietario. También habrá fuerza cuando ésta recaiga sobre objetos o recipientes que guardan la cosa, y en aquellos supuestos en los que el objeto no se encuentra guardado, sino simplemente adherido o empotrado, pero por cuestiones distintas de la defensa ante terceros, como es el caso de los artefactos lumínicos atornillados al techo¹⁸.

Ahora bien, el concepto de “fuerza en las cosas” del artículo 164 del Código Penal, no alcanza, sino que es necesario algo más. La fuerza debe tener en el delito de robo un sentido anormal, aunque no necesariamente destructivo o dañador, porque, como bien dice Núñez, la razón de la agravante es un atentado a las cosas, para vencer la resistencia que éstas ofrecen al apoderamiento; por eso se trata, como dijimos, de un concepto normativo, no natural¹⁹. En igual sentido, Molinario y Aguirre Obarrio afirman que existe fuerza en las cosas “cuando la remoción, con ánimo de apoderamiento, de una cosa mueble, tiene lugar por medios no comunes u ordinarios, cuyo objeto es quebrantar la resistencia de la cosa removida o su guarda que ofrecían para su remoción, y cuyo efecto es una modificación permanente del estado de la cosa removida o de su guarda”²⁰. La defensa, en este sentido, se produce: porque la cosa está guardada dentro de otra; porque está fija o atada a otra; porque está fijada a otra²¹.

De manera, pues, que no es la fuerza necesaria para el transporte de la cosa (de así serlo, todo apoderamiento ilegítimo de un objeto

¹⁸ SOLER, ob. cit., ps. 266/268.

¹⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 192.

²⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 257/8.

²¹ *Ibidem*.

pesado sería robo). La fuerza debe ser ejercida en razón de la cosa, y no en la cosa²²; esto es, que el sujeto activo debe vencer la resistencia que ofrece la propia cosa²³, ya sea por sí misma o por los reparos relacionados con ella²⁴, forzándola, ocupándola mediante el ejercicio sobre ella de una energía física, humana o artificial, que la rompa, tuerza, saque de su sitio, cave o, en el caso de los semovientes, los mate o dañe de otra manera, o que, sin afectar la integridad de la cosa, venza su resistencia a la ocupación²⁵.

Decimos que la cosa opone en sí misma resistencia cuando, por sus características, requiere una actividad en quien se apodera de ella para transportarla, o simplemente removerla del lugar donde estaba, como ocurre cuando forma parte de un todo del cual debe ser separada. La cosa opone resistencia por sus reparos, cuando éstos son los que exigen del agente aquella actividad; puede tratarse de reparos intencionalmente dispuestos para evitar el apoderamiento, o colocados con distinta intención, pero que realizan aquella función²⁶.

En los ejemplos de Núñez, se rompe la cosa cuando se cortan varillas y estacones, los hilos de un alambrado, cables, se destruyen vidrios o se astillan durmientes para apoderarse de los fragmentos²⁷; se violenta torciendo la cosa cuando se doblan las hojas del mirador de una persiana metálica²⁸; se saca de su sitio cuando se arrancan postes y rodrigones, se desclavan tablas a los golpes o se arrancan tejas o partes de un techo, o ladrillos de una pared²⁹; se cava cuando se hace un hueco en el piso³⁰. Asimismo, puede robarse animales atrapando la oveja mediante perros que la voltean y la lastiman³¹, o detenerse por la fuerza los caballos de un carruaje³².

²² NÚÑEZ, ob. cit., p. 215.

²³ ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, ob. cit., p. 1022.

²⁴ CREUS, ob. cit., p. 441.

²⁵ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 215/216. En igual sentido, TOZZINI, ob. cit., p. 250.

²⁶ CREUS, ob. cit., p. 441.

²⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 215, nota 10.

²⁸ Ídem, nota 11.

²⁹ Ídem, nota 12.

³⁰ Ídem, nota 13.

³¹ Ídem, p. 216, nota 14.

³² Ídem, nota 15.

No es necesario para tipificar el robo el daño de la cosa, esto es, que la fuerza sea destructiva, que altere dañosamente, rompiendo, cortando, deformando, lo que rodeaba la cosa, como parte de ella o como reparo³³.

Molinario y Aguirre Obarrio afirman, por su parte, que se tipificará el robo en el caso de quien se apodera de un neumático de repuesto, rompiendo la cadena y el candado, o limando la traba, pues habrá quebrantado la resistencia que ofrece la cosa, y de este quebrantamiento han quedado huellas permanentes, como la cadena rota, o la traba del candado limada.

En cambio, no habrá robo en el supuesto del cerrajero que desarma, sin dañar, la cerradura de un arca, la abre de este modo, sustrae su contenido, y luego la rearma cuidadosamente, para que todo quede tal como estaba. Y no hay robo, explican estos autores, pues si bien es cierto que la remoción se produjo por medios no ordinarios o comunes, no es menos cierto que no se ha ocasionado modificación o desperfecto alguno³⁴.

Para Núñez, la idea de forzar una cosa, para apoderarse de ella o de otra a cuyo apoderamiento se opone, como la de violentar a una persona para quitarle algo, también es compatible con el ejercicio de una fuerza sobre ella, sin efectos dañosos o modificatorios³⁵, ya que ejerce fuerza en la cosa sin efecto de esa especie, tanto el que detiene por la fuerza los caballos de un carruaje, como el que, para apoderarse de la rueda del molino, interrumpe su giro utilizando sus manos o enlazándola³⁶.

La fuerza, tal como se dijo, debe ser anormal, debe implicar un esfuerzo superior al que llevaría a cabo el dueño para retirarla del lugar en donde ésta se encuentre, es decir, debe forzarla, torcerla o dañarla, en alguna medida, venciendo la resistencia que ésta le oponga.

³³ CREUS, ob. cit., p. 442. Así opinan MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 257/258.

³⁴ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 259.

³⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 216.

³⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 216, nota 18. Tozzini participa de esta opinión, en ob. cit., p. 250.

Dicho en otras palabras, la acción requerida por el robo debe contener un *quid pluris* con respecto a la acción separatista ordinaria³⁷.

Molinario y Aguirre Obarrio aseguran que no basta el simple empleo de fuerza física para que el hecho del apoderamiento constituya un robo, siendo preciso que, merced al empleo de esa fuerza, la remoción de la cosa tenga lugar por medios no comunes u ordinarios, para quebrantar la resistencia que la cosa o su guarda ofrecen para la remoción³⁸. Pongamos un ejemplo: si un sujeto quiere sustraer la rueda de un vehículo, y para ello utiliza una llave para destornillar los bulones, lo cual le exige un gran despliegue de fuerza, pues dichos elementos se encuentran oxidados, no comete robo, sino hurto, porque la fuerza empleada para su sustracción es la misma que la que hubiera utilizado su dueño para cambiarla. Distinto sería el caso en el cual, el mismo sujeto, utilizara una sierra para cortar el eje del vehículo, y así, llevarse la rueda.

Éste es un supuesto claro, pero nótese que, siguiendo esta tesis, no pueden considerarse robos los hechos que solamente importan la acción de separar las cosas de su mera adhesión natural, de manera que esa separación no destructiva es, exactamente, la misma que el propietario debe realizar para tomar la cosa, como cortar fruta, o trigo, o caña de azúcar, trasquilar ovejas o podar árboles³⁹.

Creus acepta los criterios del ejercicio de una energía destructiva y anormal para determinar la tipicidad de la fuerza ejercida, tanto si la energía desplegada por el agente es puramente física, como si la ejerce por medio de mecanismos u otros procedimientos dañadores, siempre y cuando se trate de una actividad realizada por el agente del apoderamiento o por un tercero que actúa por él o participa en su hecho⁴⁰.

Núñez dice que la aceptación del principio de que la fuerza debe tener un sentido anormal ha conducido a excluir indebidamente del ámbito del robo, casos de verdadero ejercicio de energía sobre cosas cuya resistencia al apoderamiento lo requiere, como aquellos en los

³⁷ SOLER, ob. cit., p. 269.

³⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 260.

³⁹ SOLER, ob. cit., p. 269.

⁴⁰ CREUS, ob. cit., p. 443.

que la fuerza constituye el modo normal de separar y tomar la cosa⁴¹, como sucede con la crin, la lana y el cuero de los animales, y con los árboles y sus partes⁴², o aquellos en los cuales la fuerza ejercida es requerida por el mecanismo que une el objeto del hurto a otra cosa, como una ventana, un faro o una rueda de automóvil. En tanto la letra legal sólo exige fuerza en las cosas, aquélla existe cuando la separación de éstas se realiza mediante actos directos de fuerza, como cortar o hachar, o por medios mecánicos que también la requieren (destornillar o usar una palanca)⁴³.

Tozzini, con idéntico criterio, asegura que la fuerza que transforma al hurto en robo no es sólo la extraordinaria o anormal, sino toda aquella que fuere necesaria ejercer para vencer materialmente la resistencia al apoderamiento; por lo que también configura robo, y no simplemente hurto, el ejercicio por parte del ladrón de una energía normal, similar a la que necesitaría el dueño para separar y tomar la cosa, según lo exija su naturaleza, cuando tales actos demanden un esfuerzo físico, humano o artificial. En favor de su postura, señala que las opiniones favorables al empleo de una fuerza anormal se asientan sobre dos supuestos extratípicos, que son, que la fuerza recaiga sobre defensas predisuestas contra el apoderamiento, y como consecuencia, que la fuerza produzca daños. Además, la incongruencia de estos razonamientos surge clara, dice este jurista, si se observa que muchos de estos autores, que preconizan la equiparación de la fuerza ilegítima del autor con la legítima del dueño, sostienen, en el delito de usurpación, el cambio de la cerradura de la puerta de acceso (que ofrece idéntica dificultad al dueño que al usurpador) constituye una violencia⁴⁴.

La respuesta a esta posición es para nosotros clara: se confunde la fuerza, como concepto natural, de la fuerza como concepto normativo, que es lo que castiga la ley con más pena. Quien corta una manzana de la planta, es claro que comete hurto y no robo, porque no es una fuerza mayor que la que hubiera efectuado el dueño de la planta. Es

⁴¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 217.

⁴² Íd. nota anterior, nota 24.

⁴³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 218.

⁴⁴ TOZZINI, ob. cit., p. 251.

que se trata de una fuerza que venza parte de la resistencia de la cosa o de otra cosa a la que ésta esté adherida o guardada. Siguiendo el concepto natural de fuerza, cualquier esfuerzo del ladrón será robo, lo que no está de acuerdo con el concepto dogmático del robo.

Como aclaramos más arriba, la fuerza debe ser ejercida *para cometer* el robo, lo que incluye todos los actos ejecutivos que integran el proceso ejecutivo del apoderamiento mismo. Es decir, que el empleo de la fuerza debe ser anterior o concomitante a la sustracción.

El hurto no se transforma en robo si luego del apoderamiento el sujeto activo ejerce fuerza para sacar la cosa. En el caso contrario, sí comete robo, aquel que hoy ejerce la fuerza sobre la cosa, para apoderársela después, en tanto la fuerza represente, tanto objetiva como subjetivamente, un medio inmediato para el logro del apoderamiento⁴⁵. Pero quedan excluidos los actos preparatorios, así como los posteriores, para apoderarse de lo que hay dentro de la cosa hurtada⁴⁶.

Tampoco cabe incluir en el tipo los actos de fuerza en las cosas que sólo hayan tendido a preparar el proceso ejecutivo del apoderamiento, como sería, en el ejemplo de Núñez, la rotura del vehículo efectuada días antes para obligar a la víctima a conducirse a pie el día del hecho⁴⁷.

La fuerza en las cosas debe estar dirigida a realizar un apoderamiento de cosa mueble total o parcialmente ajena, en tanto el apoderamiento no es robo por su simple coincidencia con el ejercicio de fuerza. Es decir, hay una relación de medio a fin entre el empleo de la fuerza y el apoderamiento: en el momento de utilizar la fuerza, se alberga, en el ánimo del delincuente, el propósito de apoderarse de alguna cosa⁴⁸.

La fuerza calificante es sólo aquella *con* la cual el apoderamiento tiene lugar: hay un nexo de necesidad entre la sustracción y el empleo de fuerza, y esa situación de hecho debe ser subjetivamente tomada en cuenta por el ladrón, el cual emplea la fuerza *para sustraer* la

⁴⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 261; NÚÑEZ, ob. cit., ps. 193/4.

⁴⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 194.

⁴⁷ Ob. cit., p. 219.

⁴⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 262.

cosa⁴⁹. Por ello, no comete robo sino hurto el albañil que, contratado para quitar de su lugar un equipo de aire acondicionado, luego de hacerlo, al día siguiente decide llevarse el equipo.

No coincide con esto Creus, para quien esta vinculación objetiva, si bien requiere que la fuerza haya sido el procedimiento empleado para perpetrar o consolidar el apoderamiento, no implica que haya sido un procedimiento necesario en el caso, pues comete igualmente robo quien, para robar la lana, mata la oveja, cuando pudo haberla enlazado y esquilarla⁵⁰. El problema, como se verá, no se resuelve desde el tipo objetivo, sino desde el subjetivo, esto es, desde el dolo.

El principio de la necesidad también se aplica al caso del hurto de una parte de algo que constituye un todo: habrá robo si la fuerza se presentaba, a ojos del autor, como el medio más conveniente para consumar el hecho, como en los casos en que resulta mucho más discreto sustraer una parte y esconderla en un bolsillo, que llevarse el todo, cuando se trata de un objeto voluminoso⁵¹.

Pero la resistencia de la cosa, que lleva a la fuerza sobre ella para el apoderamiento, lleva al robo, aunque el sujeto hubiera tenido una forma distinta que no calificara el hecho, como ser, en el ejemplo de Carrara⁵², de quien sustrae la piedra preciosa arrancándola del anillo, en tanto hubiera sido más fácil y más leve llevarse el anillo entero⁵³, o la sustracción de la caja y de la alcancía que, pudiendo ser llevadas para apoderarse de su contenido, son violentadas por el ladrón en el mismo lugar donde se hallaban⁵⁴.

En definitiva, habiendo unidad del contexto del apoderamiento, y esta relación de medio a fin, a que hicimos referencia anteriormente, no resulta necesario que la fuerza recaiga sobre la cosa sustraída o sus reparos, o que el apoderamiento haya sido consumado en definitiva

⁴⁹ SOLER, ob. cit., p. 270.

⁵⁰ CREUS, ob. cit., p. 443.

⁵¹ SOLER, ob. cit., ps. 270/271.

⁵² § 2158 (cit. por SOLER, p. 271).

⁵³ SOLER, ob. cit., p. 271.

⁵⁴ CARRARA, § 2156, N° 2, cit. por SOLER, ob. cit., p. 272; NÚÑEZ, ob. cit., p. 221, nota 42.

merced a ella, ni que el autor de la fuerza sea el autor del apoderamiento, pudiendo serlo cualquiera de los participantes en el robo⁵⁵.

El daño de la cosa, cuando acontece, debe considerarse absorbido por la fuerza que lo produce, porque es una consecuencia virtualmente comprendida en ella según lo que usualmente ocurre, aunque no sea indefectible⁵⁶.

Para calificar la sustracción como robo, sin embargo, es innecesario que los desperfectos constituyan un verdadero delito de daño. En el ejemplo de Frank, el posadero que violenta el ropero en que el cliente ha guardado las cosas, comete robo, aun cuando no comete daño, pues rompe una cosa propia⁵⁷.

Para la imputación independiente del delito de daño, sería menester calificar el hecho como hurto, en tanto la fuerza en las cosas que provocó el daño no fue aplicada para la sustracción⁵⁸.

2. *Violencia física en las personas*

El hurto se transforma en robo mediante la violencia en las personas, que se realiza para el apoderamiento o después de él para asegurar sus resultados.

El robo con violencia es un delito pluriofensivo, en la medida en que la violencia puede afectar, además del patrimonio, la salud física del sujeto pasivo.

En realidad, lo que se hace es integrar una misma conducta típica en un delito complejo, ya que de otra forma debería haber sido tratado como un concurso entre hurto y lesiones, o amenazas, según el caso. Tal como está configurado, sin embargo, lo predominante es el atentado patrimonial, de forma que el recurso a los procedimientos violentos, lo que hace es aumentar el injusto de un hecho cuyo componente básico es la lesión de la propiedad ajena⁵⁹.

La conducta típica de este delito, que tradicionalmente se denomina

⁵⁵ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 220/221; SOLER, ob. cit., p. 271.

⁵⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 216; SOLER, ob. cit., p. 268; TOZZINI, ob. cit., p. 250.

⁵⁷ FRANK § 243, III.c, cit. por SOLER, ob. cit., p. 273, nota 30.

⁵⁸ En este sentido, SOLER, ob. cit., p. 273.

⁵⁹ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., ps. 612/613. En el mismo sentido, SOLER, ob. cit., p. 273.

rapañá, se integra por el apoderamiento de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, y con el empleo de violencia en las personas.

La voluntad contraria del dueño a la entrega de la cosa es también un elemento implícito en el delito de robo. El empleo del término apoderar así lo pone de manifiesto, pues, en rigor, sólo puede calificarse de esa forma el tomar lo que otro no quiere dar.

Como consecuencia, no podrá hablarse de robo con violencia cuando el dueño consiente en entregar voluntaria y libremente la cosa al autor, aunque concurra en el hecho la violencia o la intimidación. En estos casos, sólo podrá apreciarse el delito de lesiones, amenazas o coacciones que, eventualmente, sea de aplicación. El consentimiento válido del propietario, que dispone la cosa en favor de un tercero, elimina, por tanto, la tipicidad del robo con violencia, aunque es posible que en algunos casos, en que el consentimiento sea presunto, se elimine la antijuridicidad⁶⁰.

a) *Concepto de violencia*

La violencia consiste en el despliegue, por parte del autor o de los autores del delito de robo, de una energía física, humana, animal o mecánica, fluida o química sobre la víctima, que lleva a suprimir o limitar materialmente su libertad de acción, y la resistencia que pudiera oponer al apoderamiento. Ello, aun cuando no se afecte la integridad personal del sujeto agredido⁶¹. La doctrina española ha sostenido que la violencia que se precisa para el robo es la que consiste en un acometimiento físico agresivo, aplicado directamente sobre (en) las personas⁶². La cuestión no es simple, ya que si bien es necesario que lo violentado sea el cuerpo de la víctima, y entiéndase bien el problema porque será utilizado a los efectos de la distinción con la extorsión, no es necesario que se actúe “encima” del cuerpo de la víctima, porque es energía física, la desplegada por amenaza, en contra de ella de manera inmediata, como ser el que le saca la llave a una persona

⁶⁰ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 614. Sobre el consentimiento: DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, § 59 y ss.

⁶¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 222; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 263; TOZZINI, ob. cit., p. 256; CREUS, ob. cit., p. 444.

⁶² GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 616.

poniendo el cuchillo en el cuello, o la amenaza con golpear con un palo, en los ejemplos de Núñez⁶³. En este sentido, al haber el legislador sacado la intimidación del texto legal, tal como el decreto-ley 17.567 y decreto-ley 21.338 siguiendo el proyecto del '60 habían legislado, la doctrina española, del nuevo texto después del '95, no es aplicable, en absoluto, ya que el tipo penal expresamente lo prevé (art. 242). En este sentido la cita de Carrara es más que clara: "Siempre que una fuerza física ha reducido a la nada las fuerzas individuales del propietario, de manera que ello implica oponerse al hurto, y de este modo haya sido alcanzado el fin, no creo que pueda dudarse del concurso de una violencia"⁶⁴. En este orden de ideas, será violencia el disparo de armas de fuego, o con otra arma.

La violencia debe ser efectiva, esto es, desplegada en contra de la persona. De modo que no se puede presumir la violencia, que el ladrón hipotéticamente hubiera querido realizar, si ella hubiera sido necesaria, como por ejemplo que haya llevado un arma, que no blandió o utilizó, "porque la acción de ladrón debe ser objetivamente violenta, no siendo suficiente el solo temor de la víctima de que se vuelva tal"⁶⁵.

En síntesis, existe violencia física en la persona siempre que se despliegue una energía física, tendiente a impedir la acción de la víctima. Se incluye, para algunos autores, la amenaza con un arma, ya que en esos casos, no se trata de una intimidación, sino de despliegue de energía física contra la víctima⁶⁶.

Quedan comprendidos, según el artículo 78 del Código Penal, el uso de medios hipnóticos o narcóticos, los cuales pueden ser utilizados para doblegar la voluntad del sujeto damnificado, en este caso, para el robo.

Es aplicable la distinción que realiza la doctrina española entre diversas clases de violencia: violencia propia, que resulta de la aplicación de la fuerza física, y otra impropia, que consiste en el constreñimiento de la voluntad por otros medios, como narcóticos o hip-

⁶³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 197.

⁶⁴ CARRARA, § 2118, nota 3, cit. por NÚÑEZ, p. 197.

⁶⁵ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 198/99.

⁶⁶ Ídem, p. 223. El concepto es relevante para diferenciarlo de la extorsión.

notismo; pero no lo es la llamada violencia impropia, ejercida inmediatamente sobre cosas y que sólo de manera mediata puede repercutir sobre las personas⁶⁷.

En la definición que dimos, se observa la coincidencia con la llamada *vis compulsiva o relativa*, consistente en la presente e inmediata amenaza de empleo de la violencia, que afecta la libertad de opción de la víctima, obligándola a actuar con voluntad viciada, entregando lo que el ladrón le pide o aceptando que éste se lleve la cosa. Pero la violencia del robo, también puede darse como *vis absoluta*, totalmente independiente de la voluntad de la víctima, como por ejemplo, cuando el autor priva a la víctima de movimiento voluntario, y la hace intervenir sin que medie de su parte acción humana alguna, como un instrumento inerte. Por ejemplo, dándole un empujón que lo haga romper, con su cuerpo, una vidriera, de la cual el autor luego sustrae los objetos que le interesan. Se observan, en este caso, los dos medios comisivos del robo: violencia sobre las personas, y fuerza en las cosas. Como vemos, al ataque contra la propiedad se une, ya una violencia psíquica y un daño psicofísico que la intimidación produce en la persona atacada (como cuando se le exhibe un arma de juguete que cree real), ya una violencia física sobre ella, que la coacciona, al ponerla ante un riesgo objetivo de sufrir un daño vital inmediato; o bien, una violencia incontrastable, que transforma a la víctima en un mero instrumento del robo cometido por otro⁶⁸.

La violencia que se precisa en el robo es la que consiste en un acometimiento físico agresivo⁶⁹, aplicado directamente sobre las personas. Por ello, no configuraría robo, el caso en el cual la víctima se dejara quitar la cosa, por ejemplo, por el temor que le infunde saber que el autor lleva armas, pero sin que éste haya hecho exhibición alguna de ellas⁷⁰. Y tampoco la hay en el caso del ladrón que cierra la puerta del local para impedir el acceso del comerciante y sustraer efectos⁷¹.

Hay violencia cuando se despoja a una niña de los pendientes

⁶⁷ VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 367.

⁶⁸ TOZZINI, ob. cit., p. 256; SOLER, ob. cit., ps. 276/277.

⁶⁹ BAJO FERNÁNDEZ y otros, cits. por GONZÁLEZ RUS, p. 616.

⁷⁰ TOZZINI, ob. cit., ps. 260/261.

⁷¹ QUINTANO RIPOLLES, ob. cit., p. 939.

arrancándoselos de la oreja, y cuando se resiste de algún modo el perjudicado, si se le arrebatada de viva fuerza la cartera, o si se le tapa el rostro, o se arrojan cenizas en los ojos⁷².

La violencia, según algunos autores puede ser real o simulada, en tanto la víctima la crea real, porque la calificante no sólo atiende a las acciones materiales del ladrón, que dominan las fuerzas físicas de la víctima, sino también a aquellas acciones que la dominan psíquicamente, y aquí es donde entra a jugar la simulación: si ésta induce en error a la víctima, concurren las condiciones jurídicas de la violencia física: aquélla ve ante sí el despliegue de ella y el autor emplea un medio material que produce ese efecto⁷³. La simulación de la violencia lleva, entonces, según Núñez, a que se equipare a la violencia real, si indujo a error a la víctima, pero ésta es una cuestión discutida, porque sería hacer depender de la víctima lo “real” de la violencia, cuando ésta no existió. El tipo penal exige violencia de manera que ella debe existir como tal. Los elementos del tipo no dependen de la creencia, ni del autor, ni del sujeto pasivo. Al Estado de Derecho estas cuestiones internas, en principio, no le interesan.

No es preciso que la violencia se aplique directamente sobre el sujeto pasivo del delito, sino que puede producirse sobre cualquier otra persona con tal de que el autor crea, fundadamente, que ello es necesario para lograr o asegurar el apoderamiento⁷⁴. Siendo así, caben las lesiones que se causan a persona distinta del sujeto pasivo del apoderamiento⁷⁵, o las que se causa la propia víctima con su arma cuando forcejea con el autor⁷⁶.

Tampoco es preciso que, del ejercicio de violencia física, sobre las personas hayan resultado lesiones, siendo suficiente que con ella se haya inmovilizado a la víctima, reduciéndola a un estado de indefensión⁷⁷.

⁷² Ídem, p. 938.

⁷³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 222, nota 45.

⁷⁴ STS del 22-4-88 y 14-2-89, citados por GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 616. En el mismo sentido, TOZZINI, ob. cit., p. 261; SOLER, ob. cit., p. 279; VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 368; CREUS, ob. cit., p. 444.

⁷⁵ STS del 24-9-84, cit. por GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 616.

⁷⁶ STS del 16-2-86, cit. por GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 616.

⁷⁷ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 263; SOLER, ob. cit., p. 279.

Lo que sí es imprescindible es que la violencia sea efectiva. No bastan el propósito, ni el intento de desplegarla. También debe ser idónea, esto es, eficaz con relación a la persona sobre quien se ejerce. Para determinar este tema, es indispensable comparar la situación personal del agredido y del agresor⁷⁸, con lo cual la simulación de la violencia, reiteramos, dejará el hecho como hurto.

Doctrinalmente, se discute la calificación que debe darse a los casos en los que la fuerza se aplica directamente sobre la cosa, para arrebatarla al sujeto pasivo, como cuando de un tirón se arrebatara una cartera que la víctima lleva colgada al hombro, esto es, si debe considerarse robo o hurto.

Soler, a quien sigue Creus, entiende que éste es un caso de robo, y se trata de la auténtica rapiña, aunque no se verifique un gran despliegue de fuerza en el autor⁷⁹.

Para González Rus⁸⁰, no puede establecerse un criterio general apriorístico, y podrá ser una cosa u otra según las características de cada supuesto.

Al respecto, la jurisprudencia española sostiene que el hecho de arrebatar o arrancar una cosa que otro tenga puesta o asida en sus manos, de un tirón o tirando de ella, siempre supone, por leve que el tirón sea, el empleo de violencia en las personas, pues, para apoderarse de algo que se encuentra sujeto o agarrado en la persona contra quien la acción se dirige, el autor violentamente vence el obstáculo físico de sujeción que impide que la cosa se desprenda del individuo que la porta⁸¹. A esta jurisprudencia se le ha criticado que lleva a castigar como robos violentos conductas en las que no cabe apreciar una auténtica *vis in corpore*, y que, ni social ni jurídicamente, tienen la gravedad que se les atribuye. No sería correcto, se afirma, entender que los casos de sustracción mediante "tirón" fueran, sin más, hurtos, pero, parece que, de entre ellos, hay que reservarse la calificación de robo para los que impliquen el empleo de una auténtica violencia personal.

⁷⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 265.

⁷⁹ SOLER, ob. cit., p. 279; CREUS, ob. cit., p. 444.

⁸⁰ Ob. cit., p. 617.

⁸¹ S. 24-4-84, R. 2378, cit. por ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, ob. cit., p. 1023.

Todo lo que exceda del ámbito delimitado por ella queda fuera del tipo. Aplicar, más allá de ese margen, la figura del robo violento, implica el recurso a una analogía *in malam partem*, a una analogía prohibida, sin justificación alguna⁸².

La jurisprudencia argentina ha sostenido “que un fuerte tirón dado para el apoderamiento de las cosas, constituye la violencia requerida por el esquema del robo, porque no es menester que la violencia empleada ponga en peligro real la integridad física de la persona atacada, sino que supere la resistencia normal de ésta para mantener las cosas en su poder”⁸³.

b) *La intimidación*

Más problemático es el tema de la intimidación, y su juego con el robo y la extorsión, en un problema que estimamos no se ha dilucidado por la doctrina ni por la jurisprudencia de manera adecuada.

Al estudiar la violencia contra las personas, aparece el problema de la calificación delictiva que corresponde otorgar en los casos en que la violencia se ejerce en forma de intimidación, esto es, con el clásico “la bolsa o la vida”⁸⁴.

La intimidación es uno de los modos de exteriorización criminal que, infundiendo miedo en el espíritu de la víctima, conturba su inteligencia y anula su voluntad. Intimida quien se aposta en un camino y exige la entrega de una cantidad, bajo amenaza de un mal actual e inmediato⁸⁵.

Todos nuestros precedentes legislativos habían establecido que la violencia en las personas era elemento constitutivo del robo, empleada en cualquiera de las dos formas: física o moral. Pero a partir del agregado de la palabra “física” como cualidad de la violencia, el panorama se complicó.

Fue González Roura quien hizo llegar a Rodolfo Moreno la pro-

⁸² VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 368.

⁸³ CNCCorr., L. L. del 28-4-49; CARRARA, ob. cit., § 2152.

⁸⁴ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 265.

⁸⁵ QUINTANO RIPOLLES, ob. cit., p. 939.

puesta de reforma, fundándola en que la violencia en las personas es sólo la física, y la moral debe ser reservada a la extorsión⁸⁶.

Al poco tiempo de sancionarse el Código, se presentó la coyuntura de decidir si el hecho de amenazar con un arma a una persona y despojarla de este modo de lo que lleva consigo, es un robo, o constituye una extorsión.

La mayoría de la Cámara del Crimen de la Capital Federal sostuvo que es un robo, mientras la minoría —representada por González Roura— dijo que era extorsión. Algún autor llegó a decir que los casos en que mediante violencia física se obliga a entregar, han quedado fuera de la ley represiva por una omisión del legislador⁸⁷.

Y es que la supresión sugerida por González Roura tenía el propósito de evitar superposiciones: si por violencia se entiende solamente el acto físico de vencer materialmente la resistencia de la víctima, y arrebatarle la cosa, los hechos en los cuales la violencia se presentara en forma más grave y de ejecución inmediata, por medio de armas, no serían robo. En el ejemplo de Soler, si un hombre fuerte toma a una mujer del brazo para quitarle la cartera, y no lo logra, poniéndole enseguida un revólver al pecho, habría robo, pero no por el empleo del revólver, sino por haberle sacudido el brazo a la víctima⁸⁸.

Los partidarios de que el hecho de amenazar con un arma a una persona, y despojarla, de este modo, de lo que lleva consigo, se trata de un robo, dijeron que el elemento esencial de la extorsión es que la víctima, a causa de la violencia moral ejercida en su contra, se ve en la necesidad de entregar la cosa para evitarse males mayores; pero cuando el delincuente ha ejercido la violencia con el fin de inmovilizar a la víctima y poder de este modo apoderarse de los efectos que ésta llevaba consigo, el delito que se configura es robo y no extorsión. Según esta postura, será necesario establecer si la víctima misma en-

⁸⁶ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 266; TOZZINI, ob. cit.; SOLER, ob. cit., p. 273.

⁸⁷ SAGARNA, Carlos P., *La violencia en el robo y en la extorsión*, en *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1945, ps. 219 y ss. (citado por SOLER, ob. cit., p. 274).

⁸⁸ SOLER, ob. cit., p. 274.

tregó la cosa –en cuyo caso habrá extorsión– o si le fue sustraída aprovechando su inmovilidad –con lo cual será un robo⁸⁹–.

Molinario y Aguirre Obarrio agregaron lo que para ellos era el argumento decisivo: la amenaza a mano armada importa una verdadera violencia física, porque aun cuando no medie percusión a la persona de la víctima, la inmovilidad a que se la obliga importa una limitación a la libertad de sus movimientos físicos, esto es, una verdadera y propia violencia⁹⁰. Este argumento fue tomado por Núñez y luego por parte de la doctrina⁹¹, y es nuestra posición.

Creus sostiene que la distinción debe venir por el lado de la acción: cuando hay apoderamiento del agente, hay robo, y cuando hay disposición de la víctima, extorsión⁹².

Otra pauta relevante es que la amenaza de daño físico, en el caso, sea de cumplimiento inmediato, como sucede con el atraco. Esta pauta se refiere a la inexistencia de un intervalo temporal entre la amenaza de mal físico, el apoderamiento de la cosa y el eventual cumplimiento de la amenaza.

En consecuencia, si hay solución de continuidad en cuanto a estos tres aspectos, el delito es extorsión. Si ocurren dentro de un mismo contexto ininterrumpido, hay robo⁹³.

Soler, por su parte, destaca que las dos figuras delictivas difieren en cuanto a la acción misma constitutiva del delito; en el robo, apoderarse, y en la extorsión, obligar a entregar. Si se entiende la separación del modo sugerido por González Roura, la laguna entre ambas hipótesis sería doble: quitar mediante coacción no sería robo, por la clase de violencia, y no sería extorsión, por no haber entrega sino sustracción.

Inversamente, hacerse entregar por fuerza física no sería extorsión, por el medio empleado, y no sería robo, porque no habría sustracción⁹⁴.

⁸⁹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 267; Fallos de la CNCCorr., t. II, p. 370.

⁹⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 267.

⁹¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 267, nota 12; NÚÑEZ, ob. cit., ps. 223/224.

⁹² CREUS, ob. cit., p. 446.

⁹³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 267/268; TOZZINI, ob. cit., p. 261; SOLER, ob. cit., p. 278.

⁹⁴ SOLER, ob. cit., p. 275.

El equívoco proviene, según este autor, de la suposición de que la ley, en esta parte, obedece a los conceptos de violencia y de coacción tal como éstos se sistematizan en la teoría de la acción y de la culpabilidad. Y además, se identifican los conceptos de violencia moral y el de intimidación, al que hace referencia el artículo 168 del Código Penal, lo cual es erróneo. Mientras intimidado significa atemorizado, la coacción es mucho más que eso, y supone el extremo planteamiento de dos posibilidades, y sólo dos, entre las cuales una es la perdición y la otra el crimen. Para que haya extorsión, entonces, no se necesita un planteamiento tan apremiante y extremo; no es precisa la certeza del mal que determina al coacto: basta el temor de que ocurra, en un tiempo más o menos incierto. Además, también se hace evidente que la ley no ha empleado las expresiones violencia y coacción en el sentido propio de esos conceptos cuando son considerados como causas de impunidad, y esa prueba consiste en el análisis de la parte segunda del artículo 168, donde, además de la intimidación se menciona a la violencia, que no podría ser más que la física, si la expresión empleada en la primera parte quisiera decir violencia moral.

Por todo ello, finaliza Soler, la pretendida separación sistemática “violencia física = robo; violencia moral = extorsión”, es inexacta, si se toman los primeros términos en el sentido de violencia y de coacción⁹⁵.

Para la doctrina española la intimidación es, como medio comisivo, el efecto psicológico causado en el sujeto por la amenaza de un mal; por lo cual no son idénticos los conceptos de intimidación y amenazas. Mientras que en el delito de amenazas, para algún autor, es indiferente que el sujeto se sienta psicológicamente constreñido por la conminación, para que sea apreciable la intimidación es preciso que el sujeto haya resultado efectivamente afectado por el anuncio del mal, determinando una presión psicológica que restringe su libertad, neutralizando la eventual oposición y obligándole a soportar el resultado típico que se pretende; en este caso, entregar la cosa o permitir el apoderamiento de la misma.

Por ello es que, siguiendo esta postura, en caso de haber una amenaza con virtualidad objetiva para ser intimidante, pero con la que

⁹⁵ Ídem, ps. 275/276.

la víctima no se siente afectada, podrá haber un concurso entre los delitos de hurto y de amenazas, pero no robo con intimidación; pues para que éste concurra es preciso que la razón que permite, facilita o asegura el apoderamiento sea el temor provocado en el sujeto pasivo por el anuncio expreso o implícito del mal⁹⁶.

En la jurisprudencia española, por intimidación, *vis compulsiva o vis psíquica*, ha de entenderse el comportamiento de quien inspira a otro u otros el temor racional y fundado a sufrir en su persona o bienes, o en los de otros, un mal inminente, grave, posible, ilícito y determinado, dependiente de la voluntad del que infunde ese temor, y capaz de amilanar o amedrentar a una persona de mediana entereza, o, al menos, al destinatario del anuncio del mal, sea aquél más o menos medroso y pusilánime⁹⁷. Hay intimidación, no sólo cuando median actos o expresiones de amenazas, sino cuando se ejecuta el hecho con medios o en circunstancias capaces de producir temor⁹⁸.

El sentido de intimidación coincide aquí con lo que Carrara llama violencia tácita, que no por serlo deja de ser física, con el mismo valor, porque el carácter de violencia física depende más del medio físico de que el reo se sirve, que del efecto causado, siempre que en la víctima produzca el efecto de ser un medio físico. En alguna medida, es necesaria en el robo cierta influencia psíquica sobre la voluntad de la víctima, de manera que pueda efectivamente afirmarse que se trata de una voluntad renuente⁹⁹.

c) *Momento de la violencia*

El artículo 164 del Código Penal reúne, en una misma figura legal, lo que otros códigos han legislado como hurto violento propio y hurto violento impropio; siendo el primero de ellos el apoderamiento de una cosa mueble ajena mediante violencia personal o amenaza, y el segundo, la utilización de violencia o amenazas inmediatamente

⁹⁶ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 618.

⁹⁷ S. 18-2-89, R. 1602, cit. por ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, ob. cit., p. 1024.

⁹⁸ S. 19-1-88, R. 387, cit. por ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, ob. cit., p. 1024.

⁹⁹ SOLER, ob. cit., p. 278.

después del apoderamiento, para asegurar, para sí o para otros, la posesión de la cosa sustraída o para conseguir la impunidad para sí mismo o para terceros¹⁰⁰.

La violencia debe tener una relación de medio a fin con el apoderamiento, y puede ser antes, durante y después del apoderamiento, esto es, debe tener una relación de imputación subjetiva con el apoderamiento, ya que de lo contrario serían delitos distintos. Nuevamente, como se vio, el dolo marca la diferencia entre un hurto en concurso con lesiones, por ejemplo, de un robo.

La violencia, en este aspecto, es más amplia que la fuerza en las cosas –que debe ejercitarse, para configurar el robo, antes o en el momento de verificarse la sustracción de la cosa–. La violencia sobre las personas, en cambio, puede tener lugar tanto antes, durante o después de la sustracción, para lograr la impunidad.

1) *Antes del robo, para facilitararlo: violencia preparatoria*

La violencia previa al robo se cumple cuando el sujeto activo efectúa alguna acción anterior al robo, para allanar su camino hacia el apoderamiento. Puede facilitar su comisión, o hacerlo posible. “La violencia anterior –afirma Núñez– es la realizada antes de que, por obra del que la efectuó o de un tercero, haya principiado la actividad inmediatamente tendiente al apoderamiento”¹⁰¹.

Por ejemplo, si antes de ingresar a la obra en construcción, el ladrón golpea al sereno y lo deja inconsciente para que, de esta forma, no oponga resistencia durante el robo. En el ejemplo de Núñez, facilita el robo el sirviente que hace dormir hipnóticamente a su patrón para que luego, durante la noche, actúen los ladrones¹⁰².

Para Soler, esta violencia, en cierto modo, viene a adelantar en sentido temporal el principio de ejecución de este delito, por lo cual debe ser manifiesta la conexión entre ella y el apoderamiento¹⁰³. Núñez se manifiesta contrario a esta postura, en tanto el principio de ejecución del delito nunca puede comenzar antes de la iniciación del contexto

¹⁰⁰ TOZZINI, ob. cit., p. 255.

¹⁰¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 203.

¹⁰² Ídem, ob. cit., p. 224.

¹⁰³ SOLER, ob. cit., p. 280; CREUS, ob. cit., p. 448.

del apoderamiento, por lo que sólo pueden considerarse facilitadores aquellos actos que sean inmediatos¹⁰⁴.

Cuando la ejecución de la violencia constituye un delito autónomo, la consumación o el emprendimiento de los actos ejecutivos del apoderamiento hacen que el robo o su tentativa absorban dichos delitos, con la excepción de aquellos supuestos en los que la ley, expresamente, considera la finalidad de robo como agravante (art. 80, inc. 7º, Cód. Pen.), en cuyo caso se dará un concurso real.

Si los actos ejecutivos del apoderamiento nunca se comienzan, su conexión ideológica con el robo no obsta a su punición según los tipos específicos¹⁰⁵.

2) *En el acto de cometerlo: violencia concomitante*

Es aquella que se realiza una vez comenzada la actividad tendiente al apoderamiento y hasta la consumación¹⁰⁶. En otras palabras, es la que se realiza durante el robo en sí mismo, desde el comienzo de los actos de ejecución del apoderamiento, hasta el término de su consumación. También, aunque el texto legal no lo diga, la violencia es ejercida para cometer el apoderamiento, para remover la resistencia opuesta u oponible para tomar las cosas y para llevárselas¹⁰⁷.

Volviendo al caso antes expuesto, la violencia debería producirse si el sereno se presentara en forma imprevista, mientras el ladrón se encuentra durante la ejecución del hecho. Muy claro es el ejemplo, que dan Molinario y Aguirre Obarrio, del llamado “golpe de furca” que da el ladrón a su víctima echándole los brazos al cuello por detrás y levantándole la cabeza. Así la inmoviliza y se apodera de lo que ella lleva consigo¹⁰⁸.

Esta violencia puede recaer sobre el despojado, sobre un tercero que lo defienda o sobre cualquiera que persiga al ladrón, mientras arrebatada, o mientras dura la flagrancia o la cuasiflagrancia¹⁰⁹.

¹⁰⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 224, nota 55.

¹⁰⁵ CREUS, ob. cit., p. 448.

¹⁰⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 204.

¹⁰⁷ SOLER, ob. cit., p. 280.

¹⁰⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 264.

¹⁰⁹ SOLER, ob. cit., p. 280.

3) *Después de cometido, para procurar su impunidad*

Es la realizada con posterioridad a la consumación del apoderamiento o del desistimiento de la tentativa, según Núñez, basado en el texto legal “después de cometido”¹¹⁰. Es el caso de quien al ser sorprendido, para evitar ser aprehendido, hiere a quien le intercepta el paso.

La expresión “después de cometido” requiere una limitación temporal con respecto a las acciones posteriores con virtualidad para transformar el hurto en robo, pues si no todos los hurtos quedarían indefinidamente pendientes de agravación.

Así, Soler afirma que la expresión no está empleada en un sentido indefinido, cual si uno dijera “después que me casé”, sino que la violencia, para configurar el robo, debe ser empleada dentro del mismo contexto de acción, en tiempo inmediato al del apoderamiento, como el ladrón que, descubierto, emplea sus armas con la que amenaza para que nadie se mueva, o el que, habiendo sustraído varias cosas a un automóvil, le arrebató al final las llaves al dueño para impedir la persecución¹¹¹.

La violencia después de cometerlo debe ser algo preciso, que sirva para la consumación. De modo que si el apoderamiento, esto es, el hurto, está consumado, no se convierte en robo porque el sujeto emplee violencia. No puede un delito continuar abierto de manera que no se sepa cuándo se consuma. Rige en este punto lo afirmado para la consumación del hurto.

Tal como está la redacción del Código, en cuanto se refiere a “procurar su impunidad”, es algo ambigua, lo que lleva a preguntarse a qué impunidad se refiere, si sólo a la del que ejerce la violencia, o también a la del cómplice.

Núñez, a quien sigue Tozzini, entiende que la violencia se ejerce después del apoderamiento, para procurar el ladrón su impunidad, cuando, al menos tentado el hurto, se practica en el mismo contexto de la acción del robo, para lograr la propia impunidad o la de otro participante en la comisión del delito; lo cual descarta la violencia para procurar

¹¹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 204.

¹¹¹ SOLER, ob. cit., ps. 280/281.

la impunidad de quien, en cambio, no tomó parte en la comisión del robo, aunque haya intervenido activamente¹¹².

En la posición de Creus, la violencia que se emplea con posterioridad al apoderamiento lo califica de robo cuando reúne dos caracteres: uno objetivo, relativo a que los medios sean empleados inmediatamente después de cometido el robo, en el sentido de que no debe haber solución de continuidad entre ambas circunstancias, que convierta al empleo del medio en una actividad posterior independiente; y otro subjetivo, que se manifiesta en que el autor emplee el medio violento con posterioridad a la consumación del apoderamiento para procurar su impunidad, esto es, que no será perseguido penalmente por el hecho¹¹³.

Para Molinario y Aguirre Obarrio, el Código no se refiere a la impunidad del sujeto activo, sino a la del hecho delictuoso¹¹⁴; interpretación que para Soler es gramaticalmente correcta, aunque jurídicamente errónea, por lo cual propugnó la modificación a “la” impunidad, que, aunque luego derogada, tuvo cabida por el decreto-ley 17.567¹¹⁵.

El problema de la expresión “su” impunidad es decidir si se comprende la impunidad del delito respecto de todos sus intervinientes, o sólo la impunidad del sujeto que ejerce la violencia. Para Creus, abarca a todos los partícipes¹¹⁶.

V. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, de manera que en nuestro Código no existe el tipo culposo para el delito de robo, al igual que en el hurto. Se dan todos los elementos del hurto, que ya se han explicado, con relación al robo. Lo que hay que agregar, es que tanto la violencia como la fuerza deben ir dirigidas al apoderamiento; se entiende que la violencia también puede darse después del apoderamiento a los efectos de asegurar su impunidad.

¹¹² NÚÑEZ, ob. cit., p. 225; TOZZINI, ob. cit., p. 263.

¹¹³ CREUS, ob. cit., ps. 448/449.

¹¹⁴ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 265.

¹¹⁵ SOLER, ob. cit., ps. 281/282.

¹¹⁶ CREUS, ob. cit., p. 449.

Subjetivamente, entonces, la fuerza debe haber sido querida por el agente, como procedimiento relacionado con el apoderamiento. El daño meramente culposo de la cosa misma o de sus adherencias, no confiere tipicidad a la energía desplegada. Por eso no es robo el caso de quien toma una estatua que se encuentra sobre un pie de mármol y al hacerlo, se le resbala y se quiebra la cosa. Y tampoco configura el robo la fuerza realizada con distinta motivación, como la de quien, habiéndose apoderado de la cosa, sigue destruyendo por espíritu vandálico.

También en el caso del robo con violencia en las personas, debe existir una relación con el apoderamiento, para lo cual la letra del Código emplea la preposición “para”. De modo tal que la violencia ejercitada en mera concomitancia con el contexto de la ejecución de un hurto, no alcanza a éste para transformarlo en un robo¹¹⁷, siendo muy claro que el móvil debe ser precisamente el de lograr su impunidad. Si al ladrón lo impulsa cualquier otro motivo, la agravante no concurre, como, por ejemplo, si le pega una cachetada al dueño por puro espíritu de vejación¹¹⁸.

VI. Autoría

La fuerza y la violencia califican de robo al delito, y esa calificación se extiende a todos los partícipes, aun cuando por la división de tareas propia del delito, no todas las personas que intervienen hayan realizado la violencia directamente.

Es decir, así como la violencia puede ser ejercida tanto contra el sujeto pasivo del delito como contra otra persona, quien ejerce materialmente la violencia puede ser diferente del que concreta el apoderamiento, y sus interrelaciones se rigen por las reglas de la coautoría y, en general, por las del concurso de personas en el delito¹¹⁹.

VII. Consumación y tentativa

En el supuesto de robo con fuerza en las cosas, como aquélla debe ser anterior o concomitante con el apoderamiento, el robo se consuma

¹¹⁷ TOZZINI, ob. cit., p. 262; NÚÑEZ, ob. cit., p. 225.

¹¹⁸ SOLER, ob. cit., p. 281.

¹¹⁹ TOZZINI, ob. cit., p. 261.

con este último. Nos remitimos, al respecto, a la explicación hecha al tratar el tema de la consumación del apoderamiento en el hurto.

En los casos de robo con violencia física en las personas, cuando la violencia se ejerce antes o durante el apoderamiento, el delito se consuma, al igual que en el hurto, con el apoderamiento. Cuando la violencia se ejerce después del apoderamiento, para lograr su impunidad, el delito se consuma con la concurrencia de ambos elementos, en tanto antes del ejercicio de la violencia sólo existe un hurto consumado, mientras que la tentativa de apoderamiento con violencia consumada para lograr la impunidad, configura sólo un robo tentado¹²⁰.

VIII. Concurso con otros delitos

1. *Lesiones*

La violencia que se ejerce sobre las personas en la comisión del delito de robo puede constituir las lesiones previstas por el artículo 89 del Código Penal.

En tal caso, se presenta el problema de determinar si éstas quedan subsumidas en el delito de robo, por haber sido ocasionadas por la violencia requerida para este tipo penal, o concurren con el robo. En este último caso, preguntarse en qué forma lo hacen.

La primera solución, aceptada por Núñez, Creus y Tozzini, no se sustenta en el concepto mismo de la violencia, sino en el sistema peculiar de la ley, regulador de la concurrencia de ella con las lesiones. En este punto, como la ley no deja entregado al régimen del concurso de delitos, según sucede en otros casos, el modo violento y el resultado lesivo, sino que, considerando que éste integra siempre el tipo del robo, a la lesión leve la mira como integrante de la violencia propia de una figura calificada¹²¹.

Se sostiene, al respecto, que entre la violencia requerida para el robo y las lesiones leves media una relación de consunción, que la torna inescindible y que permite definirla como de concurso aparente de tipos penales. Ello sin perjuicio de que el robo en el que se producen

¹²⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 227. En el mismo sentido, TOZZINI, ob. cit., p. 263.

¹²¹ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 225/226; CREUS, ob. cit., p. 445.

lesiones leves a la víctima, y que pueden incluir las previstas en el artículo 92 del Código Penal cuando, por ejemplo, estén motivadas en no haber podido el ladrón consumir el robo o por no tener éste la cuantía económica que esperaba, implica un mayor grado de injusto; pero esto admite solución dentro del juicio de reproche, del que surgirá la pena aplicable a la culpabilidad concreta del autor¹²².

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en el fallo plenario “Winiarsi, M.”¹²³, sostuvo que el delito de lesión leve concurre con el de robo cuando aquélla se produjo como consecuencia de la violencia ejercida, pero sin establecer qué tipo de concurso se debía aplicar. Ello ocasionó jurisprudencia contradictoria, en la que se aseguró, por un lado, que entre ambos delitos media un concurso real, pues el plus, como resultado de la violencia ejercida, es un delito distinto del robo simple¹²⁴. Y por otro, que se trata de un concurso ideal, toda vez que la violencia desplegada contra la víctima lesionada excede claramente la ínsita en el tipo penal de robo, y hasta la necesaria para reducirla¹²⁵.

Soler, por su parte, interpreta que el empleo del término genérico violencia no absorbe cualquier género de violencia que alcance a constituir una infracción autónoma de lesiones; por lo cual éstas, de existir, deberán concurrir materialmente con el delito de robo.

Aunque, aclara, pueden ser absorbidas las equimosis o escoriaciones levisimas que supone necesariamente casi toda violencia en las personas¹²⁶.

En caso de configurarse lesiones de las previstas por los artículos 90 y 91 del Código Penal, se aplica la agravante contenida en el artículo 166, inciso 2º del Código Penal.

2. Privación ilegal de la libertad

La privación de la libertad personal, inherente al modo violento

¹²² TOZZINI, ob. cit., p. 267.

¹²³ Del 30-12-49, en *Fallos plenarios*, t. I, ps. 185 y ss.

¹²⁴ *Doctrina Penal* 1988, p. 330 (cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 266).

¹²⁵ CNCCorr. de Capital Federal, 19-3-87, “Gauna, Jorge Antonio”, cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 267.

¹²⁶ SOLER, ob. cit., p. 282.

usado por el ladrón, es absorbida por el robo, en tanto constituye precisamente la forma de obligar a soportar la consumación o de impedir la persecución y recuperación de la cosa o la detención del culpable¹²⁷.

Aclara Creus, al respecto, que si bien la privación de libertad que constituye el ejercicio mismo de la violencia tipificante del robo queda absorbida por él, no sucede lo mismo con la que se autonomiza de ese ejercicio. Se absorbería en el caso de la inmovilización del sereno de obra para impedir su reacción mientras se produce el apoderamiento, pero no en la toma de un rehén para impedir la posterior persecución policial¹²⁸.

ROBOS AGRAVADOS

I. Aspectos generales

Al igual que el hurto, el robo simple sufre agravaciones que tienen como consecuencia un aumento considerable en las penas, a punto tal que ellas pueden ir a montos cercanos al delito de homicidio, que demuestra la importancia que el legislador le ha dado al robo, y especialmente a las formas en que se realiza o a las consecuencias que tiene.

Las agravantes tienen en cuenta, por una parte, los efectos resultantes de la violencia, como el robo con homicidio (art. 165) y el robo con lesiones (art. 166, inc. 1º). Por otra parte, el legislador ha considerado el modo de comisión del hecho, y agrava el delito cuando éste se comete con armas (art. 166, inc. 1º), en despojado o en banda (en distintas combinaciones de la presencia o ausencia de cada uno de estos elementos, arts. 166, inc. 2º *in fine*; 167, incs. 1º y 2º), con perforación o fractura (art. 167, inc. 3º), o cuando concurra alguna de las agravantes del hurto (arts. 167, inc. 4º, y 163).

A nivel de crítica, sobre la sistemática legislativa, podemos coincidir con Molinario y Aguirre Obarrio en que el artículo 165 y el inciso 1º del artículo 166 debieron constituir una sola norma, en tanto que el inciso 2º del artículo 166, o bien debió formar un artículo

¹²⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 226; SOLER, ob. cit., p. 282.

¹²⁸ CREUS, ob. cit., p. 445.

aparte, o pasar a ser un inciso más del artículo 167, ya que en él se contempla una situación completamente distinta de la del inciso 1º del artículo 166 –robo con lesiones–, que sí, en cambio, se relaciona con el robo con homicidio del artículo 165.

ROBO AGRAVADO POR HOMICIDIO

Dice el artículo 165: “Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio”.

I. Antecedentes

El tipo agravado del homicidio con motivo u ocasión del robo, el caso más importante de agravación de penalidad para el robo, según Moreno, fue tomado del proyecto de 1906; también estaba incluido en el proyecto de 1891, artículo 200, pero con pena de penitenciaría de tres a quince años¹²⁹.

Su fuente estaba en el artículo 425, inciso 1º del Código Penal español de 1848, norma que posteriormente pasa al Código de 1870 (art. 516, inc. 1º), y de allí parece ser tomada por nuestro legislador y, posteriormente, pasa al Código de 1932 (art. 494, inc. 1º).

De todas formas, el nuevo Código Penal español (1995) hizo desaparecer todos los tipos complejos, por lo cual, en caso de producirse algún robo con lesiones, o robo con muerte, hay que acudir a las reglas generales del concurso de delitos¹³⁰.

La comisión de 1891 hizo la aclaración de que este artículo se refiere al caso de que el homicidio fuese un resultado accidental del robo, no al caso en que el homicidio fuese medio de consumir el robo, o de prepararlo u ocultarlo, o de asegurar sus resultados, o la impunidad para sí o para los cooperadores, o por no haberse logrado

¹²⁹ MORENO, ob. cit., p. 136.

¹³⁰ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Robo y hurto*, en Congreso de Derecho Penal y Procesal, *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado*, Universidad de Sevilla, febrero de 1998, p. 111.

el resultado propuesto, pues para estos casos, la disposición aplicable es la del latrocinio¹³¹ (actual art. 80, inc. 7º, Cód. Pen.). Pero agrega, “referida la disposición a un caso accidental, es en justicia necesario despojar a la pena de su actual dureza e inflexibilidad, dándole toda la extensión requerida para que se atienda a todas las circunstancias que medien en lo que la ley no puede prever con precisión”¹³².

Soler, en su proyecto de 1960, pretendió salvar estas dificultades, suprimiendo la figura del actual artículo 165, y manteniendo el contenido del artículo 80, inciso 7º. Esta modificación tuvo vigencia durante el breve lapso en que rigió el decreto 4778/63¹³³. Y ésta era la solución adecuada, ya que hay una incompatibilidad dogmática entre ambos artículos.

II. Análisis dogmático de la agravante

El delito de robo con homicidio aparece, sin duda, como afirmó Moreno, como la agravante más grave del robo, teniendo en cuenta la pena, y debido a que se produce una muerte, dentro de un delito contra la propiedad, esto es, cuando el fin directo del autor iba encaminado al apoderamiento ilegítimo de cosa mueble y éste es el motivo de la agravante y de la pena de 10 a 25 años, que lo equipara al homicidio, de manera que no hay que buscar demasiadas explicaciones al contenido de esta agravante que, contrariamente a lo afirmado por el legislador, se trata de una muerte dolosa, no unida al robo ideológicamente, como el artículo 80, inciso 7º del Código Penal.

El artículo 165 del Código Penal ha sido y sigue siendo una fuente de problemas, tanto para los autores como para la jurisprudencia¹³⁴.

La primera observación que debe hacerse en este tema es que existe una aparente superposición de normas: el artículo 80, inciso 7º, y el citado artículo 165, la posibilidad de que exista un simple concurso

¹³¹ MORENO, ob. cit., p. 136; SOLER, ob. cit., p. 284, nota 2.

¹³² MORENO, ob. cit., p. 136.

¹³³ TOZZINI, ob. cit., p. 284.

¹³⁴ Seguimos la posición, ya antes expuesta, debido a un fallo de la Corte de Buenos Aires, ver DONNA y GOERNER, *Una nueva aportación para la interpretación del artículo 165 del Código Penal y el respeto al principio de la culpabilidad*, en L. L. 1992-A-832.

entre los artículos 164 y 84, y también posibilidades de concurso ya ideales, ya aparentes, entre el 165, el 79 y el 164 del Código Penal.

El problema radica en que los dos artículos que traen confusión provienen de dos legislaciones distintas: la primera, esto es, el artículo 80, inciso 7º, tiene su origen en el Código Penal italiano de 1889. El artículo 165, en cambio, proviene del Código Penal español de 1848. Es difícil, entonces, conciliar ambas normativas, cuando en esos códigos no existían en forma conjunta, sino que, más coherentemente, están excluidas mutuamente.

Puede citarse, en tal sentido, el Código Penal alemán, el cual soluciona el problema, en la actualidad, con dos artículos: exigiendo en el parágrafo 18 que el resultado más gravoso que se cargue al autor deba tener como mínimo imprudencia, y el parágrafo 251 que habla de muerte negligente que se imputa al ladrón.

El artículo 165, como se dijo, tiene su fuente en la ley española (art. 425, inc. 1º, que luego lo toma el Código de 1870, art. 516, inc. 1º), y más luego el Código de 1932 (art. 494, inc. 1º). De modo que no es desacertado recurrir a la jurisprudencia y a las opiniones de los autores españoles para analizar estos artículos, dada la similitud que guardan con el nuestro.

En general, la jurisprudencia y la doctrina española se han detenido en la expresión “con motivo y ocasión de robo”.

Para Pacheco, este tipo resulta aplicable cuando varios sujetos han intervenido en un robo, y alguno de ellos, sin que se sepa quién es, haya matado a una persona, pues esta norma guarda estrecha relación con el homicidio en riña. Y ejemplifica: salen dos personas a robar a otra, de noche, en las calles de la ciudad, y en vista de que el acometido quiere defenderse, le disparan los dos con las pistolas o trabucos que llevan, y le causan la muerte. Ha habido un homicidio con ocasión de robo, pero siendo conocidos los ladrones, el homicida no se puede individualizar¹³⁵. Entre nosotros, esta opinión fue seguida por Gómez¹³⁶.

¹³⁵ PACHECO, *El Código Penal...* cit., t. III, p. 295.

¹³⁶ GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 137 (cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 287).

Groizard y Viada sostienen que esta figura no se refiere sino a la conexión ocasional entre los dos hechos, y no a la conexión de medio a fin a la que corresponde una pena mayor¹³⁷.

Para Quintano Ripollés, si bien la letra del precepto es terminante en cuanto a la inclusión de la responsabilidad en todos los casos de efectividad de muerte, en plano de cualificación por el resultado, doctrinalmente, piensa que sólo puede alcanzar a la concurrencia de los dos dolos, el *ne candi* y el *lucri faciendi*, bien directos, bien eventuales, pero no a posibles homicidios culposos y desde luego no a los fortuitos: la relación de causalidad debe respetarse siempre y servir de pauta a la evaluación de responsabilidades conforme a sus propias exigencias lógicas y psicológicas. Ejemplifica de la siguiente manera: quien entra a robar en una casa y da lugar a que la víctima, enloquecida de terror, se tire por una ventana y se mate o que sufra un colapso mortal, puede incurrir en robo con homicidio, atribuido este último a título de culpa. Pero quien, al robar, arroja imprudentemente una teja que mata al transeúnte, es un homicida culposo, aunque la muerte haya surgido “en ocasión” del robo¹³⁸. El nexa causal en dimensiones de culpabilidad es el único medio técnico susceptible de corregir las graves injusticias de la cualificación por el resultado¹³⁹.

Destaca Quintano que el precepto hace neta referencia al robo, empleando esta palabra y no la genérica de sustracción, en plano de tipo rector del dolo. Si en un hurto determinado sobreviene una persecución, y el ladrón ocasiona un homicidio, éste no tiene por sí eficacia bastante para obrar, a posteriori, sobre lo que fue ya un hurto consumado y convertido en robo, y tampoco habría complejidad.

Rodríguez Devesa también se ha ocupado del tema cuando interpreta el artículo 501, inciso 1º del Código Penal español, analizando la relación que hay entre el robo y el homicidio, partiendo de la explicación del significado de esta última palabra. La pregunta es más que obvia: el término homicidio, ¿es un elemento normativo o des-

¹³⁷ GROIZARD, VI, ps. 72/73; p. 349, en nota (cits. por SOLER, ob. cit., p. 285).

¹³⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., ps. 930/931.

¹³⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad y responsabilidad por el resultado*, V, 2, b. (cit. por QUINTANO, p. 931).

criptivo del tipo penal? Evidentemente se trata de un elemento normativo. Para ello argumenta de la siguiente forma:

- a) Si fuera un elemento descriptivo bastaría que se hubiese puesto en el Código “muerte” y no homicidio, y entonces sí, alcanzaría la muerte de una persona sin dolo ni culpa, de modo que se convertiría en un delito calificado por el resultado, es decir, casi una responsabilidad objetiva vedada por el principio de culpabilidad.
- b) Desde otra perspectiva, esto llevaría a un problema de concursos, lo que sería algo inadmisibile en este caso.
- c) Si se lo interpreta desde la historia, el autor citado llega a la conclusión de que el tipo penal exige dolo¹⁴⁰.

Para Rodríguez Devesa, el homicidio es un elemento normativo del tipo, que lleva a éste a ser un delito complejo y, por ende, el problema está en la relación entre ambas figuras. El robo es una causa y el homicidio el efecto o resultado, o sea, en términos más sencillos, el homicidio aparece causado por el robo. Así, la expresión “con motivo u ocasión” establece una relación de causalidad entre ambos, de modo que el homicidio aparece como consecuencia de la violencia del robo, por lo que sólo puede admitirse respecto de aquel resultado dolo o culpa. “El sujeto debe por consiguiente, haber causado la muerte por la falta de cuidado que le era exigible y de previsibilidad o evitabilidad del resultado”¹⁴¹.

En la jurisprudencia española se planteó si se estaba en presencia de un homicidio previsto por el artículo 425, inciso 1º del Código Penal, o si, en cambio, había dos delitos, robo más homicidio o asesinato.

El Tribunal Supremo español sostuvo en la sentencia del 23 de marzo de 1989¹⁴² que se trataba del delito de robo más el de homicidio. Los fundamentos sobre el tema decían: “...Considerando que el concepto del robo, tal como se define en el artículo 515 del Código,

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte especial*, 7ª ed., Madrid, 1977, p. 390.

¹⁴¹ RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, p. 393.

¹⁴² Gaceta del 3-9-89, ps. 183/184.

implica la concurrencia de la violencia o intimidación en las personas y en su caso de la fuerza en las cosas en el momento de perpetrarse o para preparar su realización, sin que legalmente proceda apreciar dichas circunstancias después de hallarse perfectamente terminado el intento criminal, cualquiera que sea el límite a que haya llegado su acción, y calificación que bajo este aspecto merezca el delito cometido: Considerando que el artículo 516, se concreta a desarrollar este concepto en los robos cometidos con violencia o intimidación en las personas, y al penarlos más o menos gravemente, según la importancia, trascendencia o consecuencia de dichas circunstancias, parte del supuesto de su concurrencia en el momento de prepararse o realizarse el intento del robo, sin que la frase ‘con motivo u ocasión del robo’ empleada por el Código tenga más alcance que éste...”¹⁴³ Y continuaba, “con motivo u ocasión del robo, sólo se debía interpretar que la muerte se producía por la violencia o intimidación en las personas para cometer el robo”, de modo que estaba limitando de dos formas el tipo legal: por una parte, que la muerte era producto de la forma de comisión del robo, y en segundo término, que se limitaba en el tiempo “para” cometerlo y no después, como era el caso a estudio.

También se dijo que el delito de robo con homicidio, delito complejo, ha de considerarse no como infracción cualificada por el resultado, sino teniendo en cuenta el elemento culpabilidad, pues es necesario que la muerte se cause dolosamente, o al menos en forma culposa, siendo necesarias las siguientes condiciones:

- a) Que el propósito del agente o del sujeto activo del delito sea el apoderamiento de las cosas muebles ajenas, y que la muerte se realice con motivo o con ocasión del robo, ya sea producida precedente, concomitante, o consiguientemente con la apropiación;
- b) que no exista una disociación entre el acto del apoderamiento y la muerte, es decir, una ruptura entre uno y otro actos que diera lugar a que el nexos causal se considerase como inexistente, pues, en estos supuestos, una y otra actividades tendrían sustantividad propia, y

¹⁴³ Suplemento Segundo a la 4ª ed. del Código Penal reformado de 1870, Salvador Viada y Vilaseca, p. 373.

- c) en cuanto al elemento de culpabilidad, que el grado doloso pueda ser apreciado de modo directo o eventual, y ante su ausencia sea captada la forma culposa en el resultado de la muerte¹⁴⁴.

En otros pronunciamientos se aseguró que el delito complejo de robo con homicidio, al que algunos denominan mixto, compuesto, y hasta acompañado, constituye una infracción que asocia un atentado contra la vida con otro contra la propiedad, en el que la idea lucrativa debe siempre presidir la dinámica comisiva y ser la prevaleciente, bien sea mediante relación de medio a fin, bien sea de otro modo. Para integrar el complejo, el homicidio ha de ser necesariamente doloso, pero sin que sea preciso que se haya premeditado o deliberado la muerte, planeándola o concibiéndola de antemano o previamente a la ejecución del delito, bastando, por el contrario, con que, de producirse el homicidio durante la referida ejecución, aquél haya sido causado intencionadamente, siquiera la representación y la determinación autónoma del yo que caracterizan al dolo, sean instantáneas o repentinas y no de carácter preordenado¹⁴⁵.

Luego se sostuvo que en el homicidio preordenado al robo, la muerte va encaminada a la consecución del apoderamiento lucrativo, supuesto clásico que la doctrina penal antigua adscribió al título de *latrocinium*, homicidio erigido en medio para llegar al delito fin, el apoderamiento violento de la cosa; supuesto diferenciable del más habitual, en que, inexistente toda previa decisión de matar, la resolución homicida se enseñorea o toma cuerpo durante la ejecución del robo, bien para vencer la resistencia de la víctima, posibilitando la consumación formal del robo, bien para lograr la disponibilidad del objeto, que abre paso a la consumación material, evitar el descubrimiento del hecho, neutralizar la persecución o proporcionarse la fuga¹⁴⁶.

También se sostuvo que es indiferente que el homicidio preludie, acompañe o subsiga al robo, con tal de que la idea lucrativa sea la prevaleciente, exigiendo ciertos sectores doctrinales que entre homi-

¹⁴⁴ S. 21-3-85, R. 1982, cit. por ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, ob. cit., p. 1025.

¹⁴⁵ S. 4-3-86, R. 1107, ídem nota 144, p. 1026.

¹⁴⁶ S. 19-5-87, R. 3096, ídem nota 144, ps. 1027/1028.

cidio y robo exista una relación de medio a fin, exigencia contestada por otros que sostienen que, al concurrir el homicidio en la fase epilodal del robo, y por más que el infractor persiga la preservación y disponibilidad del botín o una fuga anticipo de la impunidad, no se percibe, con la debida claridad, la relación medial entre homicidio y robo¹⁴⁷.

La doctrina argentina ha tomado distintas posiciones a los efectos de distinguir entre el homicidio perpetrado con motivo o en ocasión del robo (art. 165) del homicidio calificado (art. 80, inc. 7°).

Tozzini ha clasificado las posiciones doctrinales en:

- a) Las que ubican dentro del artículo 165 sólo los homicidios producidos por conductas preterintencionales y culposas;
- b) los que, en cambio, lo configuran con conductas tanto dolosas, remanentes de las tipificadoras del homicidio *criminis causa*, como culposas, entre las que algún intérprete llega a incluir la culpa inconsciente, y
- c) los que únicamente admiten las conductas homicidas dolosas, remanentes del artículo 80, inciso 7°, pudiendo solucionarse el caso del robo en cuyo decurso se produce un homicidio imprudente, por las reglas del concurso real de delitos¹⁴⁸.

Soler, por su parte, afirma que los homicidios del artículo 165 revisten carácter de resultados preterintencionales de la actividad del agente, es decir, que la responsabilidad del autor del robo con referencia a la muerte tendría que ser de carácter culposo. Para él, la figura del artículo 165 es una figura de robo, y la acción, tanto objetiva como subjetivamente, tiende al robo; en tanto, la del artículo 80, inciso 7°, es un homicidio, con una agravante de naturaleza subjetiva e independiente de que en realidad se logre o no robar, ya que el hecho se agrava porque se mata para robar. Explica que el artículo 80, inciso 7° se refiere al homicidio cometido por un sujeto en cuya mente, en el momento de matar, existe el propósito de preparar, facilitar, consumir u ocultar, mediante la muerte, otro delito; por lo cual es una figura que contiene un elemento subjetivo consistente precisamente en otro

¹⁴⁷ S. 14-2-87, R. 1254, ídem nota 144, p. 1027.

¹⁴⁸ TOZZINI, ob. cit., p. 288. DONNA-GOERNER, ob. cit., ps. 832 y ss.

delito propuesto. Hay un desdoblamiento intencional, en la conciencia del autor, referido al fin y al medio¹⁴⁹.

El artículo 165, en cambio, considera al homicidio que con motivo u ocasión del robo *resultare*, verbo que denota que la relación subjetiva no es de medio a fin. Y además de referirse tan sólo a la conexión ocasional y no a la final, funda su agravación en el hecho de que *resultare* un homicidio, expresión propia de las figuras calificadas por el resultado y preterintencionales. Las agravantes contenidas en esas figuras no se fundan en una conexión subjetiva dolosa, con relación al resultado ulterior, sino, por el contrario, cuando el resultado agravante es directamente doloso, tales figuras son desplazadas por otras. Con ello se evidencia, concluye Soler, que la ley, al emplear el término “*resultare*” en el robo, ha querido incluir una situación de ese tipo, que puede presentarse en el caso en que varios sujetos participen en el mismo hecho, sin que pueda afirmarse que la víctima haya sido muerta por determinado sujeto y a designio común. Aquí irán a parar, entonces, todos los casos en los cuales no sea posible afirmar que el autor de la muerte, en el momento de inferirla, tenía subjetivamente por delante la preparación, consumación u ocultación de otro delito. La muerte debe estar conectada, como en todos los delitos preterintencionales, bajo la forma de culpa. Se incluyen, entonces, los casos de víctimas muertas como consecuencia del terror producido por la violencia, pues el ladrón cuenta con el terror y debe contar con las consecuencias de éste¹⁵⁰.

La consecuencia de la tesis de Soler es que, como no todos los homicidios dolosos cometidos en ocasión de robo pueden encuadrarse dentro del artículo 80, inciso 7º, sino sólo aquellos que además de realizarse con dolo directo¹⁵¹ tengan un nexo psicológico entre el homicidio y la otra figura delictiva¹⁵², consistente en la específica finalidad de preparar, facilitar, consumir, ocultar, asegurar los resultados, procurar la impunidad o por el hecho de no haber logrado el fin propuesto, resulta que otros homicidios dolosos, como los cometidos con

¹⁴⁹ SOLER, ob. cit., p. 286.

¹⁵⁰ Ídem nota anterior.

¹⁵¹ Como expusimos en el t. I, p. 51.

¹⁵² CNCCorr., sala IV, 9-4-87, “Rodríguez, Eduardo y otro”, L. L. 1987-D-343.

dolo eventual o con un dolo directo que no importe aquel nexa, no quedarían comprendidos en el artículo 165, por lo cual debería aplicarse simplemente un concurso entre el robo (art. 164) y el homicidio (art. 79)¹⁵³.

Núñez entiende que el artículo 165 es un tipo complejo, en el cual entran un hecho principal, que es un atentado a la propiedad, y un resultado, que es la consumación de la ofensa a la persona. Esta norma comprende, entonces, los homicidios que son un resultado accidental de las violencias ejecutadas con motivo u ocasión del robo, siendo aquí el homicidio un suceso eventual que altera el desigmo del ladrón y que resulta, o de las violencias físicas ejercidas por él para facilitar o cometer el robo o para preparar su impunidad, o de las violencias físicas que, sin ser las propias del robo, son ejercidas a causa de éste por el ladrón, o de las violencias desenvueltas por la víctima o terceros a raíz de las violencias del autor, pues la ley (a diferencia de lo que dispone respecto de las lesiones) no requiere que el homicidio sea causado por las violencias ejercidas para realizar el robo, sino que tiene mucha más amplitud: que el homicidio resulte del robo¹⁵⁴. Aclara el autor citado que no basta que el homicidio y el apoderamiento se consumen en el mismo contexto de acción, como el homicida que advierte que su víctima trae dinero y se lo sustrae; ni alcanza con que la muerte haya sido facilitada por las violencias del robo, como en el supuesto de la víctima que quedó desmayada en la vereda y es atropellada por un tranvía¹⁵⁵. Sí habrá robo con homicidio en el caso de la víctima que, amordazada, intenta incorporarse y se golpea la cabeza porque el ladrón la lleva por delante al huir, y en el de la víctima que, resistiéndose al despojo, es golpeada con una varilla de hierro que se encuentra en el lugar¹⁵⁶.

Creus incluye en la figura tanto los homicidios culposos como

¹⁵³ CREUS, ob. cit., p. 452.

¹⁵⁴ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 230/231. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DE MOREDA, Blasco, *Homicidio criminis causa y robo con homicidio. Autoría, participación y comunicabilidad de las circunstancias fácticas del delito*, nota a fallo en L. L. 130-344/345 (cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 286).

¹⁵⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 230, nota 74.

¹⁵⁶ *Ibidem*, nota 75.

los dolosos, y dentro de los primeros, entiende que quedan perfectamente comprendidos los cometidos con culpa inconsciente. Dice que el hecho de que la ley describa la relación entre el robo y la muerte, haciendo mención a que si con motivo u ocasión del robo resultare aquélla, indica, por un lado, que no es indispensable que el agente haya ejercido violencia sobre las personas, ya que es posible la calificante también cuando emplea fuerza sobre las cosas, y por otra, que no es indispensable una relación de causalidad con sustento subjetivo en el autor, entre la fuerza y la violencia, y la muerte. Quedan comprendidas en la calificante las muertes provenientes de la fuerza o de la violencia ejercidas por el agente para facilitar el robo, cometerlo, o para lograr el fin propuesto, o la impunidad, pero también las muertes producidas por la fuerza o la violencia ejercidas por el autor en ocasión del robo, aunque no asuman aquellas relaciones típicas con él (por ej., la muerte producida por un golpe dado a la víctima ya inmovilizada, porque reprochaba al agente su conducta), o por la fuerza o violencia ejercidas por la víctima o terceros con motivo del robo al desplegar resistencia contra el apoderamiento, como el supuesto del disparo que da la víctima a un transeúnte¹⁵⁷.

Fontán Balestra, al referirse al artículo, por exclusión, dice que comprende todos los homicidios dolosos que no encuadran en el artículo 80 del Código Penal, y que no abarca a los culposos ni preterintencionales, pues la ley no dice que el homicidio deba resultar de las violencias ejercidas para realizar el robo, sino con motivo u ocasión del robo, lo que es bastante diferente. Además, la pena del artículo 165 es muy superior a la que surgiría de las reglas de concurso real entre el homicidio preterintencional del artículo 81, inciso b, del Código Penal, o el culposo del artículo 84 del Código Penal, y el robo simple; de lo cual resulta que la única hipótesis que guarda armonía con las reglas del concurso es la del robo con el homicidio simple¹⁵⁸. Es seguido, en ese sentido y con sólidos argumentos, por Tozzini¹⁵⁹.

Molinario y Aguirre Obarrio sostienen que la diferencia entre los artículos 80, inciso 7º, y 165 del Código Penal es, en teoría, fácil de

¹⁵⁷ CREUS, ob. cit., ps. 450/451.

¹⁵⁸ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. V, ps. 506/507.

¹⁵⁹ TOZZINI, ob. cit., p. 288.

percibir, aunque no lo sea así en la práctica. Cuando el ladrón va decidido a violentar físicamente a sus víctimas y de esa violencia resulta, ocasionalmente, la muerte de alguien, caemos dentro de la hipótesis del artículo 165. En cambio, cuando el homicidio entró, desde el primer momento, en los planes del ladrón, cuando éste da muerte a alguien para perpetrar el robo, entonces estamos frente a la hipótesis prevista por el artículo 80, inciso 7°. Y ejemplifican: un ladrón, en trance de sustraer efectos de una casa de negocios, es sorprendido por el sereno. Con el propósito de inmovilizarlo por un rato, hasta que pueda dar cima a su propósito, le propina un fuerte golpe de puño, pero con tal mala suerte que el guardián trastabilla, se cae, se fractura la base del cráneo y muere. Como el homicidio del sereno no había entrado en los planes del ladrón, quien sólo se había propuesto acudir a la violencia física cuando le fuese necesario, resultando de ello la muerte del ladrón; estamos frente a un homicidio en ocasión de robo. Pero si el ladrón sabe que en una casa de negocios hay fuertes sumas de dinero al cuidado de un sereno y, dispuesto a incautarse de aquellas sumas, planea suprimir primero al sereno y luego violentar las cajas de caudales, y realiza íntegramente su plan, tendremos un homicidio calificado¹⁶⁰.

Nosotros hemos intentado hacer una interpretación sistemática¹⁶¹, conciliando los artículos 80, inciso 7°, y 165 del Código Penal. No hay dudas de que el legislador tomó este último del Código español, y a pesar de las críticas que se le pueden hacer, por haber adoptado dos artículos de distintas legislaciones, que en sí son incompatibles, desde nuestra perspectiva, no hay otra alternativa, si se quiere respetar la ley y no violar el principio de culpabilidad, que buscar una interpretación sistemática, que concilie ambas disposiciones (arts. 80, inc. 7°, y 165, Cód. Pen.).

Se pueden, dentro de las posibilidades existentes, dar dos hipótesis de trabajo, que pueden llamarse de máxima y de mínima, respectivamente.

La hipótesis de mínima o si se quiere, más restrictiva dejaría al dolo directo, pero relacionado ideológicamente con el otro delito, en

¹⁶⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 269/270.

¹⁶¹ DONNA y GOERNER, ob. cit., ps. 382 y ss.

este caso robo u homicidio, para el artículo 80, inciso 7º, por una parte, y el dolo directo, indirecto y eventual para el artículo 165, dejando de lado el delito culposo.

En la hipótesis de máxima, en caso de que el homicidio sea culposo, el dolo directo permanece para el tipo del artículo 80, inciso 7º, por una parte, y se pasarían al artículo 165 todas las demás acciones dolosas, más la imprudencia.

Y no hay más salida para interpretar este artículo, habida cuenta de que al haber puesto la ley la palabra "homicidio", es ésta una palabra que tiene un contenido normativo, y que, dentro de nuestro orden jurídico, significa dar muerte a otro, con dolo o con culpa, pero no está previsto el homicidio accidental o imputable a una acción necesaria, no libre.

La respuesta a cuál de las dos tesis se debe tomar aparece fácil en el Código español o en el italiano, al no existir ambos artículos superpuestos. Suponemos que algo habrá querido decir el legislador en este asunto que lo distinguiera de ambas legislaciones, más allá de la tendencia de nuestros hacedores de leyes de hacer cosas novedosas y a veces sin mucho sentido.

El juego armónico de ambas exige, sin duda alguna, aceptar la llamada hipótesis de mínima, esto es, dolo directo en el artículo 80, inciso 7º, dejando fuera la culpa o imprudencia en el artículo 165 del Código Penal.

Con ello se armoniza la estructura legal, esto es, se acepta que la agravante del robo por la muerte de la persona, sólo lo es por el dolo de primero o segundo grado y el eventual. De manera que el sujeto tenía comprensión, dentro de sus posibilidades, de la muerte de la persona, o por lo menos la aceptaba y quería dentro de la eventualidad del resultado posible.

Además, hay un argumento de política criminal, que consiste en el análisis de las penas, que es compatible con el argumento antes expuesto. En los casos de culpa, tal como están las penas impuestas en el Código Penal, la sanción del artículo 165 no aparece compatible con la idea de imprudencia, para lo cual el Código no trae penas tan severas.

Además, sistemáticamente, el legislador, cuando ha querido describir un delito culposo, ha usado la fórmula como la de los artículos 84 y 94 del Código Penal que, en este caso, ni por asomo aparece. Ni la palabra imprudencia, ni las palabras negligencia, impericia en su arte o profesión, o inobservancia de los reglamentos a su cargo, están siquiera sugeridas.

Si la cosa es así, no es descabellado sostener que la penalidad en el artículo 80, inciso 7º, sólo se refiere al dolo directo, causal e ideológicamente unido al delito fin, y que no se quiso dejar las restantes conductas dolosas, dentro del homicidio simple, así en estos casos de tipos complejos, sin llevar la pena a prisión o reclusión perpetua, se pueda elevar el mínimo, atento a la concurrencia del robo, manteniendo el máximo, es decir 25 años.

Este tope de pena nos lleva a sostener, entonces, desde el punto de vista dogmático y de política criminal, que no puede entrar en este artículo el homicidio culposo, ya que éste, como tal, tiene una pena de tres años de máximo (ahora fue elevada a cinco) que sumada al robo, aun calificado, nunca da 25 años. Como ejemplo tómesese el artículo 166, inciso 2º, o el 167 y súmesele la pena del homicidio culposo y el máximo no supera los 18 años.

Sostener, entonces, que el homicidio que agrava el robo puede ser culposo, no aparece coherente, toda vez que el Código Penal, racionalmente, no puede establecer penas más severas para un resultado culposo que para uno doloso, sin quebrar todo el sistema de sanciones que trae; lo mismo acontece si contemplamos el mínimo de la pena: por ejemplo, si en ocasión de un robo su autor produce por negligencia la muerte de una persona, el mínimo de pena a aplicar serían 10 años (art. 165); si en otra hipótesis el mismo sujeto, primero roba y recién al día siguiente mata, conforme a las reglas del concurso real, el mínimo de pena es de 8 años (arts. 55 y 79).

Es decir, desde el punto de vista sistemático y de política criminal, no nos parece plausible tomar la interpretación que se hace del artículo 165, referida a que el homicidio es culposo.

Por el principio de individualidad de la responsabilidad, responderá por robo calificado quien ejerció fuerza o violencia, con cuyo motivo o en cuya ocasión resultó el homicidio.

Afirma Tozzini que al requerir la fórmula legal que el homicidio resulte del robo, y no, en cambio, como lo hace la que prevé las lesiones, que el homicidio sea causado por las violencias ejercidas para cometer el robo, su concreción tiene mucha mayor amplitud e incluye también el homicidio causado por el enfrentamiento a mano armada producido entre la víctima y el autor¹⁶².

Ahora bien, si la muerte del tercero es producida por el disparo de la víctima o de un funcionario policial, a éste se le acreditará un homicidio, que podrá ser doloso o culposo, mientras que el ladrón sólo responderá por el robo.

Sin embargo, en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires¹⁶³ se agravó el robo en el caso en que la muerte es de alguno de los partícipes en el hecho, pero cometido por la fuerza policial. Quienes murieron eran los sujetos activos del robo, por obra de la policía, y no la víctima del delito contra la propiedad.

En ese hecho, siete personas entraron a un restaurante en Morón, en donde, previa intimidación a las personas allí presentes, mediante la utilización de armas de fuego, las despojaron de dinero y de efectos personales. En ese momento, intervino la policía y se originó un tiroteo entre ésta y los delincuentes, en el cual tres de los asaltantes resultan muertos. Se detuvo a uno de ellos, y tres se dieron a la fuga, llevándose lo sustraído. La Cámara del Crimen de Morón castigó con seis años de prisión a la persona que fue juzgada, como autora del delito de robo agravado por el uso de arma. Apelado por la Fiscalía de Cámara, la Corte Provincial, en definitiva, condenó por el artículo 165 del Código Penal, imputándole a la procesada la muerte de sus consortes de causa, hecho que, a los efectos de que se entienda bien el caso, fue ocasionado por la policía en el enfrentamiento.

La Suprema Corte adoptó, en ese caso, una postura, en el caso de los delitos preterintencionales, si no en forma expresa, de manera indirecta: el primer argumento que da es que el texto del artículo 165 no distingue en tanto se refiere a un homicidio. De esta conclusión, el razonamiento lleva a otro: al no distinguir por medio de esta cali-

¹⁶² TOZZINI, ob. cit., p. 289.

¹⁶³ Causa "Galván, Inés, robo agravado por muerte", del 24-2-87. Ver DONNA-GOERNER, ob. cit., ps. 382 y ss.

ficante, se castiga más severamente el robo que deriva en un homicidio. Y esto es así porque “el motivo u ocasión” que la ley trae, lleva a un mayor daño jurídico, esto es, la pérdida de una vida. Nada cambia la cuestión que el homicidio esté justificado de parte de quienes fueron los autores, los policías, ya que el término homicidio exige el matar a otro. La expresión “resultare un homicidio” independiza el concepto de este homicidio, tanto del sujeto activo como del pasivo.

La conclusión es inadmisibles, y es más, está en el campo de la analogía *in malam parte*. Ya hemos visto que el término homicidio equivale dogmáticamente a una muerte, que debe ser dolosa, y esto no sólo surge de los antecedentes, tal como se ha expuesto, sino que al ser un elemento normativo del tipo, el intérprete no puede dejar de lado la palabra homicidio y darle una interpretación libre. Este primer punto, que lleva a la exigencia de aceptar que el homicidio debe ser doloso, justifica el porqué se castiga más severamente la conducta acá tipificada.

Y en este fallo, el tribunal ha tomado de la calificación que Finzi ha hecho de los delitos preterintencionales, aceptando que esto sea un delito de esa especie, la llamada solución extrema¹⁶⁴, en la cual el evento no querido directamente se imputa en cada caso, incondicionalmente.

Esta tesis tiene su origen en el Derecho Canónico, en el cual el reo debía cargar con todas las consecuencias no queridas derivantes de su actuación ilícita, *Versari in re illicita (operatum danti rei illicitae) imputatur omnia quae sequuntur ex delicto* (Corpus Juris Canonici, Cap. 7-10, 12-13, 19, 23, Lib. V, Tit. XII, cit. por Finzi, ob. cit., p. 11). Más cercano a nuestro tiempo la tesis fue admitida por Carmignani y Roberti.

Cabe recordar que no se toma el pensamiento de Carrara en este punto, pues este autor, mientras en el *Programa* parece aceptar la tesis ahora criticada, más tarde en los *Opúsculos* sostuvo terminantemente la opinión contraria, confesando que si en algún pasaje de sus escritos había aceptado como moneda corriente la regla *qui versatur*, nunca había tenido la intención de admitirla, en cuanto a esas consecuencias

¹⁶⁴ FINZI, Marcelo, *El delito preterintencional*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

exorbitantes. Su idea siempre fue la de poner a cargo de quien incurre en cosa ilícita el caso fortuito, siempre que se diera el requisito de que ese caso fuera previsible; pero nunca la de admitir la responsabilidad por un resultado imprevisible¹⁶⁵.

Al argumento de que el homicidio justificado es, o sigue siendo, homicidio antijurídico, cabe oponerle principios básicos del Derecho Penal, parte general. Si el homicidio, cuyos autores, sin dudas, son los policías, está justificado y esto es cierto, no se puede decir con seriedad que lo que es jurídico para unos, es antijurídico para otros. Las causas de justificación eliminan el injusto para todos, de manera que quienes están en el círculo de los acontecimientos, no pueden ser perjudicados posteriormente. Inconscientemente, se vuelve al *versare in re illecita*, criticado por la doctrina y no aceptado ni siquiera para los terceros. Entonces ya no se le puede adjudicar a nadie, quedando sólo un homicidio que tampoco tiene indicios siquiera de antijuridicidad, o, para la teoría de los elementos negativos del tipo, ni siquiera es típica. Ni siquiera se puede aplicar la teoría de Günther, ya que se trata de otra cosa¹⁶⁶.

Por otra parte, argumentar que el resultado muerte está independizado, tanto del sujeto activo como del pasivo, aparece como sin sustento lógico ni jurídico, e implica, sin más, abandonar el principio de legalidad en forma alarmante.

Todo delito tiene un sujeto activo, y bastará recordar viejas enseñanzas de Pufendorf sobre la *imputatio* para señalar el error de esta postura¹⁶⁶⁻¹.

También aparece seriamente comprometido, en el fallo, el principio de culpabilidad. Es cierto, como ya se ha adelantado, que se puede aceptar la tesis de un delito complejo, esto es, que el del artículo 165 sea un delito doloso de robo, con resultado culposo posterior. Ésta

¹⁶⁵ CARRARA, Francisco, *Opúsculos de Derecho Criminal*, Temis, Bogotá, 1976, t. III, XXXI.

¹⁶⁶ GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsdusschluß*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München-Bonn, 1983, § 17 y ss.

¹⁶⁶⁻¹ PUFENDORF, Samuel, *Über die Pflicht des Meyschen und des Bürgers nad dun Gesetz der Natur*, Insel Verlag, Frankfurt am Main und Leipzig, 1994, ps. 25 y ss.

sería la forma en que el Código Penal alemán legisló el problema, y aparentemente ésta ha sido la base de sustentación no explícita del Tribunal de Buenos Aires. Sin embargo la cuestión no es tan simple.

En principio, el reproche de culpabilidad tiene rango constitucional, debe ser en relación a todo tipo de resultado causado por el autor¹⁶⁷.

Para que el resultado sea imputado al autor culposamente, debe aceptarse que la calificación está puesta sobre un tipo penal en sí mismo típico. Esto es, que se trata de un resultado que aparece unido a la acción, no sólo materialmente, sino también psíquicamente. Ese plus tiene sentido tratarlo de la manera en que se lo hace en el caso de las lesiones que terminen en homicidio. Pero, como bien dice Rudolphi¹⁶⁸, en los casos en que la dirección de la conducta va a distintos bienes jurídicos, si bien podría desplazarse al homicidio (art. 80) aparece más ajustado a derecho hablar de un concurso ideal entre robo y homicidio.

En términos más sencillos de explicar, la única forma de respetar el principio de culpabilidad consiste en que el resultado muerte aparezca unido al robo, como parte de la acción primera y unido a la intención del autor, lo que lleva a aceptar que el artículo 165 ha contemplado un claro concurso ideal de dos figuras dolosas.

De no aceptarse esta tesis y seguir la de Dreher-Tröndle¹⁶⁹, deberá aceptarse junto con Jescheck¹⁷⁰ que hay una infracción de cuidados respecto al delito más grave, debido a la acción del delito base, en este caso el robo.

Se siga una u otra postura, lo importante es la conclusión: en ambas se siguen las reglas generales de la tentativa y de la participación.

Ahora bien, surge inevitable el interrogante: ¿en base a qué título se imputa en el fallo el hecho? ¿Autor, participe primario, secundario, autor mediato...? Y la pregunta no es superflua, porque es esencial establecer, en una sentencia, en qué lugar de la teoría de la participación se ubica a

¹⁶⁷ MAURACH y ZIPF, *Allg. Teil I, Strafrecht* 7, Aufl, § 35.V.

¹⁶⁸ RUDOLPHI, *Juristische Rundschau* 76, 74.

¹⁶⁹ DREHER y TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 43, Aufl, 1886, 251, N° 6.

¹⁷⁰ JESCHECK, Hans Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, Dunckerq, Humblot, Berlin, 463.

la persona que roba y que observa como la policía mata justificadamente a algunos de sus consortes de causa, en ejercicio ilegítimo de su deber o en legítima defensa, para luego imputarle esos resultados.

Sabido es que la autoría bien puede ser directa, o indirecta o mediata, no existe jurídicamente otra posibilidad¹⁷¹. En estos casos, la autoría directa por parte del ladrón es imposible de darse, pues él no mata. Sólo puede aceptarse como referida a un resultado culposo, toda vez que es la policía la que ocasiona las muertes. Entonces debería analizarse en qué consistió la violación al deber de cuidado y, fundamentalmente, cuál era el cuidado que era dable exigirle en esa situación para poder imputarle el resultado dañoso.

No queda sino analizar la hipótesis de la posible autoría mediata. Como sostiene Bacigalupo, “el elemento general que caracteriza la autoría es el dominio del hecho, el cual a su vez admite distinciones: puede hablarse de: a) un dominio de la acción (que consiste en la realización por sí de la acción típica), y b) un dominio de la voluntad (que es propio de la autoría mediata)...”¹⁷² Nada de esto ha ocurrido en el hecho que estudiamos, ya que no puede sostenerse con algún grado de coherencia que el procesado haya dominado de alguna manera siquiera, el evento a la postre dañoso¹⁷³.

Pero aun aceptando alguna construcción jurídica que fuerce el principio de legalidad y que sea receptiva de teorías no discutidas por los autores, de manera alguna puede decirse que pueda existir autor mediato respecto de un resultado culposo y mucho menos accidental, como considera la Corte provincial que es el homicidio a que se refiere el artículo 165.

En resumen, no queda sino concluir que las muertes le son imputadas al procesado porque sí, sin otro argumento que la presión de la opinión pública, pero, como ha dicho y bien Ferrajoli, los jueces deben ser tan independientes de ésta, como del Estado¹⁷⁴.

¹⁷¹ DONNA, *La autoría y la participación criminal* cit.

¹⁷² BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1984, p. 188.

¹⁷³ Sobre este punto, debe verse nuestra nueva posición expuesta en Madrid en la conferencia dada sobre el tema en el Congreso de la Universidad a Distancia, en octubre del año 2000, en prensa.

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, ps. 37 y ss.

Molinario y Aguirre Obarrio, haciendo referencia al caso en que los ladrones se tirotean con la policía, entienden que, si muere un agente, es claro que entramos en el artículo; pero si muere uno de los maleantes por obra de la autoridad, es inadmisibles aplicar la agravante al que queda vivo. Y es inaceptable, tanto porque no se trata de un homicidio, cuanto porque no se debe cargar la responsabilidad de un delincuente por las consecuencias que a otro delincuente le acarrea la acción policial¹⁷⁵.

También Tozzini asegura que si a la muerte de un tercero la causa un disparo de la víctima o de un funcionario policial, a éste se le acreditará un homicidio culposo, mientras que el ladrón sólo responderá por el robo simple y la resistencia con abuso de arma, puesto que la aplicación en este caso del artículo 165 extendería indebidamente el tipo hasta hacerle cargar al autor con una pena desproporcionada, con el homicidio culposo ajeno¹⁷⁶.

La participación requiere la convergencia intencional respecto de ambos delitos, y los partícipes que no lo hayan hecho en ese modo de perpetración, al menos con la conformidad en la utilización de determinados medios para ejercer la fuerza o la violencia, responderán por el tipo básico. Decimos al menos con la conformidad, pues no se podrá negar la participación de quien estuvo de acuerdo en hacer explotar una puerta para entrar, o en llevar armas cargadas; aunque no le será aplicable la agravante a quien ignoraba que su cómplice estaba armado¹⁷⁷.

El inductor es responsable de robo y homicidio aunque sólo indujere al robo; pero si el homicidio surgió de momento, cabe que el inductor sólo responda por el robo¹⁷⁸.

Los coautores directos también son responsables del delito complejo, aunque uno solo mate, en cuanto acepten el hecho. En cambio, a los cómplices, si sólo se concertaron para el robo, no debe serles extensible la responsabilidad del homicidio¹⁷⁹.

¹⁷⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 271.

¹⁷⁶ TOZZINI, ob. cit., p. 289.

¹⁷⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 231; CREUS, ob. cit., p. 453; TOZZINI, ob. cit., p. 293.

¹⁷⁸ S. 20-10-81 y 17-3-1900, cits. por QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., p. 932.

¹⁷⁹ SS. 5-8-1905, 8-11-35, 12-1-1899 y 28-12-1900, cits. por QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., p. 933.

Cada partícipe conserva sus propias características a efecto de las circunstancias personales¹⁸⁰.

La jurisprudencia española ha dicho: “En los casos en que uno de los autores sea el autor material de la muerte, habrá coautoría cuando el dolo eventual presida el actuar de los demás copartícipes y recurrentes, “pues no hay que olvidar que todos ellos se reunieron en los primeros días del mes de abril y llevados de su deseo, de incrementar su patrimonio, y sin eliminar cualquier resultado lesivo que pudiera producirse, acordaron realizar un robo de importante cuantía [...] y previa distribución de la actividad que correspondía a cada procesado en el local que iba a ser asaltado, P. M. entregó una pistola a cada uno de los procesados, quedándose él con otra [...] cuando se disponían a salir, fueron sorprendidos por fuerzas de la Policía Nacional que habían acudido al sonar la alarma, momento que aprovechó P. M. para disparar su arma contra dichos agentes a la vez que se daba a la fuga portando la bolsa con las joyas, a la vez que disparaban contra el Policía Nacional [...] Basta lo dicho para comprobar que el dolo eventual es predicable de la acción que preside la actuación de cada uno de los tres procesados”¹⁸¹.

III. Consumación y tentativa

La consumación del delito exige la concurrencia de los dos hechos: apoderamiento, o su tentativa, y muerte. La tentativa no es posible, porque, por un lado, la tentativa de apoderamiento, con resultado mortal ya constituye el tipo del artículo 165, pues éste no exige la consumación del apoderamiento. Por otra parte, el fin de matar para robar excluye su aplicación en favor de otra figura¹⁸², y, en todo caso, faltando ese dolo y no dándose el resultado muerte, tampoco podremos estar en la agravante, debiendo aplicarse las reglas del concurso¹⁸³.

De este modo lo entendió la jurisprudencia de la Capital Federal¹⁸⁴,

¹⁸⁰ S. 20-2-56 cit. por QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., p. 933.

¹⁸¹ S. 29-11-85, R. 5501, cit. por ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, ob. cit., p. 1037.

¹⁸² NÚÑEZ, ob. cit., p. 231. En el mismo sentido, TOZZINI, ob. cit., p. 291.

¹⁸³ CREUS, ob. cit., p. 453.

¹⁸⁴ 18-9-59, “Amarillo, Carlos I. y otros”, cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 291.

pero no así alguna jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que dio un enfoque distinto, entendiendo que no se advierte razón alguna para que la figura del artículo 165 no se relacione, cuando ello corresponda, con el artículo 42 del mismo Código, siendo jurídicamente imposible declarar consumado un robo meramente tentado por el solo hecho de haberse perfeccionado, no ya la acción descrita en el tipo, sino un elemento normativo de ella¹⁸⁵.

A este respecto, cabe aclarar que, si bien las figuras penales pueden describir conductas complejas, de ello no se deduce que una figura castigue delitos complejos, pues en las hipótesis de delitos multiofensivos, lo que la ley hace es unir, en un delito y una pena, conductas plurales cuya ocurrencia separada constituyen delitos autónomos¹⁸⁶.

ROBO CON LESIONES

I. El artículo 166 del Código Penal

El artículo 166 establece: “Se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años:

”1° Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

”2° Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda”.

II. Antecedentes

El proyecto de 1891 estaba redactado de manera similar al proyecto de 1906. Y afirmaba que sólo eran agravantes de la pena, ya que el hurto y el robo se estructuraban de manera similar.

Los motivos que se tuvieron para agravar el robo, afirma Moreno, no necesitan ninguna explicación, y comprenden todas las lesiones graves y no sólo algunas, tal como venía en el proyecto, que fue modificado por la comisión del Senado, por indicación de González Roura¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Causa “Pozan, Sergio A.”, 30-3-93, L. L. 1993-E-152/157, entre otras.

¹⁸⁶ CREUS, Carlos, *Doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires sobre el homicidio como agravante del robo* (nota a fallo), en L. L. 1993-E-153 (cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 292).

¹⁸⁷ MORENO, ob. cit., p. 139.

La agravante no figura de esta manera ni en el Código de 1886 (art. 187, inc. 2º) ni en la ley 4189 (art. 22), como tampoco en el proyecto de Tejedor, que sólo consideraba calificado el robo por mutilación de miembro y lesión grave, es decir, algunas lesiones graves.

El decreto-ley 21.338 había graduado distintamente la penalidad del infractor según que de la violencia usada resultaren lesiones graves o gravísimas¹⁸⁸.

III. Análisis de la agravante

Cuando se trató el robo se sostuvo que la violencia contra las personas debe ser física. Ahora bien, cuando esas violencias que se emplean llevan a las lesiones graves y gravísimas es de aplicación el inciso 1º del artículo 166 del Código Penal¹⁸⁹.

Recordamos lo expuesto en cuanto a que las lesiones leves del artículo 89 quedan subsumidas por la propia violencia del robo¹⁹⁰.

La lesión grave es aquel daño en el cuerpo o en la salud que produce la debilitación permanente del organismo en general, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra, o si hubiese puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente en el rostro; mientras que gravísimo es el daño que constituye la pérdida de un sentido, órgano, miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir¹⁹¹.

Esta calificante, a diferencia de la del artículo 165 del Código Penal, sostiene Núñez, no habla de causar, sino que las lesiones deben resultar con motivo u ocasión del robo, esto es, que contiene una directa referencia a la violencia.

Las lesiones graves o gravísimas califican al robo, cuando han sido causadas por las *violencias* para realizarlo, con lo cual se excluyen de la agravante, y concurrirán con el robo todas las lesiones que no

¹⁸⁸ MOLINARIO, ob. cit., p. 272, nota 16.

¹⁸⁹ MORENO, ob. cit., p. 139.

¹⁹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 220.

¹⁹¹ T. I, ps. 162 a 179.

procedan estrictamente de las violencias llevadas a cabo por el autor en los límites dispuestos por el artículo 164¹⁹². En otras palabras, las violencias causantes de la lesión pueden ser ejercidas por el ladrón en cualquiera de los momentos y con los fines a que se refiere el artículo 164, pues todas ellas son violencias que realizan el robo¹⁹³.

Debe existir una relación de conexidad entre el ejercicio de la violencia y la causación de la lesión.

Esta agravante concurre tanto si las lesiones han sido antes, durante o después de cometido el robo, en tanto la violencia tenga los fines a que se refiere el artículo 164.

Quedan comprendidas en la agravante las lesiones de carácter culposo, preterintencional, y las de carácter doloso¹⁹⁴.

En cuanto a las lesiones preordenadas al robo, una corriente doctrinaria y jurisprudencial consideró que funcionaban en concurso con el robo del artículo 164. Así, Molinario y Aguirre Obarrio expresamente señalan que: "Es preciso que las lesiones sean la consecuencia accidental de la violencia usada por el delincuente. No un resultado previsto y querido por éste. Porque, en este último supuesto, nos hallaríamos en presencia de lo dispuesto por el artículo 92 del Código Penal"¹⁹⁵.

Esta tesis fue contestada por Núñez, diciendo que si, como se pretende, estas últimas se adecuaran al artículo 92, resultaría que al delito de culpabilidad más grave le correspondería una pena menor¹⁹⁶. En el mismo sentido, Soler señala que dejar las lesiones preordenadas en el ámbito del artículo 92 llevaría al absurdo de aplicar las penas más graves a los casos más leves y viceversa. La conexión de medio a fin, apunta este autor, que sería prevista por el artículo 92, referido al 80, agrava las lesiones de tres a diez años y de tres a quince años de prisión, mientras que la sanción contenida por el artículo 166 es de cinco a quince años. Entonces, el mínimo posible serían tres años de prisión en el primer caso, y, por el contrario, se debería castigar

¹⁹² CREUS, ob. cit., p. 454; TOZZINI, ob. cit., p. 294.

¹⁹³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 233.

¹⁹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 232; CREUS, ob. cit., p. 454; SOLER, ob. cit., p. 293; TOZZINI, ob. cit., p. 294.

¹⁹⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 272.

¹⁹⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 232.

el hecho cuando menos con cinco años, cuando las lesiones fueran accidentales, como por ejemplo las que se causa la víctima al caerse por la escalera por intentar correr a los ladrones fugitivos.

El error proviene, según el autor citado, de considerar específica la figura del artículo 80 (a la que remite el 92), con relación a ésta, y no lo es, pues ella se refiere a la conexión de cualquier delito con el de homicidio (o lesiones, art. 92). Pero, estando prevista, y con una escala mayor, la conexión de las lesiones con el robo, no cabe duda de que la figura y la pena aplicables son las del artículo 166¹⁹⁷.

González Roura explicaba la cuestión en estos términos: “Pero ocurre preguntar qué pena deberá imponerse en el caso del artículo 166, inciso 1º, encontrándose también previsto con una pena menor, en el 92 de las lesiones. Y la respuesta, en el sentido de la aplicación de la pena prevista en el robo, no es por cierto dudosa. Primero, porque una disposición de carácter especial prima sobre otra de carácter general, y segundo, porque en esta materia de concurrencia de delitos prima la calificación del más grave, según el principio tantas veces recordado”. Y Moreno agregaba que el argumento era aceptable¹⁹⁸.

IV. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo requiere que el contenido de ambas ofensas esté presente en el dolo de todos los partícipes, inclusive de aquellos que no tomaron parte en las lesiones¹⁹⁹.

V. Autoría y participación

Rigen los mismos principios que expusimos al tratar el artículo 165. Esto es, que la participación criminal atiende a las dos ofensas²⁰⁰, y los partícipes en los que falte la convergencia intencional de ambas ofensas sólo responderán por el tipo básico²⁰¹.

Es aplicable la disposición en los casos en que, siendo varios los

¹⁹⁷ SOLER, ob. cit., p. 293.

¹⁹⁸ MORENO, ob. cit., p. 140.

¹⁹⁹ TOZZINI, ob. cit., p. 298.

²⁰⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 233.

²⁰¹ TOZZINI, ob. cit., p. 298.

que hubieren ejercido violencia física sobre la víctima, se ignorase quién aplicó la violencia productora de la lesión, toda vez que la norma permite imponer la pena agravada a todos cuantos hubieran intervenido como agresores en el robo²⁰².

La jurisprudencia española ha tenido oportunidad de analizar el problema de la participación en un delito de robo, acompañado de lesiones, cuando ha sido uno o alguno de los partícipes quien ha causado, dolosamente, las lesiones, mientras que los demás no han intervenido, directa y materialmente, en la causación de las mismas. Se dijo que “la ajenidad de los partícipes no podría plantearse con posibilidades de éxito cuando se tratara de lesiones preordenadas, esto es, cuando todos los partícipes, de consuno y en recíproca cooperación, hubieran pactado la comisión de un delito de robo, para cuya perpetración juzgaron indispensable herir, golpear o maltratar al ofendido u ofendidos, pues en tales casos, la *societas scæleris* que se ha representado y decidido para lesionar a otros, responsabiliza *in solidum* a todos ellos, aunque, en el momento de la dinámica comisiva sea uno o algunos de ellos los que causen las lesiones. La cuestión reviste mayor complejidad cuando se trata de lesiones episódicas, es decir, de actos lesivos para la integridad corporal, no premeditados, ni siquiera deliberados, y que sólo surgen, incidentalmente, durante la dinámica comisiva, como consecuencia de cualquiera de los avatares de la misma. En tales casos abona, ante todo, la tesis positiva, la naturaleza única, indivisible e indestructible de la infracción, en la cual las lesiones no son circunstancia modificativa, comunicable o no, a los demás partícipes, sino parte integrante del tipo delictivo, aplicable a todos y cada uno de los consortes delictivos en una empresa común, no siendo factible, ni aconsejable, proceder a la ruptura del delito complejo, escindiendo en dos el título de imputación, el que sería uno para el ejecutor de las lesiones y otro para los demás codelincuentes [...] la doctrina jurisprudencial resulta ser la siguiente: todos los partícipes en la comisión de un delito con homicidio, o acompañado de lesiones, son responsables del total complejo, cuando lo proyectado o planeado sea un robo con violencia o intimidación en las personas, y de ningún

²⁰² MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 272.

modo, cuando el *pactum scæleris* versare o recayere sobre hipótesis de robo con fuerza en las cosas, hurto o estafa, en cuyo caso, del homicidio o lesiones sólo responderá el ejecutor de los mismos. Plañeado un delito de robo con intimidación o violencia en las personas, todos los partícipes se han representado no sólo la posibilidad, sino la probabilidad de que, durante el curso de la dinámica comisiva, como consecuencia de cualquier incidencia de la misma, como puede ser la presencia de personas ajenas al ofendido u ofendidos, la resistencia de éstos, la negativa, de los mismos a entregar los bienes apetecidos o cualquiera otra, sobrevenga la muerte dolosa o las lesiones de personas diferentes a los delincuentes, aceptando esa posibilidad, que no les hace disuadir de su empeño, responsabilizándose, por lo tanto, a todos, aunque sólo ejecutara, la muerte o las lesiones, uno o algunos de ellos. Es más patente y manifiesto lo que se dice cuando, al proyectado y ejecutado robo con violencia o intimidación, se añade el uso de armas que portaban todos o alguno de los partícipes, pues en ese caso es todavía más previsible que se produzca homicidio o lesiones de las víctimas o terceras personas distintas a los infractores. Finalmente, han sido éstos, quienes, con su acordada y convenida acción delictiva, introdujeron o crearon el riesgo de causar homicidio o lesiones, y deben responder, de lo hecho, todos ellos, cuya presencia, en el lugar del suceso, o en sus aledaños o inmediaciones, potencia la eficacia agresiva del ejecutor o ejecutores y debilita las posibilidades defensivas del ofendido u ofendidos”²⁰³.

VI. Consumación y tentativa

Como las violencias ejercidas para facilitar el robo ya agravan el delito, la calificante no exige la consumación del apoderamiento y, por ende, como en el caso del robo con homicidio, el robo con lesiones se consuma cuando concurren el apoderamiento o su tentativa, y la lesión grave o gravísima²⁰⁴.

²⁰³ S. 7-2-89, R. 1486, cit. por ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, ob. cit., ps. 1045/1046.

²⁰⁴ CREUS, ob. cit., p. 454; NÚÑEZ, ob. cit., p. 233.

La lesión preordenada al robo, sin que éste haya alcanzado la etapa de ejecución, queda en el artículo 92 del Código Penal²⁰⁵.

El robo consumado, o tentado, con actividad del agente finalmente encaminada a lesionar, pero que no concretó lesión alguna, no encuadra en la agravante, pues falta el resultado de la violencia que la disposición requiere²⁰⁶.

Esta figura, para el criterio mayoritario, no admite tentativa. La Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, en fallo plenario, sostuvo que *si por las violencias ejercidas para realizar un robo, que queda en grado de tentativa, se causan algunas de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91 del Código Penal, la calificación legal correspondiente es la que prescribe el artículo 166, inciso 1° del Código Penal, consumada*²⁰⁷.

La Suprema Corte de Buenos Aires, en cambio, adoptó la posición que admite la tentativa cuando el robo no se perfeccionó, aunque se hayan producido las lesiones típicas²⁰⁸.

ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMAS

I. Antecedentes

En su inciso 2°, el artículo 166 agrava el robo cuando *se cometiere con armas, o en despoblado y en banda*.

La primera agravante se da en razón del medio empleado. La versión de este inciso proviene de la reforma de 1968, decreto-ley 17.567, que fue derogada por ley 20.509, de 1973, y nuevamente puesta en vigor por la ley 20.642.

Cabe aclarar que en el texto original del Código, el artículo 167, en su inciso 1° calificaba el robo cuando se cometiere en despoblado

²⁰⁵ CREUS, ob. cit., p. 454.

²⁰⁶ Ídem nota 204.

²⁰⁷ Causa "Salvini o Gómez, J. C.", 29-8-67, J. A. 1967-V-219, L. L. 127-1023 (cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 296).

²⁰⁸ C. "Iglesias, Diego A.", 29-12-93, D. J. 1994-I-115/119 (cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 297).

“y” con armas, figura que provenía del Código de 1886 (art. 188, inc. 1º); pasó al proyecto de 1891 (art. 201, inc. 1º), a la ley de reformas 4189 (art. 22) y a los proyectos posteriores.

II. El fundamento de la agravante

Este supuesto comprende el uso de armas por parte del sujeto activo y contra el sujeto pasivo. El fundamento de esta agravante se centra en el mayor poder ofensivo que detenta el sujeto activo, que redundará, por el contrario, en el mayor estado de indefensión de la víctima. Además, se puede afirmar que hay dos razones que se conjugan para intensificar la pena; por un lado, el mayor poder intimidante del arma, y por otro, el peligro real que constituye para el agraviado la utilización del arma por parte del agente²⁰⁹.

1. Concepto de arma

En un sentido genérico, arma es todo elemento que aumenta de cualquier modo el poder ofensivo del hombre²¹⁰.

Es todo objeto capaz de producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona, y, en un sentido más estricto, es todo instrumento destinado a ofender o a defenderse²¹¹. Para que un objeto sea arma, no es necesario que esté destinado para matar específicamente, pues arma, en los términos de nuestro Código Penal, es todo elemento que aumente la capacidad ofensiva por parte del sujeto activo.

Últimamente Tozzini, preocupado por dar un concepto de arma, más apegado a la dogmática y buscando un concepto normativo de arma, basándose en la ley de armas y sus decretos reglamentarios, y en el código contravencional, afirma que “el concepto de arma debe otorgarse a todo artificio que, concretamente utilizado en cada caso, haya creado un peligro vital, tan real y de efecto inmediato para la víctima, como para haberla privado de toda posibilidad de reacción o evasión efectiva. Este peligro es ponderable mediante un juicio *ex ante*, y no *ex post*, con independencia del resultado a que se llegó en el robo”²¹².

²⁰⁹ CREUS, ob. cit., p. 455.

²¹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 300.

²¹¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 273.

²¹² TOZZINI, ob. cit., p. 306.

La definición es correcta salvo en dos extremos. Lo de artificio puede dar lugar a dudas de qué objeto se trata, y el juzgamiento *ex ante* puede dar lugar a incorporar como arma a aquella que esté descargada, de modo que si bien debe colocarse en el lugar de la víctima *ex ante*, el peligro real debe ser juzgado *ex post*, con los elementos que se tengan, de un observador objetivo con los conocimientos reales sobre el arma. De nuevo insistimos en que los elementos del tipo deben darse en la realidad y no en la mente de los sujetos.

2. Clasificación

Podemos clasificar las armas en propias e impropias.

Armas propias: son aquellos instrumentos que han sido fabricados *ex profeso* para ser empleados en la agresión o defensa de las personas. Este grupo comprende:

Armas de fuego: instrumentos de dimensiones y formas diversas, compuestos por un conjunto de elementos mecánicos que con un funcionamiento normal y armónico entre sí, resultan aptos para el lanzamiento a distancia de determinados cuerpos, llamados proyectiles, aprovechando la fuerza expansiva de los gases que se desprenden al momento de la deflagración de un compuesto químico denominado pólvora, con producción de un estallido de gran potencia, con fuerza, dirección y precisión²¹³.

Han recibido este nombre por el fuego que se produce al ser percutido el fulminante. En general, los elementos fundamentales constitutivos de un arma de fuego son: el armazón, el cañón o tubo, el aparato de puntería, el mecanismo de carga, el mecanismo de cierre, el mecanismo de disparo, el mecanismo de extracción y expulsión, el mecanismo de seguridad, las garniciones y los accesorios²¹⁴.

Armas blancas: son las ofensivas de hoja metálica punzante o cortante, como los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase, los cuchillos acanalados, estriados o perforados, dagas, espadas, y las navajas llamadas automáticas²¹⁵.

²¹³ RIÚ, Jorge Alberto y TAVELLA DE RIÚ, Guillermina, *Lesiones, aspectos médico-legales*, Librería Akadia Editorial y Lema Editora SRL, 1994, p. 53.

²¹⁴ Ídem nota anterior.

²¹⁵ SORIANO, José Ramón, *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

Se incluyen también, en el concepto de armas propias, todas aquellas cuyo destino sea ofender a las personas²¹⁶ y aquellas cuyo uso ha sido prohibido por la ley, y se asimila a las armas explosivas; gases asfixiantes y lacrimógenos²¹⁷.

Las *armas impropias* son aquellos objetos que, sin ser armas propiamente dichas, y habiendo sido fabricadas para diverso destino, se emplearon ocasionalmente para producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona²¹⁸. Deberá el juez apreciar, en el caso concreto, si, de hecho, por la forma en que fueron mostradas o utilizadas, representaban o no un argumento de violencia física inmediata²¹⁹.

En este tema encontramos una diferencia en la doctrina ya que, mientras para Núñez es arma impropia cualquier objeto que pueda, eventualmente, usarse para la defensa o la ofensa²²⁰, Soler limita el concepto de arma impropia a aquel objeto que pueda ser utilizado como medio contundente, como las piedras y palos²²¹. Coincidimos con Tozzini en que este último autor realiza una inexplicable exclusión de los elementos filocortantes²²².

No es necesario que el objeto se asemeje a un arma, sino que cumpla la función de potencializar la capacidad ofensiva del sujeto activo: una lapicera, utilizada a modo de cortaplumas, amenazando, por ejemplo, un ojo, puede ser tomada como arma impropia. Asimismo, una rama de árbol utilizada como garrote, etcétera; en definitiva, todo elemento capaz de disminuir la capacidad defensiva del sujeto pasivo de manera que al sujeto activo le sea posible desapoderarlo habida cuenta de la menor defensa de la víctima, ya sean navajas, cuchillos²²³,

²¹⁶ TOZZINI, ob. cit., p. 299.

²¹⁷ TOZZINI, ob. cit., ps. 299 y 300.

²¹⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 273.

²¹⁹ SOLER, ob. cit., p. 300.

²²⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 240.

²²¹ SOLER, ob. cit., p. 300.

²²² TOZZINI, ob. cit., p. 301.

²²³ Ver. CNCCorr., sala VI, 3-4-89, "Herrera Navarro", c. 17.434; íd., 9-5-89, "Cuña Madeira", c. 17.313; sala III, 1-6-89, "Parodi, Sergio", c. 25.190; íd., 20-5-92, "Gayosa, Desiderio", c. 30.658; sala VII, 14-7-92, "Placeres, Jorge O.", c. 16.974; sala V, 18-9-90, "Rolón, Pedro", c. 26.348; TOC N° 15, 21-3-94, "Saavedra, Julio L.", c. 116.

y hasta incluso se ha llegado a aceptar como arma la utilización de una jeringa conteniendo el virus del HIV²²⁴.

Se deben considerar armas impropias todos “los instrumentos punzantes, aun cuando no hayan sido originariamente fabricados con el fin de servir propiamente como armas, toda vez que lo decisivo, desde un punto de vista teleológico, no es la finalidad con la que se construyó el instrumento, sino el peligro que de su uso se deriva, y el aumento del poder coactivo de la acción”²²⁵.

Incluso hasta una piedra puede llegar a ser considerada arma impropia. En la jurisprudencia española, se dijo que: “Partiendo de que ‘piedra’, semánticamente significa ‘sustancia mineral dura y compacta, que no es terriza ni de aspecto metálico’, no es preciso remontarse, ni al Paleolítico, ni al Neolítico, ni siquiera a la época de los honderos baleares, y de ciertos episodios bíblicos, ni de las catapultas, ni, finalmente a tiempos más recientes, cuando en los albores de la artillería, se utilizaban pedreros, esto es, bocas de fuego antiguas destinadas a disparar pelotas de piedra, para comprender que, en casi todos los tiempos, las piedras fueron armas arrojadas, y que también se utilizaron reforzando la eficacia de las fuerzas físicas propiamente individuales, no cabiendo duda de que [...] su uso manual, aunque se concede que no constituye arma, es al menos medio peligroso, puesto que acrecienta el poderío físico y la capacidad vulnerante de quien se vale de ellas, cumpliendo un doble cometido, pues, de un lado, son instrumento adecuado para conminar o amedrentar, inspirando, en el sujeto pasivo, un temor, racional y fundado, a sufrir un mal inminente y grave, y, de otro, son aptas e idóneas para golpear, herir, e incluso, matar, contribuyendo, de ese modo, a la perpetración de delitos de robo con violencia”²²⁶.

Tozzini, por su parte, entiende que la introducción del concepto de armas impropias termina por vulnerar el principio de legalidad, al introducir en el tipo un concepto extensivo, por analógico, como asimismo el

²²⁴ En tal sentido, TOC N° 14, 24-2-94, “Muñoz, Carlos J.”, c. 4, entre otros.

²²⁵ Sentencias del TSE del 8-6-81, 5-11-81, 6-2-81, 11-10-82, 25-11-83, entre otras, citadas por ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, ob. cit., p. 1060.

²²⁶ S. 14-9-88, R. 6758, cit. por ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, ob. cit., p. 1060. Recordemos que el Código Penal español hacía referencia a “armas u otros medios u objetos peligrosos”.

de certeza jurídica, al desdibujar el entorno lo más preciso posible que debe otorgarse a todo elemento del tipo penal, mediante distinciones que no aparecen como surgidas de un análisis sistemático del Código²²⁷.

Nuestro Código, cuando agrava la pena del robo cometido con armas, se refiere tanto a las armas propias como a las impropias, y así lo ha entendido toda la doctrina, aunque sin hacer un esfuerzo para determinar un concepto dogmático de arma²²⁸.

Nótese que el proyecto Tejedor definía el arma como “todo instrumento con el cual se puede inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la vida”, pero en la nota, como resumen de los textos antiguos, considera que “el arma tenía su carácter, no tanto por la materia que la forma, como del uso al que se destina; todo lo que puede dañar: *omne quod nocendi causa habetur*, todos los objetos con los cuales se puede matar o herir, pueden convertirse en armas”²²⁹.

3. La utilización de las armas

La pregunta que normalmente se hace es si las armas deben ser utilizadas en la comisión del delito o basta, para la aplicación de la calificante, que el ladrón las lleve consigo en ocasión de producirse el hecho, aunque ni siquiera las exhiba. Como dice Soler, hacer la pregunta puede resultar, en nuestro Derecho, un cuestionamiento infundado, y más propio de otras legislaciones; pero conviene aclararlo en razón de lo equívoco de los antecedentes extranjeros, que se citan en el proyecto de 1891²³⁰.

Un sector de la doctrina, especialmente Moreno y Gómez, interpretan que si el autor del robo porta armas propias, aunque no las exhiba, incurre en la figura calificada; no así si porta armas impropias²³¹.

Lo que no se advierte por parte de estos autores y quienes los han seguido, es que la expresión de nuestro Código Penal “cometiere

²²⁷ TOZZINI, ob. cit., p. 300.

²²⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 273; NÚÑEZ, ob. cit., p. 240; CREUS, ob. cit., p. 455; SOLER, ob. cit., p. 300.

²²⁹ Art. 2º, § 1, Tít. VIII, Lib. I, Part. II, cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 240, nota 118.

²³⁰ SOLER, ob. cit., p. 299.

²³¹ MORENO, ob. cit., t. V, p. 147; GÓMEZ, ob. cit., t. IV, ps. 153/154 (cits. por NÚÑEZ, p. 240, nota 121).

con armas”, equivale a decir, en lenguaje jurídico, “si se ejecutare o consumare el robo con armas”²³²; sentido diferente al que le han dado otras legislaciones, como la española, cuyo Código de 1870 decía “llevar en armas” (agravante dejada de lado en la reforma de 1995).

Para Molinario y Aguirre Obarrio es preciso que las armas sean efectivamente empleadas en la comisión del delito, y no basta con que el delincuente las lleve consigo; sin que obste a esta conclusión la circunstancia cierta de que la portación de armas evidencia el propósito del portador de utilizarlas en caso necesario. Sancionar como agravante la mera portación, importaría, para estos autores, tanto como sancionar como delito el mero propósito de utilizar las armas, si las circunstancias así lo exigen, lo cual no es otra cosa que una arbitrariedad²³³.

En el mismo sentido, Núñez explica que, como lo que califica es la comisión del robo con armas, éstas deben ser un instrumento para la ejecución de aquél, constituyendo su uso la violencia física ejercida por el autor para cometer el delito; de manera tal que la concurrencia de un arma sólo contribuye a la calificación del robo si es utilizada o blandida contra una persona para vencer o evitar su resistencia al apoderamiento de la cosa²³⁴. En otras palabras, el arma debe ser un instrumento para la ejecución del robo y es lo que transforma el hurto en robo, por la violencia ejercida. De tal modo, dice, “la concurrencia de armas sólo contribuye a la calificación del robo si es utilizada o blandida contra las personas”²³⁵.

Amplía el concepto Creus diciendo que para que se dé la agravante, el robo debe haber sido cometido con armas, lo cual trae dos consecuencias: una, que el arma debe haber sido utilizada o empleada por el agente en una efectiva acción violenta o intimidatoria para doblegar o evitar la resistencia de la víctima, y que el robo no se agrava por el hecho de que el agente solamente haya llevado o portado arma, aun a la vista de la víctima; y otra, que el arma debe haber sido utilizada en la comisión del hecho, esto es, en la etapa ejecutiva del

²³² NÚÑEZ, ob. cit., p. 240, nota 121.

²³³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 274, con cita a CARRARA.

²³⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 240.

²³⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 236.

apoderamiento hasta su consumación, y la utilización del arma con anterioridad a esos actos ejecutivos, o con posterioridad, deja el hecho en la figura básica del artículo 164²³⁶.

En la jurisprudencia, la cuestión tampoco es unánime, pues mientras algunos tribunales entienden que se debe usar, blandir el arma²³⁷, para otros, el hecho de exhibir ostensiblemente el arma, resulta tan significativo como esgrimirla a los efectos de lograr la intimidación de la víctima²³⁸, toda vez que con la exhibición se aumenta el poder intimidatorio del agresor y el peligro concreto en que se coloca a la víctima²³⁹.

“Usar armas, significa no sólo su utilización directa conforme a su destino, y según su clase y calidad, disparando, pinchando, cortando o golpeando, sino también su exhibición con fines intimidatorios o amenazantes, pues una de las características innatas de las armas es el miedo o temor que infunden a quienes se coacciona o amedrenta con ellas, y la acción así ejercitada, conlleva incuestionablemente un mayor riesgo o peligro”²⁴⁰.

Consideramos que el concepto de arma es un elemento normativo del tipo, de modo que su concepto debe surgir del orden jurídico, por una parte, teniendo en cuenta el bien protegido. Las normas sobre el punto son variadas, pero ello no debe llevar al intérprete a dar un concepto caprichoso de lo que debe entenderse por arma. Por eso es necesario buscar un criterio objetivo de qué se entiende por arma²⁴¹.

La ley 20.429, de armas y explosivos, y sus decretos reglamentarios, llevan a que deba reservarse lo que se entienda por arma a todo objeto concretamente utilizado en cada caso, que haya creado un

²³⁶ CREUS, ob. cit., p. 456.

²³⁷ Ver TOZZINI, ob. cit., p. 312.

²³⁸ CNCCorr., sala VII, 28-2-91, “Díaz, Fabián y otro”, L. L. 1994-A-86.

²³⁹ TOC N° 5 de la Capital Federal, 12-8-93, “Moreyra, Marcelo D. y otro”, *Boletín de Jurisprudencia* 1993, N° 3, p. 99.

²⁴⁰ S. 21-2-89, R. 1630, cit. por ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, ob. cit., p. 1061.

²⁴¹ DONNA, Edgardo A. y BARREIRO, Miriam B., *Un caso de interpretación de una norma penal que olvida los principios generales del Derecho*, Doctrina Penal 1990, Depalma, Buenos Aires, ps. 327/332. En el mismo sentido, TOZZINI, ob. cit., p. 304.

peligro real y de efecto inmediato para la víctima, como para haberla llevado a una seria disminución de sus posibilidades de defensa, entendiéndose este peligro *ex ante*, pero con los conocimientos conocidos *ex post*, esto es la existencia y, por lo menos, blandir el arma. Con lo cual lleva razón Tozzini, aunque modificando en parte sus conceptos, en cuanto afirma que el robo con armas es un delito de peligro concreto²⁴². A nuestro criterio es un delito complejo, de resultado en cuanto al robo y de peligro concreto, en cuanto a las lesiones, si de esta manera se lo quiere interpretar, a los efectos de lograr un concepto racional y legal de arma.

4. *La problemática del arma de fuego falsa, de juguete, inútil o descargada*

La doctrina excluye de la agravante el arma falsa, el arma de juguete, el arma que está inutilizada y el arma descargada, con el fundamento de que, si bien pueden esgrimirse y provocar un efecto paralizante, esta circunstancia lo único que hace es transformar el apoderamiento en robo, ya que forma parte de la violencia requerida por el tipo legal.

Para que exista el robo agravado por el empleo de armas, deben reunirse dos requisitos: uno es el efecto intimidante en la víctima, y el otro que ese efecto tenga un correlato real, en cuanto se ha corrido real riesgo de que el arma sea empleada como tal, peligro que con las armas que no son tales o están descargadas, obviamente no ocurre²⁴³. En palabras de Núñez, toda vez que la ley hace residir la calificante en la comisión del robo con arma, y no en la simulación de violencia armada, el delito ordinario no se agrava, aunque el hecho constituya un robo, por la amenaza con un arma simulada o de juguete²⁴⁴. Creus, por su parte, encuentra que dentro del concepto de arma falsa o simulada hay que considerar a aquellas armas propias que no son aptas para su destino, o carecen de proyectiles, salvo que en la emergencia se utilicen como armas impropias²⁴⁵.

²⁴² TOZZINI, ob. cit., p. 306.

²⁴³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 274/275.

²⁴⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 240.

²⁴⁵ CREUS, ob. cit., p. 456.

Soler afirma: “Hemos dicho que el arma es considerada desde el punto de vista del poder intimidante que ejerce sobre la víctima, y que, en consecuencia, es robo el hecho cometido mediante el empleo de lo que para la víctima era un arma”, para agregar, “pero cuando se trata de aplicar la agravante, no parece que la falsa arma, el revólver de juguete, sea suficiente, porque requiriendo la figura que se trate de un arma, se hace necesario que el dolo del autor consista precisamente en el empleo de algo que sea un arma también para él. De este modo, el robo cometido con un revólver de juguete es robo; pero no robo agravado. En este punto se muestra la influencia del peligro personal corrido”²⁴⁶.

No podemos sino hacer notar que hay, en el párrafo transcrito, una aparente contradicción, que ha llevado a confusión en el plenario “Costas”, en donde se lo invocó desde ambas posiciones. Por una parte se dijo que la opinión de Soler era en el sentido de incluir en la agravante las armas que no lo eran, lo cual fue criticado por el actualizador, Bayala Basombrío, quien interpreta las palabras de Soler en sentido contrario²⁴⁷.

Sin embargo, esta posición dogmática mayoritaria no se reflejó de manera unánime en la jurisprudencia, en donde se han dado distintas posiciones sobre el punto.

Visto el asunto solamente desde el sujeto pasivo, y en un momento en que la víctima toma un papel relevante, era claro que la jurisprudencia admitiera la agravación del robo con arma descargada, ya que aumenta la capacidad ofensiva del autor, porque juzgado el caso *ex ante*, la víctima no puede detenerse a cuestionar si su asaltante tiene o no el arma cargada o, en su caso, si ésta es apta para el disparo. Se sostuvo desde esta perspectiva que “si se intimidó a la víctima y se logró el fin ilícito perseguido, se ha cumplido el ciclo de consumación del delito. El atacado no puede entrar a discernir, si el arma está o no cargada. Él ve un arma y siente el efecto invencible, que provoca su exhibición, que en manos del asaltante o de quien sea puede destruir su vida”²⁴⁸.

²⁴⁶ SOLER, ob. cit., p. 300.

²⁴⁷ SOLER, ob. cit., p. 303.

²⁴⁸ Del voto del Dr. Salvador F. Scime, en plenario de la CNCCorr., 10-12-76, “Scioscia, Carlos Alberto”.

Distinto es el caso visto desde la posición antes explicada. En el fallo plenario de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital, caratulado “Scioscia, Carlos Alberto”, del 10 de diciembre de 1976 (y debe el lector observar el año, ya que es a casi nueve meses del golpe militar de ese mismo año) se sostuvo que: “Encuadra en el concepto de ‘arma’ del artículo 166, inciso 2º, del Código Penal, el uso de un arma descargada apta para disparar”.

El juez Díaz Reynolds, quien quedó en minoría, argumentó de la siguiente manera: “el arma descargada [...] no ofrece mayor poder vulnerante y, consecuentemente, su empleo es inidóneo para crear una situación real de peligro en torno a la víctima que justifique el agravamiento de la sustracción consumada en esas condiciones. Así lo admite de modo expreso el mismo Núñez en su recordado *Manual*, equiparando el arma descargada a la simulada, y no puede ser de otra manera ya que sólo de violencia simulada cabe hablar frente a esa arma de fuego, que, por falta de balas, carece concretamente de aptitud funcional. Además, no debe olvidarse que al ladrón le consta que el arma de que se vale es ineficaz para el tiro y tal conocimiento excluye, sin duda alguna, el dolo de la agravante. Ésta requiere, indefectiblemente, que el autor emplee algo que para él también sea arma, conforme lo sostiene Soler, y aunque se refiere al arma de juguete, el principio es aplicable al caso *sub examine*”²⁴⁹.

En tal sentido, continuando con la discusión, la misma Cámara Criminal se reunió nuevamente, cambiando el criterio sustentado en “Scioscia” a un criterio totalmente opuesto; así se dispuso en el fallo plenario “Costas, Héctor y otro”²⁵⁰ (observe el lector la fecha, porque podrá comprobar que es importante) que: “no encuadra en el concepto de arma del artículo 166, inciso 2º, del Código Penal el uso de un arma descargada apta para disparar”.

En definitiva, este último fallo es el acertado, pues encuadra perfectamente en el aspecto subjetivo de la figura, que exige el dolo necesario para el robo, es decir, el conocimiento y voluntad de llevar a cabo la figura penal, o sea, desapoderar mediante fuerza en las cosas

²⁴⁹ Del voto del Dr. Díaz Reynolds, en plenario “Scioscia” cit.

²⁵⁰ CNCCorr., 15-10-86, “Costas, Héctor y otro”.

o violencia física en las personas de una cosa mueble total o parcialmente ajena, a lo que se le debe sumar la voluntad de llevarlo a cabo mediante el uso de un arma de fuego.

Este argumento es el definitorio. El sujeto activo debe saber que el arma utilizada aumenta su capacidad ofensiva, circunstancia que no se da, en modo alguno, si éste porta un arma de fuego descargada, no apta para disparar, de juguete, etcétera²⁵¹. Querer imputar subjetivamente el uso de arma y agravar el robo cuando el sujeto no tiene dolo de robar con armas, es la vuelta a la responsabilidad objetiva, y por ende la violación de principios básicos, como el de culpabilidad.

Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha sostenido, en reiteradas oportunidades a partir del fallo “Garone”²⁵², que el elemento arma simboliza un objeto apto en el caso concreto, y según el modo en que fuere utilizado, para dañar, con exclusión de todo aquello que parezca un arma sin serlo, y que entonces, la capacidad ofensiva, como cualquier otro hecho, debe ser acreditada según las normas respectivas²⁵³.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los fallos “Sánchez, Juan”, del 1º de octubre de 1988; “Aranda, Martín”, del 12 de marzo de 1996²⁵⁴ y “Paboni, Víctor”²⁵⁵, siguiendo la doctrina de *Fallos*: 311:2446, entre otros, sostuvo que no se puede pedir al acusador que acredite la idoneidad del arma, pues imponérselo significaría que la agravante pudiese ser aplicada solamente en aquellos casos de flagrancia o cuando se hubiesen efectuado disparos, pero no en los que nada de ello hubiese ocurrido, con lo que se desvirtúa el sentido de la figura del artículo 166, inciso 2º del Código Penal. Sin embargo,

²⁵¹ En tal sentido ver CNCCorr., sala I, 11-4-89, “Morales, E.”, c. 34.889; id., 11-4-89, “Vidal Rivero”, c. 34.466, con disidencia del Dr. Bonorino Peró; sala II, 4-5-89, “Suárez, J. C.”, c. 35.411; sala III, 8-3-90, “V., G.”, c. 26.459; con respecto a los proyectiles ver: CNCCorr., sala VII, 31-7-87, “Ortiz, Abel y otro”; sala VII, 26-2-90, “Lucie, Ramón O.”, c. 12.342, entre muchos otros.

²⁵² P. 33.715, 4-6-85.

²⁵³ “Morales, Miguel Alberto s/Robo”, 7-6-2000, P. 53.378, entre otras.

²⁵⁴ A. 222 XXVIII, 12-3-96.

²⁵⁵ Rta. 12-3-96.

si el lector es algo observador, el tribunal no se jugó en una determinada doctrina, sino que interpretó un problema de prueba²⁵⁶.

5. *Autoría y participación*

El concierto previo para cometer un delito de robo con violencia o intimidación, que no excluya a priori todo riesgo para la vida o la integridad física de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del posible resultado lesivo, y, por tanto, de la propia acción coactiva que consiste en el empleo de armas, de tal forma que aunque ésta sea utilizada únicamente por uno de los concertados, su mayor peligrosidad se comunica o trasvasa a todos los demás partícipes en la acción²⁵⁷.

Pero si no existe este concierto previo, y uno de los autores sorpresivamente extrae el arma, esta circunstancia no puede imputárseles a los otros cómplices.

ROBO COMETIDO EN DESPOBLADO Y EN BANDA

Esta agravante, que fue separada de la agravante del arma por una “o”, indica que ambas se pueden dar independientemente. Se califica el robo, en razón del lugar en donde éste se comete –despoblado– y por la concurrencia de la actuación de lo que se ha dado en llamar una banda.

Ambas circunstancias deben darse en forma conjunta y necesariamente para que la conducta desplegada por los actores tipifique la figura del artículo 166, inciso 2º, segunda parte.

Las razones de la calificante son que a la situación de indefensión de la víctima o de la cosa, originada por el lugar, se une el mayor poder vulnerante de la actuación de la banda, esto es, del modo de actuar de los agentes²⁵⁸.

²⁵⁶ Tal la interpretación del Dr. Hitters en su voto en causa P. 53.378 de la SCJBA, 7-6-2000.

²⁵⁷ S. 22-4-1989, R. 3501, citada por ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, ob. cit., p. 1062.

²⁵⁸ CREUS, ob. cit., ps. 456/7.

I. Antecedentes

El Código de 1886 había previsto la fórmula del robo en despoblado y en banda que también pasó al proyecto de 1891, en su artículo 200, inciso 3°, y al de 1906, y de allí al Código vigente. El artículo 187, inciso 3° de la ley 1920.

Sin embargo, los proyectos posteriores al Código de 1921 prefirieron suprimir esta calificante. El de Coll-Gómez usó la fórmula de ser el robo “cometido por los componentes de una asociación ilícita”, y el de Soler suprimió toda referencia al lugar en que se cometía el delito y a la banda, dejando sólo las agravantes de perforación o fractura, con armas y por las circunstancias agravantes del hurto, entre las cuales puso la comisión del delito por tres o más personas. Otros, como el de De Benedetti, combinaron el despoblado con el empleo de armas²⁵⁹.

II. El despoblado

El concepto de despoblado proviene de la legislación española y se incorporó a nuestro Código a partir del proyecto de Tejedor, pasando luego al Código de 1886, y de allí hasta el presente, con distintas combinaciones.

La idea de agravar la pena, debido al despoblado, es dar mayor protección penal frente a la acción violenta de los autores del robo en lugares solitarios y, por ende, insusceptibles de recibir amparo o socorro de otras personas²⁶⁰.

El robo se efectúa en despoblado cuando se comete en un paraje situado fuera del radio poblado, donde sus víctimas no pueden recibir auxilio inmediato de terceros²⁶¹, en lugares solitarios a viajeros o personas que se encuentran en los campos²⁶².

Contrariamente, el lugar poblado es, según Nuñez, “todo lugar habitado de una ciudad, villa, pueblo o aldea, así como las calles,

²⁵⁹ TOZZINI, ob. cit., p. 313.

²⁶⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 224.

²⁶¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 234.

²⁶² SOLER, ob. cit., p. 303.

plazas y baldíos inmediatos, y, en segundo término, todo lugar situado fuera de una población en el cual la víctima del robo pueda recibir el auxilio de terceros extraños²⁶³.

El concepto de despoblado es un concepto relativo-valorativo y además funcional, cuya significación en el tipo atiende, fundamentalmente, a los lugares donde la víctima tiene grandes dificultades para proveerse de auxilio de terceros, o el apoderamiento de la cosa se ve facilitado por la impunidad en que se lo puede perpetrar²⁶⁴.

La doctrina suele considerar despoblado al lugar del hecho, cuando se trata de un lugar fuera del radio poblado de ciudades, villas o parajes, cuando hay dificultad para el auxilio de terceros, o favorecimiento de la impunidad por ausencia de pobladores²⁶⁵.

Es decir, que la circunstancia de que un sitio, dentro de esos parajes, pueda estar deshabitado, como el caso de un baldío, o parque, no convierte al lugar en despoblado. Y del mismo modo, un campamento, compuesto por un gran número de personas, aunque esté en campo abierto, no es un despoblado a los efectos de la agravante²⁶⁶.

Pero no debe identificarse este concepto con el de campo abierto, en el sentido de campo raso, a cielo descubierto²⁶⁷, pues éste se relaciona más bien con la ausencia de construcciones, mientras que puede haber un despoblado, en los términos del Código Penal, por ejemplo, donde hay un casco o puesto de estancia, si se dan las circunstancias antes expuestas²⁶⁸.

El despoblado es, entonces, el lugar poco poblado o frecuentado, y distante de casas habitadas, lo cual constituye un elemento que significa desamparo para la víctima o sus bienes, e impunidad para el ofensor²⁶⁹.

El concepto, según Núñez, se integra con un criterio absoluto y otro relativo. Por el criterio absoluto, sólo puede haber despoblado fuera del radio poblado, entendiéndose por tal los lugares habitados

²⁶³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 240.

²⁶⁴ CREUS, ob. cit., p. 457.

²⁶⁵ CREUS, ob. cit., p. 457; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 276.

²⁶⁶ CREUS, ob. cit., p. 457.

²⁶⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 235.

²⁶⁸ CREUS, ob. cit., p. 457.

²⁶⁹ TOZZINI, ob. cit., p. 314; NÚÑEZ, ob. cit., p. 234.

de las ciudades, villas, pueblos o aldeas, y sus calles, plazas y baldíos inmediatos. El criterio relativo está referido a las circunstancias del caso, y dependerá de las dificultades para el auxilio inmediato, en tanto un paraje fuera de poblado puede no ser solitario. Y ejemplifica: el asalto al tren de correo en un lugar solitario es un robo en despoblado, pero no lo es el cometido en presencia de otras personas en un vagón del tren²⁷⁰.

En síntesis, no hay que confundir la agravante con falta de casas, sino que se trata de que la víctima no pueda recibir ayuda de otras personas.

III. El concepto de banda

1. *Antecedentes*

Afirma Moreno que la banda se encuentra definida en el artículo 210 de Código Penal, “que precisa el concepto diciendo que es una asociación ilícita compuesta de tres o más personas y destinadas a cometer ilícitos”²⁷¹. Y agrega que en los antecedentes se encuentran disposiciones que se refieren al complot, por una parte, y a la banda por otra. Aquél es la asociación ilícita, mientras la segunda es un concierto para delitos determinados²⁷².

Tejedor afirmaba que el complot es el contrato recíproco que une a todos los miembros de una asociación criminal. En la nota transcribe a Pacheco: “Hay crímenes que se conciertan y se ejecutan por más de una persona, o por necesidad o por acaso, suele suceder que no sea un solo autor, sino que varios individuos hayan concurrido a idearle, a prepararle, a consumarle [...] Mas sea lo que quiera de esta división, el hecho es que hay delitos individuales y delitos comunes a varias personas. Pues bien para estos delitos, es menester que haya algunos pasos, algunos grados más de los que se habían indicado antes: no es cada uno de los que se cometen, sino en la relación, en el acuerdo de los unos con los otros. Para que dos o más personas concurren de común a cualquier acto, necesítase, sin duda, que uno lo proponga y

²⁷⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 234 y nota 97.

²⁷¹ MORENO, ob. cit., p. 141.

²⁷² Ídem nota anterior.

otro lo acepte; que no haya invitación, que haya resolución, que haya concierto. Lo que en delito individual es el pensamiento y la determinación, en el delito colectivo es la propuesta de uno y el acuerdo de los restantes. Los términos técnicos con que se expresan estas ideas son los de proposición y conspiración”²⁷³. Y más adelante decía Tejedor: “El complot supone individualizar el crimen que forma el objeto de la asociación criminal, por ejemplo un asesinato sobre tal persona determinada, un ataque a tal cosa, etcétera. Por el contrario, la asociación llamada banda, tiene por objeto cometer incendios, robos, etcétera, sin especificar cuál será el edificio incendiado o el viajero robado”²⁷⁴.

El Código de 1886 aceptó este sistema y decía: “Si dos o más individuos resuelven cometer un delito y se obligan, bajo promesa recíproca, a ejecutarlo conjuntamente, esta asociación constituye un complot, y cada uno de los partícipes que antes, durante o después de la ejecución, se haya mostrado en actitud de cooperar o haya mantenido a sus compañeros en la convicción de que podían contar con su auxilio, será también considerado, después de la consumación, autor principal del delito [...] Si dos o más individuos resuelven verificar conjuntamente delitos indeterminados, esta asociación constituye banda y serán considerados autores en todos los hechos que la banda cometa, salvo prueba en contrario de la no participación en el hecho o hechos determinados”²⁷⁵.

2. *Análisis dogmático del concepto de banda*

Reunidos estos antecedentes mínimos, es difícil, tal como intentaremos demostrar, que se diga que banda no es lo mismo que la asociación ilícita. En este punto, entendemos que se ha hecho una interpretación analógica, *in malam parte*. Ni es histórica, ni es coherente, ni ha respondido a las críticas que se le han hecho. Se ha sostenido sin fundamento que son cosas distintas, basado en una aparente laguna de punibilidad, que obviamente no es función de los jueces llenar.

²⁷³ *Ibidem*, p. 142.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ *Ibidem*.

En principio, y a los efectos de dar claridad al tema general, ha de decirse que no es suficiente la existencia de un lugar despoblado para que se configure la presente agravante, sino que también debe ser cometido con la concurrencia de la “banda”.

Discutido el concepto de despoblado, pasemos al concepto de banda.

Como se afirmó, una parte de la jurisprudencia y de la doctrina sostienen que a los fines de la aplicación de la agravante del artículo 166, inciso 2º, del Código Penal, es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte en la ejecución del hecho –empleado este término en el sentido del artículo 45 del Código Penal–, sin necesidad de que tales partícipes integren, a su vez, una asociación ilícita de las que describe el artículo 210 del citado texto legal. Una banda, para este sector doctrinal, no es más que una agrupación de tres o más individuos que se reúnen para cometer un delito determinado, y sólo requiere una preordenación para ese delito particular, a diferencia de la asociación ilícita, que exige una planificación y un conjunto de personas que se reúnen para cometer delitos indeterminados.

Éste ha sido el criterio sostenido por la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal en 1963, cuando se acordó el plenario “Coronel, Rogelio A. y otros”²⁷⁶ en el sentido de que: “A los fines de la aplicación de las agravantes previstas en los artículos 166, inciso 2º, 167, inciso 2º, y 184, inciso 4º, del Código Penal, es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte activa en la ejecución del hecho –empleada esta expresión en el sentido del artículo 45 del mismo Código–, sin necesidad que tales partícipes integren a su vez una asociación ilícita de las que describe el artículo 210 del citado cuerpo legal”. Posición que fue ratificada en 1989, en el plenario “Quiroz, Julio A.”²⁷⁷, en idénticos términos.

Entre los argumentos de la mayoría, se sostuvo que quien afirma que si el legislador utilizó, en el inciso 2º del artículo 167 del Código Penal, el sustantivo “banda”, es porque entendió referirse a una institución diferente de la derogada calificante de “tres o más personas”,

²⁷⁶ CNCCorr. en pleno, 7-6-63, “Coronel, Rogelio A.”, L. L. 111-270.

²⁷⁷ CNCCorr. en pleno, 4-9-89, “Quiroz, Julio A.”

así como también de la asociación ilícita. En caso contrario, nada le hubiese impedido utilizar tales otras denominaciones y, así, suprimir desintelencias como ésta, que lesionan el principio de certeza jurídica²⁷⁸. La banda, para Tozzini, debe tener características diferenciadoras de la mera reunión accidental de tres o más personas. Y tales características son, por un lado, un número mínimo de personas, a saber tres, como para crear la mayor vulnerabilidad en la que dicho grupo coloca al bien jurídico, y en que radica la razón de ser de la agravante, y, por otro lado, y como un corolario de lo anterior, que todos los integrantes tomen parte en la ejecución del hecho como coautores, es decir, con un acuerdo previo de voluntades, siquiera para cometer ese hecho delictivo, con su división de tareas y su condominio del hecho final, que es lo que otorga a la banda su más grande temibilidad y eficacia frente al bien jurídico protegido²⁷⁹.

En el mismo sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal sostiene que “para la configuración de la agravante del robo cometido en banda se prevé la intervención de tres o más personas en su ejecución, utilizando el vocablo ‘banda’ para definir tal agravante, sin que dicha expresión suponga exigir que los individuos que la integren deben pertenecer a una asociación ilícita en los términos del artículo 210 del Código Penal”²⁸⁰.

Desde hace tiempo, tanto en los fallos que hemos citado, como doctrinalmente, hemos sostenido la posición de que el término banda y asociación ilícita son la misma cosa, y nada hemos inventado, como se verá, ya que la doctrina argentina, mayoritariamente, ha sostenido la equivalencia de los términos banda y asociación ilícita.

Eusebio Gómez, por ejemplo, expresaba: “Cuando se dice robo (o daño) cometido en banda se quiere decir robo cuyos agentes integran una asociación ilícita. En consecuencia, no existe banda cuando los componentes de una agrupación la han constituido para cometer un delito determinado”²⁸¹. Le siguieron en esta opinión

²⁷⁸ Voto del juez Tozzini.

²⁷⁹ TOZZINI, ob. cit., p. 323.

²⁸⁰ CNCas.Pen., sala II, 28-3-94, “Sánchez, Luis A.” En el mismo sentido, CNCas.Pen., sala I, 23-3-94, “Aguilera, Oscar S.”

²⁸¹ GÓMEZ, ob. cit., t. 4, N° 951.

Ramos²⁸², González Roura²⁸³, Malagarriga²⁸⁴, Molinario y Aguirre Obarrio²⁸⁵, Moreno²⁸⁶, Soler²⁸⁷ y Núñez²⁸⁸.

En 1944 la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, en el plenario “Mouzo, José y otro”²⁸⁹, se pronunció en este sentido.

Los argumentos que avalan esta posición son varios e, insistimos, no han sido refutados.

El primer argumento que puede denominarse de tipo histórico o, más precisamente, de interpretación auténtica es el que sigue: “Es un principio de interpretación de la ley penal que si una palabra tiene dos acepciones, una popular o corriente y otra técnica, debe prevalecer esta última, porque importa una interpretación auténtica, es decir, dada por el mismo legislador”. Esto es lo que pasaba en la legislación con la palabra banda. En el proyecto de Código Penal, la Comisión de Códigos del H. Senado, entre las definiciones del Título XII que se ocupa de la significación de conceptos empleados en el Código, encontró la definición de banda y, al ocuparse de la cuestión, el informe dice: “La Comisión piensa que debe mantenerse este título, pero que, a fin de evitar repeticiones, podría suprimirse del artículo 78 la definición de banda en razón de que lo está con toda precisión, en el artículo 210 del proyecto”²⁹⁰. Y el senador Rojas afirmaba, cuando se oponía a la existencia del artículo 77, que sobre el término banda: “El artículo 210 establece que la asociación o banda de tres o más personas destinadas a cometer delitos, es punible por el mero hecho de existir”. Y decía de manera concluyente: “La banda cuya noción da el artículo 210, debe ser la misma que tratan los artículos 166, 167 y 184, porque de no ser así, esa palabra tendría dos acepciones: la del artículo 78 y la del artículo 210, y por consiguiente suprimiría la contenida en el artículo 78”. Sú-

²⁸² *Derecho Penal*, t. 5, N° 205.

²⁸³ T. 3, p. 225.

²⁸⁴ T. 2, ps. 352/3.

²⁸⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 277.

²⁸⁶ T. 5, p. 131.

²⁸⁷ SOLER, ob. cit., p. 304.

²⁸⁸ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 235/239.

²⁸⁹ CNCCorr., en pleno, 28-7-44, “Mouzo, José y otro”, L. L. 36-129.

²⁹⁰ MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. III, p. 256; SOLER, ob. cit., t. IV, p. 234.

mese a esto lo dicho en los antecedentes y la propia opinión de Moreno, cuando decía: “los términos del Código, unido a lo que dispone el artículo 210, solucionan la cuestión. El Código habla de banda, o sea la asociación destinada a cometer delitos y no un delito”²⁹¹.

En esta inteligencia, el proyecto de 1960, de Soler, agravaba el hurto y el robo (arts. 208 y 211) si se cometiera por tres o más personas, desvinculándolo legislativamente de la asociación ilícita que, en realidad, es el único camino a seguir si se cree que ésta debe ser una agravante del hurto y del robo.

Toda cuestión de política criminal, atendible por supuesto, que no esté basada en la ley, debe quedar fuera de toda discusión en la interpretación del texto legal. Tampoco debe entenderse que esta interpretación legal tiene la intención de favorecer a los imputados, que sería otro error, igual al que tiende a castigar más gravemente, porque, en este sentido, la interpretación no debe ser con esa intención, sino sólo teniendo en cuenta si es o no ajustada a una dogmática auténtica.

En síntesis, a nuestro juicio, el término banda es equivalente a la asociación ilícita.

De esta manera, entramos en lo que se llamaría una interpretación sistemática del Código Penal, que no ha definido, aparentemente, qué es banda, ya que expresamente se sacó la definición, tal como se dijo, habida cuenta de que ya estaba definida en el artículo 210 del Código Penal. Entonces, si no se recurre al concepto de la asociación ilícita del artículo 210 del Código Penal, resultará difícil, si no imposible, precisar el concepto. La dificultad primera y principal es en cuanto al número mínimo necesario de personas que integran la banda. Se parte casi dogmáticamente de que dicho número es tres. La pregunta es inevitable: ¿De qué texto legal, de qué extraña conjunción de ideas o factores surge el número de tres personas, que se ha repetido hasta el cansancio? ¿Y por qué no llevar éste a dos, cuatro, a cinco o veinte personas, que integran la llamada banda, independiente de la asociación ilícita? En este sentido, puede citarse al Código italiano del '30, que hablaba en el artículo 305 de tres personas, el artículo 518 del Código español de 1870, que se refería a cuatro integrantes de la banda. La

²⁹¹ MORENO, ob. cit., p. 143.

asonada del Código uruguayo, en su artículo 145, exige no menos de cuatro personas. El mismo Código italiano lleva el número a once en los artículos 339 II y 634 II, y el alemán en su parágrafo 244 habla de banda y se interpreta como de dos personas.

En términos más entendibles, si se desvincula el término banda del de asociación ilícita, la consecuencia, a nuestro entender, es que se está violando el principio de legalidad, al dejar la comprensión del significado banda al total arbitrio de los jueces, ya que en forma intencional y arbitraria el intérprete se separa de lo querido por el legislador cuando entendió qué era o qué se entendía por tal término. No hay otra forma lógica para sostener que deben ser tres personas, como mínimo, que recurrir al artículo 210 del Código Penal. Entonces, no hay motivo para apartarse de la asociación ilícita e independizar a la banda de ese concepto.

Por razones de lógica pura, el intérprete queda atrapado y debe sostener que la banda y la asociación ilícita son términos equivalentes.

A este argumento que, creemos, es uno de aquellos que los lógicos llaman argumento fuerte, se agrega otro no menos importante, que tiene su base en el análisis dogmático del precepto legal: cuál es la diferenciación entre la mera participación, primaria o secundaria, prevista en los artículos 45 y 46 del Código Penal, y la participación en una banda. Siempre que una persona actuara en el número de tres en un robo, formaría una banda, aunque fuera una complicidad secundaria. Si la respuesta es positiva, se están dejando de lado los principios básicos de la participación, sin sustento legal, llevando a un tipo penal creado por los jueces, creación ésta que viola el principio de legalidad.

El absurdo se pone de manifiesto en el siguiente ejemplo: desde la posición criticada, se verían obligados a aceptar que un matrimonio, con un hijo mayor de 16 años, que realiza el robo es una banda. No se puede afirmar que un grupo de jóvenes que se juntan con el objeto de apoderarse de objetos de un kiosco constituyan una banda y que merezcan una pena de prisión de cinco a quince años (art. 166) o de tres a diez años de prisión o reclusión (art. 167).

En síntesis, la agravante, tal como está en nuestro Código, requiere algo más que tres personas se junten a los efectos de apoderarse de lo ajeno; es decir, tal como el mismo Código lo dice, se requiere una banda, una asociación ilícita.

En síntesis, a nuestro juicio el concepto banda es equivalente a la asociación ilícita del artículo 210 del Código Penal.

El problema está en que a la asociación ilícita se le dé sólo una connotación típica de “nueva reunión” de personas, de modo que todo robo con tres personas sea asociación ilícita. La facilidad de nuestra jurisprudencia en aplicar el artículo 210 del Código Penal a cualquier hecho en donde sólo hay una participación de los artículos 45 y 46 del Código Penal, asombra, ya que se viola el principio de legalidad.

IV. El artículo 167 del Código Penal

Dice el artículo 167: “Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años:

”1° Si se cometiere el robo en despoblado.

”2° Si se cometiere el lugares poblados y en banda.

”3° Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas.

”4° Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 163”.

El aumento de la pena prevista por el artículo 167 del Código Penal se basa, fundamentalmente, en el estado de indefensión de la víctima, que se produce por diferentes circunstancias: por el lugar y por el número de sujetos activos, por un lado, y por el otro lado, por la forma de comisión del hecho, lo cual demuestra una mayor peligrosidad por parte del sujeto activo –tal y como se desprende de la lectura del inciso 3° del artículo 167–, y, por último, por la concurrencia de las circunstancias enumeradas por el artículo 163 del Código Penal.

V. Robo en despoblado

El inciso 1° prevé la agravante en el caso en que el robo se cometa únicamente en lugar despoblado. Como ya expusimos, el texto original contemplaba bajo esta numeración el “robo en despoblado y con armas”. La redacción actual proviene de la ley 20.642.

A diferencia de la agravante dispuesta por el artículo 166, inciso

2º, ésta ya no exige la concurrencia de la comisión en banda; solamente requiere que el robo sea cometido en un lugar alejado de poblado, en el que la víctima tenga escasa o nula posibilidad de encontrar ayuda.

Nos remitimos a lo expuesto al tratar el artículo 166, inciso 2º, en relación a las características que debe tener el lugar para considerarse despoblado.

VI. Robo en poblado y en banda

El inciso 2º califica el robo simple, en las circunstancias que concurren dos factores; éstos son, que el delito sea cometido en lugar poblado, entendiéndose por poblado –por oposición a lo explicado cuando se estudió la definición de despoblado– aquel lugar dentro del radio urbano, esto es, de las ciudades, villas, pueblos, aldeas, y sus calles, plazas y baldíos inmediatos, donde le es posible a la víctima obtener auxilio de terceros para sí y para sus bienes²⁹², y que los autores actúen en banda.

Nos remitimos, en lo pertinente, a lo dicho más arriba en relación al concepto de banda, que para nosotros es equivalente al de asociación ilícita.

Al igual de lo que sucede en la figura prevista por el artículo 166, inciso 2º, ambas circunstancias, es decir el lugar poblado y la banda, deben presentarse juntas para configurar la agravante.

El fundamento de esta agravante se centra, principalmente, en el estado de indefensión en el que se halla la víctima, ya no por el lugar en que ésta se encuentra, sino por el número de personas que concurren en el robo.

ROBO CON PERFORACIÓN O FRACTURA

I. Antecedentes

El proyecto Tejedor calificaba al robo cuando se hiciere: 1º) con escalamiento, perforación de pared, cerco o introduciéndose por conducto subterráneo, y 2º) con fractura de puerta, ventana o mueble sin

²⁹² TOZZINI, ob. cit., p. 329.

cerradura. Y sobre el concepto de fractura, la nota decía: “La efracción de un objeto cualquiera no constituye delito cuando no es un medio de cometer un robo: sólo da lugar, en este caso, a la acción civil de daños y perjuicios. Pero si la efracción se complica como medio de perpetración del robo, se considera como circunstancia accesorio de él, y en ciertos casos como circunstancia agravante [...] La efracción es un acto de fuerza, de rompimiento; supone, pues, que lo que estaba cerrado se abre por medios violentos, y que no son los que se empleaban habitualmente para abrir. El segundo carácter de la efracción es que el instrumento roto o fracturado estuviese destinado a cerrar o a impedir un pasaje (Chaveau, Adolphe, t. 5, ps. 119 y ss.)”²⁹³.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García calificaba el hurto en el artículo 318, inciso 1°.

El artículo 190 del Código de 1886 siguió en esta línea y preveía el robo sin violencia ni intimidación, que fuera perpetrado con perforación de pared o techo, o con fractura de puerta o ventana, para penetrar en el edificio.

El proyecto de 1891, que precisó menos los conceptos de hurto y robo, fue seguido por la ley de reformas 4189, y se refirió tanto a la perforación como a la fractura de pared, cerco, puerta o ventana de lugar habitado.

El proyecto de 1906 le agregó la frase “o sus dependencias inmediatas”. Y por último, al revisar el Senado el proyecto de 1917 introdujo la referencia al techo y al piso.

Así, el texto actual es el original del Código Penal, que había sido reemplazado por el decreto-ley 17.567, que contemplaba el caso en el artículo 166, inciso 1°, que castigaba el robo cometido “con perforación o fractura de pared, cerco, techo, piso, puerta o ventana del lugar donde se halla la cosa sustraída”. Esta reforma fue dejada sin efecto por ley 20.509. El decreto-ley 21.338 mantuvo el texto original, que también ha sido respetado por ley 23.077.

²⁹³ MORENO, ob. cit., p. 149.

II. Análisis de la agravante

1. El concepto de perforación o fractura

En este supuesto, más conocido dentro de la doctrina penal como efracción, la acción que desarrolla el sujeto activo no escapa de la que debe llevar a cabo en el tipo base del artículo 164 del Código Penal; éste continúa siendo un robo con fuerza en las cosas, pero esa fuerza contiene un plus, que es la circunstancia de que está constituida por la perforación o la fractura²⁹⁴.

La efracción supone la rotura de las cosas materiales mediante el uso de una fuerza. Como bien dice la ley, la fractura o la perforación de ellas²⁹⁵.

Fractura es el quebrantamiento, corte, separación, que implica destrucción, con daño de características especiales, de modo tal que no hay fractura si la defensa no se ha quebrantado destructivamente. Hay fractura en “todo esfuerzo material o *vis* física, que se emplee sobre tales elementos, aunque sea mínimo, dirigido a vencer la función de protección que le viene asignada por el propietario a tales elementos”²⁹⁶. Como dice Nuñez, la cosa es fracturada cuando es rota o cuando una parte de ella es separada con violencia²⁹⁷.

En cambio, la perforación es un concepto que no necesariamente participa de esas exigencias; implica horadar o atravesar por cualquier medio la defensa opuesta por el sujeto pasivo, aunque no tenga un resultado destructivo en el sentido que lo debe tener en la fractura²⁹⁸.

En la concepción de Nuñez, a quien sigue Tozzini²⁹⁹, dicha destrucción puede ser ocasionada únicamente por la fuerza humana, y no habrá perforación ni fractura si el atravesamiento o la rotura se logran por otro medio que no sea la fuerza, como sería el caso de quemarla con fuego o ácido³⁰⁰. En sentido opuesto, para Creus, la perforación

²⁹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, ps. 242 y 243.

²⁹⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 242.

²⁹⁶ STS, 20-9-82, cit. por GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 600.

²⁹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 242.

²⁹⁸ CREUS, ob. cit., ps. 460/461; NÚÑEZ, ob. cit., p. 243; TOZZINI, ob. cit., ps. 332/333.

²⁹⁹ TOZZINI, ob. cit., p. 333.

³⁰⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 243.

o fractura puede ser efectuada por cualquier medio de fuerza: humana, mecánica, química (por ej., con ácidos) o energía de otras clases, como el fuego³⁰¹.

A la efracción le son esenciales, según Nuñez, la fuerza, como causa, y la rotura, separación o perforación, como efecto³⁰².

Se hace un paralelismo de la efracción con el escalamiento, en tanto que, para que se configure aquélla, deben darse análogas circunstancias: una especie de escalamiento, porque ni la pared, ni el cerco, ni el techo, ni las puertas o ventanas fracturadas, por las cuales accede el delincuente, son los conductos ordinarios y comunes para entrar a los lugares habitados o sus dependencias inmediatas. Y efracción, porque el robo debe perpetrarse con perforación o fractura de pared, cerco, etcétera³⁰³.

La ley agrava la penalidad en este caso, porque la perforación o fractura recaen sobre paredes, cercos, techos, pisos, puertas o ventanas de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas, en razón de que el delincuente no se limita, en estos casos, a allanar las guardas puestas para la protección de las cosas, sino que allana los reparos construidos en defensa de las personas, con lo cual exterioriza su mayor peligrosidad³⁰⁴.

Dentro de las paredes, cercos y demás, la fuerza debe recaer sobre los elementos que los forman y dotan de seguridad o solidez³⁰⁵.

Los objetos de esta fuerza calificada son las defensas puestas por el dueño o tenedor de la cosa para protegerla, en tanto estén dotadas de suficiente solidez para oponerse realmente al apoderamiento, ya sea por su naturaleza compacta o su colocación, exigiendo un esfuerzo superior para superarlas³⁰⁶. Por ende, no habrá agravante cuando el ladrón destruya una puerta mosquitero para ingresar al lugar donde se encuentra el objeto a sustraer, o rompa un cristal, que ha sido

³⁰¹ CREUS, ob. cit., p. 460.

³⁰² NÚÑEZ, ob. cit., p. 243.

³⁰³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 280/281. También hace el paralelismo SOLER, ob. cit., p. 295.

³⁰⁴ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 281.

³⁰⁵ CREUS, ob. cit., p. 461.

³⁰⁶ Ídem nota anterior.

colocado como adorno, sin otra protección³⁰⁷. Tampoco hay agravante si el objeto constituye un simple cercamiento simbólico, como el caso de los precintos³⁰⁸.

La perforación o fractura debe ser *de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas*.

Lugar habitado es aquel que está destinado a servir de morada a una persona; éste debe ser un sitio en el que la persona se encuentre habitualmente, sea en forma permanente o transitoria. No es necesario que sea su lugar de residencia, sino que, solamente, en el momento del hecho se encuentre en esas circunstancias.

En otras palabras, la habitación puede ser habitual, temporaria o eventual, siempre que exista habitación en el momento del hecho. No basta que el lugar esté destinado a ser habitado, aunque se encuentre amueblado y alquilado para tal fin. El abandono del lugar, aunque temporario, excluye la habitación. La calidad de habitado de un lugar se determina por la unidad de la vivienda, bastando que dentro de esa unidad esté habitada una pieza o lugar de aquélla³⁰⁹.

Por ejemplo, una casa de playa que durante las vacaciones se encuentra habitada, configura el supuesto de robo agravado, mientras que si ésta se halla cerrada y vacía, la agravante no se configura.

Lo que importa destacar es que, tratándose de un lugar habitado, no es necesario que en el momento del hecho los habitantes se encuentren allí.

Las dependencias inmediatas son aquellas que no sólo están contiguas o muy cercanas al lugar habitado, “sino solamente aquellas comprendidas en el ambiente interior de la casa o edificio y destinadas a satisfacer las comodidades y esparcimientos de la vida doméstica”³¹⁰.

Esto implica, contrario al entonces Código de Francia que hablaba de todas sus dependencias, que nuestro Código es mucho más limitado en este sentido.

Creus amplía, a nuestro criterio erradamente, el concepto y afirma que comprende los ambientes que, sin estar dentro del lugar habitado

³⁰⁷ CNCCorr., sala I, 6-12-93, “Pretara, Walter V. A.”, c. 43.214.

³⁰⁸ CREUS, ob. cit., p. 461.

³⁰⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 244; TOZZINI, ob. cit., p. 338.

³¹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 251.

–casa–, se encuentran cerca de ésta, y, de alguna manera conectados a ella, prestando servicios a los habitantes, aunque sólo ocasionalmente se ocupen en el ejercicio de la habitación, como garajes, galpones, bodegas, galerías, patios, jardines. Estas dependencias están situadas dentro del recinto de intimidad de la habitación, pues tal es el sentido de inmediatez exigido por el inciso³¹¹.

Tozzini se refiere a las dependencias inmediatas de un lugar habitado “destinadas a satisfacer las necesidades, comodidades y esparcimientos de la vida doméstica y que se hallan dentro de los límites materiales que conforman el círculo propio de la defensa del hogar...”³¹²

El concepto de dependencia también obedece aquí, como en la violación de domicilio, a la idea de que se trata de un espacio ubicado como accesorio dentro del recinto de intimidad del ámbito del lugar habitado³¹³.

No son dependencias inmediatas los sitios alejados del emplazamiento del lugar que sirve de habitación –gallinero, galpón de herramientas alejado, un negocio separado de la casa–, con la excepción de que se encuentre conectado de alguna manera a ésta, como en el supuesto del local comercial que se comunica a la vivienda por medio de una puerta, o la habitación de la casa que se dedica a guardar herramientas³¹⁴.

Como vimos al tratar los antecedentes, el decreto-ley 17.567 había eliminado el requisito de lugar habitado, exigiendo que se tratara del lugar donde se hallaba la cosa sustraída, por lo cual la perforación o fractura de un lugar distinto no hacía jugar la agravante. Con la redacción actual, cuando el lugar en que se ejerce la fuerza típica es un lugar habitado, aunque no sea el lugar donde está la cosa, y este último no sea un lugar habitado, si la fractura o perforación realizadas en aquél fueron los medios para perpetrar el robo, éste será agravado. Esto se relaciona con lo que dijimos al tratar el tipo básico, en cuanto a que las defensas no son aquellas que simplemente han sido dispuestas por el propietario para tal fin, sino las que, en los hechos, desempeñan esa función³¹⁵. Son aquellas defensas de cercamiento, creadoras de una

³¹¹ CREUS, ob. cit., p. 462.

³¹² TOZZINI, ob. cit., p. 338.

³¹³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 245.

³¹⁴ CREUS, ob. cit., p. 462.

³¹⁵ Ídem nota anterior.

esfera de vigilancia dentro de la cual se encuentra la cosa y se encuentra o puede encontrarse, también, el dueño o guardián de aquélla³¹⁶.

2. *Modos de comisión*

La doctrina tradicional diferencia entre fractura interna y fractura externa; siendo la segunda de ellas el rompimiento de paredes, techo, suelo, puertas o ventanas, y la primera, la rotura de armarios, arcas, u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados³¹⁷. Quizá fuera más acertado hablar de fractura inmobiliaria y fractura mobiliaria³¹⁸.

Para Creus, no califican la fractura interna, ni la fractura o perforación hechas para salir de la casa, cuando el agente ya irrumpió por otros medios en el lugar habitado; pero hay una excepción respecto de los casos en los que el agente, antes de tomar la cosa, no haya violado el domicilio, pero para consumir el apoderamiento tenga que violarlo mediante la fractura o la perforación. Y ejemplifica con el ladrón de banco que se escondió durante las horas de trabajo dentro de él, y para sacar el dinero perfora la pared de la casa vecina habitada³¹⁹.

Soler, por su parte, entiende que, cuando la violencia característica del robo recae sobre las defensas creadoras de una esfera de vigilancia, de manera que constituya perforación o fractura, el robo será calificado, sea que la fractura haya recaído sobre puertas o ventanas exteriores o internas, porque en ambos casos el robo se perpetra con fractura, que es lo que exige la ley. Además, toda vez que el hurto no se consuma por la simple remoción, no puede negarse la calificación cuando la fractura tiene lugar para sacar la cosa, porque esto también importa perpetrar el robo con fractura³²⁰. Tozzini adhiere a esta tesis³²¹.

Nuñez, en cambio, sostiene que es lógico y razonable que la efracción sólo sea la que sirve para entrar al lugar cuya inviolabilidad tiene en cuenta la agravante. De modo que la efracción para salir ya no lesiona esa inviolabilidad y menos aún la efectuada fuera del lugar

³¹⁶ SOLER, ob. cit., p. 294.

³¹⁷ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., ps. 599/601.

³¹⁸ VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 356.

³¹⁹ CREUS, ob. cit., p. 463.

³²⁰ SOLER, ob. cit., p. 294.

³²¹ TOZZINI, ob. cit., p. 336.

del robo, para procurar su impunidad³²². Y ésta es la posición correcta, teniendo en cuenta el sentido de la agravante y la idea de que se trata de una mayor fuerza en las cosas.

De modo que la efracción que configura la agravante debe ser anterior o concomitante con la perpetración del robo, extremo que surge de la expresión del Código: “Si se perpetrare el robo...” Es decir, si la efracción se practica después de consumado el robo, ya no sería agravante³²³.

3. *Tipo subjetivo*

El dolo exige el conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo, y la voluntad de usar la perforación o fractura para consumir un apoderamiento.

El error sobre alguna de las circunstancias fácticas del tipo objetivo, cual puede ser que el autor piense que se trata de una casa deshabitada aquella que sí está habitada, constituirá un error de tipo sobre las circunstancias de calificación, que dejará el hecho en la figura del robo simple.

Núñez, a quien adhiere Tozzini³²⁴, admite la posibilidad de dolo eventual, cuando el autor se represente la eventualidad de la habitación del lugar, o de la intermediación de la dependencia³²⁵.

4. *Autoría y participación*

Tanto la perforación como la fractura deben ser realizadas por el autor del apoderamiento o un tercero en connivencia con él. La acción de quien aprovecha la perforación realizada por un tercero que no participa en su acción, o sin que aquél participe en la acción de éste, no encuadra dentro de la agravante³²⁶.

5. *Consumación y tentativa*

Como la efracción es siempre un medio para el apoderamiento, constitutivo de una fuerza en las cosas suficiente para que aquél cons-

³²² NÚÑEZ, ob. cit., p. 244.

³²³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 281.

³²⁴ TOZZINI, ob. cit., p. 340.

³²⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 245.

³²⁶ CREUS, ob. cit., p. 461.

tituya un robo, la figura calificada se consumará recién con el apoderamiento. La perforación o fractura realizadas con finalidad de apoderamiento, sin haberlo conseguido, deja el hecho en tentativa de robo calificado³²⁷

6. *Relación con otras agravantes*

Es suficiente el ejercicio de fuerza del modo y en las defensas enunciadas por el tipo, para que el apoderamiento constituya un robo agravado, sin que sea menester que a ella se aditen otras fuerzas o violencia encaminadas al apoderamiento. Así, quien perfora una ventana para acceder a la casa donde está la cosa, comete robo calificado, aunque después la remueva con facilidad, sin emplear alguna otra fuerza. Del mismo modo, la perforación o fractura a las que se agrega violencia sobre las personas, ya sea ésta anterior, concomitante o posterior al apoderamiento, obliga a la aplicación de esta agravante, en forma exclusiva. Ello pues la calificante se refiere también a los robos en que se conjugan pluralmente los medios comisivos contemplados por el artículo 164 del Código Penal³²⁸.

7. *Relación con el delito de daño*

El robo calificado, o su tentativa mediante perforación o fractura, absorben el daño causado por la fuerza en las cosas. El delito de daño sólo opera cuando el robo o su tentativa resultan impunes³²⁹.

8. *Agravantes del artículo 167, inciso 4º, en relación con el artículo 163*

Este inciso plantea las mismas circunstancias de agravación del artículo 163 del Código Penal, a las cuales habrá de agregarse, además, la existencia de fuerza en las cosas y violencia en las personas. Casi la totalidad de las agravantes del robo no traen aparejado ningún problema, por lo cual nos remitimos a lo desarrollado al explicar estas agravantes.

El problema se suscita con el inciso 1º del artículo 163. Así, puede decirse que la primera parte de dicho inciso, es decir el robo

³²⁷ CREUS, ob. cit., p. 463; TOZZINI, ob. cit., p. 340; NÚÑEZ, ob. cit.

³²⁸ CREUS, ob. cit., p. 460.

³²⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 245; CREUS, ob. cit., p. 463; TOZZINI, ob. cit., p. 340.

de ganado mayor o menor, el robo de máquinas o instrumentos de trabajo dejados en el campo, no traen aparejados mayores inconvenientes, puesto que a los elementos que hemos descripto, debemos adicionarle la utilización de la violencia en las personas, o fuerza en las cosas, sobre reparos que no constituyen cercos, como cortar la cadena que sujeta la máquina a un árbol o cortar la sogá que ata al caballo dejado en el campo atado a un poste³³⁰.

Tampoco se puede decir que el inconveniente sea dado por el robo de los productos separados del suelo. La dificultad, en realidad, se presenta al prever la posibilidad del uso de la fuerza cuando califica la figura del hurto simple al referirse a los cercos o sus elementos y dice: *causando su destrucción total o parcial*, pues dicha destrucción en sí misma trae aparejada la idea de fuerza sobre las cosas; entonces, habrá robo agravado cuando concurren “supuestos de violencia personal” o “violencia legalmente independiente”³³¹.

En cuanto a la agravante del inciso 2º del artículo 163, es decir, el hurto calamitoso, será robo agravado por esta circunstancia cuando el autor lo cometa utilizando violencia sobre las personas. Por ejemplo, si en las circunstancias enumeradas por el inciso 2º del artículo 163, el autor, además de aprovechar las facilidades brindadas, para facilitarlas aún más, propina un golpe de puño al dueño de la cosa.

JURISPRUDENCIA

1. Elementos

a) *Apoderamiento ilegítimo*

En el delito de robo, el acto de apoderamiento se estructura con el acto material de obtención de la cosa, y con el propósito de someterla al propio poder, es decir, el de disponer de ella, propósito que comprende cualquier finalidad de uso, goce, afectación o destino que una persona puede obtener de una cosa o le pueda dar a ella.

CNCCorr., sala IV, 13-6-96, “Duhour, Antonio y otro”, J. A. 1997-II-539

³³⁰ SOLER, ob. cit.; TOZZINI, ob. cit., p. 341.

³³¹ TOZZINI, ob. cit., p. 344.

b) *Fuerza en las cosas*

1. La fuerza que transforma al hurto en robo no es sólo la extraordinaria o anormal, sino toda aquella que fuere necesaria ejercer para vencer materialmente la resistencia al apoderamiento, por lo que también configura robo, y no simplemente hurto, el ejercicio por parte del ladrón de una energía normal, o sea, similar a la que necesitaría el dueño o el legítimo tenedor para separar y tomar la cosa, según lo exija su naturaleza, cuando tales actos demanden cierto esfuerzo físico, humano o artificial, tal como ocurre en las acciones de arrancar, de cortar, de hachar, de destornillar, entre otras, energía que está totalmente ausente en el apoderamiento sin uso de energía que caracteriza al hurto simple.

2. Corresponde que el sumario se sustancie en la Justicia de Instrucción y no en la Correccional, ya que para lograr desmontar la caja de velocidades del vehículo objeto del delito, los imputados tuvieron que vencer la resistencia que presentaba la cosa al desabulonar la del motor, por lo que dicho accionar encuadra jurídicamente dentro del delito de robo (art. 164, Cód. Pen.) y no en el hurto.

CNCCorr., sala I, 7-5-97, "S., J. R.", c. 6734

Si bien las constancias de la causa no prueban el empleo de fuerza física sobre el aparato telefónico, debe encuadrarse el hecho en la figura de robo si el encausado utilizó una llave falsa para obtener ilegítimamente los cospeles del interior del teléfono público.

CNCCorr., sala I, 1-10-97, "Calvo, Jorge M.", L. L. 1998-E-353

Si el encausado procedió a cortar el cableado del arranque del automóvil, uniéndolo como puente para poner en marcha el motor, tal manipulación constituye una forma violenta de lograr la sustracción de aquél, por lo cual la conducta encuadra en las previsiones del artículo 164 del Código Penal.

CNCCorr., sala VII, 6-3-98, "Palazzo, Carlos J.", L. L. 1999-B-652 y D. J. 1999-2-715

c) *Violencia en las personas*

Incorre en el delito de robo (art. 164 del Cód. Pen.), quien se apoderó en forma ilegítima de una cosa mueble ajena y del contexto de la causa puede concluirse claramente que para ello utilizó cierto elemento que operó como intimidación suficiente para que la víctima se viera intimidada.

C1ªCrim. de Paraná, sala I, 8-7-98, “Fernández, Walter D.”, L. L. Litoral 1999-1075

Se encuentra plenamente tipificada la figura penal del robo contenida en el artículo 164 del Código Penal si se ha aparentado la existencia de un arma entre las ropas y se han expresado palabras en claros términos intimidatorios, pues la violencia en las personas comprende tanto la “vis física” como la “vis compulsiva” –representada por la amenaza inmediata de violencia–.

TOCr.Fed. Nº 25, 10-4-2000, “Conte, Jorge A. y otro”, L. L. Supl. Der. Penal del 22-9-2000

d) *Consumación*

Quedó consumado el robo si los imputados tuvieron la posibilidad material de disposición de lo robado aun cuando fuera por una fracción de segundo y aun cuando no hubiesen dispuesto de la cosa objeto del robo.

CNCCorr., sala I, 14-11-97, “Wasiluk, Daniel”, L. L. 1998-B-836 y D. J. 1998-2-432

Aunque la víctima no haya perdido de vista al imputado hasta su detención, corresponde considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo consumado, si sus dos compañeros lograron huir y no fueron encontrados algunos de los elementos sustraídos.

TOCr.Fed. Nº 14, 28-10-99, “Pilar Puentes, Pedro S.”, L. L. Supl. Der. Penal del 22-9-2000

El delito de robo debe considerarse consumado si los autores tuvieron la disponibilidad de la prenda apoderada ilegítimamente, y

no obstante no se pudieran recuperar los demás objetos denunciados oportunamente.

TOCr.Fed. N° 25, 10-4-2000, "Conte, Jorge A. y otro", L. L. Supl. Der. Penal del 22-9-2000

2. Robos agravados

a) *Robo con homicidio*

1. Configura el delito del artículo 165 del Código Penal, la conducta de varios individuos que, con el objeto de despojar ilegítimamente a la víctima de cierta cantidad de dinero, la golpean reiteradamente frente a su residencia, produciéndole la muerte varios días después como consecuencia de dichas lesiones.

2. La figura del artículo 165 del Código Penal, no exige un proceder doloso, sino que comprende los homicidios que sean resultado accidental de las violencias del robo.

CNCas.Pen., sala III, 15-9-95, "Guardia, Hugo C.", J. A. 1997-II-498

1. El delito de robo seguido de muerte tipificado en el artículo 165 del Código Penal, no obstante ser una figura compleja constituye un delito indivisible por lo cual sus disposiciones adelantan el momento consumativo del mismo, centrándolo en el ataque contra las personas aunque no haya acto alguno contra la propiedad.

2. El robo seguido de muerte, en los términos del artículo 165 del Código Penal, no admite tentativa.

CCCorr. de Bell Ville, 19-3-98, "Becchio, Alberto M. y otros", L. L. C. 1999-892

El robo con homicidio del artículo 165 del Código Penal contempla los casos en los que no es dable afirmar que se esté en presencia de la intención de matar del artículo 80, inciso 7°, del Código Penal, e incluye los hechos de resultado preterintencional del artículo 81, inciso b, del Código Penal.

CNCCorr., sala VI, 21-4-98, "Tomier, Pedro A.", D. J. 1999-2-69

Tratándose de un homicidio en ocasión de robo, el grado de participación de cada uno de los intervinientes debe referirse al robo, no al homicidio que resultare “con motivo u ocasión del mismo”.

SCJBA, 7-7-98, “García, Julio R.”, D. J. B. A. 155-5903

1. La existencia de un concierto delictivo previo entre varias personas para robar en un comercio utilizando armas y la consumación del delito aun sin éxito, no permite concluir que en dicho concierto subyaciera aunque sea en forma implícita, la posibilidad de asaltar a un transeúnte y darle muerte. Por ello, no se configura en tales circunstancias el delito de homicidio en ocasión de robo.

2. El consentimiento dado al uso de armas en la realización de un robo permite en ciertos casos concluir que el eventual resultado –en el caso, muerte de una persona– era previsible y así reprochable a todos los que consintieron tal uso. Empero, ello será posible siempre y cuando ese resultado se produzca en la faz ejecutiva del o los hechos para cuya realización se había dado el acuerdo y no si el mismo ocurre al margen del mismo.

CPen. de Santa Fe, sala IV, 18-2-99, “Castro, Miguel A.”, L. L. Litoral 1999-738

1. Corresponde encuadrar el hecho como instigación al delito de robo calificado por la muerte de la víctima (arts. 45 y 165, Cód. Pen.), ello aun cuando la aportación del acusado se limitó a determinar a uno de los autores a cometer un robo pero no a matar a la víctima, ya que la instigación no es un delito en sí mismo –al igual que la acción material–, sino un modo de intervenir o participar en el delito.

2. La participación que cada uno tenga en el delito cuya acción describe el artículo 165 del Código Penal, debe referirse al robo y no al homicidio resultante con motivo u ocasión del robo, ya que el llamado “homicidio en ocasión de robo” no constituye básicamente un homicidio sino que se trata de un robo calificado; en consecuencia, aunque el acusado haya instigado a cometer un robo, si la víctima del mismo fue muerta, su participación debe juzgarse conforme la figura agravada.

CCCom.CCcorr. de Pergamino, 17-8-99, “Suárez, Ariel A.”, L. L. B. A. 1999-1061

b) Robo con lesiones graves

En la comisión del delito de robo calificado con lesiones graves debe aplicarse directamente la escala penal correspondiente al robo calificado, sin recurrir a las normas de la tentativa.

CNCas.Pen., sala III, 15-9-95, “Guardia, Hugo C.”, J. A. 1997-II-498

Si en el curso de una conducta tendiente a concretar un apoderamiento ilegítimo se causare un daño en el cuerpo o salud de magnitud como para configurar lesiones previstas en los artículos 90 y 91, el tipo penal queda integrado en todos sus elementos constitutivos, de donde acreditada la lesión, ya no interesa que se efective el ataque a la propiedad para considerarlo consumado.

CNCas.Pen., sala II, 10-7-97, “Nodar, Edgardo M.”, L. L. 1999-E-903 y J. A. 1998-III-502

La tentativa de robo es incompatible con el resultado de lesiones graves o gravísimas.

CCrim. 2ª Nom. de Córdoba, 6-5-98, “Gutiérrez, David A.”, L. L. C. 1999-1362

c) Robo con armas

Si el imputado reconoció el uso de un arma en el robo y en su confesión no cuestionó su capacidad ofensiva, ello impide exigirle a la parte acusadora –que probó su existencia mediante testigos, aunque los mismos no hayan efectuado una descripción de aquélla en sentido legal– la demostración de la idoneidad del arma, pues imponérselo significaría que la agravante pudiese ser aplicada solamente en casos de flagrancia o cuando se hubiesen efectuado disparos pero no en aquellos en que nada de ello hubiese ocurrido, con lo cual se desvirtuaría el sentido de la figura del artículo 166, inciso 2º, del Código Penal.

CSJN, 12-3-96, “A., M. y L., O. G.”, E. D. 168-593

Configura el agravante de robo con arma previsto en el inciso 2º, del artículo 166 del Código Penal, el accionar del encausado que esgrime una botella vacía para desapoderar a la damnificada de su cartera.

CNCCorr., sala V, 26-6-96, "González, Norberto A.", J. A. 1997-1-535

Quien emplea un arma en cualquiera de los tres momentos en que la violencia convierte el apoderamiento en robo –antes de facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad–, comete robo calificado en la forma prevista por el inciso 2º del artículo 166 del Código Penal.

CNCCorr., sala VI, 10-3-97, "Barrios, Néstor", L. L. 1998-A-365, D. J. 1998-2-44 y J. A. 1998-I-581

La figura del robo con armas desplaza, por especialidad, la agravante del robo en banda.

CNCCorr., sala VI, 10-3-97, "Barrios, Néstor", L. L. 1998-A-365, D. J. 1998-2-44 y J. A. 1998-I-581

1. Si el poder potenciante es inherente –en sentido legal– al término arma, será tal capacidad un hecho que habrá que probar siempre. Si se descarta la concepción subjetiva sobre el elemento típico arma (art. 166, inc. 2º, Cód. Pen.) resulta inevitable adoptar la doctrina objetiva sobre el riesgo corrido por el sujeto pasivo, y toda construcción que imagine un arma que asusta pero no daña no será apta respecto del concepto legal de arma. El arma de fuego descargada o inútil no es arma en el sentido legal como tampoco sería un cuchillo de papel por buena que fuese la imitación. Lo expuesto no se refiere al uso impropio de un revólver como objeto contundente, pues en tal caso será arma en sentido legal no porque sea un revólver sino porque el usarlo para golpear o como proyectil aumentará el poder ofensivo del sujeto y el peligro real de quien recibe el ataque, como lo sería cualquier otro objeto utilizable en tal carácter (de la mayoría en orden a la calificación legal).

2. A los efectos de la agravante dispuesta por el artículo 166, inciso 2º, del Código Penal sólo es necesario que se utilice un arma, sea o no de fuego, esté cargada o descargada, funcionando o inutilizada, ya que por otra parte no puede decirse que un arma de fuego des-

cargada o inútil no es arma, como tampoco es posible acotar que un automóvil sin combustible o sin ruedas no es un automóvil, aunque mal pueda en esas condiciones cumplir su función de transporte (del voto en minoría del Dr. Hitters).

SCJBA, 22-4-97, “Ballesteros, Enrique D. y otros s/Robo calificado”, c. 45.458, L. L. B. A., N° 7, agosto de 1997

No satisface las exigencias del agravante del robo con armas la pistola que, siendo réplica de una verdadera, dispara proyectiles de plástico, en tanto no responde a la calidad de arma de fuego, ni se atiende a las exigencias del plenario “Costas, Héctor”.

CNCCorr., sala VII, 13-11-97, “Araujo, Iván y otro”, L. L. 1998-D-802 y D. J. 1998-3-1063

Resultaría constituido el delito de robo con armas, pues, aunque el cuchillo que se habría utilizado en el suceso no fue incautado, si de los dichos de los damnificados se desprendería su empleo en el hecho.

CNCCorr., sala IV, 18-2-98, “Astudillo González, Juan C.”, L. L. 1999-A-477

No se tipifica la agravante contenida en el artículo 166, inciso 2º, del Código Penal, respecto del uso de un aerosol que contenía gas irritante, si ante la ausencia de pericia técnica que estableciera que el gas tenía la conformación química que exige el artículo 5º, inciso 3º, del decreto 395/75 y sus modificaciones, reglamentario de la ley 20.429, existen serias dudas para que se la considere arma de uso civil.

TOCr.Fed. N° 3, 22-9-98, “Zeitune, David A. y otro”, L. L. 1999-B-623 y D. J. 1999-2-487

Debe aplicarse la agravante de robo por uso de armas a todos los intervinientes en el hecho ya que, al margen de quien haya portado efectivamente el arma, se prevalieron de esa situación y convergieron intencionalmente en el modo de realización de la empresa criminal.

TOCr.Fed. N° 6, 7-10-98, “Martínez, Gabriel E. y otros”, L. L. 1999-B-329 y D. J. 1999-I-970

Para que se configure el robo con armas, debe considerarse arma no sólo a aquella apta para disparar, sino también la que carece de capacidad funcional para ello (arma propia e impropia), siempre que en el caso concreto el agente tenga conocimiento de la capacidad funcional de ésta para intimidar o ejercer violencia, poniendo en peligro la integridad física y psíquica de la víctima.

SCJ de Mendoza, sala II, 15-12-98, "V. B., M. C. y otros", L. L. Gran Cuyo 1998-265

1. No existe diferencia entre intimidar a la víctima de robo con un arma cargada o descargada, porque la razón de la agravante no requiere del disparo.
2. Basta que el arma sea de cualquier tipo o peligrosidad, revólver cargado o descargado, apto o no para disparar, y que se use en tono amenazante, para arribar al resultado querido por el tipo penal del robo, cual es el despojo de la cosa.
3. Aun cuando el arma no haya sido empleada con grave peligro o con propósito agresivo, su representación compulsiva sobre la base de su utilización eventual como objeto vulnerable, provoca la agravación de la figura del robo.
4. La idoneidad del arma no aparece legalmente impuesta como condición de validez de un juicio afirmativo, a los fines de la configuración del supuesto del artículo 166, inciso 2º, del Código Penal.

CCrim. 3ª Nom. de Córdoba, 15-3-99, "Arce, Héctor A. y otros", L. L. 1999-F-757 y L. L. C. 1999-1046

Si de las características del hecho, en el que tomaron parte seis personas que ingresaron a una vivienda particular, con despliegue de gran violencia, llegando a amenazar y estar dispuestos a disparar contra vecinos o quien fuera se acercase a la casa, resulta impensable que se lo llevare a cabo con armas descargadas o de juguete, cabe tipificar a la conducta atribuida como robo agravado por el uso de armas.

TOral de Menores Nº 1, 12-4-99, "N., D. y otros", D. J. 1999-3-274

Si la víctima advierte la relación entre el uso del arma como medio intimidatorio y el peligro generado por ésta, entregando la motocicleta al imputado, el hecho encuadra en el tipo agravado del inciso

2º del artículo 166 del Código Penal, y la circunstancia de que no se haya probado en autos si el arma que portaba el imputado era propia, no excluye su aplicación.

SCJ de Mendoza, sala II, 17-9-98, “Bottacabolli, Juan M. P.”, L. L. 1999-D-738 y J. A. 1999-II-573

El delito de robo no puede verse agravado, en los términos del artículo 166, inciso 2º, del Código Penal, si no se prueba que las armas sean efectivamente empleadas en la comisión del delito, pues no basta con que el delincuente las lleve consigo.

CNCCorr., sala V, 29-12-99, “Díaz, Fabián I.”, L. L. Supl. Der. Penal del 22-9-2000

1. El empleo de una botella de vidrio durante un robo en forma amenazante hacia la víctima –en el caso, a modo de garrote–, transforma a dicho elemento en un arma impropia, pues tiene aptitud para aumentar el poder ofensivo del imputado, disminuyendo asimismo la capacidad del damnificado para oponer resistencia al hecho.

2. Corresponde considerar coautor responsable del delito de robo agravado por su comisión con arma –en el caso, impropia– al imputado que no portaba la misma, si ello obedecía a un reparto de tareas previo para la comisión del ilícito.

CNCCorr., sala IV, 27-4-2000, “González, Pedro M.”, L. L. Supl. Der. Penal del 30-10-2000

d) *Robo en banda*

La calidad de menor inimputable que pudiera tener alguno de los intervinientes en el robo no es óbice para considerarlo integrante de la banda que agrava el robo.

CNCCorr., sala VI, 10-3-97, “Barrios, Néstor”, L. L. 1998-A-365, D. J. 1998-2-44 y J. A. 1998-I-581

Es aplicable la agravante “en banda” en el delito de robo, aun cuando se emplee fuerza sobre las cosas y sin la presencia del sujeto pasivo al tiempo de la comisión del hecho.

CNCCorr., plenario Nº 218, 18-11-97, “Cejas, Walter A.”, L. L. 1997-F-862

Dado que desde la génesis de las actuaciones se logró la detención de sólo uno de los individuos que integrarían el grupo, careciéndose de parámetros para establecer si los restantes sujetos cumplirían con los requisitos del artículo 45 del Código Penal, el hecho en examen resultaría constitutivo de robo simple.

CNCCorr., sala IV, 26-11-97, “De Vita, Pedro S.”, L. L. 1998-F-886

El término “banda” previsto en el artículo 167, inciso 2º, del Código Penal refiere al hecho de perpetrarse el robo con una pluralidad de sujetos –tres o más–. Tal modalidad delictiva confiere al robo una mayor peligrosidad que, al disminuir la posible defensa de la víctima, ha motivado una mayor protección penal por parte del legislador. Por ello, no importa la exigencia de que tal banda esté organizada como una asociación ilícita en los términos del artículo 210 del cuerpo legal citado.

CNCas.Pen., sala II, 20-4-98, “Vega, Mauricio G.”, D. J. 1999-2-1033

Si tres o más individuos intervienen en un robo sin las características que se reclama para dar por configurada la figura de la asociación ilícita, tal conducta se valora según las reglas generales de la participación criminal de los artículos 45 y siguientes de las normas sustantivas con relación al robo del artículo 164 del Código Penal (del voto en disidencia del Dr. Madueño).

CNCas.Pen., sala II, 20-4-98, “Vega, Mauricio G.”, D. J. 1999-2-1033

La expresión “banda” comprendida en el artículo 167, inciso 2º, del Código Penal no indica solamente una pluralidad de partícipes ejecutivos de por lo menos tres sujetos, sino que refiere a la existencia de los requisitos típicos del artículo 210 del mismo cuerpo legal.

CPen. de Santa Fe, en pleno, 2-5-98, “Robles o Roble, Javier N. y otra”, L. L. Litoral 1999-609

El término “banda” previsto en el artículo 167, inciso 2º, del Código Penal se refiere al robo perpetrado con una pluralidad de sujetos –tres o más–. Tal modalidad delictiva confiere al robo una mayor

peligrosidad que, al disminuir la posible defensa de la víctima, motiva una mayor protección penal por parte del legislador.

CNCas.Pen., sala II, 16-6-98, “Jarma, Cristian R.”, L. L. 1999-F-573

La mera reunión de personas para cometer un delito determinado sin la cohesión y predeterminación de un quehacer futuro y común de un número indeterminado de ilícitos, carece de los elementos constitutivos de la “banda”, contenida como agravante en el artículo 167, inciso 2º, del Código Penal (del voto en disidencia del Dr. Madueño).

CNCas.Pen., sala II, 16-6-98, “Jarma, Cristian R.”, L. L. 1999-F-573

A los fines de la aplicación de la agravante del artículo 167, inciso 2º, del Código Penal es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte en la ejecución del hecho –empleando este término en el sentido del artículo 45–, sin necesidad de que tales partícipes integren a su vez una asociación ilícita de la que describe el artículo 210 del citado texto legal.

CNCas.Pen., sala III, 22-6-98, “Calderón, Mauricio Javier s/Recurso de casación”, c. 1407

Para la atribución del robo en banda no es necesario que se encuentren sometidos a proceso todos los integrantes de la misma.

CNCCorr., sala VI, 8-7-98, “Aquino, J.”, L. L. 1999-D-788

No puede admitirse la calificante del artículo 167, inciso 2º, del Código Penal si los tres o más integrantes de la “banda” no han comparecido a estar a derecho (del voto en disidencia del Dr. Elbert).

CNCCorr., sala VI, 20-5-99, “Castro, Susana”, L. L. 1999-E-577; *id.*, “Aquino, J.”, L. L. 1999-D-788

El empleo del término “banda” en la agravante del robo se refiere a su perpetración por una pluralidad de sujetos, pero ello no significa identificar aquel concepto con el de “asociación ilícita”, ya que para configurar el supuesto del artículo 210 del Código Penal es

menester que el formar parte de la banda tenga por finalidad la de cometer delitos y se reprime por el solo hecho de ser miembro de la asociación, mientras que “la banda” –como calificante del robo– es necesario solamente que tenga por fin el de cometer ese ilícito determinado.

SCJBA, 28-9-99, “Sosa, Jorge F.”, L. L. B. A. 1999-1308 y D. J. B. A. 157-6811

e) *Robo con perforación o fractura*

El vidrio, más allá de su fragilidad, constituye el cuerpo material de una ventana y representa una defensa colocada por su propietario para impedir la intrusión de extraños a su domicilio. Por tanto, su rotura constituye efracción que califica el robo.

CNCCorr., sala VI, 19-4-97, “Fonseca, Roberto”, L. L. 1998-D-884, D. J. 1998-3-148 y J. A. 1998-II-547

La rotura del vidrio de una ventana no constituye fractura, en los términos del artículo 167, inciso 3º, del Código Penal, pues el cristal común no cumple una función defensiva, salvo que se trate de uno blindado. Por tanto, dicha acción queda abarcada en la fuerza en las cosas de la figura genérica del artículo 164 del mismo ordenamiento (del voto en disidencia del Dr. Elbert).

CNCCorr., sala VI, 19-4-97, “Fonseca, Roberto”, L. L. 1998-D-884, D. J. 1998-3-148 y J. A. 1998-II-547

La calificante por fractura no se vincula necesariamente con el grado de violencia empleada –sea o no la ordinaria constitutiva del artículo 164 del Código Penal– sino que la acción resulta mentada por la circunstancia agravante en tanto, mediante ésta, el legislador ha venido a exponer ciertas condiciones objetivas, en las que aquella violencia se refleja, en el caso, para vulnerar la protección propia de la morada que fuera objeto de la acción típica (del voto del Dr. Pettigiani).

SCJBA, 20-10-98, “Quinteros, Horacio D. y otros”, D. J. B. A. 155-7979

1. Desde el punto de vista objetivo del tipo, resulta inadmisibles establecer que el concepto de fractura previsto en el artículo 167,

inciso 3º, del Código Penal se halla integrado por la calidad o cantidad de la fuerza ejercida para configurarla, ya que no sólo sería imposible cuantificarla, sino introducir un requisito que la ley misma no contempla (del voto del Dr. Pettigiani).

2. Al agravar el legislador el robo cometido mediante efracción, ha querido reflejar la superior tutela que el orden jurídico establece si propiedad y habitación corren simultáneamente peligro. Al respecto, cualquier interpretación de la calificante debe hacerse en el sentido que mejor responda a aquellos propósitos legales. En efecto, romper implica separar con mayor o menor violencia las partes de un todo, deshaciendo su unión, al igual que quebrantar significa romper o separar con violencia. A su turno, quebrar implica el mismo sentido que quebrantar, pero se le añade el sentido de doblar, y más específicamente el de torcer una cosa encorvándola (del voto del Dr. Pettigiani).

3. Conformando la puerta un sistema y aun un cuerpo único con el marco que le presta robustez, y al que se imbrica sólidamente mediante el mecanismo del cerrojo o cerradura que asegura precisamente su cierre, medió la “fractura” que exige el tipo del inciso 3º, del artículo 167 del Código Penal si existió separación violenta de las partes de ese complejo unitario, sin que importe cuál fue la cantidad de fuerza o eventualmente los medios utilizados al efecto, y si inclusive existió doblez o torcimiento de la mencionada puerta produciéndose así el paso necesario para vencer la defensa preconstituída e ingresar al lugar donde consumaron el hecho delictivo (del voto del Dr. Pettigiani).

SCJBA, 20-10-98, “Quinteros, Horacio D. y otros”, D. J. B. A. 155-7979

CAPÍTULO III

EXTORSIÓN

SUMARIO: I. La extorsión. 1. Bien jurídico protegido. II. Antecedentes. *La extorsión común*. I. Tipo objetivo. 1. La intimidación. a) La intimidación propia. b) La entrega. La imputación objetiva. c) Objetos del delito. d) La intimidación y la violencia. 2. La llamada intimidación engañosa: la simulación de autoridad o falsa orden de ella. II. Tipo subjetivo. III. Consumación y tentativa. *La extorsión de documentos de obligación o de crédito*. I. La acción típica. II. Objeto. III. Tipo subjetivo. IV. Consumación y tentativa. V. Confluencia de tipos penales. *Chantaje*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. 1. Imputaciones en contra el honor. 2. Violación de secretos. 3. La lesión patrimonial. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación y tentativa. VI. Relación con otros tipos delictivos. *Secuestro extorsivo. Rescate*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Sujetos. VI. Consumación y tentativa. VII. Concurso con otros delitos. VIII. El tipo agravado. *Sustracción de cadáver*. I. Antecedentes. II. Tipo objetivo. III. Tipo subjetivo. IV. Consumación y tentativa. *Jurisprudencia*.

Los delitos comprendidos en este capítulo son: extorsión común (art. 168, primer párrafo), extorsión de documentos (art. 168, segundo párrafo), extorsión por amenazas de imputaciones contra el honor o la violación de secretos, también llamado chantaje (art. 169), secuestro extorsivo (art. 170), y por último, extorsión mediante la sustracción de un cadáver para hacerse pagar su restitución (art. 171).

I. La extorsión

1. *Bien jurídico protegido*

Estas figuras se encuentran dentro de los delitos contra la pro-

piEDAD, aunque la extorsión, por el medio empleado para cometerla, que es la coacción moral, también constituya un ataque a la libertad de la víctima.

Téngase en cuenta que en la historia de nuestra legislación penal, no siempre la extorsión ha sido clasificada como un delito lesivo del patrimonio, sino que ha variado el bien protegido, especialmente en los antecedentes.

Para que una acción sea considerada extorsión, debe significar un atentado contra ambos bienes jurídicos, esto es, la propiedad y la libertad¹.

La esencia de la extorsión, la característica que la diferencia de los demás delitos contra la propiedad, radica en que el extorsionador emplea una coacción moral contra la víctima, para obtener de ella, en forma ilícita, un beneficio patrimonial. Por ello Molinario y Aguirre Obarrio la definen como la obtención injusta de un beneficio pecuniario en perjuicio de la víctima, mediante la coacción moral que se ejerce contra su voluntad². González Roura afirma que la extorsión consiste en procurarse indebidamente una ventaja patrimonial, con perjuicio de otro, colocando a la víctima ante un dilema, uno de cuyos términos es el perjuicio patrimonial que ella o un tercero ha de sufrir, y el otro, el daño que, en caso contrario, a ella o a una persona de su familia ha de deparársele³. Núñez concluye que fue Rivarola quien afirmó la tesis exacta, ya que, al igual que el robo, la extorsión no agota su objetividad jurídica en la ofensa a la libertad individual, sino en la ofensa al derecho de propiedad⁴. La idea que nutre a la doctrina nacional en este aspecto está en Carrara, de manera que la Exposición de Motivos del proyecto de 1891, en relación al artículo 168 del Código derogado, afirmaba: “Esta disposición está incluida en el Código, en el artículo que comienza el capítulo *Amenazas y coacciones*; haciendo prevalecer para la calificación el medio de ejecución del delito, sobre el fin, aun

¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 292.

² Ídem, p. 286.

³ GONZÁLEZ ROURA, O., *Derecho Penal*, t. III, p. 236, cit. por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, p. 288.

⁴ NÚÑEZ, *Delitos contra la propiedad*, p. 260.

en el caso que el fin no se realizara, y no obstante ser el fin de mayor gravedad que el medio, todo lo que envuelve errores injustificables”⁵.

La doctrina alemana, desde un texto similar, aunque no igual, ha sostenido que la extorsión (*Erpressung*, § 253) es una lesión mediante la coacción de otro, a través del ánimo de enriquecimiento. Por tanto, es igualmente un delito contra la libertad de decisión, la libertad de voluntad, dirigido como acto penal en contra de la propiedad⁶. Por lo tanto, el bien jurídico protegido es la propiedad y el derecho de la personalidad a la libre formación y actividad de la voluntad en el ámbito de lo jurídico, de no limitar la disposición de libertad⁷.

La coacción moral del autor que extorsiona coloca en un dilema a su víctima, de tal modo que el delincuente ejerce una coacción moral sobre su ánimo, colocándola injustamente en la alternativa de perder uno u otro bien jurídico⁸.

II. Antecedentes

La extorsión propiamente dicha pertenecía en Roma al llamado *repetundarum* o *de pecuniis repetundis*, en el cual incurrían los magistrados u otras personas investidas de función pública cuando, abusando de su autoridad, exigían indebidamente dinero a las personas sometidas a su jurisdicción⁹.

En el siglo II (d. C.), se deja de lado el procedimiento *repetundarum*, y la extorsión fue considerada como delito independiente, la *concessio*¹⁰, que consistía en constreñir a alguien a dar o prestar algo, abusando al efecto del poder oficial que el opresor tenía en sus manos, algo así como la exacción ilegal, más allá de las discusiones doctrinarias argentinas¹¹.

⁵ *Exposición de Motivos del proyecto de 1891*, 1ª ed., p. 163; NÚÑEZ, ob. cit., p. 260.

⁶ HERDEGEN, Gerhard, *StGB, Leipziger Kommentar Großkommentar*, 11 ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1994, § 253, N° 1.

⁷ BGHSt, I 13, 20; 7 97. HERDEGEN, *StGB...* cit.

⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 288.

⁹ CARMIGNANI, cit. por NÚÑEZ, p. 257.

¹⁰ MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, t. II, p. 183, cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 258.

¹¹ Ver t. 3 de esta obra, p. 332.

1. El proyecto Tejedor se ocupaba de la extorsión en dos artículos. El primero decía: “El que obligue a otro, con violencia o intimidación, a firmar, otorgar, o entregar una escritura pública, vale, letra, o documento que contuviera una obligación o un descargo, será castigado como culpable de robo con las penas señaladas en los artículos respectivos”.

Sobre este artículo decía la Exposición de Motivos, citando a Pacheco: “Obligar por fuerza a cualquier persona a que firme o entregue un documento de los que declara el artículo, equivale plenamente a arrancarle la cantidad que en el documento se señala. Es, pues, igual esencialmente a un robo el acto aquí ejecutado...” “La extorsión –dice Adolphe Chaveau– no es más que un hurto cometido por medio de la fuerza, de la violencia o acción... ¿Cuál es el fin de la extorsión? Arrebatarse un documento, un acto cualquiera que contenga obligación de descargo, y por consiguiente, sustraer una cosa que pertenece a otro, una cosa que tiene un valor cualquiera. Se reúnen en este crimen todos los caracteres del robo (t. 5, p. 275)”¹².

El segundo artículo que comprendía el rubro extorsión decía: “El que arrebatarse una cosa de valor de manos de la persona que la lleva [...] tendrá prisión...” Sin embargo, en capítulo sobre garantías individuales se ocupaba de las amenazas y coacciones. La amenaza de un mal grave e inminente, con el propósito de hacerse depositar una suma de dinero, estaba prevista dentro de los delitos contra las garantías individuales, en el capítulo de las amenazas y coacciones.

2. El proyecto de Villegas, Ugarriza y García legislaba la extorsión en el capítulo de las amenazas y coacciones, en el Capítulo VII del título *De los delitos contra las personas*. El artículo 234 afirmaba que se castiga al que con amenazas de causar a otro o a su familia un mal que realizado constituiría un delito, exija de él la entrega de un valor cualquiera, o la ejecución de un acto que pudiera aprovechar al delincuente o a otro.

3. El Código de 1886 no siguió el sistema de Tejedor, pero tampoco adoptó un sistema racional¹³.

¹² MORENO, ob. cit., t. IV, p. 154.

¹³ Íd., p. 156.

4. El primer antecedente legislativo que dio autonomía a la extorsión fue el proyecto de 1891, donde se formó, con sus diversos supuestos, un capítulo especial que se incluyó en el título de los *Delitos contra la propiedad*.

En la Exposición de Motivos se afirmó que se colocaban los actos que “teniendo como una de sus formas al robo, al apoderamiento ilegítimo por medio de violencia sobre las personas, no puede causar el apoderamiento sino de una manera mediata e indirecta, o con un intervalo en el tiempo”¹⁴.

La ley 4189 colocó al delito entre aquellos que estaban contra las garantías individuales, sustituyendo el capítulo sobre amenazas y coacciones que estaban contenidas entre los delitos contra la propiedad.

El proyecto de 1906 mantuvo las disposiciones con pequeñas reformas y no las fundamentó en la Exposición de Motivos¹⁵.

LA EXTORSIÓN COMÚN

Establece el artículo 168: “Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

I. Tipo objetivo

Moreno ha dicho que los elementos del delito son: la intimidación, el constreñimiento a la entrega, el envío, depósito o disposición de la cosa o, en su caso, de documentos que provoquen efectos jurídicos¹⁶.

1. *La intimidación*

La acción típica del delito de extorsión, contemplada en la primera parte del artículo 168, consiste en obligar a otro, mediante intimidación,

¹⁴ Íd., p. 157.

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ MORENO, ob. cit., p. 159.

a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o la de un tercero aquello que constituye el objeto del delito.

Creus sostiene que la ley contempla la llamada intimidación propia y dos casos de intimidación engañosa¹⁷.

a) *La intimidación propia*

Por intimidación debe entenderse un medio de “compulsión puramente moral que consiste en la amenaza de un mal para lograr una prestación de carácter patrimonial”¹⁸.

Ahora bien, mediante la intimidación propia y la llamada intimidación engañosa –simulación de autoridad o invocación de orden falsa– el autor impone al sujeto pasivo la obligación de entregar los objetos enunciados en el artículo. Ahora bien, esta intimidación debe producir un efecto psicológico sobre la víctima, que consiste en el obligarla a la prestación exigida, por el temor de sufrir el mal amenazado¹⁹.

La intimidación que requiere la figura de la extorsión es puramente moral²⁰, no física, como se requiere en el delito de robo. Constituye la amenaza (verbal, escrita o por cualquier signo) de sufrir un mal grave e inminente si no se cumple con las pretensiones del sujeto activo: entregar, enviar, depositar o poner a disposición de éste o de un tercero los elementos enumerados en la norma legal.

La doctrina ha sostenido que la intimidación en el delito de extorsión es la misma que la requerida en el delito de coacción (art. 149 bis)²¹. El mal amenazado debe ser a futuro, por lo tanto no es una amenaza la referida a un mal pasado. Creus pone el ejemplo de la persona que amenaza con no devolver lo robado, aunque el caso es diferente si el agente amenaza que no dará el remedio para una enfermedad.

El mal amenazado debe ser grave e idóneo. Esto quiere decir que debe tener entidad suficiente como para obligar al sujeto pasivo a

¹⁷ CREUS, t. I, p. 472.

¹⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 261.

¹⁹ Íd., p. 263.

²⁰ Íd., ps. 255 y 256.

²¹ CREUS, ob. cit., p. 473.

realizar la entrega. Aunque no es necesario que se den los extremos del artículo 34, inciso 3º, del Código Penal, se requiere que el afectado se encuentre en la alternativa de obrar como se le exige o a sufrir el inevitablemente mal amenazado²². Por eso afirma Núñez que la ley exige que el acto del agente debe obligar a la víctima por el temor de ver afectado algo que le interesa²³.

En este orden, no es necesario que el mal amenazado sea inminente, ni objetivamente grave, en el sentido de que alcanza que produzca el efecto subjetivo psicológico buscado²⁴. En cambio, Molinario y Aguirre Obarrio afirman que la intimidación presupone una *mise en scène* previa, tendiente a dar visos de verosimilitud y de efectividad a la amenaza coactiva. Es indispensable que sea idónea para infundir un real temor al sujeto pasivo, en forma proporcionada a la calidad de las personas en las cuales habrá de producir el efecto intimidatorio buscado²⁵.

El asunto tiene que ver bastante con la estafa, ya que si mediante el anuncio de un mal que objetivamente puede no ser grave, la víctima entrega la cosa, ella es idónea en sentido penal. Es algo parecido a la estafa, si el ardid cumple con su fin. Más aún en este caso en donde se amenaza con un mal. En este punto juega para nosotros la capacidad, las calidades y el entorno de la víctima cuando se consumó la extorsión. Distinto es el caso cuando no se consuma porque la víctima rechaza la amenaza.

El mal puede ser tanto en la persona, bienes o intereses legítimos del sujeto pasivo. Ningún interés legítimo se excluye en el delito de extorsión. Núñez pone como casos la tranquilidad espiritual, sus derechos o la incolumidad de esos intereses en relación de terceros. Pero siempre debe tener el asunto un interés económico²⁶.

La intimidación requiere que se reclame algo injusto. Tanto objetivamente como subjetivamente la intimidación debe ir hacia una lesión patrimonial, de otra persona, ajena, que es la privación de cosas,

²² NÚÑEZ, ob. cit., p. 264.

²³ Ibidem.

²⁴ En contra MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 294.

²⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 294.

²⁶ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 265/7; CREUS, p. 474.

dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. No se olvide el lector que estamos frente a un delito contra la propiedad. En consecuencia, la justicia o injusticia, la legalidad o no de la intimidación, tiene que ver con lo que se protege en este delito, que es la propiedad. Así, si lo pedido es legal, no se dará la extorsión, sin perjuicio de que quede como conducta típica la coacción.

Por lo tanto, debe tratarse de una privación ilegítima, “en el sentido de que el bien no le sea debido por la víctima al autor, pues no hay lesión patrimonial cuando el objeto de que se ha privado al dueño, le era debido a la persona que lo exigió. La ilegitimidad del medio empleado para obligar a la entrega de lo que se tiene derecho a reclamar, no vuelve ilegítima la disminución patrimonial de la víctima, aunque el hecho pueda constituir un ejercicio arbitrario del propio derecho, el cual, por otra parte, no es punible entre nosotros”²⁷.

Advierta el lector que la cita es anterior a la incorporación del delito previsto por el artículo 149 bis del Código Penal, esto es, la coacción, de modo que quedará como remanente este delito, ya que, en ese sentido, el abuso del derecho ahora sí está tipificado. Por lo tanto, hay que tener cuidado con los ejemplos de los autores nacionales anteriores a las reformas de 1968 y 1973, porque las acciones allí descriptas podrían ser delito en la actualidad. Núñez trae una serie de ejemplos: el acreedor que amenaza con revelar secretos; el pago de créditos exigibles, por medio de una denuncia judicial; conseguir la firma mediante amenazas; el modisto que amenaza a la mujer que revelará al marido el nombre del amante si no paga la deuda²⁸.

b) *La entrega. La imputación objetiva*

Cuando el artículo dice *entregar* se refiere a que la víctima²⁹, debido a amenazas, está obligada a dar al autor, en propias manos, ya sea al mismo extorsionador o a un tercero, el objeto que ha sido exigido.

El término *enviar* es hacer llegar por cualquier medio la cosa al sujeto activo, sin necesidad de que éste sea quien la reciba en forma

²⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 268; SOLER, edición del año 1946, t. IV, ps. 302/3.

²⁸ NÚÑEZ, p. 267, nota 30.

²⁹ HEDERDEN, ob. cit., N° 10.

personal³⁰, y *poner a disposición* es colocarla en algún lugar en el cual el extorsionador o un tercero tengan la posibilidad de disponer de ella, como, por ejemplo, depositar dinero en una cuenta abierta a tales efectos, colocar los objetos en una caja de seguridad de la cual el sujeto activo posea una copia de la llave, llevarla a una casilla de correos, etcétera.

En este punto es esencial determinar, afirma Núñez, que la entrega del objeto se debe a la intimidación. La extorsión requiere, por lo tanto, un nexo de causa a efecto entre el acto del agente y la conducta del perjudicado, en el sentido de que la entrega, el envío, etcétera, del objeto haya sido un resultado de la intimidación³¹.

Esto significa, desde la imputación subjetiva, un aumento del riesgo, que consiste en que el agente intimida a los efectos de la entrega. Pero la entrega debe hacerse como consecuencia de ese aumento del riesgo, de manera que si la víctima entrega por otros motivos no se estará ante el delito de extorsión.

c) *Objetos del delito*

El artículo enuncia como objetos de este delito: cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

Se ha discutido en doctrina qué se entiende por cosa. Una primera posición afirma que por *cosa* ha de entenderse la cosa mueble (Gómez; Molinario y Aguirre Obarrio), tal como fue explicada en el capítulo dedicado al delito de hurto. Otro grupo de autores afirman que tanto puede recaer sobre muebles como inmuebles (González Roura, Malagarriga).

La cuestión parece sencilla de interpretar de acuerdo al texto legal, ya que entregar, enviar, depositar o poner a disposición sólo es posible hacerlo con las cosas muebles y no con las inmuebles³².

Por *dinero* debe entenderse la moneda corriente en el país, nacional o extranjera, con curso legal en él o fuera de él³³. Aunque, en realidad, la expresión dinero es superabundante, pues este concepto ya está abarcado por el de cosa. Lo importante es que tenga curso legal, pues

³⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 260.

³¹ Íd., p. 274.

³² NÚÑEZ, ob. cit., p. 269; CREUS, ob. cit., p. 471.

³³ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 261; CREUS, ob. cit., p. 471.

si no lo tiene, como el caso de monedas de colección, que pueden ser de mucho valor, será una cosa, pero no ya dinero.

El *documento* es una manifestación de voluntad pura y simple, el cual debe contener un tenor y debe ser firmado; el artículo exige, además, que éste produzca efectos jurídicos.

Esto ha llevado a una discusión en la doctrina: una parte de ella afirma que deben ser documentos que causen una lesión patrimonial, ya que de otro modo no estaría perjudicado el bien jurídico (Molinario y Aguirre Obarrio, y Moreno). Otro sector afirma que es suficiente –párrafo primero– que se trate de cualquier documento, ya que los de crédito están contemplados en el párrafo segundo. Núñez afirma que el perjuicio patrimonial se encuentra en el efecto jurídico, y no en otra cosa³⁴.

A nuestro criterio, los efectos jurídicos a que se refiere el legislador deben tener un contenido netamente patrimonial³⁵, en atención al bien jurídico protegido de la figura, cual es, como se ha dicho, la propiedad. Adviértase que el propio Núñez hace nada más que un juego de palabras para fijar su posición³⁶.

Los documentos nulos de nulidad absoluta no producen efectos jurídicos y, por ende, no pueden ser objeto de este delito (arts. 1047, 1050, 1051, 1052, Cód. Civ.). Se trata de una tentativa inidónea, debido a la idoneidad del objeto³⁷. En cambio, los de nulidad relativa o anulables, estando condicionados al planteo de ésta, mientras no sean declarados tales, producen efectos jurídicos, y por ello, están incluidos en el tipo penal de extorsión.

d) *La intimidación y la violencia*

El problema más grave de este delito es distinguirlo del robo, problema que no sólo se ha dado en la doctrina argentina, sino además en el Derecho Comparado³⁸.

³⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 271.

³⁵ Por ej., una sesión de derechos hereditarios, un boleto de compra y venta, o, inclusive, un documento firmado en blanco.

³⁶ En igual sentido que el texto, CREUS, ob. cit., p. 72.

³⁷ DONNA, *La tentativa*. En contra Núñez (ob. cit., p. 271), aduciendo que es la no punibilidad objetiva del hecho.

³⁸ HERDEGEN, ob. cit., N° 10.

La distinción básica será la siguiente, tal como hemos fijado nuestra posición y, por lo menos, válida para el Derecho argentino: en el robo existe violencia física, en cambio en la extorsión es la intimidación el medio comisivo. Desde ya está claro que no es ésta la única opinión y no hay duda de que el tema es y será discutido.

En principio, todos los actos que recaen sobre el cuerpo de la víctima son violencia física y no intimidación³⁹.

La cuestión estaba planteada en estos términos: “Durante la vigencia de la fórmula original del Código Penal, que no consideraba expresamente la intimidación como uno de los medios del robo, la distinción entre esta figura y la extorsión se establecía precisamente en razón de los medios: cuando el perjuicio patrimonial de la víctima se producía por medio de una violencia física (del carácter que fuese), se daba la figura del robo; cuando se producía por medio de la pura intimidación, la extorsión, afirmándose que la ley había prescindido de considerar como característica de la extorsión la existencia de un intervalo entre la amenaza y la prestación, o entre la amenaza y el mal (Núñez)”⁴⁰.

El problema surgió a raíz del decreto-ley 21.338, que incluyó dentro del robo a la intimidación, con lo cual se tuvo que buscar la distinción entre el robo y la extorsión, no por el medio que se empleaba, sino por el llamado intervalo de tiempo: en el tipo de extorsión siempre se da la amenaza de un daño futuro para lograr una prestación actual o futura, de modo que, como afirma Creus, hay una desarticulación entre los dos momentos: la prestación no se produce en el mismo momento o contexto de acción en que se produce el daño amenazado. En cambio en el robo la intimidación y el daño se desarrollan ininterrumpidamente⁴¹.

Al derogarse el decreto-ley mencionado por la ley 23.077/84, la cuestión vuelve a ser la de antes, de modo que el problema del tiempo de la entrega, como criterio diferenciador, debe quedar fuera de consideración.

³⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 262.

⁴⁰ CREUS, ob. cit., p. 475.

⁴¹ Ídem nota anterior.

En el robo, el ladrón, mediante el ejercicio de una violencia física, coloca a su víctima en estado de indefensión, inmovilizándola. En la extorsión, en cambio, la violencia no se emplea contra el cuerpo, sino contra el espíritu del extorsionado, a quien se coloca en la disyuntiva de entregar la cosa que exige el delincuente o sufrir un mal mayor que la pérdida de esa cosa. Así, resulta que mientras en el robo toda voluntad de la víctima es suprimida, en la extorsión, esa voluntad subsiste, pero viciada⁴².

Además, en el hurto, el ladrón se apodera él mismo del objeto del delito, en tanto que en la extorsión es la víctima quien entrega la cosa al victimario o la pone a su disposición. Ya decía Carrara que la extorsión se produce cuando el ladrón, en vez de tomar la cosa para sí, como acontece en el hurto y el robo, obliga al poseedor a dársela⁴³.

Por eso es preferible emplear el verbo “apoderarse” en el hurto y el robo, y reservar “obtener” para la extorsión⁴⁴.

Éste es el criterio que se ha seguido por la doctrina extranjera: en el robo el autor obliga a la víctima a sufrir el despojo. Desde esta perspectiva, la distinción con la extorsión surge de la exteriorización, de la externa formación de aparición el acto: en el robo existe cuando el autor por sí toma la cosa. En la extorsión, cuando el coaccionado entrega la cosa, e igualmente cuando su conducta puede ser, según el criterio de la disposición de propiedad, como un acto de disposición de la propiedad, que es acreditado⁴⁵.

Gössel afirma que la distinción entre la extorsión y el robo está en que en éste, es el autor el que toma la cosa, en cambio, en la extorsión es la víctima la que entrega debido a la necesidad en que actúa. Y la distinción con la estafa, está claro que es el medio. En una el error, en otra el miedo⁴⁶.

El problema está en el robo mediante armas de fuego, en donde

⁴² MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 287.

⁴³ CARRARA, ob. cit., § 2128. En este sentido también MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 287/289.

⁴⁴ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 289.

⁴⁵ HERDEGEN, ob. cit., N° 10.

⁴⁶ GÖSSEL, ob. cit., § 30, N° 2.

se ha querido ver que se trata de una intimidación y, por tanto, del delito de extorsión. Es válida la respuesta dada por Núñez en su momento, dentro del criterio seguido de que la diferencia está en el medio: “Cuando el medio utilizado para impedir o repeler la acción de la víctima es material, el acto de violencia es físico, aunque no paralice la acción de aquélla por un efecto de esta índole, como son los de sujetar, golpear, sin que lo haga por efecto psíquico del temor”⁴⁷. Por lo tanto, el uso del arma debe verse como un medio físico y no psíquico y, por ende, es robo.

La intimidación que requiere la figura de la extorsión es una intimidación puramente moral⁴⁸, y no física como se requiere en el delito de robo. Constituye la amenaza (verbal, escrita o por cualquier signo) de sufrir un mal grave e inminente si no se cumple con las pretensiones del sujeto activo: entregar, enviar, depositar o poner a disposición de éste o de un tercero los elementos enumerados en la norma legal. Puede ser directa, indirecta, mediata o inmediata.

2. *La llamada intimidación engañosa: la simulación de autoridad o falsa orden de ella*

Se trata de medios comisivos previstos por el primer párrafo del artículo 168 del Código Penal.

Simula autoridad pública el que de cualquier manera finge ser autoridad pública y en esa calidad exige la entrega⁴⁹.

Invoca falsa orden de autoridad pública quien, no presentándose como la autoridad que exige, finge que lo hace en cumplimiento de una orden de aquélla⁵⁰.

En la simulación de autoridad o invocación de falsa orden de la misma, el sujeto activo actúa representando a una autoridad pública, viciando la voluntad del sujeto pasivo, quien produce el desplazamiento de la cosa en manos del extorsionador. La coacción moral resulta del temor que se provoca en la víctima de imaginarias represiones que

⁴⁷ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 262/3.

⁴⁸ Íd., ps. 255 y 256.

⁴⁹ Íd., p. 282.

⁵⁰ *Ibidem*.

pueden derivársele del desconocimiento de la autoridad simulada o de la desobediencia a la supuesta orden de ella.

En este supuesto media el engaño con que se induce a la víctima a creer que se trata de una autoridad verdadera o de una orden auténtica. De allí que, a simple vista, pareciera que la figura se asemeja a la estafa. Para diferenciar ambas figuras, debe tenerse en cuenta que en la extorsión se exige, además de la simulación, la utilización de ésta como medio intimidatorio, obligando al sujeto pasivo a entregar algo que tampoco entregaría a un funcionario real, pues la exigencia es injusta en ambos casos⁵¹.

También es requisito imprescindible, entonces, la injusticia de la exigencia y que esa injusticia sea conocida por la víctima. El que decide entregar lo que realmente debe o lo que cree deber a la administración, al que invoca falsamente ser su agente, podrá ser estafado, pero no extorsionado, ya que ahí el engaño no se suma a la intimidación, que es imprescindible para la extorsión⁵².

Otro criterio rector, en estos supuestos, debe ser el de establecer qué elemento ha primado en el ánimo de la víctima: si el temor o el engaño. En general, la víctima de una defraudación va en busca de una ventaja y está contenta con lo que sucede hasta el momento en que despierta a la realidad. En cambio, la víctima de la extorsión sabe de entrada que padece un mal y procura evitarse un peligro inminente⁵³.

Cuando el artículo dice *entregar* se refiere a dar en propias manos, ya sea las del propio extorsionador o las de un tercero, el objeto que ha sido exigido. El término *enviar* es hacer llegar por cualquier medio la cosa al sujeto activo, sin necesidad de que éste sea quien lo reciba en forma personal⁵⁴, y *poner a disposición* es colocarlo en algún lugar en el cual el extorsionador o un tercero tengan la posibilidad de disponer de él, como, por ejemplo, depositar dinero en una cuenta abierta a tales efectos, colocar los objetos en una caja de seguridad de la cual el sujeto activo posea una copia de la llave, llevarla a una casilla de correos, etcétera.

⁵¹ CREUS, ob. cit., ps. 474 y 475.

⁵² Ídem nota anterior.

⁵³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 296.

⁵⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 260.

II. Tipo subjetivo

Ésta es una figura dolosa, de dolo directo. Exige el conocimiento del tipo penal y la voluntad del autor de obligar a otro a entregarle los objetos a que hace referencia el tipo de extorsión. Es importante analizar cuál es el contenido del dolo; el autor debe llenar los requisitos del tipo, de manera que tiene que tener conciencia del medio empleado, el fin propuesto y la significación de la relación funcional, por lo que debe actuar consciente de la intimidación, la amenaza que produce un efecto en la víctima, siempre con el fin de lesionar la propiedad ajena. Como es obvio, no se admite otro dolo que el directo.

En la extorsión es interesante analizar los posibles errores, como ser: no creer que el medio es intimidatorio, lo que llevaría al error de tipo, o creer que se tiene derecho a la intimidación, lo que llevaría al error de prohibición.

III. Consumación y tentativa

Bien dice Núñez que hay que tener presente, a los efectos de la consumación, la forma de redacción del artículo. Es la extorsión un delito de resultado, de manera que se consuma cuando éste se realiza. La ley habla de entregar, luego el delito se consuma cuando el autor ha recibido la cosa; enviar, luego el delito se consuma cuando se envió, sin necesidad que el autor la reciba; depositar, se consuma cuando la víctima coloca la cosa en donde el autor lo señaló, y poner a disposición es cuando la cosa es colocada de manera que el autor o un tercero disponga de ella⁵⁵.

En cambio, otra doctrina no hace la diferencia entre las acciones y afirma que el delito se consuma cuando el sujeto pasivo se ha desapoderado de la cosa, sin que sea indispensable que el agente o el tercero halla llegado a apoderarse de ella, y mucho menos que se realice el beneficio ilícito⁵⁶.

Con lo cual, la extorsión termina siendo un delito en el cual sólo

⁵⁵ Íd., ps. 275/6. SOLER, § 115, X.

⁵⁶ Ver CREUS, ob. cit., p. 476.

basta el daño patrimonial de la víctima, pero no el apoderamiento por parte del autor de lo enviado, depositado o puesto a su disposición⁵⁷.

Se admite la tentativa, por ser un delito de resultado⁵⁸.

Como ya se afirmó, si el medio es inidóneo, se estará ante la tentativa inidónea del artículo 44 del Código Penal, pero si no se consuma porque la víctima no lo aceptó, aunque sea idóneo el medio, o por otras razones, la conducta entrará en el artículo 42 del Código Penal⁵⁹.

LA EXTORSIÓN DE DOCUMENTOS DE OBLIGACIÓN O DE CRÉDITO

El artículo 168, segundo párrafo, dice: “Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito”.

I. La acción típica

La idea de esta segunda parte del artículo 168 está basada, en principio, en la misma idea de la extorsión para obligar a alguien a algo; en este caso a suscribir o destruir un documento de obligación o de crédito. En este sentido, y con las modificaciones debidas a un medio comisivo y al objeto de la extorsión, son aplicables todas las argumentaciones hechas hasta el momento.

Por eso no está demás repetir que se prevé la utilización de los mismos medios: intimidación o simulación de autoridad pública, o falsa orden de la misma; a lo cual se le agrega la violencia y, utilizando la acción típica descripta precedentemente, que se obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

Los medios de comisión son los mismos que los explicados en el tipo anterior, a los que debe sumárseles la exigencia de que el autor actúe con violencia.

Según Soler, la expresión “violencia” contenida en este artículo

⁵⁷ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 287; SOLER, § 115, X.

⁵⁸ SOLER, § 115, VI.

⁵⁹ SOLER, § 115, X.

tiene el sentido de violencia tácita, como en una de las formas posibles del robo; pero el delito, en total, no puede ser robo, porque el documento no es extorsionado por su valor como cosa mueble, sino por su valor representativo. La violencia es actual, pero el tipo es una extorsión a pesar de ello, porque el objeto no reside en el lucro actual, consistente en la obtención del papel, sino en el lucro futuro, que se alcanzará haciendo ejecutar la obligación documentada⁶⁰.

Por su parte, Núñez sostiene que la violencia obedece al mismo concepto de la violencia física, usada por el ladrón para robar, en tanto no constituya una fuerza física materialmente irresistible, cuyo efecto no es el de obligar a la víctima a suscribir o destruir el documento, sino el de trasladar esa autoría a su agente. Por ello, la extorsión de documentos es incompatible tanto con la violencia física, ejercida sobre el cuerpo de la víctima (violencia expresa), como con la que sin alcanzarla se ejerce en contra de ella (violencia tácita)⁶¹.

Molinario y Aguirre Obarrio entienden que donde la ley no distingue no le es dable hacerlo al intérprete, por lo cual la expresión violencia ha de ser interpretada genéricamente, abarcando tanto la violencia física como la violencia moral. Pero lo que sucede es que, así, falla el criterio adoptado por el Código para distinguir robo de extorsión. Lo que sugiere este autor es que los legisladores se equivocaron al hacer la reforma, y cuando cambiaron “violencia” por “intimidación”, en el primer párrafo, olvidaron hacerlo en el segundo⁶².

En definitiva, la violencia debe ser utilizada por el sujeto activo en la víctima como forma de intimidarla, de manera tal que ésta se vea obligada a suscribir o destruir un documento, causándole esa acción un efecto patrimonial perjudicial.

Más allá de los olvidos del legislador, se estaría frente a una especie de robo-extorsión, en el cual los medios pueden ser tanto de uno como de la otra, pero el delito por especialidad es el de extorsión, debido al objeto que se exige.

⁶⁰ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 321.

⁶¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 266.

⁶² MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 300.

II. Objeto

El documento que se exige debe ser de obligación o de crédito, de manera que debe acreditar una deuda que pesa sobre alguien o un crédito que favorezca a alguna persona⁶³. De modo que cualquier otro tipo de documento que se haga suscribir o destruir, si no son de este tipo, pasan al primer párrafo del artículo 168 del Código Penal. Y si no se lesiona la propiedad, quedan en el delito de coacción (art. 149 bis, Cód. Pen.).

Se *suscribe* un documento cuando se lo firma al pie o al final del texto que reconoce la obligación o el crédito, sin ser necesario que el documento haya sido redactado por el sujeto que lo refrendó. *Destruir* un documento es el acto material de hacerlo desaparecer de cualquier modo, ya sea quemándolo, rompiéndolo o borrándolo.

El documento en blanco ha traído discusión en la doctrina. Si el documento es parcialmente en blanco, en el cual faltan la fecha y los montos, no deja por ello de tener la calidad de documento.

Molinario y Aguirre Obarrio afirmaban que la obtención del documento en blanco ya tipificaba la extorsión consumada porque la firma en blanco se obtiene siempre para extender sobre ella un documento⁶³⁻¹.

Gómez, en cambio, afirmaba que eso no era extorsión, ya que la firma en blanco no produce efectos jurídicos.

Moreno y González Roura se manifestaban a favor de la tentativa⁶⁴.

Soler, por su parte, afirmaba que la firma en blanco prueba la voluntad de obligarse jurídicamente, pero no es una obligación patrimonial, por eso mientras permanezca en blanco será tentativa⁶⁵.

Núñez sostiene que la tentativa exige el elemento subjetivo de querer cometer extorsión: luego, la intención nacida ulteriormente no puede cambiar el hecho. Por ende todo depende de los fines para los

⁶³ CREUS, ob. cit., p. 478.

⁶³⁻¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, ps. 298 y ss.

⁶⁴ MORENO, ob. cit., p. 165.

⁶⁵ SOLER, ob. cit., p. 308.

que se hizo firmar el documento y si éste fue llenado o no. Con lo cual acierta Núñez ya que, como hemos venido diciendo, el dolo típico marca la diferencia del injusto⁶⁶.

La distinción que puede hacerse de este delito con el de robo se funda principalmente en el objetivo buscado por el sujeto activo al desplegar la acción: mientras que en el robo el ladrón busca desapoderar a la víctima de una cosa mueble, en la extorsión de documentos el accionar del sujeto activo está destinado a lograr la suscripción o destrucción de ese documento y no su desapoderamiento.

III. Tipo subjetivo

Es un delito de dolo directo, y no admite el dolo indirecto o eventual, como tampoco la culpa.

IV. Consumación y tentativa

Este delito de consuma, en el caso de destrucción de documento, con ésta misma. En cambio, si se trata de la suscripción del documento, éste no se consuma con la firma del mismo, sino cuando el documento ha salido del poder del firmante, ya que sólo entonces surge el peligro de vulneración del bien jurídico protegido⁶⁷. Sin embargo no debe olvidarse que es un delito contra la propiedad, de manera que hasta que no haya perjuicio, no se puede hablar de consumación.

Admite la tentativa, y ésta se da cuando el sujeto activo ha llevado a cabo todos los medios comisivos, sin perjuicio de lo cual no ha logrado la suscripción o la destrucción del documento, y hasta que no comience el riesgo a la propiedad, en el caso de suscripción.

V. Confluencia de tipos penales

La confluencia de tipos se puede dar especialmente con la falsificación de documentos. Núñez sostiene que puede haber falsedad ideológica respecto de aquellas declaraciones concernientes al hecho que

⁶⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 289; DONNA, *Teoría del delito*, t. 2.

⁶⁷ CREUS, ob. cit., p. 481.

el documento debe probar (art. 293, Cód. Pen), dándose un concurso ideal de acuerdo al artículo 54 del Código Penal. Con respecto al artículo 294 del Código Penal, esto es, la destrucción de documentos, hay, según el autor citado, una relación de especialidad, de modo que sólo se aplica el artículo 168 del Código Penal⁶⁸.

CHANTAJE

El artículo 169 del Código expresa: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente”.

I. Antecedentes

La palabra “chantaje” deriva del francés “chantage”, que a su vez tiene origen en el verbo “chanter”, que significa cantar. En Francia se llama a los autores de esta forma de extorsión *maîtres chanteurs*, o sea, maestros cantores⁶⁹. El origen se encuentra en el Código francés (art. 400, § 2), agregado por ley del 13 de mayo de 1863⁷⁰.

Esta figura, salvo ligeras variantes con respecto a su forma actual, fue introducida en el proyecto de 1891. La norma decía: “Sufrirá penitenciaría de seis meses a dos años el que obligare a otro, por amenazas de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, a la entrega de una cosa que no sea del culpable, o a contraer una obligación, o a extinguir un crédito”.

La Exposición de Motivos explicaba el artículo de la siguiente forma: “El artículo 204 del proyecto es una variante del caso anterior, que determina sólo una modificación en la pena, y cuya consignación especial es, además, conveniente bajo otro aspecto, en cuanto presenta los caracteres conocidos de un delito designado vulgarmente con la palabra francesa *chantage*”⁷¹.

⁶⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 292; CREUS, p. 482.

⁶⁹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 303.

⁷⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 293.

⁷¹ MORENO, ob. cit., p. 168.

Soler afirma que el proyecto justificó el agregado, con base en que su consignación especial era conveniente, por presentar las características del delito designado vulgarmente con la palabra francesa *chantage*⁷².

Pero el efecto que tiene este agregado, en lugar de representar una ejemplificación, tiene un resultado contrario, eliminatorio, porque impone la necesidad de afirmar que dentro de la figura genérica del artículo 168 del Código Penal, solamente se puede incluir como medios de intimidación las amenazas referidas a bienes jurídicos más importantes que el honor y los secretos, de lo cual se sigue que la amenaza está un grado más bajo que la intimidación⁷³.

Pasó al proyecto de 1906, en el artículo 184: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que, por amenazas de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, obligare a otro o intentare compeler a otro a la entrega de un valor o de una cosa cualquiera que no sea del culpable, a contraer obligación o a extinguir un crédito”.

Moreno afirma que en este proyecto, la simple tentativa de compeler a otro se castigaba como si el delito se hubiere consumado, pero esta doctrina no fue aceptada en el Código vigente⁷⁴.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria redactó el artículo 169 de la siguiente forma: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que, por amenazas de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, obligare a otro maliciosamente a la entrega de un valor o de una cosa cualquiera que no sea del culpable, o a contraer una obligación o a extinguir un crédito”.

La Exposición de Motivos afirmaba: “En este capítulo la comisión no ha modificado sino el artículo 169, agregando después de las palabras obligare a otro la palabra maliciosamente, que precisa el concepto de una manera mucho más acertada que aquella de intentare compeler a otro, que usaba el proyecto de 1906”.

La redacción actual se la dio la segunda Comisión de Códigos del Senado, de acuerdo a las indicaciones del doctor González Roura⁷⁵.

⁷² Proyecto de 1891, p. 164, cit. por SOLER, p. 325.

⁷³ SOLER, ob. cit., p. 325.

⁷⁴ MORENO, ob. cit., p. 168.

⁷⁵ Ídem nota anterior.

II. Bien jurídico protegido

Nuevamente hay que afirmar que lo que se protege es el patrimonio, ya que el legislador ubica el tipo entre los delitos contra la propiedad, de modo que lo protegido es el patrimonio de las personas.

Sin embargo, como afirma Núñez, la única modificación con respecto al artículo 168 del Código Penal es el medio utilizado, esto es, las amenazas de imputaciones contra el honor o la violación de secretos⁷⁶. En este sentido, así como se afirmó, en el artículo 168, que el otro bien jurídico protegido era la libertad de la persona, en el artículo 169 del Código Penal también está en juego el honor y los secretos de las personas.

Es decir, se protege el honor y los secretos de las personas, refiriéndose la hipótesis delictiva al peligro que uno de estos bienes debe correr, de modo tal que se coaccione a la víctima. En definitiva, el honor o el secreto deben correr peligro, la libertad psíquica debe ser vulnerada y, finalmente, debe existir el atentado contra la propiedad⁷⁷.

El mínimo para la escala del artículo 169 fue originariamente de seis meses de prisión (ley 11.179), el decreto-ley 17.567 lo elevó a un año y, luego, la ley 20.642 estableció la escala de tres a ocho años de reclusión o prisión, que es la vigente.

III. Tipo objetivo

En este delito, si bien el objetivo del autor es idéntico al de la extorsión común y el de la extorsión de documentos, hay una diferencia en el medio empleado por el sujeto activo para obligar a la víctima a efectuar las disposiciones a que se refiere el artículo 168: los medios por los cuales este delito se comete son la amenaza de imputaciones contra el honor, o la amenaza de violación de secretos.

La amenaza consiste en el anuncio hecho a otro de inferirle un mal. La amenaza puede ser verbal o escrita y puede ser formulada tanto por el que pretende recibir un beneficio, como por un tercero.

⁷⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 293.

⁷⁷ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 304/305.

Tal como lo ha hecho notar Chaveau y Helie, los elementos del delito son las maniobras que consisten en la amenaza de revelación de secretos o la imputación difamatoria, de modo que el elemento material que lo consuma es la extorsión que lleva a que la víctima entregue una suma de dinero o un título obligatorio⁷⁸.

1. *Imputaciones contra el honor*

La amenaza debe tener como contenido una imputación contra el honor o la violación de un secreto. Núñez afirma que no es necesario que la imputación o la revelación sea enunciada ni precisada en la amenaza; basta que en ella se haga una alusión suficiente para que la víctima pueda tener una imputación o una revelación de las mencionadas en el artículo 169. Pero no debe entenderse una simple ofensa genérica, “sino que es necesario que sea una imputación, de modo que se atribuya algo determinado, ya sea una culpa, un delito o una acción”⁷⁹.

No interesa que los secretos o las imputaciones contra el honor sean verdaderas o falsas, en tanto de alguna manera pueden llegar a desacreditar el nombre del sujeto pasivo o de un tercero⁸⁰. Ello se deduce del hecho de que la ley coloque en el mismo nivel la amenaza de imputaciones contra el honor y la amenaza de revelación de secretos⁸¹.

Ahora bien, la imputación contra el honor, para que tenga carácter típico, debe ser intimidatoria para la víctima, por el temor de verse afectada en su honra y en su crédito. En este sentido, es claro que una amenaza de imputación meramente privada no alcanza, sino que lo que hay que tener en cuenta es el temor al escándalo. Por ello “debe ser una amenaza de una imputación pública y difamatoria”⁸².

La prueba de la verdad, que puede aparecer en los delitos contra

⁷⁸ CHAVEAU, Adolphe y HELIE, Faustin, *Théorie du Code Penal*, Paris, 1887, t. V, ps. 309/310.

⁷⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 295; DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p. 344.

⁸⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit.

⁸¹ SOLER, ob. cit., p. 326.

⁸² NÚÑEZ, ob. cit., p. 294.

el honor⁸³, nada tiene que ver aquí, pues es muy distinto el hecho de formular una imputación deshonrosa, pero verdadera, que amenazar con formularla haciéndose pagar el silencio⁸⁴.

Tampoco importa que los secretos pertenezcan a la persona de la cual se quiere obtener el beneficio patrimonial o a un tercero. Es suficiente con que la persona, de la que se quiere arrancar la prestación patrimonial, tenga interés en resguardar el honor o mantener la reserva del secreto directamente afectado por la imputación o revelación. En el ejemplo de Núñez, una persona moral puede ser ofendida patrimonialmente por la extorsión y ser titular del honor (crédito) o del secreto en peligro; pero sólo sus miembros o representantes pueden ser los sujetos pasivos de la amenaza, al ser los únicos capaces de experimentar sus efectos psicológicos⁸⁵.

No es necesario que esta amenaza contenga características especiales; basta el anuncio de que se hará pública una imputación contra el honor para que se tipifique la figura del artículo 169⁸⁶.

Sí es importante que las amenazas sean idóneas para obligar a la víctima a hacer una prestación patrimonial de alguna de las formas que la ley expresa: entrega de cosas, dinero, documentos, firma o destrucción de éstos, etcétera.

Las imputaciones contra el honor a las que se refiere esta figura pueden ser de cualquier especie, y pueden relacionarse con hechos verdaderos o falsos. En caso de concretarse, podrían constituir calumnias o injurias difamatorias⁸⁷.

No es necesario que, cuando el sujeto hace la amenaza, lo haga circunstanciadamente, en tanto el sujeto pasivo pueda determinar que se tratará de una vulneración a su honor.

2. *Violación de secretos*

El otro medio que distingue a este tipo penal es la violación de secretos.

⁸³ Ver t. I, p. 347.

⁸⁴ SOLER, ob. cit., p. 326.

⁸⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 271.

⁸⁶ Íd., p. 270.

⁸⁷ CREUS, ob. cit., p. 479.

Secreto, para que pueda ser medio del artículo 169 del Código Penal, es todo lo que se tiene cuidadosamente reservado u oculto, cualquier hecho o circunstancia que el sujeto pasivo quiera mantener en silencio. Por ello Núñez afirma que debe pertenecer a la esfera íntima y afectiva de las personas, interesando a la tranquilidad, a su honor o a su hogar⁸⁸.

En este punto debe advertirse que, tal como se dijo, el tipo penal proviene del Derecho francés, en el cual la estructura del tipo gira sobre el aprovechamiento ilícito de la esfera de la vida individual, como un medio para lograr el enriquecimiento delictuoso⁸⁹.

Para Soler debe tratarse de un hecho real, no necesariamente deshonesto, sino simplemente íntimo. Opina este autor que, a diferencia de la imputación contra el honor, el secreto debe ser verdadero⁹⁰. Adhiriendo, Creus agrega que es imposible “violar” un secreto cuando él no existe, por no responder a la realidad, sin perjuicio de que la extorsión pueda darse como amenaza de imputaciones contra el honor⁹¹.

En sentido opuesto, Núñez considera que lo que, con arreglo a la ley, despierta temor y presiona el ánimo, es ya la amenaza genérica indeterminada respecto de su objeto concreto. Por ello, no cabe exigir como condición indefectible del tipo que la imputación o el secreto reúnan determinadas cualidades⁹².

No es indispensable que la violación de secreto configure el delito previsto por el artículo 156 del Código Penal, por lo cual es indiferente el carácter del secreto y la forma en que él llegó a conocimiento del agente. Violación de secreto significa, en este contexto, la acción de quitar el carácter secreto del hecho o circunstancia que la víctima quiere mantener en reserva, sea o no delictuosa su eventual violación⁹³.

3. *La lesión patrimonial*

Una cuestión importante a tener en cuenta, y muy debatida en

⁸⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 195.

⁸⁹ Ídem, p. 295.

⁹⁰ SOLER, ob. cit., p. 326.

⁹¹ CREUS, ob. cit., p. 479.

⁹² NÚÑEZ, ob. cit., p. 270.

⁹³ CREUS, ob. cit., p. 480.

la doctrina francesa, es que no habrá chantaje si no existe lesión patrimonial o al menos un peligro de lesión en el patrimonio de la víctima. Así, no hay chantaje cuando el acreedor, para hacerse pagar una deuda legítima, amenaza revelar hechos que no se relacionan con su crédito⁹⁴.

Otro punto discutido en relación a esta figura se refiere a la amenaza de formular una denuncia a la autoridad judicial o administrativa, o de promover una querrela criminal. En estos supuestos, habrá de analizarse si se afecta de algún modo la propiedad de los deudores. Si no se afecta en absoluto, como en los casos en que se amenaza con denunciar el delito de libramiento de cheques sin respaldo, cuando efectivamente el sujeto que amenaza ha recibido tales documentos, no habrá chantaje. Sí se configurará el delito en el caso citado por Molinario y Aguirre Obarrio, que ocurrió en Francia, donde la víctima del hurto de un huevo de gallina, amenazó con la denuncia penal si no se le satisfacía su daño, que él calculaba en una suma equivalente a mil dólares, obviamente desproporcionada con el daño. En esto la doctrina francesa es unánime al entender que hay chantaje⁹⁵.

IV. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, que sólo acepta el dolo directo. La amenaza debe tener por objeto atemorizar sabiendo que la víctima verá peligrar su honor o se revelará el secreto. Además, debe tener en miras la obtención de un provecho patrimonial ilícito, lesionando la propiedad de su víctima, para lo cual persigue obligarla a decidirse entre afrontar el mal o efectuar la disposición patrimonial requerida, esto es, entregar, enviar, depositar o poner a disposición del extorsionista o de un tercero, cosas, dinero, o documentos que produzcan efectos jurídicos, así como a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

⁹⁴ En este sentido, CHAVEAU y HELIE, ob. cit., ps. 304 y ss. También puede verse MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 306/307; en contra, GARÇON, E., *Code Penal annoté*, nota 70 al art. 400, citado por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO p. 306, nota 25.

⁹⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 307.

El error sobre el significado agravante para el honor de la imputación, o del carácter secreto del hecho, puede excluir el dolo, si es inevitable. El error sobre su existencia puede trasladarnos a la tentativa de un delito imposible, por inidoneidad intimidatoria del medio⁹⁶.

Molinario y Aguirre Obarrio agregan que estos aspectos subjetivos deben estar sujetos a una relación de finalidad, de la misma manera que el desarrollo objetivo de los hechos debe tener su relación causal entre la acción del delincuente y sus efectos sobre la psique de la víctima, en cuanto a su honor o secreto, y en cuanto a su intimidación y en cuanto al acto de disposición⁹⁷.

V. Consumación y tentativa

Este delito se consuma del mismo modo que la extorsión común, por lo que nos remitimos a lo explicado al tratar el artículo 168.

VI. Relación con otros tipos delictivos

La extorsión por relación subsidiaria se aplica antes que la injuria o la calumnia, de modo que se excluye la sanción independiente de los delitos contra el honor, que recobran su autonomía en caso de que la extorsión quede excluida por cualquier causa.

SECUESTRO EXTORSIVO. RESCATE

Dice el artículo 170: “Se impondrá reclusión o prisión de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate.

”Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho años”.

⁹⁶ CREUS, ob. cit., p. 480.

⁹⁷ Ob. cit., p. 305, con cita a IHERING, Rudolf von, *El fin en el Derecho*.

I. Antecedentes

El texto original del Código sancionaba a quien “detuviere en rehenes a una persona para sacar rescate”.

En el proyecto Tejedor, así como en el Código de 1886, el delito se encontraba: en el capítulo sobre robos calificados, en el primero, y, en el segundo, en el que trataba sobre robo y hurtos, como en su fuente, el Código español de 1848.

El proyecto de 1891 aumentaba la pena de tres a diez años, en el capítulo sobre extorsión al que detuviera en rehenes a una persona para sacar rescate.

La Exposición de Motivos decía que el artículo 205 reproduce el caso del artículo 189, número 2, del Código Penal, en los mismos términos y con sólo un aumento en el máximo de la pena, por tratarse de un delito que, aunque no es frecuente, asume un carácter odiosísimo y alarmante, que puede en alguna ocasión requerir la aplicación de una pena mayor que la de seis años de penitenciaría, actualmente fijada⁹⁸.

La redacción fue modificada por el decreto-ley 17.567, que castigaba al que “secuestrare a una persona para sacar rescate”, y agravaba la pena cuando “el autor logra su propósito”.

Cuando se comentó el artículo 170, en su momento se afirmó: “Las modificaciones introducidas en la norma que prevé el rescate extorsivo son las siguientes: se reemplaza la pena de prisión de tres a diez años por la de reclusión o prisión de cinco a quince años para el supuesto del primer párrafo, consistente en secuestrar a una persona para sacar rescate. La gravedad de la pena responde al hecho de que aquí se viola también la libertad en la forma más extrema, con miras a una lesión patrimonial: por un segundo párrafo, se fija pena de reclusión o prisión de seis a dieciocho años si el autor logra su propósito. Según lo interpretaron, puede decirse que unánimemente la jurisprudencia y la doctrina, el delito del primer párrafo del artículo 170 se consuma con el secuestro acompañado del propósito de sacar rescate: la ley 17.567, siguiendo al Código italiano (art. 630) prevé como agravante que el autor obtenga rescate (Maggiore, *Derecho Penal*, t. V, p. 104)”⁹⁹.

⁹⁸ MORENO, ob. cit., ps. 170/71.

⁹⁹ FONTÁN BALESTRA y MILLAN, *Las reformas* cit., ps. 180/81.

La fórmula que rige en la actualidad proviene de la ley 20.642, y reemplazó la descripción genérica de la conducta (detener en rehenes o secuestrar) por una enumeración de las conductas típicas, que son sustraer, retener u ocultar.

En síntesis, y a pesar de los cambios, se ha dicho que tradicionalmente el delito que se ha denominado hurto con rescate o con secuestro, tal la denominación de Carrara, ha consistido en reducir a un hombre a disposición del autor y tenerlo prisionero hasta que la familia haya proporcionado una suma determinada, incluyendo esto un plazo y amenazando hasta con la muerte, en caso de que no se cumplan las condiciones¹⁰⁰.

La posición de Carrara era que se trataba de un hurto con rescate, que no es otra cosa que un hurto violento, porque uno y otro atacan la libertad individual como medio de lucro, con la diferencia de que el primero ofende a la libertad de manera más pronunciada y durable¹⁰¹.

La idea de Núñez sobre el delito es que se trata de una extorsión caracterizada por la intimidación, que ahora resulta de la privación de libertad personal, con la diferenciación del artículo 168, en que se anticipa el momento consumativo del delito, en cuanto no se exige que el autor consiga su objetivo.

II. Bien jurídico protegido

En toda extorsión hay un ataque a la libertad, por una parte, y, por otra, un ataque a la propiedad, que se afecta por el rescate que se debe pagar a los efectos de lograr la libertad perdida, ya se trate de un derecho de la propia víctima sustraída, retenida u ocultada, o de un tercero, que paga.

Además, en el secuestro extorsivo hay un doble ataque a la libertad:

- 1) El común a todas las extorsiones, dirigido contra la libertad psíquica o de autodeterminación, generalmente de un tercero,

¹⁰⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 299; CARRARA, ob. cit., § 2140; LAJE ANAYA, vol. II, p. 92.

¹⁰¹ CARRARA, § 2142.

que será el destinatario de la exigencia, atemorizado por el mal que puede sufrir el secuestrado, y

- 2) el específico de esta figura, que es el que menoscaba la libertad ambulatoria de la víctima de la extorsión, o de un tercero¹⁰².

Carrara ubicaba al “hurto por rescate o con secuestro” como extorsión, entre los delitos contra la propiedad, porque para él, el delito exige la consecución del premio de redención. Mientras esto no se logre y no se le conceda prevalectencia al ataque a la libertad, no habrá, en su criterio, más que una tentativa. Si, por el contrario, se considera que lo que prevalece es el ataque a la libertad, Carrara sostiene que el delito debería considerarse como un plagio calificado por el fin¹⁰³.

Molinario y Aguirre Obarrio hacen en este punto una referencia a la cantidad de secuestros que terminan con la muerte del secuestrado, aun cuando se pague el rescate; lo cual, para él, se motiva en el miedo que tienen los secuestradores de ser reconocidos, o a que se descubra el lugar donde la víctima estaba encerrada. Y agregan que el aumento de la pena del secuestro extorsivo favorece el asesinato, porque no es mucha la diferencia con el homicidio, y entonces el secuestrador prefiere correr el riesgo de la pena un poco más grave, que es menor al que corre si la víctima estuviera viva¹⁰⁴.

III. Tipo objetivo

Cuando se afirma que el delito de secuestro extorsivo, o rescate, es un tipo de peligro, hay que ubicarlo en su contexto exacto, porque la afirmación es cierta sólo en cuanto a la propiedad, ya que el delito se consuma con la finalidad del agente de causar un perjuicio patrimonial, pero no hay que olvidar que la libertad de la persona ha sido eliminada, de modo que, en ese sentido, el bien jurídico ha sido eliminado.

Es un delito permanente, pues su consumación se mantiene mientras dure la detención del rehén para sacar rescate, lo que es importante a los efectos de la prescripción.

¹⁰² CREUS, ob. cit., p. 481; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 308.

¹⁰³ CARRARA, *Programma*, § 2143.

¹⁰⁴ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 309.

Se trata, sin duda, de una extorsión y por ende de un delito en contra de la propiedad, cuyo medio intimidatorio es la llamada “detención en rehenes”, de manera que se afecta la libertad de la persona. Al tratarse de un delito contra la propiedad, la privación de libertad, aunque en sí misma grave, es tenida en cuenta por el delincuente como el medio extorsivo, por lo cual son independientes del *modus operandi* de este delito, las violencias que se ejerzan para la privación de la libertad. La característica de este hecho consiste en que el sujeto se sirve del poder coactivo de la privación de libertad en sí misma, y por eso se da un caso de intimidación o coacción¹⁰⁵.

Las acciones típicas son sustraer, retener u ocultar.

Por sustracción debe entenderse la acción de sacar a la persona del lugar en que se encuentre, del lugar al que pertenece, donde desenvuelve su vida en libertad, o bajo la guarda de terceros.

Retener es obligar a la persona a permanecer en un lugar determinado durante un lapso que puede ser más o menos prolongado, lo que lo saca de su ámbito de libertad.

Ocultar equivale a esconder a la persona, lo cual se logra trasladándola a un lugar desconocido por terceros, de modo que se dificulte la acción de encontrarla¹⁰⁶.

La sustracción implica un desplazamiento de la persona, el que no es indispensable en la retención, acción en la que el acto de impedir la libertad ambulatoria del sujeto ya implica mantenerlo fuera de su esfera de libertad; en tanto que la acción de ocultar tiene que referirse a una persona ya sustraída o retenida, que alcanza importancia dogmática cuando quien la realiza es un agente que no ha intervenido en el secuestro o la retención, porque la realización sucesiva de esas acciones por parte del mismo autor no multiplica la delictuosidad¹⁰⁷.

Estos verbos (sustraer, retener y ocultar) han sido tomados del propio Código, que los utiliza en los delitos de raptó (art. 130) y sustracción de menores (art. 146), pero hay que tener en cuenta que se trata de formas que deben terminar en lo que genéricamente se

¹⁰⁵ SOLER, ob. cit., p. 331.

¹⁰⁶ CREUS, ob. cit., p. 485.

¹⁰⁷ Íd., p. 482.

llama privación ilegal de la libertad, que, con muy poca diferencia, es el secuestro¹⁰⁸, pero que tiene como fin obligar a la víctima o a un tercero a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad. En cambio en el tipo actual se trata de un atentado a la propiedad ya que se exige un precio¹⁰⁹.

Una persona está detenida en rehenes, o secuestrada, cuando por cualquier medio y en cualquier forma se encuentra en poder de un tercero, ilegítimamente privada de su libertad personal, como medio intimidatorio para sacar rescate¹¹⁰.

La ley no ha especificado la manera en que el autor logró la detención del tercero y lo mantuvo en ese estado. Por ende, es indiferente que haya sido con astucia, fraude, intimidación o fuerza física¹¹¹. Pero no hay duda de que la detención debe ser efectiva, verdadera, de la cual la víctima no puede sustraerse. Sin embargo, si en la detención o en el mantenimiento de ella se cometen otros hechos típicos, ellos concurren realmente.

La intimidación puede surgir del mantenimiento de la privación de libertad o del temor por la seguridad del rehén¹¹².

El *rescate* es el precio exigido por el secuestrador, que puede ser de dinero, bienes o una prestación de carácter patrimonial cualquiera¹¹³, puesto como condición para la liberación de la víctima. El rescate puede exigirse al propio secuestrado o a un tercero, y puede aprovechar al autor o a alguna otra persona.

En el caso de que quien exige un precio para hacer cesar una privación legal de libertad es un funcionario público, Núñez entiende que puede llegar a constituir una exacción ilegal (art. 266, Cód. Pen.), pero no un secuestro extorsivo, pues mientras éste supone el deber de liberar sin precio, la detención legal supone el deber de no liberar por precio¹¹⁴. Por su parte, Soler sostiene que una privación de la libertad

¹⁰⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 310.

¹⁰⁹ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 93.

¹¹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 273.

¹¹¹ Íd., p. 300.

¹¹² NÚÑEZ, ob. cit., p. 273.

¹¹³ CREUS, ob. cit., p. 482.

¹¹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 273; CREUS, ob. cit., p. 482.

existente, sea legítima o ilegítima, puede transformarse en un secuestro extorsivo mediante la agregación de la exigencia de rescate¹¹⁵. Otra cosa es que una privación legal de libertad deje de serlo y se convierta en secuestro extorsivo por ese agregado¹¹⁶.

IV. Tipo subjetivo

El delito es doloso. El sujeto activo actúa con el conocimiento y la voluntad de privar de la libertad a una persona para sacar un rescate. Esta finalidad del autor constituye un dolo directo, ya que, no concurriendo, desaparece el tipo subjetivo del delito, que es incompatible con el dolo eventual o indirecto. Ni la simple representación, ni la certidumbre de que se ofrecerá un rescate, convierten al autor de una privación de libertad en autor de un secuestro extorsivo¹¹⁷. Por ejemplo, si el precio no se pide por la liberación, sino por otro motivo, como sería mejorar las condiciones de la detención, no habrá extorsión, sino otro delito contra la libertad personal¹¹⁸.

Tampoco estamos ante este tipo penal en el caso del médico que maliciosamente encierra o detiene a una persona sana, como si fuera loca, para cobrar la pensión¹¹⁹, sin perjuicio de los delitos contra la libertad que se tipifiquen.

Es insuficiente el simple ánimo de lucro, si dicho ánimo no se traduce en la pretensión de obtener rescate. En el ejemplo de Creus, quien instigado por otro priva de libertad a un tercero, por el precio que le ofrece para que cometa el delito, no comete secuestro extorsivo sino un delito contra la libertad¹²⁰.

Se ha planteado el tema de si el dolo del delito en cuestión debe existir en el momento de la privación de libertad o puede surgir luego de que se ha privado de libertad a la víctima. No hay duda de que

¹¹⁵ SOLER, ob. cit., p. 331; CREUS, ob. cit., p. 483.

¹¹⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 273, nota 87.

¹¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 274. En el mismo sentido, CREUS, ob. cit., p. 482.

¹¹⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 274.

¹¹⁹ Íd., p. 274, nota 91 bis.

¹²⁰ CREUS, ob. cit., p. 482.

puede existir el dolo subsecuente, en el sentido de que se detenga a la persona por un motivo y luego surja la idea del pedido de rescate.

V. Sujetos

Sujeto activo es aquel a disposición de quien se encuentra la persona detenida. Puede o no ser la misma persona que busca el rescate: pero no se olvide que se trata de un delito contra la propiedad, de modo que autor propiamente dicho es aquel que tiene el dominio del hecho y busca el rescate.

Sujeto pasivo es, en principio, la persona privada de libertad y quien debe pagar. Pero como en la estafa, una puede ser la detenida y otra el sujeto pasivo, en el sentido de que debe pagar el rescate, ya que es éste principalmente un delito patrimonial.

VI. Consumación y tentativa

Este delito no exige el logro del rescate, siendo suficiente con que éste concurra en el dolo del autor, que priva de la libertad para sacar rescate. Entonces, el hecho se consuma en el momento de la privación de la libertad con finalidad de pedir rescate, siendo incluso innecesario que la víctima de la maniobra se entere de la exigencia del autor¹²¹.

Esta conclusión surge clara de la circunstancia de que, según lo dispone el segundo párrafo, si el rescate se obtiene, la pena será mayor.

Se admite la tentativa, que podría darse con los actos ejecutivos llevados a cabo para privar la libertad de la víctima.

En el segundo supuesto no es admisible la tentativa, pues vemos que previo al logro del cobro del rescate, el delito ha sido consumado con la privación de la libertad.

VII. Concurso con otros delitos

La especificidad de la figura hace que absorba todas las que están compuestas por una privación de libertad, en particular la del artículo

¹²¹ SOLER, ob. cit., p. 332; NÚÑEZ, ob. cit., p. 274; CREUS, ob. cit., p. 483.

142 bis, sin consideración a que la víctima de la privación pueda no ser la misma que la de la extorsión. Cuando por cualquier circunstancia deja de ser aplicable esta figura, adquiere autonomía el tipo penal de la privación de libertad¹²².

VIII. El tipo agravado

El secuestro extorsivo tiene pena más grave cuando el autor logre su propósito, es decir, cobre el rescate.

Es insuficiente que el sujeto pasivo se haya desprendido de los bienes que componen ese precio, si ellos no ingresaron en la esfera de disposición del agente o del tercero designado por él¹²³.

SUSTRACCIÓN DE CADÁVER

El Código Penal en el artículo 171 expresa: “Sufrirá prisión de dos a seis años, el que sustrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución”.

I. Antecedentes

Como objeto material de un delito, el cadáver puede tomarse en consideración en distintos tipos penales. La sustracción de un cadáver ha merecido, en la legislación extranjera, distintas calificaciones, ya sea como delito contra la religión, contra la piedad de los difuntos, el sentimiento religioso, el reposo de los muertos, la libertad de cultos, etcétera¹²⁴.

Pero, probablemente, en la redacción que tiene en nuestro Código, como sustracción para pedir rescate, se originó en un hecho ocurrido y la solución que se le dio en su momento. En 1881, poco tiempo después de la capitalización de Buenos Aires, rigiendo aún el Código Tejedor, un grupo de maleantes, asociados bajo el nombre de “Los Caballeros de la Noche”, en el silencio de la noche, sustrajeron de

¹²² CREUS, ob. cit., p. 483.

¹²³ Íd., p. 485.

¹²⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 276.

una bóveda en el cementerio de la Recoleta el cadáver de la señora Inés Indarte de Dorrego, dama acaudalada, fallecida pocos días antes. Luego, se dirigieron por carta a las hijas de la occisa, exigiendo el pago de un rescate de dos millones de pesos para la devolución del cadáver sustraído, bajo amenaza de que, de no acceder a su pedido, los despojos serían profanados, reducidos a cenizas y esparcidas éstas al viento.

La policía intervino, y, después de una pesquisa en la que se halló el féretro intacto entre unos escombros del cementerio, de donde nunca había salido, capturaron a los delincuentes y los sometieron a proceso.

Sólo fueron condenados por los delitos de amenazas y coacciones, pero no por el delito de robo, tal como lo había calificado el juez Aguirre –de un mal que no constituía delito–, dándoseles por purgada la pena con el tiempo sufrido en prisión preventiva, y recuperaron su libertad en poco tiempo¹²⁵.

La reacción ante el hecho –siempre ocurrido en Buenos Aires, como antes se dijo, que modifica el Código para el resto del país– llevó a que el Código de 1886 reprimiera, en su artículo 195, perteneciente al capítulo de los robos y hurtos, al que sustrajera cadáveres para hacerse pagar su devolución.

La ley 4189, en su artículo 20, inciso c, reprimió el delito que nos ocupa dentro del capítulo de la extorsión, manteniendo, sin embargo, la incriminación del hurto para la mera sustracción de cadáveres sin pedido de rescate.

El Código actual suprimió este último artículo y mantuvo la incriminación de la sustracción de cadáver para hacerse pagar rescate, en el capítulo de la extorsión.

Coincidimos con Soler en que si nuestros legisladores, en lugar de inspirarse en razones circunstanciales, como han hecho tantas veces, hubiesen recurrido a las fuentes clásicas del derecho, se habrían dado cuenta de que la figura que trazaban resultaba lamentablemente estrecha e inadecuada, porque deja fuera toda profanación de sepulcro no ins-

¹²⁵ El caso se encuentra explicado con detalles en MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. II. Y en NÚÑEZ, ob. cit., p. 309. También se analiza, pero la parte judicial, en DONNA, Edgardo A., *Casos y fallos de Derecho Penal*, 1ª ed., p. 105.

pirada en fines de lucro; cuando hubiera sido mejor ampliar el cuadro de la extorsión y trazar figuras autónomas para las profanaciones de este tipo, sin necesidad de inventar una figura sin alcances y sin precedentes¹²⁶.

II. Tipo objetivo

Es una extorsión que se basa, principalmente, en el valor afectivo que el sujeto pasivo tiene con respecto al objeto sustraído; en el sentimiento de respeto y afecto que todos tenemos hacia los restos de los que fueron seres queridos¹²⁷.

La acción típica es la de *sustraer*, es decir, sacar el cadáver del lugar en que se encuentra. No es indispensable que el autor conserve el cadáver para devolverlo¹²⁸.

El objeto de esta figura es un cadáver, esto es, un cuerpo muerto. Si bien la ley no distingue entre cadáver humano y animal, los antecedentes antes relatados llevan a la conclusión de que se trata de un cadáver humano.

Se ha discutido si debe considerarse cadáver, a los efectos de esta figura, un cráneo u otra parte del cuerpo. Una parte de la doctrina ha respondido afirmativamente a la pregunta, pues, al basarse la extorsión en el valor afectivo que el sujeto pasivo le otorga a los restos de esa persona, puede tipificar esta figura quien sustrae el cadáver parcialmente, o en su totalidad, inclusive si se trata de cenizas¹²⁹. Núñez, en cambio, afirma que debe tratarse de un cuerpo humano aunque mutilado parcialmente. Debe ser un esqueleto, con o sin carne, pero la ley afirma que no se refiere a las porciones del cadáver, sino al cadáver en sí mismo. Con lo cual se excluye al feto que no haya alcanzado un desarrollo suficiente¹³⁰. Y ésta es la interpretación exacta, ya que la insuficiencia del tipo penal no permite hacer ninguna clase de analogía.

Puede tratarse también de un cadáver momificado¹³¹.

¹²⁶ SOLER, ob. cit., p. 333.

¹²⁷ RIVAROLA, t. II, p. 312; NÚÑEZ, ob. cit., p. 279, nota 114.

¹²⁸ CREUS, ob. cit., p. 485, con cita a FONTÁN BALESTRA.

¹²⁹ CREUS, ob. cit., p. 489.

¹³⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 311.

¹³¹ *Íd.*, p. 278.

No es un cadáver el feto que, por falta de desarrollo, no ha alcanzado la forma humana¹³². Tampoco se sustrae un cadáver si se sustrae un moribundo que fallece después.

La doctrina no considera cadáver, en el sentido de este tipo penal, a aquellos que sean una cosa entrada en el comercio, pues en tal caso el cadáver no representa para el que lo tiene el valor afectivo que supone la extorsión de que se trata (los cadáveres que se encuentran en esa situación son cosas susceptibles de ser hurtadas, robadas o defraudadas)¹³³.

El sujeto pasivo es la persona a la cual va destinado el pedido del rescate.

El pago requerido por la devolución puede consistir en dinero o en cualquier prestación de contenido económico; cualquier tipo de exigencias de otra índole dejan la conducta fuera de este tipo penal¹³⁴.

III. Tipo subjetivo

Es un delito doloso, de dolo directo, pues la sustracción del cadáver se realiza para hacerse pagar el rescate. Si no es así, como en el caso de quien sustrae el cadáver sin una finalidad determinada, o con una finalidad distinta (por ejemplo, la necrofilia) no se configura este tipo penal.

Tampoco es típica, sin perjuicio de la existencia de otro delito, la conducta de quien, habiendo sustraído el cadáver con una finalidad distinta, cumplida o no ella, requiera un precio para devolverlo: el elemento subjetivo debe estar presente en la acción misma¹³⁵.

IV. Consumación y tentativa

Es claro que resulta innecesario, como en las figuras anteriores, que el autor logre cobrar el rescate. Pero antes de este punto pueden analizarse dos momentos distintos: el de la sustracción misma y el del pedido de rescate.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ CREUS, *ob. cit.*, p. 487; NÚÑEZ, *ob. cit.*, ps. 278 y 279.

¹³⁴ CREUS, *ob. cit.*, p. 486.

¹³⁵ *Ídem* nota anterior.

Para algunos autores, esta extorsión se consuma con la sustracción del cadáver con intención de hacerse dar dinero u otro valor económico para restituirlo¹³⁶. Y para otros, no puede considerarse consumado el delito hasta que esa intención de pedir rescate se manifieste de algún modo, pues es posible sustraer un cadáver con otra finalidad¹³⁷.

Es un delito instantáneo, pues la ley no se refiere, como en el artículo 170, a la retención del cadáver sino al acto de la sustracción, que se consuma en un momento, aunque la retención del cadáver constituya un efecto permanente del delito ya consumado.

Es admisible la tentativa, que se da con los actos ejecutivos de la sustracción del cadáver, realizados con finalidad típica, sin que se haya podido completar aquélla quitando el objeto del lugar donde se encontraba¹³⁸. La escala penal aplicable irá desde un año y cuatro meses de reclusión o prisión a tres años, como pena máxima.

JURISPRUDENCIA

1. Elementos

a) *Intimidación*

1. El delito de extorsión implica un atentado a la propiedad mediante la conculcación de la libertad.
2. Admitido el principio de que la violencia moral equivale a violencia física, sería peligroso restringir la aplicación de este principio a ciertos modos de infundir temor, puesto que abriría fácil camino para eludir la ley. El arte para disfrazar el mal conminado, no puede bastar para evitar la pena cuando, bajo el velo de la reticencia, se transparenta un concepto capaz de infundir terror y que en efecto lo infunde.

CAcus. de Córdoba, 14-3-89, "Orlandi, Daniel y otro", L. L. C. 1990-505

¹³⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 279; CREUS, ob. cit., p. 486.

¹³⁷ SOLER, ob. cit., p. 333; FONTÁN BALESTRA.

¹³⁸ CREUS, ob. cit., p. 487.

El bien jurídico protegido por el tipo penal de la extorsión es la propiedad, que se lesiona con la intimidación que obliga a la víctima a entregar algo con efecto patrimonial, sin requerir que el mal amenazado sea grave o inminente.

CNCCorr., sala I, 20-11-90, "Giacobone, Luis A.", L. L. 1991-C-39 y D. J. 1991-2-149

La figura de la privación ilegal de la libertad no concurre idealmente con la extorsión, ya que cuando el constreñimiento físico ha sido el medio para perpetuar otro delito –en este caso, para consumar la extorsión–, no se autonomiza sino que integra necesariamente el tipo de éste, resultando absorbido el delito contra la libertad por el delito contra la propiedad, puesto que la lesión a la libertad deviene de la intimidación, elemento típico de la extorsión, figura absorbente; se trata de un supuesto de consunción, que se presenta cuando un tipo encierra al otro materialmente, porque consume el contenido de su prohibición.

TOCr. Nº 14, 23-11-93, "Vázquez, R. L. y otro", c. 6, J. P. B. A. 88-F-392

Comete delito de extorsión (en el caso, en grado de tentativa), el gerente de una empresa que mediante intimidación (derivada de la posición dominante de la misma respecto de otra de servicios) requiere –sin éxito– al gerente de ésta, parte del importe de una suma adeudada, sabiendo el acreedor que negándose y accionando judicialmente, perdería por esta razón una suma mayor a causa de la suspensión de toda relación comercial futura entre ambas firmas, por constituir esto una regla para la deudora en el caso de quienes litiguen contra ella.

TOCr. Nº 15, 15-3-94, "Cherniser, R. A.", c. 78, J. P. B. A. 88-F-389

Para que exista delito de extorsión, no es preciso que la amenaza llegue a crear una situación de necesidad inevitable. Basta que el delincuente haya logrado hacerse temer, aunque sea con una amenaza relativamente vaga o de importancia relativa. Lo que torna ilícito y extorsivo el hecho es que con la amenaza de realizar ese

acto, que puede ser una facultad jurídica, se persigue un beneficio al cual no se tiene derecho.

CAcus. de Córdoba, 3-7-96, “Ludueña, Roque A.”, L. L. C. 1997-988

Se consume la extorsión cuando por medio de la intimidación, se ataca la libertad del sujeto pasivo, logrando como fin último un avasallamiento a su derecho de propiedad y la disposición perjudicial a su patrimonio. Cualquier exigencia, sea o no injusta, no siempre tiene entidad como para configurar el tipo que la norma reprime.

CNCCorr., sala V, 17-2-97, “Kopylow, Andrés”, c. 5896, Bol. Int. de Jurisp. N° 1/1997

Se configura la intimidación propia de la extorsión cuando la forma de obligar al sujeto pasivo consiste en exigirle el hacer por medio de una amenaza, o sea el anuncio de un daño, dependiente de la voluntad del agente.

CNCCorr., sala IV, 10-4-97, “Montemarani, Miguel A. y otro”, L. L. 1999-C-750

1. El oficial de policía que obliga a la entrega de sumas de dinero a cambio de no poner en conocimiento la detención de quien posee un pedido de captura, comete el delito de extorsión por intimidación previsto en el artículo 168 del Código Penal (del voto en disidencia del Dr. Rudi).

2. Resulta responsable del delito de extorsión por intimidación –previsto en el artículo 168 del Código Penal– en grado de partícipe necesario, el intermediario en la entrega de sumas de dinero que se compromete a subsanar la situación procesal de una persona con pedido de captura (del voto en disidencia del Dr. Rudi).

CFed. de San Martín, sala II, 21-10-97, “González, Antonio y otros”, L. L. 1999-D-745 y J. A. 1998-II-279

En cuanto a la figura de extorsión, cabe decir que cualquier exigencia más o menos injusta no constituye la intimidación a que se refiere el artículo 168 del Código Penal, sino aquella de carácter atemo-

rizante, capaz de hacer obrar la voluntad del destinatario conforme a la del agente, ni tampoco puede ser asimilada a un estado de nerviosismo o preocupación del supuesto damnificado.

CNCCorr., sala IV, 24-10-97, "Nusenbaum, Sonia", c. 7589, Bol. Int. de Jurisp. N° 4/1997

Para que exista extorsión basta que el delincuente haya logrado hacerse temer, aunque sea con una amenaza vaga o de importancia relativa.

CNCCorr., Sala de Feria "A", 30-1-98, "Ling Jiang", c. 349, J. P. B. A. 105-F-46

No constituye el delito de extorsión (art. 168, Cód. Pen.), la acción de un simpatizante de un club de fútbol que exigió y obtuvo, por parte de un directivo de la entidad, la entrega de una cantidad considerable de entradas para cada uno de los partidos en que jugaba dicho equipo, si no aparece adecuadamente establecido uno de los componentes del tipo penal, cual es el ataque a la libertad de disposición de los objetos por parte de la presunta víctima, quien manifestó "no haber sentido presión alguna".

CNCas.Pen., sala III, 15-11-98, "Barrita, J.", c. 1381, Reg. 544/98, J. P. B. A. 108-F-8

b) *Simulación de autoridad*

Cuando el artículo 168 del Código Penal se refiere a la "simulación de autoridad pública", lo hace en función de que dicho medio extorsivo es idóneo para infundir el temor que induzca al sujeto pasivo a realizar la disposición patrimonial, y ello será así sólo en el caso que la autoridad que se invoca cuente con la potestad necesaria para producir efectivamente el mal con que se amenaza; en consecuencia, a los efectos de dicho artículo, simulará autoridad pública no sólo aquel que no sea funcionario público, sino también quien siéndolo carezca de atribuciones (competencia funcional o tiempo-espacial) para ejecutar la acción. Sostener lo contrario implicaría resolver que determinadas clases de funcionarios públicos nunca podrían cometer el delito de extorsión mientras ejerzan su cargo.

SCJBA, 18-9-95, "Pérez, Juan J. y otro", D. J. B. A. 149-6663

Si hubo simulación de autoridad y amenazas de concluir con las operaciones comerciales del establecimiento, y por ello es precisamente que los damnificados entregaron dinero, es claro que sin temor no lo hubiesen hecho por lo que quedó consumado el delito de extorsión (art. 168, Cód. Pen.).

CCCorr. de Mercedes, sala II, 19-7-96, “Daneri, Néstor R.”, L. L. B. A. 1998-92

1. La usurpación de autoridad encuadra en la figura de extorsión, debido a que la simulación de ésta constituye uno de los elementos requeridos por el tipo penal descrito en el artículo 168 del Código Penal, extremo que excluye la posibilidad de concurso con la figura prevista por el artículo 246, inciso 1º del cuerpo legal citado.

2. La extorsión por simulación de autoridad es una especie de concusión que, no siendo realizada por un verdadero funcionario, es ejecutada por un sujeto que asume, más que simula, falsamente la función pública.

CFed. de San Martín, sala I, 6-2-97, “Toriano, Marcelo G.”, c. 1511, L. L. 1998-F-838, E. D. 175-499, D. J. 1997-3-826, J. P. B. A. 101-F-155

c) *Ilegitimidad de la exigencia patrimonial*

En la extorsión la intimidación puede lograrse con la amenaza de realizar determinado acto, que puede ser una facultad jurídica, es decir, ejecutado lícitamente, pero lo que torna ilícito y extorsivo el hecho es que se persigue un beneficio al cual no se tiene ningún derecho. No habrá extorsión cuando la exigencia sea en sí misma justificada o constituya el ejercicio de un derecho.

CNCas.Pen., sala I, 4-9-96, “Subirá, J. O.”, c. 836, J. P. B. A. 96-F-229

El delito de extorsión supone la obtención injusta de un beneficio pecuniario en perjuicio de la víctima, mediante la coacción moral sobre la voluntad de esta última.

CNCas.Pen., sala I, 16-7-97, “Kopylow, Andrés”, L. L. 1997-F-389 y D. J. 1997-3-1120

El delito de extorsión radica en la ilegitimidad del provecho patrimonial que se procura y exige. Es indiferente que el mal con que se amedrenta sea legítimo o ilegítimo, ya que la licitud de la amenaza con que se intimida —como sería iniciar una demanda o denuncia— no legitima la indebida prestación patrimonial exigida a la víctima.

TOCr. N° 14, 5-9-97, E. D. 183-703

d) *Tentativa*

1. La tentativa de extorsión requiere que el autor haya comenzado a intimidar valiéndose de un medio idóneo y no haya consumado sus propósitos por causas involuntarias. La idoneidad de los actos para intimidar debe valorarse con referencia a la psicología media de los hombres de la misma condición que los sujetos pasivos.

2. La extorsión por depósito se consuma cuando el objeto es depositado, sin que sea necesario que el autor entre en posesión del mismo.

CCrim. 7° Nom. de Córdoba, 6-9-90, “Ávila, Jorge R. y otro”, L. L. C. 1991-631

Si bien el delito de extorsión se consuma cuando el sujeto pasivo se ha desapoderado de la cosa, habiendo en el caso sido ella entregada a sabiendas de que la policía estaba enterada y próxima a actuar, y el objeto estuvo en manos de la autora por pocos minutos, el hecho quedó en grado de tentativa.

CNCCorr., sala VI, 1-11-91, “Coll Areco, Alejandrina”, L. L. 1992-B-342 y D. J. 1992-1-1080

Configura extorsión en grado de tentativa la exigencia de dinero a la víctima bajo amenaza de impugnar su candidatura societaria, de continuar las acciones criminales incoadas en su contra y de prolongar indefinidamente la intervención de una institución deportiva, con el objeto de intimidarla y lograr la entrega de la suma de cien mil dólares, si, puesto a disposición de los imputados y recibido por los mismos el dinero, su designio se vio frustrado por la intervención de la justicia, notificada de antemano.

CNCCorr., sala I, 23-11-93, “Vázquez, C. E.”, c. 42.902, J. P. B. A. 89-F-299

El hecho queda en grado de tentativa si el intimidado da cuenta del hecho a la policía que, con su concurso, tiende una celada al autor simulando la entrega voluntaria del dinero solicitado.

TOCr. Nº 15, 15-3-94, "Cherniser, R. A.", c. 78, J. P. B. A. 88-F-389

Se configuró la extorsión en grado de tentativa, al denunciar la víctima a los imputados inmediatamente después de mantener la reunión extorsiva, y en virtud de ello se desplegó el operativo que dispuso que el damnificado concurren a entregar el dinero de manera que resultara casi imposible para ellos violar el cerco policial, dándose así, en la especie, los elementos contemplados por el delito experimental, pues el ilícito no alcanzó su perfeccionamiento por causas ajenas a la voluntad de los procesados, no habiendo de parte de éstos poder de disposición del dinero entregado.

CNCCorr., sala V, 30-6-94, "Serra, R. J.", c. 1743, Bol. Int. de Jurisp. Nº 2/94

El delito de extorsión se consuma cuando el sujeto pasivo se ha desahogado de la cosa, mientras que la tentativa se determina por la formulación intimidatoria de la exigencia a través del comienzo de la formulación de la amenaza, o de la falsa invocación de autoridad u orden de ella.

CNCCorr., sala I, 8-3-96, "Kosac, J. A.", c. 26.992, Bol. Int. de Jurisp. marzo/1996, J. P. B. A. 98-F-73

Corresponde desechar la tentativa inidónea de extorsión, cuando las amenazas resultaron suficientemente intimidantes de por sí, pues la víctima tardó diecisiete días en formular la denuncia y pagó incluso parte de lo exigido. Para el examen de la tentativa presuntamente inidónea, el análisis de la situación debe completarse con la evaluación del hecho *ex ante*, dado que solamente cuando los medios empleados resultaren absolutamente ineficientes, se podrá encuadrar la situación en la especie.

CNCCorr., sala IV, 6-5-97, "Cunningham, H.", c. 45.426, J. P. B. A. 101-F-39

La tentativa en el delito de extorsión se determina por la formulación intimidatoria de la exigencia, a través del comienzo de la enunciación de la amenaza. Por ello, se trasciende la etapa preparatoria al formularse la amenaza mediante misiva intimidatoria y recibida por el destinatario, y a través de cada una de las notas con instrucciones y “postas” también amenazantes, halladas a lo largo del recorrido indicado para la entrega del dinero, que finalmente no se concretó, quedando el hecho en grado de tentativa.

CNCCorr., sala II, 22-9-98, “Malatesta, C.”, c. 14.488, J. P. B. A. 107-F-299

2. Diferencia con la estafa

La diferencia entre la extorsión –cometida mediante simulación de autoridad pública– y la estafa –supuestos en donde el beneficio indebido es alcanzado por medio de una simulación–, se alcanza distinguiendo los hechos de acuerdo con el efecto producido en el sujeto pasivo, y determinante de la prestación. Así, el extorsionado mediante simulación de autoridad está en error acerca de la calidad de la persona, mientras que el estafado por simulación de autoridad será el que entrega de buen grado algo debido al Estado, creyendo haberlo dado a quien debía.

CFed. de San Martín, sala I, 6-2-97, “Toriano, Marcelo G.”, c. 1511, L. L. 1998-F-838, E. D. 175-499, D. J. 1997-3-826, J. P. B. A. 101-F-155

3. Diferencia con el robo

La configuración de la extorsión se desdibuja cuando no media un lapso entre la amenaza y el logro de la prestación; por ello, habiendo en el caso ocurrido lo uno y lo otro sin interrupción ni intervalo, corresponde desechar sin más la posibilidad de que el evento importe infracción a la figura del artículo 168 del Código Penal.

CNCCorr., sala VI, 14-8-79, “Ortner, Ernesto F. y otros”, L. L. 1981-B-567

Para distinguir robo de extorsión, en caso de simulación de autoridad, es innecesario recurrir al criterio de perentoriedad entre la

amenaza y su ejecución, sentado por lo general en la doctrina para distinguir entre el robo y la extorsión. Ello es así, pues en la simulación de autoridad no hay *vis compulsiva*, como la que podría calificar la violencia típica del robo.

TOCr. N° 9, 10-8-93, “Pinelli, L. A.”, c. 67, J. P. B. A. 83-F-40

El delito de robo sólo comprende los casos en los que el autor directamente aplicó violencia sobre la víctima, quedando comprendidos en el delito de extorsión los casos en los que el apoderamiento se produce con intimidación.

CPen. de Santa Fe, sala IV, 29-3-94, “Miranda, Omar A. y otro”, L. L. 1994-E-75

Al no poder calificarse un hecho como robo agravado por el uso de arma, ya que no pudo secuestrarse tal elemento y por tanto, tampoco apreciarse su idoneidad ni utilización, cabe recalificar la conducta como extorsión consumada, pues al ser admitida para tal figura la intimidación junto con la entrega del objeto, sin condicionarlos temporalmente, se ha prescindido de considerar como característica de la extorsión la existencia de un intervalo entre la amenaza y la prestación, o entre la amenaza y el mal, debiendo considerarse consumada toda vez que el damnificado entregó, obligado por la intimidación, la suma que requirió el imputado.

CNCCorr., sala V, 21-11-94, “Deiana, A. s/Dcia. amenazas y robo”, c. 2280, Bol. Int. de Jurisp. N° 4/1994, J. P. B. A. 90-F-29

Configura extorsión y no robo, la conducta del chofer de un automóvil de alquiler que amenazó a una pasajera presuntamente con un arma de fuego y, tras despojarla de efectos personales y una tarjeta de crédito, la obligó a proporcionarle su código personal de acceso a la red bancaria correspondiente a la tarjeta en cuestión, reteniéndola en el vehículo y recorriendo así –siempre bajo amenazas– distintas sucursales hasta finalmente obtener el dinero; pues la coerción excedió las características de la mera violencia física prevista por el tipo legal del artículo 164 del Código Penal para constituirse en una cabal intimidación, con la lograda finalidad de constreñir su libre determinación en cuanto a la disposición de los bienes (del voto de la Dra. Barrionuevo y del Dr. Cataldi).

Disidencia de la doctora Bistué de Soler: La conducta descripta configura robo, dado que la persistencia de la intimidación en todo el contexto de la acción desplegada por los autores hasta que lograron su propósito, permaneciendo la víctima durante ese lapso inmovilizada por el temor al arma, es característico del robo y excluyente de la extorsión. Además, la intimidación fue ejercida para eliminar la resistencia que la damnificada pudiera oponer a la actividad de los sujetos y no para compelerla a hacer algo determinado, ya que el accionar inherente al apoderamiento –la extracción del dinero del cajero automático– fue ejecutado por el acusado. Es cierto que éste obligó a M. a entregar su tarjeta de crédito, a llamar por teléfono y a dar el número de ingreso al sistema bancario computadorizado, pero ello equivale en realidad al “¡la bolsa o la vida!” típico del robo, de igual modo que si en un asalto domiciliario se exigiera al dueño o la entrega de la llave o la clave de ingreso a la caja de valores.

TOCr. N° 14, 16-9-96, “Sosa Ascurrein, C.”, c. 308, J. P. B. A. 97-F-78

4. Diferencia con las exacciones ilegales

1. Incurrir en extorsión por intimidación y no en exacciones ilegales, la inspectora municipal que, amenazando con la clausura del local comercial de la víctima, exige la entrega de mercadería.
2. Incurrir en exacciones ilegales y no en extorsión, la inspectora municipal que exige la entrega de mercadería a cambio de no clausurar el local de la víctima (del voto en disidencia del Dr. Elbert).

CNCCorr., sala VI, 1-11-91, “Coll Areco, Alejandrina”, L. L. 1992-B-342 y D. J. 1992-1-1080

Las exacciones ilegales se distinguen de la ilicitud más grave constituida por la extorsión, pues requieren aquéllas y no ésta, la actuación funcional. El abuso de la autoridad de un funcionario que, en el desempeño de su cargo, formula las exigencias ilegales, aun cuando el sujeto activo del delito se desempeñe efectiva y concre-

tamente en la administración pública, su proceder será extorsivo si actúa fuera del ámbito de sus funciones específicas.

CCCorr. de San Martín, sala II, 21-11-93, "Cordero", c. 20.989, Bol. Int. de Jurisp. set-dic./93, J. P. B. A. 89-F-146

El tipo penal de extorsión resulta desplazado en los casos en que el sujeto activo es un funcionario que debe saber que actúa como tal.

CNCCorr., sala I, 30-8-95, "Tarragona, Miguel A. y otro", L. L. 1997-E-1023 y J. A. 1996-II-264

Configura el delito de extorsión la conducta de quien en su calidad de empleado de una empresa del Estado, solicita una suma de dinero a un particular –usuario de la misma–, a cambio del restablecimiento del servicio que le fuera suspendido. Resulta atípica la calificación del delito en exacciones ilegales, debido a que el autor carece de los atributos de funcionario público requeridos por el tipo.

CNCCorr., sala I, 4-10-95, "Basso, Carlos A.", c. 44.227, Bol. Int. de Jurisp. N° 4/1995

5. Chantaje

1. La acción típica del chantaje (art. 169, Cód. Pen.), coincide con la de la extorsión, siendo el medio comisivo el único elemento diferenciador de ambas figuras, pues en el primero la intimidación debe desplegarse mediante la específica amenaza de formular imputaciones contra el honor o revelar secretos.

2. En el chantaje (art. 169, Cód. Pen.), para la ley, no es relevante que las imputaciones contra el honor con que se amenaza sean verdaderas o falsas, siempre que sean suficientemente aptas para perjudicar la estima o crédito público de la víctima; en cambio, los hechos o circunstancias del secreto tienen que existir o haber existido, perteneciendo a la esfera de la intimidad de la víctima. En el caso, aun entendiendo que el acoso sexual atribuido a la querellante constituya un secreto y no una imputación contra el honor, se configura uno de los medios comisivos especiales al quedar acreditado que los imputados concurrirían a los medios de difusión para denunciar el acoso si no se abonaba una indemnización por despido y daño moral.

TOCr. N° 14, 5-9-97, E. D. 183-703

CAPÍTULO IV

LA ESTAFA¹

SUMARIO: *La estafa*. I. Evolución del delito de estafa. II. Antecedentes nacionales. III. Bien jurídico protegido. IV. La definición de estafa. V. Tipo objetivo. VI. El error. VII. La relación entre el engaño y el error. VIII. La disposición patrimonial. IX. La llamada estafa en triángulo (*der sogenante Dreiecksbetrug*). X. La estafa procesal. XI. El perjuicio patrimonial. XII. Tipo subjetivo. XIII. Consumación y tentativa. *Análisis de los casos del artículo 173*. I. Análisis general. II. Defraudación en la substancia, calidad o cantidad de las cosas. III. Retención indebida o la omisión de restituir a su debido tiempo. IV. Defraudación por suscripción de un documento. V. Abuso de firma en blanco. VI. Defraudación por sustracción. VII. Otorgamiento de contrato simulado o recibidos falsos. VIII. Defraudación por deslealtad en el manejo de bienes ajenos: la llamada administración infiel o fraudulenta. IX. Defraudación por sustitución, ocultación o mutilación de proceso, expediente, documento u otro papel importante. X. Estelionato. XI. Defraudación con pretexto de remuneración. XII. Desbaratamiento de derechos acordados. XIII. Defraudación prendaria y desbaratamiento de derechos acordados (decreto-ley 15.348/46). XIV. El artículo 173, inciso 12, 13 y 14, del Código Penal. *Defraudaciones agravadas*. I. Defraudación de seguro o préstamo a la gruesa. II. Circunvención de incapaces. III. Defraudación

¹ La bibliografía es sumamente amplia, pero conviene citar alguna que sea actualizada y que el lector pueda consultar. No ponemos la bibliografía española, que está a pie de página: El libro más actualizado en esta materia es el de ROMERO, Gladys, *El delito de estafa*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires; TIEDEMANN, *StGB, Leipziger Kommentar*, 2000, 11ª ed.; *Revista de Derecho Penal*, 2000, 1 y 2, *Estafas y otras defraudaciones*: En esta revista no sólo el lector encontrará artículos de doctrina, nacional y extranjera, sino además jurisprudencia sobre la orientación de los tribunales, y además tematizada, sobre la estafa y otras defraudaciones. FINZI, *La estafa y otros fraudes*, Depalma, 1961; SPOLANSKY, *La estafa y el silencio*, Álvarez, 1967; ANTÓN ONECA, *La estafa y otros engaños*, en *Obras*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. III, ps. 69 y ss.; GÖSSEL, *Besonderer Teil*, C. F. Müller, 1996. En alemán la bibliografía es amplia. En los textos que hemos citado se encuentra la bibliografía ampliada.

por uso de pesas o medidas falsas. IV. Fraude con materiales de construcción. V. Fraude en perjuicio de la administración pública. *Defraudaciones atenuadas*. Caracterización general del artículo 175 del Código Penal. I. Apropiación de cosa perdida o de tesoro. II. Apropiación de cosa habida por error o caso fortuito. III. Efectivización ilegal de la prenda. IV. Desnaturalización del cheque.

LA ESTAFA

I. Evolución del delito de estafa

El fraude fue castigado no sólo por el Derecho Romano, de donde, en principio, proviene como figura de los Derechos modernos, sino que también se encontraba legislado en otros países. La ley babilónica de Hammurabi (s. XX a. C.), el Avesta Persa, el libro del profeta Amós, el Corán, el Códigos de Manú, tenían penas severas; en algunas de estas legislaciones, la de muerte².

En Roma los antecedentes son el crimen *furti*, el crimen *falsi* y el *stellionatus*.

a) El crimen *furti* era un concepto amplio del *furtum*, que englobaba cualquier forma de atentado en contra del patrimonio ajeno, sobre todo el cometido mediante fraude. De modo que *furtum*, tanto podía ser la apropiación indebida como la sustracción del uso, la violación de la posesión, mediante astucia y engaño³.

b) El crimen *falsi* representaba un conglomerado inorgánico de especies criminógenas diferentes, que dificultaba la determinación de sus elementos. Las falsedades monetarias, documentales, testamentarias, cuyo objeto de lesión era la fe pública, determinaron que el *falsum* fuera un delito público. Otros delitos se relacionaban con la falsedad, y referentes a contenidos patrimoniales, tenían como elemento común la modificación de la verdad. Se requería un elemento subjetivo del dolo⁴.

² En adelante hemos tomado un libro fundamental, no sólo para este tema sino para toda la estafa, que es el de FINZI, Conrado, *La estafa y otras defraudaciones, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales italiano, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1961. En este punto debe consultarse p. 15 en adelante.

³ FINZI, ob. cit., ps. 15/16.

⁴ Ídem, p. 16.

c) El *stellionatus* era un crimen extraordinario, no definido por el Derecho Romano, creado en el siglo II (d. C.); comprendía las lesiones patrimoniales fraudulentas no previstas anteriormente. Carrara afirmaba que la referencia al *stellio*, que era un reptil con colores indefinibles por su variabilidad frente a los rayos del sol, se había hecho por la naturaleza incierta de este delito, que fluctuaba entre la falsedad y el hurto, y por la índole ambigua y astuta que este animal habría tenido⁵.

Los casos que entraban en el estelionato eran los de vender o permutar una cosa ya obligada a otro, transferir la cosa ya donada al hijo, entregar prendas ajenas. Pero en todo caso el estelionato tenía un carácter patrimonial, y por ende privado, de manera que era menos severamente penado que el crimen⁶.

En síntesis, el objeto del delito era el patrimonio; se consumaba con el efectivo daño patrimonial. La tentativa era impune y se exigía un elemento subjetivo del dolo, dirigido a la lesión del patrimonio.

En la Edad Media la doctrina creó un nuevo *falsum*, en el que se incluyeron casos de fraude patrimonial. El estelionato tuvo carácter subsidiario, de modo que el estelionato medieval, debido a esta confusión de figuras, resultó ser algo distinto a la estafa romana y a la actual. Los elementos eran determinados con dificultad por la doctrina y el objeto de discusión era el dolo, la modificación de la verdad y el daño⁷.

Es la ciencia alemana la que diferencia el fraude de la falsedad. Feuerbach y Wächter definen la falsedad en el siglo XIX, y en 1820 y 1837 Cucumus aclara el concepto de fraude: "Objeto de fraude no era, según él, el patrimonio en sentido económico, de la víctima, sino la facultad intelectual de ella; para la falsedad no era necesaria la producción del daño, encontrándose el fundamento racional de su incriminación en la lesión de un derecho social, la fe pública"⁸.

Con el tiempo se fijó el estelionato romano diferenciándose de la falsedad. En verdad, y este punto es importante, la diferenciación

⁵ Íd., p. 17.

⁶ Íd., ob. cit., p. 18.

⁷ Ibidem.

⁸ FINZI, p. 19.

era con el hurto, de modo que se empezó, posteriormente, a conceptualizarlo adecuadamente como “una lesión patrimonial ocasionada a otro con fraude”⁹. De este modo, según Carrara, si bien el estelionato tiene las características del hurto y de la falsedad, no es ni hurto, verdaderamente, porque la posesión de la cosa se logra con el consentimiento del dueño, ni la falsedad verdadera, porque la modificación de la verdad es especialmente ideológica¹⁰.

Posteriormente, la legislación penal del siglo XIX acepta los criterios modernos en materia de estelionato y admiten los dos elementos: del engaño y del daño patrimonial¹¹.

En síntesis, en este breve repaso histórico, la cuestión termina aceptándose por casi todas las legislaciones conocidas, con la estafa, con los siguientes caracteres: se trata de un delito patrimonial, integrado por tres elementos: el dolo, la modificación de la verdad y el daño patrimonial ajeno¹². Antón Oneca ha dado un concepto, quizás más completo, en los siguientes términos: “La estafa es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o de un tercero”¹²⁻¹. Y éste es el criterio científico de lo que es la estafa, ya que las modernas formas de la ciencia han dado lugar a fenómenos delictivos distintos, que entran en este cuadro, y que, sin duda, si no se quiere que existan lagunas de punibilidad o, lo que es más grave, que se haga analogía con lo que se llama estafa, deberán analizarse esos fenómenos y tipificárselos adecuadamente.

Advierte Antón Oneca que fue el Código francés de 1810, que dio un concepto modelo para muchas legislaciones del siglo XIX, que ha sido básico de la doctrina moderna. Los códigos de Alemania (1871) y de Italia (1889), sin embargo han abandonado el método limitativo del francés. El Código español tomó el sistema francés bajo el epígrafe de estafas y otros engaños, no aclarando en dónde estaba la diferencia

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ FINZI, ob. cit., ps. 19/20.

¹¹ *Íd.*, p. 20.

¹² *Íd.*, p. 21.

¹²⁻¹ ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños* cit., p. 70.

entre ambos¹²⁻². Y éste fue el criterio seguido por la ley argentina, con modificaciones, aunque, también se puede afirmar, que de él se puede dar un concepto general de lo que es la estafa.

II. Antecedentes nacionales

Según Moreno el artículo 173 enumera una serie de casos especiales de defraudación comprensiva de los diez incisos que tienen relación con la defraudación del artículo 172 que sólo habla de defraudar a otro. Por su parte el artículo 174, emplea en un inciso la palabra defraudare y en otro la palabra fraude. Si se advierte bien, la palabra estafa se encuentra sólo mencionada en el título del capítulo. Por lo cual es importante dentro de los antecedentes diferenciar entre defraudación y estafa. Moreno parte de la premisa de que la defraudación es un género y la estafa una especie particular de ella.

Para fundamentar esta distinción Moreno recurre a Padró quien sostenía que en la estafa siempre debía existir simulación, encubrimiento de la verdad, en cambio en la defraudación existía el abuso de la fe privada o pública en provecho propio y en perjuicio de alguna persona o del Fisco (p. 180). Jofré, también citado por Moreno, sostiene que la defraudación es de difícil conceptualización porque no es fácil distinguir entre el delito propiamente dicho y actos que son contrarios a la moral o comprensivos de otro tipo penal. Citando un fallo del juez Frías, que a su vez se basa en Chauveau-Helié, exigía para la existencia de la estafa cuatro condiciones. Primero, que los hechos incriminados pudieran ser calificados de maniobra; segundo, que estas maniobras fueran fraudulentas con el propósito de estafar; tercero, que tuvieran por objeto hacer creer en la existencia de falsas empresas, un poder o crédito imaginario, o hacer nacer la esperanza o temor de algún hecho quimérico, y cuarto, que con estas maniobras se operara la remisión de valores.

1. *Anteproyecto o Código Tejedor*

Tejedor en el Capítulo IV, sobre delitos, se ocupaba de las estafas

¹²⁻² Íd. nota anterior, ps. 69/70.

y otras defraudaciones empleando el mismo epígrafe adoptado por el Código del '86 por los proyectos subsiguientes y por el Código vigente. El artículo 1º de ese capítulo era sustancialmente igual al artículo 172 vigente.

En la nota expresaba Tejedor: “La antigua jurisprudencia aplicaba la calificación de estafa a todo hurto que se cometiera con destreza en lugares públicos o casas particulares por individuos que se introducían en ellas bajo diferentes pretextos. Pero hoy se comprenden únicamente bajo esta denominación aquellas maniobras que se proponen la substracción de un bien ajeno, provocando en los dueños una confianza ciega de la que se abusa. Este delito abraza muchos fraudes y no es fácil fijar su verdadero carácter. Por ejemplo, “non podría ome contar –dice la ley 7, Título 16, página 7– en cuantas maneras facen los omes engaños unos a otros”.

Según los autores, el engaño se divide en civil y criminal. El civil comprende todos los artificios reprobables, sin duda, pero que se emplean menos con el fin de dañar a otros que con el de servir los intereses del mismo que los emplea. En esta clase entran todos los actos simplemente embusteros, la simulación de contratos, la exageración de precios o calidades en la cosa vendida. La ley no se ocupa de esta clase de engaño a pesar de su inmoralidad, no sólo porque es fácil que cada uno se defienda de él, sino porque toda tentativa de represión podría perjudicar a la seguridad de las convenciones. El engaño criminal, por el contrario, no se manifiesta únicamente por la simulación o el artificio, sino que emplea maniobras culpables, tiende redes y se propone engañar en perjuicio de los intereses ajenos.

Más adelante Tejedor citando a Pacheco dice: “Los engaños análogos al hurto, los que caen bajo la idea de la defraudación, puede decirse que son innumerables. Una legislación que quisiera legislarlos todos caería en un repugnante casuismo. Pero también hay otro extremo, cual sería el de condensar todos sus preceptos, que resultara una vaguedad, una indeterminación no menos vituperable”¹³.

¹³ MORENO, ob. cit, t. V, p. 183.

2. Proyecto de Villegas, Ugarriza y García

El proyecto legisla en el Capítulo III, dentro de los delitos contra la propiedad, el epígrafe de estafas, utilizando una redacción similar a la de Tejedor. En estos códigos las penas tenían relación con el monto de lo defraudado.

3. Código de 1886

El sistema de Tejedor fue seguido por el Código de 1886 tanto en el título como en el artículo 202¹⁴. La palabra estafa se usa sólo en un artículo, el 207, que es la venta de la prenda sobre la que se prestó el dinero.

La pena tenía relación con el monto de lo defraudado y se ordenaba en seis incisos.

4. Proyecto de 1921

La Exposición de Motivos del artículo 207 dice: “El Capítulo IV se refiere a las estafas y otras defraudaciones. El artículo 207 corresponde al 202 del Código Penal y corrige la viciosa redacción de este último que puede dar lugar a una mala interpretación. Tampoco adoptamos el criterio de la penalidad seguido por el Código para este delito, al proporcionar la medida de la pena al importe de la suma defraudada. Si esta circunstancia debe tenerse en cuenta para la determinación de la pena en el caso particular, podrán tenerla los tribunales dentro de los límites más amplios de penalidad que presenta el proyecto, sin que subsista el peligro de que circunstancias particulares de perversidad o astucia o de daño realmente causado, desaparezcan ante el *quantum* de lo estafado.

”El artículo 208 enumera casos de defraudaciones que podrían no estar comprendidas en el caso anterior, conviniendo por otra parte, más propiamente la denominación de estafas del artículo 207 y la de defraudaciones al artículo 208 [...] El artículo 209 del proyecto enumera los casos particulares que merecen alguna agravación de la pena en

¹⁴ Proyecto de 1886, en ZAFFARONI, ob. cit., p. 165.

razón de la entidad del daño que se puede causar con el delito o con la menor defensa que puede oponerse a éste”¹⁵.

5. *Proyectos de 1906 y 1917*

El proyecto de 1906 contiene los mismos artículos que el Código vigente, que agregó en este aspecto al artículo 175 el inciso 4^o¹⁶.

La Exposición de Motivos de la comisión especial de legislación penal y carcelaria sostuvo: “la comisión ha conservado también en esta parte el proyecto de 1906. En el inciso 2^o ha suprimido las palabras ‘negare haber recibido’, porque el delito que se prevé es, precisamente, el de negarse a restituir, y no es necesario acentuarlo [...] Se ha agregado al inciso 4^o del artículo 175, las palabras ‘o en blanco’, que tienden a caracterizar el delito que ha prevenido la comisión”¹⁷.

III. Bien jurídico protegido

No hay duda de que la estafa, como tal, debe estar entre los delitos contra la propiedad, ya que no se castiga el engaño, como dice Finzi, sino el daño patrimonial que ocasiona, aunque el medio utilizado pueda causar daño a otro bien jurídico. Y éste ha sido el criterio de las legislaciones más conocidas. La *truffa* en Italia, la *croquerie* en Francia, y en Alemania *Betrug*, en todas ellas el bien jurídico es la propiedad, que es el tema a resolver¹⁸.

En el Código Penal argentino el tipo de estafa se encuentra incluido en el Título 6, denominado *Delitos contra la propiedad*. Sin embargo, basta con analizar el contenido de los diferentes tipos para reconocer que en realidad la protección legal va mucho más allá que el mero “derecho de propiedad”.

Hay que aclarar que la función de los rótulos que encabezan los distintos tipos penales no es necesariamente la determinación del bien jurídico protegido, sino que por medio de fórmulas abreviadas se intenta

¹⁵ MORENO, ob. cit., t. V, p. 186.

¹⁶ ZAFFARONI, ob. cit., p. 303.

¹⁷ MORENO, ob. cit., t. V, ps. 186/187.

¹⁸ FINZI, ob. cit., ps. 21/22.

individualizar las diferentes conductas previstas, de modo que el título al que se alude desempeña una función meramente ilustrativa¹⁹.

Técnicamente resulta más adecuado hablar de “delitos contra el patrimonio”, pues no sólo se incluyen acciones que lesionan o ponen en peligro la propiedad, sino también aquellas que afectan a otros valores patrimoniales como la posesión, el derecho de crédito, e incluso las expectativas²⁰.

A diferencia de otros tipos penales, como el hurto o el robo, en el caso de la estafa la distinción es aún más evidente, pues no se protege un determinado elemento integrante del patrimonio, sino que se toma en cuenta al patrimonio de la víctima como una unidad o conjunto²¹.

¹⁹ Véase VALLE MUÑIZ, José M., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 77.

²⁰ VALLE MUÑIZ, ob. cit., p. 78. En igual sentido Miguel Bajo Fernández; Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González (*Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 34), señalando que “la necesidad de destacar la distinta regulación actual del orden económico, la necesidad de corregir defectos técnicos del Título XIII, la necesidad de referirse a los intereses colectivos que aparecen como dignos de protección en nuestro ordenamiento y la necesidad, por último, de aludir más exactamente al bien jurídico y al contenido del título, obligan a sustituir la expresión *Delitos contra la propiedad* por la de *Delitos patrimoniales*”. Sobre la diferencia entre los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio, véase ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal Iure, 1988, p. 22.

²¹ Asiste razón a Conde-Pumpido Ferreiro, cuando afirma que “los delitos contra el patrimonio en su conjunto son aquellos que atentan al patrimonio considerado como valor económico y que es perjudicado por la acción delictiva, estimándose como prototipo de ellos la estafa, que es el delito patrimonial por antonomasia, hasta el punto de llegar a afirmarse, no sin exageración, que el concepto de patrimonio nace por y para la estafa y se desarrolla a partir de sus exigencias” (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 33). En igual sentido Bustos Ramírez expresa que “la protección que se ofrece al patrimonio en la estafa tiene un carácter más amplio y global que en cualquier otro caso, ya que puede abarcar cualquier elemento del patrimonio (derechos, obligaciones, cosas, otros objetos, etc.) y, además, cualquier tipo de relación jurídicamente protegida es suficiente” (BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 189). Otra opinión sostiene González Rus al entender que la estafa es un delito que se dirige contra *los elementos integrantes del patrimonio*, pues –a su criterio– desconectando el perjuicio del acto concreto de disposición patrimonial y entendiéndolo como detrimento del patrimonio en su conjunto “habría que entender que el perjuicio lo integran tanto los detrimentos

De esto se deriva –como pone de resalto Bajo Fernández– que “el ataque a un elemento integrante del patrimonio (propiedad, posesión, derecho de crédito, etc.) sólo podría constituir estafa cuando de él se derive una disminución del valor económico del patrimonio globalmente considerado, mientras que en otros tipos basta el ataque a dicho elemento patrimonial aislado para que se consume el delito, aun cuando el patrimonio, considerado unitariamente, reste incólume, o incluso, beneficiado”²².

Es decir, no se persigue la protección de la propiedad, ni de la posesión o del título de crédito, sino el resguardo de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío de una persona²³, aunque necesariamente –claro está– el ataque al patrimonio de la víctima siempre se instrumenta a través de la lesión de un concreto bien o valor²⁴.

patrimoniales provocados directamente como los generados en forma indirecta por el acto de disposición, pues en todo ello resulta empobrecido desde una perspectiva global el patrimonio del sujeto pasivo como consecuencia del delito, con lo que se acumularía y confundiría la indemnización de perjuicios con la cuantía relevante para la tipificación y la pena” (GONZÁLEZ RUS, Juan J., *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1996, t. I, p. 655). Muñoz Conde tampoco está de acuerdo con la consideración del bien jurídico patrimonio como “un todo” (MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 359).

²² Bajo Fernández, Pérez Manzano y González Suárez (*Manual de Derecho Penal*, p. 36), quienes continúan ejemplificando: “Así se dice que hay delito de daño en el caso de quien produce la muerte de un viejo caballo inútil que el propietario conserva por pura relación afectiva, a pesar de que con la muerte del animal se origina un beneficio o disminución de costos. O el caso de quien destruye un inmueble viejo en el centro de una gran ciudad con ánimo de dañar, lo que constituye delito de daños a pesar de que el propietario del inmueble se haya enriquecido porque el solar aumenta de valor al librarse el inmueble de inquilinos. Igualmente comete hurto quien toma la cosa ajena contra la voluntad de su dueño dejando en su lugar el valor equivalente en dinero o un valor superior. En todos estos casos hay delito de daños, hurto o robo, con independencia del enriquecimiento ocasionado al sujeto pasivo del delito. Por ello decimos que en estos delitos el bien jurídico protegido lo constituye exclusivamente cada uno de los elementos patrimoniales aisladamente considerados cuya lesión implica la consumación”. En el caso de la estafa, no alcanza con la lesión de un elemento patrimonial concreto, sino que debe ser el “conjunto del patrimonio” el que haya sido dañado.

²³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 34.

²⁴ VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 88.

Otra cuestión importante es aclarar que en la estafa el bien jurídico no es, como podría pensarse, la “buena fe en el tráfico” o la “lealtad en las operaciones” sino el patrimonio²⁵. El ardid y engaño previstos en el tipo como formas de comisión constituyen simplemente los medios con los que se produce el daño patrimonial del sujeto pasivo, de modo que el quebrantamiento de la buena fe es el *modus operandi* que va a determinar la lesión jurídica patrimonial, pero no el objeto de la tutela, ni directa ni indirectamente²⁶.

Si la buena fe fuese el bien jurídico amparado, la consumación del delito debería producirse con la sola realización del engaño, sin necesidad de que ocasionara perjuicio patrimonial alguno, solución que resulta inaceptable desde el punto de vista legal²⁷.

Sin embargo Antón Oneca sostenía que los bienes jurídicos atacados por la estafa eran el patrimonio y la buena fe en el tráfico jurídico, basándose para ello en Mezger. Y decía que éste era el punto a discutir a partir de Binding, quien negaba esta idea sosteniendo que era un resabio de la época en que la estafa permaneció unida a las falsedades. Por el contrario, Hafter afirmaba que el objeto de protección primario era la lealtad y la buena fe y sólo secundario el patrimonio. Antón afirma que esta discusión es bizantina, porque en el ataque al patrimonio, está incluida la buena fe y las relaciones patrimoniales y citando a Manzini afirma que “un *mínimum* de sinceridad en las relaciones patrimoniales debe ser impuesta coactivamente en un Estado bien ordenado, porque dicho elemento representa uno de los más vitales intereses en el normal desenvolvimiento de los negocios privados y la civil convivencia²⁷⁻¹.”

²⁵ Aunque eso no impide reconocer, como señala González Rus, que “uno de los fines político-criminales que llevan al legislador a construir el delito de estafa es el proteger la confianza, la fiabilidad y la credibilidad en el tráfico mercantil” (*Curso...* cit., p. 656).

²⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 32.

²⁷ En palabras de Bajo Fernández, “el entendimiento de la buena fe como bien jurídico protegido en la estafa provoca, a nuestro juicio, resultados insatisfactorios, por ejemplo el adelantamiento de las formas imperfectas de la ejecución, ya que habría que considerar el engaño como resultado típico y no como modalidad de la conducta” (BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal*, p. 265).

²⁷⁻¹ ANTÓN ONECA, ob. cit., p. 72.

Sin perjuicio de ello, consideramos que, en la estafa el bien protegido primario es el patrimonio globalmente considerado, es decir, en su totalidad como *universitas iuris*, de modo que el delito va a perfeccionarse cuando la conducta se haya traducido en una disminución del valor económico patrimonial de la víctima²⁸. No obstante, únicamente se deben tomar en cuenta los perjuicios patrimoniales derivados directamente del acto de disposición²⁹.

Aclarado esto, debemos entrar en el problema del concepto de “patrimonio” como bien jurídico protegido por el delito de estafa. En Derecho Penal existen cuatro posiciones básicas:

1. *Concepto jurídico de patrimonio*

De acuerdo a esta posición, el patrimonio es el conjunto de “derechos patrimoniales” de una persona. Sólo se considera elemento integrante del patrimonio aquel que está reconocido como “derecho subjetivo” por el orden jurídico³⁰.

Esta concepción genera tres consecuencias fundamentales:

- 1) No existe estafa cuando el fraude se refiere a un objeto o bien de procedencia ilícita. Está claro que en esos casos, jurídicamente hablando, no existe “derecho” sobre lo defraudado.
- 2) Tampoco podría apreciarse el delito cuando la víctima aún no tuviera un derecho patrimonial adquirido sino sólo una mera “expectativa”. Esto resulta criticable porque, como señala Bajo

²⁸ Como señala Bajo Fernández, “la comparación del patrimonio total, antes y después del acto de disposición, servirá para determinar el perjuicio de la estafa consumada” (ob. cit., p. 267).

²⁹ Supongamos que la estafa recae sobre un objeto cuyo valor resulta inferior al beneficio fiscal que provoca su pérdida. Está claro que en lo inmediato y de manera “directa” se ha ocasionado un perjuicio patrimonial al producir la pérdida de la cosa, y en nada afecta la solución el hecho de que “indirectamente” se haya beneficiado económicamente a la víctima. Entre el acto de disposición y el perjuicio patrimonial rige el principio de “inmediatez” (véase BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 267).

³⁰ Así Binding, quien concibe al patrimonio como “la suma de los derechos y deberes patrimoniales de una persona” (BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, 1969, t. 1, ps. 237 y ss.).

Fernández, “hay expectativas de derecho, como, por ejemplo, la clientela, cuya defraudación puede tener un gran significado económico en el mundo mercantil”³¹.

- 3) En cambio, la pérdida de derechos sobre cosas o bienes constituye perjuicio patrimonial y, por lo tanto, puede dar lugar al delito de estafa, sin importar que se trate de objetos no “valorables económicamente”. Así entonces, la servilleta de papel donde el pretendiente expresa en forma de verso sus sentimientos hacia su amada, contiene un valor afectivo reconocido por el Derecho que integrará, para los seguidores de esta teoría, el patrimonio.

Aquí únicamente importa la lesión de “derechos patrimoniales”, de modo que, aunque la cosa careciera de valor económico, o si, en otro supuesto, la contraprestación tuviese un valor económico equivalente, el patrimonio de todas formas se consideraría lesionado³².

El bien jurídico patrimonio, para esta posición, resulta lesionado no sólo cuando la cosa está dotada de contenido económico, sino cuando la lesión se produce sobre cualquier derecho patrimonial. Con razón se ha dicho que el concepto jurídico resulta en exceso amplio y en exceso restringido, pues, por un lado, permite la estafa cuando no existe ningún perjuicio patrimonial concreto y, por el otro, la excluye al dejar de lado los valores no integrados en un derecho subjetivo como las expectativas³³.

2. Concepto económico de patrimonio

Conforme a este punto de vista, patrimonio es el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables de una persona, sin importar que se encuentren o no reconocidos jurídicamente como “derechos”.

Las consecuencias son exactamente inversas a la teoría anterior:

- 1) Deben incluirse en el concepto de patrimonio a los bienes o cosas de procedencia ilícita. La defraudación que se comete

³¹ BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal* cit., p. 268.

³² En el ejemplo de Conde-Pumpido Ferreiro, esto se daría por ejemplo en la venta, como un supuesto “Stradivarius”, de un violín vulgar pero en un precio equivalente al valor intrínseco de tal violín falso (ob. cit., p. 36).

³³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 36.

al coautor del robo en el reparto del botín debería ser incluida en el tipo penal de estafa, lo que no parece satisfactorio. Como afirma Bajo Fernández, “al incluir siempre en el concepto de patrimonio la cosa poseída antijurídicamente, se da una amplitud excesiva al delito de estafa”³⁴.

- 2) Obviamente, también forman parte del patrimonio las “expectativas”, cuando tengan un valor económico determinado, aunque todavía no puedan considerarse desde el punto de vista jurídico como “derechos adquiridos”.
- 3) Por último, se debe excluir del bien jurídico a las cosas u objetos desprovistos de valor económico, que sólo posean una apreciación afectiva o sentimental. El valor de la cosa se determina “objetivamente” sin tener en cuenta el juicio de la persona. Aunque —como en el caso de la servilleta— la conducta del autor lesione un derecho reconocido, si no existe perjuicio patrimonial, en el sentido de perjuicio económico, no es posible considerar la conducta como estafa. Lo mismo sucede en los casos en que el autor del engaño realiza una contraprestación “equivalente” desde el punto de vista económico.

El problema más importante que presenta esta posición es, como afirma Valle Muñiz, “su gran permeabilidad cuando integra en el patrimonio posiciones en el tráfico económico que, susceptibles de valoración, adolecen de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico”³⁵ y, por otra parte, en muchos casos resulta muy difícil, por no decir imposible, prescindir por completo de criterios “jurídicos” para determinar si el bien pertenece o no al patrimonio³⁶.

3. *Concepto mixto o económico-jurídico de patrimonio*

El criterio que parece más adecuado para definir el bien jurídico protegido por el delito de estafa es el mixto, según el cual, por patri-

³⁴ BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal* cit., p. 268.

³⁵ VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 82.

³⁶ BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 268.

monio corresponde entender el conjunto de bienes o derechos con valor económico, pero que además gocen de protección jurídica³⁷.

De esta forma se logra un concepto que no resulta ni muy restringido ni tampoco excesivamente amplio, permitiendo explicar satisfactoriamente la mayoría de los supuestos problemáticos que se presentan en la estafa³⁸.

Sin embargo, pensamos que la teoría mixta debe ser aclarada en el sentido de que únicamente pueden considerarse incluidos en la tutela aquellos bienes y derechos económicos que se encuentren reconocidos por el Derecho, pero siempre que no contradigan el sistema de valores de nuestra Constitución y del orden jurídico en general. Como señala Frank Zieschang, a los fines del tipo penal, sólo pueden pertenecer al concepto de patrimonio “los bienes de una

³⁷ Siguiendo este punto de vista, Welzel, para quien el patrimonio de una persona se compone de la suma de valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico (WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, p. 372). Valle adopta esta teoría señalando que “sólo el patrimonio entendido en sentido amplio, esto es, como la suma de relaciones jurídico-patrimoniales susceptibles de valoración económica, es apto para aglutinar en su seno los diferentes objetos jurídicos de las figuras delictivas agrupadas en el título” (VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 83). Para Bajo Fernández y Pérez Manzano, “constituyen elementos patrimoniales todas aquellas posiciones de poder sobre una cosa, valorables económicamente, que revisten una apariencia jurídica” (BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 268).

³⁸ Como afirma Susana Huerta Tocildo, “frente a la concepción jurídica, esta teoría supone la limitación de los bienes patrimoniales a aquellos que poseen un valor económico (estén o no concretados en derechos subjetivos), mientras que, frente a la teoría económica, supone una importante restricción al considerar bienes patrimoniales únicamente a aquellos que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica” (*Protección penal del patrimonio inmobiliario*, p. 35, cit. por ROMERO, *Delito de estafa* cit., p. 274). En el mismo sentido expresa Conde-Pumpido Ferreiro que esta postura “toma de la teoría jurídica la exigencia de que los bienes o valores sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación jurídica, lo que supone una restricción del carácter económico expansivo de la teoría estrictamente económica, y toma de esta última la exigencia de que el derecho subjetivo tenga un valor económico, lo que matiza la concepción estrictamente jurídica de la primera de las teorías expuestas” (ob. cit., p. 38).

persona que no se encuentren en oposición con el sistema de valores fundamentales plasmados en la Constitución”³⁹.

Con esta noción de patrimonio deben incluirse:

- 1) Las cosas, bienes y créditos con valor económico.
- 2) Los derechos reales, personales e intelectuales.
- 3) La posesión, aunque como veremos más adelante debe quedar al margen cuando fue obtenida ilícitamente⁴⁰.
- 4) Las expectativas (ganancias futuras), aunque en general se exige que tengan una base jurídica preexistente y cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación⁴¹.

4. *El llamado concepto “personal” de patrimonio*

Finalmente, para algunos autores el patrimonio debe considerarse como una “unidad personalmente estructurada” que garantiza el desarrollo de la personalidad en el ámbito de los objetos. Así Gladys Romero afirma que “lo que caracteriza el concepto personal de patrimonio consiste, sobre todo, en el reconocimiento de la finalidad económica individual y las posibilidades de acción del titular del patrimonio”, poniendo de manifiesto que “en los delitos patrimoniales no se lesiona cualquier acopio de bienes con valor monetario perteneciente a alguien, sino a la persona a la que corresponde el patrimonio y, además, se la lesiona en su ámbito económico individual de acción, esto es, en los fines perseguidos con sus actos de disposición”⁴².

La consecuencia más importante es que el perjuicio patrimonial en el delito de estafa no reside únicamente en el valor monetario del objeto, sino también en el valor de uso que pueda tener para satisfacer

³⁹ ZIESCHANG, Frank, *La protección de la propiedad a través del delito de estafa*, trad. por Maximiliano D. Vaccalluzzo, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 11 y ss. Nosotros ya habíamos planteado este mismo tema al tratar el bien jurídico como un reconocimiento de valores constitucionales, siguiendo en esto a Rudolph (DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 1995, par. 35 y ss.).

⁴⁰ Esta cuestión será analizada al abordar el problema del perjuicio patrimonial (Cap. III, 5).

⁴¹ Ver lo explicado al analizar el perjuicio patrimonial (Cap. III, 5).

⁴² ROMERO, *Delito de estafa* cit., p. 282.

los fines económicos de su propietario, de modo que existe delito cuando se frustra la finalidad perseguida por la víctima⁴³.

En realidad esta tesis ha sido criticada por su falta de utilidad práctica, pues se entiende que todos los problemas que plantea pueden ser resueltos satisfactoriamente con la postura mixta (jurídico-económica)⁴⁴, dado que este concepto de ninguna manera significa que el perjuicio patrimonial en la estafa únicamente deba medirse con “valores pecuniarios”, sino que también corresponde tener en cuenta las necesidades y fines del engañado⁴⁵.

IV. La definición de estafa

El artículo 172 del Código Penal argentino establece: “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”.

El legislador optó por no definir a la estafa, y, en cambio, utilizar un sistema ejemplificativo-casuístico, señalando las diferentes formas

⁴³ Ver ROMERO, *Delito de estafa* cit., p. 283. Como señala Conde-Pumpido Ferreiro, para esta teoría “el perjuicio patrimonial deviene de una reducción de la potencia económica del propietario, reducción que no tiene por qué valorarse exclusivamente en términos monetarios, sino que surge también de una disposición sobre los bienes económicos que no consigue, para el que la realiza, el fin que con ella pretendía: en el ejemplo del Stradivarius falso, el patrimonio monetariamente hablando no sufre perjuicio, pero su titular no consigue poseer un violín de aquel luthier, que era lo que le llevó a la compra del objeto” (ob. cit., p. 40).

⁴⁴ Ver ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, p. 59, también BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal*, p. 269, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 41.

⁴⁵ Como señala José Antón Oneca, “a los efectos de determinar el perjuicio en la estafa, la valoración de la disminución patrimonial ha de hacerse en primer término en un plano objetivo, estimando la cuantía según medidas generales, no según la opinión del perjudicado; lo que no quiere decir que carezca de significación el momento subjetivo, pues en segundo término, han de tenerse presentes las circunstancias del caso individual, dentro de las cuales destacan las necesidades y fines del engañado” (*Las estafas y otros engaños*, Barcelona, 1957, p. 13, en ANTÓN ONECA, *Obras*, t. III, p. 102).

que resultan punibles⁴⁶. No obstante, el texto legal nos brinda una primera aproximación al concepto de la estafa, en el sentido de que el delito consiste en una “defraudación” causada mediante “ardid o engaño”⁴⁷.

Es importante aclarar que por defraudación se debe entender a “toda lesión patrimonial producida con fraude”, de modo que se trata del “género”, cuyas especies son la estafa o el abuso de confianza, modalidades que resultan claramente diferentes⁴⁸.

La doctrina ha intentado precisar un poco más el concepto ocupándose de buscar una definición para el delito. En palabras de Antón Oneca podríamos decir que la estafa consiste en “la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”⁴⁹.

⁴⁶ Análogo es el sistema utilizado por el Código Penal español, cuyo art. 248 establece que “cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero”. Por su parte, el § 263 I del Código Penal alemán dispone que “quien, con la intención de procurar para sí o un tercero una ventaja patrimonial ilícita, perjudique el patrimonio de otro causando un error o manteniéndolo, por medio de la apariencia de hechos falsos o de la desfiguración o supresión de hechos verdaderos, será castigado con pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa”.

⁴⁷ Como señalan Molinario y Aguirre Obarrio, “no se trata de la creación, por vía analógica, de nuevas entidades delictivas, sino solamente de aplicar la ley penal a formas de conducta que, reuniendo todos los elementos constitutivos del delito de estafa, aparezcan novedosas por el medio utilizado para inducir a error a la víctima” (MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., p. 325).

⁴⁸ Véase SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, act. por Manuel A. Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, 1996, t. IV, p. 346. Básicamente la diferencia es que, en la estafa, el fraude actúa como “determinante” del acto que ocasiona el perjuicio patrimonial, mientras que en los abusos de confianza existe una situación jurídica legítima preexistente, a partir de la cual se concreta posteriormente la defraudación. En este sentido, afirman Molinario y Aguirre Obarrio: “En las estafas la acción del delincuente comienza por un engaño que vicia el consentimiento de la víctima. La víctima yerra en su apreciación de la realidad y obra de manera tal que produce o acepta la producción de un hecho que perjudica su patrimonio. En los abusos de confianza existe inicialmente una relación jurídica válida. Tal relación crea obligaciones que impiden al sujeto hacer ciertas cosas, pero las hace, con el fin de perjudicar a la víctima y beneficiarse ilegítimamente él” (*Los delitos* cit., p. 319).

⁴⁹ ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños* cit., p. 70. Entre nosotros,

La definición refleja claramente los elementos exigidos por el tipo de estafa: engaño, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio y ánimo de lucro. Como veremos luego, dichos elementos no pueden aparecer en forma aislada, sino que deben estar relacionados de manera especial.

Para Finzi, la estafa consiste en procurar para sí mismo o a otro un provecho injusto con daño ajeno, mediante engaño. Por ende, los elementos de la estafa son: el engaño y el daño⁵⁰.

V. Tipo objetivo

El tipo objetivo de estafa exige la presencia de tres elementos fundamentales: fraude (ardid o engaño), error y disposición patrimonial perjudicial. Tales elementos deben darse en el orden descripto y vincularse por una relación de causalidad —o si se prefiere de imputación objetiva—, de modo tal que sea el fraude desplegado por el sujeto activo el que haya generado error en la víctima y ésta, en base a dicho error, realice una disposición patrimonial perjudicial.

1. *El ardid o engaño*

El ardid o el engaño son las dos únicas modalidades previstas en la ley para caracterizar la estafa, de ahí que es fundamental precisar bien estos conceptos, a los efectos de garantizar plenamente el principio de legalidad. Por otra parte, dichos elementos constituyen el punto central de la teoría de la estafa, pues si no hay ardid o engaño, aunque exista error y disposición patrimonial perjudicial, debe descartarse ca-

Núñez la define como “la defraudación sufrida por una persona a causa del fraude de que el autor hizo víctima a ella o a un tercero” (*Derecho Penal argentino* cit., t. IV, p. 285). Soler la concibe como la “disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, determinado por los ardidés de alguien que tendía a obtener con ellos un beneficio indebido” (*Derecho Penal* cit., p. 346). Para Romero la estafa es “un *engaño*, causante de un *error*, que motiva una *disposición patrimonial* que provoca un *daño patrimonial*” (*Delito de estafa* cit., p. 113). Según Molinario-Aguirre Obarrio, “es pretender la obtención ilegítima de un derecho patrimonial ajeno, con perjuicio para la víctima, que lo entrega o concede voluntariamente, inducida a error, por empleo de ardidés o maquinaciones aptas a ese efecto” (*Los delitos* cit., p. 335).

⁵⁰ FINZI, ob. cit., p. 34.

tegóricamente el delito. Como bien sostiene Finzi, “el engaño constituye la característica de la estafa, le da fisonomía propia a este delito y lo distingue de las demás formas de agresión al derecho patrimonial”⁵¹.

Se puede decir que el engaño es la falsedad o falta de verdad en lo que se dice o hace, o, de acuerdo a la definición tradicional de Antón Oneca, es la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas⁵².

El Código Penal enuncia sólo algunos ejemplos cuando se refiere al “nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación”, lo que se confirma cuando el legislador agrega la fórmula genérica de “valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”. Esta última forma de legislar es, en el fondo, adecuada, ya que la idea de enumerar el medio engañoso ha sido, con justicia, criticada, porque la naturaleza del artificio que se ha empleado no tiene trascendencia jurídica, lo que llevó a decir a Planiol que la impunidad es la recompensa que se le da al estafador sagaz que ha sabido inventar un nuevo medio (o sea no previsto por la ley) para engañar⁵³. Por este motivo se ha sostenido que “una mención a la naturaleza del medio engañoso es, desde el punto de vista jurídico, improcedente, siendo necesario y suficiente proclamar la necesidad de un medio engañoso”⁵⁴.

Si bien generalmente el engaño recae sobre “hechos”⁵⁵, nada impide incluir también como formas de engaño a los “juicios de valor”, siempre que se cumpla con todos los requisitos propios de este primer elemento y, en especial, con la exigencia de “inidoneidad”⁵⁶.

⁵¹ Ídem, p. 36.

⁵² ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños* cit., ps. 80 y ss. Como gráficamente señala Valle Muñiz, es la muleta o capa de que se sirve el torero para engañar al toro (VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 142).

⁵³ Cit. por FINZI, p. 36.

⁵⁴ FINZI, p. 37.

⁵⁵ Normalmente se dice que el engaño puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos.

⁵⁶ Véase GONZÁLEZ RUS, *Curso...* cit., p. 663; también BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, *Manual...* cit., p. 278. En contra de la consideración de “juicios de valor” como objeto del engaño, Gladys Romero, aunque la diferencia que propone

Como se sabe, existen dos formas diferentes de concebir este delito, según un criterio limitado del engaño, o con un criterio que podríamos llamar amplio, a cuya base hay teorías sólidas que los respaldan y que han sido tomadas tanto por calificada doctrina, como por la jurisprudencia. Pero no se piense que este tema tiene que ver con el principio de legalidad, sino con la construcción dogmática de lo que se entiende por estafa⁵⁷.

a) *Criterio limitado*

Según una posición restringida, el engaño como elemento típico fundamental exige una especial maquinación o puesta en escena. Es decir, el medio engañoso debe adoptar cierta entidad, no resultando suficiente con las simples palabras, sino que en todos los casos el autor debe desplegar alguna actividad tendiente a falsear la realidad⁵⁸.

entre “hechos” y “juicios de valor” no resulta muy clara. Por un lado, parte de un concepto sumamente amplio de “hecho” al considerar que “es todo aquello que puede ser conocido”, incluyendo los “sucesos, situaciones, relaciones, propiedades, calidades, etc., que se pueden percibir directa o indirectamente a través de los sentidos” (*Delito de estafa* cit., p. 129). No obstante, más tarde aclara que para determinar si se trata de un “hecho” o un “juicio de valor” es fundamental la concepción del tráfico, no resultando decisiva la fórmula lingüística. Por ejemplo –afirma– una aserción sobre la calidad de un objeto, como “el mejor cigarrillo del mundo”, aunque encierre la apariencia de la afirmación de un hecho, por lo general, no es considerada así. Por el contrario, un aparente juicio valorativo puede contener la afirmación de un hecho, como, por ejemplo, el manifestar que se trate de “un coche muy veloz” (ob. cit., p. 134). Pensamos que no es relevante analizar si el engaño recae sobre un hecho o juicio de valor, distinción que, por otra parte, no viene impuesta por la ley, sino que lo importante es que ese engaño pueda considerarse “idóneo” para producir un estado de error en la víctima, conforme las exigencias que luego analizaremos.

⁵⁷ Sobre las dificultades e imprecisiones de la jurisprudencia al interpretar el “ardid o engaño”, véase BERTONI, Eduardo A., *El concepto de “ardid o engaño” en la jurisprudencia*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 31 y ss.

⁵⁸ Esta posición se impuso en el siglo XIX e imperó fundamentalmente en la doctrina francesa a través de la llamada *mise en scène*. Entre nosotros Soler siguió parcialmente esta postura señalando que “para constituir ardid se requiere el *despliegue intencional de alguna actividad*, cuyo efecto sea el de hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante”, agregando que “es un principio de la jurisprudencia repetido casi textualmente por varios autores el que las palabras artificiosas, las alegaciones mentirosas, las promesas, las esperanzas, des-

En palabras de Pedrazzi, con esta tesis “se atiende al revestimiento exterior del engaño: se incrimina el engaño que esté construido con una cierta riqueza de formas y de medios; se exige que el motivo fraudulento no venga simplemente enunciado, sino que venga desenvuelto y revestido de un acompañamiento de maquinaciones aptas para abrir una brecha en la defensa del sujeto pasivo”⁵⁹.

Esta teoría fue tomada de Cucumus, que se dio en llamar, por los franceses, la teoría de *mise en scène*, y recogida más tarde en Italia por Carrara, y de allí, pareciera ser, por nuestros juristas, a tenor de las citas que se hacen en los textos que hemos analizado. Es interesante citar el párrafo de Carrara según el cual ninguna protección penal merecen “los que se hacen sacar dinero por una viejita harapienta [...] que asegura saber adivinar los números de la lotería...”, en tanto que cuando “esa viejita lleva vestidos de seda y joyas falsas, dando a entender que su aparente riqueza es el fruto de sus continuas ganancias con la lotería”, la tutela penal corresponde, porque el engañado, contrariamente a lo que ocurre en el primer caso, “será sí un crédulo, pero no un imbécil”. Por eso es que Carrara distinguió entre la mentira o artificio verbal, y el artificio material⁶⁰.

Se trata, además, de hacer una diferencia entre lo que sería el fraude civil y el fraude penal. Mientras que para el primero es suficiente

provistas de todo hecho exterior, no constituyen maniobras” (*Derecho Penal* cit., p. 348). También adhirió a esta posición Carrara expresando textualmente: “Aunque no acostumbro adular las doctrinas francesas, me parece que en este punto han acertado, porque la *mise en scène* no es una fórmula empírica ni se refiere a accidentes materiales desprovistos de sentido jurídico; todo lo contrario, completa el elemento subjetivo y el elemento objetivo del delito: el subjetivo, porque muestra mayor astucia, mayor persistencia del deseo de hacer daño, un individuo más temible para la sociedad, y el objetivo, porque las apariencias externas prefabricadas para acreditar la palabra mentirosa, hacen más excusable la credulidad de la víctima y le agregan al hecho un daño mediato que no ocurre cuando se cree en las meras palabras del primero quien se presente” (*Programa de Derecho Criminal. Parte especial* cit., t. 6, vol. IV, § 2344).

⁵⁹ PEDRAZZI, C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 220, cit. por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 46. Como señala este último autor, de este modo se establece una distinción entre la mentira verbal, que no debe ser punible, y la maniobra fraudulenta como obra material y exterior, de carácter positivo.

⁶⁰ FINZI, ob. cit., p. 39.

con cualquier forma de engaño, por mínimo que sea, en materia penal se exige un plus adicional consistente en la maniobra fraudulenta que lleva a cabo el autor, que, sin dudas, revela mayor peligrosidad dado que supone la existencia de premeditación y preordenación de medios⁶¹.

En rigor –a nuestro juicio– dicha diferenciación no resulta convincente pues lo que constituye fraude, lo es tanto en el ámbito civil como en el penal. Como señala González Rus, “la cuestión es más de tipicidad que de dolo, pues entre un concepto de dolo y otro no hay diferencias lo suficientemente claras como para permitir una distinción nítida”⁶².

Con esta posición resulta sumamente dificultoso incluir en el tipo penal de estafa tanto a los llamados engaños omisivos, como a los engaños verbales (mentiras), pues en ninguno de esos casos existen actividades o maniobras externas desplegadas por el autor del hecho como pretenden los partidarios de esta teoría.

Como bien señala Conde-Pumpido Ferreiro, en definitiva se trata de adoptar una determinada postura de política criminal: qué forma de fraude debe ser castigado penalmente y si la reacción penal sólo debe actuar ante los fraudes de mayor gravedad o peligrosidad. No obstante, el problema es que “en ciertos supuestos la simple mentira, aun no acompañada de un aparato ratificante, puede resultar peligrosa frente a un sujeto pasivo desapercibido o fácilmente sugestionable, por lo que la tesis de la *mise en scène* puede resultar insuficiente”⁶³.

Ya hace tiempo afirmaba Finzi que la intensidad del engaño no debe medirse sobre la base de la prudencia mediana, sino con arreglo a las condiciones intelectuales personales del engañado en cada caso⁶⁴. Es decir, el medio comisivo de la estafa es aquel por el cual se llega a la lesión patrimonial; sin interesar, desde el punto de vista jurídico,

⁶¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 48.

⁶² GONZÁLEZ RUS, *Curso...* cit., p. 666. En igual sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 361. Sobre la imposibilidad de diferenciar el fraude civil del penal, véase ampliamente SOLER, *Derecho Penal* cit., ps. 339 y ss.; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., p. 348.

⁶³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 47.

⁶⁴ FINZI, *La estafa y otras defraudaciones...* cit., p. 40.

que el error se haya logrado con medios refinados o con medios simples, si ese error se utiliza para producir el daño ajeno⁶⁵.

Por eso ha podido decir Finzi que el error de estas teorías es que no contemplan que en la estafa no se castiga el engaño, sino el injusto de lo económico que ocasiona ese engaño. Por lo que poco importa el modo con que se logró el daño patrimonial, esto es, si el error es producto de un medio refinado o simple. En síntesis, el artificio es irrelevante, mientras el bien jurídico sea la propiedad⁶⁶.

b) *Criterio amplio*

Frente a la posición anterior, se considera que para la existencia del delito de estafa es suficiente con cualquier forma de engaño que sea idóneo para inducir a error a la víctima, sin que en todos los casos sea exigible el despliegue de alguna maniobra o actividad fraudulenta exterior. Es decir, para estimar el carácter penal del fraude basta con que la conducta, aunque sólo se encierre en una mentira verbal, sea susceptible de engañar a la persona a la que va dirigida, o que el engaño no sea fácilmente verificable⁶⁷. Dicho de otro modo, cualquier forma de engaño es típicamente relevante, siempre que tenga la virtualidad de provocar el error de la víctima y causar un daño patrimonial⁶⁸.

⁶⁵ FINZI, ob. cit., p. 41. El autor, recordando a Vincenzo Lanza, expresa que “hay estafa tanto en el engaño más burdo como en la asechanza más refinada, si uno u otra ha tenido la eficacia de determinar a una persona a consentir en lo que el estafador se había propuesto”. Seguidamente, se pregunta con Tolomei: ¿Es que no hay delito en el hecho de matar a un niño, porque es tarea mucho más fácil matar a un niño que a un adulto? ¿Y por qué, del mismo modo, se debería absolver al que engaña a un tonto y castigar al que ha engañado a un hombre inteligente, por la circunstancia de que aquél ha recurrido a artificios mucho más sencillos? A su juicio, “la máxima de Garraud, que aparece en su tratado de 1899, según la cual ‘la ley sólo puede proteger a los que se protegen solos’, es una triste absurdidad” (ob. cit., p. 40).

⁶⁶ FINZI, ob. cit., p. 41.

⁶⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 49.

⁶⁸ Véase NÚÑEZ, *Derecho Penal* cit. (p. 299), entendiendo que “el tipo del art. 172 se realiza siempre que un fraude, cualquiera sea su categoría en orden a su idoneidad para engañar, haya viciado efectivamente la voluntad dispositiva de su víctima. Al autor no se le atribuye criminalidad por haber defraudado a otra persona con un fraude de cierta categoría, sino por haberla defraudado engañándola”. En este

Ésta parece ser la tesis que adopta nuestro Código Penal, pues el artículo 172 utiliza como posibles formas de comisión del delito al ardid y al engaño. El primer elemento es entendido como el empleo o utilización de medios artificiosos para deformar la realidad, ya sea simulando aquello que no existe u ocultando lo que existe⁶⁹.

Por engaño, en cambio, se debe considerar a la utilización de palabras destinadas a convencer o, dicho de otra forma, a la mentira adornada de razonamientos idóneos para hacerla pasar por verdad⁷⁰. Es decir, mientras que el ardid obra sobre la realidad externa, creando una falsa apariencia material, el engaño obra directamente sobre la psiquis del engañado⁷¹. En otras palabras, entre el engaño y el ardid media la diferencia que va entre la conducta personal del que, limitándose a manifestar, aprovecha las circunstancias concomitantes, y la del que, en vez de puras manifestaciones falsas, emplea medios objetivos para inducir a error. La mentira entra, pues, en la categoría de engaño, en virtud de las circunstancias concomitantes⁷².

Este punto de vista amplio parece ser adecuado, en cuanto, para configurar el tipo de estafa, no corresponde exigir en todos los casos

sentido ha dicho la jurisprudencia que “cualquier tipo de proceder enderezado intencionalmente a inducir a otro a un error comporta el artificio de la estafa debiendo la eficiencia del ardid precisarse en las circunstancias propias de cada evento” (CNCorr., sala VII, 30-9-91, “Abarza, Alejandro D. y otro”). También se afirmó que “La tesis de Soler sobre la estafa, traída de Carrara, que en la teoría francesa se denominó *mise en scène*, es errada ya que se basa en la fórmula empírica, en una materialidad desprovista de contenido jurídico que nunca puede constituir, por lo demás, un criterio distintivo entre el fraude punible y el fraude que sólo produciría consecuencias jurídicas civiles. En el delito de estafa, lo relevante no es el medio, sino el error de la víctima” (CNCorr., sala III, 26-5-92, “Franco, Roberto C.”).

⁶⁹ Para Soler, el ardid es el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante (*Derecho Penal* cit., p. 348).

⁷⁰ Definición perteneciente a ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, p. 247, cit. por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 50.

⁷¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit. En palabras de NÚÑEZ, “el ardid requiere artificios o maniobras objetivas, mientras que el engaño, como puro engaño, no los requiere, pues le basta la conducta contraria a la verdad” (*Derecho Penal* cit., p. 294).

⁷² NÚÑEZ, “*Iniusta petitio*”, *falsedad ideológica y estafa procesal*, en L. L., t. 63, ps. 718/724.

la realización de una maniobra o maquinación exterior. Sin embargo, partiendo del principio de mínima intervención, es preciso encontrar alguna limitación al concepto penal de “engaño”, con el objeto de procurar que no cualquier incumplimiento o violación a la verdad, en el ámbito de los negocios civiles, quede absorbido por el Derecho Penal.

El requisito, ya reconocido por antiguos fallos del Tribunal Imperial, de una disposición patrimonial (como nexo entre el error y el daño en la caracterización de la estafa como delito de autolesión, RG 16, 1 [2]) enfrenta a la estafa con el hurto. Esta visión proviene del Derecho francés, el cual nombra, expresamente, en el texto legal, a la disposición y añade tanto una descripción de actividad como de objeto, entiende a la disposición también como lesión y de ahí renuncia al requisito de (otro) daño económico⁷³. En forma conocida postula la jurisprudencia alemana una recíproca exclusión típica⁷⁴. La delimitación es garantizada por el criterio fundamental de que la disposición patrimonial debe conducir en forma directa a la autolesión del disponente, lo que a través del criterio suplementario del conocimiento de la disposición, exigido adicionalmente sobre todo en las estafas de cosas, no siempre conduce a una convincente delimitación. Igualmente en el tratamiento del hurto en tiendas (con conductas engañosas en la caja de los autoservicios)⁷⁵ y recién con la intervención de un tercero (denominada estafa triangular)⁷⁶ se vuelve imprescindible efectuar valoraciones normativas para fundar o excluir la estafa. La normativización de la perspectiva interpretativa es otra característica de la moderna jurisprudencia del BGH. En el hurto en comercios de autoservicio la estafa debe ser excluida para el caso básico (ocultamiento de objetos pequeños en la vestimenta) a través de una valoración del hecho total como unidad⁷⁷; en la estafa triangular común constituyen el perjudicado

⁷³ TIEDEMANN (nota 1), N° 66, § 263; WALTER (nota 27), ps. 196 y ss.

⁷⁴ BGHSt 17, 205 (209) –tiendas de autoservicios I–.

⁷⁵ BGHSt 41, 198 y ss. –tiendas de autoservicios II– con nota de Scheffler, JR 1996, 342 y ss.; Zopfs, NSTZ, 1996, 190 y ss., así como Heintschel-Heinegg, J. A. 1996, 97 y ss.; Hillenkamp, JuS 1997, 217 y ss.

⁷⁶ RENGIER (nota 12), § 13, 41; SAMSON y GÜNTHER, en SK (nota 12), § 263, N° 88; TIEDEMANN (nota 1), § 263, N° 114 con más citas.

⁷⁷ LACKNER (nota 11), § 263, n. m. 106.

y el que realiza la disposición patrimonial una unidad de imputación⁷⁸, y especialmente en la estafa procesal sólo se da la relación de proximidad necesaria entre el disponente y el titular del patrimonio desde el punto de vista jurídico de una institucionalización del juez o tribunal como órgano de resolución de conflictos judiciales.

Con razón destaca González Rus que “siempre ha sido una constante de la interpretación doctrinal y jurisprudencial la idea de que la ley penal no puede ser el instrumento utilizado para reprimir todos los fraudes, que abusan de la buena fe de otros, por lo que no todo engaño puede ser constitutivo de estafa”⁷⁹.

Una forma de limitar el concepto amplio de engaño puede hallarse en las tesis que asientan la estafa en la quiebra de la buena fe en el tráfico. Para determinar si existe o no estafa, habrá que analizar si la conducta llevada a cabo por el autor puede ser caracterizada como “engaño fraudulento”, según las costumbres sociales vigentes en el tráfico o en la actividad que se está desarrollando.

De acuerdo a este punto de vista, “deben considerarse penalmente relevantes aquellos engaños, cualquiera que sea su mecanismo o forma de manifestarse, que se revisten de credibilidad por desarrollarse en un ámbito que el uso social estima está dominado por la buena fe, de modo que el sujeto pasivo tiene derecho a confiar en la veracidad de las manifestaciones de la otra parte”⁸⁰.

Según esta posición, para dar lugar a la estafa, el engaño debe afectar la buena fe exigible en el tráfico, y además vulnerar las costumbres sociales vigentes. De esta manera se atribuye al engaño cierta entidad objetiva, “sustrayendo la valoración al arbitrio del sujeto pa-

⁷⁸ PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim betrug*, 1999, p. 213; TIEDEMANN (nota 1), § 263, N° 114 con más citas.

⁷⁹ GONZÁLEZ RUS, Juan J., *Curso*, p. 659. En el mismo sentido, expresa Muñoz Conde que “el concepto de engaño es un concepto tan amplio que sólo puede ser limitado en función del concepto mismo de estafa, conectándolo con los otros elementos de la misma, y de la finalidad preventiva y político-criminal específica del Derecho Penal, teniendo en cuenta especialmente *el principio de intervención mínima* del mismo, reservándolo para aquellos ataques fraudulentos al patrimonio verdaderamente graves, tanto cuantitativa como cualitativamente” (*Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 362).

⁸⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 52.

sivo, en cuanto sólo podrá alegar el engaño cuando conforme las valoraciones ordinarias de las diversas situaciones de la vida cabría esperar que el sujeto activo actuara con veracidad y buena fe, de modo que sus alegaciones o afirmaciones debieran tomarse como serias”⁸¹.

En parte, adopta esta idea González Rus al señalar que el exigir de acuerdo a la tesis de la imputación objetiva que el engaño suponga, conforme al fin de la norma, la creación o un aumento de peligro para el patrimonio del sujeto, obliga a atender al espacio social en el que se produce la acción engañosa. Según el autor, “cuando la relación entre el sujeto activo y el pasivo se produce en un ámbito en el que el patrimonio está sometido a un cierto peligro, consustancial a la actividad en la que se desenvuelven ambos (la competencia, el beneficio económico, el riesgo comercial, etc.), engaño bastante, será el que aumenta el peligro implícito a la relación y que no provenga de procedimientos usuales o tolerados en ese tipo de tráfico. Por el contrario, cuando el hecho se produce en un ámbito estrictamente privado, sin que el sujeto pasivo tenga expuesto su patrimonio a riesgos que no sean los propios de las relaciones sociales generales, la simple creación del peligro por la acción engañosa del sujeto activo será, por lo general, suficiente para afirmar la tipicidad del engaño”⁸².

En el mismo sentido, y también desde la óptica de la imputación objetiva, se afirma que “la tipicidad del engaño requiere además que el riesgo creado o incrementado de producir error e inducir al acto de disposición constituya un riesgo no permitido. La acción que se mantiene dentro de los límites de lo socialmente permitido en un ámbito concreto no puede, en principio, estimarse antinormativa en el sentido de la estafa. Exageraciones, inexactitudes [...] son práctica habitual en

⁸¹ Íd., p. 51. El elemento de los “usos y costumbres sociales” funciona como corrector, evitando ampliar en exceso los límites penales del concepto de engaño. Éste no atenta a la buena fe cuando en los usos sociales es un valor entendido: la exageración del comerciante sobre la bondad del producto vendido, las manifestaciones elogiosas en la publicidad de un producto, etc., son situaciones aceptadas socialmente y valores entendidos en los que el sujeto pasivo sabe que no puede confiar en ellos al pie de la letra (ob. cit., p. 52).

⁸² GONZÁLEZ RUS, *Curso...* cit., p. 660. Un punto de vista similar, y poniendo especial énfasis en la esfera de protección de la norma del tipo penal de la estafa, en VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 169.

el sector de la publicidad, en la venta de todo tipo de productos o en los llamados negocios de alto riesgo, y están perfectamente integrados en el tráfico jurídico-económico. Aunque sean prácticas engañosas, si se realizan bajo la observancia de las reglas o usos sociales reguladores de la actividad no podrá afirmarse su tipicidad a efectos de la estafa”⁸³.

A nuestro modo de ver –y sin perjuicio de lo interesante que resulta incorporar a la estafa teorías como la imputación objetiva– se trata, simplemente, de interpretar un elemento del tipo como el “engaño”, atendiendo a su sentido social. Sólo va a considerarse engaño aquello que según las reglas y costumbres sociales vigentes puede catalogarse como tal. En cambio, a los efectos del tipo penal, no serán engaño las conductas que se presenten como “aprobadas” o al menos “toleradas” por las costumbres sociales vigentes en el tráfico⁸⁴, que era, si el lector lo recuerda, el problema de Moreno, cuando citando a Jofré decía lo difícil de la conceptualización de la estafa frente a otros hechos inmoraes⁸⁵.

Con estas limitaciones, y dándole al concepto de engaño el sentido estudiado, no existe inconveniente alguno en incluir como posibles medios de comisión al “silencio”, a la “simple mentira” y a los llamados “engaños implícitos”.

⁸³ Véase BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual...* cit., p. 279. En sentido similar Serrano Gómez expresa que “hay un límite de engaño socialmente permitido, y sólo cuando se sobrepasa ese límite entrará en juego el Derecho Penal, no pudiendo hacerlo antes por el principio de intervención mínima: no todo engaño es protegido por el Derecho Penal” (SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 346).

⁸⁴ Determinar si la conducta del autor se encuentra “tolerada” de acuerdo a las costumbres sociales vigentes es una cuestión que debe ser analizada en el caso concreto. Con relación a la publicidad en general la doctrina distingue el mero “exceso publicitario” del “engaño publicitario”. El primero forma parte de las reglas de la publicidad y pretende hacer más atractivo el producto ya sea recurriendo a métodos subliminarios (asociación de ideas) o a ponderaciones adjetivas. En el engaño, en cambio, se va más allá de la mera exageración del producto, invocando falsamente cualidades que en realidad no posee (véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 75, con referencia a la jurisprudencia española). Además de ello, hay que recordar, como señala Muñoz Conde, que para el delito de estafa no es suficiente con que la publicidad pueda considerarse lesiva de los “intereses de los consumidores en general”, sino que siempre debe existir un perjuicio patrimonial efectivo y relevante (*Derecho Penal...* cit., p. 360).

⁸⁵ Ver nota 1.

2. El silencio y la omisión como forma de estafa⁸⁶

Está claro que tanto el ardid como el engaño –medios de comisión previstos por la ley– suponen la realización de acciones por parte del autor. La estafa está prevista claramente como un delito de comisión⁸⁷.

Para incluir a la omisión como forma de realización típica, no queda otra alternativa que recurrir a las reglas de la omisión impropia⁸⁸. Esto supone que debe concurrir en el autor un elemento especial que lo transforme en garante del bien jurídico. Es decir, debe existir una relación de deber que obligue especialmente al sujeto a la conservación del bien jurídico dañado⁸⁹.

En el caso de la estafa, la mayoría de la doctrina entiende que el

⁸⁶ Es importante en este punto el libro de SPOLANSKY, *La estafa y el silencio* cit.

⁸⁷ Interesante es la opinión de Gurruchaga, quien concibe a la estafa como un tipo penal “mixto”, es decir, aquellos cuya norma precedente contiene tanto una formulación prohibitiva como preceptiva. Según el autor, “el tipo penal de la estafa cuenta con una norma prohibitiva antecedente que exige: no estafarás al prójimo, que funciona como un tipo activo –en cuyo ámbito ingresa el engaño de esa índole–, y también simultáneamente con una norma preceptiva precedente que indica la conducta debida: evitarás el engaño defraudatorio de otra persona –que comprende, justamente, el engaño omisivo [...] De modo que lo que habría que analizar no es la supuesta posición de garante sino determinar si, en el caso concreto y con las circunstancias que lo han rodeado, la conducta constituye o no un engaño” (GURRUCHAGA, Hugo D., *La estafa y el engaño omisivo. Tipo penal mixto*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 80 y ss.).

⁸⁸ De ahí que otra cuestión que deberá analizarse, y que excede los fines del presente trabajo, es el problema de la posible inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia, en ordenamientos como el nuestro, donde el instituto no se halla regulado legalmente.

⁸⁹ Como señala González Rus, “los comportamientos omisivos serán punibles cuando el jurídicamente obligado a evitarlo no impide el error ajeno. Será necesario que estén presentes los elementos que requiere la comisión por omisión: posición de garante y relación entre la omisión y el perjuicio patrimonial” (ob. cit., p. 664). En contra de la aplicación de las reglas de la omisión impropia al tipo de estafa se muestra Valle Muñiz, quien considera que la única posibilidad de castigar esta clase de hechos es que el silencio se manifieste como un acto concluyente (*El delito de estafa* cit., ps. 174 y ss.; en sentido similar, CARUSO FONTÁN, María V., *Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tratamiento legal del delito de estafa en el Derecho español*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 102 y ss.).

silencio puede considerarse ardid o engaño, en los términos del artículo 172 del Código Penal, únicamente cuando existe en el autor obligación jurídica de pronunciarse, es decir, un deber especial de informar⁹⁰. La

⁹⁰ Así se ha expresado la mayoría de la doctrina nacional: Según Soler, “el problema del silencio se resuelve de modo semejante al de la mentira: se requiere que vaya acompañado de un actuar engañoso (*facta concludentia*), o bien que exista el deber jurídico de hablar o de decir la verdad, según veremos. A este fin, no basta que medie una obligación moral o caballeresca; debe tratarse de una obligación jurídica estrictamente determinable como tal, cuestión que depende del examen particular de cada situación, por ejemplo art. 173, inc. 9º. Esta obligación específica no puede ser suplida por la obligación genérica de comportarse con buena fe. No toda inobservancia de las normas de la buena fe constituye ardid” (*Derecho Penal argentino* cit., p. 350). Para Núñez, “el silencio engañoso representa aquí un caso de comisión de una estafa por una omisión, y a su respecto rigen las reglas pertinentes [...] Por lo tanto, sólo si el silencio, que ha causado el error, implica una violación de un deber jurídico de manifestar lo que se calla, puede imputarse a título de engaño defraudatorio. Ese deber puede surgir de la ley, de una convención o de un hecho precedente” (*Derecho Penal* cit., p. 301). Al decir de Spolansky, “en el tipo de estafa tanto en la acción concluyente como en la omisión impropia es preciso un elemento subjetivo concreto: el dolo. Sin embargo, si el silencio intencional que produce el error basta en el primer caso, en el segundo es necesario que la prohibición descripta en el tipo del art. 172 se complemente con un especial deber de información que surja de determinadas circunstancias que le den fundamento” (*La estafa y el silencio* cit., ps. 104/105). El mismo autor sostiene que “son discutibles las circunstancias y límites de la existencia del deber de actuar en el tráfico patrimonial. La buena fe, art. 1198 del Cód. Civ., si bien es un criterio delimitador no es lo suficientemente preciso para establecer en qué casos y dentro de qué límites se fundamenta el deber de actuar; en especial el de decir verdad. Sin embargo, el deber de informar en el tráfico patrimonial está explicitado en los casos en que se grava, arrienda o venden bienes cuando se recibe una contraprestación. En ese sentido el deber de informar abarca como materia la condición en que se encuentran los bienes en tanto fueran bienes litigiosos, embargados o gravados (art. 173, inc. 9º)” (ob. cit., p. 77). Gladys Romero ha encarado en sus términos precisos la cuestión al señalar que “la equivalencia entre la acción tipificada y la omisión de impedir el resultado exige una doble verificación: a) por una parte, dicha equivalencia presupone que el omitente aparezca como garante de la evitación del resultado, es decir, que exista una estrecha vinculación entre el autor y el bien jurídico protegido, del que surge el deber de actuar; b) la equivalencia entre la omisión y la acción que causaría el resultado. Esta comprobación es consecuencia de la diversidad de elementos que estructuran los tipos penales” (*Delito de estafa* cit., p. 140). A juicio de Rojas Pellerano, “el presunto estafador no hace ni dice nada, ciñéndose a convertir en su provecho lo recibido del sujeto pasivo, para cuya acción no ha necesitado valerse de falsedad alguna. Es lógico, por ende, que al faltar ese

omisión será relevante sólo cuando el Derecho imponga al sujeto activo el deber de informar determinadas circunstancias, de modo que en caso de silencio, la otra persona se halla facultada a considerar que dichas circunstancias no concurren⁹¹.

En consecuencia, al decir el Código Penal “cualquier ardid o engaño” se entiende que el no despejar un error puede ser suficiente, y con ello se tipificará la estafa cuando existiera el mentado deber de informar, esto es, impedir la voluntad errónea de la víctima. Crear un error y mantener activo el error del sujeto pasivo, en estos casos, son conductas equivalentes⁹².

Pero no debe confundirse este supuesto del que plantea Spolansky, citando a Bockelmann: “La ley no sanciona al que no suprime un error preexistente. El silencio puede ser punible cuando con él se engaña, no cuando nada agrega a los hechos. Si la no supresión fuera punible, tendría que pensarse que comete daño quien no repara un objeto cuya conservación debe garantizar, después que éste fue dañado

elemento esencial del engaño, aun cuando exista error del perjudicado, su obrar no es estafa, por no integrarse debidamente al medio requerido por el art. 172 del Cód. Pen.” (*El delito de estafa y otras defraudaciones*, p. 73). Un criterio especial adopta Silvestroni, quien sostiene que la estafa por omisión sólo puede existir a partir de la fórmula el que “defraudare con engaño por abuso de confianza” que incluye ciertas situaciones en que el autor omite sacar del error al sujeto pasivo, en el marco de una relación jurídica que lo obliga a hacerlo (SILVESTRONI, Mariano H., *Estafa por omisión*, en *Revista del Colegio Público de Abogados*, Buenos Aires, 2000).

⁹¹ En palabras de Conde-Pumpido Ferreiro, “esa obligación de informar no debe ser sólo valorada en términos jurídicos sino también en atención a los usos y costumbres propios del tráfico, de modo que ha de tenerse en cuenta si en la situación concreta los usos del tráfico permiten contar con que sería proporcionada la información silenciada” (*Estafas* cit., p. 57).

⁹² En apoyo de la estafa por omisión suele invocarse que el Código Penal castiga especialmente a quien vende una cosa gravada sin advertirlo (véase BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho Penal*, p. 191). En nuestro Código es elocuente el tipo previsto en el art. 173, inc. 9º, que castiga al que “vendere 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”. La jurisprudencia ha dicho que “el silencio es ardid suficiente para la estafa cuando existe la obligación de decir la verdad, pues en casos de promesa de venta, desde que el vendedor se posiciona como garante, si calla una circunstancia que frustra el derecho del comprador, el silencio motiva el error de la víctima” (CNCorr., sala I, 22-6-95, “Marchisella, Rodolfo”).

aunque no por él, y sin que le pueda ser imputado no haber evitado el hecho”⁹³. Y agrega que solamente en el caso de un silencio, que es la falta total de la declaración esperada, puede ser un silencio que signifique engaño, ya que engañar significa suscitar error en otro⁹⁴.

El problema consiste, pues, tal como ha sido planteado hasta aquí, en si la omisión puede presentar alguna modalidad del comportamiento activo, y si, además, con dicha omisión se puede realizar el ilícito de la estafa.

El punto en cuestión ha sido graficado por Gladys Romero en los siguientes términos: “Es discutido en la doctrina si hay correspondencia en la acción descrita en el tipo comisivo y la forma omisiva de impedir el resultado: es decir, si el no despejar un error no causado por el omitente es suficiente para configurar la estafa”⁹⁵.

En sentido contrario parece opinar Jescheck, aun con una cláusula general (§ 13, StGB) que sostiene que se realiza un tipo comisivo por omisión cuando el omitir equivale a la realización del tipo mediante un hacer, sumado a que el sujeto activo sea garante, esto es, que tenga un deber jurídico de actuar⁹⁶.

En esta dirección, Romero piensa que en los casos de omisión impropia tiene que existir un deber especial que emplace al sujeto como garante de que el resultado no se ha de producir. El problema surge, según nuestro criterio, en determinar cuál es este deber de actuar, por una parte, y, por otra, cuál es su amplitud, sin perjuicio de que las nuevas tendencias sobre la omisión impropia sostienen que no existe ninguna posición de garantía, sino que todo este tema hay que resolverlo desde la teoría del autor como quien domina el hecho⁹⁷.

La doctrina en España se ha dividido sobre si es posible la omisión impropia en el delito de estafa. Por una parte, autores como Muñoz Conde, Bacigalupo y Rodríguez Ramos afirman que no es posible la estafa por omisión impropia. Muñoz Conde enfatiza su posición afir-

⁹³ BOCKELMANN, cit. por SPOLANSKY, ob. cit., p. 73.

⁹⁴ SPOLANSKY, ob. cit., p. 72.

⁹⁵ ROMERO, ob. cit., p. 141.

⁹⁶ Cit. por ROMERO, ob. cit., p. 142.

⁹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Fest. für Hirsch*; GRACIA MARTÍN, conferencia en Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 2000.

mando que fuera del caso del artículo 532, inciso 2º, del anterior Código Penal de España, que tipificaba la disposición de una cosa como libre, sabiendo que estaba gravada, no había posibilidad, fuera de esta norma, de tal delito⁹⁸.

Rodríguez Ramos, por su parte, es de la idea de que no se aprecia la relación causal entre engaño, error y perjuicio, máxime si se considera que en la conducta juzgada el error es precedente al engaño del que recibe la cantidad, y además que no suele estimarse como engaño típico el mero silencio, esto es, la omisión de no sacar del error en el que previamente, sin intención del silenciante, ha incurrido el luego perjudicado *tradens*⁹⁹. Y concluye Rodríguez Ramos que “el error le es imputable a la víctima o a un tercero, y lo único que cabe reprochar al sujeto activo es el no haber destruido el error no generado por él. Podría hablarse de estafa –el silencio, es como dice Pedrazzi–, en un no impedir o no rectificar un error que, en esta hipótesis, es ajeno tanto a la voluntad como a la acción anterior del *accipiens* de la cantidad. Pues bien, la respuesta debe ser negativa en base a la vigente legislación española y a la unánime interpretación judicial, pues en la estafa se requiere tanto el engaño preexistente al error y al perjuicio (aspecto cronológico) como que la conducta del beneficiario sea la causa del error y del perjuicio del sujeto pasivo del delito (aspecto etiológico)”¹⁰⁰.

Más precisamente Bacigalupo ha sintetizado el tema en conceptos sencillos, al afirma que el problema del aprovechamiento no causado por el sujeto activo lleva a la falta de atipicidad de la conducta, porque no hay una obligación de despejar errores, y tampoco existiría una imputación de la víctima al autor¹⁰¹.

Para Gladys Romero, la única forma de fundamentar la responsabilidad penal en estos casos es desplazar el objeto de la valoración jurídico-penal al error. Para ello, no hay otra alternativa que acudir a una posición de garante, para evitar el resultado, con lo cual el sujeto debe tener un deber especial. Pero, además, que exista una especie de correspondencia entre la omisión con respecto a la evitación del re-

⁹⁸ Cit. por ROMERO, ob. cit., p. 144.

⁹⁹ Ídem, p. 148.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ BACIGALUPO, *Insolvencia y delito*, Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 45.

sultado. Y concluye que la omisión consistiría en no despejar el error cuando tenía el deber jurídico de hacerlo¹⁰², con lo cual se vuelve al problema inicial, no sólo en qué consiste el deber, sino de dónde surge.

La doctrina argentina, salvo algunos casos, no ha resuelto el problema, en parte por esa división que se ha hecho entre parte general y parte especial, por una parte, y por otra, porque el tema de la omisión no ha sido trabajado de manera dogmática, bastando remitirse a la bibliografía existente para constatar nada más que un hecho. La jurisprudencia tampoco ha trabajado el problema, salvo casos contados, en donde se ha tomado posición por un deber especial, semejante al expresado por Bockelmann¹⁰³.

En general, la doctrina alemana ha sostenido que es posible el engaño, mediante la omisión¹⁰⁴.

Al tema se le puede empezar a dar un formato a partir del siguiente ejemplo: "A" es el propietario de un terreno, con una casa rodeada de hongos. Como debe advertirle a su vecino, pinta con color los sectores infectados por hongos. Tres meses después, traspasa el terreno, con la casa, a "B", quien no percibe los hongos. El precio de venta del inmueble es como si no tuviera tal problema. El vecino calla, frente a esta circunstancia, y no le avisa al comprador. Frente a este ejemplo, expresa Gössel, que: "Las reglas generales de la estafa, mediante la omisión, nos pueden llevar a engaño, porque no está tipificada como tal, ya que el autor va a tender por un lado a proteger determinados bienes jurídicos, en el caso, el patrimonio o aminorar su peligro vigilándolo. Esta protección o posición de vigilancia pueden ser tomadas libremente de la ley, sociedad de vida, de peligro o de la injerencia. En contra de esto se manifiesta la doctrina que no adhiere tanto a la posición de garante, sino a una posición independiente de

¹⁰² ROMERO, ob. cit., p. 150.

¹⁰³ En este sentido es ilustrativo el libro de Gladys Romero; en la 2ª ed., p. 160, se han publicado esos fallos.

¹⁰⁴ KREY, 2Rdn. 346; LACKNER y KÜHL Rdn. 12; MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD 1, § 41, 49; MITSCH, II/1, § 7, 27; OTTO, BT, § 51, 18; RENGIER, 1, § 13, 10; SAMSON y GÜNTHER, SK Rdn. 43; SCHMIDHÄUSER, BT, 11/35; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, Rdn 18; TRÖNDLE y FISCHER, Rdn, 12, entre otros.

punibilidad de la omisión. Quien está en posición de garante, está legalmente obligado, a manifestar las circunstancias, con cuyo conocimiento se disminuiría el daño patrimonial, por error de las disposiciones generales sobre la (no) existencia de hechos. En consecuencia, por su relación con los hechos y circunstancias engañosas, puede la persona que tiene la posición de garante estar al respecto, obligado sólo para su aclaración (sobre los hechos), pero no motivarse por la obligación de preocupación general sobre el patrimonio”¹⁰⁵. Tomando esta expresión, que se complementa con lo dicho por Arzt, cuando afirma que un engaño es posible mediante la omisión, pero la medida es el deber de aclaración. Un tal deber puede especialmente ser la concretización de la fidelidad, lealtad y creencia, en el ámbito del comercio¹⁰⁶. El caso que expone y que complementa en la nota es sencillo: si “T” vende un auto a “O”, sin decirle que éste fue chocado, tiene la obligación de decir tal circunstancias, le sea o no preguntado por el comprador o por el juez civil¹⁰⁷.

Por último, y complementando esta posición, Tiedemann afirma en referencia que “el engaño por omisión es legalmente posible y punible, también cuando el comportamiento del autor no tiene explicación y falta una relación comunicacional entre el autor y la víctima. La naturaleza de la estafa, como delito de comunicación no exige la no comunicación o la mentira para la exigencia de una relación comunicacional. Se da en el éxito del error, cuya exigencia produce más restricciones. Precisamente, por eso, va a ser necesaria la posición de garante del autor, quien está obligado a evitar el éxito de la lesión patrimonial. Tal obligación, que induce a la víctima a error, no es suficiente (Lackner). La obligación debe servir de protección al patrimonio, lo que no es idéntico a la obligación de protección patrimonial de un extraño (§ 266). Este comportamiento se puede tener en cuenta

¹⁰⁵ GÖSSEL, Karl Heinz, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Band 2, Hüthig, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996, p. 331.

¹⁰⁶ ARZT, *Strafrecht, Besonderer Teil, Vermögensdelikte*, LH3, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1978, p. 130.

¹⁰⁷ ARZT, ob. cit., nota 13, con base en BGHZ 99, 148, 150; BGH, LM N° 10 zu § 123, BGB.

extrajudicial o legalmente, en consecuencia el Derecho Penal, debería quedar al margen o no inmiscuirse en este problema.

”Finalmente debe según el párrafo 13, Abs. 1, la omisión, tener el mismo valor que el hacer positivo, es decir, la cualidad de engañar. Por la formación de la conducta de la punibilidad de la lesión patrimonial (por engaño), según Lackner, y en contra de la hasta ahora jurisprudencia, quien sostiene la formación de la posición de garante”¹⁰⁸.

En la defraudación por omisión, también la jurisprudencia del BGH tiene, como se dijo, una tendencia hacia la restricción, en esta materia, por sobre todo mientras se encuentra cuestionada la posición de garante, en el caso de existencia de buena fe. En este sentido, Tiedemann ha opinado que esta tendencia debe ser considerada como fundada, porque la interpretación del tipo de estafa vigente, tanto en Alemania, como en el Derecho europeo Comparado, también es rechazada. Por ejemplo, el Derecho Penal francés y el belga renuncian a la punibilidad de las omisiones engañosas, por falta de una descripción legal específica, aunque se compensa con tipos penales especiales, ya que la limitación de la defraudación a las llamadas *manœuvres frauduleuses*, no resulta suficiente, como puede ser en otros Derechos¹⁰⁹.

El problema de la posición de garantía en el delito de estafa, tal como ha sido puesto de manifiesto por Tiedemann, al referirse a la tendencia restrictiva de la jurisprudencia alemana, reside en que, como se ha visto en algunos autores, recurrían para fundar el deber del autor a la buena fe, criterio que ahora intenta ser reemplazado por el contrato o el dominio del riesgo, lo que significa, para el autor citado, una mayor precisión y un mayor control de racionalidad¹¹⁰.

¹⁰⁸ TIEDEMANN, Klaus, StGB, Leipziger Kommentar, Grosskommentar, Herausgegeben Burkhard, Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky, Walter de Gruyter, Berlin, 2000, p. 115, número marginal 51, comentario al art. 263.

¹⁰⁹ TIEDEMANN, *El Derecho Penal defraudatorio en la jurisprudencia y la doctrina*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2000-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

¹¹⁰ TIEDEMANN, *El Derecho Penal...* cit., ps. 375 y ss. Este problema que ha puesto de manifiesto el profesor de la Universidad de Freiburg es, a nuestro juicio, el problema básico del tema de la omisión en la estafa. Observe el lector que quedaría a criterio de los jueces determinar, de manera que puede ser arbitraria, cuándo existe buena fe. Un ejemplo se puede ver en nuestro comentario a fallo en la *Revista de Derecho Penal*, N° 1, p. 465; ANTÓN ONECA, ob. cit., ps. 90 y ss.

Dijimos que el tema también se podía analizar desde otra perspectiva, esto es, desde el dominio del hecho, pero sin recurrir a la posición de garantía¹¹¹. Y la cuestión es lógica porque el autor que tiene el dominio del hecho, dentro del esquema de la estafa, puede, en su momento, saber que con su omisión lleva inexorablemente al daño del otro contratante, que de saber el hecho no realizaría la transacción. En el ejemplo del automóvil de Arzt, antes puesto, es claro que es distinto el precio de aquél si es sin choque, que con choque, con lo cual esta información “añadida”, que el contratante no da, esto es, omite, lo pone como dominador del hecho y causante del perjuicio.

La omisión, así considerada en el Derecho argentino, que carece de una norma similar al § 13 del Código Penal alemán, lleva a exigir la total equivalencia entre el hacer y el omitir, aun existiendo la posición de garantía o el dominio del hecho. Esto es, la omisión debe haber llevado al error igual que lo habría hecho el hacer. Caso contrario, la conducta es atípica.

Lo que demuestra, todo esto, es que en este tipo de delitos, es mejor ampliar el listado de hechos típicos que forzar, a veces, el texto legal. No se puede pretender juzgar conductas en el siglo XXI, con tipos penales del siglo XIX, para ser benévolos con nuestro Código.

3. *El problema de la simple mentira*

En general se dice que la simple mentira no es suficiente para estafar, porque ello equivaldría a criminalizar por estafa todas las promesas incumplidas. Desde este punto de vista, la mentira sólo puede castigarse cuando vaya acompañada de una maquinación o maniobra capaz de provocar el error¹¹². Entre nosotros ya Soler, coherente con la idea de exigir en todos los casos una “maniobra fraudulenta” por parte del autor, señala que “la simple mentira no es delictiva porque a nadie más que a sí misma debe imputar la víctima el daño sufrido por propia credulidad. Es un principio de la jurisprudencia, repetido caso textualmente por varios autores, el de que las palabras artificiosas,

¹¹¹ La idea es de Gracia Martín, que la expuso en el Congreso de la Universidad de Educación a Distancia de Madrid, y cuya conferencia está en prensa, en estos momentos.

¹¹² GONZÁLEZ RUS, *Curso...* cit., p. 663.

las alegaciones mentirosas, las promesas, las esperanzas, desprovistas de todo hecho exterior, no constituyen maniobras”¹¹³. También Carrara expresa que se debe distinguir entre la mentira y el artificio: “La mentira no es delito, porque ninguno debe creer fácilmente las palabras ajenas, y si las cree, cúlpese a sí mismo, y si es el caso, espere de los tribunales civiles la reparación de los perjuicios sufridos. Pero el artificio, cuando no tiende a una burla inocente sino a un injusto despojo, presenta las condiciones objetivas del delito; para que haya artificio no basta el solo discurso, por elocuente, estudiado y persuasivo que sea, si fuera de las palabras mentirosas no se efectúa algo que compruebe las afirmaciones falsas, y si el artificio logra su intento, tendrá también (por lo menos como regla general) las condiciones subjetivas para constituir un delito”¹¹⁴. En igual sentido Molinario y Aguirre Obarrio consideran que “el ardid empleado debe tener cierta entidad objetiva, desde que la simple mentira no es ni puede ser bastante para calificarla de ardid idóneo”¹¹⁵.

Sin embargo, y dentro de los criterios restrictivos que hemos fijado, en cuanto al concepto de ardid o engaño, no hay inconveniente alguno en admitir que la “simple mentira” es medio idóneo de realización del tipo de estafa, cuando –según las circunstancias del caso– ello es idóneo para inducir en error a la víctima¹¹⁶.

Es decir, al igual de lo que sucede con la omisión, en ciertos supuestos, teniendo en cuenta la situación particular y, en especial, el principio de buena fe en los negocios, de mayor riesgo referente al patrimonio de terceros, corresponde exigir que el autor se exprese verídicamente con relación a ciertas circunstancias. Para ello, también

¹¹³ SOLER, *Derecho Penal...* cit., p. 348.

¹¹⁴ CARRARA, *Programa...* cit., t. 6, vol. IV, § 2344.

¹¹⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 337.

¹¹⁶ Como señala Valle Muñiz, “La susceptibilidad del engaño para producir los resultados de error y acto de disposición, no dependerá de su puesta en escena. En determinado contexto y en concretas condiciones, la manifestación falsa o mentirosa puede ser, perfectamente, adecuada para alcanzar el injusto provecho económico” (*El delito de estafa* cit., p. 144). En palabras de Núñez, “nada autoriza a decir, en efecto, que engaño en el lenguaje del art. 172, quiera decir otra cosa que engaño en el lenguaje del mundo, y en este lenguaje, la mentira es una forma de engañar” (*Derecho Penal...* cit., p. 304). En igual sentido se ha expedido la CNCorr., sala I, 30-10-95, “Acosta, Juan C.”

aquí habrá que tener presente las costumbres sociales vigentes en el tipo de operación o actividad concertada¹¹⁷.

4. *Los engaños implícitos*

Existen ciertas conductas que, de acuerdo a los usos sociales, implícitamente demuestran la voluntad de realizar la contraprestación correspondiente o de someterse a una determinada obligación. Por ejemplo, quien ingresa a un hotel y pide una habitación da por sobreentendido que abonará el precio pertinente. Idéntica situación se presenta cuando alguien se hace servir bebidas o alimentos en un restaurante u otro establecimiento, cuando deja que le llenen el tanque de nafta en una estación de servicio o cuando se hace transportar en taxi u otro medio de transporte pago¹¹⁷⁻¹.

Realizar alguna de esas actividades con la intención previa de no cumplir la contraprestación constituye engaño y puede dar lugar al delito de estafa. Estos casos se denominan engaños implícitos o concluyentes porque el autor asume una conducta que aparenta una situación que no es cierta, o da a entender que va a cumplir una obligación o compromiso al que realmente no piensa hacer frente¹¹⁸.

No obstante, para que se dé la estafa es necesario que exista un

¹¹⁷ Como ejemplos de mentiras engañosas aceptadas socialmente se suele mencionar las exageraciones de las virtudes de la cosa vendida, la afirmación inexacta del comerciante sobre su margen de ganancia para obtener un precio más ventajoso, la alegación del comprador de no disponer de más dinero para conseguir una rebaja del precio, etc. Como señala Conde-Pumpido Ferreiro, “en este terreno de engaños socialmente admitidos, esto es, los que por corresponder a las reglas de juego social todos cuentan con ellos y por consiguiente valoran las prestaciones engañosas con un grado de escepticismo que les resta valor causal” (ob. cit., p. 75).

¹¹⁷⁻¹ ANTÓN ONECA, ob. cit., p. 90.

¹¹⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 59. Para un análisis de la teoría del engaño mediante actos concluyentes véase CARUSO FONTÁN, *Consideraciones...* cit., ps. 89 y ss. Este criterio prevaleció en nuestra jurisprudencia, señalándose que “el petardismo o garronería –acción de quien pide y consume alimentos o bebidas en una casa de comidas sabiendo que no pagará el precio o con la intención de no pagarlo– constituye el delito de estafa previsto por el art. 172 del Cód. Pen.” (CNCorr. en pleno, 3-9-93, “Franco, Roberto Carlos”); la misma solución se adoptó en los casos de utilización de servicios hoteleros (ver entre otros, TOCr. N° 25, 2-12-96, “Livello, M. F.”).

dolo anterior por parte del autor, de modo que ya debe saber con anticipación que no realizará el pago. Si el dolo es posterior (por ej., no paga por haberse quedado sin dinero o porque el sitio no le gustó), estaremos ante un incumplimiento de contrato que debe resolverse en la vía civil¹¹⁹.

Por otra parte, se requiere que la conducta del autor realmente haya sido percibida y entendida como “acto concluyente” por la persona engañada, pues de lo contrario no puede hablarse de engaño ni mucho menos de error. Por ello, no existe estafa cuando el sujeto obra “clandestinamente”, es decir, sin ser visto¹²⁰.

5. Ejemplos legales de “ardid” o “engaño”

El artículo 172 enumera algunos ejemplos de ardid o engaño que, siguiendo a Núñez, pueden ser clasificados de la siguiente manera¹²¹:

a) *Fraudes relativos a la persona del autor*

Corresponde incluir, en este apartado, al “nombre supuesto”, “calidad simulada” o “falsos títulos”.

Existe nombre supuesto cuando el autor, para simular que es otra persona, se presenta ante la víctima con un nombre que no es el real o el que habitualmente usa, generando un error sobre su identidad.

Sobre el nombre supuesto, afirmaba Tejedor, en la nota al artículo concordante, que el uso de nombre supuesto o calidad imaginaria constituía en el Derecho Romano y en la antigua jurisprudencia el crimen de falsedad, sea que el uso se hiciese verbalmente o por escrito. La regla sentada por Papiniano, respecto del uso de falsos nombres, es absoluta: *falsi nominis aut cognominis adseveratio pena falsi coeretur*.

Nombre supuesto implica entonces dos cosas, ocultación del pro-

¹¹⁹ Véase SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, p. 347.

¹²⁰ Por ej., quien ingresa al hospedaje y duerme una noche sin ser visto, quien viaja escondido en el vagón del tren o en el barco, etc. Sobre la inexistencia de “error” como elemento de la estafa para todos estos casos, ver *infra*, Cap. III, 2.

¹²¹ NÚÑEZ, *Derecho Penal...* cit., ps. 313 y ss.; sobre ello véase también ampliamente y entre otros, SOLER, *Derecho Penal...* cit., ps. 351 y ss.; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., ps. 357 y ss.; CREUS, *Derecho Penal*, p. 470.

pio y uso de uno que no le corresponde, que puede ser el de otro individuo o que el propio sujeto lo cree¹²². Lo importante en el delito de defraudación es que el nombre simulado se emplea como un medio para obtener la ventaja patrimonial, por lo que debe entenderse como uno de los elementos de la maniobra dolosa, de manera que el agente haya creado la confusión de la identidad para obtener el objetivo propuesto. Por eso dice Moreno: “el falso nombre debe haber tenido por objeto engañar a la víctima y determinarla a entregar el objeto de la estafa”¹²³.

b) *Fraudes relativos a la capacidad o actividad económica del autor*

En este caso el Código alude a la “apariencia de bienes, crédito, empresa o negociación”. Puede decirse con Creus que “aparenta bienes el que muestra que tiene cosas o derechos que en realidad no integran su patrimonio”. Aparenta créditos el que “simula la obtención de un respaldo económico de terceros”. Aparenta empresa quien “simula la existencia de una organización destinada a la producción económica lucrativa, la reunión de medios económicos sin fines de lucro (ej. una fundación de bien público) o muestra como existentes características que una empresa real no tiene”. Aparenta negociación el que invoca falsamente la “existencia de una transacción que se realiza o se va a realizar, o muestra características distintas de una transacción que se está llevando o se llevó a cabo”¹²⁴.

Aparentar bienes significa no sólo que se tienen, sino presentar apariencias que hagan incurrir en el error y que lleven a la víctima a la creencia de que el delincuente los tiene¹²⁵.

En este sentido Moreno plantea el siguiente caso: es común que cuando una persona solicita un crédito se le pregunte qué bienes tiene a los efectos de su responsabilidad. Si el agente se atribuyere bienes que no tuviese o denunciase como libres los que se encuentran grabados, incurrirá en delito de acuerdo a esta cláusula. Moreno soluciona el problema de la siguiente forma: “En mi concepto el delito no existiría

¹²² MORENO, ob. cit., t. V, p. 189.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ CREUS, *Derecho Penal* cit., p. 142.

¹²⁵ MORENO, ob. cit., t. V, p. 193.

cuando una persona manifiesta sus bienes para realizar una operación lícita, expresando de buena o mala fe lo que cree tener. Por lo demás, como las manifestaciones se refieren casi siempre a inmuebles, el interesado está en condición de averiguar si las cosas declaradas pertenecen a la persona que se las atribuye o no son de su pertenencia.

”El registro de la propiedad puede fácilmente decir si cuenta con los inmuebles el individuo en cuestión y si aquéllos se encuentran o no sujetos a gravámenes. Si el interesado no averigua, lo que pueda ocurrirle es el resultado de su falta de diligencia”. Por eso concluye Moreno afirmando: “Para que concorra el delito es preciso que la apariencia de bienes haya sido acompañada de maniobras engañosas que escapen a precauciones que se toman para la defensa de los propios intereses”¹²⁶.

c) *Fraudes relativos a relaciones personales del autor con terceros*

La ley se refiere a la “apariencia de comisión” y la “influencia mentida”.

La comisión es una orden, facultad, encargo, mandato u otra representación dada al autor por un tercero para obrar por su cuenta, en su favor o en el de un tercero. Puede invocarse una comisión inexistente o una extensión mayor a la realmente conferida.

Se trata, por esos medios, de dominar la voluntad del sujeto y llevarlo a que haga las concesiones perseguidas¹²⁷.

La influencia mentida consiste en la promesa de hacer valer ante un tercero para un fin cualquiera, un poder, valimiento o autoridad, a sabiendas de que no lo posee.

Para Moreno es frecuente, por parte de los estafadores, atribuirse poder, influencia para realizar el engaño. El agente, en estos casos, se atribuye facilidades para obtener lo que quiere la víctima y en contraprestación exige alguna remuneración o ventajas patrimoniales. Pero como afirma Moreno, la influencia debe ser mentida, esto es, inexistente. Si moralmente un legislador usa de la influencia inmoral de obtener la solución de un asunto parlamentario, y aun administrativo,

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Íd., p. 194.

sólo existiría la estafa si la influencia fuera mentida. En síntesis, la influencia es mentida cuando quien la invoca carece de ella y realiza, por lo tanto, un engaño¹²⁸.

La calidad simulada consiste en invocar falsamente una condición, posición o situación personal que en realidad no se tiene (por ej., estado civil, nacionalidad, vecindad, posición familiar o social, condición de comerciante, empleado, doméstico, artista, industrial, obrero, destinatario de algo, etc.).

La acción puede importar la usurpación del estado civil, la usurpación de títulos u honores, o falsedad, pero cuando se usa a los efectos de la estafa cae en el artículo 172. Afirma Moreno “que si una persona, con el propósito de estafar, puso una calidad que ha tenido pero que no tiene en el momento que la invoca, para obtener la ventaja pecuniaria, incurre, sin duda alguna, en el delito de estafa”¹²⁹.

Se vale de falso título quien fraudulentamente manifiesta poseer una determinada capacidad profesional o un estado, certificado por una entidad pública u otra institución.

d) *Fraudes relativos al abuso de una relación personal del autor con la víctima*

En este caso nos referimos al “abuso de confianza”. Por confianza se entiende “la fe, la seguridad que se deposita en alguien y en cuya virtud se omiten, respecto de esa persona, las precauciones y cuidados habituales”, de modo que “abusa de la confianza la persona que, siendo objeto de esa fe o seguridad, y valiéndose precisamente de ella, perjudica patrimonialmente a quien le honró con aquella confianza”¹³⁰. Pero aquí no se debe perder de vista que el abuso de confianza no opera como

¹²⁸ Íd., p. 190.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., p. 362. Elocuente resulta el siguiente precedente jurisprudencial: “Se adecua al tipo de estafa el obrar de quien, tras ganarse la confianza de su víctima basándose en su avanzada edad, y en su condición de ganadero y empresario de gran solvencia, la interesó para que ésta le adquiriera un inmueble a bajo precio, celebrando con ella un boleto de compraventa y percibiendo una importante suma de dinero, si el propietario enajenante careció de facultades para la venta, y además el inmueble está gravado y sometido a juicio” (TOCr. N° 25 de Capital Federal, 5-3-96, “García Baena, R. S.”).

modalidad autónoma de defraudación (como son los tipos previstos en el art. 173, incs. 2º y 7º) sino como una forma más de ardid o engaño, por lo que dicho abuso “constituirá ardid solamente cuando la confianza sea el resultado intencionalmente procurado para abusar de ella”¹³¹. Moreno sintetiza qué es el abuso de confianza cuando afirma: “La confianza equivale a la seguridad que se tiene en otra persona, con respecto a la cual no se toman precauciones porque se deposita fe en la misma. El que abusa de esa confianza que se tiene a su respecto aprovecha las facilidades con que no cuentan la generalidad de los individuos. La confianza es, así, un vínculo particular. Cuando la víctima ha abandonado sus intereses o no los ha cuidado no puede decirse que haya hecho confianza, sino que ha incurrido en negligencia”¹³².

VI. El error

El segundo elemento que contiene el tipo objetivo de la estafa es el error. Se trata de un estado psicológico provocado por el autor del delito, quien induce a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial.

Podemos decir con Bajo Fernández y Pérez Manzano que el error es “un conocimiento viciado de la realidad”¹³³. Suele hablarse de error propio (la creencia equivocada de un hecho o dato de la realidad) e impropio (la ignorancia o desconocimiento de aquel hecho o dato real), aunque —claro está— también en este último caso, en definitiva, la ignorancia de la víctima tarde o temprano se traduce en un error en la apreciación¹³⁴. Para Arzt el error es un defecto en la representación

¹³¹ SOLER, *Derecho Penal...* cit., p. 364.

¹³² MORENO, ob. cit., t. V, p. 192.

¹³³ BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal* cit., p. 282.

¹³⁴ Véase Conde-Pumpido Ferreiro (*Estafas* cit., p. 80), quien señala que el concepto de error a efectos del tipo radica en la presencia de una falsa o incierta representación de la realidad provocada por el engaño, ya sea producto de un acto positivo o error propio, que ofrece al sujeto una versión de la realidad distinta a como es, ya lo sea de un acto negativo o ignorancia, que impide al sujeto representarse a la realidad tal como es. En ambos casos hay una ausencia de la representación de la realidad, por lo que la voluntad aparece viciada, y el acto de disposición a que tal voluntad errónea se encamina aparece por ello también viciado (ob. cit., p. 81).

sobre los hechos¹³⁵. Para Antón Oneca es una representación mental que no responde a la realidad¹³⁵⁻¹. Y para Romero el error para que sea relevante debe haber sido causado por el engaño y motivar la disposición patrimonial injusta, por lo que, concluye, el error debe ser esencial y determinante.

El error puede definirse como una contradicción entre la representación subjetiva y la realidad objetiva¹³⁶. De igual manera debe ser una representación convincente, de que esa representación es realmente la realidad. El engaño sólo puede ser sobre los hechos, y puede ser también, a través del engaño provocado o inducido en hechos relativos al objeto. Estas limitaciones en el error sobre los hechos son de igual manera indiscutibles, como la relación con la falsa representación.

También resulta de la exigencia de la causalidad entre el engaño y el error que el error debe referirse a los hechos que la víctima refleja o debe referirse a quien no ha cumplido con su posición de garante, omitiendo las aclaraciones respectivas. El error debe entonces corresponder al engaño¹³⁷. El error debe ser causado por el engaño del autor. Según la opinión dominante, la teoría de la equivalencia es suficiente en este caso. A través del engaño será provocado un error cuando a la víctima, a través de una influencia intelectual de su representación, le provoca una nueva y falsa representación. La representación anterior tuvo que ser reemplazada por el engaño. En la modificación del objeto, a la cual se refiere la representación, falta la representación positiva, no en el error, pero sí en la defectuosa influencia intelectual sobre la representación de la víctima, como consecuencia del engaño. En contra está la manifiesta o la tácita referencia a falsos medios de prueba como, por ejemplo, para aclarar el defecto en los asientos del comprobante de una cuenta bancaria, esto sería suficiente para provocar el error en la víctima.

Aquí el error adquiere una importancia vital, pues, a diferencia de otros delitos como el hurto o el robo, no se trata de “sustraer” o “apoderarse”, sino de provocar la colaboración del sujeto pasivo y

¹³⁵ ARZT, ob. cit., p. 131.

¹³⁵⁻¹ ANTÓN ONECA, ob. cit., ps. 91 y ss.

¹³⁶ TIEDEMANN, ob. cit., p. 129.

¹³⁷ *Ibidem*.

que éste, engañado, sea quien realice una disposición patrimonial en perjuicio de sí mismo o de un tercero.

Estamos en presencia de un elemento que podría considerarse como de “nexo” o “unión” entre los otros componentes del delito. Por un lado el error debe haber sido “consecuencia” del engaño, y, al mismo tiempo, debe ser la “causa” del perjuicio patrimonial. Es decir, se observan claramente dos momentos distintos en el delito de estafa: uno de ellos es cuando a partir del engaño la víctima incurre en error y luego cuando dicho error determina el acto de disposición¹³⁸.

Para la configuración del delito de estafa resulta imprescindible que el sujeto pasivo realmente haya sido “engañado” por la conducta del autor. Si no existe error, el posible perjuicio patrimonial que se genere nunca puede constituir aquel delito.

Esta premisa debe utilizarse para resolver algunas situaciones que han sido debatidas por la doctrina y la jurisprudencia:

1. *Engaño a incapaces*

Para que pueda afirmarse el delito de estafa es imprescindible una mínima capacidad de entendimiento y comprensión por parte de la víctima del engaño. No hay que olvidar que el tipo exige un acto de disposición “voluntario” de quien ha sido inducido a error. Si el sujeto es absolutamente incapaz jurídicamente no puede decirse que el acto haya sido voluntario, debiendo excluirse el delito de estafa, sin perjuicio de que la conducta constituya otro delito¹³⁹ (art. 174, inc. 2º).

Como señala Antón Oneca, el requisito de la capacidad deberá determinarse en vista de las exigencias de la figura delictiva y, conforme a ellas, lo decisivo será si el sujeto pasivo tenía en el caso concreto el grado de madurez y sanidad mental necesarios para conocer de los

¹³⁸ Como afirma Cramer “...el error tiene que corresponder al acto engañoso, porque si no, no se le podría atribuir, y además tiene que influir sobre el motivo de la disposición, porque si no, carecería de causalidad” (en *StGB Kommentar*, N° 33, par. 263, cit. por VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 189).

¹³⁹ El hecho puede constituir el delito de explotación de incapaces previsto en el art. 174, inc. 4º, del Cód. Pen., o, en su defecto, podría considerarse incluso la existencia de un delito de apoderamiento (hurto).

hechos brindados a su conocimiento, y para tomar resoluciones de acuerdo con ese conocimiento¹⁴⁰.

En consecuencia lo fundamental es valorar si el sujeto tiene o no un mínimo de capacidad para considerar que fue “engañado”, de modo que su voluntad pueda reputarse viciada por el engaño del autor, y no por las deficiencias previas en su capacidad.

No debe descartarse la estafa cuando la acción recae sobre personas que sólo tienen algunas insuficiencias psíquicas o son parcialmente incapaces pues, en tales casos, existe una capacidad psíquica para disponer que puede ser objeto del engaño¹⁴¹. Ante estas situaciones es muy común que la inmadurez o los eventuales defectos psíquicos sean utilizados por el autor como parte de la maniobra engañosa¹⁴².

2. *El caso del “polizón”*

Se discute si existe estafa en aquellos casos en que una persona elude la vigilancia y viaja en tren u otro medio de transporte sin pagar el correspondiente boleto. Lo mismo ocurre cuando se ingresa a un espectáculo o a cualquier establecimiento sin abonar el billete de ingreso.

Algunos autores entienden que se debe excluir el delito por no existir perjuicio patrimonial, dado que no corresponde incluir dentro del patrimonio al “lucro cesante”. Es decir, el patrimonio de la víctima no habría sufrido ninguna “disminución”, sino tan sólo se vio impedido de beneficiarse con un “ingreso”.

Partiendo de lo dicho al analizar el bien jurídico, está claro que para nosotros en estos casos puede afirmarse sin mayores inconvenientes el perjuicio patrimonial. El ingreso que corresponde a la entrada o pasaje deja de percibirse y ello, sin dudas, implica una lesión patrimonial¹⁴³.

¹⁴⁰ ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños* cit., ps. 91 y ss. En igual sentido, entre otros, NÚÑEZ, *Derecho Penal...* cit., p. 305; ROMERO, *Delito de estafa* cit., p. 203; VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 200.

¹⁴¹ Véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 70, con referencias jurisprudenciales.

¹⁴² SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal* cit., p. 347.

¹⁴³ Como señalan Bajo Fernández y Pérez Manzano, “no puede sostenerse a priori que la condición de polizón excluya el perjuicio patrimonial por cuanto es de

Sin embargo, existen dos inconvenientes fundamentales:

1) En primer lugar, se debe analizar si se produjo o no un “error” en la víctima, es decir, si el guarda incurrió realmente en error, o simplemente ni siquiera percibió la situación. Desde este punto de vista se dice que el caso del polizón constituye delito de estafa cuando provoca la errónea creencia de tener derecho a la utilización del servicio (viaje en tren, barco, avión, entrada a espectáculos, etc.), mas la conducta será impune si, por el contrario, no genera ningún error, ya que se utiliza el servicio clandestinamente¹⁴⁴.

En consecuencia, una primera medida para resolver los casos de “polizonaje” es determinar si el autor pasó inadvertido para los encargados del control, en cuyo caso corresponde excluir el delito por inexistencia de error, o si, por el contrario, su conducta realmente desencadenó aquel estado psicológico de error, como sería por ejemplo si el sujeto activo frente al requerimiento del guarda, le muestra un billete vencido o falso.

2) Pero, además de ello, existe un inconveniente insuperable para afirmar el delito, pues en los casos analizados no puede decirse que la disposición patrimonial sea consecuencia del engaño, dado que el servicio se presta de cualquier forma, y con independencia de la conducta del autor. Como afirma Muñoz Conde, “el problema en el polizonaje y en la entrada sin abonar el billete en espectáculos es que, de todos modos, el servicio se presta, por lo que el sujeto activo del engaño no causa la disposición patrimonial, sino que se aprovecha de ella, siendo, pues, muy difícil encajarlos dentro del concepto general de estafa”¹⁴⁵.

suponer que normalmente habrá un lucro cesante que, como valor económico, puede formar parte del patrimonio” (BAJO FERÁNDEZ; PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal* cit., p. 283).

¹⁴⁴ Así VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 194; BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal* cit., p. 283; GONZÁLEZ RUS, *Curso... cit.*, p. 671; BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho Penal... cit.*, p. 193, y ROMERO, *Delito de estafa* cit., p. 191.

¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal... cit.*, p. 366. En este sentido se ha dicho: “No constituye estafa la conducta de quien realizó un viaje en tren sin abonar el pasaje y al culminar su viaje y ser requerido por el boleto exhibió uno adulterado. La estafa constituye una disposición patrimonial perjudicial, generada por el error a

El tema había sido resuelto por Frank, quien sostenía que si bien el polizón ha tornado falso el juicio del revisor o que cree que todo está en orden, pero tal juicio del revisor no ha sido por un error causado por engaño, lo que llevó en su momento a sostener a Antón Oneca que fuera de los casos en donde efectivamente el polizón engañó al revisor, no es posible calificarse de estafa al hecho porque la conducta clandestina no ha causado el error a ninguna persona¹⁴⁶. Sin embargo el tribunal del Reich, en su momento, y el Supremo de España hasta 1981 sostuvieron que en estos casos se daba el delito de estafa; el primero sosteniendo que el revisor caía en error creyendo que todo estaba en orden, y el segundo, porque existía un aprovechamiento de la facilidad que presenta la utilización del transporte burlando la vigilancia¹⁴⁷.

3. *La posibilidad de la estafa mediante aparatos mecánicos*

Otra de las cuestiones sumamente discutidas en la doctrina y jurisprudencia se presenta cuando el autor del hecho produce un perjuicio patrimonial a la víctima utilizando un “aparato mecánico”. Por ejemplo, usar el servicio de un teléfono público introduciendo una falsa moneda o extraer dinero de un cajero automático con un objeto que sustituya la tarjeta habilitada. Infinidad de maniobras similares pueden realizarse con las máquinas expendedoras de bebidas y de comida, las fichas de subte, los juegos electrónicos, o incluso a través de la manipulación de sistemas informáticos.

De acuerdo a la posición tradicional, no existe estafa en esos casos porque el tipo penal exige ineludiblemente que el engaño recaiga sobre “otro”, y otro únicamente puede ser la persona física, no una

causa de un ardid o engaño, debiendo vincularse cada uno de estos elementos de la descripción del tipo objetivo en una relación de causalidad, de allí que, si bien podría haber ardid por la adulteración de un boleto ya caduco, si tal medio no fue el que condujo a la disposición patrimonial perjudicial, pues el procesado no debió exhibirlo antes de subir al tren, por ausencia de controles, no es posible afirmar que dicho boleto haya sido la causa productora de error alguno y menos que la disposición haya derivado de éste, siendo por ende la conducta atípica” (CFed.CCorr., sala I, 10-5-84, “Martín, Enrique H.”).

¹⁴⁶ ROMERO, ob. cit., p. 189.

¹⁴⁷ Íd., p. 93.

máquina. Es decir, si el error es un estado psicológico, es evidente que sólo pueden sufrirlo las personas físicas y no los instrumentos mecánicos.

En consecuencia este tipo de conductas resulta atípica, salvo que a través de la manipulación se obtenga una cosa mueble, en cuyo caso podrá existir hurto o robo. Pero nunca estafa porque no se engaña a otro sino a una máquina¹⁴⁸. Esta idea fue enfáticamente sostenida por Antón Oneca cuando afirmaba: “La utilización, echando una ficha falsa, de un teléfono u otro aparato del que se obtenga por este procedimiento alguna cosa o servicio, será también incompatible con la estafa porque el aparato no puede ser engañado. Cuando lo que se obtenga es una cosa se habrá cometido hurto”¹⁴⁸⁻¹.

Desde otro punto de vista –y según la opinión de algunos autores– podría pensarse que el instrumento mecánico representa la voluntad viciada del sujeto pasivo, con lo cual no habría mayores inconvenientes para afirmar el delito de estafa, pues habría “un engaño que resulta bastante para inducir a error a quien construyó la máquina y hace la oferta, produciéndole el correspondiente perjuicio”¹⁴⁹. Éste fue también

¹⁴⁸ Véase ANTÓN ONECA, *La estafa...* cit., p. 94; SOLER, *Derecho Penal...* cit., p. 365; NÚÑEZ, *Derecho Penal...* cit., p. 295, y GONZÁLES RUS, *Curso...* cit., p. 658. En palabras de Romero, “al propietario de la máquina no se lo engaña, sino que es simplemente el que sufre el perjuicio, como en los casos en que no existe identidad entre el engañado y el perjudicado” (*Delito de estafa* cit., p. 210).

¹⁴⁸⁻¹ ANTÓN ONECA, ob. cit., p. 94.

¹⁴⁹ Adoptan este criterio Bajo Fernández y Pérez Manzano (*Derecho Penal*, p. 299), aunque niegan la estafa cuando se utiliza una tarjeta para extraer dinero de un cajero automático. Entre nosotros, Abralde considera que puede cometerse el delito de estafa mediante “medios mecanizados”. A su criterio: “Debe, pues, desterrarse la inexacta apreciación de la realidad de las cosas que subyacen tras expresiones como ‘engaño a una máquina’, ‘ordenador engañado que realiza un acto de disposición’ y otras tantas semejantes. Porque, ni se engaña a la máquina –a lo sumo se engaña a alguien utilizando como instrumento la máquina–, ni el ordenador realiza por error acto alguno de disposición –en todo caso, ‘ejecuta’ el traspaso patrimonial ordenado y dispuesto por quien ha efectuado la programación–” (ABRALDES, Sandro F., *La estafa mediante medios mecanizados*, en L. L. del 25-6-97). Según este autor, respecto del engaño, “es imprescindible aceptar que el falseamiento de la realidad que él implica, no comporta necesariamente una relación directa y personal entre dos seres humanos”; sobre el error, “debe negarse su condición de elemento autónomo del tipo objetivo, circunscribiendo su función a la delimitación restrictiva del engaño típico”, y en re-

el criterio de la Cámara del Crimen, porque en el fondo se sostuvo por la mayoría que en error caía sobre la persona que hacía la medición, con lo que luego se cobraba el gasto¹⁵⁰.

A nuestro juicio, dado que en los casos analizados realmente no existe un error provocado sobre el sujeto pasivo, no es posible sostener su adecuación al tipo de estafa. Así como al analizar los “engaños implícitos”, o el supuesto del “polizón”, vimos que el utilizar el servicio de transporte u hospedaje en forma “clandestina” desechaba la estafa por inexistencia de error, lo mismo debe ocurrir con el empleo de instrumentos automáticos. Nuestro Código, a diferencia –por ejemplo– del ordenamiento alemán o español, no castiga aún esta clase de conductas, resultando peligroso –a la luz del principio de legalidad– extender los alcances del tipo¹⁵¹.

Sin embargo, no hay inconveniente alguno para afirmar el delito de estafa en la situación inversa, es decir, cuando la máquina ha sido preparada para, aun recibiendo el importe requerido, no entregar el dinero, la cosa o prestar el servicio correspondiente, siempre –claro está– que se cumpla con el resto de los requisitos típicos. Como bien señala González Rus, en este caso “el engañado es una persona y otra

lación al acto de disposición, “se pueden realizar disposiciones patrimoniales con auxilio de una máquina”, aclarando que “la colaboración en el traspaso patrimonial lesivo que este elemento implica, puede atribuirse a la persona física, pues el dominio, sin duda, le corresponde” (ob. cit., p. 6). Nada más cerca de la analogía en Derecho Penal, por una parte, y nada más lejos que la tipificación de la estafa, dogmáticamente hablando.

¹⁵⁰ CNCCorr., voto de Tozzini.

¹⁵¹ El art. 248.2 del Cód. Pen. español establece que “también se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”. Por su parte, el parágrafo 263 del Cód. Pen. alemán dispone que “quien, con la intención de procurar para sí o para un tercero una ventaja patrimonial ilícita, perjudique el patrimonio de otro influyendo en el resultado de un proceso de elaboración de datos por medio de una errónea configuración del programa, por medio del uso de datos incorrectos o incompletos, a través del uso no autorizado de datos o a través de la intervención desautorizada en el proceso, será castigado con la pena de privación de libertad hasta cinco años o con multa”.

la autora del arreglo, por lo que la maniobra fraudulenta se materializa en un perjuicio concreto”¹⁵².

Por otra parte, también puede existir delito en las maniobras que se realizan sobre los aparatos “medidores o contadores” como los utilizados en taxímetros, básculas e instrumentos similares, pues es evidente que tales conductas se realizan para “engañar” a quien debe pagar la factura, que incurre en un error sobre lo efectivamente gastado, como consecuencia de la manipulación del instrumento¹⁵³.

4. Estafa en el marco de un negocio jurídico

El fraude también puede producirse aprovechando la realización de un contrato o negocio jurídico. Por lo general, el autor de la estafa se vale de la contratación para perpetrar el engaño, de modo que simula un propósito de contratar cuando realmente sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de la otra parte, recibiendo la contraprestación pactada, pero sin intención de cumplir la suya¹⁵⁴.

Lo importante es saber diferenciar el posible delito de estafa del mero incumplimiento contractual, asunto que –al pertenecer únicamente a la esfera civil o comercial– queda al margen del tipo penal analizado. Se trata de un problema de tipicidad, pues en cada caso habrá que preguntarse si se cumplen o no los elementos que el tipo delictivo exige para la concurrencia de una responsabilidad criminal¹⁵⁵.

Para afirmar que se está ante el delito de estafa es imprescindible la presencia de un engaño fraudulento inicial a la contratación. El autor utiliza el contrato como instrumento del delito, con la intención de defraudar a su cocontratante. Como bien se dijo en la sentencia del Tribunal Supremo español del 19 de junio de 1995, “se prostituyen así los esquemas contractuales para instrumentarlos al servicio de un

¹⁵² Véase GONZÁLES RUS, *Curso...* cit., p. 658. Obviamente –aclara el autor– no habrá delito cuando las deficiencias provengan de los desperfectos propios del uso, salvo que sean intencionalmente aprovechados.

¹⁵³ Así claramente ROMERO, *Delito de estafa* cit., p. 210, y SOLER, *Derecho Penal...* cit., p. 365.

¹⁵⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 62.

¹⁵⁵ BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual...* cit., p. 293.

ilícito afán de lucro propio y perjuicio de las víctimas, desplegando unas actuaciones que desde que se planifican prescinden de toda idea de cumplimiento propio, lo que origina el desvalor de la acción del agente y la lesión de un bien jurídico ajeno¹⁵⁶.

VII. La relación entre el engaño y el error

También resulta de la exigencia de la causalidad entre el engaño y el error, el error debe referirse a los hechos que la víctima refleja o debe referirse a quien no ha cumplido con su posición de garante, omitiendo las aclaraciones respectivas. El error debe entonces corresponder al engaño¹⁵⁷. El error debe ser causado por el engaño del autor. Según la opinión dominante, la teoría de la equivalencia es suficiente en este caso. A través del engaño será provocado un error, cuando a la víctima a través de una influencia intelectual de su representación provoca una nueva y falsa representación. La representación anterior tuvo que ser reemplazada por el engaño. En la modificación del objeto, a la cual se refiere la representación, falta la representación positiva, no en el error, pero sí en la defectuosa influencia intelectual sobre la representación de la víctima, como consecuencia del engaño. En contra está la manifiesta o la tácita referencia a falsos medios de prueba, como por ejemplo, para aclarar, el defecto en los asientos del comprobante de una cuenta bancaria, esto sería suficiente para provocar el error en la víctima.

De modo sintético, debe darse una relación especial entre el engaño

¹⁵⁶ Véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 63. En igual sentido, entre otros, GONZÁLEZ RUS, *Curso...* cit., p. 666; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal...* cit., p. 351. Nuestra jurisprudencia resolvió por ejemplo que “incurre en el delito de estafa previsto por el art. 172 del Cód. Pen., el procesado que contrató la prestación de servicios turísticos sabiendo que no podría cumplir con su obligación, y percibió en forma anticipada la totalidad del precio, que retuvo para sí una vez frustrado el convenio” (CNCorr., sala I, 31-7-91, “Camelino, Ramón E.”), o que “la diferencia entre un mero incumplimiento contractual y otro de carácter fraudatorio radica, en general, en el momento en que el autor decide no cumplir, por lo que es elemento fundamental la acreditación del aspecto subjetivo” (CNCorr., sala VI, 18-3-91, “Sánchez, E. J.”).

¹⁵⁷ TIEDEMANN, ob. cit., p. 129.

desplegado por el autor y el error de la víctima, de modo que el error debe haber sido consecuencia directa y precisa del engaño.

Como regla general, el engaño debe ser anterior al error del autor, pues de lo contrario resultaría muy difícil afirmar que fue “causa” de éste. Sin embargo, como vimos al analizar la “simple mentira” y el “silencio”, en ciertos casos se discute si el engaño puede operar sobre un error preexistente de la víctima, reforzándolo, en los casos en que exista la obligación jurídica de informar¹⁵⁸. De cualquier forma siempre es imprescindible que el engaño sea antecedente del acto de disposición patrimonial realizado por el sujeto pasivo¹⁵⁹.

Aquí corresponde analizar dos situaciones:

1. *La idoneidad en el ardid o engaño*

Que el engaño deba ser idóneo no significa, como a veces se piensa, que la ley castigue únicamente como medios de comisión aquellos ardid o engaños de cierta entidad o peligrosidad. Hemos visto que cualquier forma de engaño –incluso la omisión, según lo antes expuesto, y la simple mentira– puede dar lugar al delito de estafa. El artículo 172 se limita a castigar al que defraudare a otro valiéndose de cualquier ardid o engaño, sin establecer limitaciones especiales respecto a la mayor o menor intensidad de los medios utilizados¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Ver supra, “omisión y simple mentira” (Cap. III, 1).

¹⁵⁹ En palabras de Conde-Pumpido Ferreiro, “desaparecida la figura de la estafa analógica, se exige que el engaño sea antecedente necesario de la disposición patrimonial decidida por un error del sujeto pasivo, única forma de que pueda ser valorado como causa de tal error y del acto de disposición” (*Estafas* cit., p. 79).

¹⁶⁰ Nuestro Código no contiene la exigencia del “engaño bastante” contemplado, por ej., en el Cód. Pen. de España, cuyo art. 248 dispone: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”. Como afirma Núñez “el art. 172 no requiere un determinado grado de idoneidad objetiva en el engaño, sino que basta que el autor use un engaño, esto es, que su conducta simule o disimule frente a la víctima una realidad, cualquiera que sea la forma o procedimiento que utilice para hacerlo. Respecto de esta forma o procedimiento, la ley es muy amplia, pues además de los engaños especiales que enuncia, acepta *cualquier otro engaño*, y no sólo un engaño astuto o grave. Nada autoriza a decir, en efecto, que engaño en el lenguaje del art. 172, quiera decir otra cosa que engaño en el lenguaje del mundo, y en este lenguaje, la mentira es una forma de engañar” (*Derecho Penal...* cit., p. 304).

Por el contrario, lo que interesa es que el ardid o engaño desplegado por el autor haya sido adecuado para producir el error en el sujeto pasivo, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Es decir, se trata de saber si esa clase de engaño pudo ser realmente la verdadera causa del error.

Este análisis, que tiene que ver principalmente con la relación engaño-víctima, es fundamental, pues, como vimos, el tipo penal de la estafa se caracteriza por una doble relación entre el engaño y el error, y entre éste y la disposición patrimonial perjudicial. El engaño debe haber sido determinante del error y éste, a su vez, debe haber sido la causa de la disposición¹⁶¹.

Cuando el ardid o engaño no es idóneo para producir el error de la víctima, no será posible tener por satisfecha dicha relación. El error no habrá sido consecuencia precisa del engaño desplegado por el autor, sino que tendrá su explicación en otra causa distinta¹⁶².

Para determinar la idoneidad del ardid se debe utilizar un criterio objetivo-subjetivo.

a) Objetivamente será preciso que el medio engañoso empleado sea adecuado para hacer incurrir en error a una persona normal o media, teniendo en cuenta las reglas y costumbres atinentes al tráfico o actividad en cuestión¹⁶³. Rige aquí lo explicado respecto del sentido “social” del engaño¹⁶⁴.

¹⁶¹ En palabras de Valle Muñiz, y conforme a la tesis de la imputación objetiva, “sólo al engaño que genera un riesgo jurídico penalmente desaprobado de lesión del bien jurídico, esto es del patrimonio ajeno, le puede ser imputado el resultado posterior que, además, deberá ser, precisamente, la realización concreta de ese riesgo” (VALLE MUÑIZ, José M., *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 487).

¹⁶² Desde el punto de vista de la imputación objetiva se dice que “basta con que el engaño cree un riesgo típicamente relevante de producción de un acto de disposición, por error, que desemboque en un perjuicio patrimonial” (BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, p. 275).

¹⁶³ En palabras de Conde-Pumpido Ferreiro, es necesario que la maquinación engañosa “adopte apariencia de seriedad y de realidad creíble para la media de las personas (el padrón medio del ciudadano normal), por tener la apariencia de una de aquellas causas o motivaciones que en la convivencia social se admiten como adecuadas para mover la voluntad y realizar un acto de disposición patrimonial” (*Estafas* cit., p. 73).

¹⁶⁴ Como afirma Gladys Romero, “existen engaños que serían perfectamente

Se supone un punto de partida objetivo, de idoneidad general, que luego será corregido tomando a la situación particular del caso y de la víctima¹⁶⁵.

b) Subjetivamente, se debe atender especialmente a las circunstancias particulares del sujeto pasivo. Como señala Valle Muñiz, el juicio de adecuación normativo sobre la conducta (previsibilidad objetiva) tendrá que tener en cuenta las reales y concretas circunstancias del engañado¹⁶⁶. Es decir, “entran en juego, ya las condiciones personales del sujeto, que por su incultura, situación, edad, o déficit intelectual, es más sugestionable o aparece más indefenso frente a los engaños más burdos, y a las relaciones entre la víctima y ofensor que despiertan una confianza de aquél en éste y que determinan una relajación del cuidado habitual”¹⁶⁷. Obviamente este elemento hace que sea imposible establecer un criterio general, válido para todos los casos, en lo que respecta a los requisitos de idoneidad del ardid, pues siempre habrá que tener en cuenta la situación concreta del engañado.

Como gráficamente señala el Tribunal Supremo español, el engaño

idóneos y no obstante son socialmente tolerables. Tal sería el caso, por ej., de ciertos anuncios publicitarios: ‘Este jabón lava más blanco’. Puede tratarse, naturalmente, de engaños reales, incluso de posible idoneidad, pues de otro modo no se utilizarían con tanta profusión, pero pierden eficacia, por así decir, cuantitativa, en virtud de ser aceptados en el tráfico por la mera costumbre, y en atención, quizá, a su mínima potencialidad. Lo cierto es que por una u otra razón, carecen de rango criminal, y es seguro que ninguna querrela o denuncia prosperaría del lector ingenuo que pretendiere ser víctima de estafa porque no le creció el pelo con el específico o porque no le tocó el premio gordo de la lotería, como en el reclamo se prometía” (*Delito de estafa* cit., p. 177).

¹⁶⁵ Véase GONZÁLEZ RUS, *Curso...* cit., p. 660.

¹⁶⁶ VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 166; el mismo autor en *Comentarios a la parte especial*, p. 487.

¹⁶⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 73; también MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, p. 363. En el mismo sentido expresan Molinario-Aguirre Obarrio: “En muchos delitos la víctima es indiferente, pero en otros es elegida. Cuando la víctima es indiferente, es aplicable la regla de la diligencia que debe desplegar un buen padre de familia, como decían los romanos. Pero cuando el delincuente elige a su víctima (si elige bien) es de suponer que pensará que ésta tiene pocas luces y, es claro, respecto de ella, que un ardid puede tener un resultado que, en personas más avisadas, no se produciría” (*Los delitos*, p. 338).

debe ser “suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias, todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante”¹⁶⁸.

Sin perjuicio de ello, hay que aclarar, como afirman Bajo Fernández y Pérez Manzano, que “las condiciones personales de la víctima sólo pueden ser tenidas en cuenta en el juicio de adecuación si son conocidas o reconocibles por el autor del engaño”¹⁶⁹. Esto es obvio, pues estamos en presencia de un delito doloso, de modo que si el autor no sabe que la víctima era “fácilmente engañable”, por sus condiciones personales, y él sólo quería sacar una ventaja del contrato, estaremos en presencia de un supuesto de error que excluye la tipicidad de la conducta.

2. *Negligencia del engañado*

La negligencia del sujeto engañado también cobra importancia en lo que hace al análisis de la relación que debe existir entre el fraude y el error. Tal como se viene sosteniendo en los apartados precedentes, el tipo acuñado por el artículo 172 reprime a quien mediante ardid o engaño hace incurrir en error a otra persona, y ésta, en virtud de ese error, realiza con su voluntad viciada una disposición patrimonial perjudicial.

Si el error no es consecuencia precisa del ardid o engaño, sino de la propia negligencia de la víctima, no se habrán cumplido los requisitos

¹⁶⁸ TS, 11-10-90, citada en BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual...* cit., p. 276.

¹⁶⁹ Ob. cit., p. 277.

exigidos por el tipo penal¹⁷⁰. Como afirma Buompadre, “cuando la disposición patrimonial ha tenido su causa en un acto derivado de la negligencia del sujeto pasivo, no puede afirmarse que estamos ante un ardid o engaño, sino ante un caso de negligencia culpable de la víctima. El Derecho puede (y debe), acota González Rus, exigir un cierto nivel de diligencia, que permita al sujeto descubrir el fraude, por lo que la protección penal no debe producirse cuando la indolencia, la excesiva credulidad y la omisión de precauciones elementales hayan sido las verdaderas causas de la eficacia del engaño. No habrá estafa, por tanto, por falta de engaño suficiente, aunque se haya producido un error y, como consecuencia, un perjuicio patrimonial si, con una diligencia adecuada con las circunstancias, el sujeto pasivo hubiera podido descubrir el ardid y poner al descubierto la acción engañosa”¹⁷¹.

¹⁷⁰ Resulta imposible afirmar la imputación objetiva del resultado provocado por la disposición patrimonial –dice Valle Muñiz– si el error lejos de ser causa del comportamiento engañoso aparece como consecuencia de la propia negligencia o falta de cuidado del sujeto que lo sufre (*Comentarios a la parte especial*, p. 488).

¹⁷¹ BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la propiedad*, Mave, 1998, p. 146. Este criterio ha sido ampliamente sostenido por nuestra doctrina. Para Núñez, “la negligencia de la víctima le hace imputable el error porque excluye la eficacia real del fraude en el caso concreto, si la observancia de una diligencia mínima lo hubiera evitado, ya que su omisión demuestra su indiferencia frente al posible engaño” (*Derecho Penal...* cit., p. 299). Según Gómez, “no hay estafa si el error proviene de negligencia del sujeto pasivo y no, precisamente, de engaño que, a no mediar esa negligencia, hubiere sido superado [...] El apoderamiento de la cosa ajena, en este delito, se lleva a cabo merced a la entrega voluntaria que hace la víctima, y es delictuoso porque el agente, con su engaño, logró viciar aquella voluntad. El engaño, y nada más que el engaño, ha de haber actuado. Cuando media negligencia manifiesta por parte de la víctima no existe un factor determinante del error que sea atribuible al sujeto activo” (GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Compañía Argentina de Editores, 1941, t. IV, p. 226). A juicio de Spolansky, “es preciso reiterar que la determinación del ardid o el engaño exige la consideración de la *personal medida de cuidado de la víctima para que no se la engañe*. Esta forma de pensar la cuestión significa el rechazo del criterio que considera la existencia de la estafa cuando el ardid produjo el efecto. Con esta última idea, en realidad se *presupone* que existe el medio típico del delito que estamos analizando y no se lo demuestra, puesto que no se sabe si el error deriva de la conducta del sujeto activo o de la negligencia de la víctima” (*Estafa y silencio* cit., p. 63). También Gladys Romero considera que tal relación causal entre el engaño y el error no se verifica cuando el error proviene de una negligencia culpable de la víctima (ob. cit., p. 346).

Para apreciar si media o no negligencia de la víctima se debe atender a las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta, como vimos antes, las reglas y costumbres vigentes en el tráfico o actividad. Como bien ha puesto de relieve Spolansky, “muchas veces en situaciones del tráfico patrimonial, derivadas de un conocimiento personal anterior, o por tratarse el sujeto activo de una empresa muy organizada, surgen relaciones de confianza que determinan que los límites de cuidado que ha de tener la víctima estén en relación íntima y directa con aquella situación”¹⁷².

Como criterio general es válido el concepto de Molinario y Aguirre Obarrio, quienes señalan que “cuando la actividad estuviese regida por normas legales, disposiciones reglamentarias o reglas de costumbre, la violación de éstas por parte de la víctima implicará una imprudencia o negligencia tales que no podrá calificarse de estafa cualquier ventaja ilícita que un tercero haya podido obtener como fruto de esa negligencia o imprudencia, pues la víctima, más que inducida a error, ha caído en él por su propia culpa”¹⁷³. Por eso conviene cerrar este punto con lo afirmado, hace tiempo ya, por Groizard y Gómez de la Serna: “Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que producto de un engaño, deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de diligencia”¹⁷⁴.

VIII. La disposición patrimonial

El tipo penal de la estafa exige que, como consecuencia del error, la víctima del engaño realice un acto de disposición patrimonial. Éste, a su vez, debe ser la causa del perjuicio patrimonial. Con Valle podemos definir este elemento como “aquel comportamiento, activo u omisivo,

¹⁷² SPOLANSKY, *La estafa y el silencio* cit., p. 62. Según el autor, “quien adquiere, por ejemplo, un inmueble a una organización bancaria o a una empresa de renombre, deberá tomar menos recaudos que si lo hace a un desconocido”.

¹⁷³ MOLINARIO, *Los delitos*, p. 338.

¹⁷⁴ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, cit. por ROMERO, ob. cit., p. 198 (2ª ed.).

del sujeto inducido a error, que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero”¹⁷⁵.

Por eso se ha tenido a este delito como de autolesión, ya que es el propio autor el que entrega el bien o termina lesionando su patrimonio¹⁷⁶.

Sin dudas estamos en presencia de un requisito que le atribuye una connotación especial a la estafa pues, a diferencia de otros delitos contra el patrimonio, para la configuración del tipo es ineludible una contribución especial de la víctima.

Es imprescindible que la disposición sea realizada por la misma persona que sufrió el engaño, pero –en cambio– el acto de disposición puede generar un perjuicio patrimonial propio o ajeno, de modo que no necesariamente debe coincidir la identidad de quien dispone movido por error, y quien en definitiva resulta perjudicado¹⁷⁷.

Este elemento de la estafa debe ser entendido en sentido amplio. No consiste únicamente en la entrega de una cosa, sino que debe incluirse en el concepto de disposición patrimonial cualquier otra decisión con consecuencias patrimoniales perjudiciales, ya sea que recaiga sobre bienes muebles, inmuebles, derechos de contenido patrimonial o en la prestación de servicios, siempre que tengan un valor económico¹⁷⁸.

¹⁷⁵ VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 214.

¹⁷⁶ OTTO, cit. por ROMERO, ob. cit., p. 227.

¹⁷⁷ Ver BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal* cit., p. 283; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 85; GONZÁLEZ RUS, *Curso...* cit., p. 669.

¹⁷⁸ Véase VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 215. Señalan Bajo Fernández y Pérez Manzano: “El acto de disposición puede consistir tanto en hacer entrega o de gravar una cosa, como en *prestar un servicio*, como en realizar la prestación a la que se ha obligado en el contrato. Comete estafa quien logra, mediante engaño bastante e idóneo, obtener un servicio de un médico con ánimo de no pagar. El servicio del médico es un acto de disposición patrimonial porque implica la realización de un comportamiento con valor económico” (*Manual de Derecho Penal* cit., p. 284, y en similares términos GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal*, p. 668). Entre nosotros ya había afirmado Núñez que “existe una *disposición de propiedad* con arreglo al art. 172, si el ofendido por la estafa u otra persona hace u omite algo que priva de su propiedad al primero, en beneficio del autor del delito o de un tercero. Ese *algo* puede ser un simple hecho, por ejemplo realizar sin la debida compensación un trabajo pecuniariamente valioso, o puede ser un acto jurídico de transferencia de la propiedad

Por ello resultaría más apropiado hablar de actos de “atribución patrimonial” en lugar de meros actos de disposición, pues el concepto incluye la transmisión, modificación o extinción de un derecho preexistente, así como también la creación de una relación jurídica nueva que represente una ventaja patrimonial a favor del sujeto activo¹⁷⁹.

No es imprescindible que el acto adopte la forma de un negocio jurídico con todos los requisitos exigibles. Puede existir estafa aunque el sujeto carezca de facultad jurídica para disponer, como sucede con los meros servidores de la posesión (por ej., el sirviente que entrega al autor de la estafa, enviado fingido de su amo, la cosa que en su nombre le es pedida)¹⁸⁰.

También la omisión puede constituir una disposición patrimonial, como sería el caso del engañado que deja de percibir o renuncia a un crédito. En el ejemplo de Conde-Pumpido Ferreiro, puede cometer estafa quien hace creer al acreedor, con un falso recibo o cuenta, haber abonado la totalidad del crédito, renunciando por ello aquél a reclamar la diferencia o perjudicando el efecto ejecutivo del título¹⁸¹.

o de renuncia a ella [...] Así, la estafa puede recaer sobre bienes tales como la tenencia o posesión de una cosa mueble o su dominio; las ventajas económicas correspondientes a una explotación comercial o la indemnización pertinente a su frustración; el beneficio jubilatorio; el valor de servicios o alimentos; la garantía susceptible de valor pecuniario que significa un embargo, la inhibición o el documento de prenda agraria, o el valor de un crédito” (ob. cit., p. 287). En igual sentido, según Soler, “la disposición tomada puede consistir en la entrega de una suma de dinero, de una cosa, mueble o inmueble, de un derecho y también del despliegue de un trabajo que se entiende retribuido, o de un servicio tarifado [...] también en la renuncia a un derecho” (ob. cit., p. 370), y en forma coincidente se expiden Molinario-Aguirre Obarrio al incluir en la tutela a “cualquier aspecto integrante del patrimonio de las personas” (*Los delitos*, p. 340).

¹⁷⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 84. Claramente señala que “en el sentido del tipo, el acto de disposición debe entenderse como un sacrificio patrimonial que recae sobre la víctima o que el acto de la víctima produce a un tercero (perjuicio), con un correlativo beneficio (lucro) para el autor del delito o también para un tercero al que aquél pretende beneficiar”.

¹⁸⁰ BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal* cit., p. 284; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 85; GONZÁLEZ RUS, *Curso...* cit., p. 668.

¹⁸¹ Ver, entre otros, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 86; también MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...* cit., p. 364; VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 215 y comentarios a la *Parte especial*, p. 488.

Incluso puede existir disposición patrimonial cuando simplemente se consiente el apoderamiento de la cosa. Esta conducta no se convierte en hurto ya que el bien no es sustraído contra la voluntad del sujeto, sino que es éste quien autoriza a tomarla, motivado por el engaño del estafador. Distinto es cuando las astucias o ardides se emplean para facilitar el apoderamiento propio del delito de hurto, como sucedería si el ladrón indujera al vendedor a la exposición del objeto y, luego, aprovechando la situación, se lo sustrajera dándose a la fuga. Aquí el engaño no va dirigido a inducir una disposición patrimonial voluntaria, sino que resulta el medio adecuado para simplificar el apoderamiento¹⁸².

En todos los casos es imprescindible que la disposición patrimonial sea consecuencia precisa del engaño y del error. Como señalan Bajo Fernández y Pérez Manzano desde la imputación objetiva, “el acto de disposición debe ser aquel cuyo riesgo de realización se creó con el engaño”, y además, “deberá ser una disposición patrimonial realizada por error, pues el fin de protección de la norma que tipifica la estafa es proteger el patrimonio sólo frente a engaños que se conectan con actos de disposición realizados por error y no por otras causas”¹⁸³.

De acuerdo a ello, se debe excluir el delito en aquellos casos donde el sujeto pasivo termina siendo consciente del engaño, pero de todas formas decide llevar a cabo el acto por otras razones (por ej.,

¹⁸² Como señalan Bajo Fernández y Pérez Manzano, “habrá hurto cuando los ardides utilizados dan lugar a facilitar el apoderamiento sin conocimiento, ni consentimiento del dueño, y habrá estafa cuando tales ardides lo que hacen es lograr la entrega de la cosa por su dueño” (*Manual de Derecho Penal* cit., p. 289). Muy claro es el siguiente ejemplo de Bustos Ramírez: si mediante engaño el dueño entrega la llave de su casa a un ladrón, creyendo erróneamente que hay un escape de gas, y el ladrón aprovecha esta situación para desvalijar la casa, habrá hurto o robo según el caso (*Manual de Derecho Penal*, p. 193). En igual sentido véase –entre otros– SOLER, *Derecho Penal* cit., p. 366, y ROMERO, *Delito de estafa* cit., p. 232. Sobre este tema, ha dicho la jurisprudencia que “si bien la llamada *estafa de llave* es en puridad un hurto, corresponde calificar el hecho como estafa si la llave obtenida con engaño fue utilizada por el imputado para simular derecho a retirar el automóvil del garaje donde se encontraba depositado bajo custodia de un tercero que, en razón de ello, no se opuso al retiro del vehículo (TOCr. N° 7 de Capital Federal, 16-7-98, “Papalardo, Juan M.”).

¹⁸³ BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal* cit., p. 284.

“A” se da cuenta de que el coche que le venden tiene el cuentakilómetros alterado, pero igual decide comprarlo, por conocer la mala situación económica del vendedor)¹⁸⁴.

La doctrina también incluye aquí, para descartar el delito de estafa, los famosos casos de los “mendigos” que exageran los propios infortunios para conseguir limosna, o de los adivinos o curanderos, pues el acto de disposición no se da por error, sino por caridad, curiosidad, ignorancia absoluta o creencias previas adoptadas por el sujeto¹⁸⁵. Es decir, se afirma que “quien da limosna lo hace consciente de que puede ser engañado, pero con ánimo de caridad genérica y con independencia de la realidad de lo que se le manifiesta, que sólo por cálculo de probabilidades confía sea cierto. Pero no excluye el engaño ni actúa con la única motivación de lo que el mendigo invoca o cuenta”¹⁸⁶.

Pensamos que la mayoría de estos supuestos pueden ser resueltos satisfactoriamente bajo el problema de la posible negligencia del engañado. Estamos de acuerdo en que debe excluirse el delito en aquellos casos en que la víctima confiere la limosna o realiza la prestación siendo consciente de la probable falsedad de las afirmaciones del sujeto. Sin embargo, no es correcto descartar, como regla general, el delito de estafa en cualquier actividad que tenga como finalidad la obtención de alguna liberalidad o beneficencia. El empleo de maniobras fraudulentas con el objeto de obtener alguna donación puede constituir estafa, siempre –claro está– que el engañado no obre negligentemente, de

¹⁸⁴ Íd., p. 285.

¹⁸⁵ Íd., p. 285. Romero se refiere a las echadoras de cartas o de buenaventura, falsos adivinos, magos, etc., que no engañan a nadie, pero a quienes se les paga por mero pasatiempo, ganándose la vida de ese modo (ob. cit., p. 204). En este sentido se ha dicho que “la creencia en métodos alternativos y mágicos de curación responde a una convicción cultural antigua y persistente de las presuntas víctimas, por lo tanto, las mismas no han sido inducidas por los artificios y embustes del imputado. Este último empleó los medios adecuados a las ideas supersticiosas de quienes demandaron su intervención, porque precisamente confiaban en la eficacia sanadora de este tipo de poderes ‘sobrenaturales’. No cabe la posibilidad de que el autor engañe o provoque el error de la víctima, si ésta de antemano sostiene el mismo equívoco. Falta el encadenamiento causal que debe ligar el engaño con el error, y a éste con la disposición patrimonial ruinosa, para tener por configurado el delito de estafa” (TOCr. N° 7 de la Capital Federal, 12-12-97, “Tognoli, Pedro E.”).

¹⁸⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 77.

modo que pueda afirmarse la relación exigida entre el engaño y el acto de disposición¹⁸⁷. Lo mismo ocurre con los “curanderos” o sujetos que engañan lucrando con la salud de la víctima, pues en tales hipótesis el pago que realiza el engañado va más allá del mero pasatiempo o curiosidad¹⁸⁸.

IX. La llamada estafa en triángulo (*der sogenante Dreiecksbetrug*)

En principio deben ser idénticos el engañado y quien realiza la disposición patrimonial. Pero a veces es posible, con relevancia penal, que en el hecho participen más personas y que esas dos partes sean distintas. Entonces el perjuicio patrimonial no lo sufre la persona engañada, sino un tercero, que sería el titular del patrimonio. En este sentido, el nuevo Código español (art. 248) expresamente habla de realizar un acto de disposición en perjuicio propio o de un tercero¹⁸⁹.

Se descarta, como es obvio, una connivencia dolosa entre el agente de la estafa y el primer sujeto, que no sería otra cosa que un abuso de confianza, más cercana al artículo 173, inciso 7º, del Código Penal.

Para poder trabajar con exactitud, en el ámbito de la estafa, se trata ante todo de diferenciar este caso, del hurto mediante autoría mediata, de la llamada estafa en triángulo. Cuando el error que va a ser provocado, sobre un determinado objeto del autor, cuya acción será de apoderamiento¹⁹⁰. Así, en el caso de aquel criado que entrega la cosa de su patrón, pero engañado, la conducta sería calificada como constitutiva de hurto, pero como autoría mediata, que es la solución dada por Bacigalupo al caso del guardarropa, en el cual, al adolecer

¹⁸⁷ Con González Rus decimos que si el sujeto resulta verdaderamente engañado y ello provoca la disposición patrimonial, hay estafa (GONZÁLEZ RUS, *Curso...* cit., p. 669).

¹⁸⁸ Como afirma Soler, es muy característico el procedimiento de curanderos y adivinos: “el aviso dirigido a la generalidad del público tiene efecto necesariamente sobre una clase de incautos, gente de buena fe, muchas veces desesperados por una enfermedad crónica o por una obsesión patológica, y que han agotado medios y paciencia en procura de salud. Puesta en relación la maniobra con la condición de las personas a las cuales se dirige, no sólo aparece eficiente, sino hasta particularmente odiosa, en cuanto explota la necesidad, la desesperación y hasta el dolor de la gente” (ob. cit., p. 369).

¹⁸⁹ SUÁREZ GÓNZALEZ, ob. cit., p. 712.

¹⁹⁰ Conceptos vertidos por ANTOLISEI en *Manuale...* cit., p. 291.

el encargado de una autorización jurídica para disponer, termina de igual modo como un apoderamiento ilegítimo (art. 162, Cód. Pen.), pero de acuerdo a los criterios de la autoría mediata¹⁹¹.

El problema se presenta de manera manifiesta, ya que en el ámbito de las personas jurídicas no hay posibilidad para el error, porque las personas morales no pueden ser engañadas, según principios generales del Derecho; de modo que resulta obvio que sólo lo puede ser la persona que compone el órgano de la persona jurídica que tomó la decisión, que es el que realmente fue engañado.

El problema, como puede verse, está en analizar en qué medida el error de este tercero actuante, y con ello el perjuicio que lleva, se puede imputar a la persona jurídica, atento a la estructura de la estafa, como delito de autolesión.

De esta estructura fundamental, afirma Tiedemann, es relevante la especial relación del engañado y de aquel que se perjudicó en su patrimonio¹⁹². De manera que este resultado puede ser cuestionado según el alcance de la representación del engañado. Por eso es indiscutible que en esta constelación todo va a depender de la extensión y atribuciones que el poder le otorgue al engañado¹⁹³. Por ejemplo, el albacea del testamento, el representante del menor, el órgano de una persona jurídica, el administrador de una quiebra, etcétera¹⁹⁴. Por eso, para que sea posible este tipo de estafas, el sujeto engañado debe tener el poder de disponer del patrimonio del otro. No se trata de un engaño a través de un tercero, sino que, dado su poder de disposición sobre los bienes, la conducta engañosa se dirige a éste, en perjuicio del patrimonio del titular. Como bien afirma Romero, la cuestión consiste en determinar qué vinculación deberá existir entre el que dispone y el patrimonio ajeno lesionado. Lo que supone que el engañado tenga una autorización autónoma para disponer sobre el patrimonio afectado por un acto y que se encuentre en la situación de hacerlo¹⁹⁵.

¹⁹¹ TIEDEMANN, StGB, p. 151, N° 112. La traducción de esta parte pertenece a Andrea Bartos; BACIGALUPO, cit. por ROMERO, ob. cit., p. 237.

¹⁹² KUPPER, BT, p. 663.

¹⁹³ LACKNER, SGB, N° 110.

¹⁹⁴ TIEDEMANN, ob. cit., ps. 151, 152.

¹⁹⁵ ROMERO, ob. cit., p. 236.

Una primera teoría es la de la legitimación jurídica. Ésta afirma que, para que la disposición sobre un patrimonio ajeno pueda ser constitutiva del delito de estafa, es necesario que el tercero ejerza un poder, en sentido jurídico, de disposición sobre el patrimonio ajeno.

Para Pedrazzi, defensor de esta postura, existe un problema de legitimación, y para que se pueda hablar de estafa en triángulo, el acto no sólo debe poseer eficacia jurídica, sino que debe ser lícito. Antolisei afirma que el sujeto pasivo del engaño no puede ser cualquier persona, sino la que se encuentra en una situación jurídica tal que pueda cumplir el acto de disposición. Es necesario, entonces, que la persona que dispone haya sido investida de capacidad para que sus actos de disposición sean absolutamente equivalentes a los que, hipotéticamente, hubiera realizado el perjudicado¹⁹⁶, lo que diferencia la cuestión del hurto, mediante autoría mediata, ya que la autorización jurídica para disponer es lo que marca la diferencia¹⁹⁷.

En cambio, la teoría de la situación sostiene que, cuando el engañado no es el titular del patrimonio, sólo se requiere la existencia de una especial relación con la cosa u objeto de disposición. Parte de la doctrina alemana no exige la eficacia jurídico-civil del acto, sino que trata de determinar cuál es el contenido y la amplitud de la relación del que dispone con el patrimonio afectado. Así, por ejemplo, Otto afirma que el que dispone debe estar situado subjetivamente dentro del marco de agresión al patrimonio que concibe el atacante¹⁹⁸.

Según Romero, que es la autora que mejor se ha hecho cargo, seriamente, del problema en la doctrina argentina, la posición más correcta es la que considera que cada supuesto de hecho debe ser valorado y examinado a la luz de los elementos que componen el tipo penal de la estafa. En esa dirección la conducta del sujeto activo no debe ser una simple maniobra que posibilite el apoderamiento mediante la utilización mediata de un instrumento, sino que debe tener el matiz fraudulento, propio de los delitos de estafa¹⁹⁹.

Se puede afirmar que dentro de los distintos daños patrimoniales

¹⁹⁶ Conceptos vertidos por ANTOLISEI en *Manuale...* cit., p. 291.

¹⁹⁷ Cit. por ROMERO, ob. cit., p. 237.

¹⁹⁸ ROMERO, ob. cit., p. 236.

¹⁹⁹ *Íd.*, p. 237.

se encuentran aquellos que perjudican a los patrimonios ajenos, en cuales hoy hay unanimidad de criterios, donde la consecuencia de ellos no será en todos los casos la misma. El golpe inesperado al patrimonio ajeno, a través de la inserción de un engañado de buena fe, como instrumento para disponer, queda, como habíamos sostenido, en delito de hurto.

La cuestión está entonces en aceptar que debe existir una relación estrecha, ya antes del engaño, entre el sujeto engañado y el patrimonialmente perjudicado, pero que, en el hecho, el último aparezca ajeno a la relación. Sólo así parece ser que el engañado y el patrimonialmente perjudicado sean una unidad imputativa²⁰⁰.

X. La estafa procesal

Otro de los temas discutidos, tanto en doctrina como en jurisprudencia, es la llamada estafa procesal, en la cual la víctima del engaño es el juez, y el ofendido por la estafa la persona a quien afecta la sentencia o la resolución judicial dispositiva de la propiedad. O en palabras de Muñoz Conde, se trata de que en un proceso la parte engaña al juez y éste dicta a consecuencia de un error una sentencia que causa perjuicio a la otra parte.

El primer problema que se ha dado en este tema es que, como opina Muñoz Conde, estamos frente a un caso de comisión de estafa mediante autoría mediata, debido a que el juez actúa por error, causando el perjuicio, de manera que no existiría el desdoblamiento de la víctima, tal como sucede en la estafa en triángulo. Otra posición sostiene que se está frente a un caso de desdoblamiento de la víctima.

En contra de la opinión de Muñoz Conde se encuentra Romero, quien afirma que el error del juez que ordena la disposición patrimonial no lleva a un caso de autoría mediata, ya que no es el juez quien realiza la acción típica²⁰¹, argumento de cierta importancia, que termina, como luego se verá en Tozzini, volviéndose en contra de sus sostenedores, porque, en realidad, no es el juez el que entrega la cosa voluntariamente.

Ferrer Sama sostiene que la estafa procesal se da cuando una

²⁰⁰ TIEDEMANN, ob. cit., p. 115.

²⁰¹ ROMERO, ob. cit., p. 241.

misma conducta esté inspirada en el ánimo de lucro y además derive en un perjuicio patrimonial para la otra parte. En la doctrina argentina, Núñez había exigido que para poder engañar al juez, debía existir por lo menos algún documento falso, testigos falsos, es decir, algo más que una mera demanda temeraria, que pudieran llevar al error del juez²⁰², y la cuestión es lógica, ya que si no, cualquier demanda rechazada terminaría siendo una tentativa de estafa procesal.

Cerezo Mir afirma que de estafa procesal, en sentido estricto, cabe hablar sólo “cuando una parte, con su conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al juez y éste, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero”²⁰³. Y esto sólo es posible, según el autor citado, porque el engañado y el perjudicado son personas distintas.

La doctrina alemana ha aceptado la estafa procesal casi mayoritariamente, basándose en que la utilización de un tercero es admitida en la autoría mediata, y que aun en tipos penales nuevos, se plantearía el concurso entre ambos tipos.

Pero Cerezo afirma que es necesario analizar si se dan en la estafa procesal todos los elementos del delito de ésta, ya que no alcanza con la simple mentira o con la falta de respeto a los órganos jurisdiccionales.

En primer lugar, basándose en Pietro Castro expresa: “Tampoco la libertad de conducta que los principios expuestos reservan a las partes puede ir tan lejos que permita la licencia, el ataque a la buena fe y a la ética procesal y el empleo deliberado del dolo y el fraude. Aunque el proceso sea una lucha, persigue el derecho y ha de ser leal y guiado por la verdad, tanto en lo que afecta al fondo o el derecho pretendido como a la forma de llevarlo”²⁰⁴.

Luego, basándose en otros textos civiles (la imposición de costas, el estatuto de la abogacía, ley de sociedades), termina diciendo que

²⁰² NÚÑEZ, “*Iniusta petitio*”, *falsedad ideológica y estafa procesal*, en L. L. 63-718; t. V, ps. 286 y ss.

²⁰³ CEREZO MIR, José, *La estafa procesal*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2000-1, *Estafas y otras defraudaciones I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 112.

²⁰⁴ Cit. por CEREZO MIR, p. 117.

“las afirmaciones conscientemente falsas de la parte son, pues, ilícitas y constituyen un engaño susceptible de realizar la figura del engaño”²⁰⁵.

Tanto la jurisprudencia del Reichsgericht, Alemania, como en Italia, se ha exigido que además de las falsedades, éstas estén avaladas por documentos falsos y por testigos falsos²⁰⁶. Y esto estaba basado en que el juez que admitía afirmaciones no demostradas por la parte infringía su deber y, por lo tanto, no era la conducta engañosa la que causaba el perjuicio. Esta posición estaba en contra de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que utilizaba el tribunal alemán, que había sido vista por varios autores²⁰⁷. En Italia siguieron esta idea del tribunal alemán, Zani, Bataglini y Saltelli, entre otros²⁰⁸.

Cerezo Mir soluciona el problema de la siguiente forma: “La afirmación conscientemente falsa de una parte sólo constituye, sin embargo, un engaño de realizar la figura del delito de estafa cuando sea mantenida después de haber sido rebatida por la otra parte. Sólo cuando la afirmación de una parte ha sido rechazada por la otra se convierte en examen para el juez, de acuerdo con el principio de controversia entre las partes. Hasta ese momento no puede estimarse, por ello, que la declaración vaya dirigida a engañar al juez. Su destinatario es la otra parte”²⁰⁹.

En este punto es importante la afirmación de Cerezo en cuanto al demandado: la contestación del demandante no va dirigida a engañar al juez, sino que es una invitación a la contraparte a que pruebe su afirmación. Lo contrario implicaría además el reconocimiento de un derecho a hacer afirmaciones conscientemente falsas, pero esto no implica que no vaya dirigida a engañar al juez²¹⁰.

La conducta engañosa tiene que inducir a error al juez²¹¹. En este punto hay que seguir a Antón Oneca que diferencia los casos: “Parece

²⁰⁵ CEREZO MIR, ob. cit., p. 119.

²⁰⁶ FRANK y PAL, cit. por CEREZO MIR, p. 120.

²⁰⁷ Entre ellos Frank. La crítica se puede extender en este aspecto a Núñez, en nuestro país. CEREZO MIR, p. 121.

²⁰⁸ CEREZO MIR, p. 121.

²⁰⁹ Íd., p. 124.

²¹⁰ Íd., p. 125.

²¹¹ ROMERO, ps. 242, 243.

indiscutible la afirmativa cuando el juez ha sido determinado a error por las pruebas falsas e injustas de las acciones de una parte, y dudoso por lo menos el caso en que el juez ha podido tener otras pruebas porque entonces la causa del perjuicio es el haber obrado el juez contra el deber. En el proceso de rebeldía y confesión de parte, el tribunal no se forma ninguna idea sobre la verdad de lo propuesto y no puede errar sobre los hechos”²¹².

La consecuencia de ese error debe llevar al juez a un acto de disposición. En este punto es donde la controversia es mayor. Ya Hamm y Grünhut habían sostenido que esto era inadmisibles, ya que no se podía equiparar un acto de disposición con una sentencia, habida cuenta de que los actos judiciales no son actos de voluntad y, por ende, no son actos de disposición sobre el patrimonio (Hamm) y, por otra parte, que entre el engañado y el perjudicado debe haber una relación de representación, que no se da entre el juez y la parte. Las sentencias no serían un acto de disposición sobre el patrimonio de las partes, ya que el juez sólo representa la voluntad del Estado, pero no la de la parte²¹³ (Grünhut)²¹⁴. También Grünhut había sostenido que la figura delictiva de la estafa no era el medio adecuado para sancionar los abusos de las instituciones jurisdiccionales del Estado. Para eso ya existían otras figuras, dentro de la falsificación de documentos, y hasta podían crearse otros tipos penales nuevos, pero siempre teniendo la fe pública y la administración de justicia como bienes jurídicos básicos. Por otra parte, Quintano Ripollés había sostenido que no es posible la estafa procesal en base a tres argumentos: que el juez no puede ser engañado; que quien se somete a juicio no actúa contra la ley, y que el juez no ejecuta actos dispositivos sobre el patrimonio ajeno²¹⁵. En este orden de ideas, en la doctrina nacional, Tozzini ha tomado esta vía argumentativa, sosteniendo una posición radicalmente contraria a la posibilidad de la estafa procesal²¹⁶, complementando un trabajo anterior, en el que el autor, si bien defendía la posibilidad de esta figura,

²¹² ANTÓN ONECA, ob. cit., ps. 97 y ss.

²¹³ CEREZO MIR, ob. cit., p. 113.

²¹⁴ Íd., p. 128.

²¹⁵ ROMERO, ps. 242, 243.

²¹⁶ TOZZINI, Carlos A., *¿Existe el delito de estafa procesal?*, en supl. de Jurisprudencia Penal, L. L. del 30-10-2000, ps. 3/9.

y se hacía cargo de los problemas, llegaba a la conclusión de que era necesario un tipo penal especial²¹⁷. Según Tozzini, el intento de engañar al juez demostraría que se está atentando directamente contra la correcta administración de justicia. En segundo lugar para Tozzini son muy difíciles los intentos de engaño al juez, ya que las leyes procesales le otorgan tanto la obligación de poner en conocimiento los elementos probatorios como la facultad de investigar de oficio los hechos y la prueba aportada (arts. 36, 638-650, Cód. Proc.). En tercer lugar, según Tozzini, se estaría violando el principio de legalidad, ya que es un comportamiento no previsto en una norma incriminadora expresa, y que al aplicarse se está haciendo una interpretación extensiva, ya que la estafa deja de ser un delito de perjuicio, para transformarse en un delito de riesgo potencial.

Acudiendo a autores italianos (Vasalli, Ferrajoli y De Marcico) llega a la conclusión de que no está incluido en la ley, el fraude procesal. El argumento básico es que la entrega forzada que realiza el juez nada tiene que ver con la entrega voluntaria que efectúa el damnificado en el delito de estafa que, como ya habíamos dicho, se trata de un delito de autolesión. Por ende, se estaría haciendo una analogía del tipo penal de estafa, en la estafa procesal.

La respuesta que se ha dado a estos argumentos, especialmente a los de los actos de disposición, es en principio que el acto de disposición, en la estafa, no debe ser interpretado en sentido estricto, es decir en el sentido del Derecho Privado²¹⁸.

Además, el acto de disposición llevado a cabo por el juez, en este caso la sentencia, tiene que derivar en un perjuicio patrimonial, que sólo sería el caso de la ejecución de la sentencia, lo que ha llevado a decir a Manzini que sólo se daría el caso de estafa cuando el obligado la cumpliera voluntariamente; en cambio, cuando fuera coaccionado, faltaría la voluntad engañada que requiere la estafa²¹⁹. Esto ha merecido la respuesta de Cerezo Mir: “Este criterio –afirma– me parece insostenible, pues el acto de disposición propio de la estafa es la sentencia

²¹⁷ TOZZINI, *La calidad de autor en la estafa procesal*, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 135-139.

²¹⁸ CERZO MIR, *ob. cit.*, p. 129.

²¹⁹ MANZINI, *cit. por CERZO MIR*, p. 130.

judicial y es el disponente, el juez, el que ha de ser engañado. No es necesario también que se engañe al perjudicado. Es en el disponente, es decir, en el juez, donde debe darse necesariamente la voluntad engañada característica de la estafa”²²⁰.

Creemos haber dado todos los argumentos principales sobre el punto, y no hay duda de que la cuestión sigue siendo discutida. Sin embargo, los argumentos de la estafa en triángulo parecen ser de aplicación al tema, ya que los críticos no alcanzan a ver que hay dos personas distintas y que el juez es el engañado. Lo que puede discutirse es cuál es el grado y la posibilidad de engaño del juez, y si la falta de diligencia de éste, no lleva a que se rompa la relación necesaria entre el fraude y el error, pero éste será un problema de solucionar en el caso, y no de dogmática penal.

Aceptada la posibilidad de la estafa procesal, por lo menos desde una perspectiva dogmática, el nuevo problema que se presenta es si es posible la estafa procesal en los casos en que quien realice el ardid no lo sea el demandante, sino el demandado.

En el primer trabajo de Tozzini sobre este tema, el que hay que tener como marco de situación por la profundidad del tratamiento, además de la bibliografía aportada, afirma: “En cambio, considerada la cuestión desde el ángulo de la mira de un deudor demandado por el no pago de una deuda preexistente, quien aporta una prueba documental falsa para acreditar, por ejemplo, su cancelación, no cabe duda de que tal comportamiento, si bien podría decirse que el demandado intentó con dolo una acción de engañar y producir, en este caso en el magistrado un error, carece en cambio de todos los demás requisitos que expusimos como necesarios para la comisión del delito de estafa, siquiera tentada, como lo es, fundamentalmente, el que medie entre el ardid, el error y esa disposición patrimonial de la víctima, un nexo causal directo o inmediato, de modo de que esa disposición inicial sea el producto del fraude doloso y del error, cuando en este caso la deuda primigenia, como dijimos, no sólo será preexistente y originada, no con una finalidad delictuosa, sino en una contratación civil o comercialmente lícita, aunque posteriormente incumplida, sino que tam-

²²⁰ CEREZO MIR, p. 130.

poco el acreedor, así supuestamente defraudado en juicio, puede efectuar una disposición patrimonial voluntaria debida al fraude”²²¹.

Con estos elementos, y no hay más en la doctrina nacional, se puede analizar la jurisprudencia, en los pocos fallos sobre el tema. Se ha sostenido que la presentación de documentación privada adulterada debe calificarse como estafa procesal, en concurso ideal con uso de documento privado adulterado, ya que el encausado tenía pleno conocimiento de la falsedad del recibo, y como el demandado tenía conocimiento de ello lo presentó para hacer entrar en error al juez civil (sala V, 19-10-94, “Sánchez, Gonzalo”, sent. 32.714)²²². Como hace notar Maiza, en contra de esta posición se encuentra la Cámara Nacional Criminal, sala I (30-7-93, “Arrocha, María”, y 23-11-93, “Codén, Luis”)²²³. La esencia de estos fallos consiste en que en ellos se hace notar que el perjuicio, esto es, la deuda impaga, ya existía, de modo que no hay nexo causal posible entre el daño y el error producido por la presentación de la documentación falsa.

XI. El perjuicio patrimonial

La disposición patrimonial del engañado debe influir en el propio patrimonio o en uno ajeno y a través de ello causar un daño o una disminución de ese patrimonio²²⁴. De modo que, para que el delito se perfeccione, el acto de disposición, provocado por el fraude-error, debe generar inevitablemente un perjuicio patrimonial en el propio sujeto engañado o en un tercero.

El perjuicio en un tercero sólo se va a dar cuando entre el sujeto que dispone (engañado) y el perjudicado exista una relación especial, en virtud de la cual el primero está legitimado a realizar actos que repercutan en el patrimonio del segundo. Se incluyen las situaciones de carácter contractual (mandatario, administrador, depositario, etc.),

²²¹ TOZZINI, *La calidad de autor...* cit., ps. 139/40.

²²² Todos los fallos que se citan se encuentran en: *Revista de Derecho Penal*, N° 2000-1, *Estafa y otras defraudaciones I*, ps. 335 y ss., en el trabajo de Cecilia Maiza; el acá citado obra en ps. 378/9.

²²³ Los datos de los fallos en MAIZA, ob. cit., p. 379.

²²⁴ TIEDEMANN, ob. cit., p. 159.

legal (representante legal o el juez en el caso de la estafa procesal)²²⁵ o de hecho (servidores de la posesión, como parientes próximos, dependientes, etc.), esto es, la llamada estafa en triángulo. Pero, de no existir dicha legitimación no habrá estafa sino un caso de inducción o autoría mediata de otro delito, tal como se ha venido explicando²²⁶.

Es importante aclarar que la víctima del delito (sujeto pasivo) siempre es quien sufre el perjuicio al bien jurídico, aunque no coincida con la persona del engañado. El engañado aparece exclusivamente como sujeto pasivo de la acción, pero no necesariamente como sujeto pasivo del delito²²⁷.

De acuerdo a lo que vimos al analizar el bien jurídico (criterio mixto), se entiende por patrimonio al conjunto de bienes o derechos con valor económico, que gozan de protección jurídica, y que no se hallan en contradicción con el sistema de valores fundamentales de la Constitución y del orden jurídico en general. De modo que el perjuicio puede recaer sobre todo tipo de cosas, bienes y créditos; derechos reales, personales e intelectuales; sobre la posesión, la tenencia e incluso sobre las expectativas (ganancias futuras)²²⁸.

Por ello, el perjuicio es una disminución del valor económico del patrimonio del sujeto pasivo, consecuencia de un ataque fraudulento a uno o varios elementos que lo integran. Para determinarlo, se debe comparar la situación patrimonial de la víctima antes y después del acto de disposición determinado por el error. Sin embargo, únicamente

²²⁵ El delito de estafa procesal puede incluirse perfectamente en la fórmula genérica de nuestro art. 172. Sobre la estafa procesal, véase ampliamente CEREZO MIR, José, *La estafa procesal*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2000-1 cit., ps. 111 y ss.

²²⁶ Así, en el caso del hijo o criado al que con engaño de un mayor beneficio se induce a sustraer una cosa del padre o principal para entregarla al sujeto activo, o del depositario, al que con engaño se induce a disponer de la cosa depositada en beneficio del agente del fraude, se debe apreciar inducción en el delito de hurto o apropiación indebida (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 87). Un análisis de las distintas posiciones puede verse en VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., ps. 219 y ss.

²²⁷ BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal* cit., p. 286.

²²⁸ TIEDEMANN, ob. cit., p. 162; ZIESCHANG, ob. cit., ps. 11 y ss.

deben considerarse los perjuicios causados directamente por el acto del engañado, sin tomar en cuenta los efectos que se puedan producir en forma “mediata”²²⁹.

No puede hablarse aún de perjuicio en los casos en que la conducta del sujeto engañado se traduce únicamente en un “peligro” para el patrimonio, pues no estamos en presencia de un delito de peligro, aun concreto, sino de resultado²³⁰. Por ello, en los supuestos de obtención o suscripción bajo engaño de documentos, salvo que la sola entrega o firma ya implique por sí misma una pérdida patrimonial, el delito no se considera consumado hasta que el documento no se haga efectivo²³¹.

Obviamente, la posterior reparación del perjuicio, como sería la restitución de la cosa, resulta irrelevante y no excluye el delito, produciendo efectos únicamente en el ámbito de la responsabilidad civil²³².

Dentro del problema del perjuicio patrimonial, corresponde hacer algunas aclaraciones, a los efectos de concretar este punto.

1. *La valoración subjetiva*

Una primera cuestión se presenta cuando efectivamente el acto de disposición se realiza como consecuencia del engaño pero, sin em-

²²⁹ VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., ps. 230 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal* cit., p. 287.

²³⁰ Véase ROMERO, *Delito de estafa* cit., ps. 325 y ss.; también VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 244. En palabras de Núñez, “la estafa es un delito de *daño efectivo*, y no de peligro de daño. Exige una disposición privativa de una propiedad, y no sólo una disposición que pueda producir esa privación” (ob. cit., p. 288).

²³¹ Véase ampliamente SOLER, *Derecho Penal...* cit., p. 371: “El que obtiene fraudulentamente un documento en el cual conste el crédito del engañado contra un tercero, sin duda que ha cometido estafa, porque la víctima tenía no sólo la propiedad del crédito, sino también la de la prueba y de ambas cosas ha sido despojado. En cambio, la fraudulenta obtención de una promesa de pago (un pagaré) no consuma en sí misma la estafa, toda vez que para la *efectiva* producción del perjuicio sea necesario inducir en error a alguien mediante ese documento, que no es nada más que un falso medio de prueba. La maniobra puede presentarse allí desdoblada; pero mientras no se produzca la *prestación* (no solamente la involuntaria *promesa* de hacerla) no está consumado el perjuicio”.

²³² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 89.

bargo, la víctima recibe una contraprestación que económicamente resulta satisfactoria. Por ejemplo, supongamos que el sujeto engañado compra un collar creyendo que las joyas son originales, o una obra de arte pensando que se halla firmada por un artista conocido, pero en realidad está pagando el precio justo de mercado para la clase de producto que efectivamente adquiere. Hemos visto que la estafa constituye un delito contra el patrimonio, de modo que lo resguardado por el tipo penal no es la “lealtad comercial” o la “buena fe en los negocios”, sino el patrimonio del engañado.

Sin embargo, debe observarse que el valor de las cosas no es igual para todos, de manera que, en parte, el criterio subjetivo debe ser tenido en cuenta, aunque con las limitaciones que se verán, porque, en el fondo, lo que se tiene en cuenta es el valor de mercado de la cosa²³³.

Desde este punto de vista, parecería que en los casos analizados, donde la contraprestación resulta económicamente equivalente, no podría afirmarse la existencia de “perjuicio patrimonial” y, por lo tanto, correspondería excluir el delito de estafa²³⁴.

Sin embargo, a esa conclusión se llegaría sosteniendo un concepto puramente “económico” de patrimonio. Por el contrario, partiendo —como se hace en el texto— de un concepto mixto (económico-jurídico) la solución necesariamente debe ser distinta. Pensamos que el perjuicio patrimonial no debe constatarse recurriendo únicamente a criterios “pecuniarios”, sino que también debe atenderse a las necesidades y fines pretendidos por el engañado. Está claro que, de haber sabido las verdaderas cualidades de la cosa, la víctima no la hubiese adquirido.

Como bien señala Conde-Pumpido Ferreiro, “se debe tomar en cuenta la finalidad patrimonial buscada por el titular, que si se ve

²³³ TIEDEMANN, ob. cit., p. 191.

²³⁴ Así VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 248 y —entre nosotros— NÚÑEZ, *Derecho Penal...* cit., p. 290. El mismo punto de vista, BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal* cit., p. 286, con el siguiente ejemplo: no hay delito de estafa, por inexistencia de perjuicio, si se vende un cuadro de Zurbarán afirmando ser de Murillo cuando se vende al precio justo de mercado. También González Rus con ejemplos similares: alguien pide un ordenador válido para operaciones de gestión y, con engaño, se le da uno inadecuado para ello, pero útil para otras funciones; recibe un traje de igual calidad a la pretendida pero de distinto color, o se entrega el dinero equivalente (*Curso...* cit., p. 670).

frustrada, producirá perjuicio”. Es decir, “desde el punto de vista objetivo-individual, quien recibe una cosa que no reúne las condiciones prometidas y que son la causa de la realización del negocio jurídico, sufre un perjuicio, independientemente de que el valor de aquélla pueda ser equivalente”²³⁵.

Pero obviamente este criterio no debe llevarnos al extremo de incluir en el perjuicio patrimonial los simples valores “afectivos”. En el ejemplo de Muñoz Conde, “si alguien vende sus cuadros a menor precio, porque el comprador le dice que es para una institución benéfica o para un personaje público importante, cuando en realidad es para él mismo, el pintor puede considerarse estafado subjetivamente, pero no habrá estafa si, a pesar de la rebaja, el importe pagado entra dentro de lo que razonablemente puede entenderse como un precio justo o correcto”²³⁶.

El problema está, como ha hecho observar Tiedemann, cuando el autor ha pensado que su cosa vale más que lo que fija el mercado y debido al fraude no lo ha conseguido²³⁷.

En nuestro Código, un ejemplo evidente de la importancia de las “utilidades” o “fines” procurados por el adquirente del bien, a los efectos de la determinación del perjuicio, puede verse en el artículo 173, inciso 1º, donde se castiga al que “defraudare a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio”.

2. *Debe considerarse perjuicio patrimonial la pérdida de expectativas o ganancias futuras*

Como adelantamos al tratar el problema del bien jurídico, a partir de una concepción mixta de patrimonio, no existe inconveniente en incluir a las expectativas en el perjuicio patrimonial exigido por el tipo²³⁸. Pensamos que las expectativas integran el patrimonio, y, por

²³⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 94, recordando la conocida sentencia de “La colza”, del Tribunal Supremo español, 22-4-92. A favor de esta solución y partiendo como vimos de un concepto “personal” de patrimonio, ROMERO, *Delito de estafa* cit., ps. 316 y ss.

²³⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...* cit., p. 367.

²³⁷ TIEDEMANN, *ob. cit.*, p. 192.

²³⁸ En contra González Rus, quien señala que no hay perjuicio cuando se ven

lo tanto, pueden ser objeto del delito, siempre que se den dos condiciones. La primera es que deben tener su origen en una situación jurídica reconocida, como pueden ser las ganancias derivadas de una actividad comercial o, incluso, la clientela²³⁹. También obviamente los ingresos que deriven del ejercicio de acciones judiciales como indemnizaciones, ejecución de créditos, etcétera. Y la segunda, que deben gozar de cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación, de modo que no pueden incluirse las meras esperanzas o proyectos cuyos resultados no pueden afirmarse con un mínimo de seguridad. En palabras de Conde-Pumpido Ferreiro, se debe diferenciar las “esperanzas” y las “expectativas”. Si el beneficio esperado depende de algún alea incierta, como la herencia futura o las ganancias del juego, no cabe valorar su ausencia como perjuicio. Pero si se trata de expectativas ciertas, en las que lo único aleatorio es el cuándo o momento de su producción, la defraudación que afecte a esas expectativas originará un perjuicio e integrará una estafa²⁴⁰.

3. Bienes obtenidos ilícitamente

La cuestión es determinar si el delito de estafa puede recaer sobre bienes que hayan sido adquiridos ilícitamente por la víctima. En otras palabras, ¿existe estafa si mediante engaño se despoja al ladrón de la cosa robada?

No parece correcto entender –como algunos piensan– que en estos

frustradas simples expectativas económicas del sujeto respecto de bienes que nunca formaron parte de su patrimonio; lo que no debe confundirse con los derechos de crédito efectivamente surgidos (*Curso...* cit., p. 672).

²³⁹ Como afirman Bajo Fernández y Pérez Manzano, se deben incluir “los lucros o ganancias correspondientes a la entrega de una cosa o prestación de algún servicio”, pues “si tales lucros se frustran se produce un perjuicio al desaparecer tal valor económico del patrimonio”. Según los autores, debe tenerse en cuenta que “entregada la cosa por el comerciante o prestado el servicio por el profesional se anota el importe contablemente en una partida de *deudores* en el activo, y al cancelar la anotación con cargo a pérdidas y ganancias a consecuencia del impago se produce la disminución patrimonial” (ob. cit., p. 287). También Romero expresa que la clientela sólida y estable de un comerciante o profesional tiene un valor en el mercado, y por tanto, su sustracción con engaño puede constituir delito de estafa (ob. cit., p. 351). En sentido similar BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho Penal*, p. 194.

²⁴⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 94.

casos el objeto sigue perteneciendo al propietario original, en el sentido de que sólo éste podría considerarse sujeto pasivo del delito²⁴¹. El patrimonio del titular legítimo de la cosa no sufre un nuevo detrimento, ya que fue despojado con anterioridad por el ladrón, con lo cual, el perjuicio en ese caso pasaría a ser una mera ficción²⁴².

Conforme a la concepción mixta de patrimonio, se deben incluir en él a todas las cosas, bienes y derechos con valor económico que sean reconocidos por el Derecho. En principio, y aun abandonando una concepción puramente económica, podría pensarse que el tenedor que adquirió el bien ilícitamente goza de protección, pues su tenencia precaria es amparada por el ordenamiento jurídico, desde que sólo puede ser privado de ella mediante procedimientos lícitos²⁴³.

Sin embargo, hemos visto que el contenido que se le asigne al bien jurídico no puede estar en pugna con los valores fundamentales emanados de la Constitución y del orden jurídico general, lo que evidentemente ocurriría de reconocerse la protección —a través del tipo de estafa— a las cosas obtenidas ilícitamente²⁴⁴.

Como afirma Zieschang, “allí, donde de acuerdo a las decisiones valorativas fundamentales de la Constitución no pueden ampararse más a los bienes que a una persona, el Derecho Penal no debe cerrar de cierto modo los ojos y afirmar contrariamente a ello, el presupuesto típico del daño patrimonial”²⁴⁵. Es decir, “para la estafa es irrelevante

²⁴¹ Este punto de vista sostiene HUERTA TOCILDO, *Protección penal del patrimonio inmobiliario* cit., p. 38.

²⁴² Véase VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 252. Como afirman Bajo Fernández y Pérez Manzano, “es difícil sostener que el sujeto pasivo en estos casos sea el propietario original, ya que no resulta perjudicado, al menos tal y como se entiende el perjuicio en el delito de estafa”. Según estos autores, “el delito de estafa que aquí se comete lo es contra el poseedor de la cosa en cuanto que ésta pertenecía a su patrimonio, y el perjuicio lo sufre exclusivamente éste y no otro” (*Derecho Penal* cit., p. 298).

²⁴³ Así entre otros, VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 253, y BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 297.

²⁴⁴ En sentido coincidente, BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho Penal* cit., p. 194; también Romero al considerar que según el concepto personal de patrimonio no puede considerarse que los bienes obtenidos ilícitamente formen parte del patrimonio, pues su titular no tiene respecto a ellos relaciones de dominio reconocidas por el orden jurídico y, por consiguiente, tampoco tienen valor en el mercado (ob. cit., ps. 284 y ss.).

²⁴⁵ Zieschang (*La protección de la propiedad a través del delito de estafa*, p.

si el engañador se ha hecho punible y de qué gravedad es el hecho que ha cometido; determinante es solamente si existen bienes implicados que le correspondan a una persona, sin contradicción al orden de valores establecidos en la Constitución”²⁴⁶.

Por otra parte, sostener la existencia de estafa para las cosas poseídas ilícitamente llevaría al absurdo de tener que admitir también el delito en contra del propio titular que, mediante engaño, recuperara el bien que anteriormente le había sido sustraído.

4. *Negocios con causa ilícita*

Parte de la doctrina considera que el Estado no debe prestar su tutela a quienes actúan con fines ilícitos, ya que ello significaría cambiar el sentido de la sanción penal. Desde este punto de vista, cuando el engaño se comete en el marco de un negocio ilícito no podría afirmarse la existencia de una estafa²⁴⁷.

En contra del reconocimiento de estafa suelen darse dos argumentos diferentes:

1. Por un lado, cuando el negocio celebrado entre el autor y la víctima tiene causa ilícita, se dice que no podría existir ningún perjuicio, pues según la ley los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno, con lo cual no tienen un derecho jurídicamente reconocido a la contraprestación.
2. Desde otro punto de vista, se entiende que si el sujeto pasivo conoce la ilicitud del acto, en cierta forma realiza su contraprestación “a riesgo” porque sabe que nada podrá reclamarle jurídicamente a la otra parte²⁴⁸.

21) cita un caso del Tribunal Supremo Federal alemán, del 25-11-51: un empleado hurtó un torno de su empleador y lo entregó a un conocido, para que lo guardara. Ambos acordaron que el guardián lo vendiese y le entregase al ladrón la mitad de lo producido con la venta. El guardián no restituyó al ladrón la mitad del precio, sino una suma considerablemente menor.

²⁴⁶ ZIESCHANG, ob. cit., p. 23.

²⁴⁷ Así Antón Oneca (cit., p. 22), citando los famosos ejemplos de la hechicera que vende una bebida inocua como veneno para cometer un crimen, o quien para obtener la recompensa afirma en falso haber matado al enemigo.

²⁴⁸ En contra de esto señala Valle Muñiz que “...el sujeto engañado en el seno de un negocio con causa ilícita, a lo sumo puede ser consciente del mayor o menor

En el extremo opuesto, quienes aceptan la punición de esta clase de engaños alegan que los códigos castigan expresamente ciertas formas de estafa cometidas a través de la propuesta de un acto ilícito, como nuestro artículo 173, inciso 10, donde se reprime al que “defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos”²⁴⁹.

De acuerdo a lo visto al analizar el bien jurídico, para resolver la cuestión, lo importante es determinar si el objeto sobre el cual recae la estafa –es decir el bien defraudado– puede o no reputarse incorporado al patrimonio del sujeto pasivo “sin contradicción con los valores fundamentales de la Constitución y del sistema jurídico en general”²⁵⁰.

Ello nos obliga a diferenciar dos situaciones:

1. Si el objeto de la disposición patrimonial se halla reconocido y amparado jurídicamente, existe estafa, aunque la víctima haya obrado también con la finalidad de realizar una conducta ilícita²⁵¹. Sin perjuicio de ello, es importante señalar que la eventual estafa no excluye, en absoluto, la responsabilidad del engañado en el hecho ilícito que quería perpetrar, aunque, claro está, únicamente como autor de tentativa inidónea, pues a pesar de su dolo, la acción bajo ninguna circunstancia puede conducir a la consumación del delito²⁵².

Se deben apreciar como estafa los casos en que, por ejemplo, el autor se hace pasar fraudulentamente por un funcionario público y

riesgo que corre su patrimonio (dada la naturaleza del vínculo), pero nunca –si se afirman el resto de elementos típicos– del efectivo perjuicio económico que engendra su acto dispositivo” (ob. cit., p. 253).

²⁴⁹ Ver, entre otros, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 91; BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal* cit., p. 296, y VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 253.

²⁵⁰ ZIESCHANG, ob. cit., ps. 11 y ss.

²⁵¹ Desde la concepción personal de patrimonio Romero admite la estafa en los negocios con causa ilícita ejemplificando de la siguiente manera: “En el caso del falso suministro de medios abortivos, si bien el contrato sería nulo y la víctima carecería de acción civil de reparación, habría perjuicio –y por consiguiente, estafa– en la medida que el sujeto pasivo ha dado buen dinero para una cosa que (objetivamente) vale menos. De este modo, se lesiona la persona en su ámbito económico individual de acción que surge de sus fines personales en cuanto a todo lo que tiene” (ob. cit., p. 324).

²⁵² Véase DONNA, *La tentativa* cit., p. 85.

reclama un pago “indebido”, aunque la víctima deba responder también por el eventual delito de cohecho en grado de tentativa inidónea²⁵³.

Lo mismo ocurre cuando se entrega dinero con otros fines ilícitos o inmorales y el receptor se había predeterminado a no cumplir lo convenido. Zieschang cita el caso de que “alguien le da dinero a otro para que este último mate a un tercero, en donde el asesino contratado no realiza la prestación prometida correspondiente al plan previo, luego de la recepción del dinero”²⁵⁴.

Muy ilustrativa resulta la vieja sentencia del Tribunal Supremo español, donde se condenó al médico que, aceptando practicar un aborto, tras el examen realizado a la mujer, ya anestesiada, descubrió que aquél era innecesario, por ser inexistente el supuesto embarazo, pese a lo cual cobró el precio fingiendo haber llevado a cabo el acto abortivo²⁵⁵.

2. Por el contrario, cuando el objeto estafado o la prestación realizada por la víctima no se encuentra en sí misma reconocida, ni amparada por el ordenamiento jurídico, no puede afirmarse la estafa, pues ello implicaría una clara contradicción con el sistema de valores fundamentales de la Constitución y del orden jurídico en general.

En consecuencia, no existe delito de estafa cuando, mediante ardid o engaño, el autor recibe algún servicio ilícito, con ánimo previo de no cumplir su contraprestación. Como afirman Bajo Fernández y Pérez Manzano, si de la prestación del servicio no nace ninguna pretensión jurídicamente fundamentada “debe descartarse el delito por inexistencia de perjuicio”²⁵⁶.

Zieschang alude al siguiente ejemplo: “El asesino contratado mata, a raíz del acuerdo, a la persona, pero el mandante deniega, como había previsto con anterioridad, el pago. ¿Es en este caso el mandante punible

²⁵³ Como afirma Muñoz Conde, “ello es una buena prueba de la propia autonomía del Derecho Penal que no puede dejar de sancionar a un estafador porque el medio de que se valga sea la realización con otro de un negocio ilícito” (ob. cit., p. 368).

²⁵⁴ ZIESCHANG, *La protección de la propiedad a través del delito de estafa* cit., p. 26.

²⁵⁵ Tribunal Supremo español, sent. del 29-4-61, cit. en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 93.

²⁵⁶ BAJO FERNÁNDEZ; PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 298.

por estafa? Una eventual acción del asesino por el contrato no cae dentro del patrimonio protegido en el sentido del parágrafo 263 StGB, ya que la relación de esa pretensión con el patrimonio se encuentra en contradicción con el orden valorativo corporeizado en la Constitución²⁵⁷.

La misma solución adopta la doctrina española en el caso en que el autor acepta fraudulentamente los servicios de una prostituta, sabiendo “de antemano” que no abonará el precio correspondiente, pues la prestación realizada por la víctima (servicios de prostitución) no puede incluirse en el concepto de patrimonio, sin lesionar los valores fundamentales de la Constitución y del sistema jurídico²⁵⁸. Sin embargo esta solución puede discutirse, ya que la prostitución como tal no está prohibida en el Derecho argentino, y sólo tienen sanción otras actividades en relación a ella.

XII. Tipo subjetivo

Sin lugar a dudas el tipo penal de estafa es doloso. La causación imprudente de un perjuicio al patrimonio ajeno puede encontrar adecuada respuesta en el ámbito del Derecho Civil, quedando obviamente fuera del alcance del tipo penal²⁵⁹.

Partiendo de un concepto de dolo, como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, en el caso de la estafa se exige que el autor “conozca” y tenga la “voluntad” de engañar y ocasionar un perjuicio patrimonial, obrando además con una motivación especial, que es el ánimo de lucro.

²⁵⁷ ZIESCHANG, ob. cit., p. 28.

²⁵⁸ Distinta es la situación inversa, es decir, debe afirmarse la estafa cuando la prostituta fraudulentamente cobra el precio sabiendo que no va a brindar el servicio, aunque obviamente no debe tratarse de un mero incumplimiento contractual sino que deben darse el resto de requisitos típicos (véase BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANSANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 298, y ROMERO, ob. cit., p. 325).

²⁵⁹ El dolo debe ser probado en cada caso, pero como fenómeno subjetivo no hay otra alternativa que recurrir a “indicadores objetivos”, lo que en modo alguno implica una presunción que resultaría inadmisibles conforme al principio de culpabilidad (véase el comentario de VON MARTINI, Caroli Antoni, *Una peligrosa suposición del dolo en el delito de estafa*, Doctrina Penal, Buenos Aires, p. 219).

Con respecto al elemento cognoscitivo, entran en juego aquí todos los posibles casos de error sobre el tipo que, al excluir el dolo, eliminan la tipicidad de la conducta dando lugar a la impunidad del autor. Por ello, si el sujeto creyó erróneamente en la veracidad de sus afirmaciones (por ej., cree que el collar de perlas que vende es verídico y en realidad es sólo una vulgar falsificación), la conducta debe quedar impune, ya se trate de un supuesto de error vencible o invencible, pues la ley no ha previsto la forma culposa.

Pero en lo que se refiere al tipo subjetivo es necesario formular dos aclaraciones importantes:

1. El delito exige el dolo directo y no admite el eventual. La estructura del tipo es marcadamente intencional, el agente es consciente y quiere engañar por medio de manifestaciones falsas, representándose el resultado de su conducta, y obrando con la finalidad especial de obtener un lucro indebido.

Si bien en el dolo eventual el autor también se decide contra el bien jurídico protegido por el tipo, esto parece incompatible con la idea misma de la defraudación, que exige el despliegue de un ardid o engaño destinado a perjudicar a la víctima y al logro de una ventaja patrimonial²⁶⁰. Coincidimos con Valle Muñiz en que "...la admisión del dolo eventual, sólo puede servir para incriminar a título de estafa ilícitos civiles en los que falte la voluntad de ocasionar un perjuicio patrimonial. Cuando menos, se reconocerá el peligro de que así suceda. No parece que la protección civil de la libre formación de la voluntad contractual, necesite la ayuda de instituciones penales que, como el dolo eventual, siembran la intervención penal de, en el mejor de los casos, incertidumbre"²⁶¹.

2. Si bien nuestro Código no lo impone expresamente, el verbo "defraudar" supone la existencia de una motivación especial en el

²⁶⁰ En palabras de Conde-Pumpido Ferreiro, la admisión de dolo eventual es incompatible con la exigencia de ánimo de lucro, pues éste sólo es real cuando el sujeto es realmente consciente de su actitud engañosa y pretende obtener un enriquecimiento injustificado (ob. cit., p. 98). Como señala González Rus, "el paralelismo entre la estafa y la inducción corrobora el criterio, haciendo que el engaño haya de ser directo, lo que excluye el dolo eventual" (ob. cit., p. 672).

²⁶¹ VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa* cit., p. 273.

autor. Además del dolo es necesario que el sujeto obre con la intención de obtener un beneficio patrimonial, de modo que no alcanza con el conocimiento y la voluntad de causar un perjuicio, sino que además se debe obrar con el propósito de obtener una ventaja patrimonial.

Este elemento subjetivo no debe ser interpretado restrictivamente, sino que corresponde comprender cualquier clase de ventaja patrimonial, tenga o no fines económicos. Por ello se debe apreciar estafa en los casos en que el autor únicamente desea obtener la cosa para destruirla y perjudicar de esa manera a su titular. Como señala Conde-Pumpido Ferreiro, “aunque por su relación con el perjuicio, la ventaja del autor ha de tener un trasfondo patrimonial, no es preciso para admitir la existencia de ánimo de lucro como se dijo, que éste se centre exclusivamente en el valor económico de la cosa, ya que el lucro se utiliza en estos delitos con un sentido jurídico equivalente a cualquier clase de utilidad o ventaja, sea o no económica”²⁶².

Es importante aclarar que estamos en presencia de un delito de “resultado cortado” o “consumación anticipada” Para que el tipo se perfeccione no es necesario que el beneficio buscado por el autor se logre, sino que es suficiente con la causación del perjuicio patrimonial en la víctima²⁶³.

XIII. Consumación y tentativa

La estafa es un delito contra el patrimonio, por lo tanto, la consumación recién se produce con el efectivo perjuicio patrimonial sufrido por la víctima, ocasionado con el acto de disposición²⁶⁴. No obstante, es importante formular algunas precisiones:

1. Para que el delito se consume, como vimos, no es preciso que el autor obtenga el beneficio económico pretendido.
2. Tampoco es suficiente con la causación de un mero peligro para

²⁶² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas* cit., p. 99.

²⁶³ Véase DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. II, p. 81.

²⁶⁴ Así y conforme a la opinión mayoritaria de nuestra doctrina, entre otros, SOLER, *Derecho Penal*, p. 376; NÚÑEZ, *Derecho Penal*, p. 313; ROJAS PELLERANO, *El delito de estafa*, p. 331; FINZI, *La estafa*, p. 93; CREUS, *Derecho Penal*, p. 472.

- el patrimonio, como sería si únicamente se obtuviera de la víctima una promesa u obligación de llevar a cabo la prestación.
3. La tentativa se inicia con la ejecución de la conducta engañosa, pero es imprescindible que el ardid o engaño cumplan con todos los requisitos de idoneidad analizados. Por ello, si la acción no llega a vulnerar los “usos y costumbres sociales vigentes en el tráfico”, no es posible afirmar siquiera la tentativa, pues no puede decirse que haya habido un comienzo de la ejecución del delito²⁶⁵.
 4. Obviamente la sola preparación de los instrumentos del engaño (por ej., falsificación del documento) constituyen meros actos preparatorios impunes como estafa, salvo la falsificación, sin perjuicio de su adecuación a otro tipo penal.

ANÁLISIS DE LOS CASOS DEL ARTÍCULO 173

Comienza el artículo 173: “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece”.

I. Análisis general

El Código Penal prescribe en el artículo 173 tipos especiales de defraudación, que contienen tanto tipos de estafa, conductas que mantienen los elementos típicos de la estafa con algunos rasgos particulares y algunas otros tipos que son abusos de confianza o de situación, como ser, los incisos 2º, 7º, 11, 12 y 13.

Según Núñez, las acciones contenidas en el artículo referido están especializadas por el objeto de la estafa o por la forma particular del fraude²⁶⁶. Por su parte, Soler entiende que varias de las figuras son

²⁶⁵ Otra opinión sostiene Rojas Pellerano, quien considera que recién existe tentativa cuando “el autor logre el error a través del engaño y la víctima se decide a realizar la disposición patrimonial (punto mínimo) de la tentativa o puede prolongarse hasta que la convención se concrete y tenga sentido jurídico (punto máximo) sin la entrega efectiva (perjuicio)” (*El delito de estafa*, p. 337).

²⁶⁶ NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino. Parte especial* cit., t. V, p. 329.

dependientes del tipo general de estafa hasta aquí estudiado; varias de ellas inclusive no presentan irregularidad alguna y no constituyen más que verdaderos y propios ejemplos de estafa, cuya subsistencia en la ley como figuras expresas no tiene, a veces, más razón de ser que el de la tradición histórica²⁶⁷.

Ciertamente, si bien algunos de los casos previstos en el artículo 173, incisos 1º, 3º, 4º, 5º, 8º, 9º y 10, poseen elementos especiales, todos ellos conservan la estructura básica del delito de estafa, y pueden quedar comprendidas en aquél. Así lo demuestra la introducción al artículo mencionado que expresa: “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente...”

Por lo tanto, los supuestos del artículo 173, en los incisos mencionados, no hace sino especificar “unas veces ciertas modalidades de engaño que se consideran especialmente relevantes desde el punto de vista de la punición, pero que hubieran sido igualmente punibles aun sin haber sido expresamente resaltadas; otras, valorar la mayor gravedad del perjuicio. Ello impone un doble procedimiento a la hora de aplicar las referidas circunstancias, pues habrá que constatar, en primer lugar, que concurren todos los elementos del concepto de estafa y, después interesarse por la eventual estimación de alguna de las circunstancias de agravación reseñadas”²⁶⁸.

Por lo tanto, deben concurrir todos los elementos de la estafa, engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio económico, propio o de un tercero.

II. Defraudación en la substancia, calidad o cantidad de las cosas

Dice el artículo 173, inciso 1º: “El que defraudare a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio”.

1. *Antecedentes históricos*

Este delito viene, sin solución de continuidad, del proyecto Tejedor

²⁶⁷ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., p. 378.

²⁶⁸ GONZÁLEZ RUS, *La estafa* cit., t. II, p. 221.

(Parte II, Lib. I, Tít. VIII, 4, art. 2º), que lo tomó del Código peruano de 1862 (art. 346, inc. 1º) y del Código español de 1848 (art. 449)²⁶⁹.

En la nota correspondiente decía Tejedor: “Como ejemplo del primer caso a que se refiere este artículo puede citarse el restituir en lugar de un objeto de plata otro de platino; del segundo el que se comete entregando falto de peso lo que se debía entregar según éste, y del tercero, el que se comete entregando vino de jerez imitado, en lugar de vino de jerez real”²⁷⁰.

De los proyectos de reforma de aquel Código, mantienen esta figura delictiva el de Coll y Gómez, el de 1951 (mas en el enunciado del art. 245, inc. 4º, del proyecto de 1951 se indica que la fórmula del delito consiste en disimular y no en defraudar) y el de 1960.

Groizard, comentando el artículo 547 del Código español, que castigaba al que defraudare a otro en la substancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, expresaba que substancia es la naturaleza, la esencia, el modo de ser de la cosa, su calidad real²⁷¹. Y agregaba: “El que debiendo dar barras de plata, entrega barras de madera de pino, defrauda en la substancia de la cosa. También lo hace, el que de tal manera adultera los productos industriales, que les despoja de su virtud, haciéndolos ineficaces a los fines de su adquisición”²⁷².

Asimismo, la Comisión de 1891 citó como fuentes del artículo 208, inciso 1º, que preveía este tipo penal, además del Código de Tejedor y el Código español, los artículos 295 del Código italiano de 1890 y

²⁶⁹ MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes* cit., t. V, p. 198.

²⁷⁰ *Código de la Provincia de Buenos Aires*, 1884, p. 278; ZAFFARONI y ARNEDO, *Codificación penal argentina*, AZ, t. I, p. 278.

²⁷¹ Cabe destacar que el tipo penal en cuestión ha sido profundamente reformado en España, en junio de 1983, sancionándose actualmente, como forma agravada, en el art. 529 que castiga: “Al que alterare la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, vivienda u otros bienes de reconocida utilidad social”. Majo Fernández y Pérez Manzano (p. 310) expresan que la reforma cambió radicalmente la política criminal al respecto en relación con la versión anterior, en cuanto que el legislador actual considera más digna de represión la estafa en función del objeto, mientras que el legislador anterior atendía al sujeto activo (plateros, joyeros, traficantes). Sin perjuicio de ello, destacan que la conducta en análisis quedaría igualmente subsumida en el tipo penal de estafa genérica del art. 528 del Cód. Pen. español.

²⁷² MORENO, ob. cit., p. 199, citando el Cód. Pen. de España de 1870, t. VII, p. 106.

423 del Código francés –derogado por la ley del 1º de agosto de 1905²⁷³–. Soler señala que la escala penal en ambas legislaciones es muy reducida, si se la compara con la de estafa (hasta seis meses de prisión en Italia y un año en Francia, según ley de 1905), explicándose esta diferencia en que la entrega de cosas distintas por calidad o cantidad constituye un delito autónomo de fraude contra los intereses económicos de la sociedad o bien contra la fe pública comercial, lo cual determina que este delito no sea calificado entre las estafas y castigado gravemente como éstas, sino entre los delitos contra la fe pública²⁷⁴.

2. *Bien jurídico protegido*

El bien jurídico protegido por el tipo penal en cuestión, que es la estafa especificada, es la propiedad de quien se ve engañado en lo referente a la substancia, calidad o cantidad de lo que recibe. La cosa recibida, a cambio de la cual se dio una contraprestación, posee un valor pecuniario menor al que el autor estaba obligado a dar, perjudicándose así el patrimonio del ofendido.

La norma, como se ha dicho, tiene gran raigambre en el Derecho histórico español, que siempre se ha ocupado de ella. El problema es que la escasa cuantía de la mayor parte de las defraudaciones de esta clase y la tolerancia de los perjudicados han llevado a la poca persecución de estos delitos²⁷⁵.

3. *Tipo objetivo*

El inciso 1º del artículo 173 del Código Penal reprime al que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas, que le entregue en virtud de un contrato o título obligatorio.

a) *Acción típica*

La acción típica es la de engañar a la víctima en torno a la calidad o cantidad de las cosas que le son entregadas por el autor, induciéndola

²⁷³ Proyecto Piñeiro, Rivarola y Matienzo, concordancias al art. 203, inc. 1º, p. 356, en ZAFFARONI y ARNEO, *Codificación...* cit., t. 2, p. 628.

²⁷⁴ SOLER, ob. cit., p. 379.

²⁷⁵ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 223.

a error. La maniobra engañosa debe traducirse positivamente, falseando las características de las mismas.

La razón de la norma estriba en la importancia de los objetos a que se refiere y lo que aparece como una compensación incompleta, en el sentido de que el sujeto recibe algo de menor valor de lo que se le debía²⁷⁶.

Entregar es dar, poner en poder de otro que, a su vez, recibe lo que el autor le da²⁷⁷. Puede ser a título de dominio o a otro título, como el uso, usufructo o arrendamiento, que confiera el derecho a su uso y goce, pues también en este caso el defecto en la entrega perjudica el patrimonio del ofendido²⁷⁸.

La particularidad de este tipo de estafa reside en la modalidad del engaño, ya que normalmente sucede que el autor no entrega nada al engañado, a cambio de la disposición patrimonial. En cambio, en este caso se presupone la entrega de una cosa, sólo que cambiada en su naturaleza, desvalorada en su esencia o disminuida en su número²⁷⁹.

Hay, por ende, un negocio civil o mercantil que entraña un correlativo deber de contraprestación, dando lugar a un derecho bilateral y exigible, normalmente cifrado de la compraventa²⁸⁰. Por eso, la entrega de la cosa debe fundarse en un contrato o en un título obligatorio, y oneroso, ya que nadie resulta defraudado por algo que se entrega gratuitamente, pues sobre tal negocio jurídico nace el derecho de una de las partes a reclamar a la otra, y se entiende que ha mediado entrega de la cosa. El artículo 1137 del Código Civil reza que “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. Títulos obligatorios son los que por el Derecho Civil pueden dar motivo a establecer una obligación exigible de entregar, especialmente la compraventa, la permuta, el arrendamiento y cuantos implican la entrega de cosas en retribución de algo que se ha de recibir o ya se ha recibido²⁸¹.

²⁷⁶ Ídem nota anterior.

²⁷⁷ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 121.

²⁷⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 331.

²⁷⁹ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 223.

²⁸⁰ STS (España), 17-12-74.

²⁸¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 331, y FONTÁN BALESTRA, p. 71. Marcelo Salerno y

Debe, además, tratarse de un acto válido²⁸², que contenga una obligación de dar y, como dijimos, sea a título oneroso. Caso contrario, no podría invocarse un perjuicio.

Moreno señala que para establecer si ha habido o no delito, en estos casos, será necesario verificar una comparación entre las cosas en sí y las condiciones establecidas en el contrato, lo que demuestra que difícilmente podrá aplicarse la disposición cuando el contrato no se haya celebrado por escrito, aunque la ley no diga nada al respecto²⁸³, aunque no se entienda bien la afirmación, desde un punto de vista dogmático.

La valuación depende de cada tiempo y lugar, y es relativa²⁸⁴, debiendo constatarse una diferencia que importe una discrepancia apreciable pecuniariamente en perjuicio del adquirente. El perjuicio, se ha sostenido, tiene referencia entre el valor de lo dado y de lo recibido, pues “no puede entenderse que tal valor deba derivarse del precio total pagado, del que siempre habrá de descontarse el alcance material económico que posea la cosa transmitida y vendida, aunque a efectos civiles y por la vía de la restitución, al ser nulo el negocio aparente, se ordene la devolución de esta última y su precio, caso de no convencer al adquirente su conservación, mas esta posible restitución no puede computarse a efectos de la penalidad tampoco, porque la cosa entregada en contraprestación tiene un valor económico que no cabe desconocerse” (STS, 21-1-72)²⁸⁵.

Sin embargo, resulta necesario hacer una serie de distinciones en torno a la entrega de la cosa, pues, si toda entrega bajo las condiciones

Gustavo Lagomarsino, comentando el art. 495 del Cód. Civ. (*Código Civil argentino*, ed. concordada y comentada, Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 166) expresan que la obligación es un vínculo jurídico existente entre el acreedor y el deudor, en virtud del cual este último está constreñido a satisfacer al primero una prestación. Es un derecho personal, de contenido económico, compuesto por tres elementos: sujeto, objeto y causa.

²⁸² Se admite que el contrato pueda ser anulable, pues existe mientras no haya sido declarada la nulidad, mas se excluye la posibilidad de un contrato nulo.

²⁸³ MORENO, ob. cit., p. 200.

²⁸⁴ Al respecto Núñez, citando a Ramos (t. VI, N° 143) trae un ejemplo interesante, al observar que Tejedor da como ejemplo “restituir en cambio de un objeto de plata uno de platino”, observando que si Tejedor viviera pondría el ejemplo al revés, porque hoy es mucho más caro el platino que la plata.

²⁸⁵ Cit. por GONZÁLEZ RUS, p. 224.

antedichas constituyera estafa, entonces la ley penal colisionaría con la ley civil, en cuanto exige cierto grado de diligencia por parte de quien la recibe. Así, el artículo 609 del Código Civil dispone que “Las cantidades quedarán individualizadas como cosas ciertas, después que fuesen contadas, pesadas o medidas por el acreedor”. Por su parte, el artículo 1426 expresa “El comprador puede rehusar el pago del precio, si el vendedor no le entregase exactamente lo que expresa el contrato. Puede también rehusar el pago del precio, si el vendedor quisiese entregar la cosa vendida sin sus dependencias o accesorios, o cosas de especie o calidad diversa de la del contrato; o si quisiese entregar la cantidad de cosas vendidas por partes, y no por junto como se hubiese contratado”. De lo que se deduce que para que la conducta configure estafa bajo este supuesto, según parte de la doctrina, es necesaria la existencia de algún vicio oculto o disimulado²⁸⁶. De otra forma, se afirma, no se entiende que la ley penal intervenga en los casos en que menos tutela merece el negligente. Así, “si el vendedor de naranjas entrega once en vez de doce quéjese contra sí la dueña de casa que no las contó; si entregó frutas ordinarias en vez de frutas finas, quéjese de no haberlas rechazado: pero en ninguno de esos casos podrá hablarse de estafa por el solo hecho de que la calidad no corresponda a las intenciones del adquirente”²⁸⁷. Y ello resulta lógico, más desde la posición de Soler, pues para que se configure el delito de estafa bajo esta modalidad, también debe concurrir otro de los elementos esenciales de la configuración del tipo básico, cual es el engaño positivo de quien recibe la cosa, a partir de la maniobra ardidosa desplegada por el autor. Pero no debe perderse de vista que, aun en estos casos, debe tenerse en cuenta a la víctima y el contexto dentro del cual se puede dar el engaño. Piénsese en el mismo ejemplo dado anteriormente, con una anciana que en el apuro no puede contar la mercadería entregada, de modo que es perjudicada en una o dos manzanas, cada vez que compra. Está claro que el Derecho no protege al comerciante, en este caso, ni sería lógico invocar reglas del comercio, especialmente basado en la astucia del argentino normal.

²⁸⁶ Ver al respecto arts. 2164 y ss. del Cód. Civ.

²⁸⁷ SOLER, ob. cit., p. 381. En el mismo sentido NÚÑEZ, ob. cit., p. 332.

El fraude puede darse por medio de un verdadero ardid constituido por maniobras tendientes a inducir a error, o por una simple mentira y aun por el silencio engañoso cuando la ley obliga al vendedor a entregar mercadería de determinada calidad o de determinadas proporciones, al margen de la verificación del adquirente²⁸⁸.

Soler siguiendo la posición que hemos criticado en su momento, expresa que podrá hablarse de estafa en dos supuestos solamente: a) cuando en operaciones ordinarias, el vendedor ha efectuado alguna maniobra tendiente a inducir positivamente en error al comprador diligente, y b) cuando la ley ha establecido especiales obligaciones de carácter positivo al vendedor, de manera que la mercadería debe ser genuina por expresa exigencia o contralor oficial. Ello, por ejemplo, en productos de difícil verificación, como ser los remedios, donde el farmacéutico está positivamente obligado a no sustituir elementos de una receta, y sin perjuicio, por supuesto, del carácter de atentatoria contra la salud que tal conducta revestiría²⁸⁹. Pero no debe olvidarse, que este autor contemplaba la cuestión desde la teoría de la *mise en scène*, que ha recibido justa crítica en su oportunidad.

La conducta del autor debe tender a engañar al sujeto pasivo, ya sea a través de un ardid que lo induzca a error, o en los casos que el receptor confía en las cualidades del producto, pues existe legalmente obligación, por parte de quien lo entrega, de hacerlo en forma. Rigen, respecto del ardid y del error, las consideraciones efectuadas al tratar el artículo 172 del Código Penal.

El objeto material de la conducta lo constituye la sustancia, calidad o cantidad de la cosa. Cosas son los objetos corporales susceptibles de tener un valor, conforme lo dispone el Código Civil (art. 2311), tratándose éste de un elemento normativo del tipo penal²⁹⁰.

²⁸⁸ CREUS, ob. cit., ps. 404/405. Molinario-Aguirre Obarrio señalan que en el caso de objetos que vengan envueltos de tal manera que no sea posible revisarlos porque para ello sería necesario romper el envoltorio original, en general no es el vendedor quien ha producido una sustitución, sino que, probablemente, fue él la víctima de una estafa. En estos casos, la apariencia del producto es suficiente engaño, sin necesidad de *mise en scène* suplementaria, como en el art. 172 (ob. cit., p. 457).

²⁸⁹ SOLER, ob. cit., p. 380.

²⁹⁰ Donna (*Derecho Penal. Parte general* cit., t. II, ps. 83/3) define los elementos

Sustancia es el ser de la cosa, lo esencial, la materia, es lo que caracteriza o define la cosa de que se trata, la genuinidad del producto, los materiales empleados, las modalidades de elaboración, denominaciones de origen, nombre del fabricante, o distribuidor, capaces todos de definir y concretar la calidad del producto²⁹¹. Defrauda en la sustancia de la cosa quien entrega un mueble de metal, debiendo entregar uno de oro, o quien debiendo entregar una cierta cantidad de granilla, entrega sólo parte de este género, siendo el resto arena²⁹².

Por lo tanto debe ofrecerse la cosa atribuyéndole una calidad distinta a la que tenga o con condiciones o propiedades determinadas que sean inexactas y que hagan que el consentimiento del comprador se preste creyendo que se adquiere otra cosa²⁹³.

En torno a este concepto, la jurisprudencia ha sostenido que: “La conducta de los propietarios de estaciones de servicio que a sabiendas compraban ‘famitol’ para vender al público como si fuera nafta, encuadra dentro de la figura de la estafa especial descripta por el artículo 173, inciso 1º, del Código Penal, que pena la venta con engaño en la sustancia, cantidad o calidad de lo que se vende”²⁹⁴.

Groizard, comentando el artículo 547, se preguntaba si el hecho de vender una finca asignándole una extensión mayor que la que tiene hace incurrir al enajenante en el delito, y sostiene que incurre en defraudación el que ha hecho la venta con engaño, procurando ocultar al comprador la extensión del terreno. Moreno se expresa en el mismo sentido, afirmando que se pueden producir casos de engaño cuando se venden inmuebles, tanto con respecto a la calidad como con relación a la cantidad²⁹⁵.

normativos del tipo como aquellos en que debe hacerse un juicio de valor, donde el juez debe remitirse a normas y patrones valorativos extraños al tipo penal, que se encuentran en otros ordenamientos de orden jurídico, como la ética vigente en la sociedad o en los usos y costumbres.

²⁹¹ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 225.

²⁹² NÚÑEZ, *Defraudación en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas entregadas*, en L. L. 76-330.

²⁹³ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 225.

²⁹⁴ CNFed.CCcorr., sala II, 14-7-83, “Aventín, A. y otros”, L. L. 1983-D-73.

²⁹⁵ MORENO, ob. cit., p. 200. En el mismo sentido SOLER, ob. cit., p. 381, y NÚÑEZ, ob. cit., p. 330.

Calidad es la importancia o cualidad de una cosa; es el modo de ser mejor o peor de las cosas de igual sustancia, y determina sus distintos tipos de valores²⁹⁶. La modificación operada puede ser por alteración, de manera que haya adquirido un modo de ser inferior²⁹⁷.

La cantidad es tanto el número de las cosas, como su peso o medida. Núñez entiende que esta categoría no comprende al precio, pues éste, como condición de la cosa, atañe a su valor, el cual expresa la calidad de ella²⁹⁸. Se desplazará el delito al tipo previsto por el artículo 174 del Código Penal, cuando la defraudación sea el resultado de uso de pesas o medidas falsas.

La acción más común bajo esta modalidad consiste en colocar otros objetos entre aquellos que deben aportarse. Así incurre en el delito el que mezcla las cosas comestibles, por ejemplo, con tierra, con piedras u otros objetos de peso y sin valor para integrar el de la mercadería²⁹⁹.

Ahora bien, como señala Núñez, la idoneidad del engaño encuentra su límite inferior en la propaganda propia del tráfico, pues mientras el acto de propaganda no excluya el libre examen por parte del cliente, el peligro de un error es un riesgo admitido por la costumbre³⁰⁰. Así, se entiende que no constituye fraude la simple propaganda exagerada o engañosa, que no impide al receptor verificar las características de lo que se entrega, sino del acto positivo de engaño que lo hace errar pese a la posible verificación³⁰¹. Si se prescinde de esta distinción, se borran los límites de la estafa y se confunden las cosas, de manera que una serie de actos normales del comercio y de la propaganda son presentados como defraudaciones sin serlo³⁰².

En España se ha sostenido sobre este tema que no integran el delito los casos de simple exageración de las cualidades del producto, circunstancia que aproxima a la publicidad engañosa³⁰³.

²⁹⁶ NÚÑEZ, citando a CUELLO CANLÓN, ob. cit., p. 330.

²⁹⁷ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 69.

²⁹⁸ NÚÑEZ, art. de L. L. cit.

²⁹⁹ MORENO, ob. cit., p. 200.

³⁰⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 331.

³⁰¹ CREUS, ob. cit., p. 504.

³⁰² SOLER, ob. cit., p. 380.

³⁰³ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 225.

4. *Tipo subjetivo*

Se requiere dolo directo del autor, quien despliega el ardid, conociendo que altera la sustancia, calidad o cantidad de la cosa, y con voluntad de beneficiarse económicamente con la transacción engañosa. El dolo es actual al momento de la entrega de la cosa, resultando indiferente si éste existía o no al momento de celebrarse el contrato.

Molinario y Aguirre Obarrio señalan que en los casos de envío de mercancías de sustancia, calidad o cantidad inferior a la pactada, puede producirse algún error involuntario, que excluya hasta la más remota posibilidad de dolo en el agente³⁰⁴, casos en los cuales el error de tipo eliminará el dolo.

5. *Consumación*

La consumación se perfecciona con la entrega de la cosa, admitiéndose en consecuencia la tentativa. Núñez señala, con razón, que la simple obligación de entregar la cosa no es punible, si el actor no ha ejecutado actos tendientes a efectuar esa entrega³⁰⁵.

III. Retención indebida o la omisión de restituir a su debido tiempo³⁰⁶

Establece el artículo 173, inciso 2º: “El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dineros, 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”.

³⁰⁴ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 456. Agregan los autores que la determinación, en estos supuestos, de cuándo ha mediado error y cuándo ha habido mala fe, puede ser una cuestión muy ardua si no existen signos exteriores que evidencien la maniobra delictiva, por lo que el juez deberá decidir estando a las circunstancias y antecedentes que han rodeado el caso, siendo indicio seguro de dolo la presencia de cuerpos extraños, pesados o voluminosos en la mercadería remitida.

³⁰⁵ NÚÑEZ, art. de L. L. cit.

³⁰⁶ Sobre el tema, lo más completo en español es la obra de POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *El delito de apropiación indebida*, prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Cono Sur, Chile, 1992.

1. *Antecedentes históricos*

1. El proyecto Tejedor (art. 2º, inc. 6º, § 4, Tít. VIII, Lib. I, Part. II) y el Código de 1886 (art. 203, inc. 6º) castigaban a “Los que en perjuicio de otro nieguen haber recibido o se apropiaren, ó distraigan dinero, efecto ó cualquier otra cosa mueble que se les hubiese dado en depósito, comisión, administración ú otro título que produzca obligación de entregar o devolver”³⁰⁷, citando como antecedentes del delito las legislaciones italiana, española y francesa³⁰⁸.

En las legislaciones citadas, así como posteriormente en el proyecto de 1891 (art. 210, inc. 4º)³⁰⁹, la conducta típica consistía en negar haber recibido, apropiándose o distraendo los bienes. La doctrina mayoritaria entiende que éstos son los antecedentes del actual artículo 173, inciso 2º³¹⁰.

³⁰⁷ *Código Penal de la Provincia de Buenos Aires*, art. 335, inc. 6º, en ZAFFARONI y ARNEDO, *Codificación...* cit., t. I, p. 280, y *Código Penal de 1886*, art. 203, inc. 6º, en la misma obra, t. II, p. 236.

³⁰⁸ Este delito se denomina “abuso de confianza” en el Derecho francés, y “apropiación indebida” en el Derecho italiano. El art. 417 del Cód. Pen. italiano castigaba “Al que se apropia, convirtiéndola en provecho suyo o de un tercero, una cosa ajena que le hubiese sido confiada o consignada por cualquier título que signifique obligación de restituirla o hacer un uso determinado, es castigado a querella de parte”, y el Código Penal español expresaba: “Los que con perjuicio de otro se apropiaren, destruyeren, enajenaren o pignoraren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla o negaren haberla recibido...” (transcriptos por RAMOS, Juan P., *Curso de Derecho Penal*, Biblioteca Jurídica Argentina, 1944, t. 6, p. 98).

³⁰⁹ Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo, p. 358, en ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. II, p. 630.

³¹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 367/368; SOLER, ob. cit., p. 427; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. VI, p. 113. Moreno, en cambio, encuentra el antecedente del tipo en el inc. 9º del proyecto Tejedor que castigaba a los que se negaran a restituir la cosa ajena que hubiesen encontrado perdida, o el depósito miserable que se hubiese confiado. Y cita el autor la nota a dicho inciso, que trata sobre la diferencia entre apropiarse y negarse a restituir, y su relevación en la delimitación de estas conductas con la de hurtar, temas de suma importancia en el tratamiento de este delito, expresando: “La substracción, en efecto, es el acto material de apoderarse de un objeto, y este acto se ejerce lo mismo sobre una cosa hallada que sobre otra que se quita de las manos del dueño.

2. Pero a partir del proyecto de 1906 (art. 188, inc. 2º) la fórmula experimentó alteraciones de suma relevancia en lo atinente a las conductas consumativas del delito. El delito, que pasó a llamarse “abuso de depósito, comisión o administración”, si bien continuó refiriéndose al que *niega haber recibido* el bien, ya no mencionaba al que *se apropia* de él, ni al que lo *distrae*, sino que aludía al que *se niega a restituirlo* y al que *no*

La intención del agente es más difícil de determinar, pero el hecho material tiene en ambos casos el mismo carácter. La ley, sin embargo, no debiera equiparar los dos hechos. El que sustrae la cosa que se ha encontrado ha sido seducido, por decirlo así, por la ocasión. Lejos de haber preparado el delito sólo es culpable de no haberlo rechazado. Él ha podido persuadirse que el dueño había abandonado su cosa. No conociéndolo no ha creído cometer un hurto. Y cuando después lo ha conocido no podía ya revelar su acción sin dejar sospechar su intención. ¿Cómo asemejar este agente, culpable sin duda, pero en grado inferior, con el que concibió el audaz pensamiento de un hurto, que preparó el crimen y supo ejecutarlo? Estas dos acciones están separadas por el intervalo que hay entre el delito premeditado y el que se comete sin premeditación. Están separadas, sobre todo, por la criminalidad que supone la ejecución del hurto, y que no se manifiesta en la simple retención del objeto hallado. ¿No debe, en fin, reconocerse, como lo hace M. Duvergier, que los delitos se reprimen tanto más severamente cuanto más desagradables pueden ser sus consecuencias? El hurto puede conducir a actos de violencia, y siempre infunde más o menos temor en la sociedad; mientras ningún efecto parecido resulta de la posesión de este objeto, o de la denegación hecha por el que lo ha encontrado.

”Si el agente recogiese el objeto sin intención de apropiárselo, pero esta intención nacía ulteriormente, y se manifestaba por la negativa de restituirle, la ley romana no parecía ver hurto en este hecho, *si jacens tamen tulit, non ut lucretur, sed redditurus ei cujus fuit, non tenetur fruti*. Es evidente que esta hipótesis difiere completamente de la anterior. La cosa se ha recogido con el pensamiento de restituirla. No ha habido, pues, fraude en el momento de tomar la posesión; no ha habido sustracción. Es cierto que el pensamiento de apropiarse la cosa nace más tarde en el espíritu del agente. Pero en este momento no podía ya sustraer, puesto que era poseedor, y estando consumado el acto por el que comenzó su posesión no puede recibir un carácter nuevo de un hecho posterior a su perpetración. Si este hecho no era una sustracción cuando se cometió, no puede serlo porque posteriormente su autor tenga el pensamiento de la sustracción. Este pensamiento no es más que un fraude aislado de todo hecho material y se escapa a la acriminación. La causalidad ha constituido, en cierto modo, al agente depositario de la cosa encontrada. Recogiéndola acepta este contrato. Si después lo infringe comete una violación del depósito, pero no comete un hurto. Lo que constituye el delito de acuerdo con el comentario del Código de Baviera, es la apropiación de la cosa con desprecio del contrato. Es la infidelidad del depositario, mandatario, comodatario u obrero asalariado” (MORENO, ob. cit., ps. 201/202).

lo restituye a debido tiempo. En torno a esta alteración la Exposición de Motivos no da explicaciones referentes al abrupto cambio³¹¹.

Señala Soler que, así como la escala penal para este delito, en los proyectos mencionados en primer término, era mucho menor a la común para las defraudaciones, la colocación sistemática que se le da a partir del proyecto de 1906, lo sitúa en un caso de igual gravedad que la estafa. Pero, a criterio del autor, el cambio esencial a esta altura es que desaparece el verbo “apropiarse”³¹².

Al respecto Malagarriga entiende que la redacción del proyecto de 1906 fue determinada por la jurisprudencia de la Cámara Criminal de la Capital, integrada por uno de los autores de este proyecto, que, al aplicar el artículo 203, inciso 6º, del Código de 1886, a cobradores de casas de comercio que no “dieron cuenta” de varias sumas recibidas, empezó a introducir la “no restitución” como característica cierta del delito del inciso 6º³¹³.

Este cambio implicó, en principio, el abandono de las legislaciones española, francesa e italiana, que los proyectos de Tejedor y de 1891 mencionaban como precedentes, y para los cuales el delito se consumaba con la apropiación o distracción del bien³¹⁴ y produjo efectos que son los que llevan a la discusión doctrinaria actual.

Con la nueva redacción pareciera que la conducta típica pasa a ser la no restitución, o la negativa a restituir a debido tiempo, resultando indiferente si el autor se ha apropiado de la cosa, o la ha prestado temporariamente a un tercero o sólo ha resuelto quedarse con ella por un corto plazo.

3. El proyecto de 1917 redujo la fórmula vigente, desapareciendo

³¹¹ La Exposición del Motivos de 1906 no hace referencia alguna al delito de defraudación por retención indebida (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, L. VIII, en ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 302).

³¹² SOLER, ob. cit., p. 427.

³¹³ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 367/368, cita a MALAGARRIGA, *Código Penal argentino*, Buenos Aires, 1927, t. II, p. 402. Ure, en cambio, atribuyó la supresión a un error del legislador quien, a su entender, interpretó erróneamente la jurisprudencia (*El delito de apropiación indebida*, Buenos Aires, 1943, p. 92).

³¹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 368. En contra, Ramos entiende que se trata de instituciones idénticas y así también lo han interpretado algunos tribunales. En contra, Moreno entiende que la negativa o la falta de entrega a su debido tiempo es lo que caracteriza la ejecución del delito (ob. cit., p. 203).

la frase “negarse haber recibido”. La Exposición de Motivos señaló: “En el inciso 2º ha suprimido las palabras ‘negare haber recibido’ porque el delito que el mismo prevé es precisamente el de negarse a restituir y no es necesario, por consiguiente, acentuarlo”³¹⁵.

De este texto proviene la fórmula vigente, constituida sobre la base de la negativa a restituir y la no restitución a debido tiempo, sin que el tipo penal prevea expresamente la conducta de apropiarse.

Sin embargo, el proyecto de 1960 introdujo nuevamente en el tipo del artículo 221 las acciones de apropiarse y la de no entregar o restituir a su debido tiempo, bajo el título “Apropiación y retención indebida”.

Sus redactores dijeron en la Exposición de Motivos: “Las modificaciones tienden a aclarar que, como es indudable, el delito ya se comete apropiándose, así como también no entregando o devolviendo el objeto que se tiene. Además hemos sustituido la enumeración ejemplificativa de las fuentes de la obligación de entregar o devolver, por una más genérica”³¹⁶.

Los decretos-leyes 17.567 y 21.338 siguieron las líneas del proyecto Soler³¹⁷, siendo el último, finalmente derogada por la ley 23.077, después de la salida del gobierno militar y la vuelta a la democracia, que retornó al texto original del Código, según ley 11.179³¹⁸.

2. *Bien jurídico protegido*

Afirma Politoff Lifschitz que si el autor tenía una obligación definida, ha de existir un derecho correlativo en cabeza del paciente de la conducta punible. Por eso Manzini afirmaba que se tutela en este

³¹⁵ *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina de 1917*, p. 116, en ZAFFARONI y ARNEDO, t. IV, p. 114.

³¹⁶ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 122. Soler explica la posición: “El delito debía llamarse retención indebida, porque consistía en no restituir a su debido tiempo, con perjuicio de otro, lo cual es menos que apropiarse. Los dos nombres empleamos en el P. 1960, 221” (SOLER, ob. cit., p. 428).

³¹⁷ El inciso quedó así redactado: “El que con perjuicio de otro se apropiare, no entregue o no restituyere a su debido tiempo cosas muebles, dinero o valores ajenos, que tuviera bajo su poder o custodia por un título que produzca obligación de entregar o devolver” (FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, *Las reformas al Código Penal. Ley 17.567*).

³¹⁸ SOLER, ob. cit., p. 429.

aspecto el derecho subjetivo que otro tenga sobre la cosa³¹⁹. Sobre la base de esta premisa parte de la doctrina sostiene que estos derechos subjetivos se dividen en derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, de manera que este delito entra en la protección de los primeros.

El problema que surge es si se protegen, dentro de esos derechos patrimoniales, los derechos reales o también los personales. Bajo Fernández afirma que el bien jurídico es la propiedad, pero como dice Rodríguez Muñoz, lo que se protege, en definitiva, dado que se trata de bienes muebles, es el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito³²⁰.

Ure afirma que es la propiedad, como bien jurídico directa e inmediatamente lesionado³²¹. De manera que parece ser que esta idea de Ure es la que marca en la doctrina argentina el rumbo, ya que en general se sostiene que el bien jurídico que se protege a través de este tipo penal es la propiedad ajena, en particular las cosas muebles, cuya tenencia se entrega al sujeto activo en virtud de un título que éste posee, que obliga al tenedor a entregar o devolver esa misma cosa.

Sin embargo, parte de la doctrina entiende, también, que la protección penal interviene para garantizar el cumplimiento de cierta clase de tratos, cuya efectiva ejecución no es posible sino sobre la base de la buena fe³²². Se habla de confianza porque este delito supone la preexistencia de un trato en el cual una de las partes se encuentra expuesta, sin culpa y de acuerdo con las condiciones normales del contrato mismo, al riesgo de un perjuicio derivado del poder de hecho concedido legalmente a otra persona sobre una cosa³²³.

Núñez expresa que la pena del inciso 2º, no constituye un resguardo para las convenciones particulares, sino para las personas que, por estar patrimonialmente interesadas en la ejecución del título de entrega de la cosa al autor, pueden resultar perjudicadas por la omisión de éste³²⁴.

³¹⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, ob. cit., p. 64.

³²⁰ Íd., p. 65.

³²¹ URE, ob. cit., p. 24.

³²² En la doctrina argentina, entre otros FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, ps. 113 y ss.; SOLER, ob. cit., p. 424; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 405; NÚÑEZ, ob. cit., ps. 367 y ss.

³²³ SOLER, ob. cit., p. 424.

³²⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 377. El autor clasifica el delito dentro del título *Defraudaciones por abuso de confianza*.

En este mismo sentido, en la doctrina italiana, Biagio Petrocelli³²⁵ entiende que la ley penal, al intervenir relativamente en el vínculo de obligación, no se dirige a tutelar tal vínculo en su estructura de relación privada y teniendo por mira su cumplimiento en ese carácter, lo que importaría una superposición de la tutela del Derecho Penal a la del Derecho Civil, sino que “en la violación a la obligación de restituir, el *quid* especial que constituye la razón y la finalidad de tutela penal, es la *violación de la confianza*”, definiendo el autor italiano el término “confianza” en un sentido objetivo, implícito en todo nexo jurídico que, por su naturaleza, invista el carácter de fiduciario.

Sin embargo, contra la opinión de Petrocelli, contesta Angelotti: “Según Petrocelli, la esencia del delito de apropiación indebida es la violación de la confianza [...] Pues bien, la confianza no es un derecho subjetivo, pertenece al campo extrajurídico y, por consiguiente, no constituye el objeto de la tutela patrimonial”, siendo para dicho autor el bien jurídico protegido “la relación jurídica merced a la cual el sujeto activo de la relación (acreedor) se asegura del sujeto pasivo de la misma relación (deudor) el cumplimiento de una determinada prestación”³²⁶.

La doctrina española, coincidente con Angelotti, en el rechazo de la violación de confianza como bien jurídico protegido, destaca que el tipo penal no exige que medie relación de confianza alguna entre sujeto activo y sujeto pasivo, señalando que, con relación de confianza o sin ella, con comportamiento que implique un abuso de la misma o sin él, si la cosa se recibió por un título traslativo de la posesión que obliga a entregarla o devolverla, y esto no sucede, se comete el delito³²⁷.

³²⁵ BIAGIO PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, p. 115, cit. por POLITOFF LIFSCHITZ, ob. cit., ps. 68/69.

³²⁶ ANGELOTTI, Dante, *Delitti contro il patrimonio (Trattato Florian)*, p. 525, cit. por POLITOFF LIFSCHITZ, ob. cit., p. 70.

³²⁷ González Rus (ob. cit., p. 705) cita en el mismo sentido a Quintano, Sainz Pardo, Bajo, Pérez, Suárez, y en contra, Rodríguez Devesa. Ello, pese a que admite el autor que la jurisprudencia, en cambio, insiste en que el abuso de confianza y el quebranto de relaciones de lealtad se encuentra en la esencia misma de la apropiación indebida (SSTS de 26-12-81; 3-1, 20-4, 14-5-85; 16-1, 11-87 y 11-10-95).

Asimismo, sostienen que en la práctica la mayor parte de los supuestos de apropiación indebida son relativos a bienes fungibles, y, en concreto, a dinero, por lo que el delito se aplica generalmente a insolventes. Así se está protegiendo no sólo el derecho de propiedad, sino también el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor, con lo que se está castigando el incumplimiento por parte del deudor del deber de mantener su patrimonio para el pago de deudas. La insolvencia se convierte, entonces, en ese mayor desvalor necesario para explicar el delito de apropiación indebida, que, unido a la deslealtad y a la irregularidad del comportamiento del causante de la insolvencia, aleja el delito de la prisión por deudas³²⁸.

Muñoz Conde, también con el propósito de delimitar claramente la diferencia entre este delito y un supuesto de prisión por deudas, expresa que el objeto de protección de la norma es “el derecho a que se disponga de la cosa con las limitaciones del título por el que se ha obtenido”³²⁹.

Más allá va Manjón Cabeza³³⁰ quien afirma que hay que distinguir dos bienes jurídicos protegidos, en función de la fungibilidad del objeto material. Si el objeto material no es fungible, el bien jurídico protegido es la propiedad; pero si el objeto tiene carácter fungible la propiedad no es, ni en solitario ni junto a otros derechos, el bien jurídico protegido; éste queda definido exclusivamente como el derecho al cumplimiento

³²⁸ BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 415. Señalan los autores que si el procedimiento civil fuese satisfactoriamente rápido y barato no se volvería a producir condena penal de apropiación indebida de dinero por parte de un solvente, destacando que el propio Tribunal Supremo en estos casos suele solicitar el indulto.

³²⁹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, ps. 294/295. En este mismo sentido, nuestra jurisprudencia ha señalado que “La omisión en la entrega de cantidades de cosas elaboradas, y diferentes de las entregadas como materia primaria, resulta atípica desde el punto de vista penal, sin perjuicio de los derechos que otorga al querellante el art. 608, del Cód. Civ. De otro modo, la extensión analógica del tipo que se hace en la sentencia recurrida, para abarcar supuesto de “apropiación indebida” como forma de omisión de restituir defraudatoria, lleva directamente a la prisión por deudas (se revocó la condena por el delito de defraudación por retención indebida impuesta a una confeccionista de ropa) (CNCCorr., sala V, 26-8-86, “Sánchez de Serra, Ángela O.”, L. L. 1987-B-81, D. J. 987-1-860, E. D. 122-175).

³³⁰ MANJÓN CABEZA, *Apropiación indebida*, ps. 221 y ss., y 224, cit. por BAJO FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 416.

de la obligación; en concreto, la obligación de devolución de otro tanto de la misma especie y calidad, que en el caso del dinero se convierte, por tanto, en un derecho de crédito. En el mismo sentido se expresa González Rus, explicando así la insistencia de la jurisprudencia en considerar a la apropiación indebida un delito de administración desleal del patrimonio ajeno, porque al fin lo que importa, a criterio del autor, es que se recibió una cosa o un dinero para devolverlo, o en nombre y por encargo de otro, y el sujeto no lo hace³³¹.

Finalmente, para Sergio Politoff Lifschitz³³², el bien jurídico quebrantado por el delito de apropiación indebida está constituido por el derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado (derecho a que se entregue), correlativo de la obligación del agente de restituir o entregar, esto es, el derecho personal a la restitución o al uso determinado en el tiempo.

Entendemos que el bien jurídico protegido es, sin duda, la propiedad, tal como la hemos definido en general, pero con el agregado, en este caso, de que hay un derecho subjetivo a la restitución de la cosa, basado en el deber del sujeto activo, por una parte, de hacerlo, y el derecho del sujeto pasivo de que se lo haga, y que se circunscribe al derecho de restitución que posee quien entrega una cosa, y que está obligado a devolverla, resultando la obligación de restituir del contenido del título que une a las partes, y, sin duda alguna, de una relación de confianza que pudo haber determinado a las partes a la realización del acuerdo. De todas maneras, y tal como se interpretó en España, por el Supremo, el tipo penal se acerca a una especie de administración fraudulenta aunque con diferencias que se encuentran dadas en el artículo 173, inciso 7º del Código Penal.

3. Tipo objetivo

El inciso 2º del artículo 173 castiga la conducta de:

a) *Presupuesto del delito*

No vamos a entrar, porque ya lo hemos hecho antes en la diferencia entre posesión y tenencia. Pero claro está que para poder hablar de

³³¹ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 701.

³³² POLITOFF LIFSCHITZ, *El delito de apropiación indebida* cit., ps. 67 y 71.

este delito es necesario hacer una afirmación básica, para poder entenderlo. El autor “ha recibido la cosa por un título del que se desprende siempre el reconocimiento del dominio de otro”³³³. De manera que el contrato base entre las partes es lícito, por eso éste es un abuso de confianza, según afirma la doctrina, por el cual una de las partes recibe una cosa, que no debe ser fungible, y se obliga a devolver esa misma cosa, luego de un tiempo. Todo lo que se diga luego no es otra cosa que un desarrollo de esta afirmación inicial.

Para que pueda existir retención indebida de una cosa, es necesario que la cosa objeto de tal conducta se encuentre en poder del autor, en virtud de un título válido. Es decir, se exige la preexistencia de un poder no usurpado sobre la cosa, de un poder de hecho legítimamente adquirido, concedido voluntariamente al autor por quien podía concederlo, sin que exista tal poder de hecho cuando la cosa es simplemente manejada por un tercero, dentro de la vigilancia del dueño³³⁴.

Los ejemplos, que son traídos por la jurisprudencia, son los del chófer, empleado a sueldo del transportista, que se apodera de los efectos acarreados, y del cajero que se apropió de dinero perteneciente a su empleadora³³⁵. Asimismo, ha dicho la jurisprudencia que “El pre-

³³³ POLITOFF LIFSCHITZ, ob. cit., p. 149.

³³⁴ SOLER, ob. cit., p. 431. Sobre este último supuesto el autor cita como ejemplo el poder de hecho del tipo representado por las acciones del doméstico que pone manos en las cosas para servirnos, mas sólo tiene el manejo de ellas como instrumentos. El mismo ejemplo utiliza Núñez (ob. cit., p. 375), destacando que no defraudan sino que hurtan, si sustraen las cosas el doméstico que recibe los implementos de trabajo, para realizarlo; el capataz, peón o pastor que cuida el ganado en el campo del patrón; el capataz de montes y trabajos sin poderes de administración; el cajero de la casa de comercio; el simple empleado, o el sereno de una obra. Se exceptúan los casos en que el servidor o empleado se haga cargo de las cosas del patrón fuera del ámbito de poder de éste, y realice actos de mandatario, comisionista o depositario.

³³⁵ La jurisprudencia ha dicho que: “Incurrir en el delito de hurto y no en defraudación por retención indebida el chófer, empleado a sueldo del transportista, que se apodera de los efectos acarreados, pues no los recibió por título alguno de los previstos en el art. 173, inc. 2º, del Cód. Pen., siendo el porteador y no el transportista quien deberá responder ante el cargador de las cosas sustraídas por su dependiente” (CNCCorr., sala II, 24-8-76, “Paladino, Néstor L.”, L. L. 1979-A-569, 34.989-S), y que: “La actitud del cajero que se apropió de dinero perteneciente a su empleadora constituye el delito de hurto y no de retención indebida, porque para la configuración

supuesto de la apropiación o retención indebida es la preexistencia de un poder de hecho legítimamente adquirido y tal poder no se da cuando la cosa es simplemente manejada por un tercero dentro de la esfera de vigilancia del dueño”³³⁶.

El sujeto activo debe tener una relación con la cosa entregada que le permita decir que la ha recibido, y que le permita, igualmente, entender existente el deber jurídico de realizar una acción positiva de recibir y devolver.

Esto implica la posibilidad del sujeto pasivo, aunque sea de hecho, de poder hacer entrega de la cosa. Esto ha llevado a algunos autores a sostener que si quien entrega la cosa es un incapaz, no se estaría frente al artículo 173, inciso 2º, sino frente al delito de hurto. Así, Angelotti afirmaba: “Cuando se trate de personas incapaces (interdictos, incapaces, menores, ebrios, locos, fallidos), la posesión a través del contrato se realizará no con libre y consciente voluntad del *tradens*, razón por la cual el origen de la posesión en el *accipiens*, o sea en el sujeto activo, no será legítima y, por lo tanto, no se cumple la tradición de la posesión de la cosa que continúa en la esfera patrimonial y en la posesión del incapaz, y el sujeto activo viene a tener sobre la cosa una mera detentación, del mismo modo que aquél detenta una cosa bajo la vigilancia del derechohabiente”.

Por consiguiente, el detentador no cometerá una apropiación indebida, sino hurto, cuando la haga propia. En nada difiere esta detentación de la que se obtiene mediante energía inanimada o subhumana³³⁷.

El argumento es fuerte y es necesario analizarlo. La regla del Derecho argentino para la transmisión de la posesión, de acuerdo al artículo 2381 del Código Civil, es que se toma únicamente por la tradición entre personas capaces, consintiendo el actual poseedor en la transmisión de la posesión. Por eso han podido decir Dassen y Villalobos: “En

de este último delito es necesaria la recepción de la cosa, dinero, etc., pero que el agente haya podido ejercer sobre ellas una verdadera, efectiva tenencia, con obligación de devolverla, consumándose el delito ante la negativa de restitución o la no restitución en tiempo, extremos no dados en autos” (CNCCorr., sala III, 15-10-87, “Delory, Hugo”, D. J. 1989-1-374).

³³⁶ CNCCorr., sala VI, 27-3-91, “Correa Córdoba, Carlos A.”, L. L. 1991-D-346, D. J. 1991-2-747.

³³⁷ ANGELOTTI, ob. cit., p. 200, cit. por POLITOFF LIFSCHITZ, ob. cit., p. 149.

consecuencia, el artículo 2381 debe leerse dejando de lado el adverbio únicamente, o refiriéndose a la exigencia del *tradens* y el *accipiens* sean personas capaces, y de que la tradición se haga con el consentimiento del actual poseedor. En cuanto al requisito de capacidad, téngase presente lo dispuesto por el artículo 2392 sobre los menores de más de diez años³³⁸. La cuestión se completa con lo afirmado por el artículo 2399, en cuanto: “La incapacidad de las personas entre quienes debe hacerse la traslación de la posesión, induce la nulidad de la tradición, hecha o aceptada por sus mandatarios incapaces³³⁹”.

Sobre estos argumentos, y basado en Petrocelli y autores nacionales como Ure, se afirma que no basta que la cosa pase sin fraude ni violencia de las manos de una a las de otras personas, sino que se precisa, además, que el *tradens* tenga conciencia y voluntad del acto que realiza³⁴⁰. Por eso se sostiene que en Angelotti existe una confusión entre capacidad de hecho o natural y capacidad legal, de manera que se confunden en este aspecto los alcances de la cuestión. De allí que la libre y consciente voluntad de transmitir debe existir, pero de hecho, es decir, que si de hecho existe en el *tradens*, no será el estado jurídico el que impida la comisión del delito³⁴¹. Por lo tanto, agrega Politoff, lo que interesa es la efectiva capacidad del *tradens*, y sin perjuicio de la nulidad del acto, poco importa el dictamen resultante de la incapacidad legal³⁴².

También se descarta la entrega de cosas a título de propiedad o dominio pleno o perfecto, pues en aquellos supuestos no existe obligación de devolver³⁴³. La doctrina española, en forma unánime, excluye también el préstamo o mutuo porque en ambos casos hay una expresa declaración civil de adquisición de la propiedad por quien recibe el dinero³⁴⁴.

³³⁸ DASSEN, Julio y VILLALOBOS, Enrique Vera, *Manual de Derechos Reales*, Tea, Buenos Aires, 1962, ps. 82/3. En igual sentido, LAQUIS, Manuel, *Derechos Reales*, Depalma, Buenos Aires, 1975, t. I, ps. 381/3.

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, ob. cit., p. 149.

³⁴¹ *Íd.*, p. 150.

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ Por ej., en la venta, la permuta y la donación.

³⁴⁴ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 704, citando a Bajo Fernández, Pérez, Suárez, Ferrer Sama.

b) *Los títulos idóneos para que se tipifique el delito*

El elemento condicionante del delito que estamos estudiando es su presupuesto de hecho que consiste en la detentación de la cosa, por parte del autor³⁴⁵. Pero esta detentación debe tener como base un título adecuado y válido. De ahí que se diga que la tenencia debe estar ajustada a derecho, de manera que en este sentido el título tiene un valor fundamental para definir la posibilidad del delito. Por eso es cierto lo afirmado por Petrocelli, cuando afirma que “el título de la posesión [...] indica la relación jurídica de la cual tiene origen la posesión, y puede derivar del contrato, del cuasicontrato, del acto administrativo y también directamente de la ley”³⁴⁶.

Pero, y en esto hay unanimidad, el título que traslada la posesión no debe trasladar el dominio. Si así sucede, es decir, si es título traslativo de dominio, entonces hay que excluir ciertamente la hipótesis delictiva, ya que no cabe la apropiación de cosa propia³⁴⁷.

No implica transferencia de la tenencia, en este sentido, la entrega momentánea de la cosa a un tercero, que no es servidor ni empleado, hecha sin ánimo de transferir la tenencia³⁴⁸; ni produce obligación de entregar o devolver el título absolutamente nulo³⁴⁹, pues la relación debe tener carácter legítimo. La doctrina española, al referirse al artículo 535, CPE³⁵⁰, entiende que si la relación del autor con la cosa tiene carácter ilícito difícilmente pueda decirse que la ha recibido por título que produce obligación de entregarla o devolverla; por ejemplo,

³⁴⁵ POLITOFF LIFSCHITZ, ob. cit., p. 155.

³⁴⁶ PETROCELLI, ob. cit., cit. por POLITOFF LIFSCHITZ, p. 156.

³⁴⁷ POLITOFF LIFSCHITZ, ob. cit., p. 177.

³⁴⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 376. Cita como ejemplos el del guarda de tranvía que recibe un billete del pasajero para que le dé el vuelto, del lector que recibe un libro para leerlo en la biblioteca, y el que recibe la cosa de su tenedor sólo por un momento.

³⁴⁹ En el mismo sentido NÚÑEZ, ob. cit., p. 378, y LAJE ANAYA, ob. cit., p. 126.

³⁵⁰ Cuya redacción actual es: “Serán castigados con las penas señaladas en el art. 528, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiere recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. La pena se impondrá en grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario”.

en virtud de un hurto o estafa previa (ilicitud penal). Otra cosa es la ilicitud civil de la adquisición previa, que resulta indiferente³⁵¹.

c) *Contrato de depósito*

De los títulos enumerados por el artículo en análisis (elementos normativos del tipo penal), el contrato de depósito se verifica cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa (art. 2182, Cód. Civ.).

Sin embargo la cuestión no es simple, debiendo distinguirse entre el depósito regular, irregular, voluntario y necesario.

En primer lugar el depósito puede ser voluntario o involuntario. Es voluntario, conforme lo dispone el artículo 2187 del Código Civil, cuando la elección del depositario depende meramente de la voluntad del depositante. En este supuesto, el depósito puede ser regular o irregular. Si el depósito es regular, es claro que comete el delito quien habiendo recibido la cosa mueble no la restituye, invirtiendo el título precario que poseía sobre la misma.

Distinta es la situación cuando el depósito es irregular³⁵². En estos casos el artículo 2191 del Código Civil dispone que la cosa depositada pasa al dominio del depositario, quedando éste obligado a pagar el todo de la cantidad depositada (art. 2220, Cód. Civ.), y presumiéndose que el depositante concedió al depositario el uso del depósito, si no constare que lo prohibió (art. 2221, Cód. Civ.). De manera que esta modalidad anormal del depósito no puede conducir al tipo penal que nos ocupa, pues con la entrega se transfiere el dominio, lo que resulta incompatible con el presupuesto requerido por el artículo 173, inciso 2º, del Código Penal.

³⁵¹ BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 409; GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 705, citando a Bajo, Pérez y Suárez, STS de 12-3-82.

³⁵² Por ej., cuando la cosa depositada fuese dinero, o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario o se las entrega sin hacerlo en saco o caja cerrada cuya llave conserva en su poder, aunque no le concediere el uso al depositario o se lo prohibiese. O bien cuando representare crédito de dinero, o cantidad de cosas consumibles, si el depositante autorizó al depositario para su cobranza (MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 408).

Sobre el punto la jurisprudencia ha dicho: “Solamente existe retención indebida en la medida en que medie obligación de entregar o devolver y no cuando la exigencia sea de pagar la misma cantidad de dólares estadounidenses, más los intereses, pues de esa manera se concretó más allá del texto del recibo un mero depósito irregular o préstamo, situación que de manera alguna configura delito”³⁵³. Y en esa línea se ha señalado que: “No se configura el delito de defraudación por retención indebida cuando una persona recibe dinero en depósito, con obligación de restitución, pero no en la modalidad del depósito regular, transformándose por ello la relación en un préstamo que sólo genera una deuda”³⁵⁴.

Con lo cual, vale la distinción que se hace en cuanto al depósito de dinero; se presentan los siguientes casos:

- a) El dinero se entrega en arca cerrada, cuya llave la tiene el depositante, o con billetes determinados, por ejemplo con el número de cada uno hay que restituir la misma cosa.
- b) En el caso de depósito irregular, en el cual el depositario puede hacer uso del dinero. En este caso, el dinero es cosa fungible, de manera que ya no se da el supuesto del delito del artículo 173, inciso 2º, del Código Penal.

Con lo cual, y a manera de síntesis, si la cosa es fungible o consumible y se entrega con la autorización de usarla o de consumirla, la negativa a restituir no es constitutiva de delito³⁵⁵.

Por otro lado, el depósito es necesario cuando se hace por ocasión de algún desastre, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otros semejantes, o de los efectos introducidos en las casas destinadas a recibir viajeros. En estos supuestos, al igual que en el caso del depósito regular, puede cometerse el delito en estudio, sin perjuicio de las dificultades que pueda presentar la prueba de la existencia de un título idóneo, no traslativo de dominio.

³⁵³ CNCCorr., sala IV, 15-4-86, “P., A. J.”, L. L. 1987-D-622 (37.673-S), E. D. 121-480.

³⁵⁴ CNCCorr., sala I, 20-9-89, “Chomer, Carlos A.”, L. L. 1990-B-506.

³⁵⁵ POLITOFF LIFSCHITZ, ob. cit., ps. 179/180.

d) *La comisión y la administración*

El artículo 232 del Código de Comercio expresa que entre el comitente y el comisionista existe la misma relación legal que entre el mandante y el mandatario. Es decir, que el mandato especial mercantil se llama comisión. El artículo 1911 del Código Civil expresa: “La obligación que tiene el mandatario de entregar lo recibido en virtud del mandato, comprende todo lo que el mandante le confió y de que no dispuso por su orden; todo lo que recibió de tercero, aunque lo recibiese sin derecho; todas las ganancias resultantes del negocio que se le encargó; los títulos, documentos y papeles que el mandante le hubiese confiado, con excepción de las cartas e instrucciones que el mandante le hubiese remitido o dado”, y el 1913 dice: “El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a uso propio, desde el día en que lo hizo, y de las que reste a deber desde que se hubiese constituido en mora de entregarlas”.

Entonces, no comete delito el mandatario que utiliza los fondos —si no se han tomado los recaudos necesarios para identificar los billetes, como antes se dijo, en el sentido de que las cosas no sean fungibles o comestibles—, es decir lo percibido en razón del mandato.

La jurisprudencia de la Cámara del Crimen de la Capital ha declarado que si el mandatario tiene solvencia suficiente como para creer que, llegado el momento de la rendición de cuentas podrá hacer frente a su obligación, el hecho no constituye delito. En caso contrario, sí³⁵⁶. Pero no es éste el fundamento, sino el que debe devolver la misma cosa. En general en estos casos la cuestión se desplaza al artículo 173, inciso 7º, del Código Penal.

Sin embargo, Molinario y Aguirre Obarrio observan, con razón, que la primera solución, esto es, la del tribunal, equivale a sancionar penalmente la insolvencia, pues no se castiga tanto el hecho de gastar aquello que no nos pertenece, sino la circunstancia de no poder responder por ese gasto cuando se nos pide rendición de cuentas. Y agrega el autor: “Lo que hay en realidad es que quien gasta lo que sabe que no podrá reponer lo hace sabiendo que, con ello, perjudicará irremediabilmente el patrimonio de su mandante”. Su dolo es, pues,

³⁵⁶ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 413.

indiscutible. En cambio, puede admitirse que quien se hallaba en condiciones de responder por él cuando verificó el gasto, tuvo, efectivamente, el propósito de reponer el dinero de que disponía³⁵⁷.

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que comete defraudación por apropiación indebida el comisionista que por deudas por trabajos anteriores, no existiendo verdadera cuenta corriente, se apropia de lo percibido, puesto que para poder ampararse en el derecho de retención debe previamente rendirse detallada cuenta de las cantidades percibidas, o, en su defecto, reintegrar el sobrante que resultara a favor del comitente, pudiendo solamente sobre el saldo invocarse dicha protección³⁵⁸. En estos casos el error es más que evidente, ya que el dinero, si no está encerrado o los billetes no están identificados, no es base precedente útil.

e) *Contratos no enumerados*

Además de los enumerados expresamente por el tipo penal, en la referencia a “otro título”, podrían incluirse el comodato³⁵⁹, el mandato, la prenda, así como los contratos de sociedad, usufructo, arrendamiento, aparcería, depósito precario, la representación civil, incluso los simples encargos de actuación por otro, el arrendamiento de servicios en virtud del cual se recibe una materia para transformarla, disponiendo de ella, y el leasing³⁶⁰. Esto es, todo aquel contrato que traslade la posesión de la cosa, con obligación de devolver, o sea, no en dominio.

Quedan incluidos todos los contratos del Derecho Civil en que una persona entrega, a título precario, una cosa mueble a otra, con obligación, para ésta, de entregarla o de restituirla en la época u oportunidad que se determine o cuando lo desee el propietario, según los casos³⁶¹.

³⁵⁷ Íd., p. 412.

³⁵⁸ CNCCorr., sala I, 12-6-84, “Fredes, Ricardo H.”, L. L. 1986-A-633 (37.130-S).

³⁵⁹ Resulta ejemplificativo el siguiente fallo: “Constituye el delito de retención indebida la acción del procesado que se negó a entregar, los objetos que había recibido en comodato o préstamo de uso, por cuanto según el art. 2278, del Cód. Civ., el comodatario no puede retener la cosa prestada por lo que el comodante le deba, aunque sea por las expensas en que hubo de incurrir” (CNCCorr., sala VI, 8-3-86, “Mariani, José”, D. J. 987-2-503).

³⁶⁰ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 704.

³⁶¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., p. 406.

4. *Acción típica*

a) *La discusión doctrinal y jurisprudencial*

La redacción actual del inciso 2º del artículo 173 prevé la conducta de quien se negare a restituir o no restituyere a debido tiempo, habiéndose suprimido, como señaláramos precedentemente, la fórmula “apropiarse”, que se encontraba en el texto del decreto-ley 21.338, que rigió desde el 16 de julio de 1976, hasta el 4 de septiembre de 1984, y que no era otra cosa que una norma análoga a la del Código de Italia, y que reflejaba la opinión de quienes sostenían, con serios fundamentos, desde hacía bastante tiempo antes, que la esencia de este delito estaba en la apropiación de la cosa, y no en la mera no restitución, que empobrecía el tipo penal, ya que lo consideraban como una mera omisión simple.

Esta parte de la doctrina niega que exista diferencia entre ambas formas típicas, esto es, la no restitución y la apropiación, siguiendo, aun tras la reforma, la doctrina y jurisprudencia francesa e italiana para elaborar el concepto. En este sentido, sostuvo Ure, en su momento, que la actual redacción es el fruto “de una falla técnico-legislativa que puede conducir a una errónea interpretación jurídica de la verdadera esencia del delito de apropiación indebida”, cuya “materialidad no reside en la negativa ni en la demora, sino en la apropiación”³⁶².

En la misma línea, Ramos había efectuado un serio análisis comparativo de los textos de los Códigos francés, italiano y español, que sí prevén expresamente la conducta de apropiarse, concluyendo que no existen ni siquiera diferencias de matices, por lo que se está ante uno de los pocos casos en que se pueden utilizar, para elaborar el concepto, la doctrina y la jurisprudencia francesa e italiana, pues “en el fondo, es exactamente lo mismo. Apropiarse, negarse a restituir, negar que se ha recibido es quedarse con la cosa, romper el vínculo que unía la cosa a su antiguo poseedor, y ello en provecho propio o de un tercero, esto es, en perjuicio de otro”. Y agregaba Ramos que en el delito de apropiación indebida, el *animus* de apropiarse puede

³⁶² URE, *El delito de apropiación indebida*, ps. 87 y ss., cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 370.

ser manifiesto o presunto, siendo que cuando la persona vende, consume, mueve o dona la cosa, el *animus* resulta del acto mismo de la apropiación, y cuando se niega la restitución o no se restituye a su debido tiempo, existe simplemente una presunción, pues indiscutiblemente se apropia de la cosa, pero la persona puede alegar un derecho sobre esa cosa (de retención por ejemplo).

Ramos Mejía adhirió, en su momento, comentando un fallo de 1943 de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital, que a su vez confirmaba un fallo del doctor Ure; afirmaba, con base en la doctrina francesa (Blanche y Chaveau), italiana (Carrara, Crivellari, Giurati, Angelotti, Guarneri y Santoro) y española (Groizard y Gómez de la Serna), a la posición de Ure, pero con nuevos argumentos³⁶³. Ramos Mejía dice que los fenómenos posteriores a la apropiación son consecuencias de ella, y es más, si no se fija la apropiación como momento consumativo, habrá todo un engorroso problema de prueba para delimitar cuándo se ha consumado el delito. Y es más, lo importante de esta posición es que fija la competencia, lo que no es tema menor³⁶⁴.

Por su parte, Molinario y Aguirre Obarrio, al tratar la acción típica del tipo penal en análisis se refieren a negarse a restituir, no restituir, no entregar, y no devolver, mas señalan que “es evidente que cuando el sujeto se apropió de la cosa (vgr., cuando la vendió) cometió el delito. No hay que esperar el ‘debido tiempo’, aunque es mucho más que se hubiera incluido en el texto legal”³⁶⁵.

La autoridad de esta doctrina arrastró, sin duda, a una parte de la jurisprudencia, que ha expresado: “El artículo 173, inciso 2º, del Código Penal contiene dos tipos legales distintos; uno activo, la apropiación indebida, y otro impropio de omisión, la retención indebida, en el cual el incumplimiento de la entrega o restitución exigibles equivalen a la apropiación”³⁶⁶. Asimismo, se ha dicho que: “El delito de

³⁶³ RAMOS MEJÍA, Enrique, *Momento consumativo y competencia territorial en el delito de apropiación indebida*, en *Estudios de Derecho Penal*, Ideas, Buenos Aires, 1947, ps. 97 y ss.

³⁶⁴ RAMOS MEJÍA, ob. cit., ps. 109/110.

³⁶⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 418.

³⁶⁶ CNCCorr., sala VII, 29-7-82, “Bianchi, Hugo F.”, L. L. 1983-C-593 (36.381-S), BCNCyC 982-IV-157.

apropiación o retención indebida (art. 173, inc. 2º, Cód. Pen.), no se consuma en el momento en que la cosa se recibe en depósito o custodia, sino cuando el receptor decide adueñarse de lo que se le dio por un título que produce obligación de entregar o devolver³⁶⁷.

El otro criterio, teñido sin duda de un positivismo exagerado –seguido predominantemente por Núñez y Soler–, fundamenta su posición en una interpretación literal del texto legal, entendiendo que: “Ni conceptual ni jurídicamente apropiarse es lo mismo que *negarse a restituir o que no hacerlo a debido tiempo*. El que ha realizado actos de dueño sobre una cosa, como son los de prestarla o venderla, puede o no negarse a restituirla y hacerlo a su debido tiempo después de recuperarla. Por otro lado, si bien, por regla, la negativa a restituir la cosa significa apropiársela, bien puede no ocurrir así, por ejemplo, si la pérdida o extravío de la cosa se debe a pura negligencia del que la tenía y debía devolverla. De la misma manera, en una restitución tardía puede incurrir el más celoso guardián del dominio ajeno sobre la cosa³⁶⁸.”

Y a lo dicho por Ure, en torno a la falla técnico-legislativa del tipo penal, señala Núñez que “...aunque la bondad de una regla jurídica positiva se resienta si tiene defectos científicos, eso no la priva de su valor como tal, pues la ciencia jurídica no es una instancia de apelación, nulidad o casación respecto de ella³⁶⁹”. Esta cuestión está claro que no se discutió nunca, sino que se pretendía hacer de una norma mal redactada, una norma científica, más allá del positivismo, y, sin lugar a dudas, más allá de cualquier tipo de analogía. En este sentido llama la atención la posición de Núñez, no sólo en este, sino en varios temas, a los que hemos hecho referencia.

En la misma dirección, afirma Soler que no obstante las críticas que atrajo la redacción, no se observan contradicciones jurídicas internas en nuestra ley, derivadas del hecho de acordar a la disposición el sentido de las palabras con las que se expresa, agregando que: “No hay que llamar error, sin embargo, a cualquier desviación de la doctrina, por famosa que ésta sea. Lo importante es que el legislador no sancione

³⁶⁷ CNCCorr., sala III, 21-9-79, “Pazos, Ramiro”, BCNCyC 980-V-86.

³⁶⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 370.

³⁶⁹ *Ibidem*.

cosas imposibles o contradictorias o incompatibles. Nada de eso ocurre en el presente caso. Podrá preferirse, *de lege ferenda*, otro sistema, pero ello no exime de estudiar la *lex data*³⁷⁰.

La doctrina alemana, en base a un texto donde expresamente coloca el término apropiación, había afirmado que se trata de una acción similar a la del autor, que desplaza al anterior propietario, incorporando la cosa a su patrimonio, de manera que se trata de un apoderamiento de la cosa³⁷¹. Ahora bien, este concepto de apropiación tiene dos elementos: uno es la apropiación en sentido estricto, en la cual el autor se atribuye un poder sobre la cosa, aunque sea transitorio, y la expropiación del titular, que en este caso debe ser permanente³⁷².

La discusión planteada reviste gran importancia, pues una u otra solución, puede derivar en la conclusión de que una acción es o no típica en un caso concreto. Tal es, por ejemplo, la hipótesis de quien deja en depósito a alguien una heladera por un mes, y a los diez días el depositario dona el electrodoméstico a una institución. En este caso, la consumación del hecho es al momento de la fecha de la donación –en que dispuso de la cosa como propia–, si se sigue la teoría de la apropiación. Pero, en cambio, recién se configuraría el delito, según la otra posición, en el momento de la finalización del término fijado, previa intimación a devolver, y la no restitución consecuente.

Según la posición aludida en primer término, habiéndose efectivizado los actos positivos que trasuntan la voluntad de disponer de la cosa ajena como si fuera propia, se consuma el delito, con independencia de que, habiendo ya intervertido el título, luego entregue o restituya la cosa, incluso en tiempo oportuno³⁷³.

³⁷⁰ SOLER, ob. cit., p. 427.

³⁷¹ KREY, *Strafrecht*, BT, UU edición, 1982, ps. 52 y ss.; BOCKELMANN, *Strafrecht*, BT, I, 2ª ed., cit. por SILVA CASTAÑO, María Luisa, *El delito de apropiación indebida*, en BACIGALUPO, *Derecho Penal económico*, Hammurabi, Buenos Aires, p. 165.

³⁷² SILVA CASTAÑO, ob. cit., p. 166.

³⁷³ Indica Laje Anaya (ob. cit., p. 123) que si no fuera así, no tendría mayor sentido la acción de apropiarse. Una conducta posterior que demostrara arrepentimiento, sólo podría tener eficacia para la graduación de la pena (cfr. NÚÑEZ, ob. cit., p. 249, y nota 53; FONTÁN BALESTRA, t. VI, p. 119; URE, *El delito de apropiación indebida* cit., p. 137, citados por Laje Anaya).

Conforme a la posición de Núñez y Soler, en cambio, antes del debido tiempo la omisión de devolver (e incluso la imposibilidad de devolver, como en el ejemplo de la heladera), resulta no punible.

Parte de la doctrina española, al referirse al bien jurídico protegido, distingue el caso de bienes fungibles³⁷⁴ y no fungibles³⁷⁵, lo que no es aplicable a nuestro texto, en donde se exige que la cosa que se devuelve sea la misma que se ha entregado, de manera que si se entregó una cosa fungible, no hay tipicidad posible del artículo 173, inciso 2º, del Código Penal.

Si se trata de bienes no fungibles, la posición más tradicional sostiene que no se configura el delito hasta vencido el término o efectuada la intimación a devolver, por las mismas razones expuestas precedentemente: el tipo penal, en el Código, no prevé la conducta de apropiación de la cosa, sino la negativa a restituir o no restitución a debido tiempo.

Sin embargo, en estos supuestos, si los actos de apropiación que ejecuta el tenedor durante el término de la tenencia consisten en disponer de la cosa destruyéndola o alterándola en su esencia, en estos casos sí podrá adelantarse el momento consumativo y se configurará el delito con el acto de disposición, pues resulta obvio que vencido el término legal o contractual, irremediamente la cosa entregada no podrá ser devuelta, por lo que es inoficioso esperar hasta ese momento. Con lo cual se demuestra que el acto de apropiación no es indiferente al tipo, y esto sencillamente porque es de la esencia del delito en tratamiento.

A nuestro juicio, la cuestión debe analizarse desde la perspectiva de la posición del autor y los deberes a su cargo, lo que lleva a que se trate de un delito de omisión impropia y de resultado. No parece coherente que exista un delito de omisión simple, y de peligro abstracto, como parece ser la opinión, si fueran consecuentes, de autores como Soler y Núñez. Esto significa que la discusión recorre carriles no co-

³⁷⁴ Son las cosas que se pueden reemplazar unas con otras de la misma calidad y en igual cantidad (por ej., el dinero, el trigo).

³⁷⁵ Es decir, que debe devolverse la misma cosa que fue entregada a título precario, y no otra.

rectos cuando se habló si debía haber apropiación o no. Lo primero que se debió hacer fue analizar la posición de garantía del sujeto activo, que lo pone como un autor especial propio, y luego, ver cuál era su deber. Partiendo de esta base, es claro que el deber del autor, basado en un derecho del sujeto pasivo, es el de devolver la cosa en el plazo debido, por lo que, si no lo hace, su conducta es un equivalente a la acción, en el sentido que defrauda la confianza, similar a la administración fraudulenta, y ocasiona un perjuicio. Se trata, en el fondo, de una administración fraudulenta de los bienes ajenos, pero de manera omisiva impropia.

b) *Objeto material*

Objeto material del delito de retención indebida, lo es la cosa mueble³⁷⁶ a que se refiere el artículo 173, inciso 2º, entre las que cita expresamente el dinero y efectos³⁷⁷. Respecto del concepto de cosa mueble remitimos a lo dicho en torno al delito de hurto, no existiendo obstáculo para admitir la retención de títulos valores³⁷⁸.

Efectos son los valores, títulos y documentos cuya retención implique un perjuicio para su titular³⁷⁹.

c) *La negativa a restituir y la no restitución a debido tiempo*

Para quienes el delito no se caracteriza por el hecho de la apro-

³⁷⁶ Acota González Rus: “Aunque no se diga, las cosas han de ser, además ajenas; prueba de ello es que todos los títulos en virtud de los que el sujeto recibe la cosa transfieren –con las salvedades apuntadas– la posesión, correspondiendo al sujeto pasivo la propiedad” (ob. cit., p. 701).

³⁷⁷ La jurisprudencia ha señalado: “El concepto de cosa es sólo aplicable al soporte y no a su contenido. En consecuencia, todo programa de computación, al no revestir la calidad de cosa, permanece al margen de los tipos penales de daño y retención indebida” (CNCCorr., sala VI, 30-4-93, “Pinamonti, Orlando M.”, J. A. 1995-III-236), y que: “Los inmuebles no pueden ser objeto del delito de retención indebida, pues el art. 173, inc. 2º, del Cód. Pen. claramente indica que sólo el dinero, los efectos o las cosas muebles pueden constituir el objeto con obligación de devolver descrito en la norma” (CNCCorr., sala V, 4-4-97, “Basilio, Eugenio D.”, L. L. 1998-D-848 [40.531-S]).

³⁷⁸ MUÑOZ CONDE, *Parte especial* cit., p. 296; RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, ob. cit., p. 407.

³⁷⁹ SOLER, ob. cit., p. 439.

piación, la conducta típica se limita a la omisión de entregar o restituir lo que se debe dar o devolver, siendo menester que la restitución no se efectúe a debido tiempo. Se trata pues, como se ha dicho, de un delito de omisión propia, tal como se dijo, toda vez que el autor provoca la lesión del bien jurídico propiedad mediante la inactividad actuante.

A nuestro entender, se trataría de un delito de omisión impropia en atención a que el tipo penal comprende una inactividad, que aunque legalmente descrita, sólo puede ser realizada por la persona que ha sido colocada como garante³⁸⁰.

En este delito de omisión impropia, el sujeto activo reviste posición de garantía, a los efectos de evitar la producción del resultado equivalente al delito comisivo. La situación de hecho de la que surge el deber de realizar la acción de restituir, también se encuentra íntegramente descrita en la ley, y es la de haber recibido una cosa mueble en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver. En estos supuestos se genera el deber de restituir para el receptor de la cosa, y su no ejecución equivale a la lesión punible del bien jurídico³⁸¹.

La jurisprudencia ha expresado que “El caso de la retención indebida en la defraudación supone la existencia de un autor especial que asume la posición de garante del bien tutelado en virtud de un título jurídico con doble función típica. Por un lado, dicho título atribuye el poder de hecho o custodia de bienes ajenos, y por el otro impone la obligación de entregar o devolver dichos bienes. La retención indebida configura un título precario que no comprende a quien posee por un título de dominio, con señorío absoluto, exclusivo y perpetuo. El dueño que se obliga a transmitir el dominio de un bien y omite ese deber contractual sufrirá los efectos propios del Derecho común pero no interesará ningún tipo penal”³⁸².

³⁸⁰ Art. 173, inc. 2º: “El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo...” La definición es tomada de MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 223.

³⁸¹ GIMBERNAT ORDEIG, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. L, MCMXCVII, ps. 5 y ss., Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado.

³⁸² CNCCorr., sala VII, 29-7-82, “Bianchi, Hugo F.”, L. L. 1983-C-593 (36.381-S), BCNCyC 982-IV-157.

El omitir la restitución sólo es significativo para el Derecho desde que la obligación de restituir se hace exigible. Mientras no surja el deber de la devolución, la aparición del ánimo de dueño en el mero detentador no es aún una retención³⁸³. Es decir, que la no restitución requiere una negativa del autor a devolver la cosa o un hecho que indefectiblemente la implique, como por ejemplo, destruirla u ocultarla. La no restitución a debido tiempo exige la mora del obligado, esto es, su retraso en el cumplimiento de la restitución debida. Ese momento puede estar determinado por el título de entrega, y, caso contrario, es necesario el oportuno requerimiento judicial o extrajudicial³⁸⁴.

Señala Núñez que la negativa a restituir o la no restitución a debido tiempo no se adecua al tipo del inciso 2º si es omisiva, lo que sucede, por ejemplo, cuando el autor retiene la cosa legítimamente³⁸⁵.

Sobre retención legítima de una cosa, los tribunales han resuelto, por ejemplo, que: “La actividad desplegada por los procesados en cuanto requieren una conformidad por sus trabajos realizados para recién entregar la cosa, constituye un razonable modo de proceder, por lo que la negativa a otorgar la constancia conformada legítima en los imputados la retención de aquella sobre la que se realizaron reparaciones, no configurándose entonces el delito de defraudación por retención indebida (art. 173, inc. 2º, Cód. Pen.). En el caso, se convino la reparación de un automotor, que es una relación obligacional que tiene como fuente un contrato de locación de servicios. En tales condiciones, la actitud de munirse de un documento conformado por el dueño del vehículo sobre el que se hizo el trabajo técnico, aparece como un prudente y preordenado modo de dar finiquito al negocio jurídico y la infundada negativa de aquél colocó a los procesados en la postura de ejercitar la retención de la cosa, es decir, del vehículo, hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa (art. 3939, Cód. Civ.)”³⁸⁶. Asimismo, se ha expresado que: “No constituye el delito de defraudación por retención indebida (art. 173, inc. 2º, Cód. Pen.), la acción del procesado que luego de vencido el término

³⁸³ En este sentido, LIFSCHITZ, ob. cit., p. 258.

³⁸⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 379.

³⁸⁵ Íd., p. 380.

³⁸⁶ CAcus. de Córdoba, 12-4-84, “Serena, Oscar A.”, L. L. C 985-878 (163-R).

fijado contractualmente para la restitución de los efectos recibidos del denunciante, no lo hizo pese a las intimaciones efectuadas, porque las partes celebraron un comodato al que adosaron una obligación alternativa de compra (art. 635, Cód. Civ.), cuyo incumplimiento genera consecuencias exclusivas del Derecho Privado y ajenas a los marcos típicos del sistema penal³⁸⁷, y se ha resuelto que: “No se adecua a los tipos de usurpación y/o retención indebida la conducta del hotelero que ante la falta de cumplimiento de la contraprestación del viajero, que omite pagar el hospedaje, le impidió la entrada en la habitación y retuvo su equipaje”³⁸⁸.

Por otro lado, para quienes entienden que el delito se consuma con la conducta de “apropiarse”, es comportamiento típico la disposición de la cosa como propia, que conlleva la ruptura de los límites que el contrato impuso.

d) *El perjuicio*

Como cualquier defraudación el tipo penal exige que la omisión de restituir se efectúe *con perjuicio para otro*, que sólo puede ser el titular del derecho de restitución, es decir, quien tenía la cosa y se la dio al autor, o bien, por ejemplo, el propietario de la cosa depositada³⁸⁹.

El perjuicio se consuma con la mera privación temporal del bien por parte de quien tuvo que disponer legítimamente de él en un momento determinado y no logró adquirir ese poder³⁹⁰.

5. *Tipo subjetivo*

El delito exige dolo directo, que se traduce en el conocimiento de que la cosa es ajena y se ha recibido con la obligación de restituirla, y la voluntad de no hacerlo, sabiendo que se perjudica al patrimonio ajeno³⁹¹.

Puede existir error de tipo, por ejemplo, si el obligado cree tener

³⁸⁷ CNCCorr., sala I, 24-11-87, “Scotti, Jorge”, D. J. 1989-1-469.

³⁸⁸ CNCCorr., sala I, 23-10-91, “Espinosa, Luis A. y otro”, L. L. 1994-A-147, con nota de Nemesio González; J. A. 1992-IV-275; E. D. 145-611.

³⁸⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 381.

³⁹⁰ CREUS, ob. cit., p. 510.

³⁹¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 380, admite la posibilidad de dolo eventual.

derecho para no restituir, cuando en realidad no lo tiene³⁹². En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que “Si el acusado de retención indebida no restituyó la cosa debida en virtud de suponer de buena fe que no estaba obligado a ello, tal error excluye el dolo, por lo que cabe su absolución, aun cuando el error hubiera sido vencible”³⁹³.

Si se entiende que queda configurado el delito con la conducta de apropiación, se exige entonces que el autor obre con “ánimo de apropiarse”³⁹⁴. La doctrina y jurisprudencia española dominantes, en esta hipótesis, exigen la concurrencia de *voluntad de apropiación* o *animus rem sibi habendi*, que aparece como un elemento subjetivo del injusto que servirá para excluir del ámbito del tipo los actos positivos realizados con el simple propósito de utilización. Asimismo destacan que “La apropiación provoca, además, la aparición del ánimo de lucro ilícito, pues hasta el momento en que la misma se produce las ventajas patrimoniales que el sujeto pudiera obtener de la posesión de la cosa son lícitas”³⁹⁵.

En contra, se expresa que el dolo en este delito es el único elemento subjetivo necesario para la consumación, pues el dolo consistente en el conocimiento y voluntad referido al elemento objetivo del tipo implicaría, en este caso, conocimiento y voluntad de disponer de la cosa en concepto de dueño, lo que entraña exclusión absoluta de los demás, incluido su propietario, y admisión de todos los perjuicios que de ahí deriven.

En nuestro caso, sostenemos que el autor debe conocer su lugar de garante y, además, la voluntad de no devolver, ya sea porque se apodera de la cosa, ya sea porque incumple el deber al que se había comprometido.

a) Antijuridicidad

Es posible que la acción de no restituir se encuentre justificada

³⁹² LAJE ANAYA, ob. cit., p. 124 (por ej., para una compensación inadmisibles CNCCorr., J. A. 1963-IV-505).

³⁹³ CNCCorr., sala IV, 6-8-87, “Scioletti, Alejandro R.”, L. L. 1987-E-445.

³⁹⁴ RAMOS, ob. cit., t. VI, N° 124. En el mismo sentido Núñez (ob. cit., p. 380) cita a Ure, quien exige *animus rem sibi habedendi*, y a Díez, quien habla de “dolo especial” y de “propósito de apropiación”.

³⁹⁵ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 711.

si hay derecho a no devolver la cosa en ciertas circunstancias, para lo cual será necesario conocer las reglas correspondientes a cada figura civil³⁹⁶. Caso concreto sería el derecho de retención, en tanto y en cuanto el autor retenga para exigir una deuda originada por la cosa misma (art. 3939, Cód. Civ.), pero no se daría la justificante si el autor destruyera la cosa, invocando ese derecho.

b) *Atribuibilidad*

Es posible el error de prohibición, tanto si el sujeto cree que no está obligado a entregar, como otra circunstancia que haga a la norma en sí.

Jurisprudencialmente se ha resuelto que: “La intermediaria mandataria del vendedor que, fracasada la operación por culpa del potencial adquirente, no entregó a aquél la ‘reserva’ dejada por éste, no comete el delito de apropiación indebida (art. 173, inc. 2º, Cód. Pen.), si su alegación en el sentido de que se negó a dicha devolución en razón del consejo dado por un abogado acerca de que contaba con un derecho de retención sobre esa suma en función de los gastos en que había incurrido con motivo del negocio, permite aplicar el artículo 13 del Código de Procedimiento Penal a fin de considerar que median dudas sobre el carácter doloso de su conducta, en virtud de la posible existencia de un error de derecho que tiñera de buena fe a su obrar”³⁹⁷.

c) *Consumación*

Tal como se ha venido afirmando, la consumación cambia, según la posición que se siga. Si se toma la apropiación como elemento básico del tipo, entonces éste es el momento consumativo. En cambio, si se considera como momento consumativo la no restitución, debe atenderse a las disposiciones civiles que regulan, sea en particular el contrato del caso, sea en general la mora en el cumplimiento de obligaciones (art. 509, Cód. Civ.)³⁹⁸. Producida la negativa o la mora, la

³⁹⁶ Conf. MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 419.

³⁹⁷ CNCCorr., sala III, 17-6-82, “Corpa de Alonso, Lucía”, L. L. 1982-D-517, BCNCyC 982-III-37.

³⁹⁸ SOLER, ob. cit., p. 435.

omisión queda consumada. Antes de ese momento no hay consumación del delito, aunque el autor haya realizado actos de apropiación sobre la cosa, a menos que esos actos lo hayan constituido en mora según las reglas civiles³⁹⁹.

Para nosotros, la cuestión pasa por la idea del perjuicio y el incumplimiento del deber de garantía.

La jurisprudencia sostuvo: “La devolución, por mediación policial, de una de las cosas entregadas, con posterioridad a la reclamación por medio de la escribana, no priva de punibilidad al acto de no restituir, pues el delito de retención indebida se consumó en el momento de la negativa a restituir que se documentó en acta de escribana, anterior a esa devolución”⁴⁰⁰.

d) *Sujeto activo y sujeto pasivo*

Sólo puede ser autor de este delito quien recibió el objeto material en virtud de alguno de los títulos antes mencionados, por lo que se trata éste de un delito especial⁴⁰¹.

Si se tratara de un funcionario público, entendemos que la realización de actos de disposición sobre el bien de carácter público dado a aquél en depósito, comisión o administración, hasta que se encuentre obligado a devolverlo, configurará el delito de malversación de caudales públicos en alguna de sus variantes⁴⁰¹⁻¹.

Sujeto pasivo es el propietario de la cosa retenida ilegalmente, no siendo necesario que quien transfiera la posesión y quien sufre el perjuicio sea la misma persona. Pero sólo es sujeto pasivo del delito el titular del derecho a que se restituya o se entregue la cosa confiada; la persona hacia la cual el agente debía cumplir su obligación. Perjudicados pueden ser, eventualmente, diversas personas⁴⁰², siempre que hayan entregado la cosa. Como afirma Ernesto Ure, “si aceptamos que el interés violado por la apropiación es el derecho a la restitución

³⁹⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 379.

⁴⁰⁰ CNCCorr., sala VI, 8-3-86, “Mariani, José”, D. J. 987-2-503.

⁴⁰¹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 702.

⁴⁰¹⁻¹ DONNA, ob. cit., t. III, ps. 257 y ss.

⁴⁰² POLITOFF LIFSCHITZ, ob. cit., p. 124.

o al uso determinado, el titular de ese derecho será siempre el sujeto pasivo⁴⁰³. Se admiten las personas jurídicas como sujetos pasivos de este delito⁴⁰⁴.

En síntesis, sólo será sujeto pasivo, que además en este caso hace al tipo penal, quien entregó la cosa. Los terceros nada tienen que ver en este tipo penal.

IV. Defraudación por suscripción de un documento

El artículo 173, inciso 3º, dice: “El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento”.

1. *Antecedentes históricos*

El tipo penal tiene su precedente en el Código de 1886. Previamente fue previsto en el proyecto Tejedor (Parte II, Libro I, Título VIII, 4º, art. 2º, inc. 7º) y en el proyecto Villegas, Ugarriza y García (art. 328, inc. 7º)⁴⁰⁵.

En la nota al proyecto Tejedor se señalan dos concordancias: primera, el artículo 452, inciso 3º, del Código español, y el apartado Nº 10, en la página 362 del tomo III de Pacheco⁴⁰⁶.

2. *Bien jurídico protegido*

La disposición castiga un atentado a la propiedad bajo la modalidad

⁴⁰³ URE, ob. cit., p. 48, cit. por POLITOFF LIFSCHITZ, ob. cit., p. 122.

⁴⁰⁴ En este sentido la jurisprudencia ha dicho que “Por ser la damnificada del delito de retención indebida un ente con personalidad jurídica propia y distinta de las personas físicas que lo forman (consorcio de propietarios), la condena por indemnización de daños y perjuicios no debe abarcar el daño moral, por cuanto el delito mencionado no puede afectar el buen nombre del consorcio, la confianza en el público o su buen crédito” (CNCCorr., sala II, 27-5-80, “Galíndez, J. L.”, BCNCyC 980-VIII-169).

⁴⁰⁵ MORENO, ob. cit., ps. 197 y 203/204. En el Código de 1886 la disposición fue prevista en el art. 203, inc. 7º. Posteriormente también previeron el tipo penal los proyectos de 1891 (art. 208, inc. 3º) y de 1906 (art. 188, inc. 3º).

⁴⁰⁶ MORENO, ob. cit., ps. 203/204. Al referirse a este tipo penal, Pacheco se pronuncia en el sentido de que la acción aquí definida es la de estafar (PACHECO, t. III, ps. 362/3, cit. por SOLER, ob. cit., p. 400).

de la estafa, resultando de aplicación lo expresado al referirnos al bien jurídico protegido en el artículo anterior.

Se trata de un caso que corresponde al grupo de estafas, porque el engaño es inicial⁴⁰⁷.

3. Tipicidad

a) Tipo objetivo

El artículo 173, inciso 3º, del Código Penal castiga al que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento.

La acción típica en esta modalidad de estafa consiste en engañar al sujeto pasivo para que firme un documento, defraudándolo, es decir, perjudicándolo patrimonialmente.

El sujeto activo comienza por desplegar algún engaño que se refiere a los alcances de un documento, teniendo en mira presentarlo a la firma y que la víctima se decida a firmarlo. Si el engaño mueve a firmar y se firma, y si ello produce los efectos que conducen a perjudicar el patrimonio, queda integrada la acción de defraudar⁴⁰⁸.

Este tipo de estafa supone la suscripción por engaño, sobre un documento ya escrito, hallándose el error en el alcance del texto que se extiende. La víctima estampa la firma inducida en error respecto del sentido, concepto, o trascendencia del documento⁴⁰⁹. Por “sentido” entendemos la razón de ser, la finalidad del documento; el “concepto” es la idea general de aquél, y la “trascendencia” es el resultado, la consecuencia que acarrea la firma del mismo.

El documento puede ser de cualquier clase, siempre que por su naturaleza pueda producir efectos jurídicos⁴¹⁰, ya sea que cree una obligación o que la extinga⁴¹¹. Por supuesto, debe tratarse de un documento que se relacione con algún derecho patrimonial y que resulte

⁴⁰⁷ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 391/392.

⁴⁰⁸ Íd., p. 394.

⁴⁰⁹ Se diferencia de la estafa genérica, caracterizada por la obtención por engaño de un documento, para defraudar, recayendo el error sobre la ubicación de la firma o en otro hecho extraño al texto del documento mismo (NÚÑEZ, ob. cit., p. 334; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 126).

⁴¹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 335, citando a GÓMEZ, t. IV, p. 125.

⁴¹¹ MORENO, ob. cit., p. 204.

en perjuicio del firmante o de los intereses que él maneje⁴¹². Asimismo, el documento puede ser público o privado.

Rigen respecto del ardid y el error los conceptos vertidos al analizar el artículo 172 del Código Penal. Sin embargo, Molinario entiende que en este caso el engaño no reclama tantos requisitos como en la estafa genérica, siendo suficiente, por ejemplo, una buena argumentación, falsa pero que convenza⁴¹³.

b) *Tipo subjetivo*

Subjetivamente, se requiere dolo directo del autor, quien, con el fin de defraudar, hace firmar el documento al sujeto pasivo mediante engaño. El dolo, en este caso, aparece en el momento mismo de la contratación, y motiva la firma del correspondiente acto jurídico; generalmente, antes de la obtención de la cosa por parte del infractor⁴¹⁴. Para un desarrollo más profundo, remitimos a lo expresado en torno al elemento subjetivo del delito de estafa (art. 172, Cód. Pen.).

4. *Consumación*

El delito exige defraudación, es decir, un perjuicio efectivo sobre la propiedad del sujeto pasivo, no bastando, en consecuencia, para su consumación, la mera suscripción del documento mediante engaño⁴¹⁵.

Sin embargo, esta última postura fue sostenida por diversos autores, como González Roura y Malagarriga⁴¹⁶. Afirma el primero: “En realidad, un documento de obligación, aunque no perjudica al obligado ni enriquece al que lo obtiene a su favor, como perjudica y aprovecha, respectivamente, la entrega del dinero o de la cosa, daña al primero

⁴¹² MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 393.

⁴¹³ Íd., p. 394.

⁴¹⁴ Íd., p. 393.

⁴¹⁵ En este sentido también Núñez (ob. cit., p. 333), quien sostiene que hasta tanto no se produzca el perjuicio “la propiedad del tercero seguirá incólume aunque pueda estar en peligro, porque éste es un peligro que bien puede ser que no se traduzca nunca en un daño, sea por la propia voluntad del autor, o por causas ajenas a ella” (SOLER, ob. cit., ps. 401/402; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 126; RAMOS, ob. cit., t. VI, p. 125, y MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 395).

⁴¹⁶ MALAGARRIGA, *El Código Penal argentino*, t. II, p. 405, cit. por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 395.

y beneficia al segundo, puesto que el patrimonio de una persona con deudas es un patrimonio menoscabado, y dado que el titular de un crédito mejora su patrimonio, y hasta puede beneficiarse de inmediato transmitiéndolo. Si pues la obligación importe propiamente una amenaza de perjuicio, un daño en potencia, una seguridad patrimonial; esta inseguridad, ese perjuicio posible son tan serios, que bien pueden equipararse al daño efectivo, tratándose, como se trata, de la extorsión. Porque quien se obligó por temor, es casi seguro que no se defenderá y porque la prueba de la violencia para destruir las constancias de un documento es por demás difícil, de tal manera que prácticamente el perjuicio es casi siempre real⁴¹⁷.

Esta solución, como bien señala Soler, transforma la estafa en un delito de peligro, afirmación inaceptable si se tiene en cuenta que, como hemos sostenido al analizar la estafa genérica, el perjuicio que experimenta la víctima es elemento fundamental para la existencia del delito de estafa. Sobre el tema también nos remitimos a lo desarrollado al tratar la estafa genérica.

Ahora bien, sentado que este delito se consuma al producirse el perjuicio patrimonial de la víctima, cabe distinguir la situación del documento cuya suscripción produce la pérdida del bien, y la de aquel que requiere un uso del mismo para la producción del perjuicio. En el primer caso, efectivamente la estafa se consuma con la inserción mediante engaño de la firma en el documento, pues es en ese momento que perjudica el firmante. En cambio, en el segundo caso, el engaño en la suscripción importará tentativa de estafa.

V. Abuso de firma en blanco

Dice el artículo 173, inciso 4º: “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”.

1. *Antecedentes históricos*

El precepto contenido en el artículo 173, inciso 4º, del Código

⁴¹⁷ GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal. Parte especial*, Valerio Abelardo Librería Jurídica, 1922, t. III, p. 204.

Penal proviene del proyecto Tejedor, que castigaba a “Los que cometan alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento, en perjuicio del mismo que la dio, ó de un tercero”⁴¹⁸. En la nota correspondiente al inciso, el doctor Tejedor expresaba que: “El abuso de firma en blanco considerado en sí mismo, dice Chaveau Adolphe, es una verdadera falsedad, puesto que consiste en una suposición de acto, en una alteración de cláusulas, ó en una adición fraudulenta a los hechos que el acto firmado de antemano tenía por objeto comprobar: una sola circunstancia lo coloca en una clase aparte, y ésta es que la firma en blanco, que sirve a la fabricación de la falsedad, se ha confiado voluntariamente al falsario [...] Es pues necesario para que se verifique el delito de que aquí se trata: 1º) que se haya entregado el papel blanco en que está la firma; 2º) que se escriba en el papel algún documento; 3º) que éste perjudique al que puso la firma ó a un tercero”.

El proyecto de Coll y Gómez modifica el texto del tipo penal, poniendo el acento en la redacción del documento⁴¹⁹ y no en la defraudación; pero el proyecto de 1951 vuelve a la fórmula de Tejedor, mantenida en la actualidad, poniendo de relieve el uso perjudicial del documento.

2. *Bien jurídico protegido*

Se trata este delito de una defraudación, por lo que resulta aplicable lo estudiado al referirnos al bien jurídico protegido, es decir, se trata de un delito que afecta la propiedad, ya sea que se afirme que es una forma de estafa, ya sea que se diga que es un abuso de confianza.

⁴¹⁸ *Código Penal de la Provincia de Buenos Aires*, 1884, art. 335, inc. 8º, p. 281, en ZAFFARONI y ARNEDO, *Codificación Penal argentina*, t. 1, p. 443.

⁴¹⁹ Castigaba el art. 227, inc. 4º: “Al que, mediante abuso de firma en blanco, extienda un documento en perjuicio del mismo que la dio o de un tercero” (COLL, Jorge E. y GÓMEZ, Eusebio, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, p. 69). La Exposición de Motivos no dio explicación del cambio (p. XLV); ZAFFARONI y ARNEDO, *ob. cit.*, t. 4, p. 621.

3. Tipicidad

a) Tipo objetivo

1) *Presupuesto del delito. La firma en blanco*

El artículo 173, inciso 4º, castiga al que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de un tercero. Se trata de una estafa especializada, por la forma del fraude, esto es, se requiere el abuso de firma en blanco.

La firma de un instrumento privado, ha sostenido la doctrina, puede ser dada en blanco antes de la redacción por escrito, de manera que, reconocida la firma, el texto llenado por la parte a la que le fue confiado hace fe, si las declaraciones u obligaciones que se encuentran en el documento son las que el signatario tuvo la intención de hacer⁴²⁰.

La ley civil es en este punto clara: el artículo 1016 del Código Civil sostiene que “La firma puede ser dada en blanco antes de la redacción por escrito. Después de llenado el acto por la parte a la cual se ha confiado, hace fe siendo reconocida la firma”.

Así, una firma se da en blanco si el signatario o quien está autorizado para hacerlo por él entrega en confianza a otra persona un pliego con la firma del primero, para que llene o complete el ya extendido⁴²¹. Lo esencial es que se otorgue al autor el derecho de llenado del documento que el sujeto pasivo entrega en confianza.

Si los claros sin cubrir no hacen a la sustancialidad de la obligación o se hacen agregados que no modifican o comprometen el texto original y la voluntad expresada en el acuerdo, ello no trae aparejada la acriminación de abuso de firma, ya que no se modifica lo convenido previamente entre las partes, ni se altera el fondo del instrumento⁴²².

⁴²⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 336.

⁴²¹ Ibidem. Se entiende que las huellas dactilares usadas voluntariamente por quien está imposibilitado de firmar, y el uso de la llamada “media firma” resultan equivalentes a la firma requerida por el tipo penal si expresan la inequívoca voluntad del suscriptor.

⁴²² SPROVIERO, Juan, *Delitos de estafas y otras defraudaciones*, Ábaco, Buenos Aires, t. 1, p. 290.

2) *Acción típica. El abuso de firma en blanco*

La doctrina argentina ha venido sosteniendo, de una manera casi unánime, que el delito del inciso 4º, se trata de una estafa especializada por la forma particular del fraude, cual es, que se llega a él a través de la firma en blanco. Y más enfáticamente, ha dicho que no se trata de un abuso de confianza, sino de una forma de hacer mal uso de lo que se entregó en virtud de una esperanza, o seguridad preexistente, de que sucedería lo contrario⁴²³. La confianza, en este caso, versaría en torno a que el autor no se aparte de las instrucciones recibidas por medio de un *jus scribendi*.

Para esta posición, la afirmación tenía dos consecuencias: la primera, que el autor no debía haber entrado en posesión o tenencia de la cosa por un título ilegítimo⁴²⁴, y la segunda, que la entrega al autor del documento, debía haber sido voluntaria, lo que descartaba la violencia, el fraude, la entrega por un tercero o el fortuito⁴²⁵.

Así explicada la cuestión, es claro que no se trata de una estafa especializada, sino que es una administración fraudulenta especializada, que es una cosa distinta⁴²⁶. Adviértase que no hay demasiada distinción con la conducta prevista del artículo 173, inciso 7º, del Código Penal, ya que se recibe un mandato para llenar el documento y, mediante un acto de infidelidad se llena de otra forma, perjudicial para el mandante. Desde esta perspectiva, quedarán pocos casos que salgan de este esquema que hemos enunciado.

Ahora bien, el autor, que posee la tenencia del documento, en virtud de un título justo, apartándose de las instrucciones recibidas, vuelca en el documento declaraciones u obligaciones de carácter patrimonial, perjudiciales para el firmante o un tercero, trastrocando la

⁴²³ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 127.

⁴²⁴ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 357.

⁴²⁵ Ésta es la opinión de la doctrina nacional mayoritaria. En contra Moreno, sin explicar el porqué de su conclusión señala: "Sin dejar de convenir que en la mayoría de los casos la firma en blanco debe haber sido otorgada en confianza al agente, que abusaría de la misma por el hecho de usarla indebidamente, pienso que pueden ocurrir casos en que la firma haya sido obtenida de otras maneras".

⁴²⁶ La idea surge de conversaciones con el Dr. Navarro, quien también afirma que se trata de una administración fraudulenta.

intención del suscriptor, y, como veremos en el punto siguiente, perjudicándolo. De este modo se produce el abuso, por parte del autor.

Cercana a nuestra posición se ha afirmado que “existe una real frustración de confianza al separarse el autor de las directivas impartidas o instrucciones recibidas por parte del suscriptor, más tarde víctima del accionar delictivo, sea el mismo o el tercero a quien comprometiera por las facultades con que contaba para así obligarlo”⁴²⁷.

Distinto es el caso del autor que borra un texto en un documento suscripto por otro, y lo cambia, alterando su sentido, pues en ese caso se incurriría en falsedad. Ello, toda vez que quien llena o hace llenar un documento y lo suscribe, autoriza determinado texto y se manifiesta conforme a las declaraciones que contiene. No ha dado firma en blanco, sino que ha puesto la suya en garantía de la aceptación de ciertas condiciones. Y desde el momento que no ha habido firma en blanco, no puede existir abuso de la misma, sino adulteración o falsificación del documento suscripto⁴²⁸.

Existe abuso, por ejemplo, en la acción del procesado que, habiendo recibido un cheque en blanco, firmado por su titular, para que lo llenara a fin de saldar una obligación por una suma determinada, lo llena por otra que no fue abonada por el banco por falta de fondos⁴²⁹.

3) *El perjuicio*

Tratándose el delito en análisis de una defraudación, requiere, en todos los casos, un perjuicio o daño real, valiendo en torno a esta cuestión lo dicho al tratar en el inciso 3º del artículo 173. Sólo cabe agregar que el perjuicio para un tercero supone que el signatario tenga capacidad legal para disponer por el tercero u obligarlo⁴³⁰.

⁴²⁷ SPROVIERO, ob. cit., p. 301.

⁴²⁸ MORENO, ob. cit., p. 205.

⁴²⁹ CNCCorr., sala VI, 23-10-81, “Poo, E. D.”, BCNCyC 981-XI-239. El delito se calificó en grado de tentativa, por los motivos que veremos oportunamente al tratar la consumación.

⁴³⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 337.

b) *Tipo subjetivo*

El tipo penal en examen exige dolo directo. Resulta aplicable lo que se expresa en el tratamiento del inciso 7º, esto es, la administración fraudulenta.

El autor abusa dolosamente de la confianza en él depositada por el suscriptor al entregarle el documento en blanco, incumpliendo las directivas impartidas por el sujeto pasivo para el llenado del mismo, con el fin de defraudar.

Sobre el punto, la jurisprudencia ha dicho: “No es admisible que una persona entregue a otra un talonario, o algunos, o algún cheque ya firmado en blanco, desentendiéndose de las obligaciones que su calidad de titular de cuenta corriente le impone. Fácil sería eludir su culpabilidad penal actuando de ese modo, y alegar, en descargo de una conducta dolosa evidente, un presunto abuso de firma en blanco”⁴³¹.

4. *Consumación*

Al igual que en la estafa por suscripción engañosa de un documento, la defraudación puede consumarse con el documento mismo, en el caso de que la declaración inserta sea directamente dispositiva de propiedad (endoso, cesión de títulos o valores, o la renuncia de un crédito), o mediante el uso de documento, si lo inserto es una simple obligación patrimonial⁴³². Así, se ha resuelto que: “La apropiación de un cheque dejado en blanco, su redacción y cobro en el banco no puede constituir abuso de firma en blanco, pues el tipo del inciso 4º, del artículo 173, del Código Penal requiere que el documento sea entregado por quien lo signó para que lo use quien lo recibe y el tenedor viola lo convenido y lo llena abusivamente”⁴³³, y “La apropiación de un cheque dejado en blanco, su redacción y cobro en el banco no puede constituir abuso de firma en blanco, pues el tipo del inciso 4º, del artículo 173, del Código Penal requiere que el documento

⁴³¹ CNPEcon., sala III, 19-3-81, “Telias, Violeta N.”, J. A. 1981-IV-67.

⁴³² NÚÑEZ, ob. cit., p. 337.

⁴³³ CNCCorr., sala VII, 28-6-90, “Kruger, Fabián A.”, L. L. 1991-E-785, jurisprud. agrup., caso 7552.

sea entregado por quien lo signó para que lo use quien lo recibe y el tenedor viola lo convenido y lo llena abusivamente”⁴³⁴.

Como lo hemos sostenido al tratar el inciso anterior, se admite la tentativa en el caso de inserción dolosa del texto cuando el documento debe ser luego usado.

La jurisprudencia ha dicho que: “Configura el delito de abuso de firma en blanco en grado de tentativa (arts. 173, inc. 4º, 42, 44, Cód. Pen.), la acción del procesado que habiendo recibido un cheque en blanco, firmado por su titular, para que lo llenara a fin de saldar una obligación, por la suma que podría oscilar con intereses entre \$ 2.000.000 y \$ 2.250.000, lo hizo por la de \$ 15.000.000, que no fue abonada por el banco por falta de fondos”⁴³⁵.

5. Prueba testimonial del abuso de firma en blanco

A los fines del artículo 173, inciso 4º, del Código Penal, según lo que la doctrina dominante viene diciendo, vale la regla sentada por el artículo 1017 del Código Civil que expresa “El signatario puede, sin embargo, oponerse al contenido del acto, probando que las declaraciones u obligaciones que se encuentran en él, no son las que ha tenido intención de hacer o de contratar. Esta prueba no puede ser hecha con testigos”.

Entiende Núñez que esto se justifica porque el inciso 4º es un resguardo de la institución reglada por los artículos 1016 y 1017 del Código Civil⁴³⁶, agregando que “la restricción probatoria no puede ser derogada por las leyes procesales locales, porque las provincias deben respetar las reglas sobre la prueba establecidas por el Congreso en resguardo de las instituciones que le corresponde regular”⁴³⁷.

Dicha prohibición se extiende a las presunciones derivadas de testimonios, habiéndose resuelto que “existiendo en el Código Civil (art. 1017), una concreta prohibición sobre la prueba de testigos en materia de abuso de firma en blanco, no puede hacerse mérito de la

⁴³⁴ Ídem nota anterior.

⁴³⁵ CNCCorr., sala VI, 23-10-81, “Poo, E. D.”, BCNCyC 981-XI-239.

⁴³⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 338.

⁴³⁷ Ibídem.

prueba presuncional derivada fundamentalmente de dichos de testigos para tener por acreditada la defraudación”⁴³⁸.

Sin embargo, en los últimos tiempos se han dado opiniones contrarias a esta posición, en el sentido de que es admisible la prueba testimonial, ya que el esclarecimiento de un hecho no puede estar condicionado, haciéndose necesario agotar todas las vías para dilucidar la cuestión, debiendo irrestrictamente aceptarse toda probanza⁴³⁹.

Por nuestra parte entendemos que si se trata de una forma de administración fraudulenta, más aún luego de su incorporación a la ley, no hay duda de que la limitación de prueba no es admisible, ya que rige el principio de que todo se puede probar y de cualquier forma, en cuanto no se violen garantías constitucionales básicas. La pregunta sería si el Código Civil puede regular sobre prueba y el alcance de esta disposición.

La jurisprudencia ha sostenido que “si bien el artículo 1017 del Código Civil establece la prohibición de la prueba de testigos en caso de abuso de firma en blanco, la citada prohibición no impide la condena del acusado, porque la defraudación de que se trata puede probarse por la confesión del tenedor del billete en blanco”⁴⁴⁰.

Por último, tampoco rige esta prohibición para el caso de sustracción del instrumento, habiéndose resuelto que: “Reconocida la firma del instrumento, si se pretende desconocer su contenido en razón de que habría sido sustraído y existiría abuso de firma en blanco, ambos extremos deben ser acreditados para enervar las consecuencias de aquel reconocimiento (art. 1019, Cód. Civ.)”⁴⁴¹.

VI. Defraudación por sustracción

El artículo 173, inciso 5º, expresa: “El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero”.

⁴³⁸ CNCCorr., sala I, 23-12-92, “Pérsico, Armando E.”, L. L. 1993-B-190.

⁴³⁹ SPROVIERO, ob. cit., p. 297.

⁴⁴⁰ CNCCorr., sala VI, 23-10-81, “Poo, E. D.”, BCNCyC 981-XI-239.

⁴⁴¹ SCJBA, 26-5-92, “Briccola, Carlos H. c/Jockey Club”, L. L. 1992-D-147; D. J. B. A. 143-4844, D. J. 1993-1-331.

1. Antecedentes históricos

El inciso proviene del Código español de 1848. De este Código lo tomó el proyecto Tejedor (art. 2º, inc. 11, 4, Tít. VIII, Lib. I, Part. II)⁴⁴², cuya redacción castigaba a "...El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero".

La nota correspondiente del proyecto Tejedor decía: "El que sustrae su propia cosa no puede cometer hurto *-rei nostre furtum facere non possumos-*, porque el hurto es un delito contra la propiedad. La ley romana no aplicaba estas reglas sino con ciertas restricciones pues acriminaba, no sólo el hurto de la cosa, sino el uso y la posesión: *furtum vel ipsius rei vel etiam ejus possessionisve*. De aquí, resultaba que cuando el propietario había enajenado el uso o la posesión, podía ser perseguido por hurto, si substraía la cosa. Tal era el caso del deudor que substraía del acreedor la cosa que le había dado en prenda: *aliquando suoe rei furtum quis committit, veluti si debitor rem quem creditoris pignoris causa dedir substraxerit*. Pero esta decisión no es hoy admisible. La prenda convencional procura al acreedor una seguridad para el reembolso de su crédito; pero la propiedad del objeto empeñado no deja de pertenecer al deudor. Había, es cierto, enajenado su posesión. Pero la ley no castiga ya los hurtos de posesión o de uso. Ella no castiga sino el hurto de la cosa misma para apropiársela: no declara culpable de hurto sino al que sustrae la cosa ajena. Qué hace el deudor que sustrae la cosa al que se la había dado en prenda. No hace más que remover su propia cosa. No extingue ni el gravamen que la afecta, ni el crédito cuya ejecución asegura. No comete pues, hurto (Chaveau Adolphe, t. 5, p. 48)".

En las leyes españolas, véase Partida 7, Título 14, Ley 9: "Bien que la podría demandar el otro como de furto". La pena, sin embargo, era sólo restitución o pago de crédito y una multa arbitraria. La ley 11 (P. 7, Tít. 10) hablando de los que arriendan, prestan o encomiendan a otro una cosa, dispone que si el dueño la toma por sí mismo u otro sin orden de juez, no incurre en pena de fuerza "como quier que es

⁴⁴² NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 361.

tenido de gela tornar, que se sirve della fasta aquel plazo que le señaló que a tuviese cuando gela dio”⁴⁴³.

El proyecto de Coll y Gómez mantuvo el delito entre las defraudaciones. El de 1951 también, mas imponiéndole una pena inferior a la de la defraudación común⁴⁴⁴.

Y el proyecto Soler reprimió en su artículo 215 al dueño de una cosa mueble que privare de ella a quien la tuviere legítimamente en su poder, la dañare o inutilizare, frustrando así en todo o en parte el derecho de éste. Castigando también al tercero que obrare con asentimiento o en beneficio del propietario⁴⁴⁵.

El decreto-ley 17.567⁴⁴⁶, receptando el proyecto Soler, reemplaza el verbo sustraer por la acción de privar, y comprende además la de dañar o inutilizar la cosa, frustrando así en todo o en parte el derecho de quien la tiene legítimamente en su poder⁴⁴⁷.

Dicha fórmula perdió vigencia con la ley 20.509, que derogó la reforma del gobierno militar.

2. *Bien jurídico protegido*

Señala Núñez que el objeto protegido en este delito no es la tenencia de la cosa, ni la cosa en sí, que constituyen el objeto de la sustracción, sino que lo protegido es el derecho de cuyo goce o ejercicio es privado el tenedor o un tercero⁴⁴⁸. En ese sentido se puede afirmar, empezando a entender el tipo penal, que no es un hurto, ya que el autor no actúa sobre cosa ajena, sino sobre cosa propia, ni tampoco es una estafa, ya que no hay fraude propiamente dicho. Menos aún es un abuso de confianza, ya que el autor no tiene la cosa en su poder. Por ello acierta Creus al decir que es un abuso de situación, similar al inciso 11, esto es, una especie de desbaratamiento de derechos acor-

⁴⁴³ MORENO, ob. cit., t. 5, ps. 206/207.

⁴⁴⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 362.

⁴⁴⁵ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 372.

⁴⁴⁶ Publ. en el B. O. el 12-1-68, y cuya redacción estuvo a cargo de una comisión constituida por los Dres. Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio.

⁴⁴⁷ FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, *Las reformas al Código Penal. Ley 17.567*.

⁴⁴⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 364.

dados, de modo que habría que analizar si en algunos casos, la conducta no encuadra directamente en el citado inciso⁴⁴⁹.

Y así debe ser entendido este tipo penal, pues quien se ve perjudicado patrimonialmente en el caso no es el dueño de la cosa, sino el legítimo tenedor o un tercero, víctimas del accionar del propietario quien los invade en su derecho.

En igual sentido, en la doctrina española, respecto del antiguo artículo 532, de igual redacción al nuestro⁴⁵⁰, entiende que el bien jurídico protegido es la posesión pero sólo en los supuestos en que sea legítima y únicamente frente a las actuaciones del propietario⁴⁵¹. De todas formas, había sido objeto de severas críticas, “como una contumacia digna de mejor causa y pese a las críticas unánimes de la doctrina presente y pasada mantiene el legislador este tipo penal”⁴⁵².

3. *Tipicidad*

a) *Tipo objetivo*

En tipo penal del artículo 173, inciso 5º, castiga, pues, al dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero.

1) *Presupuesto del delito*

La cosa objeto del delito debe encontrarse en poder de un tercero por título legítimo, es decir, que tiene su fuente en un título legalmente válido y subsistente al momento de la sustracción⁴⁵³. Ello, ya que la ley penal niega protección a la tenencia de hecho contra las actuaciones del propietario de la cosa⁴⁵⁴. Así, no basta el derecho de éste a tenerla, si no ha entrado en esa tenencia, pues en ese caso, la falta de entrega

⁴⁴⁹ CREUS, ob. cit., p. 515.

⁴⁵⁰ Cód. Pen. español, art. 532: “Incurrirá en las penas señaladas en el artículo precedente: 1. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo o de un tercero”.

⁴⁵¹ BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 430.

⁴⁵² POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 246.

⁴⁵³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 3964.

⁴⁵⁴ BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 340.

de la cosa, no es más que un incumplimiento contractual⁴⁵⁵. Tampoco hay título válido, si ha caducado al momento de la sustracción, o si se sustrae al ex tenedor legítimo que ha intervertido su título⁴⁵⁶.

Es un título válido el que, sin conferir el dominio de la cosa, transfiere su tenencia en cualquier carácter: a título de garantía personal o real (por ej., embargo o prenda) o de uso o goce (por ej., locación o usufructo)⁴⁵⁷, siempre que importe la concesión de un derecho sobre ella al que la ha recibido (no basta la tenencia en la que el tenedor es un mero guardador, como ocurre en ciertos casos de depósito judicial)⁴⁵⁸.

El título puede tener su origen en una convención (locación, prenda, comodato, depósito, etc.), o en un acto de autoridad (depósito o embargo judicial), o en el ejercicio de un derecho (derecho de retención)⁴⁵⁹.

2) *Acción típica*

Se trata este delito de un verdadero abuso de situación, ya que su esencia radica en que el propietario de la cosa, al substraerla del poder de su legítimo tenedor, frustra la efectividad de la seguridad o garantía⁴⁶⁰ que éste espera en virtud de la tenencia de la cosa⁴⁶¹.

Las denominaciones que la doctrina solía dar al delito “hurto impropio” o “hurto de posesión” eran demostrativas de que se cuestionaba que el delito constituyera una verdadera defraudación⁴⁶².

⁴⁵⁵ CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, p. 497.

⁴⁵⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 364. Laje Anaya trae la hipótesis del que encontró una cosa perdida y sin apropiársela, es decir, sin intervertir el título, es víctima de una sustracción por parte de su dueño, mientras se hallaba en legítima tenencia conforme a lo estipulado por las reglas del Derecho Civil.

⁴⁵⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 364.

⁴⁵⁸ CREUS, ob. cit., p. 496.

⁴⁵⁹ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., p. 364, y SOLER, ob. cit., ps. 372/73.

⁴⁶⁰ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 361/362.

⁴⁶¹ CREUS, ob. cit.

⁴⁶² MORENO, ob. cit., p. 207; NÚÑEZ, ob. cit., p. 361; CREUS, ob. cit., p. 497; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 135. Sin embargo, en la doctrina española, Bajo Fernández y Pérez Manzano entienden que el mantenimiento de este precepto en el capítulo de las estafas es un disparate, apuntando que es mucho más apropiada la inclusión del *furtum possessionis* en un futuro apartado de protección a la posesión, pero que éste no tiene nada que ver con la estafa (ob. cit., p. 340).

Las opiniones se han dividido sobre lo que significa la acción de “sustraer”. Una parte de la doctrina piensa que es la acción de apoderamiento propia del hurto. En cambio, otro sector afirma que no se pueden identificar ambas acciones, sino que hablan de una acción “semejante” al apoderamiento requerido por el hurto, y, por último, un tercer sector doctrinario admite acciones distintas del apoderamiento furtivo, como son las maquinaciones fraudulentas⁴⁶³.

Núñez entiende que sustrae la cosa el dueño que la aparta o hace salir de esa esfera de poder, apoderándose de ella o valiéndose de un fraude por el que logra que el tenedor, sin darse cuenta, realice un acto de entrega⁴⁶⁴. Ello, pues si se trataba de un fraude provocador de la entrega consciente de la cosa, no habría sustracción⁴⁶⁵.

Entendemos que la acción de “sustraer” comprende tanto las acciones de desapoderar mediante fraude, como la de apoderarse de ella mediante una acción furtiva (en el sentido del art. 162, Cód. Pen.). No vemos inconveniente para que la fórmula “sustraerse” pueda emplearse en este artículo, que prevé una defraudación, en un sentido distinto al previsto para el delito de hurto, pues la misma es utilizada en otros tipos penales del Código, con otro significado.

3) *Sujeto activo*

Sujeto activo de la defraudación es el propietario de la cosa mueble; de modo que se trata de un delito especial propio, ya que sólo esta persona puede ser autor. Si quien sustrae la cosa es un tercero, o un condómينو, el hecho configurará el delito de hurto, si media apoderamiento, o de estafa, si se emplea fraude para desapoderar.

⁴⁶³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 36.

⁴⁶⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 362.

⁴⁶⁵ Durante la vigencia del texto anterior, que se refería a “privar”, los autores entendían que la problemática planteada había sido solucionada, pues el modo de comisión quedaba perfectamente comprendido en el tipo: privaba de la cosa a su tenedor el dueño de ella que la quitaba de la esfera de tenencia en que se encontraba, apoderándose de ella del modo establecido por la figura del hurto, como utilizando un fraude para que el tenedor entregara la cosa con su voluntad viciada por el error (CREUS, ob. cit., p. 498).

b) Tipo subjetivo

Se exige dolo directo para la comisión del delito, debiendo el autor conocer la legitimidad de la tenencia ejercida por el sujeto pasivo, y querer privar de la cosa a su legítimo tenedor.

El error excluirá el dolo (por ej., si el sujeto activo cree que la tenencia legítima no subsistía al momento de actuar).

4. Consumación

Por tratarse de una defraudación, como en todos los casos, se exige un perjuicio efectivo, consistente, en este caso, en la frustración, en todo o en parte, del derecho del legítimo tenedor.

Esta frustración aparece cuando el sujeto pasivo no pueda ya ejercer su derecho sobre la cosa, con extensión total o parcial, pues el autor la ha desplazado de manera que impide el ejercicio o altera el goce de la misma⁴⁶⁶.

Es posible la tentativa, cuando el accionar del autor se frustra en alguna de las etapas ejecutivas, por razones ajenas a su voluntad, antes de llegar a la consumación.

VII. Otorgamiento de contrato simulado o recibos falsos

Dice el artículo 173, inciso 6º: “El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos”.

1. Antecedentes

El origen de este tipo penal es el Código de España⁴⁶⁷, que sólo preveía el otorgamiento de un contrato simulado.

El proyecto Tejedor (art. 12, inc. 2º) se refería solamente al otorgamiento de “contrato simulado”, siguiendo la línea de la legislación española. En la nota correspondiente se expresaba: “La simulación tiene lugar cuando un acto a la vez que contiene lo que las partes han querido escribir en él, oculta, sin embargo, su verdadera intención,

⁴⁶⁶ CREUS, ob. cit., ps. 498/499, y NÚÑEZ, ob. cit., p. 365.

⁴⁶⁷ En el Código de 1848, art. 456, inc. 2º, y en el de 1870, art. 551, inc. 2º. El Código actual prevé el delito en el art. 532 que castiga “...2. El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”.

pero la oculta porque efectivamente ellas lo han querido disimular. Por el Derecho Romano no había en esto crimen de falsedad (ley 28 D, *de lege Corn de falsis*, y 3 D, *de fide instrum*). ¿Cambiaría la solución cuando la ocultación de la verdadera intención de las partes tuviera por objeto dañar a un tercero? Esta circunstancia tampoco variaba la decisión, según el derecho. La ley 23 D, *de lege Corn de falsis*, declaraba “formalmente que no bastaba alterar la verdad en un acto para cometer falsedad, y que la mentira sola no podría tener tal carácter. La falsedad no consistía sino en la fabricación o alteración de los escritos mismos. Es cierto que algunas leyes parecen en contradicción con este principio. Pero esto proviene de que los emperadores equiparaban a la falsedad muchos hechos que no tenían los caracteres de este crimen. Los jurisconsultos llamaban estos hechos casi falsedad. Estas acriminaciones eran derogaciones a las reglas generales pero no alteraban su fuerza”⁴⁶⁸.

Esta fórmula restringida se mantiene en el proyecto de 1881 (art. 328, inc. 12), y es ampliada en la forma vigente (con el agregado de los falsos recibos) a partir del Código de 1886 (art. 203, inc. 12). Los proyectos de Coll y Gómez y de 1951 mantienen la disposición.

2. *Bien jurídico protegido*

El tipo penal en estudio constituye una modalidad específica de estafa, por lo que resulta aplicable lo desarrollado sobre el punto en el análisis del artículo 172 del Código Penal.

3. *Tipicidad*

a) *Tipo objetivo*

Castiga el artículo 173, inciso 6º, al que “otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos”.

Se trata de una modalidad de estafa, pues concurre el engaño en simular un contrato o extender un falso recibo, que produce un perjuicio en el patrimonio ajeno a consecuencia del acto de disposición que se realiza con motivo del error en que incurre el engañado⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ MORENO, ob. cit., p. 208.

⁴⁶⁹ Conf. BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 237.

1) *Acción típica*

La acción típica consiste en otorgar, suscribir un contrato simulado o falso recibo, perjudicando a otra persona. Se trata de un caso de codelinuencia, en la que dos personas fingen un acto, en este caso el contrato o el recibo, para perjudicar a otro⁴⁷⁰. De manera que todos los otorgantes del contrato tienen que actuar dolosamente⁴⁷¹.

O en palabras de Creus, se trata de una figura especial de fraude, y cuya autonomía se condensa en el hecho de que el contrato simulado o el falso recibo son en sí ardidés que causan perjuicio o que pueden emplearse como medio de maniobras engañosas que induzcan en error a la víctima para hacerle disponer de su propiedad de modo no compensatorio. En un caso, la simulación es un engaño, en el segundo integra el engaño⁴⁷².

El delito no lo comete sólo el autor que otorga, sino que debe concurrir objetiva y subjetivamente quien contrata con él o recepta el recibo.

Así, cuando el contrato o el recibo no han sido otorgados, sino que han sido confeccionados materialmente por el sujeto activo, con el fin de perjudicar mediante su utilización, aquél incurrirá en la estafa genérica del artículo 172 del Código Penal, que operará en concurso con la falsificación, pero no en esta defraudación⁴⁷³.

La particularidad de este delito es que la ley no requiere aquí expresamente que ese fraude especial tenga por resultado una defraudación, sino que la exigencia de ésta resulta de la necesidad de que el contrato simulado o el falso recibo se otorgue en perjuicio de otro, y no solamente con la posibilidad de que suceda ese perjuicio⁴⁷⁴.

Tanto en el supuesto del contrato simulado como en el de falsos recibos debe existir, por lo menos entre uno de los otorgantes y el perjudicado, una relación jurídica, que determine que el engaño surgido

⁴⁷⁰ BUOMPADRE, ob. cit., p. 185; CREUS, ob. cit., p. 519.

⁴⁷¹ CREUS, ob. cit., p. 519.

⁴⁷² *Íd.*, p. 518.

⁴⁷³ *Íd.*, p. 500.

⁴⁷⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 339.

de la simulación lleve al perjuicio patrimonial de la víctima, cuando el autor otorgue dichos documentos. Pero como bien afirma Creus, no se trata de un abuso de confianza, sino que es una estafa, debido al engaño⁴⁷⁵.

La relación jurídica puede consistir, por ejemplo, en un derecho especial de carácter patrimonial del que goza el perjudicado, burlado por el contrato simulado (por ej., un derecho real, un privilegio, o una seguridad procesal del tercero sobre los bienes del primero) sobre los bienes del autor o de los que el autor pueda disponer, ofendiéndose el derecho, privilegio o seguridad cuando el autor simula un contrato con otra persona, cuyo efecto es aniquilarlo o perjudicarlo en su existencia o efectos⁴⁷⁶.

En este entendimiento, el mero traspaso simulado se halla fuera del tipo, porque los bienes del deudor genéricamente apreciados no representan para los acreedores ningún derecho especial, y sí una especie de garantía general⁴⁷⁷. Este tipo de simulaciones, cuyo objeto es frustrar la efectividad de las ejecuciones de los acreedores o del cumplimiento de obligaciones en general, es decir, no originando por sí la procedencia de la prestación por parte del eventual perjudicado, caben normalmente dentro de la insolvencia fraudulenta⁴⁷⁸.

En este sentido, jurisprudencialmente se ha sostenido que: “En tanto en el inciso 6º, del artículo 173, del Código Penal lo que se frustra es el derecho o seguridad ya existentes otorgados por un tercero distinto del agente que los desbarata con su simulación, no incurre en él el procesado que simulara una deuda hipotecaria para no pagar la contraída con el querellante”⁴⁷⁹.

Para determinar cuándo se está frente a un contrato simulado hay que recurrir a las normas del Código Civil. Así, el artículo 955 prescribe que “La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas

⁴⁷⁵ CREUS, ob. cit., p. 520.

⁴⁷⁶ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 339/340.

⁴⁷⁷ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 131.

⁴⁷⁸ CREUS, ob. cit., p. 501.

⁴⁷⁹ CNCCorr., sala VII, 18-5-90, “Speiser, Pedro c/Batalla López, Ulpiano”, L. 1991-D-137, con nota de Francisco J. D’Albora.

que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”, disponiendo el artículo 957 que “La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito”.

Asimismo, la defraudación puede llevarse a cabo otorgando un falso recibo, que falsamente acredite un pago no realizado, o realizado por una cantidad menor o mayor, o por persona distinta.

Éste también es un caso de simulación, pues por falso recibo se entiende toda constancia que acredite un pago, cualquiera que sea la forma que adopte⁴⁸⁰.

El otorgante puede ser un extraño a la relación jurídica, o un mandatario que, abusando del mandato, otorga un recibo falso al deudor de su mandante⁴⁸¹.

2) *Sujeto activo*

Todos los otorgantes del contrato y todos los que otorguen o admitan un recibo falso son autores de la defraudación en trato, pues actúan en connivencia.

b) *Tipo subjetivo*

Se exige dolo directo, debiendo el autor conocer la simulación del acto y el destino perjudicante, y querer perjudicar patrimonialmente con él. El delito exige codelincuencia dolosa⁴⁸², lo que implica que los que otorgan el contrato, requieren o admiten el recibo, deben obrar con voluntad de simularlo para perjudicar al tercero extraño a ese acto, adquiriendo, igualmente, carácter de autores.

4. *Consumación*

El momento consumativo posee iguales características que las restantes estafas documentales. El delito se consuma con el daño efectivo

⁴⁸⁰ CREUS, ob. cit., p. 501.

⁴⁸¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 341.

⁴⁸² NÚÑEZ, ob. cit., p. 341, y CREUS, ob. cit., p. 501.

producido por el otorgamiento del contrato, en tanto éste sea de carácter dispositivo, o del recibo.

Si se trata de un contrato que solamente crea una obligación, el delito se consumará con su uso exitoso.

VIII. Defraudación por deslealtad en el manejo de bienes ajenos: la llamada administración infiel o fraudulenta

El artículo 173, inciso 7º, establece: “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”.

1. Antecedentes históricos

El Derecho Romano y el Derecho intermedio no habían conocido un tipo penal semejante, como delito en contra del patrimonio⁴⁸³, aunque Mommsen afirma que se lo trataba como el *furtum* o como el *peculatus*⁴⁸⁴.

En nuestra legislación, el antecedente más inmediato del actual inciso 7º, cuyo texto fue luego derogado cuando se regresó al gobierno democrático –por ley 20.077–, fue el llamado decreto-ley 17.576 del año 1968, que a su vez se había basado en el proyecto de Soler del '60.

Previo a éste, y desde el año 1921, el artículo 173, inciso 7º, del Código Penal expresaba: “El comisionista, capitán de buque o cualquier otro mandatario que cometiere defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho”. El texto tenía su origen, lo que es

⁴⁸³ LISZT y SCHMIDT, *Tratado de Derecho Penal alemán. Parte especial*, 25ª ed., 1927, p. 365, cit. por MILLÁN, Alberto, *Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 22.

⁴⁸⁴ MOMMSEN, cit. por SCHÜNMENN, Bernd, en *StGB, Leipziger Kommentar Großkommentar*, 11ª ed., W. de Gruyter, Berlin, 1998, p. 3, § 266.

obvio, en la llamada baratería marítima que “era considerada por la mejor doctrina como una forma de administración fraudulenta y no como la figura básica de ésta” (Carrara, *Programa cit.*, § 2322 a 2328)⁴⁸⁵.

Como puede verse, la administración fraudulenta, en su texto original, fue profundamente modificada por el decreto-ley 17.567 del 6 de diciembre del 1968⁴⁸⁶, que en palabras de los autores antes citados, “tiene el efecto de alcanzar mayor número de sujetos y modos de defraudar”⁴⁸⁷.

2. Antecedentes del texto del artículo 173, inciso 7º

En su redacción anterior, este tipo penal, a diferencia de lo que sucede con los restantes supuestos previstos por el artículo 173 del Código Penal, no encontraba, según Núñez, su antecedente en la legislación española, sino en el artículo 469, incisos 3º y 4º, del Código chileno de 1874⁴⁸⁸, y resultaba ser una conducta no prevista por ningún otro código penal, aunque como se ha visto, la cuestión había sido analizada por Carrara, de acuerdo a la cita número 485.

Entre los antecedentes nacionales, el proyecto Tejedor no preveía una disposición similar.

El proyecto de 1881 (art. 328, inc. 13) reproducía el artículo chileno, castigando solamente a los comisionistas, disposición que repite el Código de 1886, en su artículo 203, inciso 13.

El proyecto de 1891 (art. 208, inc. 7º) extendía la punición a los capitanes de buque y al agente de comercio, no dando motivos de la variación en la Exposición de Motivos.

Finalmente, el proyecto de 1906, en su artículo 188, inciso 7º, convalidó íntegramente la fórmula chilena del modo y forma que en dicha legislación revestía⁴⁸⁹. Dicho texto, a través de la ley de reformas

⁴⁸⁵ FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, *Las reformas al Código Penal Ley 17.567*, p. 185.

⁴⁸⁶ Redacción mantenida por ley 20.509 en su art. 4º, del 27-5-73.

⁴⁸⁷ FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, *ob. cit.*, p. 186.

⁴⁸⁸ NÚÑEZ, *ob. cit.*, p. 382.

⁴⁸⁹ SPROVIERO, *Delitos de estafas y otras defraudaciones cit.*, t. 2, p. 429.

4189 y del proyecto de 1917, llegó al Código que primara hasta la sanción del decreto-ley 17.567⁴⁹⁰.

El proyecto de Coll y Gómez lo reproduce sin innovaciones⁴⁹¹.

Todos estos antecedentes, como está claro en Carrara, parecen referirse al tradicional delito de *barateria marítima* del viejo Código toscano. La palabra *barateria* se utilizaba para describir la corrupción de la magistratura, que estaba antiguamente en manos de poderosos mercaderes, que se servían de los jueces corruptos para torcer sus decisiones en su favor⁴⁹², o, como decía Carrara, son “todas aquellas malas artes con las cuales los capitanes de mar abusan de la confianza ajena para enriquecerse injustamente con daño y perjuicio patrimonial del que contrató con ellos”⁴⁹³.

Esta fórmula fue objeto de duras críticas por la doctrina. En primer lugar se sostenía que la redacción era inapropiada en sus alcances y anticuada en su concepción⁴⁹⁴, pues comenzaba refiriéndose al comisionista o capitán de buque para alcanzar después a cualquier mandatario⁴⁹⁵. Sin embargo la crítica central se fundaba en que con la redacción casuística del artículo no se abarcaban todas las hipótesis de los posibles abusos que pudieran cometer los que administraban bienes ajenos, y los supuestos podían superponerse con el delito de retención indebida (inc. 2º, art. 173)⁴⁹⁶. En contra, otra parte de la doctrina entendió que estas críticas eran exageradas y fundadas en el desconocimiento de ambos tipos delictivos⁴⁹⁷. Así sostenía Núñez que: “El tipo del inciso 7º no está contenido en el del inciso 2º. En éste, el objeto material de la defraudación es sólo el bien determinado que ha recibido el autor. Por el contrario, en el inciso 7º, es el acervo del administrado

⁴⁹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 383.

⁴⁹¹ Mantiene la misma redacción en el art. 227, inc. 6º.

⁴⁹² MILLÁN, ob. cit., p. 23.

⁴⁹³ CARRARA, *Programa...* cit., 2318, cit. por MILLÁN, ob. cit., p. 23.

⁴⁹⁴ FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, *Las reformas al Código Penal. Ley 17.567* cit., p. 185.

⁴⁹⁵ MILLÁN y FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 185; SOLER, ob. cit., p. 338, nota 36.

⁴⁹⁶ Entre ellos, RAMOS, Juan P., *Curso de Derecho Penal*, t. IV, Nº 176, y FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 532.

⁴⁹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 383.

o la parte de él a determinar por la rendición de cuentas. Los objetos de ambas defraudaciones no se confunden ni siquiera cuando el título de entrega a que alude el inciso 2º es el de administración. Esta hipótesis del inciso 2º comprende de manera exclusiva la defraudación de la cosa dada en administración con la obligación de conservarla y devolverla; por ejemplo, el automóvil entregado para administrarlo como taxímetro. En el inciso 7º cae, en cambio, la defraudación del dinero entregado por el dueño del vehículo para afrontar los gastos del servicio y de las ganancias producidas por éste...⁴⁹⁸

Sin embargo, se ha entendido que la diferencia con la retención indebida se encuentra en el ámbito efectivo de la activación independiente sobre intereses patrimoniales ajenos de que dispone el autor en este delito⁴⁹⁹.

3. *La redacción actual del artículo 173, inciso 7º*

La redacción actual del inciso 7º tiene el efecto de alcanzar a mayor número de sujetos y modos de defraudar⁵⁰⁰. Las razones de la sustitución se explican en la Exposición de Motivos del decreto-ley.

En el comentario a este artículo se expresó: “En el artículo 173, inciso 7º, es indispensable apartarse del texto vigente en medida considerable, por dos motivos diferentes. En primer lugar, es necesario evitar la limitación que comporta la enumeración de los sujetos de esta figura: comisionista, capitán de buque y mandatario, que podría entenderse como dejando afuera representantes, tutores, albaceas y

⁴⁹⁸ *Ibíd.*

⁴⁹⁹ Concordantemente, ha sostenido la jurisprudencia: “La conducta atribuida al procesado configura el delito de administración fraudulenta (art. 173, inc. 7º, Cód. Pen.), y no el de defraudación por apropiación indebida en grado de reiteración, por cuanto los actos de aquél representan manejo de fondos ajenos y actos de administración pura, en cuanto aparece realizando gestiones insertas en un poder general, que no requieren mandato especial (arts. 1879, 1880 y 1881, Cód. Civ.), se llame jefe de administración o como se denomine su empleo, pues lo que importa es su actividad consentida por quien tiene interés en la misma, sea o no empleado a la vez que mandatario” (CNCCorr., sala IV, 4-11-80, “Suárez, Guillermo”, BCNCyC 981-I-7).

⁵⁰⁰ FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, *ob. cit.*, p. 186.

otros sujetos que tienen poderes dispositivos sobre bienes ajenos, y muy especialmente a los que integran los órganos de personas colectivas, sobre todo de sociedades anónimas y cooperativas”.

En la redacción del inciso 7º parecería haberse partido de la figura tradicional de la baratería marítima, ampliándola para abarcar más sujetos.

En realidad, de este modo se habría procedido al revés, pues la baratería marítima no debe constituir un tipo autónomo de infidelidad o de administración fraudulenta, sino, en su caso, una figura calificada dependiente de un tipo general “...La enumeración de los sujetos era la causa de la ‘casuística confusa’ que se reprochaba al viejo texto del artículo 266 del Código alemán (v. Liszt y Schmidt, *Strafrecht*, I). Es, pues, indispensable adoptar una fórmula genérica para definir el sujeto de la infracción, bastando referirse al que tenga a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, por disposición de ley, de la autoridad o por un acto jurídico [...] En nuestro texto tomamos algunos elementos del amplísimo texto suizo, artículo 159; del artículo 390 del Código griego y del 266 del Código alemán reformado, sin acoger las nuevas enumeraciones de los proyectos de 1959 y 1960. El propósito de evitar la incriminación del simple incumplimiento de obligaciones contractuales, que el Código Penal alemán lleva a la adopción de nuevos textos complejos, parece suficientemente cubierto mediante la exigencia del fin de lucro o el propósito de dañar y la violación de deberes...”⁵⁰¹

4. *Bien jurídico protegido*

El bien jurídico protegido, como lo indica su ubicación en el

⁵⁰¹ Ley “de facto” o mejor decreto-ley 17.587, Exposición de Motivos (en ZAFFARONI y ARNEDO, *Codificación...* cit., t. VII). El citado art. 266 del Código alemán decía: “Será castigado por abuso de confianza con pena de prisión y multa el que haya abusado voluntariamente de la facultad que le ha sido otorgada por la ley; por la autoridad o un acto jurídico, para disponer de bienes ajenos u obligar a otro o lesionar el deber que le incumbe en virtud de la ley, la autoridad o negocio o de una relación de fidelidad de cuidar intereses patrimoniales ajenos y de esta manera haya perjudicado a la persona cuyos intereses patrimoniales debe atender. Podrá ser pronunciada además, la pérdida de sus derechos cívicos”.

Título V, es la propiedad, y, entre las defraudaciones, se trata de un abuso de confianza y no de una estafa, pues el sujeto pasivo entrega la cosa con su voluntad libre, “no contaminada” por ningún engaño por parte del autor del delito. La relación inicial es lícita, y por tanto el consentimiento no se encuentra viciado⁵⁰².

En síntesis, se trata este caso de un supuesto de abuso de confianza pues el autor defrauda abusando de la situación que tiene frente a los bienes ajenos que se le han confiado, con un determinado fin, a un título jurídico que no le transfiere su propiedad⁵⁰³.

Así lo ha entendido también parte de la doctrina alemana que sostiene, en este momento y de forma mayoritaria, que el bien jurídico, en la llamada infidelidad, es un puro delito contra la propiedad, de igual manera que la estafa⁵⁰⁴. Dejando de lado lo que se había dicho basado en un pensamiento nacionalsocialista que afirmaba que se trataba de un tipo penal de traición, tal como lo había afirmado Damm⁵⁰⁵.

Otros autores como Schönke, Schröder, Cramer, Dunkel y Luthmann, entre otros, afirman que el bien jurídico protegido, además de ser la propiedad, es la confianza, la rectitud y la honradez en el tráfico jurídico y económico. Por eso Klug ha podido decir que el bien jurídico no sólo es el daño al patrimonio ajeno, a través de ruptura de la confianza, sino también la ruptura de la confianza, a través del daño patrimonial⁵⁰⁶.

La confianza en la lealtad del Derecho y el tráfico económico se encuentran protegidos, pues la infidelidad punible abarca “no solamente el perjuicio patrimonial producido a través del quebrantamiento de la confianza sino al mismo tiempo la ruptura de la confianza mediante la lesión del patrimonio”⁵⁰⁷.

Por eso se sostuvo que la relación de confianza que media entre

⁵⁰² MILLÁN, ob. cit., p. 16.

⁵⁰³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 366.

⁵⁰⁴ SCHÜNEMANN, ob. cit., N° 28.

⁵⁰⁵ DAMM, en GÜRTNER, BT, p. 445.

⁵⁰⁶ KLUG, cit. por SCHÜNEMANN, N° 28.

⁵⁰⁷ HUBNER, *Leipziger Kommentar*, 10 Aufl., § 266, marg. 19, cit. por ABOSO, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2.

el autor y la víctima es sólo el medio de lesión que utiliza el primero para lograr el perjuicio económico, por lo que el componente dominante es el patrimonial⁵⁰⁸.

En la misma línea, según Samson⁵⁰⁹, el bien jurídico protegido es el patrimonio, no encontrándose protegida, en cambio, la relación de fidelidad entre el autor y la víctima. De ahí que, siguiendo a Maurach y Schroeder, sostenga que el bien jurídico es sólo la propiedad como tal⁵⁰⁹⁻¹.

Para Schönke⁵¹⁰, en cambio, la esencia es la lesión al deber jurídico de cuidar el patrimonio, tratándose el tipo penal en cuestión de un delito de deber. Es independiente “cómo lo hace”: si viola el deber, basta.

5. La esencia de la llamada administración fraudulenta

a) Aspectos generales

El legislador argentino tomó como modelo de la administración fraudulenta la legislación alemana, y sobre este punto parece no haber discusión. Con ello, tomó también toda la discusión sobre este tipo penal que, al decir de la doctrina, es uno de los más discutidos y no claros de la parte especial, sobre todo en la distinción, también reconocida, entre abuso e infidelidad⁵¹¹.

Se podría dar un concepto global de la mal llamada administración fraudulenta, ya que por la forma en que ha sido legislado el delito comprende algo bastante más amplio que la administración, por lo que entendemos que la verdadera esencia y, por qué no, nombre es el de deslealtad en el manejo de bienes ajenos. La esencia de este delito es el doloso perjuicio de un patrimonio ajeno, causado desde adentro de éste, ya que es llevado a cabo desde una posición legal de poder, mediante la utilización, de una manera infiel, de la protección que se tenía de esos bienes, que lleva a causar perjuicio a su titular⁵¹².

⁵⁰⁸ Ibidem.

⁵⁰⁹ SAMSON, t. II, p. 97.

⁵⁰⁹⁻¹ MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil*, Band, 7ª ed., C. F. Müller, Verlag, Herlderberg, 1988, § 45.

⁵¹⁰ 263, I.

⁵¹¹ SCHÜNEMANN, ob. cit., N° 1.

⁵¹² Ídem nota anterior.

b) *La discusión teórica: el abuso o la infidelidad*

Binding fue el defensor más importante de esta posición, quien afirmaba que en algunos casos, quien pensaba con mala fe, colocado en un lugar afortunado, puede disponer de un patrimonio ajeno. Ahora bien, este patrimonio encuentra a su enemigo justamente en la persona bajo la cual están a disposición, y de quien debe tener una enérgica protección, de manera que el medio específico de dañar el patrimonio es el mal uso o abuso de esa fuerte posición de poder, que debería proteger⁵¹³.

Schünemann afirma que esta posición es insuficiente, habida cuenta de que tal acción de infidelidad, no comprende los casos, cuando el daño no es causado, o producido, a través de una acción de negocios legal.

La teoría de la violación de la fe jurada o de la deslealtad, ligada especialmente a la teoría civil, tiene su centro en la deslealtad en la lesión al patrimonio, en el deber de asistencia, de solicitud del patrimonio ajeno⁵¹⁴.

La llamada teoría dualista, a los fines de no dejar al patrimonio ajeno desprotegido y con lagunas legales, amplió la teoría de la deslealtad, buscando una mayor protección.

De todas formas, y aun después del dictado del parágrafo 266 del Código Penal alemán, la teoría monista tuvo influencia que se manifestó en la jurisprudencia, debido a los escritos de Hübner, en la 9ª edición del *Leipziger Kommentar*, que llevó al conocido fallo del Segundo Senado del Bundesgerichtshof, en el caso del juicio de la tarjeta de cheques, en el cual se sostuvo que en el supuesto de haber garantizado una parte de la suma mediante una tarjeta de cheque, no se trataba del delito del parágrafo 266, sino que era una estafa⁵¹⁵.

La doctrina osciló hasta el presente, entre las teorías monistas, las viejas teorías dualistas y las modernas teorías dualistas.

Tanto desde un punto de vista gramatical como histórico, y esto vale para el Derecho argentino, no hay duda de que el fundamento es la teoría dualista.

⁵¹³ BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Besonderer Teil, 1, Scientia Verlag Aalen, 1962, § 92.

⁵¹⁴ SCHÜNEMANN, ob. cit., N° 6.

⁵¹⁵ BGHSt, 24, 386.

Ahora bien, analizados los delitos contra la propiedad, la mayoría de ellos, casi en su totalidad, están conformados de una manera tal que la protección que se intenta, por parte de la ley, está dirigida a los ataques que provienen desde afuera del patrimonio. Piense el lector en los delitos de hurto, robo, estafa, extorsión, etcétera. En todos ellos el sujeto activo nada tiene que ver con el patrimonio de la víctima, y es más, está fuera de toda relación jurídico-patrimonial; de manera que es exacto decir que el ataque viene de afuera del patrimonio, para que se pueda entender este tipo de delitos⁵¹⁶.

En cambio en el delito de administración fraudulenta, el ataque no proviene de un sujeto colocado desde fuera del patrimonio de la víctima, sino que por el contrario, se encuentra, por decirlo de alguna manera “dentro de las relaciones de confianza que cuidan al patrimonio”⁵¹⁷.

Ahora bien, los elementos centrales del tipo penal de infidelidad o deslealtad son el dominio o dirección del patrimonio ajeno, y la desconsideración en el ejercicio o desempeño de este poder, frente al patrimonio ajeno. En esta estructura fundamental, son el abuso y la fidelidad especies de aquel dominio o dirección del patrimonio⁵¹⁸.

El error en la interpretación del § 266, está en la opinión de que el tipo penal de deslealtad sería el tipo primario a través de la lesión del deber de lealtad en la relación interna, que el tipo penal de abuso, como forma de la relación externa de ese manejo de los bienes ajenos, se alcanza en la lesión del deber antes mencionada interna⁵¹⁹.

Ahora bien, Schünemann, a quien seguimos en este punto, afirma que en verdad, en ambos tipos penales, se castiga la lesión del patrimonio ajeno, a través del ejercicio o desempeño de la posición de dominio—de adentro hacia fuera, y que es sólo en virtud de una existente posición de poder—, en donde la lesión de la relación interna es sólo una medida de la antijuridicidad. La acción típica significa siempre un daño debido a la posición del dominio.

La diferencia entre ambos tipos penales consiste en las distintas

⁵¹⁶ SCHÜNEMANN, ob. cit., N° 18.

⁵¹⁷ Íd., N° 17.

⁵¹⁸ Íd., N° 20.

⁵¹⁹ *Ibidem*.

especies de la posición de dominio. En el tipo de abuso se ajusta la posición de dominio sobre la percepción, la observación de la relación con terceros, y de ese fundamento se habla en el Derecho Civil de una relación externa en el sentido de una relación con terceros.

En el tipo penal de infidelidad es relevante esta diferencia del Derecho Civil, porque se trata en el tipo penal del abuso del ejercicio de una posición jurídica de dominio.

En el tipo penal de deslealtad se trata de un distinto aspecto del dominio sobre un patrimonio ajeno, en el cual esta posición dominadora significa una ausencia de control, en la intervención que se había concedido en la colocación de ese lugar.

La consecuencia natural de la ausencia de control es esencial al deber de fidelidad, en el cual la persona colocada para ello no ejerce el control permanente y, por ende, no hay ninguna posición dominadora, como tampoco se cumple el deber, en el sentido de la fidelidad que debe tener la persona que está al frente de un patrimonio ajeno.

La independencia de la posición del autor representa el criterio central de la fidelidad. La fidelidad es sólo una cáscara, de la cual debe servirse esta posición de dominio. En otras palabras, la fidelidad es una consecuencia normativa, como medida aclaratoria de la estructura lógica o de la naturaleza de las cosas de la posición de dominio⁵²⁰.

Se trata de un delito contra la propiedad a través del mal uso o abuso de una persona, del lugar que tenía como custodio del patrimonio ajeno, y en el cual debía la fidelidad al titular de los bienes⁵²⁰⁻¹.

6. *Tipicidad*

a) *Tipo objetivo*

En el tipo de infidelidad, la lesión es en contra de la relación interna existente, del deber de cuidar la propiedad. El tipo de infidelidad encierra un peligro en sí, ya que previamente hay una lesión del deber de cuidado de la propiedad. Sin embargo la interpretación debe ser restrictiva, para no sancionar la pura ruptura del contrato.

Sin embargo, así como la lesión al deber está prevista expresamente

⁵²⁰ *Ibidem*. MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD, ob. cit., t. I, § 45.

⁵²⁰⁻¹ *Idem* nota anterior.

en el tipo penal del Código alemán, la relación de fidelidad es un requisito del tipo penal y, por ende, una forma de modalidad de la infidelidad. Motivo por el cual el autor sólo podrá ser aquella persona que se encuentre en esa relación.

En síntesis y como se verá más tarde, se trata de una infidelidad, que a través de un actuar doloso causa un daño en bienes ajenos. Esto implica un abuso de la posición que se tiene, o una deslealtad, a través de un deber que se tenía para con los bienes ajenos⁵²⁰⁻².

1) *Presupuestos del delito*

1.1) *Las fuentes de la relación con la propiedad ajena*

Como veremos al tratar la autoría, sujeto activo de este delito sólo puede ser quien se encuentre en alguna de las relaciones previstas por la norma respecto del patrimonio ajeno. Tal posición puede determinarse por disposición de la ley, de la autoridad, o por un acto jurídico. La enumeración de la norma es clara, porque da el fundamento de la atribución o competencia de la representación o de la disposición, que tiene efectos en la posición del autor y por ende en sus efectos.

1.2) *Por disposición de la ley*

Las personas a cargo de las cuales, por ley, puede quedar la administración de bienes, son numerosas. Por ejemplo, los representantes legales del incapaz (padres, padres adoptivos, sea plena o simple la adopción, tutores). La tutela testamentaria, la legítima, la dativa, la especial respecto de los menores, la curatela de los cónyuges incapaces y la curaduría a los bienes; las facultades del fiduciario dentro del régimen de la sociedades comerciales, y a otros, que sin ser administradores en sentido estricto, tienen poder para decidir, acerca de intereses ajenos, como sucede con los miembros de un directorio, del síndico en los concursos comerciales, o las facultades que asume el funcionario que reemplaza a quien, en esa calidad, había sido nombrado ejecutor testamentario⁵²¹.

Cabe destacar que cuando una disposición específica contiene una

⁵²⁰⁻² MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD, ob. cit., t. I, § 45.

⁵²¹ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 132, y MILLÁN, ob. cit., p. 30.

figura de mayor gravedad, rige esta última, sin perjuicio del posible concurso (por ej., en ciertos casos, en la malversación equiparada del art. 263 en los establecimientos de bien común exclusivamente, y en caudales secuestrados o embargados)⁵²².

La modificación o supresión de supuestos en las leyes civiles o comerciales altera el contenido de las relaciones regladas por el delito en análisis.

1.3) *Por disposición de la autoridad*

Se trata aquí de individuos que se desempeñan en funciones de administración, por haber sido designados para tal misión por autoridad competente, que puede pertenecer a cualquiera de los tres poderes, nacional, provincial o municipal, siempre que los bienes no pertenezcan al Fisco, en cuyo caso, su acción se subsumiría en la agravante de defraudación a una administración pública (art. 174, inc. 5º, Cód. Pen.).

La disposición de la autoridad debe corresponderse con la competencia del órgano que la dicta y mantenerse vigente, para que produzca pleno efecto⁵²³.

En el supuesto de autoridad se distingue entre misión y atribución expresa y tácita. Entre las primeras, por ejemplo, el poder que el juez fija al administrador de una sociedad intervenida, la autorización judicial al administrador de la herencia, a falta de acuerdo entre los herederos para promover, proseguir o contestar demandas de la sucesión, la comisión que se requiere al agente fiscal en caso de impedimento de síndico. Como mandato tácito, se relaciona a la esencia del cargo o cuando el desempeño de una gestión o negociación corresponde a las tareas de un cargo transferido a otro⁵²⁴.

1.4) *Por un acto jurídico*

Ésta es la hipótesis más frecuente de administraciones de intereses particulares ajenos y aun de asociaciones y sociedades civiles y comerciales.

⁵²² MILLÁN, ob. cit., ps. 30/31.

⁵²³ NAVARRO, Guillermo Rafael, *Delitos contra la propiedad*, Belgrano, Buenos Aires, 1992, ps. 20/1.

⁵²⁴ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 132.

En la disposición por un acto jurídico, en general, se hace referencia al mandato, como también a la designación como miembro del directorio de una persona jurídica, aunque no exista el poder que lo designe como tal, entendiéndose que será suficiente una relación fundamentada en un acto jurídico, de la cual se deduzca la facultad de actuar con eficacia para otro frente a un tercero (por ej., la autorización para hacerlo como vendedor, con autonomía)⁵²⁵. Asimismo, puede tratarse de los comisionistas o consignatarios, viajantes, y factores de comercio, administradores y albaceas.

La nulidad del respectivo contrato no excluye la incriminación penal, porque la relación jurídica puede ser tanto de hecho, como de derecho, excluyéndose el simple mandadero, que carece de poder para disponer o administrar, quien cometerá hurto o daño si se apodera o daña la cosa⁵²⁶. No así si el autor poseía el manejo de los fondos, entendiéndose que: “Incorre en el delito de defraudación por administración fraudulenta y no en el de hurto, el empleado de una estación de servicio que estando autorizado a percibir las sumas entregadas por quienes estaban bajo su control, omitió depositarlas en el pertinente buzón habilitado especialmente por el principal, apropiándose de ellas”⁵²⁷.

2) *Relación del sujeto activo con los bienes*

Como segundo presupuesto, la ley enumera tres relaciones posibles del autor con los bienes ajenos, a saber: el manejo, la administración y el cuidado. En todos los casos es necesario que el sujeto activo posea un cierto marco de libertad, autonomía y responsabilidad en la administración del patrimonio ajeno⁵²⁸.

⁵²⁵ Así ha sostenido la jurisprudencia que: “Una de las formas de la administración fraudulenta supone el manejo discrecional de fondos ajenos por quien tiene facultades de administración sobre ellos a consecuencia de un acto jurídico y realiza una serie de maniobras tendientes a obtener un lucro indebido en perjuicio de un tercero” (CNCCorr., sala V, 28-2-92, “Veris, Ana S.”, L. L. 1992-C-511, D. J. 1992-2-437).

⁵²⁶ MILLÁN, ob. cit., p. 33.

⁵²⁷ CNCCorr., sala I, 30-7-91, “Ramírez, Rodolfo D.”, L. L. 1991-E-759.

⁵²⁸ ABOSO, ob. cit., p. 29, citando a LACKNER y WAGNER.

2.1) *El manejo*

Esta facultad no está trazada en la legislación civil, y parecería coincidir con la administración a que el tipo penal se refiere en segundo término. La doctrina ha entendido que el concepto de “administración” es más amplio que el de “manejo”, por lo que este último se reservaría al desenvolvimiento de una o varias gestiones o asuntos determinados⁵²⁹.

Millán señala que esta hipótesis da la idea de un patrimonio común, por condominio, sociedad, etcétera, cuya administración se encomienda a uno o más de los comunitarios⁵³⁰. Así lo ha entendido la jurisprudencia al decir que: “Configura el delito de administración fraudulenta, la acción del procesado que habiendo manejado bienes ajenos en virtud de un acto jurídico contractual y para procurarse ventajas particulares e indebidas, utilizó, de modo consciente, el capital social para un fin no autorizado, perjudicando a su socio”⁵³¹.

Como ejemplos pueden citarse la delegación efectuada por directores de una sociedad anónima, en gerentes generales o especiales, de las funciones ejecutivas de la administración; los poderes de que dispone un comisionista hasta la conclusión de la operación; los que ejercitan los accionistas de una sociedad en las asambleas ordinarias o extraordinarias⁵³².

2.2) *La administración*

Esta hipótesis es la más amplia de las tres relaciones e implica el gobierno del patrimonio ajeno, con la potestad de actuar.

Según las reglas que rijan la relación existente entre administrador y administrado, la conducta del autor podrá exceder o no las facultades otorgadas por la ley, la autoridad o el acto jurídico. Como ejemplo pueden citarse el padre que tiene asignada por la ley la administración del patrimonio de sus hijos; la administración del deudor sometido a juicio concursal asignada al síndico que designe el juez, etcétera⁵³³.

⁵²⁹ Entre ellos, LAJE ANAYA, ob. cit., p. 133, y Núñez.

⁵³⁰ MILLÁN, ob. cit., p. 34.

⁵³¹ CNCCorr., sala VI, 14-12-87, “Kravetz, S.”, D. J. 1989-1-342.

⁵³² LAJE ANAYA, ob. cit., p. 133.

⁵³³ NAVARRO, ob. cit., p. 25.

2.3) *El cuidado*

El cuidado de los intereses del administrado cabe en los supuestos de administración y manejo, constituyendo un deber de todo administrador.

En el caso de encargo del patrimonio ajeno, el cuidado se traduce básicamente en la conservación y protección de ese patrimonio: en el caso de asunción de la actuación por otros en una gestión determinada, se transforma en un deber de lealtad que debe tender a que la gestión no resulte desfavorable al patrimonio ajeno⁵³⁴.

La jurisprudencia ha dicho que: “En el tipo de la administración fraudulenta, la palabra ‘cuidado’ no debe asimilarse a la simple guarda o utilización de bienes de un tercero, sino que comprende una situación de mayor envergadura en lo que hace a la relación con el bien o interés en trato”⁵³⁵.

3) *El objeto material*

El tipo penal enuncia como objeto material del delito a los bienes o intereses pecuniarios ajenos. Son bienes las cosas y objetos materiales y los inmateriales o derechos que son de propiedad del sujeto pasivo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2312 del Código Civil.

Son intereses pecuniarios cualquier modo de beneficio a que el sujeto pasivo tenga derecho y respecto del cual el agente está obligado a procurar su obtención⁵³⁶.

Los bienes o intereses deben ser ajenos, es decir, no pertenecer al sujeto activo sino a quien le encomendó su manejo, cuidado o administración. Pero puede suceder que los bienes sean ajenos sólo en parte, como el condominio, el coasociado, el socio de una sociedad civil o comercial de cualquier naturaleza.

7. *La acción típica*

Dos son los modos comisivos del delito previstos en el tipo

⁵³⁴ Íd., p. 26.

⁵³⁵ CNCCorr., sala V, 2-8-93, “Vera, B. y otros”, L. L. 1994-A-414, D. J. 1994-1-725.

⁵³⁶ NAVARRO, ob. cit., p. 34.

penal en estudio: el quebrantamiento de la fidelidad y el abuso o administración fraudulenta⁵³⁷.

a) *Defraudación por abuso*

El abuso presupone siempre que se tenga facultad de uso; en este caso, la facultad de obligar al administrado. Obliga abusivamente quien compromete los intereses a él confiados más allá de sus posibilidades económico-financieras⁵³⁸. Consiste en que el autor, violando sus deberes, disponga patrimonialmente u obligue, con exceso, al titular de los intereses patrimoniales que se le han confiado, mediante un acto jurídico, o negocio jurídico, venta, locación.

A esta forma defraudatoria, se llega cuando quien, teniendo a cargo la administración o manejo de bienes o intereses pecuniarios y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido, o para causar daño, y violando los deberes, obliga abusivamente al titular. El delito supone un acto jurídico con un tercero con quien el autor ha actuado como representante del titular del patrimonio⁵³⁹. Ello pues mientras que la infidelidad –que veremos seguidamente– se vincula en el trato entre administrado y administrador, en el abuso el administrador opera con terceros, cómplices o no⁵⁴⁰.

Entre el titular de los bienes y el sujeto activo, entonces, se exige la existencia de una legal relación interna, de la cual surja tanto el deber de fidelidad del autor, como la atribución de representación del autor frente a terceros; tal relación debe poder válidamente expresarse hacia afuera, ya sea por pedido, encargo, contrato de servicios, dirección de negocios, según el Derecho societario.

Y es en esa relación con terceros donde el autor se excede en el ejercicio del encargo que por ley, mandato de autoridad o acto jurídico, le ha sido conferido para actuar patrimonialmente por otro, disponiendo u obligando sus pertenencias. De allí que se sostenga que esa relación interna debe estar fundada en algunas de las formas mencionadas con anterioridad. En base a ello la relación del autor con terceros está man-

⁵³⁷ MAURACH y otros, ob. cit., § 45.

⁵³⁸ Íd., p. 37.

⁵³⁹ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 136.

⁵⁴⁰ MILLÁN, ob. cit., p. 32.

tenida en la atribución del autor de disponer de los bienes del patrimonio ajeno. Esto es, lo que se llama del poder de representación⁵⁴⁰⁻¹.

Como bien dice Millán, lo esencial es que el sujeto activo, en el momento del encargo, cuente con la facultad de realizar negocios jurídicos en nombre del comitente. Es como sostiene Frank, un perjuicio patrimonial mediante el abuso del poder jurídico de representación. De modo que si coincide el deber con el poder, no se dará el tipo penal de abuso⁵⁴⁰⁻².

De allí que se pueda sostener que el concepto de abuso surge de la legislación civil⁵⁴¹, ya que en la relación externa, el acto del autor debe haber sido efectivo, haber tenido efecto en contra de su representado o mandante. Es que el abuso se da cuando el hecho efectivo externo sobrepasa los límites del mandato dado internamente.

En síntesis, existe abuso si la acción pudo, pero no debió, cometerse⁵⁴². Es decir que no habrá abuso cuando concuerde el *durfen* con el *können*.

El abuso no presupone una relación significativamente fuerte, como es la de administrar⁵⁴³. Puede darse en dos modalidades diferentes: la disposición indebida del patrimonio ajeno y obligando indebidamente al titular del patrimonio.

En el primer caso, la facultad de disponer es la que permite “modificar, transferir, anular con efecto directo para un tercero, su derecho”⁵⁴⁴. Dispone, por ejemplo, el comisionista que dé perjudicialmente préstamos a insolventes; el director de una sociedad que priva a los accionistas del derecho de suscripción preferente (art. 195, ley 19.550).

La segunda forma abusiva consiste en aumentar el pasivo del patrimonio confiado, reconociendo derechos inexistentes, o constituyéndose en garante.

Finalmente cabe destacar que el tipo sólo se da en los casos en

⁵⁴⁰⁻¹ MAURACH y otros, § 45.

⁵⁴⁰⁻² MAURACH y otros, § 45.

⁵⁴¹ MAURACH y otros, § 45.

⁵⁴² MAURACH y otros, § 45. MEZGER, 281.

⁵⁴³ Basta para este tipo de delitos el “cuidado de intereses patrimoniales”, o el manejo de ellos. Por ej.: facultar a un mensajero para firmar recibos; a un vendedor para enajenar bienes, etc.

⁵⁴⁴ WELZEL, § 55, A, 1, b.

que la representación sea el ser del negocio en sí. En base a ello se puede sostener que el tipo penal es excluido cuando el daño sea un efecto secundario de otras obligaciones o relaciones jurídicas, sin ser característica para ello. En estos casos, la obligación de fidelidad queda excluida. Las limitaciones de este tipo son necesarias a los efectos de mantener la esencia del delito y no dejar ampliarlo a punto tal que se puna los incumplimientos de contratos.

Sobre las conductas abusivas del administrador, ha dicho la jurisprudencia que: “La desmedida demanda de dinero proveniente de diversas líneas de crédito sin duda agravaron, con singular compromiso, los intereses que manejaban los procesados, satisfaciendo así las exigencias del tipo (art. 173, inc. 7º, Cód. Pen.) en cuanto requiere un obrar abusivo con relación a los intereses confiados”⁵⁴⁵.

Finalmente, toda vez que el subtipo de abuso requiere que el autor realice actos externos, se excluyen, en principio, las conductas omisivas⁵⁴⁶.

b) *La infidelidad defraudatoria*

El tipo de quebrantamiento de fidelidad presupone una lesión al deber, que posee el sujeto activo, consistente en cuidar intereses patrimoniales ajenos. Este tipo penal se basa en la concesión dada a un tercero para la administración de un patrimonio ajeno, situación que crea una especial relación de confianza que confiere al autor importantes y peligrosas posibilidades para lesionar el patrimonio confiado⁵⁴⁷, y romper con ello las llamadas relaciones internas entre mandante y mandatario⁵⁴⁸.

La esencia de la deslealtad o infidelidad consiste en que el autor lesiona la obligación encomendada en un negocio jurídico, y con ello una relación de lealtad de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos.

Para establecer la existencia de una obligación que sustente el quebrantamiento de fidelidad, habrá de estarse al ámbito de competencia

⁵⁴⁵ CAcus. de Córdoba, 20-11-85, “Alonso Obieta, Gustavo y otro”, L. L. C. 987-44.

⁵⁴⁶ ABOSO, ob. cit., p. 31.

⁵⁴⁷ HUBNER, § 266, marg. 3, cit. por ABOSO, ob. cit., p. 32.

⁵⁴⁸ MAURACH y otros, ob. cit., § 45.

acordado al agente, según resulte de la ley, autoridad o acto jurídico, pues el quebrantamiento de fidelidad presupone, en el sujeto activo, el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos. En la fundamentación de la obligación de cuidado del patrimonio ajeno se muestra la amplia naturaleza del hecho desleal del autor, frente al acto abusivo.

Este deber, de cuidar intereses patrimoniales ajenos, concierne a la relación interna existente entre el autor y el titular del patrimonio⁵⁴⁹.

Como se dijo, el autor debe tener cierto grado de autonomía y responsabilidad, y así lo entendió la jurisprudencia al decir que “el autor del delito de administración fraudulenta debe contar con un ámbito efectivo de actuación independiente sobre intereses patrimoniales ajenos, circunstancia que no se verifica en el caso del empleado de la víctima que actúa como cajero”⁵⁵⁰.

En este supuesto, la acción quebrantadora de la fidelidad puede ser jurídica o de hecho, y puede producirse tanto por acción como por omisión⁵⁵¹. Entre los quebrantamientos de la fidelidad se encuentran:

- a) El abandono;
- b) destrucción-mutilación;
- c) forma irregular de actuar;
- d) inversiones dolosas mal realizadas;
- e) usar el derecho de forma distinta a la mandada⁵⁵².

En este sentido: “Comete el delito de quebrantamiento de fidelidad del artículo 173, inciso 7º, del Código Penal el gerente técnico comercial de la empresa del Estado que para beneficiarse personalmente utiliza sumas de dinero que estaba facultado a disponer por la naturaleza de las funciones que desempeñaba”⁵⁵³. “Incorre en el delito de administración fraudulenta el procesado que tras percibir el importe por la venta de un automotor de la víctima, no le entregó a ésta esa suma”⁵⁵⁴. “Se tipifica el delito de administración fraudulenta, si el conductor de

⁵⁴⁹ SCHÖNKE, 266, III, 1.

⁵⁵⁰ CNCCorr., sala V, 2-6-93, “Vera, B. y otros”, L. L. 1994-A-414, D. J. 1994-1-725.

⁵⁵¹ MAURACH y otros, ob. cit., § 45.

⁵⁵² CNFed.CCcorr., sala I, 17-2-86, “García, Luis A.”, L. L. 1986-D-659 (37.400-S).

⁵⁵³ CNCCorr., sala I, 7-6-90, “Moses, Gustavo J.”, L. L. 1990-E-61.

⁵⁵⁴ Ídem nota anterior.

un colectivo, violando la relación de confianza, es decir, de fidelidad frente a los bienes que detenta y en base a la independencia que tiene en el manejo de ello, causa un perjuicio a la empresa de transporte, al quedarse con la recaudación, entregando al pasaje boletos ya utilizados en la vuelta anterior”⁵⁵⁵.

Dentro de las omisiones, pueden citarse, como ejemplos el deterioro de mercaderías, y la omisión de llevar la contabilidad. Asimismo: “Incorre en el delito de administración fraudulenta del artículo 173, inciso 7º, del Código Penal, el abogado que, autorizado a percibir y cobrar judicial o extrajudicialmente, apoderado para actuar en juicio y transar y dar recibo, retuvo para sí las sumas percibidas en tal carácter”⁵⁵⁶.

c) *Relación entre ambos tipos penales*

Un sector de la doctrina considera que ambos subtipos penales son figuras dependientes⁵⁵⁷.

En contra, otro sector interpreta que el subtipo de ruptura de la fidelidad es una forma generalizada del tipo de infidelidad propiamente dicho, por lo cual, primero se debe analizar si existe abuso, para luego afirmar la presencia del quebrantamiento de la fidelidad⁵⁵⁸.

Según Welzel el quebrantamiento de fidelidad es subsidiario frente al abuso, ya que es remanente de aquél⁵⁵⁹. Meyer y Gerland opinan en igual sentido⁵⁶⁰.

Según Schünemann, ambos tipos juegan en el delito en cuestión, de modo que adhiere a la teoría dualista⁵⁶⁰⁻¹.

8. *El perjuicio*

Las acciones del autor deben traducirse necesariamente en un resultado económicamente apreciable, y perjudicial para el titular de los bienes o intereses.

⁵⁵⁵ CNCCorr., sala I, 25-2-93, “Gómez Rammsy, Octavio P.”, J. A. 1994-I-380.

⁵⁵⁶ CNCCorr., sala III, 19-2-90, “G. T., C. I.”, L. L. 1990-C-97.

⁵⁵⁷ HUBNER, 266, marg. 16, cit. por ABOSO, ob. cit., p. 33.

⁵⁵⁸ Ibidem.

⁵⁵⁹ § 55, C, I, 1. En igual sentido opina SOLER, t. II, p. 188.

⁵⁶⁰ HUBNER, 266, marg. 16, cit. por ABOSO, ob. cit., p. 33.

⁵⁶⁰⁻¹ SCHÜNEMANN, ob. cit., N° 6.

El perjuicio es un detrimento o daño patrimonial y no un menoscabo de otro tipo⁵⁶¹. Debe ser real cuando la acción reprimida consista en que el autor se exceda en su facultad para obligar al titular del patrimonio: deuda inexistente; fianza (“obligarse abusivamente”). Puede asumir carácter económico o financiero.

Se admite también perjuicio patrimonial cuando el autor deja perder una chance de incremento del patrimonio⁵⁶².

El perjuicio es sobre el patrimonio del mandante, y debe provenir del acto abusivo o infiel del autor.

9. *El consentimiento*

Si el consentimiento es prestado por el titular del patrimonio administrado con anterioridad a la producción del perjuicio patrimonial, se reduce el marco del deber del agente.

Sin embargo, un sector de la doctrina y jurisprudencia rechazan ese efecto liberatorio en el supuesto de personas jurídicas; en especial, cuando el consentimiento es prestado por el socio de una sociedad de responsabilidad limitada, para la realización perjudicial cometida por el gerente⁵⁶³.

10. *Sujeto activo y sujeto pasivo*

Se trata de un delito especial propio, ya que sólo es autor quien se encuentre en alguna de las relaciones previstas por la norma respecto del patrimonio ajeno antes vistas.

En este sentido, Schöncke⁵⁶⁴ y Maurach⁵⁶⁵ sostienen que es un delito especial dado que se supone el quebrantamiento de un deber de cuidado del patrimonio ajeno, derivado de alguna de las relaciones comprendidas por él.

Pero esta autoría queda limitada, además, a que el autor tenga la

⁵⁶¹ MAURACH y otros, ob. cit., § 45.

⁵⁶² BGH NJW 1983, 1807; SAMSON y GUNTHER, SK, II, p. 136, § 266, cit. por ABOSO, ob. cit., p. 34.

⁵⁶³ SAMSON y GUNTHER, SK, II, § 266, p. 137.

⁵⁶⁴ SCHÖNKE, ob. cit., p. 266-III.

⁵⁶⁵ MAURACH y otros, ob. cit., § 45.

posibilidad de realizar legítimamente actos de disposición de intereses ajenos. Conforme lo exige el tipo penal, sujetos del delito pueden ser todos los que, por disposición de la ley o de la autoridad o por un acto jurídico, tengan a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos⁵⁶⁶. Especialmente de órganos de personas colectivas⁵⁶⁷. Por eso es acertada la jurisprudencia al sostener que: “Si bien antes de la reforma al artículo 173, inciso 7º, del Código Penal, sólo podría ser autor del delito de administración fraudulenta un administrador, actualmente pueden serlo todos aquellos que quebrantan la fidelidad confiada en el manejo o cuidado de algún interés pecuniario, suponiendo el tipo que el sujeto activo puede disponer de bienes ajenos como lo son quienes integran los órganos de las personas colectivas, y ello se retrotrae a quienes manejan intereses de fundaciones aun antes de la autorización formal de éstas, toda vez que la ley 19.836 –tal como lo requiere el tipo penal– les confiere tal custodia a través del enunciado de su artículo 8º, al atribuirles una responsabilidad jurídica propia de todo sujeto de derecho”⁵⁶⁸.

Sujeto pasivo del delito de infidelidad puede ser tanto una persona física como jurídica⁵⁶⁹.

11. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, requiriéndose que el sujeto activo conozca los elementos típicos de cada una de las dos modalidades.

En este sentido, la infidelidad exige el conocimiento de que se viola el deber de cuidado del patrimonio ajeno, y se perjudican los intereses que le fueron confiados. Y en el abuso, se requiere que el autor conozca que excede las facultades de su actuar respecto del patrimonio ajeno, perjudicando así a su titular.

La mayor parte de la doctrina nacional admite el dolo eventual en los casos en que el autor obra con el fin de obtener un lucro,

⁵⁶⁶ FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., p. 186.

⁵⁶⁷ SOLER, t. IV, ps. 389/90.

⁵⁶⁸ CNFed.CCorr., sala II, 2-7-81, “Martínez de Perón, María E. y otros”, L. L. 1981-D-101, E. D. 94-707.

⁵⁶⁹ LECKNER, en SCHÖNKE y SCHRÖDER, StGB, § 266, marg. 49, cit. por ABOSO, ob. cit., p. 35.

siéndole indiferente el perjuicio que puede sufrir el titular del patrimonio⁵⁷⁰. En contra, Navarro entiende que es imposible admitir el dolo eventual “pues la lealtad impuesta por la relación entre sujeto activo y pasivo obliga al primero a obrar como el buen padre de familia o el diligente hombre de negocios, a no exceder los límites del negocio encomendado y a ejecutarlo fielmente. Y es evidente que obra dolosamente cuando deja de lado su cumplimiento, sabiendo que así lo hace, con el fin de lucro descrito por el tipo”⁵⁷¹.

La ley requiere que el autor obre con fin de lucro para sí, o para un tercero o para causar daño. Y ello pues: “El delito de administración infiel previsto en el artículo 173, inciso 7º, del Código Penal, tiene definidas dos acciones: perjudicar los intereses confiados u obligar abusivamente al titular de éstos, en cualquiera de los dos casos, violando sus deberes. Además, la ley ha introducido en el tipo legal elementos subjetivos que limitan el ámbito de la conducta penalmente incriminada, para evitar, así, la represión a incumplimientos de deberes contractuales; por tanto, al dolo se agrega la exigencia de un designio especial en el autor: el de procurar lucro indebido para sí o para terceros, o el de causar daño”⁵⁷².

El fin de lucro es la ventaja patrimonial que el autor se propone obtener, no siendo necesario que lo logre. Es decir, fin de lucro no es lucro efectivo sino que consiste en el propósito del sujeto activo de lograr un provecho o ventaja susceptible de apropiación pecuniaria⁵⁷³. En este sentido se ha expresado que: “Aun cuando la gestión administrativa de los procesados haya estado signada por la ineficacia, arbitrariedad y el desorden contable, que motivaran la condena de remoción en sede civil, ello no basta para tener por comprobada o descubierta la condición típica requerida por el artículo 173, inciso

⁵⁷⁰ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 392; MILLÁN, ob. cit., p. 54; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, p. 32.

⁵⁷¹ NAVARRO, ob. cit., ps. 32/33.

⁵⁷² CCCom.CCorr. de Pergamino, 15-12-94, “García Maglione, Lorenzo A. y otros”, L. L. B. A. 1995-212.

⁵⁷³ Fontán Balestra (ob. cit., t. VI, p. 128) cita el ejemplo del director o administrador de una sociedad anónima que hace bajar maliciosa y artificialmente el valor de las acciones para adquirirlas a menor precio, consumando el delito en el momento de causar la baja, que produce ya el perjuicio, sin necesidad de que él adquiera las acciones.

7º, del Código Penal, esto es el propósito de lucro o daño del sujeto activo, ya que la violación de deberes e irregulares proceder, bastan para calificar como desfavorable a la administración de la sociedad, pero aquí se los enjuició por administración fraudulenta y no por mala administración, conducta esta última que resulta atípica”⁵⁷⁴.

La causación del daño es la otra forma de infidelidad, donde el autor procura causar un perjuicio en los intereses u obligando abusivamente al sujeto activo, no requiriéndose en este caso tampoco, la producción de un daño efectivo⁵⁷⁵.

Con estos elementos, es claro que el dolo que se exige es el directo, ya que el elemento conativo del dolo exige el conocimiento de la posición que el sujeto tiene, y además saber que abusa o que es infiel y, además querer llevar a cabo esos actos, todo lo cual descarta el dolo eventual.

El error de tipo excluirá el dolo, y por tanto el delito, pues, como vimos, éste no admite la forma culposa, por ejemplo, cuando el autor se equivoca acerca del alcance de sus facultades, o cuando no conoce que perjudica los intereses puestos bajo su cuidado.

12. Consumación y tentativa

En el texto vigente hay dificultades para determinar, según lo sostenido por parte de la doctrina nacional, cuál es el momento consumativo⁵⁷⁶.

En principio, y esto parece fuera de toda duda, al ser un delito que está dentro de las defraudaciones, se consuma con el perjuicio causado, más aún si éste es efectivo. Resultan ejemplo de ello, los casos de alzamiento, destrucción o daño de cosas, de la celebración de un contrato de mutuo usurario en momentos de relativa fluidez monetaria, de contratación irrealizable de suministros o directamente la presentación de un saldo falso perjudicial, y otros hechos groseramente dañinos; no cabe duda de que se consuman en el mismo momento de su producción o celebración⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ CCom.CCorr. de Pergamino, 15-12-94, “García Maglione, Lorenzo A. y otros”, L. L. B. A. 1995-212.

⁵⁷⁵ MILLÁN, ob. cit., p. 53.

⁵⁷⁶ SOLER, ob. cit. p. 392; MILLÁN, ob. cit., p. 54; NAVARRO, ob. cit., p. 50.

⁵⁷⁷ MILLÁN, ob. cit., p. 54.

En los casos en que procede la rendición de cuentas, el perjuicio no se produce cuando el administrador se niega a rendir cuentas, o las rinde falsamente, sino cuando efectivamente se produjo el perjuicio⁵⁷⁸.

La jurisprudencia ha entendido que: “La omisión del imputado de rendir cuentas y desviar para su interés las ganancias ajenas percibidas conforme estaba obligado dentro del marco contractual configura una administración fraudulenta”⁵⁷⁹. Así mismo: “En el delito de administración fraudulenta del artículo 173, inciso 7º, del Código Penal se tiene en mira la totalidad de la gestión del mandatario en el manejo de un patrimonio, por lo que el perjuicio surge de la liquidación de la gestión, cuyos exactos términos son alterados; esa conducta no puede confundirse con los concretos y determinados fraudes del mandatario, aunque ellos se dirijan sobre el patrimonio del administrado, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de considerar que cada maniobra, a pesar de la individualidad, importaría siempre el delito de administración fraudulenta mencionado”⁵⁸⁰.

Lo que debe tenerse en cuenta es que aunque se trate de actos efectuados para procurar lucro o causar daño, no se requiere que resulte lucro efectivo o enriquecimiento para el administrador o terceros.

Se admite la tentativa en ambas modalidades, cuando el autor haya efectuado las maniobras tendientes a cometer el delito. Se señalan como casos más frecuentes el ejecutar acciones tendientes a hacer

⁵⁷⁸ Sobre el punto cabe destacar que todos los administradores tienen la obligación civil de rendir cuentas, pero está claro que la ausencia de ella no tipifica delito alguno, más allá de que ello pueda demostrar violación al deber de fidelidad, pero no es otra cosa que un fenómeno de la violación, pero no la violación en sí misma. Entiende la doctrina mayoritaria que la comprobación del perjuicio en sede penal será suficiente para demostrar el delito, no resultando este acto una cuestión prejudicial. Sin embargo, jurisprudencialmente se ha entendido que la iniciación de juicio por rendición de cuentas ante la justicia comercial hace que ante dicha sede deban ventilarse todas las cuestiones relativas a ella y de las que resulta si se perpetró o no el delito de administración fraudulenta. En contra, Navarro señala que “La construcción jurisprudencial aludida olvida que la aprobación de las cuentas en el juicio civil o comercial, no implica cosa juzgada en el proceso penal porque este último es una revisión del modo en que fueron rendidas en sede civil” (NAVARRO, ob. cit., ps. 52/3).

⁵⁷⁹ CNCCorr., sala I, 26-2-97, “Galzusta, Gustavo D.”, L. L. 1997-F-403.

⁵⁸⁰ CNCCorr., sala I, 21-4-80, “De Santis, Osvaldo F.”, L. L. 1980-C-221, BCNCyC 980-VI-114.

bajar las acciones de una compañía sin conseguirlo, o la de dejar sin bebida la hacienda por un lapso considerable a fin de que pierda peso, pero el comitente o un tercero la provee a tiempo⁵⁸¹.

IX. Defraudación por sustitución, ocultación o mutilación de proceso, expediente, documento u otro papel importante

Dice el artículo 173, inciso 8º: “El que cometiere defraudación, sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante”.

1. Antecedentes históricos

Este tipo penal fue introducido en nuestros precedentes a partir del proyecto Tejedor (art. 3º, § 4º, Tít. VIII, Lib. I, Part. II), que lo tomó del Código peruano de 1862 (art. 347) y del Código español de 1848 (art. 453)⁵⁸².

El proyecto Tejedor castigaba idéntica conducta que el Código actual, y en la nota respectiva señalaba una serie de concordancias, y expresaba: “La primera parte de este artículo –dice Pacheco– está justificada con una brevísima observación. Quien destruye papeles para defraudar, defrauda de hecho en cuanto está de su parte o comete el delito mismo, o comete una acción tan próxima a él, y con unas circunstancias tan graves, que no puede extrañarse se castiguen con la misma pena. Otra cosa es la segunda parte del artículo. La destrucción de documentos o expedientes, que no incluye defraudación, no debería, a nuestro juicio, hallarse en el capítulo presente, sino en el de los daños de que hablábamos más adelante”⁵⁸³.

El proyecto Coll y Gómez (art. 218, inc. 2º) no se refiere a “otro papel importante”, sino a “otro documento”, y los demás proyectos de reforma del Código vigente suprimen la figura⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ MILLÁN, ob. cit., ps. 55/6.

⁵⁸² SOLER, ob. cit., p. 341.

⁵⁸³ MORENO, ob. cit., p. 211.

⁵⁸⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 342.

2. *Bien jurídico protegido*

Se trata de una estafa por lo que resultan aplicables los conceptos vertidos sobre el punto al tratar el artículo 172 del Código Penal. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que dada la modalidad del fraude, aunque el delito sea contra la propiedad, puede relacionarse, además, con la fe pública⁵⁸⁵.

3. *Tipicidad*

a) *Tipo objetivo*

Castiga el inciso 8º del artículo 173 al que cometiere defraudación, sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante.

Se trata de una estafa, en la que el fraude consiste en la supresión por medio de una de las conductas previstas legalmente, de un proceso, expediente o documento, mediante la cual se induce en error a quien puede disponer patrimonialmente y perjudicar de ese modo al sujeto pasivo.

1) *Objeto de la sustitución, ocultación o mutilación*

El objeto del delito puede ser:

- a) Un proceso, es decir, puede ser una parte de una causa judicial, un conjunto de actuaciones de naturaleza jurídica, en donde se dirimen cuestiones entre particulares o instituciones. Buompadre, citando a Palacio, afirma que esta expresión es sinónimo de proceso judicial, y la doctrina define el proceso como el conjunto de actos que tiene por objeto la decisión de un conflicto en litigio o de un litigio⁵⁸⁶.
- b) Por expediente se entiende a las actuaciones labradas por la autoridad pública no judicial, por ejemplo, en sede administrativa. Buompadre identifica, en este aspecto, expediente con actuaciones administrativas.

⁵⁸⁵ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 136.

⁵⁸⁶ BUOMPADRE, ob. cit., p. 187.

- c) Un documento, que puede ser cualquier escrito firmado, y que da el carácter general y enumerativo del inciso.
- d) Otro papel importante, lo puede constituir cualquier elemento de prueba escrito, que posea carácter patrimonial.

Vale aclarar que todos estos instrumentos deben poseer importancia; en este sentido la doctrina ha insistido que todos estos documentos deben tener una significación patrimonial más que probatoria —así se entiende pues la ley dice “cualquier otro papel importante”—, evaluación que quedará a criterio del juez, interpretándose que la importancia puede ser tal a los fines de la defraudación⁵⁸⁷.

Es indiferente que el documento objeto del delito sea verdadero o falso, ya que es suficiente con que la acción determine un falso juicio que tenga repercusiones patrimoniales⁵⁸⁸. Esto señala una diferencia entre este delito con la falsedad del artículo 294. Además, los instrumentos probatorios pueden estar o no depositados en una oficina pública, lo que diferencia este delito del previsto por el artículo 255⁵⁸⁹.

b) *Acción típica*

La conducta reprochada consiste en sustituir, suprimir o mutilar un instrumento que pruebe algo relacionado con una disposición patrimonial.

En palabras de Moreno: “Los hechos a que se refiere este inciso se ejecutan, generalmente, para que no se pueda tener la prueba de un derecho y de una obligación”⁵⁹⁰. Un ejemplo claro es la sustitución de un expediente administrativo que persigue un cobro⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ CREUS, ob. cit., p. 526.

⁵⁸⁸ Íd., p. 507.

⁵⁸⁹ SOLER, t. IV, p. 343.

⁵⁹⁰ MORENO, ob. cit., p. 212.

⁵⁹¹ Así, se resolvió jurisprudencialmente que: “La supresión de un expediente administrativo que persigue el cobro de un crédito existente por el servicio prestado al usuario por parte del supervisor de la empresa prestadora de servicios públicos, constituye una modalidad adecuada a la descripción típica de la defraudación prevista y reprimida por el art. 173, inc. 8°, del Cód. Pen., cuya específica comisión ‘en perjuicio de alguna administración pública’ se encuentra acuñada en el art. 174, inc. 5°, del mismo cuerpo legal” (CFed. de San Martín, sala II, 25-4-97, “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires”, L. L. 1998-F-876 [41.066-S]).

El delito puede cometerse tanto por acciones positivas u omisiones comisivas de la supresión probatoria⁵⁹². Es claro que la sustitución y la mutilación sólo pueden efectuarse mediante actos positivos, mientras que la ocultación puede realizarse mediante un no hacer, como en el caso de la no presentación de un documento o un papel (por ej., cuando la ley impone a ciertas personas la obligación de presentar un testamento)⁵⁹³.

“Sustituye” un documento, en general, quien engaña en forma clara al cambiarlo por otro de distinto significado. Pero también engaña el que la “oculta” o “mutila”, pues altera, total o parcialmente, la verdadera situación determinante de una prestación de propiedad⁵⁹⁴. Ocultar el documento equivale a destruirlo, pues no se contará con él a los efectos para los cuales se requiere, y que, por tanto, no se producen o no pueden producirse⁵⁹⁵.

1) *Sujetos activo y pasivo*

Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona.

El sujeto pasivo puede ser el titular del patrimonio o un tercero con posibilidad de disponer de aquél y perjudicar económicamente al titular.

c) *Tipo subjetivo*

El delito exige dolo directo por parte del sujeto activo, quien ejecuta la acción típica, para inducir en error y perjudicar.

4. *Consumación*

Como toda defraudación, el tipo penal se consume con el perjuicio causado al autor, y no con la supresión del instrumento. La realización de las acciones, con el fin de defraudar, sin que haya llegado a producirse el perjuicio patrimonial, deja el hecho en grado de tentativa.

X. Estelionato

Establece el artículo 173, inciso 9º: “El que vendiere o gravare

⁵⁹² NÚÑEZ, ob. cit., p. 343.

⁵⁹³ *Ibidem*.

⁵⁹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 342.

⁵⁹⁵ MORENO, ob. cit., p. 211.

como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos”.

1. *Antecedentes*

Es un tipo penal introducido por Tejedor (art. 4º, § 4, del Tít. VIII, Lib. I, Part. II); tiene antecedentes en los Códigos de Perú de 1862, artículo 348, y de España de 1848, artículo 455. La redacción vigente es la del proyecto de 1891, que llega por los proyectos de 1906 y 1917⁵⁹⁶.

Moreno, al explicar el tipo, afirma que el Código Penal no habla de estelionato. Estelión o salamanquesa es el nombre dado a un animal que, expuesto a los rayos solares, toma múltiples colores. Esto sugirió a los romanos de colocar el nombre de crimen *stellionatus* para aquellos delitos que fluctúan entre el hurto y la falsedad⁵⁹⁷.

2. *Bien jurídico*

Se trata de un delito contra la propiedad, de manera que es de aplicación todo lo afirmado en cuanto a la estafa.

3. *Tipo objetivo*

a) *Generalidades*

Como hemos afirmado, el estelionato se trata de una estafa, aunque con particularidades propias, en el sentido de que en este tipo penal existe una forma especial de fraude, consistente en vender o gravar como bienes libres los que estuvieren embargados o gravados, o en vender, gravar o arrendar como propios, bienes ajenos⁵⁹⁸.

b) *Las acciones típicas*

Se trata, entonces, de tres acciones típicas: vender, gravar y arrendar.

Vende aquel que se obliga a transferir a otro, mediante las formalidades exigidas por ley, la propiedad de una cosa, mediante un

⁵⁹⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 344.

⁵⁹⁷ MORENO, ob. cit., t. V, p. 215.

⁵⁹⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 345; en igual sentido CREUS, ob. cit., t. I, p. 527.

precio (art. 1323, Cód. Civ.). Si se trata de bienes muebles, basta el instrumento particular, que obliga a transferir a la otra parte la propiedad de la cosa, y éste se obliga a recibirla y pagar por ella un precio cierto en dinero (art. 1323, Cód. Civ.)⁵⁹⁹. En caso de los inmuebles, se exige la escritura pública (art. 1184, Cód. Civ.).

Creus, con estos elementos, afirma que no es necesaria la tradición de la cosa, ya que la venta a que se refiere el Código Penal es el respectivo contrato, no la adquisición perfecta del derecho real. Con lo cual no hay venta cuando sólo se ha prometido en venta, como ocurre con ciertos contratos en que no se perfeccionó el acto por falta de las formalidades legales. En especial, debe tenerse en cuenta el contrato de compraventa, que es sólo una promesa de venta⁶⁰⁰.

Grava el autor un bien cuando lo afecta con un derecho real de garantía. De ese modo, Núñez afirma que no constituyen gravámenes las obligaciones personales, que limitan al autor en sus derechos (art. 1364, Cód. Civ.), ni la inhabilitación, ni la sujeción del bien a un privilegio⁶⁰¹.

Arrienda el bien el autor cuando, con las formas debidas, se obliga a conceder a la otra parte, en este caso el ofendido, el uso o goce por un precio determinado en dinero (art. 1493, Cód. Civ.).

El decreto-ley 21.338 había incluido en este tipo penal la permuta. Sin embargo, al volverse al Código de 1921, por ley 23.077, la permuta fue excluida de la redacción de la ley, motivo por el cual no encuadra en este inciso la conducta de quien permuta un bien, tanto sea gravado o ajeno. Aunque deberá estarse a las reglas generales de la estafa, del artículo 172 del Código Penal⁶⁰².

c) *Objeto*

Objeto del delito son las cosas muebles o inmuebles, que sean litigiosas o estén embargadas o gravadas o sean ajenas.

Núñez critica la posición, fijada por un fallo de sentencia⁶⁰³, que afirmaba que el inciso 9º sólo se refería a los bienes muebles. Afirma

⁵⁹⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 345.

⁶⁰⁰ CREUS, ob. cit., p. 527; NÚÑEZ, ob. cit., p. 345.

⁶⁰¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 346; en igual sentido CREUS, ob. cit., p. 528.

⁶⁰² CREUS, ob. cit., p. 528.

⁶⁰³ Sent. "Santa Coloma", L. L. 10-126.

que tal posición no encuentra base, ni en el texto legal, que habla de bienes sin hacer distinciones, ni tampoco en los precedentes del inciso, como hemos visto, que apuntan más a la tesis amplia⁶⁰⁴.

Los bienes muebles o inmuebles deben ser ajenos. Tanto es ajeno el bien que pertenece en su totalidad a otra persona como aquel que sólo le pertenece en parte. Cualquiera de los actos, antes enumerados, respecto de bienes parcialmente propios harían caer la conducta en el inciso presente (arts. 2682 y 3451, Cód. Civ.).

Sin embargo el bien no es ajeno en el caso del dominio revocable (art. 2661, Cód. Civ.), aunque como afirma Núñez, su venta puede llevar a la tipificación del delito de estafa genérico (art. 172, Cód. Pen.)⁶⁰⁵.

Tampoco son ajenos los bienes sujetos a concurso de acreedores o quiebra, salvo que el bien haya salido del patrimonio del sujeto activo.

Un bien es litigioso cuando, en el momento del hecho, es objeto de una litis judicial, no sólo en cuanto a su dominio, sino, como afirma Núñez, sobre la condición de libre o embargado⁶⁰⁶. El problema se puede dar con el artículo 173, inciso 11, del Código Penal.

Un bien está embargado cuando en el momento del hecho “se encuentra individualizado y afectado al pago de un crédito mediante su secuestro, si es una cosa mueble, o por la anotación del embargo en el registro respectivo en las formas establecidas por la ley, si es inmueble”⁶⁰⁷.

d) *El ardid*

Creus recuerda la Exposición de Motivos del decreto-ley 17.567, para entender de qué se trata el fraude en el inciso 9º: “La idea central del nuevo texto (se incluye la expresión ‘callando u ocultando la condición en que se encuentran’) consiste en exigir en el sujeto activo el deber positivo de informar la condición en que una cosa se encuentra, cuando recibe una contraprestación por el trato que a ella se refiere. El silencio y la ocultación juegan, pues, como el ardid propio de una estafa”⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 346.

⁶⁰⁵ Ídem nota anterior.

⁶⁰⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 347.

⁶⁰⁷ Ídem nota anterior.

⁶⁰⁸ Cit. por CREUS, ob. cit., p. 529.

Aguirre Obarrio afirma que en el caso de venta de cosas ajenas como propias, la sola presentación de la cosa como propia, en caso de un cuadro, por ejemplo, es suficiente ardid, ya que la sola presentación es engaño suficiente, lo mismo si se da la cosa como prenda o se alquila. Sin embargo, afirma de manera contundente: “El autor se sintió inclinado a considerar atípico el hecho, si no mediaba ardid, por tratarse de un caso específico de estafa, tal cual pensaba Rodolfo Moreno, tesis después compartida por Jiménez de Asúa, Ure, Ernesto Gavier, García Zavalía y Soler, mientras que Gómez y Núñez piensan lo contrario”⁶⁰⁹.

Con lo cual queda planteado el problema básico del tipo del artículo 173, inciso 9º, del Código Penal.

Para Núñez y ahora Creus, la cuestión está basada en que el ardid, como fraude, en este inciso, no puede fundarse en la exhumación de la distinción entre fraude civil y comercial (arts. 1178 y 1179, Cód. Civ.), ni tampoco se puede exigir el ardid general del artículo 172 del Código Penal. A su entender pareciera ser que no se exige el ardid de la estafa, aunque sin dejar de ser estafa, como sostiene Gómez. De manera que, concluye: “Las fuentes no admitían esa idea, pero concebían un estelionato sin engaño ardidoso, como era el cometido por silencio”⁶¹⁰.

Ramos, tomando el caso de la venta de cosa hurtada o robada, es decir ajena, plantea la cuestión basada en Tejedor y Pacheco, cuando afirmaba que la pena se impone en este artículo por el hecho solo de enajenar, arrendar, gravar, o empeñar una cosa ajena, fingiéndose su dueño. Y cita Ramos: “Mas este delito puede ir muy frecuentemente unido con el hurto o usurpación, en cuyos casos habrá que imponer asimismo las penas correspondientes a estos otros”. Y agrega, la disposición puede ser mala. La interpretación es otra cosa. De manera que sostiene que es la de Pacheco la explicación más convincente de este artículo⁶¹¹.

Ramos avala el criterio de la Cámara del Crimen de la Capital

⁶⁰⁹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. 2, ps. 380/81.

⁶¹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 349; CREUS, ob. cit., p. 529.

⁶¹¹ RAMOS, Juan P., *Curso de Derecho Penal*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1944, t. VI, ps. 156/7.

que había sostenido: 1º) Que el hurto se consuma y termina con el apoderamiento y que el *animus rem sibi habendi* se demuestra por el solo hecho de vender la cosa. 2º) El hecho de venderlo a otro, atenta contra el patrimonio de un nuevo perjudicado, el cual se encuentra así engañado, a pesar de su buena fe, y eso altera el equilibrio jurídico, por lo cual el inciso 9º lo erige en delito autónomo. 3º) El inciso 9º se refiere a bienes muebles e inmuebles⁶¹².

Jiménez de Asúa, citando a Gavier, expresa: “Si el que hurtó una cosa la vende luego sin emplear maniobra ardidosa respecto al comprador, no hay más delito que el del hurto, pues el inciso 9º del artículo 173, por ser un caso especial de estafa, requiere como elemento constitutivo un ardid o engaño. En cambio si tales medios para engañar se usan, la posterior actividad delictiva desarrollada por el agente, entra, como un nuevo delito, en el citado artículo 173 del Código Penal”⁶¹³. Y concluye: “No existe el tipo de estelionato del inciso 9º del Código Penal en la Argentina, si no hay defraudación, que exige ardid, y porque, sobre todo, nos hallamos ante un concurso aparente de leyes, resoluble por consunción de actos posteriores”⁶¹⁴.

El argumento de Jiménez de Asúa que si esto es una defraudación sin defraudar, esto es, sin ardid, sólo configurada por el mero ardid, tal como afirmaba Gómez, entonces no hay duda de que se trata de un delito de mero resultado, esto es, que sólo se exige el perjuicio⁶¹⁵.

A nuestro juicio, se trata de una forma de estafa, y rigen todas las reglas que se habían expuesto con anterioridad. Sólo queda el problema, en este caso, de si el solo silencio alcanza para consumar la estafa, y en este caso parece ser cierta la afirmación de González Rus acerca de que se trata de un claro supuesto de estafa por omisión⁶¹⁶.

4. *Tipo subjetivo*

El tipo es doloso, y en este caso particular requiere que el sujeto

⁶¹² Cit. por RAMOS, ob. cit., p. 155.

⁶¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed., Losada, 1964, t. II, p. 585.

⁶¹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit.

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 690.

sepa la condición del bien, y la intención de realizar algunos de los contratos antes enunciados, motivo por el cual sólo es posible el dolo directo⁶¹⁷.

5. *Sujetos: autoría*

Autor sólo puede ser quien venda o grave o arriende la cosa como libre o propia, de manera que tiene que tener alguna relación con ella.

6. *Consumación. Tentativa*

El delito, por ser una defraudación, se consuma con el perjuicio, esto es, cuando se dispone de la propiedad, lograda por el engaño, que es perjudicial para la víctima. Esto es, el pago de la cosa, para su compra o como arrendamiento.

Núñez ha dejado claro el caso de las cosas muebles, ya que salvo que sean robadas o perdidas, el comprador de buena fe adquiere el dominio (art. 2412, Cód. Civ.), de manera que “el pago del precio de una cosa mueble de la que se ha hecho tradición, únicamente puede ser perjudicial para el comprador de buena fe si la cosa es robada o perdida y su naturaleza no impide la reivindicación (art. 2762, Cód. Civ.). En este último supuesto, el pago del precio no es perjudicial para el comprador de buena fe en las dos situaciones siguientes. Primero, si el comprador ha dispuesto de la cosa como dueño, consumiéndola, transformándola o confundiéndola. Segundo, si la reivindicación solamente procede con reembolso del precio pagado por el comprador, por haberle sido vendida la cosa con otras iguales, en una venta pública o en casas de objetos semejantes (art. 2768, Cód. Civ.). En estos dos casos, el perjuicio desaparece por compensación”⁶¹⁸.

XI. Defraudación con pretexto de remuneración

El artículo 173, inciso 10, establece: “El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos”.

⁶¹⁷ Parece ser la opinión de CREUS, ob. cit., p. 531.

⁶¹⁸ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 351/352.

1. *Antecedentes históricos*

El inciso fue incorporado al Código, que lo tomó del proyecto de 1906, encontrándose también previsto en el de 1886 y en el de Tejedor⁶¹⁹. El artículo 2º, inciso 2º, párrafo 4, Título VIII, Libro I, Parte II del proyecto Tejedor lo tomó del artículo 451, inciso 3º, del Código español de 1848⁶²⁰.

Este último, en su nota, agregaba: sin perjuicio de la acción por calumnia que a los empleados afectados corresponda; expresando también en la nota: “Como se ve –dice Pacheco– los motivos que han dirigido a la ley, ora consisten en la inmensa dificultad para que se defiendan contra el propósito de estos delitos de las inocentes personas que van a ser defraudadas, ora en las razones de moralidad pública, tan patentes en el último caso”⁶²¹.

El Código de 1886 mantuvo el delito en su artículo 203, inciso 5º, y de los proyectos de reforma del Código vigente, lo mantiene más severamente castigado el de Coll y Gómez (art. 228, inc. 3º)⁶²².

2. *Bien jurídico protegido*

El delito afecta la propiedad de la víctima que es objeto del ardid, y dispone de su patrimonio en la creencia de que existirá una supuesta remuneración a jueces o empleados públicos.

Y si bien es innegable que a los ojos del damnificado la imagen de la administración pública aparecerá deteriorada, de modo alguno puede afirmarse que este delito proteja a la administración pública, pues el bien jurídico protegido en aquellos delitos es el regular, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los tres órganos del Estado, asegurando la conducta de los funcionarios públicos, quienes con la inobservancia de los deberes a su cargo, obstaculizan esa regularidad funcional, dañando no sólo la función en sí, sino también a los particulares⁶²³.

⁶¹⁹ MORENO, ob. cit., p. 217.

⁶²⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 359.

⁶²¹ MORENO, ob. cit., p. 217.

⁶²² NÚÑEZ, ob. cit., p. 359.

⁶²³ DONNA, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 15. Sin embargo, si se traslada la opinión de De Luca y Casariego a este delito,

Molinario-Aguirre Obarrio afirman que se trata de una estafa, “que merece hasta un nombre especial: *venta di fumo* (venta de humo). La entrega de la suma de dinero se ha producido a raíz del error engendrado en el cliente mediante la promesa ilusoria de traficar la sentencia, esto es, merced a una maniobra fraudulenta, que normalmente aparentará ser un cohecho, es decir lo que aquí llamamos coima”⁶²³⁻¹.

Ahora bien se ha querido ver en este artículo la toma de posición del legislador por el concepto meramente jurídico del patrimonio, ya que se protege un acto que en sí sería, si fuera cierto, delictivo, como es el cohecho. Vale la pena volver a analizar el tema de acuerdo a las ideas que han regido el concepto de patrimonio, basados en el trabajo de Zieschang⁶²³⁻².

El caso se encuadra en aquellos en los cuales se entrega dinero para fines ilícitos o inmorales, y además se sabe que el autor del hecho lo recibe sin intención alguna de cumplir lo pactado, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 173, inciso 10 del Código Penal.

No hay duda de que el entregar dinero para los jueces o empleados públicos es un acto contrario, no sólo de las buenas costumbres, sino, en principio, es un acto delictivo, que sería el cohecho. Sin embargo, afirma Zieschang, que es dudoso, si esto trae como consecuencia que, a raíz de las decisiones valorativas constitucionales, desaparezca el daño patrimonial del mandante. “A pesar de que el fin perseguido por el mandante contradice la escala valorativa constitucional, no es ése el caso en atención al medio utilizado como tal, esto es, el dinero. El dinero pagado por el mandante debe ser visto como abarcado por el patrimonio, en el sentido del § 263 StGB, ya que esa coordinación no está en contradicción con el sistema de valores de la Constitución. Contra la aceptación de una punibilidad por estafa, no se permite ob-

podría sostenerse lo contrario. Estos autores descartan que se proteja el normal funcionamiento de la administración pública, y afirman: “Lo que se protege es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan”. Sin embargo, como dijéramos en la última obra citada, tal afirmación no está basada en ningún antecedente legislativo, ni en el título del propio Código, ni en la estructura de las normas, amén de que avanza sobre un problema ético que es rechazado por el Estado de Derecho.

⁶²³⁻¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 390.

⁶²³⁻² ZIESCHANG, ob. cit., ps. 11 y ss., en especial, ps. 26-29.

jetar que de parte del engañado se verifica una autolesión consciente, ya que actuaría por propio riesgo, no siendo de aplicación el § 263 StGB. No debe ponderarse la falta de un “equivalente” –por tanto, la contraprestación a realizar (hasta ahí no se puede considerar un daño patrimonial)– sino de una pérdida de un bien adquirido de buena fe⁶²³⁻³. El argumento es acá que la persona da buen dinero, ya que ese dinero es “neutral”, por lo que está amparado por las normas genéricas del artículo 172 del Código Penal aun en caso de inexistencia del inciso comentado.

3. *Tipicidad*

a) *Tipo objetivo*

1) *Acción típica y perjuicio*

La acción típica en este delito consiste en engañar al sujeto pasivo afirmando falsamente que se debe remunerar al juez o funcionario para obtener o por haber ya obtenido alguna ventaja de la actividad funcional de aquéllos.

Debe tratarse de una remuneración supuesta, es decir, que no sólo no es en realidad debida, sino que el agente no está dispuesto a entregar, sino que quiere convertir en provecho propio o de un tercero⁶²⁴.

El fraude, que se traduce en un perjuicio económico, es consecuencia de la entrega, al autor, de la remuneración⁶²⁵.

Por remuneración se entiende todo beneficio de carácter patrimonial a título de recompensa o premio por un acto a realizar o ya realizado, por el juez o funcionario, en torno al cual está interesada la víctima⁶²⁶.

⁶²³⁻³ ZIESCHANG, ob. cit., p. 27.

⁶²⁴ CREUS, ob. cit., p. 512.

⁶²⁵ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 141.

⁶²⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 359. Se entiende que la entrega debe responder a que el sujeto pasivo espera que se ejecute cohecho o dádiva ilícita de otro carácter, pues, por ejemplo, si la víctima, compadecida de la escasa retribución de los jueces, decide su aporte en dinero, aunque el autor estafó, no concurrirá el delito en análisis (LAJE ANAYA, ob. cit., p. 142).

Sin embargo, Creus opina que en casos de cohecho activo o pasivo, u otra dádiva ilícita, el error de la víctima no merece protección jurídica, pues quien, de hacerse la remuneración al funcionario se convertiría en autor de cohecho –y lo sabe– no puede verse lícitamente defraudado, porque de ningún modo yerra sobre lo “debido” de la prestación que entrega. Así, entiende el autor que el fraude debe tender a los casos en que el sujeto pasivo cree que jurídicamente se debe la remuneración. Pues “en un sistema como el nuestro, en que los particulares no tienen que remunerar la actividad de los funcionarios públicos, la supervivencia histórica de este tipo no se justifica”⁶²⁷.

La jurisprudencia ha considerado que “la conducta del procesado (policía), que enterado de ciertas irregularidades en un instituto de enseñanza, munido de una credencial del Ministerio de Educación y mediante sugerencia de cerrar el establecimiento, obtiene una suma de dinero, configura el delito de defraudación con el pretexto de remuneraciones ilegales (art. 173, inc. 10, Cód. Pen.), y no los de concusión o de cohecho, por cuanto la actividad cumplida por el procesado nada tenía que ver con su empleo policial y no era funcionario dentro de cuyas atribuciones y facultades estuviera la de controlar establecimientos privados de enseñanza. Tampoco se configura el delito de extorsión ya que no existe certeza de que hubiera mediado efectivamente intimidación para determinar la entrega del dinero, o que ésta se efectuara obligada por simulación o falsa orden de autoridad pública sino que la víctima lo ofreció engañada por el despliegue ardidoso del acusado, en la creencia de que regularizaría la situación del instituto mediante una supuesta remuneración a un jefe del Ministerio de Educación, según se lo dejó entrever su fingido representante”⁶²⁸.

2) *Sujeto activo*

Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona.

b) *Tipo subjetivo*

El delito exige dolo directo, requiriendo por parte del sujeto activo

⁶²⁷ CREUS, ob. cit., p. 512.

⁶²⁸ CNCCorr., sala II, 20-10-81, “Guarracino, Guillermo”, BCNCyC 981-XI-240.

el conocimiento de la falsedad de la procedencia de la remuneración, y la voluntad de invocarla para lograr la prestación de la víctima⁶²⁹.

El error de tipo –por ejemplo, el autor cree que la remuneración era debida– excluye el dolo.

4. *Consumación*

Tratándose de una defraudación, el delito se consuma cuando el autor recibe la prestación que no será aplicada a la falsa remuneración, produciéndose el perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo. Es posible la tentativa.

En este sentido, la jurisprudencia entendió que: “la maniobra defraudatoria (en el caso encuadrada en el art. 173, inc. 10, Cód. Pen.), ha sido perfectamente consumada si el dinero correspondiente al cheque percibido por el procesado fue obtenido después de inducir a error a la víctima, por lo que resulta irrelevante que parte de la contraprestación patrimonial perjudicial propia del delito no haya ingresado efectivamente al patrimonio del imputado por la oportuna intervención policial”⁶³⁰.

XII. Desbaratamiento de derechos acordados

Dice el artículo 173, inciso 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”.

1. *Antecedentes*

La situación que diera origen a la figura se vinculaba principalmente con la venta de inmuebles en propiedad horizontal en la que se difería la escrituración. En estos casos, fueron cada vez más fre-

⁶²⁹ CREUS, ob. cit., p. 512.

⁶³⁰ CNCCorr., sala III, 11-12-79, “Boffa, Héctor”, L. L. 1981-B-565, jurispr. agrup., caso 4281.

cuentos los problemas generados por la conducta de los vendedores de inmuebles que, luego de haber otorgado el respectivo boleto de compraventa y transmitido la posesión, y antes de escriturarse la transferencia del dominio, hipotecaban el bien sin la conformidad del adquirente pagador de parte o la totalidad del precio, o bien vendían por boleto nuevamente la misma propiedad a un tercero de buena fe.

Se intentó dar solución a la cuestión mediante el decreto-ley 4778/63, que incorpora el inciso 11 al artículo 173 del Código Penal con la siguiente redacción: “El que habiendo firmado boleto de compraventa de una casa, mueble o inmueble y recibido total o parcialmente su precio, durante la vigencia de aquél y por acto voluntario imposibilitare la transferencia del dominio en las condiciones acordadas en el mismo”.

Pero esta disposición fue luego derogada por la ley 16.648, artículo 1º, por violar el precepto del artículo 67, inciso 11, de la Constitución Nacional, quedando nuevamente en la impunidad hechos que se consideraban merecedores de una sanción penal.

La ausencia de una norma específica sobre el tema causaba serios inconvenientes interpretativos a la hora de decidir sobre la adecuación típica de la conducta, sucediéndose entonces resoluciones judiciales contradictorias que en algunos casos se inclinaban por la configuración del delito de estafa, en tanto que en otros se pronunciaban por la atipicidad.

Ante tal estado de cosas, el 30 de noviembre de 1965, los jueces de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal se reúnen en acuerdo plenario, sentando la siguiente doctrina: “No comete el delito de estafa (art. 172, Cód. Pen.) el vendedor de un inmueble que, habiendo firmado un boleto de compraventa, pero sin transmitir el dominio de acuerdo a la ley civil, constituye sobre el mismo bien, sin consentimiento del comprador un gravamen hipotecario, aunque hubiere recibido la totalidad o parte del precio convenido en el precontrato y entregado la posesión”⁶³¹.

En el voto del doctor Ure puede sintetizarse la opinión de la mayoría. Sostuvo que “para la constitución de la hipoteca el vendedor

⁶³¹ CNCCorr. en pleno, 30-11-65, “Elías Cusel”, J. A. 1966-IV-177.

no desplegó ardid o engaño para inducir a error a nadie. Una maniobra fraudulenta puede, es cierto, dirigirse a un tercero que no es realmente perjudicado (vgr., la llamada estafa procesal, en la que el destinatario del fraude es el juez). Pero en el caso propuesto, el vendedor se habría limitado a gravar con hipoteca un inmueble del que todavía es propietario sin emplear alguno de los medios engañosos propios del delito de estafa descrito en el artículo 172. Al comprador así burlado lamentablemente sólo le competen las acciones que le acuerda el Derecho Privado para el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la deslealtad e inmoralidad del vendedor, cuya conducta, repito, era captada como delictuosa por el artículo 11, decreto-ley 4778/63 y en el proyecto nacional de 1960⁶³².

Por fin se dicta el decreto-ley 17.567, cuyo mentor intelectual fue Sebastián Soler, incluyéndose el inciso 11 al artículo 173 del Código Penal. Como única explicación a la incorporación de la norma la comisión de reformas en la Exposición de Motivos expresó: “Nuestro texto parte del proyecto de 1960, cuya extensión había sido considerablemente restringida por el decreto 4778/63. Además del caso que específicamente consagra éste, de quien hubiera firmado boleto de compraventa y después imposibilitara la transferencia del dominio en las condiciones establecidas, se contemplan otros que ocurren en la práctica: retención de lo que por un precio se comprometió a entregar o devolver, enajenaciones o gravámenes ulteriores a un compromiso de venta, alquiler posterior a un compromiso de entrega, frustración de créditos documentarios mediante operaciones relativas a las mercaderías correspondientes, etcétera. La disposición consagra, pues, la obligación de abstenerse de realizar ciertos actos, impuesta a quien haya concretado u otorgado algún derecho sobre un bien”⁶³³.

Como se expuso, ya con anterioridad, Soler había reparado en el tema, incriminando la aludida conducta en el artículo 215, inciso 2º, de su proyecto de 1960, con la siguiente redacción: “El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente al mismo, acordados a otro por

⁶³² Ídem nota anterior.

⁶³³ Como fuentes extranjeras se mencionan los Códigos de México, Guatemala, Cuba, Costa Rica y Noruega.

un precio o como garantía, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, ocultándolo o dañándolo”. La Comisión Reformadora del año 1968 toma como base este artículo, agregándole después de la expresión cumplimiento, “en las condiciones pactadas”; después de removiéndolo, “reteniéndolo” y por último “siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados por un precio o como garantía”⁶³⁴.

2. *Bien jurídico*

El delito se encuentra ubicado en el Título VI, Capítulo IV, del Libro Segundo del Código Penal. El bien jurídico tutelado es la propiedad. Como se verá más adelante, quedan comprendidos en la protección penal tanto bienes materiales como derechos.

Puede sostenerse que en el precepto hay un juego de dos bienes jurídicos ya que, además de la propiedad, se protege penalmente a la confianza entre las partes, en tanto y en cuanto se ponga en peligro o se cause perjuicio a la propiedad; ello es así, toda vez que existe como antecedente de la conducta típica una relación contractual entre las partes, de la cual emerge, precisamente, aquella situación de confianza mutua.

El desbaratamiento, entonces, es el castigo a la deslealtad, no por el mero incumplimiento, sino por el acto adicional, que consiste en un plus, un segundo acto que frustra maliciosamente el primero, del cual surgía una situación de confianza lícitamente originada.

Ésa parecería ser la inteligencia acordada a la figura por la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Mumbach”, cuando se afirma que “el abuso de confianza previsto en el artículo 173, inciso 11, del Código Penal, constituye el incumplimiento de una obligación futura nacida de una relación contractual, mediando por parte del agente un abuso del poder remanente que subsiste en cabeza de quien constituyó un derecho real o se obligó a una prestación. Surge así un deber de abstención que impide la realización de determinados actos, habida cuenta de que como fundamento de la infracción asoma la teoría de

⁶³⁴ GOERNER, Gustavo y CARNOVALI, Anelise, *Delito de desbaratamiento de derechos acordados y boleto de compraventa inmobiliario*, en L. L. del 14-7-99, p. 8.

la *pacta concludentia*, hay ciertas cosas que no se pueden hacer después de hacer ciertas otras. A la custodia del bien jurídico propiedad, debe adunársele en esta modalidad delictiva la protección de la confianza depositada, deber jurídico civil del cuidado patrimonial”⁶³⁵.

Tal concepción del bien jurídico, comprensiva tanto de la propiedad como de la confianza generada entre las partes, atiende debidamente a la finalidad perseguida con la sanción del inciso 11 del artículo 173 del Código Penal, esto es, “acordar una protección más enérgica y extensa al derecho de propiedad, cubriéndose omisiones que colocaban a los jueces en el desagradable trance de declarar la impunidad de conductas manifiestamente fraudulentas. La disposición consagra, pues, la obligación de abstenerse de realizar ciertos actos, impuesta a quien haya concretado u otorgado por precio algún derecho sobre un bien”⁶³⁶.

Con lo dicho, podría reducirse la figura a la esclarecedora expresión de Soler: “Hay ciertas cosas que no se pueden hacer después de haberse hecho ciertas otras, así como en la teoría de la comisión por omisión hemos visto que hay ciertas cosas que se deben hacer después de haber ejecutado otras o de haber creado ciertas situaciones”⁶³⁷.

Ciertamente, la gran dificultad con la que se enfrenta el intérprete al analizar la figura es la de deslindar los ámbitos civil y penal. Al respecto, se ha dicho que “un código penal es antes que nada un código de libertad, por lo que el inciso 11 del artículo 173 debe ser leído con suma cautela, si no se quiere crear un intolerable peligro para la vida negocial”⁶³⁸.

En principio, debe tenerse muy presente que el tipo penal en estudio no pretende ni siquiera por vía de hipótesis castigar el incumplimiento de una obligación, o de un contrato, puesto que la simple violación de una condición pactada no será delictiva sino cuando de todo el contexto de la conducta del agente resulte que su intención fue tornar imposible, incierto o litigioso el cumplimiento de la obligación, esto es, desbaratar el derecho ajeno.

⁶³⁵ CNCas.Pen., sala III, 14-12-95, “Mumbach, Jorge. N. s/Recurso de casación”, L. L. del 14-7-99.

⁶³⁶ CCrim. de Corrientes, sala V, 24-6-71, “Sena, Ángel”, E. D. 43-478.

⁶³⁷ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, p. 401.

⁶³⁸ CSJ de Tucumán, 7-12-72, E. D. 49-409.

En este contexto, acertadamente, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Mercedes en la causa “Garay” se expidió aclarando que “si las condiciones pactadas tuvieran la relevancia que se pretende, habría un verdadero desplazamiento hacia ellas del núcleo de la figura con consecuencias más graves aún que las derivadas de instituir la prisión por deudas: si Juan, que adquirió a Pedro un bien cualquiera y se comprometió a pagarlo en cuotas entre los días 1 y 5 de cada mes, decide por su cuenta pagar el día 8, está haciendo imposible el cumplimiento de la obligación en las condiciones pactadas. Si se lo penara por ello, resultaría que las condiciones pactadas más que el desbaratamiento harían típicamente antijurídico su proceder; esto sería tanto como consagrar la creación de delitos por contratos o admitir que la norma del artículo 173, inciso 11, es una verdadera ley penal en blanco que, en cada caso, se integrará en las condiciones convenidas”⁶³⁹.

Siguiendo esa línea de interpretación, son numerosos los fallos que se pronuncian por la atipicidad de la conducta consistente en el mero incumplimiento de lo pactado por una de las partes⁶⁴⁰. Entre otras, se llegó a esa solución en la causa “Fizman” en la que la parte denunciada luego de haber suscripto un contrato por el cual se obligaba a transferir su línea telefónica al querellante, recibiendo el precio por la misma, incumplió la obligación, cancelando el trámite iniciado con la empresa prestataria del servicio; se aclaró además que no se configura el delito “si no se operó una segunda transferencia o cualquier otro acto jurídico que hubiese tornado imposible la adquisición del derecho sobre la línea telefónica vendida”⁶⁴¹.

También por la atipicidad se pronunció la sala V de la misma Cámara en la causa “Bevacqua, P.” el 12 de setiembre de 1989, cuando

⁶³⁹ CCCorr. de Mercedes, sala II, L. L. 136-55. Por ello es que, como bien lo apunta Tarditi, no se trata de una ley penal en blanco. Para que así fuese, el tipo tendría que estar construido de modo totalmente diferente. Por ej., debería decir: “Será reprimido [...] el que no cumpliera lo convenido contractualmente”, porque en tal caso, el contenido específico de la conducta prohibida, dependería de otra instancia legislativa si entendemos que conforme al art. 1197 del Cód. Civ. la “autonomía de la voluntad” se halla equiparada a una ley (*El delito de desbaratamiento de derechos acordados*, Lerner, ps. 58 y 59).

⁶⁴⁰ CNCCorr., sala VI, 23-12-82 “De B., A.”, E. D. 104-649.

⁶⁴¹ CNCCorr., sala III, 15-10-91, c. 29.508.

resolvió que “la negativa a concretar el derecho acordado mediante el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, sea cual fuere el pretexto tras el que se escude el sujeto activo, no es conducta que tenga cabida en el tipo del artículo 173, inciso 11, del Código Penal, ya que no comporta acto jurídico o material relacionado con el bien de que se trata”. La sala I por su parte, en la causa resuelta el 9 de agosto de 1974, tampoco consideró delictiva la conducta del locatario que no entrega el bien a su locador al vencimiento o rescisión del contrato y que lo cede o transfiere violando la prohibición contractual⁶⁴².

Como consecuencia de lo anterior, puede afirmarse que el mero hecho de que el acreedor deba demandar el cumplimiento de la obligación no significa, por sí, la comisión de ese delito y el cúmulo de requisitos de la figura impide que se penalice cualquier incumplimiento contractual. Esta interpretación coincide en lo sustancial con la posición de Bacigalupo, para quien “no cabe duda de que lo que ahora domina la hipótesis creada y le da su contenido propio de disvalor penal es el quebranto de una relación de confianza, que por lo demás es la esencia de la defraudación. Pero, sin embargo, es preciso reconocer que no toda relación de confianza no mantenida reviste el grado de intolerabilidad social que justifica la imposición de una pena” y concluye: “como intérpretes nos resistimos a expresar que todo incumplimiento contractual sea hoy un delito criminal y, por lo tanto, debemos encontrar en el propio tipo legal los límites que impiden que la mal o quizás pésima redacción del nuevo inciso, desborde el concepto material de delito, y quede limitado exclusivamente a los casos de intolerabilidad social que justifican —como se dijo— la grave consecuencia de la pena criminal”⁶⁴³.

Es que la norma que subyace detrás del tipo penal del artículo 173, inciso 11, del Código Penal no es sólo el principio del *pacta sunt servanda*, sino algo más: el no cumplimiento del contrato de

⁶⁴² E. D. 57-428. En contra puede citarse la opinión de Alberto S. Millán, quien juzga erróneos los fallos que sostienen que no desbarata el que se abstiene de otorgar la escritura correspondiente (*Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados*, 2ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 64).

⁶⁴³ BACIGALUPO, Enrique, *Insolvencia y delito*, Depalma, Buenos Aires, p. 73.

modo tal que el derecho del tercero a la propiedad se vea desbaratado por los medios comisivos que la ley establece.

3. Tipicidad

a) Tipo objetivo

A poco de darse lectura a la figura, se advierte su composición compleja y una extensión por cierto muy superior a la que establecía el decreto-ley 4778/63, el cual, como hemos visto, únicamente contemplaba como hipótesis delictiva la frustración de la adquisición de los derechos del adquirente de cosas muebles o inmuebles mediante boleto de compraventa.

1) El verbo “tomar” como núcleo de la figura

Compartimos la posición doctrinaria en la interpretación del verbo “tomar”, cuando es interpretado como equivalente a mudar o transformar un derecho de situación, estado o relación, lo cual significa que la acción del sujeto convierte en imposible o litigioso lo que en un momento no lo era⁶⁴⁴.

Esa acción, “debe interpretarse desde un doble enfoque; el primero, es el del *nomen juris* de la figura: desbaratar, que significa deshacer, o arruinar algo o impedirlo. Pero no ha de bastar la significación gramatical del verbo, pues en razón de la complejidad de su arquitectura, debe estar encaminado a tomar imposible, incierto o litigioso el derecho del acreedor. Aun así, todavía no se ha integrado el alcance del verbo, puesto que ese ‘tomar’ debe responder a la acción del sujeto activo, consistente en celebrar, ejecutar un acto jurídico o en otras acciones (remover, retener, ocultar o dañar) respecto del bien y, por último, que hubiese mediado el pago de un precio. La acción cuyo núcleo –se repite– es tomar imposible, incierto o litigioso, consiste, según el caso, en la realización de un acto jurídico desbaratador o en la realización de hechos físicos reprochables, que desbaratan en ambos supuestos”⁶⁴⁵.

Quienes primero comentaron la norma también interpretaron que

⁶⁴⁴ SPOLANSKY, *La estafa y el silencio* cit., p. 116.

⁶⁴⁵ CNCas.Pen., sala I, 12-3-97, “Peisajovich, Carlos s/Rec. de casación”, registro 1421; MILLÁN, ob. cit., p. 68.

no había que confundir el verbo típico con sus consecuencias, o sea, el resultado. En este aspecto, la acción típica es modificar material o jurídicamente el bien objeto de la relación jurídica entre el autor y la víctima, de modo que se trata de un tipo alternativo que se comete modificando materialmente un bien o modificando su situación jurídica; el resultado correspondiente es lisa y llanamente la imposibilidad, la incertidumbre o la litigiosidad⁶⁴⁶. En efecto, se ha sostenido que nadie vuelve imposible o dudoso un derecho sin antes haber realizado algo más; más que un problema de hermenéutica es una cuestión de logicidad en el lenguaje⁶⁴⁷.

El autor de la reforma, Sebastián Soler, sostuvo que el sujeto, con su ulterior acción debe desbaratar el derecho sobre el bien o el cumplimiento de una obligación referente al mismo en las condiciones pactadas; la acción mediante la cual el sujeto desbarata el derecho puede asumir la forma de un acto jurídico consistente en otorgar a un tercero un derecho que prevalecerá sobre el anteriormente acordado, sea haciéndolo desaparecer, disminuyéndolo o perjudicándolo. En este caso, el delito queda constituido precisamente por la validez del acto jurídico; no sólo mediante un acto jurídico puede tornarse imposible, incierto o litigioso el derecho sobre una cosa. Mientras el sujeto dispone de ésta, para burlar el derecho acordado a alguien sobre ella le bastará ocultarla, dañarla, retenerla o removerla⁶⁴⁸.

b) *Medios comisivos*

Pueden dividirse en dos grandes grupos, ya que estamos ante un tipo penal alternativo, que se comete ya sea modificando materialmente un bien, o modificando su situación jurídica; para esto último es admisible cualquier acto jurídico, mientras que para la modificación de las condiciones materiales del bien se requiere removerlo, retenerlo, ocultarlo o dañarlo⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ BACIGALUPO, ob. cit., p. 77.

⁶⁴⁷ BAIGÚN, David, *Comentario a la jurisprudencia reciente en defraudaciones con grandes inmuebles*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Depalma, 1972, p. 113.

⁶⁴⁸ SOLER, Sebastián, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 2, abril-junio 1969, p. 170.

⁶⁴⁹ BACIGALUPO, ob. cit., p. 77. En palabras de Edmundo Hendler, esta enun-

La enumeración que se efectúa en la norma es estricta y taxativa con lo cual queda superada la crítica relativa a la violación sustancial del principio del *nullum crimen*.

1) *Actos jurídicos*

Éste es el medio comisivo más frecuente y el que diera origen a la norma, entre los que se encontraba la constitución de gravámenes ulteriores a un compromiso de venta –situación como vimos tratada en el plenario “Cusel”–, alquiler posterior a un compromiso de entrega, etcétera.

El concepto de acto jurídico debe extraerse del artículo 944 del Código Civil, el que establece: “Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”. Presentan dos caracteres esenciales:

- 1) Son actos voluntarios lícitos;
- 2) estos actos se realizan con el fin inmediato de establecer relaciones jurídicas o, si se quiere, con la intención expresa de crear, modificar, transferir o extinguir derechos u obligaciones⁶⁵⁰.

Lo determinante para la configuración de la figura delictiva es que el segundo acto jurídico sea válido, porque sólo en esas condiciones podrá lograr la calidad de constituir un derecho mejor que el anterior otorgado o prometido, puesto que el autor habrá perfeccionado las condiciones en que otorgó el acto preliminar; de esta forma, se estará en presencia de un acto cuya validez jurídica no podrá ser impugnada por el damnificado ante el tercero, quien tendrá un derecho mejor, por lo cual el primer pagador resultará defraudado.

En este punto, se ha destacado una aparente contradicción con respecto a la prescripción del artículo 953 del Código Civil, en cuanto establece que el objeto de los actos jurídicos no deben ser hechos

ciación de los modos comisivos está limitada por el principio que veda la analogía en materia penal, aunque, “es forzoso destacar, caben dentro de ellas las más variadas y múltiples situaciones, en especial a través de la expresión: cualquier acto jurídico [...] aunque no importe enajenación” (*En torno al desbaratamiento de derechos acordados; una nueva forma de defraudación*, en J. A. 1968-V-758).

⁶⁵⁰ LLAMBÍAS, J., *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general*, t. I, p. 730.

ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que perjudiquen los derechos de un tercero, ya que el artículo 944 exige la licitud del acto y, entonces, la comisión del ilícito generará un perjuicio a una o más personas. Entendida así la cuestión, se sostuvo que por aplicación de los artículos 944 y 1071 del Código Civil, la figura iba a ser de comisión imposible, porque no puede darse el caso de un acto jurídico ilícito; se afirmó entonces que “la norma quiso referirse a hechos jurídicos ilícitos pero no lo hizo, porque un acto jurídico nunca puede ser ilícito”⁶⁵¹.

Soler, con la agudeza que lo caracterizaba, hizo notar el error de esa posición, cuando sostuvo que “el delito consiste precisamente en otorgar un acto cuya validez jurídica no podrá ser impugnada ante el tercero que tendrá un derecho mejor, y por eso el primer pagador será defraudado seguramente. Sarmiento García ha confundido este caso con el de la connivencia del Código Civil, artículo 968”⁶⁵².

En realidad, la cuestión se reduce a una mera cuestión de palabras, porque lo que castiga la norma no es la connivencia entre el sujeto activo y el tercer poseedor de un mejor derecho, ya que de verificarse esta circunstancia, se tipificaría el delito de estafa. En efecto, no se repara en que ambos actos siguen siendo válidos y que, precisamente, el derecho otorgado al tercer contratante de buena fe, no podrá ser cuestionado, prevaleciendo sobre el anterior. Como bien lo apunta Tarditi, esa interpretación confunde causa con consecuencia, es decir, la licitud del acto en sí, con la ilicitud respecto de su resultado⁶⁵³.

2) *Actos materiales*

2.1) *Ocultar*

Incorre en un ocultamiento típico la persona que esconde el bien

⁶⁵¹ SARMIENTO GARCÍA, Luis E., *Crítica de la nueva figura de defraudación del artículo 173, inciso 11, del Código Penal*, en L. L. del 6-6-68, p. 1097. La solución que brinda el autor a tal contradicción es que “sólo se podrá aplicar la parte segunda de la norma, o sea, comisión por remoción, retención, ocultación o daño de una cosa, no de un bien inmaterial, con los que se incurre en otra contradicción flagrante con la norma misma (un bien jurídico inmaterial no puede ser removido, ocultado, retenido ni dañado, aunque parezca pueril la aclaración)”.

⁶⁵² SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., ps. 402/403, nota 68.

⁶⁵³ TARDITI, ob. cit., p. 40.

sobre el que se ha contraído o acordado una obligación o un derecho, esto es, le da un destino desconocido o lo disimula en su individualidad material⁶⁵⁴. Es de notar que esta forma de comisión del delito en la mayoría de los casos irá indisolublemente unida a la remoción del bien, ya que parece imposible esconder el bien sin removerlo.

La norma obviamente se está refiriendo a bienes muebles, ya que son las únicas cosas que pueden ser trasladadas.

En general, los fallos que contemplan esta forma de comisión, tienen que ver con procesos por defraudación prendaria cuya problemática será analizada más adelante.

2.2) *Remover*

Significa trasladar la cosa de un lugar a otro. Como se expuso anteriormente, el ocultamiento y la remoción suelen confundirse, puesto que para ocultar la cosa será necesario su traslado del lugar donde se encontraba originariamente, en tanto que la finalidad perseguida por el autor cuando la remueve será su ocultamiento, siempre, claro está, que ello produzca el resultado exigido por la figura.

Sólo podrá ser autor de esta modalidad comisiva quien tiene la disposición de la cosa y detenta un poder de hecho sobre la misma. Además, por idénticas razones que en el supuesto de ocultamiento, sólo están comprendidas las cosas muebles.

En estos casos, deberá tenerse en cuenta la naturaleza del bien de que se trata, siendo factible la remoción sin que se produzcan los resultados requeridos por la figura. Con este alcance, en la citada causa "Garay" se decidió que "no se configura el delito previsto en el inciso 11 del artículo 173 del Código Penal, si el imputado removió el automotor prendado, pues el movimiento hace a la esencia del automotor"⁶⁵⁵.

2.3) *Retener*

Este medio comisivo no había sido contemplado en el texto del proyecto Soler de 1960 y es el que plantea mayores problemas de interpretación.

⁶⁵⁴ Íd., p. 45.

⁶⁵⁵ Fallo cit., p. 55.

El principal inconveniente es el advertido por Spolansky cuando manifiesta que no es fácil conciliar la idea de no sancionar con pena el mero incumplimiento y establecer un significado de “retener” que no sea equivalente a “no cumplir la entrega de cosas que se deben entregar”. Ciertamente, la solución podrá encontrarse en la adecuada interpretación de la norma; como bien lo expone el autor, “quizás una manera de comenzar a resolver este problema es vincular el sentido del verbo con algunos de los resultados típicos. Sólo será punible el autor que reteniendo convierta en imposible, incierto o litigioso el derecho acordado”⁶⁵⁶.

Bacigalupo sostiene, en este aspecto, que el inciso 11 representa una peligrosa ampliación del ámbito penal sobre el incumplimiento del contrato. Para dicho autor, la retención como medio comisivo sólo será concebible cuando provenga del incumplimiento de entregar la cosa por la cual ya se percibió el precio totalmente. No habrá forma de cometer el delito reteniendo cuando se trate de una afectación en garantía⁶⁵⁷.

Por otra parte, debe aclararse que este medio comisivo únicamente comprende a las obligaciones de dar, quedando excluidas las de hacer o no hacer, puesto que no habrá retención si no existe una expectativa de que algo nos sea devuelto o entregado.

Además, su incorporación suscitó dificultades en cuanto a la diferenciación con la omisión de restituir defraudatoria prevista en el artículo 173, inciso 2º, del Código Penal, puesto que en la Exposición

⁶⁵⁶ SPOLANSKY, Norberto, *El delito de desbaratamiento de derechos acordados*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2000-1, *Estafa y otras defraudaciones I*, dir. Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 302. También José Severo Caballero acepta como criterio general que la retención, en cuanto forma omisiva, debe funcionar con relación a un hecho ulterior que produzca, en verdad, el resultado de hacer imposible, incierto o litigioso el derecho prometido o acordado. Refiriéndose al “fraude procesal”, agrega que “la sola negativa a cumplir las órdenes procesales para favorecer el cumplimiento no lo configura. Toda otra forma de incumplimiento, aunque sea de tal naturaleza que haga inidónea su satisfacción fuera de tiempo o de las condiciones pactadas no creo que pueda estar incriminada” (*El desbaratamiento frustración de derechos acordados y el Proyecto de Código Penal de 1979*, en L. L. 1983-A-822, sec. doct., p. 831).

⁶⁵⁷ BACIGALUPO, ob. cit., p. 80.

de Motivos se lo caracterizó como “retención” de lo que por un precio recibido se prometió entregar o devolver. Pero en el inciso 11 no es necesario que la cosa se encuentre bajo el poder del que retiene por un título que produzca obligación de entregar o devolver, como se requiere en el inciso 2º; cuando concorra esta última circunstancia, el delito será de retención indebida, quedando desplazado por especialidad el desbaratamiento de derechos. Por ello es que se resolvió que “configura el delito de desbaratamiento de derechos acordados y no el de retención indebida, la acción del procesado que habiendo vendido un automóvil al damnificado, luego, en lugar de entregárselo a quien lo había comprado y pagado, lo retiene; de modo que el derecho, luego de la posterior venta del bien por el padre del procesado a una tercera persona, se torna imposible. Exclúyese el encuadramiento legal en la figura de retención indebida, pues si bien el encausado se obligó a entregar el vehículo vendido al damnificado, ello nació como un contrato de compraventa del automotor en cuestión, sin que el objeto del negocio haya estado en ningún momento en poder del comprador y la conducta prevista en el artículo 173, inciso 2º, del Código Penal exige que el contrato tenga por objeto reintegrar al damnificado la misma cosa que éste entregó en administración, locación de cosa, etcétera”⁶⁵⁸.

Por otra parte, en la figura de retención indebida la acción sólo puede recaer sobre bienes muebles, en tanto que en el desbaratamiento puede abarcar tanto cosas muebles como inmuebles.

De otro lado, la similitud que presenta con aquella figura defraudatoria es que, en esta modalidad, el delito puede cometerse mediante una omisión consistente en la no entrega del bien en la forma pactada.

2.4) *Dañar*

La acción consiste en producir un perjuicio a la propiedad, mediante la destrucción, inutilización, o cualquier otra forma de afectación de la cosa susceptible de ocasionar alguno de los resultados típicos que el tipo penal prescribe. Esta forma comisiva presenta una parti-

⁶⁵⁸ CNCCorr., sala I, 30-5-89, “Santos, Carlos”, c. 35.150.

cularidad que la diferencia de las restantes. En el supuesto de daño, en la mayoría de los casos, el beneficio, como finalidad perseguida por el autor, estará prácticamente ausente.

Como en el daño previsto en el artículo 183 del Código Penal, se trata de un puro perjuicio a la propiedad, siempre, claro está, que sea susceptible de tornar imposible, incierto o litigioso el derecho antes acordado.

Puede advertirse que la noción de daño en el desbaratamiento es muy similar a la fórmula contenida en el artículo citado, con exclusión de la modalidad consistente en hacer desaparecer, que ya está contemplada en la forma de comisión referida al ocultamiento del bien. La diferencia fundamental entre los mencionados delitos está dada en el autor. En el daño desbaratador de derechos, sólo podrá serlo quien previamente ha acordado un derecho sobre el bien, debiendo encontrarse la cosa en poder del que la daña, requisitos éstos innecesarios en la figura prevista en el artículo 183.

Por último, cabe recordar que el delito de daño prescribe una subsidiariedad expresa, de forma que su aplicación dependerá de que el hecho no constituya un delito más severamente penado, como es el caso de la figura defraudatoria en estudio.

c) *Los resultados previstos en la norma*

1) *La imposibilidad*

Tornar imposible es transformar en irrealizable el goce del derecho otorgado sobre el bien o el cumplimiento de la obligación contraída.

Se trata, como lo explica Millán, “de la imposibilidad de que se pueda cumplir, ejecutar, perfeccionar, llevar a cabo el derecho acordado, sea en su totalidad, sea en su cumplimiento en las condiciones pactadas, es decir con todas las características acordadas que tengan significación, que sean concernientes a lo pactado”⁶⁵⁹.

2) *La incertidumbre*

Tornar incierto significa etimológicamente “no cierto, o no ver-

⁶⁵⁹ MILLÁN, ob. cit., p. 75.

dadero, inconstante, no seguro, desconocido, ignorado”⁶⁶⁰. Es crear inseguridad sobre la concreción o realización del derecho o el cumplimiento de las obligaciones en las condiciones pactadas, volver dudosa la existencia del derecho o la obligación, pérdida de la seguridad del goce del derecho, proyectar un cono de sombra en relación a las condiciones necesarias para que el derecho pueda hacerse efectivo⁶⁶¹.

La incertidumbre se presentará en todos los casos en los que el sujeto pasivo no pueda ejercer los derechos sobre el bien o exigir el cumplimiento de una obligación referente al mismo; es una instancia previa a la imposibilidad, ocurriendo la consumación en el momento en que se verifican las acciones vulnerantes de la confianza preexistente entre las partes.

En este supuesto, la figura puede considerarse como de peligro real o concreto. Aquí, si bien la víctima tiene alguna posibilidad de evitar el daño efectivo –ya que tanto lo incierto como lo litigioso pueden despejarse–, de cualquier manera ya se ha verificado un daño potencial al patrimonio.

Sigue este lineamiento un fallo de la Corte de la Provincia de Buenos Aires. Allí se decidió que el deterioro que presentaba el inmueble, al hallarse sin puertas ni ventanas –interiores y externas–, sin marcos, la cocina sin grifos ni mesada, el cuarto de baño sin artefactos sanitarios, etcétera, importa una pérdida de su valor económico, base fundamental de la garantía del préstamo hipotecario pactado y constituye el cuerpo del delito de desbaratamiento de derechos. Aun cuando la hipoteca no se ha tornado incierta por conservar su plena vigencia ejecutiva, el valor de garantía del inmueble hipotecado resulta considerablemente disminuido al quedar en la práctica inhabitable, y su valor tenido en cuenta al formalizarse el préstamo como garantía suficiente perdió gran parte de su capacidad resarcitoria. En esto radica el perjuicio para el patrimonio del acreedor sometido a un mayor riesgo en el cobro de lo que le era debido. La circunstancia de que el acreedor no sufrió daño particular efectivo al percibir en la ejecución hipotecaria el importe total de la deuda es un hecho posterior aleatorio que en nada modifica

⁶⁶⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., t. II, p. 1152.

⁶⁶¹ TARDITI, ob. cit., p. 36.

el mayor riesgo de recuperación soportado por el acreedor por el daño causado alterando las condiciones pactadas (art. 173, inc. 11, Cód. Pen.). Se afirmó además que “al hecho descrito por el tribunal al pronunciarse sobre el cuerpo del delito le resulta aplicable el artículo 173, inciso 11, del Código Penal, pues la conducta dañosa allí descripta disminuyó el valor del inmueble hipotecado y así tornó incierto el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de la obligación”⁶⁶².

Ciertamente, cuesta aceptar la introducción de un comportamiento de riesgo en las defraudaciones, pero la estructura del tipo penal lleva inexorablemente a esta conclusión, dado que, en la mayoría de estos casos, la acción del sujeto activo ha puesto en peligro el bien jurídico, de modo que esperar un resultado sería quedar sujeto a éste, lo que no sería lógico.

En un trabajo anterior sobre el tema hicimos referencia a este punto, cuando advertimos que sin ningún tipo de explicación, se introduce en las defraudaciones el delito de peligro, diríamos sin quererlo, rompiendo toda la sistemática que el Código tiene sobre este tema. Quienes así actuaron, quienes así lo creyeron conveniente, debieron al menos explicitarlo en forma clara, a los efectos de evitar problemas de interpretación⁶⁶³.

⁶⁶² SCJBA, 8-11-88, “P., E. C.” (P-35.829), E. D. 138-691, L. L. 1989-B-262.

⁶⁶³ DONNA, Edgardo y RUIZ LÓPEZ DE MATHEUS, Alejandrina, *Desbaratamiento de derechos acordados*, en *Doctrina Penal*, p. 538. Del mismo modo, aceptando que se trata de una figura de peligro, se resolvió un caso en que el imputado tras acordar una garantía prendaria sobre su automóvil dispuso de él sin consentimiento ni aviso al acreedor prendario. La misma sala IV de la Cámara ha dicho que la disposición del inc. 11 del art. 173 consagra la obligación de abstenerse de ciertos actos a quien haya concertado u otorgado por precio algún derecho sobre el bien. Enlaza con este postulado su naturaleza de delito de peligro, por cuanto la configuración se verifica con un simple daño potencial, suficientemente caracterizado como para que la ley penal pueda aprehenderlo. El Dr. Barbarosch en esa oportunidad, discrepó acerca de que el delito pueda ser considerado de peligro, sosteniendo que la doctrina prácticamente en postura unánime entiende que teniendo en cuenta la intensiva del bien en cuanto a su afectación es de lesión ya que su consumación supone la lesión al bien jurídico tutelado Propiedad; agregando que, según Ure es un delito instantáneo (ver *Once nuevos delitos*, p. 95) no formal sino de resultado dañoso. Igualmente FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, t. VI, p. 132; asimismo SOLER, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, p. 403 (CNCCorr., sala IV, 22-10-96, “Farina, Carlos A.”).

A nuestro juicio, tanto en el caso de tornar incierto como litigioso, se alude a un peligro creado y no a un resultado; de tal forma, no queda sino concluir que en la mayoría de los casos la imposibilidad será, en realidad, el agotamiento de la incertidumbre ya generada.

3) *La litigiosidad*

Se ha sostenido que este resultado se verifica cuando el derecho se encuentra sometido o sea necesario someterlo a una contienda judicial de cualquier naturaleza, ya sea civil, comercial, penal, etcétera, condicionado a que esa contienda tenga incidencia sobre la efectividad del derecho acordado por obra del que lo acordó⁶⁶⁴.

En primer lugar, debe diferenciarse la litigiosidad delictiva de la mera contienda judicial suscitada entre las partes en reclamo o defensa de los derechos que consideran lesionados. A nuestro modo de ver, en modo alguno tal actuación puede resultar delictiva, por tratarse del ejercicio de un derecho amparado por la norma constitucional.

Por tal razón, es acertada la interpretación de Millán en cuanto excluye, en principio, del tipo penal la posibilidad del litigio entre las mismas partes que impugnen la validez de lo convenido. Aclara el autor que si el litigio fuere malicioso, no podría descartarse el supuesto delictivo; será en definitiva el juez el que deberá apreciar si se encuentran reunidos los presupuestos de la figura, resolviendo en definitiva si debe aplicarse o no. Lo cierto es, entonces, que no basta para configurar el delito la sola negativa a cumplir lo pactado, o el simple no reconocimiento de un derecho, si no se verifica, además del legítimo derecho de defenderse en juicio, una conducta maliciosa como la descrita⁶⁶⁵.

Con este contenido, la jurisprudencia define la litigiosidad “como la generación de una situación que obliga al sujeto pasivo a un plus

⁶⁶⁴ MILLÁN, ob. cit., p. 81. En igual sentido, CNCCorr., sala V, 10-8-89, “Ferreira, Alejandro B.”, L. L. del 4-7-91, p. 5.

⁶⁶⁵ MILLÁN, ob. cit., p. 81. También Tarditi efectúa la distinción, excluyendo como sujeto pasivo a las partes contratantes, cuando el litigio tiene su origen en el solo incumplimiento del agente, sin que medie el empleo de los medios comisivos enumerados en la fórmula legal (ob. cit., p. 38).

de actividad por sobre la que debería desplegar para lograr el cumplimiento de la obligación por parte de quien a ello estaba sujeto por la relación jurídica básica”⁶⁶⁶.

Basta en este caso, con el riesgo o el peligro de que pueda producirse un perjuicio a la propiedad, sin que sea necesario, para que el delito se consume, esperar el resultado final del litigio.

Lo expuesto nos lleva a sostener que la modalidad consistente en “tornar litigioso” resulta superabundante y por lo tanto innecesaria, puesto que, en definitiva, la contienda judicial genera incertidumbre, situación ya contemplada en el tipo penal.

d) *Otras cuestiones sobre el ámbito de protección penal de la figura*

Surge del texto de la norma que lo desbaratado por el sujeto activo es el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, siempre que ese derecho u obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía.

1) *Significado de la expresión “bien”.*

Con respecto a los “bienes”, el Código Civil en su artículo 2312, establece que comprenden tanto las cosas como los objetos inmateriales susceptibles de valor. Para un sector doctrinario, la propia estructura del tipo penal limita aquella noción sólo a las cosas, muebles o inmuebles, pues no es posible admitir que los medios materiales mencionados en el artículo 173, inciso 11 –dañar, ocultar, remover o retener–, puedan operar sobre un objeto inmaterial⁶⁶⁷.

La observación realizada parece acertada sólo en parte. Si bien las acciones materiales consignadas en la norma sólo pueden realizarse con las cosas, no se repara en que, como medio comisivo, también se ha consignado al acto jurídico, el que, por cierto, puede tener por objeto bienes inmateriales⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ SCJBA, 30-10-85, “G. H. s/Estafa”, CP 000 AZ, B 7914 RSD 217-85.

⁶⁶⁷ CREUS, Carlos, *Desbaratamiento de derechos acordados. El perjuicio y su mecánica*, comentario a fallo en L. L. del 28-12-93, p. 7; TARDITI, ob. cit., p. 47; SEVERO CABALLERO, ob. cit., p. 826, entre otros.

⁶⁶⁸ GOERNER y CARNOVALI, ob. cit., p. 8.

Correctamente, comprendiendo en la protección penal tanto los bienes materiales como inmateriales, se resolvió un caso en el que una empresa había recibido préstamos de dinero y a cambio de ello, cedió, mediante contrato, créditos futuros y determinados que, por prestación de servicios, se irían devengando en su favor contra la empresa estatal YPF. A pesar de que el cesionario notificó la cesión a dicha empresa, ésta pagó gran parte de los créditos cedidos a la firma cedente, la cual, una vez en poder de las sumas cobradas, desconoció el derecho que sobre las mismas se había otorgado al cesionario. Inicialmente, la sala VI de la Cámara del Crimen había dictado sentencia afirmando que no se había cometido el delito de desbaratamiento, dando a entender implícitamente que ello se debía a que el término “bien” mencionado por la norma sólo abarca bienes materiales. Interpuesto el recurso extraordinario, la Corte Suprema revocó el fallo, sosteniendo que “el delito de defraudación por desbaratamiento de derechos acordados no tiene restringido el objeto de protección a cosas muebles, o inmuebles, comprendiendo también la tutela de créditos, ya que el legislador no ha efectuado distinción entre los derechos cuyo desbaratamiento se castiga por afectar la propiedad”⁶⁶⁹.

Por último, la figura exige que el derecho o la obligación se haya pactado respecto de una cosa determinada.

Si bien el texto de la norma no contiene tal referencia, la deter-

⁶⁶⁹ CSJN, 28-9-89, “Martino Cándido”, L. L. 1992-B-589, con comentario al fallo del Dr. Diego Gotheil (*El bien protegido por la figura de desbaratamiento de derechos acordados. Dos fallos encontrados*), en el cual el autor analiza también un fallo de la sala III de la Cámara del Crimen (L. L. 1991-C-314), donde se había sostenido que la previsión legal sólo abarcaba bienes materiales correspondiendo estar al concepto de cosa previsto por la ley civil. También en la causa “Cúneo Libarona, Mariano”, resuelta por la sala II de la Cámara del Crimen, el 21-8-92 (L. L. del 28-12-93, p. 7), se sostuvo que dentro del elemento normativo “bien” están comprendidos los derechos. En contra, Severo Caballero (ob. cit., p. 827), para quien el propio texto legal ha reducido el concepto de *bien a cosa*, considerando exagerada la doctrina que sostiene que la cesión de créditos por precio también está comprendida por el desbaratamiento, dado que se rige por los mismos principios que la compraventa (art. 1435, Cód. Civ.). Agrega que debe tenerse en cuenta, para rechazar esta opinión, que la cesión de derechos se refiere a objetos no corpóreos consistentes en derechos y acciones sobre cosas que se encuentran en el comercio (art. 1444, Cód. Civ.), incluyéndose las acciones litigiosas y aun los títulos al portador (art. 1455, Cód. Civ.).

minación de los bienes sobre los que se ha acordado el derecho resulta esencial, ya que permitirá distinguir un supuesto de incumplimiento contractual de una conducta delictiva. La aludida exigencia indica que el delito cabe con relación a un derecho o a una cosa que tengan, en la relación contractual, un cierto grado de individualización específica. Ejemplificando, podrá haber delito en el caso en que se prometa en venta un determinado inmueble o se constituya una prenda y, en cambio, no podrá haberlo si únicamente se ha contraído la obligación de entregar una partida de mercaderías susceptibles de ser sustituidas⁶⁷⁰.

Más allá de lo señalado, nuestros tribunales no han dejado de contemplar situaciones especiales en las que teniendo en cuenta la naturaleza de la contratación y de los objetos sobre los que la misma recae, el delito pueda igualmente cometerse. En tal sentido, la sala VI de la Cámara del Crimen de la Capital entendió que “la mera circunstancia de tratarse de un producto fungible –como lo es la sacarina sódica– no es óbice para que el delito se materializara, dado que por las características del negocio se demostró que se trataba de una sustancia de difícil sustitución por otra similar en calidad y cantidad”⁶⁷¹.

2) *Derechos reales y personales*

Aquí también pueden confrontarse dos posiciones. Para algunos la figura abarca cualquier derecho reconocido por las leyes, siempre, desde luego, que recaiga sobre un bien; en tanto que para otros, la protección está restringida a los derechos reales.

En la primera de las posiciones, que podríamos denominar amplia, se enrola Millán. Para este autor no podría ser de otra manera, porque la misma –refiriéndose a la figura– se encuentra incluida en el catálogo de los delitos contra la propiedad y, más específicamente, dentro de las defraudaciones. Se excluyen, por consiguiente, algunos derechos personales y los derivados de las relaciones de familia, los de la sociedad conyugal, la locación de servicios y, en general, cualquiera que pudiera afectar las garantías individuales y la libertad personal⁶⁷².

⁶⁷⁰ HENDLER, *En torno al desbaratamiento de derechos acordados...* cit., p. 760.

⁶⁷¹ CNCCorr., sala VI, 3-4-90, “Lostumbos, N.”, c. 19.238.

⁶⁷² MILLÁN, ob. cit., p. 85.

En la causa “Touceda” la Cámara del Crimen de la Capital Federal sostuvo esta tesis, entendiendo comprendido “cualquier derecho”. En la oportunidad, se determinó que había incurrido en el delito quien volvió a alquilar una finca sobre la cual había firmado previamente otro contrato de locación, desbaratando así los derechos que poseía el primer inquilino. En los considerandos de la sentencia, que revoca la absolucón dictada por el juez de primera instancia, el doctor Ure afirmó que la figura no tiene en cuenta sólo derechos reales, sino cualquier derecho, “nada autoriza una tan restrictiva interpretación de la norma. Por el contrario, en la Exposición de Motivos de la ley se cita precisamente como uno de sus supuestos el alquiler posterior a un compromiso de entrega”⁶⁷³.

Distinta fue la solución a la que se arribó en la causa “Quiroga”, donde la Corte Suprema de Justicia de Tucumán entendió que la norma no alcanzaba a las obligaciones de hacer. En el caso, se trataba de ventas sucesivas de un mismo inmueble mediante boletos de compra y venta, otorgando el vendedor escritura pública al segundo comprador⁶⁷⁴.

Para quienes sostienen esta posición restringida, entre los que puede citarse a Tarditi, la fórmula exige que el derecho haya sido acordado “sobre un bien”, y sólo los derechos reales son *ius in re*, a diferencia de los personales que otorgan únicamente un derecho a la cosa (*ius ad rem*); pero aclara que “si los derechos personales son alcanzados por la protección penal no se debe al sentido de la expresión analizada, sino porque al referirse al tipo de las obligaciones referentes a un bien, sucede que desbaratarlas (dada la correlación derecho-deber) implica también frustrar un derecho personal que constituye su reverso”⁶⁷⁵.

Se ha señalado que la observación formulada por este autor vuelve estéril la discusión referente a los derechos comprendidos puesto que, de una u otra forma aquellos de carácter personal se encuentran indudablemente protegidos⁶⁷⁶.

⁶⁷³ CNCCorr., sala V, 25-6-71, “Touceda, Ramón”.

⁶⁷⁴ CSJ de Tucumán, 7-12-72, “Quiroga, José S.”, J. A. Jurisprudencia-Zona 3, t. 19 (sec. prov.), p. 789. Con nota al fallo de TERÁN LOMAS, Roberto A. M., *El desbaratamiento de derechos acordados*.

⁶⁷⁵ TARDITI, ob. cit., ps. 49 y 50.

⁶⁷⁶ GOERNER y CARNOVALI, ob. cit., p. 9.

3) Clase de obligaciones tuteladas

La primera observación que puede efectuarse a la redacción del artículo es que las obligaciones no se acuerdan sino que se contraen, y, en segundo lugar, que hubiera bastado con referirse a un derecho acordado, puesto que derecho y obligación son términos correlativos; en otras palabras, contraer una obligación frente a otro no es otra cosa que acordarle un derecho⁶⁷⁷.

Aclarado este aspecto, se entienden comprendidas únicamente las obligaciones que tienen su fuente en los contratos y, dentro de éstos, los de carácter patrimonial, quedando de lado las demás obligaciones⁶⁷⁸.

De inicio deben excluirse las denominadas naturales, por cuanto las obligaciones de esta clase en nuestro Derecho no resultan exigibles, dependiendo su cumplimiento de la sola voluntad del deudor (arts. 515 y ss., Cód. Civ.).

Pueden ser objeto del delito las obligaciones de dar cosas ciertas, entendiéndose por tales a aquellas que se refieren a cosas individualizadas desde el momento en que se contrae la obligación, con la aclaración de que ellas no tengan por finalidad restituirlas a su dueño; de tal forma, no comete el delito el locatario que no restituye a su debido tiempo el bien locado⁶⁷⁹.

Dentro de las de esta clase se excluyen las de dar cosas inciertas y no fungibles u obligaciones de género (art. 601, Cód. Civ.), debido a la exigencia de que se trate de un bien determinado, pero una vez producida la elección (art. 603, Cód. Civ.), rige lo relativo a las obligaciones de dar cosas ciertas.

Similar situación se verifica en el caso de las obligaciones de dar cosas inciertas y fungibles u obligaciones de cantidad (art. 606, Cód.

⁶⁷⁷ Se ha sostenido que en este caso se ha deslizado un error de concepto, por cuanto en lugar de “acordar una obligación” se ha pretendido denotar el “contraer una obligación” (SARMIENTO GARCÍA, ob. cit., p. 1097).

⁶⁷⁸ MILLÁN, ob. cit., p. 83.

⁶⁷⁹ TARDITI, ob. cit., p. 52. También para Creus sólo quedan comprendidas, en principio, las obligaciones de dar (*Derecho Penal. Parte especial* cit., t. 1, p. 530). Como veremos más adelante, para algunos tribunales éstas son las únicas obligaciones comprendidas en el art. 173, inc. 11, del Cód. Pen.

Civ.), por cuanto sólo podrán ser objeto de desbaratamiento una vez individualizadas por el acreedor (art. 609, Cód. Civ.).

La figura también abarca las obligaciones de no hacer referidas a un bien determinado, aunque en la mayoría de los casos que pueden presentarse en la práctica la conducta puede quedar abarcada por el decreto-ley de prenda; claro ejemplo de este supuesto es la obligación asumida por el deudor prendario de no trasladar el bien del lugar asignado en la garantía (art. 45, inc. c, decreto-ley 15.348/46).

Quedan, por último, las obligaciones de hacer. Dentro de esta clase de obligaciones, como veremos a continuación, es debatida la inclusión en la protección penal del boleto de compraventa inmobiliario.

3.1) *Problemática en torno al boleto de compraventa*

Su admisión dentro de la protección penal queda en muchos casos supeditada a la postura que se siga respecto de su naturaleza jurídica, en algunos casos, con olvido de las especiales situaciones que el legislador tuvo en mira al incluir la figura en el Código Penal.

Recordemos en tal sentido que para unos el boleto es un precontrato, en el cual las partes se obligan a celebrar en el futuro, mediante escritura pública, el verdadero contrato de compraventa; para otros, el boleto es ya el contrato de compra y venta, con todas sus consecuencias, salvo la transferencia del dominio, que se obtiene por el otorgamiento posterior de la escritura pública.

En el caso “Quiroga” antes citado, la mayoría del tribunal se expidió afirmando que las obligaciones de hacer no podían ser desbaratadas. Concretamente, con relación al boleto de compraventa, se sostuvo que no da derecho sobre un bien ni genera una obligación referente al mismo, pues se trata de una promesa que en los términos del artículo 1185 del Código Civil genera obligaciones de hacer.

Contrariamente a lo resuelto en aquel fallo, para otro sector doctrinario, el boleto de compraventa puede constituir la base contractual exigida por el desbaratamiento de derechos, y se acepta que de él emerja una obligación de hacer “referente a un bien, conclusión que se apoya en los efectos que la ley 17.711 le ha asignado a ese instrumento”⁶⁸⁰.

⁶⁸⁰ TARDITI, ob. cit., p. 55; SEVERO CABALLERO, ob. cit., p. 826.

El fallo dictado en la causa “Mumbach” por la sala III de la Cámara de Casación Penal adhiere a esta última interpretación. En tal sentido, resulta sumamente esclarecedora la cita de Augusto Morello que efectúa el tribunal en los fundamentos del fallo. Para este autor, la naturaleza jurídica del contrato de compraventa responde auténticamente a un contrato y no a un precontrato, afirmando que “es falsear la realidad y la verdadera voluntad e intención de las partes contratantes entender que con el boleto de compraventa no han querido obligarse como verdaderos comprador y vendedor; que sólo pensaron ajustar un anteacto, un acto previo o anterior al definitivo, mera promesa que sólo lo facultaba para exigir la obligación de hacer, y que después al escriturar, comprarían y venderían en firme. Este esquema, dice, se aparta de las reales exigencias de la vida y contraviene abiertamente las finalidades jurídico-sociales y económicas que tienen los particulares, para agregar que las normas de los artículos 1185, 1186 y 1187 del Código Civil no son óbice para considerarlo un verdadero contrato de compraventa en firme, serio y definitivo, perfecto en sí mismo, en donde la exigencia de escritura pública es un requisito formal que hace al modo de adquisición del dominio con independencia de la compraventa en sí”⁶⁸¹.

Sobre esta base, se concluyó que “el acto entre las partes fue lícito al pactar un derecho sobre un inmueble (compraventa) y, siendo un contrato enteramente válido, constituyó el presupuesto del tipo a través de una obligación enteramente exigible”⁶⁸².

De igual manera, la sala I de la Cámara del Crimen de la Capital,

⁶⁸¹ Ob. cit. por el Dr. Jorge Osvaldo Casanovas en su voto. Sobre la cuestión, también resulta ilustrativo el voto en disidencia del Dr. Cifuentes citado por la Dra. Catucci en la causa “Ferreyra” (CNCas.Pen., sala I, 28-12-94, J. P. B. A. 89-233), cuando dice el magistrado que “surge de una realidad insoslayable, de un uso y una práctica unánime, que el boleto de compraventa importa para los contratantes el contrato mismo, sin interesar si ha contratado un lego, un obrero, un sabio o un letrado; sea quien fuere tiene la plena conciencia de que sus obligaciones convencionales nacen de ese instrumento que es el contrato que han querido celebrar y no otro preparatorio o de distinta naturaleza; es decir que más allá del mundo de los conceptos, hay una expresión de vida innegable, de vivencia jurídica” y agrega que a “ninguna de las partes se le ocurriría sostener que no ha comprado o vendido, que no son compradores o vendedores”.

⁶⁸² Del voto del Dr. Casanovas en el fallo citado.

en la causa “Cuzzani de Peart”, había entendido comprendido en la protección penal al boleto de compraventa. En la oportunidad se sostuvo que “el boleto de compraventa de un inmueble, en tanto es un acto jurídico válido, resulta susceptible de ser desbaratado. Si bien no perfecciona una venta que la ley civil somete a formalidades *ad solemnitatem* (art. 1185, Cód. Civ.), por lo que la doctrina en general concuerda en otorgarle naturaleza de un precontrato o antecontrato, no es menos cierto que este boleto contiene los elementos básicos de una compraventa, es decir, la cosa y el precio (art. 1323, Código citado), los cuales lo caracterizan como un verdadero acuerdo de voluntades, contractual de obligación de hacer (art. 1187 del mismo cuerpo legal), esto es, obligación de escriturar el inmueble. El boleto de compraventa es un verdadero contrato típico y autónomo que obliga a ‘hacer’ una escritura pública traslativa de dominio, incluso a través de un tercero (un juez) que resulta susceptible de ser desbaratado, toda vez que en tales condiciones surten los efectos del artículo 1197 del Código Civil”⁶⁸³.

⁶⁸³ CNCCorr., sala I, “Cuzzani de Peart, Alcira”, c. 37.325. En el mismo sentido, se expidió la sala III en la causa “B., S.” (28-12-90, E. D. 43-481), sosteniéndose que “configura el delito de defraudación previsto en el art. 173, inc. 11, del Cód. Pen., el accionar del querellado que en julio de 1980 suscribió un boleto de compraventa por un inmueble de su propiedad a favor de los querellantes, sin poder cumplir con la escrituración a la que fuera condenado civilmente porque en octubre de 1983, a través de un mandatario (art. 1946, Cód. Civ.), había vendido el terreno a un tercero desbaratando de esa manera los derechos acordados previamente a los querellantes”. También en el sentido indicado, la sala I en la causa “Azpilicueta, Clemente R.” (19-3-71, E. D. 43-481), se expidió en un caso en el que con posterioridad a la firma del boleto de compraventa, se canceló una hipoteca constituyéndose una nueva por un monto mayor, acto jurídico al que habían sido ajenos los querellantes a la vez titulares de boletos de compraventa de las unidades gravadas. En contra, CNCCorr., sala VI, 4-10-95, “Kesler, F.”, c. 26.493. En la oportunidad, el tribunal absolvió en orden al delito de defraudación por desbaratamiento de derechos acordados al imputado que, tras suscribir con el damnificado el boleto de compraventa de un inmueble, enajena el mismo a un tercero, toda vez que el instrumento mencionado no transmite el dominio sobre el bien, sino que se trata de una promesa de escrituración, conforme el art. 1184, inc. 1º, del Cód. Civ., por lo cual la obligación asumida por el acusado era de hacer y no de dar, que son las amparadas por el tipo penal. Toda vez que la posesión fue el único derecho real adquirido se debió recurrir a las acciones posesorias del Derecho Civil y no al ejercicio de una acción penal, por ende, la conducta inculpada, resulta atípica. En el mismo sentido, también se expidió la sala I en la causa “Rodríguez, C. R.” (14-3-95, J. P. B. A. 93-8).

Por nuestra parte, entendemos que la inclusión del boleto de compraventa dentro de la tutela de la figura de desbaratamiento de derechos es incuestionable. Como lo explican Goerner y Carnovali, se ha trasladado al delito de desbaratamiento de derechos acordados una problemática que, si bien puede tener cabida en la figura de estelionato del artículo 173, inciso 9º, del Código Penal, cuando se analiza el significado que debe acordarse al término “venta”⁶⁸⁴, no encuentra la misma justificación en el inciso 11, donde expresamente se consigna la frase “aunque no importe enajenación”. Con esta redacción y entendiendo las palabras “enajenación” y “venta” como sinónimos, es claro que la presencia de este último elemento normativo no resulta necesaria para la configuración del ilícito. A nuestro juicio, esta interpretación permite, llegado el caso, prescindir del análisis de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa, que, como hemos visto, tanta dificultad ha traído para la aplicación de la figura, puesto que sea que se lo considere como un precontrato o como la venta misma, la conducta del otro contratante que frustre aquel acuerdo será igualmente delito⁶⁸⁵.

Sin perjuicio de lo señalado, debe tenerse presente que, recientemente, la Cámara Nacional de Casación al analizar el delito de estelionato, en las causas “Ferreyra” y “Bellinaso”, por mayoría, resolvió que “debe interpretarse como ‘venta’ en el sentido del artículo 173, inciso 9º, del Código Penal, la celebración de un boleto de compra y venta de inmuebles. Comete el citado delito el titular del dominio de un inmueble que celebra un boleto de compra y venta ocultando la existencia de gravámenes hipotecarios”⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ El art. 173, inc. 9º, sanciona al que “vendere 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”. La doctrina nacional en general ha interpretado que “vende” el que con las formalidades legales (escritura pública, cuando se trate de inmuebles, art. 1184, inc. 1º, Cód. Civ.) se obliga a transferir a otro la propiedad de una cosa por precio (CREUS, ob. cit., p. 523; en el mismo sentido, FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. VI, ffs. 121 y 122, y NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. IV, p. 345).

⁶⁸⁵ Ob. cit., p. 10.

⁶⁸⁶ CNCas.Pen., sala I, 28-12-94 –por mayoría–, “Ferreyra, R. C.”, c. 255, J. P. B. A. 89-233, y también la misma sala –con distinta composición–, 14-6-93, “Bellinaso, R. E.”, c. 798, J. P. B. A. 94-7. En el mismo sentido, la sala VI, *in re* “Martínez,

Más allá de las razones expuestas, no puede dejar de señalarse a fin de dar una correcta solución al problema que, precisamente, fueron los casos de operaciones inmobiliarias celebradas mediante boletos de compraventa, en los que con posterioridad el vendedor vendía por escritura o también por boleto el mismo inmueble a un tercero –pero haciéndole tradición del bien–, los que dieron origen a la figura.

Por lo demás, resulta inadmisibles efectuar una distinción de las obligaciones comprendidas que no surge del texto mismo de la norma y que, como hemos visto, no se compadece con sus antecedentes. El texto legal alude a “una obligación” sin otro agregado, no hay razón entonces que autorice una interpretación restrictiva, distinguiendo donde la propia ley no lo hace.

4) *Derecho otorgado por un precio o como garantía*

Para la configuración del delito, resultará imprescindible que el derecho sobre la cosa o la obligación contraída con relación a la misma por el autor, haya sido acordada por un precio o como garantía.

En la doctrina nacional se han caracterizado estas exigencias de Germán A.”, sostuvo que “la ley penal no se refiere exclusivamente a los actos jurídicos en que se trasmite la propiedad que, en el caso de los inmuebles, estarían representados por el otorgamiento de la pertinente escritura pública, sino que alcanza el contrato en que las personas que lo celebran asumen actualmente, aunque de una manera privada, el compromiso de hacerse entrega de la cosa y del precio, respectivamente” (J. P. B. A. 52-F-1965, p. 212); la misma posición fue expuesta por el Dr. Rébora en su voto en la causa “Toscano, Horacio” (CNCCorr., sala I, 17-2-76), al decir que “la venta por boleto, es una venta cuando tiene comienzo de ejecución el convenio, eso es lo que exige el Código Penal cuando expresa ‘venta’ en el inc. 9º del art. 173, de manera que no es necesario exigir escritura o transferencia del dominio para lo cual sí el Código Civil impone el acto notarial público. De consiguiente el que ‘vendiere’ a que se refiere el Código Penal, puede ser por medio de boleto. Se castiga al que contratando una venta incurre en alguno de los presupuestos típicos. Por eso descarto el concepto de que la venta por boleto es una mera promesa: en la especie hubo ‘venta’ y se cumplieron sus presupuestos; faltó la escritura para transferir el dominio que es otra cosa. Penalmente pudo existir delito” (J. P. B. A. 33-F-5675). En contra, pueden consultarse las decisiones de las salas I y IV de la CNCCorr. en las causas “Cornejo” (J. P. B. A. 79-F-57) y “De Santis” (J. P. B. A. 94-F-42), respectivamente, entendiéndose que el boleto no instrumenta la “venta” del estelionato, ya que dicho contrato no transmite el dominio, sino que sólo engendra una obligación de hacer; en el mismo sentido, también la CNCCorr., sala II, L. L. 82-716.

distintas formas. Como una especie de elemento de la autoría, la considera Spolansky, en tanto que para Tarditi constituye una de las llamadas “circunstancias tipificadoras” o “condiciones objetivas de la figura” que “autolimita” el tipo⁶⁸⁷. En otras palabras, si no hubo precio pagado, ni bien afectado en garantía, las maniobras que se efectúen resultarán atípicas, por no producir ninguna afectación a la propiedad de los contratantes.

4.1) *El precio*

Se entiende por tal toda contraprestación de contenido patrimonial, no sólo dinero, puesto que están comprendidos también otros valores de contenido económico, de forma tal que el pago puede realizarse mediante la entrega de cualquier otro bien que represente un valor económico apreciable en dinero y determinado, ciertamente, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de permuta.

Por nuestra parte, entendemos que no es exigible el pago total de lo acordado para la tipificación de la conducta, puesto que sea que se haya pagado total o parcialmente el precio en la medida pactada, en ambos casos la lesión al patrimonio se verifica igualmente⁶⁸⁸.

En definitiva, lo que será imprescindible es que el precio haya sido percibido en la medida convenida para gozar el derecho acordado; de lo contrario, como bien lo apunta Tarditi, el autor podría omitir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo (art. 1201, Cód. Civ., *exceptio non adimpleti contractus*), siempre, claro está, que la falta de pago no se produzca con posterioridad a la acción desbaratadora, supuesto en el cual el agente no podría ya ampararse en el principio mencionado⁶⁸⁹.

4.2) *La garantía*

La garantía es una relación que se establece entre el acreedor y el patrimonio de su deudor que se genera cuando se acuerda un derecho

⁶⁸⁷ SPOLANSKY, Norberto, *El delito de desbaratamiento de derechos acordados y el contrato de locación*, en L. L. 1975-505; TARDITI, ob. cit., p. 60.

⁶⁸⁸ En contra Bacigalupo (ob. cit., p. 118), quien exige el pago total de lo acordado por entender que la ley lo requiere implícitamente.

⁶⁸⁹ TARDITI, ob. cit., p. 61.

como garantía sobre un bien y se lo afecta al cumplimiento de cualquier otra clase de obligaciones sobre la cosa⁶⁹⁰.

En este caso, la norma penal protege a los acreedores ante la frustración de aquella garantía otorgada en razón de su crédito.

Dentro de la clasificación de las garantías, los casos más frecuentes se presentan en la prenda sin desplazamiento o con registro, y la hipoteca.

Cabe recordar que se encuentran vigentes las disposiciones penales contenidas en los artículos 44 y 45 del decreto-ley 15.348/46, que regula la prenda con registro, cuyo tratamiento se efectúa más adelante.

5) *Sujetos*

En cuanto al sujeto activo, pueden suscitarse algunas dificultades ya que la fórmula legal se refiriere al autor de una manera genérica: “el que...”, lo que podría interpretarse como abarcativa de cualquier persona. En palabras de Soler, “podría decirse que en cierto sentido es un delito especial, pues si bien cualquier persona puede acordar derechos, la figura exige que el sujeto activo sea autor de una acción anterior que jurídicamente constituya una obligación válida cuyo cumplimiento requiere actos positivos ulteriores”⁶⁹¹.

Por tal razón se ha establecido que en el delito de desbaratamiento de derechos acordados, la calidad de autor o coautor es asumida por quien ha cumplido los tramos de la figura penal:

- 1) La creación de un derecho o la constitución de una obligación a favor de un tercero;
- 2) la frustración de ese derecho o del cumplimiento de la obligación en las condiciones pactadas, mediante un acto posterior; por consiguiente, deben responder tanto quien otorgó el poder como su apoderado, pues no pudiendo desconocer la situación del inmueble del cual aquél ya se había desprendido por acto oneroso, comprometieron una segunda vez su propiedad⁶⁹².

⁶⁹⁰ MUGUILLO, Roberto A., *Régimen general de la prenda con registro*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 7.

⁶⁹¹ SOLER, *Derecho Penal...* cit., t. VI, p. 401.

⁶⁹² CNCCorr., sala IV, 17-5-94, “Fargi, Rubén”, causa 43.829.

Siguiendo tales lineamientos, la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que el sujeto activo del delito previsto en el artículo 173, inciso 11, del Código Penal, es la persona que se obligó por la relación contractual; sólo a quien asumió la obligación referente al bien, le prohíbe –atento al particular status jurídico que ostenta– la ejecución de los actos desbaratadores⁶⁹³.

Este criterio también es seguido por la sala I de la Cámara del Crimen de la Capital, donde se dijo que no puede ser responsabilizada como autora del delito del artículo 173, inciso 11, del Código Penal la esposa garante de su marido en el contrato de prenda del automotor que, requerida al efecto en sede civil, no puso el vehículo a disposición del juez, pues le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 2012 a 2024 del Código Civil, que generan, en su caso, una responsabilidad de carácter civil, mas de ninguna manera de carácter criminal, en tanto el fiador no puede comprometerse a restituir la cosa prendada ni a denunciar la localización del bien, ya que su único compromiso consistió en pagar la deuda en caso de incumplimiento del deudor, tal como se encuentra prevista en las normas citadas⁶⁹⁴.

No obstante lo expuesto, en algunos casos se ha decidido que la hipótesis delictiva del artículo 173, inciso 11, del Código Penal, no exige en el autor del acto desbaratador del derecho alguna cualidad especial, ni haber sido la misma persona que otorgó el derecho o contrajo la obligación⁶⁹⁵. En realidad, en tales supuestos, deberá analizarse si la intervención de otras personas distintas a quien acordó el derecho o asumió la obligación, no configuran verdaderos casos de participación o instigación antes que de autoría, teniendo en cuenta para ello que sólo es autor quien tiene el dominio del hecho, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo⁶⁹⁶.

También pueden presentarse supuestos de autoría mediata y, por supuesto, de coautoría.

⁶⁹³ CNCas.Pen., E. D. del 12-6-96, p. 3.

⁶⁹⁴ CNCorr., sala I, 20-10-97, “Cea, G. M”, J. P. B. A. 101-15, f. 34.

⁶⁹⁵ CNCorr., sala I, 9-6-78, “Mochon, C. R.” Participa de esta opinión Buompadre, quien sostiene que cualquier persona puede ser autor (ob. cit., p. 227).

⁶⁹⁶ DONNA, Edgardo, *La autoría y participación criminal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 69.

Sujeto pasivo es el otro contratante, acreedor del derecho. Esta figura es, como lo explica Fontán Balestra, “en cierto modo inversa al estelionato, en la que resulta ofendido el que adquirió la cosa o aquel a cuyo favor se gravó o arrendó ocultando la situación en que se encuentra”⁶⁹⁷.

e) *Tipo subjetivo*

En cuanto a la ubicación del elemento subjetivo, es clara su diferenciación con la estafa. En este último delito el dolo del sujeto activo se ubica al inicio de la acción, en el momento en que se emplea el ardid o engaño que luego determina el error en la víctima; en cambio, en las defraudaciones, inicialmente se verifica la existencia de una relación jurídica lícita entre las partes, y el dolo sólo aparece en una instancia posterior, oportunidad en la que se produce el perjuicio patrimonial. Al decir de Soler, “en un caso el fraude actúa como determinante del acto que después aparece como puro perjuicio; en el otro, la actividad fraudulenta se despliega con respecto a una situación jurídica legítima preexistente”⁶⁹⁸.

En nuestra opinión, el desbaratamiento exige para su tipificación el dolo directo, esto es, el propósito deliberado de frustrar el derecho o el cumplimiento de la obligación, sin que pueda admitirse en ningún caso el dolo eventual, conclusión que se extrae de la redacción de la norma y, primordialmente, del bien jurídico tutelado.

En tal sentido, se ha expuesto que “afirmar la existencia de dolo específico supone sostener que el autor conoce su acción: sabe que es contraria al ordenamiento jurídico y que producirá un resultado penalmente incriminado, en un primer momento, y además, quiere hacer imposible, incierto o litigioso el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de la obligación. Simplemente, la intención tendrá que encaminarse hacia ese resultado, es decir, por la naturaleza del acto es inadmisibles el dolo indirecto: sólo es compatible con el dolo directo”⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, p. 134.

⁶⁹⁸ SOLER, *Tratado...* cit., t. IV, p. 299.

⁶⁹⁹ DAMIANOVICH, Laura T. A., *Desbaratamiento de derechos acordados a terceros*, en L. L. 1976-D-874, sec. doct. También Buompadre interpreta que la figura

Para Millán, “todas las acciones del artículo 173, inciso 11, requieren dolo directo. Tanto el ocultamiento de la cosa, como su remoción, retención y daño, que son las acciones que más se asemejan a las cometidas por el deudor prendario, deben perpetrarse, necesariamente, con dolo directo”⁷⁰⁰, tesis que fue seguida en algunos fallos⁷⁰¹.

Para Creus, en cambio, al menos en ciertos casos, el dolo eventual podría ser compatible con la figura⁷⁰². Núñez, por su parte, sólo expresa que el delito debe ser doloso, y por lo tanto que se requiere la conciencia de la existencia del pacto y sus condiciones, y la intención de frustrar⁷⁰³. En igual sentido, pero sin aclarar a qué clase de dolo se refiere, Soler expresa que subjetivamente este hecho requiere la conciencia de que se burla un derecho acordado⁷⁰⁴.

Una postura diferente a las anteriores es la que expone Molinarío-Aguirre Obarrio. Refiriéndose a la figura, entiende que si bien su estructura es dolosa, el dolo debe ser directo en cuanto al último tramo pero no necesariamente en cuanto al primero. En sus palabras: “Si el sujeto tiene la finalidad de tornar litigioso un derecho que acordó sobre un bien y, con ese fin, celebra un nuevo convenio con otra persona sobre el mismo bien, sin estar muy seguro acerca del efecto que puede producir el nuevo contrato, en ese caso habrá dolo eventual en cuanto a los alcances del acto jurídico. Pero si la eventualidad

requiere dolo directo (BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la propiedad*, Mario A. Viera Editor, 1998, p. 230). Por la exigencia de dolo directo en la figura, CNCCorr., sala I, 14-3-95, c. 44.096, “Rodríguez, C. R.” (voto del Dr. Donna), J. P. B. A. 93-F-28, p. 8.

⁷⁰⁰ Del voto del Dr. Millán en el caso “Albornoz” (CNCCorr., sala I, 20-9-74, “Albornoz, Guillermo”, L. L. 1975-A-100). Sostuvo también el autor que se reputa necesaria “una dirección específica de la voluntad, un propósito explícito de desbaratar. Con lo que debe dejarse de lado el dolo eventual, en todas las formas del delito” y agrega “dar cabida al dolo eventual incompatible por cuanto se ha expresado, acarrearía por añadidura el riesgo de la penetración de la órbita penal en el incumplimiento desnudo de las obligaciones, cuando se han realizado actos no dirigidos a frustrar, pero, no obstante haberse representado el autor la posibilidad de hacerlo, se haya asentido a esa posibilidad” (*Los delitos...* cit., p. 110).

⁷⁰¹ MILLÁN, ob. cit., p. 874.

⁷⁰² CREUS, ob. cit., p. 531.

⁷⁰³ NÚÑEZ, *Tomo de actualización*, p. 39.

⁷⁰⁴ SOLER, *Derecho Penal...* cit., t. IV, p. 404.

produce el efecto buscado, es decir torna litigioso el derecho, entonces el delito se cometió. La inversa no me parece aceptable: si estoy seguro que así destruyo la cosa, pero no sé si desbarataré el derecho acordado, más bien es de pensar que debo ser revisado por los facultativos”⁷⁰⁵.

4. Participación

La participación también es posible en cualquiera de sus grados y con sujeción a los artículos 45 y 46 del Código Penal. Puede resultar participe el tercero que en connivencia con el sujeto que acordó el derecho aparece como adquirente, como acreedor hipotecario, locatario, etcétera. También es participe el que coopera a que el bien sea removido, retenido (teniéndolo en su poder por cuenta del que debía entregarlo), ocultado o dañado⁷⁰⁶, e instigador, quien ideó y planeó una maniobra de las comprendidas en el tipo penal.

5. Consumación

La mayoría de la doctrina nacional sostiene que se trata de un delito instantáneo, y que la consumación se verifica, para los medios comisivos y el omisivo, en el momento que se torna imposible, incierto o litigioso el derecho acordado, o el cumplimiento de las obligaciones en las condiciones pactadas en el acto preliminar, es decir, cuando tal resultado se produce⁷⁰⁷. En este punto nos parece necesario efectuar algunas precisiones.

En el caso de la imposibilidad el delito se consuma cuando el segundo acto ha quedado definitivamente consolidado en favor del tercero, quien será titular de un derecho mejor, por lo que prevalecerá sobre el anteriormente otorgado al sujeto pasivo.

Respecto de inmuebles, se ha afirmado que no puede entenderse configurado hasta tanto no llegue el momento de escriturar⁷⁰⁸.

Esta posición, que en el fallo se esgrime como regla general, no parece ser de aplicación para todos los casos. En efecto, en la citada

⁷⁰⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., p. 442.

⁷⁰⁶ MILLÁN, ob. cit., p. 114.

⁷⁰⁷ SEVERO CABALLERO, ob. cit., p. 829; en igual sentido, MILLÁN, ob. cit., p. 111; SOLER, ob. cit., p. 403.

⁷⁰⁸ CNCCorr., sala VI, 23-12-82, “De B., A.”, E. D. 104-649.

causa “Quiroga”, acertadamente, el vocal doctor Herrera consideró que el delito se consuma con la entrega de la posesión en la segunda venta bajo boleto privado, en razón de que con este medio se torna imposible el derecho acordado⁷⁰⁹.

En todos los casos, entonces, será necesario establecer cuándo se produjo la acción típica, que torna luego imposible, incierto o litigioso el derecho antes acordado. A nuestro entender, no cabe duda de que ello acontece cuando el segundo adquirente obtiene un derecho mejor que el anterior, que, por tal razón, prevalecerá sobre aquél. En tales supuestos, la escritura traslativa de dominio constituirá en realidad el agotamiento o conclusión de un delito ya consumado al entregarse la posesión⁷¹⁰.

Una situación particular se plantea cuando luego de la celebración del boleto de compraventa, el vendedor constituye sobre el mismo inmueble una hipoteca, ocultando tal circunstancia al comprador.

En estos casos, cabe preguntarse si la consumación del delito se produce con la constitución del gravamen ulterior al acuerdo del derecho o bien cuando se produce el efectivo perjuicio a la propiedad, cuestión que ha merecido dispar respuesta en nuestros tribunales. En tal sentido, se ha resuelto que no bastaba para consumir el delito con la constitución de la hipoteca, porque en tales casos ello acontece con el remate del bien, a causa del no pago de la deuda⁷¹¹.

Esta interpretación es la que se había seguido en la causa “Rivas” al afirmarse que “si bien la sola constitución de hipotecas no significaría un perjuicio concreto para el titular del derecho, el proceso de desba-

⁷⁰⁹ Fallo cit., p. 799.

⁷¹⁰ Por cierto puede ocurrir que coincidan en el tiempo la entrega de la posesión con la escritura traslativa de dominio. La Corte Suprema, teniendo en cuenta que el desbaratamiento de derechos acordados es un delito comisivo, material e instantáneo, que lesionó el patrimonio del primer adquirente, víctima del segundo convenio –mediante el cual se otorgó un mejor derecho a un tercero de buena fe– que resultó frustratorio del primer contrato, entendió que su consumación se produjo en el momento en que se tornó imposible el cumplimiento de la promesa en las condiciones pactadas en el acto preliminar, vale decir, cuando entregada la posesión y firmada la escritura traslativa, ésta se inscribió en el registro de la propiedad provincial (del voto del Dr. Caballero) (CSJN, 1-10-85, “O., M. M. y otros”).

⁷¹¹ CNCCorr., sala I, L. L. 139-730.

ratamiento se inicia desde el momento en que el imputado no paga y se deja ejecutar, se continúa con la secuela del juicio y se consuma con la pérdida del bien en remate judicial⁷¹². Sobre esta base, se resolvió que el delito de desbaratamiento había quedado en grado de tentativa, desde que el remate aún no se encontraba aprobado.

Adviértase que en estos casos también podría sostenerse un adelantamiento de la consumación, en virtud de la creación de un estado de incertidumbre sobre el derecho acordado al acreedor.

6. *Tentativa*

Si bien su admisión es en general aceptada, entendemos que deben efectuarse algunas precisiones distinguiendo según que la acción del agente haya tornado imposible, incierto o litigioso el derecho.

Millán admite la tentativa⁷¹³. Para Creus la tentativa no es admisible, puesto que “a la realización de esas acciones le es inherente la frustración del derecho o la garantía”⁷¹⁴.

En nuestra opinión, si bien en los casos de litigiosidad o incertidumbre la figura es de peligro y no de resultado, la tentativa, en principio, es igualmente posible, más allá de las dificultades que se presentan. Todo depende, como bien lo sostiene Gössel, si la acción es escindible y reclama un cierto espacio de tiempo.

XIII. La defraudación prendaria (decreto-ley 15.348/46) y el desbaratamiento de derechos acordados

1. *Introducción*

En trabajos anteriores sobre el delito de desbaratamiento de derechos acordados se han señalado las numerosas dificultades interpretativas que presenta la figura en razón de su compleja composición⁷¹⁵.

⁷¹² CNCCorr., sala I, 6-2-70, “Rivas, José C.”, L. L. 139-731.

⁷¹³ MILLÁN, ob. cit., p. 113.

⁷¹⁴ CREUS, ob. cit., p. 531.

⁷¹⁵ DONNA y LÓPEZ DE MATHEUS, *Desbaratamiento de derechos acordados* cit., p. 521; GOERNER y CARNOVALI, ob. cit., p. 7; GOERNER, Gustavo, *Defraudación prendaria y desbaratamiento de derechos acordados*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2000-1.

Una de las cuestiones que se suscitan en torno a ella, y que la doctrina en general no ha tratado con demasiado detenimiento, es su relación con las disposiciones penales contenidas en el decreto-ley 15.348/46 que legisla sobre la prenda con registro.

Ello ocurre en virtud de la redacción del artículo 173, inciso 11, del Código Penal, que exige para la configuración del delito que el derecho sobre la cosa o la obligación contraída con relación a la misma por el autor haya sido acordada por un precio o como garantía, en tanto que como acciones materiales prescribe las de ocultar, remover, retener y dañar. Por su parte, los artículos 44 y 45 del decreto-ley citado contienen disposiciones penales semejantes a aquella figura defraudatoria.

El mantenimiento de la vigencia de los incisos c, d, y h, de los artículos 44 y 45, luego de la sanción del artículo 173, inciso 11, del Código Penal, ocasiona serios inconvenientes interpretativos debido a la superposición existente con algunas de sus acciones típicas.

Ante tal situación, se ha propuesto la derogación de las disposiciones penales especiales, sin que ello importe en modo alguno desincriminar tales conductas, ya que quedarían abarcadas por la figura de desbaratamiento de derechos acordados⁷¹⁶.

En lo que sigue, serán analizados únicamente los incisos mencionados por tratarse de los supuestos que con mayor frecuencia se han presentado a estudio de nuestros tribunales.

2. *El decreto-ley 15.348/46. Antecedentes*

Este decreto-ley fue ratificado por la ley 12.962 y, como se enunciara al comienzo, en sus artículos 44 y 45 se introducen distintas figuras delictivas⁷¹⁷.

⁷¹⁶ GOERNER, ob. cit., p. 311.

⁷¹⁷ Art. 44: "Será pasible de las penas establecidas en los arts. 172 y 173 del Cód. Pen., el deudor que disponga de las cosas empeñadas como si no reconociera gravámenes, o que constituya prenda sobre bienes ajenos como propios, o sobre éstos como libres estando gravados". Art. 45: "Será reprimido con prisión de quince (15) días a un (1) año: a) El deudor que en el contrato de prenda omita denunciar la existencia de privilegio de acuerdo a los arts. 11, inc. e, y 15, inc. e; b) Los encargados de la oficina, determinados en el art. 19, que omitan el cumplimiento de las dispo-

Luego de su sanción, fueron numerosos los avatares legislativos que afectaron sus disposiciones penales. En el año 1968 el decreto-ley 17.567, al introducir en el Código Penal el delito de desbaratamiento de derechos acordados, derogó el artículo 44 y los incisos a, d, y h, del artículo 45, que se superponían con el nuevo delito.

Frente a la aludida derogación, algunas decisiones judiciales se encargaron de aclarar que estos hechos no resultaban atípicos, afirmando que “la conducta prevista en el artículo 44 del decreto-ley 15.348/46 –defraudación prendaria– no ha sido desincriminada por la reforma de la ley 17.567, pues si bien ha derogado ese artículo, la abarca en el inciso 11 del artículo 173”⁷¹⁸.

Luego se dicta la ley 20.509, que si bien priva de eficacia al decreto-ley 17.567, convierte en ley el desbaratamiento de derechos, suscitándose la cuestión acerca de si los artículos derogados por esta última recuperaban vigencia.

En el fallo dictado en la causa “Albornoz”, pueden encontrarse resumidas las diferentes interpretaciones sobre el tema. Allí la mayoría afirmó que “los artículos 44 y 45, incisos a, d, y h, de la ley de prenda con registro, que habían sido expresamente derogados por el decreto-ley 17.567, han sido restablecidos en su vigencia por la ley 20.509”, por lo tanto, estas disposiciones coexistían con el artículo 173, inciso 11,

siones allí establecidas; c) El deudor que efectúe el traslado de los bienes prendados sin dar conocimiento al encargado del Registro, de acuerdo con el art. 9º, con excepción de los comprendidos en el art. 14; d) El deudor que abandonare las cosas afectadas a la prenda con daño del acreedor. Esta sanción es sin perjuicio de las responsabilidades que en tales casos incumben al depositario de acuerdo con las leyes comunes; e) El deudor que omita hacer constar en sus balances o en sus manifestaciones de bienes la existencia de créditos prendarios; f) El que titulándose propietario o comprador de buena fe promoviera sin derecho una tercería de dominio y obtuviera la paralización del juicio prendario, aunque bajo caución; g) El deudor que omitiera denunciar la existencia del gravamen prendario sobre los bienes embargados cuya venta se dispusiera judicialmente, en los juicios incoados por un tercero extraño al acreedor prendario; h) El deudor que deteriorase las cosas afectadas a la prenda. Se presume que las cosas prendadas son buenas y se encuentran en buen estado si no resultare lo contrario del certificado de prenda; i) El prestamista que simulara una operación inexistente, bajo la apariencia de un contrato de prenda con registro” (B. O. del 18-12-95, N° 28.293, 1ª Sección).

⁷¹⁸ CNCCorr., sala V, 12-7-68, “Palumbo, Armando”, E. D. 23-648.

del Código Penal. En disidencia, el doctor Rébori entendió que sólo regía la figura de desbaratamiento, subsistiendo la derogación de las normas del decreto-ley antes citadas, pues “habiendo obedecido tal derogación a la reforma introducida en orden a los delitos contra la propiedad y habiendo mantenido la ley 20.509 el citado artículo 173, inciso 11, del Código Penal, es evidente que las normas substituidas por esa última disposición no recuperaron vigencia”⁷¹⁹.

Posteriormente, el decreto-ley 21.338, que entró en vigencia el 15 de julio de 1976, derogó nuevamente el artículo 44 y los incisos a, d, y h, del artículo 45. En la actualidad, estas disposiciones se encuentran vigentes al ser restablecidas por la ley 23.077⁷²⁰ y no sufrieron modificación por virtud del decreto 897/95⁷²¹.

3. *Bien jurídico*

El bien jurídico protegido es el patrimonio del acreedor prendario. En tal sentido, la finalidad de la protección penal aparece clara. Se ha pretendido proteger aún más al acreedor prendario y en su caso al adquirente de buena fe, ante la proliferación y diversificación de los negocios comerciales principalmente, que trajeron aparejadas situaciones de impunidad por falta de tipo penal que las absorbiesen⁷²².

⁷¹⁹ CNCCorr., sala I, 20-9-74, “Albornoz, Guillermo”, L. L. 1975-A-98. El anotador del fallo, Genócrates, también comparte lo sostenido por la minoría, afirmando que se mantiene “a pesar de esa disposición restauradora de carácter general –refiriéndose al art. 1º de la ley 20.509– la derogación, aunque implícita, de todas las figuras de delito, que, por comprenderlas, absolvió y derogó, también implícitamente, el inc. 11”.

⁷²⁰ Sostiene la vigencia del decreto-ley 15.348/46 y aplica sus disposiciones la sala II de la CNCas.Pen., c. 1983, reg. 2571, “Peluso, R. A.”, del 24-5-99, J. P. B. A. 110-F-7.

⁷²¹ El decreto citado se dicta el 11-12-95, bajo la denominación Ley de Prenda y fue publicado en el B. O. del 18-12-95. El art. 1º del mismo, empero, expresa: “Apruébase el texto ordenado del decreto-ley de Prenda con Registro 15.348/46, ratificado por la ley 12.962 y modificado por el decreto-ley 6810/63, que como Anexo I forma parte integrante del presente decreto” (ZIULU, Adolfo Gabino, *¿Es constitucional la nueva Ley de Prenda con Registro?*, en L. L. del 20-2-98).

⁷²² CAMPOS, Alberto A., *Prenda con registro. Su protección en el Derecho Penal*, Omeba, t. XXII, p. 866.

Sin embargo, la modalidad adoptada constituye un evidente error de técnica legislativa. Lo correcto hubiera sido la sanción de las disposiciones que regulan la institución comercial por un lado y las previsiones penales aparte.

4. *La garantía y su protección penal*

La modalidad de garantía que nos interesa tratar es la que constituye un derecho real en favor de ciertos acreedores, mediante la inscripción registral, para garantizar cualquier clase de obligaciones, recayendo predominantemente sobre cosas muebles, de propiedad del deudor o de un tercero y que quedan en poder de ellos.

De esta forma, el deudor confiere al acreedor el privilegio de cancelar su crédito con el resultado de la ejecución de ciertos bienes muebles específicamente determinados, de los cuales aquél no se desprende. En cambio, en el caso de la prenda con desplazamiento el bien pasa a poder del acreedor y, en tales casos, la frustración de su derecho podría encontrar protección en el artículo 173, inciso 5º, del Código Penal⁷²³.

A los fines de la protección penal queda solamente comprendida la denominada prenda fija, excluyéndose la prenda flotante, porque el decreto-ley 15.348/46, en su artículo 14, no restringe la disponibilidad de las mercaderías y materias primas en general pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial a los efectos de la garantía.

Es por ello que se ha decidido que la sanción penal no atrapa al deudor que dispuso de los bienes prendados, cuya obligación exigible, por la vía y los medios acordados por el Derecho Privado, se traduce en la entrega de otro tanto de cosas de la misma especie y calidad⁷²⁴.

Más recientemente, la sala IV de la Cámara del Crimen de la Capital Federal, en la causa "Bunge", siguió los mismos lineamientos de los fallos anteriores, excluyendo a la prenda flotante de las dispo-

⁷²³ MILLÁN, ob. cit., p. 125.

⁷²⁴ CNCCorr., sala IV, 3-12-63, "Bekerman, Julián", L. L. 122-545. En el mismo sentido, la CNCCorr., sala V (30-8-68), sostuvo que "tratándose de una prenda flotante y no restringiendo dicha forma de prenda la disponibilidad de la mercadería afectada al contrato, el hecho de hacerlo o dejarla en manos de otra persona no configura delito" (E. D. 25-522); también la sala III de la misma Cámara, en la causa "Flores, Enrique A.", del 26-6-91.

siciones penales del decreto-ley, al afirmar que la ley 12.962 permite la disponibilidad de los bienes sujetos a prenda flotante, de manera que su inexistencia o falta de reemplazo al vencimiento de la obligación no genera responsabilidad penal⁷²⁵.

En cuanto a sus formalidades, se ha entendido que para la aplicación de las disposiciones penales contempladas en el decreto-ley 15.348/46, será necesario que la prenda se encuentre regularmente constituida de conformidad con las normas allí previstas, como también que se dé cumplimiento a lo establecido por los Códigos Civil y de Comercio, según el caso⁷²⁶.

Sobre los casos de ausencia de inscripción en el registro correspondiente, se ha afirmado que tal requisito se trata de un recaudo que tiene por finalidad resguardar los derechos de terceros, pero reinscripta o no, el contrato subsiste entre las partes en plenitud y el bien continúa gravado y, por lo tanto, su disposición como libre configura incuestionablemente un delito⁷²⁷.

⁷²⁵ CNCCorr., sala IV, 30-5-95, “Bunge, Diego”, c. 2861.

⁷²⁶ CNCCorr., sala I (Ouviaña en disidencia), 30-4-92, “Gramaglia, Alcides E.”, c. 40.129. Por tal razón, se excluyó el delito de defraudación prendaria si el contrato de prenda era inválido, ya que de acuerdo al contrato social de la firma vendedora la misma debió ser suscripta por tres de los socios, y no por sólo uno, como lo fue (CNCCorr., sala V, 17-12-68, E. D. 25-519). También se resolvió que era inválido desde el punto de vista penal el contrato prendario si a la fecha de su otorgamiento el deudor era menor no emancipado (CNCCorr., 1-9-67, J. A. 1968-1-487). Tal exigencia fue expuesta con claridad por la sala I de la Cámara del Crimen de la Capital Federal en la causa “Gramaglia”, afirmando la mayoría del tribunal que “el simple formulario de prenda parcialmente llenado –sin firma de los acreedores– y no inscripto, jamás puede surtir otros efectos legales que los contractuales que de él, como principio de prueba por escrito, puedan derivar entre las partes (art. 1197, Cód. Civ.) y no entran, por tanto, en los ámbitos amparados por la Ley de Prenda con Registro, reservados sólo para quienes cumplen íntegramente con todas sus prescripciones, entre las cuales está, sustancialmente, la de permitir –a diferencia del contrato de prenda común– el desplazamiento del bien a manos del deudor, en virtud de lo cual queda obligado a mantener el bien individualizado en el domicilio contractual, al alcance del acreedor en todo momento, dando lugar su incumplimiento a las sanciones penales que, por derogación efectuada por la ley 23.077, fueron equiparadas a las conductas prohibidas por el inc. 11, del art. 173, del Cód. Pen.”

⁷²⁷ CNCCorr., 13-10-70, “Chapuis”, L. L. 144-523; 26-7-68, “Zavaro”, J. A. 1969-2-942, entre otras.

5. *Las disposiciones penales del artículo 44 del decreto-ley*

En este artículo se establecen tres supuestos:

- 1º) Disponer de cosas empeñadas como libres;
- 2º) constituir una prenda sobre bienes ajenos como si fueran propios, y
- 3º) constituir una prenda sobre bienes propios como si fueran libres.

Como puede advertirse, estas disposiciones antes que al delito de desbaratamiento, se asemejan a la figura de estelionato prevista en el artículo 173, inciso 9º, del Código Penal. Sin embargo, en algunos casos y en razón de la interpretación que se le ha acordado al término “disponer”, puede encontrarse una similitud con alguna de las acciones materiales contenidas en aquel tipo penal⁷²⁸.

Por lo general, el acto de disposición estará configurado por una venta, donación, permuta y hasta por la destrucción total y aun parcial del bien, conductas éstas que no pueden ser juzgadas como simples deterioros y que configuran verdaderas enajenaciones con aptitud para disminuir la garantía, como por ejemplo, la venta de partes del auto-motor prendado.

Pero algunas decisiones judiciales interpretaron el supuesto en un sentido más amplio. Así, se resolvió que para que haya disposición de bienes prendados, no es menester un acto específico de transferencia, sino que basta que los efectos o parte de ellos “se sustraigan” a la garantía, circunstancia que se concreta en “la desaparición” de los bienes⁷²⁹. De acordarse esta inteligencia a la expresión, ciertamente no resulta posible establecer una diferencia con la acción material consistente en “ocultar” o “remover” la cosa, que prescribe el delito de desbaratamiento.

En este caso, se ha afirmado que se da un supuesto de concurso

⁷²⁸ Molinario denomina a este artículo estelionato prendario. Sostiene que atento a la nueva regulación de la prenda sin desplazamiento que establece este decreto-ley, no existe ninguna razón que lo justifique porque el caso queda comprendido en el estelionato que reprime el Código Penal, concluyendo que sólo sirve para añadir innecesarias complicaciones. Para el autor, la primera hipótesis se trata de un simple caso de apropiación indebida (art. 2º, Cód. Pen.) (ob. cit., p. 388).

⁷²⁹ CFed. de Paraná, 5-11-68, “Lugrin, Justo L. y otro”, E. D. 26-458.

aparente de leyes penales, resultando de aplicación el principio de especialidad en favor del artículo 44⁷³⁰.

Ésta fue la solución propiciada por la sala I de la Cámara del Crimen de la Capital Federal, en la causa “Racedo y otro”. Resulta de los considerandos de la sentencia que anotamos, que uno de los hechos imputados a los procesados fue haber suscripto veinte contratos prendarios con la firma “Compañía Financiera de Inversiones y Crédito Invercred SA”, entre los días 31 de agosto y 23 de octubre de 1987, gravando máquinas de computación, que luego desaparecieron, deteriorando la garantía resultante de los contratos prendarios. La sala entendió que se presentaba un concurso aparente de leyes penales, “esto es así, porque concurren dos tipos penales, el artículo 173, inciso 11, que contempla el delito de defraudación por desbaratamiento de derechos acordados, y el artículo 44 del citado decreto-ley, restablecido por la ley 23.077 que derogó en forma parcial a la ley 21.338, regulando las conductas reprimidas que infringen la normativa de los contratos de prenda. En aplicación del principio de especialidad, la ley aplicable al caso *sub examine* es la ley especial penal, o sea, el decreto-ley 15.348/46 ratificado por ley 12.962”⁷³¹.

En otro orden, una de las situaciones que mayores controversias ha provocado, es la que se presenta ante la conducta del deudor prendario que incumpliendo la obligación principal, no puso a disposición del juez el bien gravado a los fines de su posterior venta extrajudicial por el acreedor.

En la causa “Grimberg”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver una contienda de competencia, entendió que tal conducta configura, en principio, el delito previsto en el artículo 173, inciso 11, del Código Penal, toda vez que su omisión habría tornado inciertos los derechos que, sobre el bien de su propiedad y en garantía de la deuda contraída, ha acordado a aquél⁷³².

⁷³⁰ GOERNER, ob. cit., p. 321.

⁷³¹ CNCCorr., sala I, 13-5-96, “Racedo, Alejandro Ernesto y otro”, c. 44.796. También por la especialidad del decreto-ley se pronunció la sala III, en la c. 28.260, “Flores, Enrique”, del 26-6-91.

⁷³² CSJN, 25-10-84, “Grimberg, Argentino”, *Fallos*: 306:1570. En el caso, el juez interviniente en el expediente “Banco Cabillo SA c/Grimberg, Argentino s/Secuestro prendario”, en razón de haber arrojado resultados negativos los sucesivos

En otros decisorios, en cambio, se decidió que no configura el delito la conducta de quien intimado en una ejecución prendaria a que presentase el bien gravado, no lo hace no obstante conservarlo en su poder⁷³³.

Siguiendo esta interpretación, en un fallo más reciente, el Tribunal Oral Federal de La Plata, en la causa “Casado y otro”, afirmó que tanto el decreto-ley 15.348/46, artículo 44, ratificado por la ley 12.962, y el artículo 173, inciso 11 del Código Penal, exigen que el deudor prendario realice un “acto jurídico” o un “hecho jurídico” sobre el bien prendado que tenga por efecto enervar dicha garantía, no resultando conducta típica el no poner los bienes a disposición del acreedor. Ello constituiría una mera omisión frente a una intimación, mas no es la conducta incriminada en las normas de mención⁷³⁴.

Para adoptar una solución correcta, es necesario distinguir entre las distintas situaciones que pueden plantearse.

En principio, entendemos que la mera negativa del deudor a entregar el bien gravado no perfecciona el delito. Debe ocurrir, cuando menos, que se niegue o afirme desconocer maliciosamente el lugar donde está la cosa gravada, que se la oculte, etcétera, hipótesis en las cuales la conducta del deudor esté claramente dirigida a perjudicar patrimonialmente al acreedor frustrando el cobro de su crédito.

En cambio, si no obstante el incumplimiento, la cosa se ha conservado y es hallada en el domicilio constituido a los efectos de la prenda, la omisión no resultará típica; lo contrario implicaría extender la penalidad sobre un incumplimiento contractual, o bien sancionar penalmente una desobediencia relativa a intereses personales de índole patrimonial, soluciones que en modo alguno pueden ser convalidadas⁷³⁵.

mandamientos de secuestro del vehículo prendado, como así también la intimación formulada al deudor para que pusiera el bien a disposición de dicho juzgado, dispuso la remisión de los antecedentes a la justicia en lo Criminal, a fin de que se investigara acerca de la responsabilidad penal del demandado.

⁷³³ CCrim. de Rosario, sala II, 29-3-72, “Lobos, Servando J.” Se agregó en esa oportunidad que la sola no presentación del bien en la ejecución prendaria, no está penada si aparece en el proceso penal, pues la cosa se ha conservado (E. D. 58-399).

⁷³⁴ TOCr. N° 2 de La Plata, 13-12-96, “Casado, L. M. c/González, F. C.”, c. 79/95, J. P. B. A. 96-21, f. 57.

⁷³⁵ Ésta es la interpretación del delito de desobediencia, efectuada por la CSJN en la causa “Grimberg, Argentino”, ya citada.

Es de notar, además, que algunas de estas acciones típicas, como la que culmina con la desaparición de la cosa, pueden también quedar abarcadas por el inciso c, del artículo 45 que contempla el traslado de los bienes sin aviso al registro correspondiente, lo que pone en evidencia una vez más la deficiente técnica legislativa que se ha seguido en la materia.

6. *Las disposiciones penales del artículo 45 del decreto-ley*

El artículo 45 contiene los incisos que mayores dificultades han suscitado en la doctrina y jurisprudencia, por su semejanza con la figura de desbaratamiento de derechos, circunstancia que ha llevado a algunos autores a denominarlos “desbaratamiento de prenda”⁷³⁶.

a) *El traslado de los bienes*

El supuesto previsto en el inciso c, a diferencia de lo ocurrido con los restantes, siempre mantuvo su vigencia, pero su derogación se hubiera justificado sobradamente al quedar abarcado el concepto de “traslado” por la expresión “remoción” contenida en el desbaratamiento de derechos, puesto que una no puede verificarse sin la existencia de la otra.

La ilicitud de la conducta radica en el traslado de la cosa sin dar conocimiento al encargado del registro, de acuerdo con el artículo 9º, que en su parte pertinente, expresa: “La transferencia se anotará en el registro y se notificará al acreedor mediante telegrama colacionado”.

No obstante la exigencia legal, el mero incumplimiento de la mencionada obligación no perfecciona necesariamente el delito. Deberá examinarse en cada caso si el traslado del bien ha ocasionado una afectación al patrimonio del acreedor prendario.

Entendidas así las cosas, “será determinante para la afirmación de la tipicidad de la conducta, el análisis del aspecto subjetivo del tipo penal y en este ámbito, deberá comprobarse un accionar doloso

⁷³⁶ En un intento clasificatorio, Carlos González Gartland, ha agrupado estas disposiciones de la siguiente manera: desbaratamiento de prenda (incs. a, c, d, f, g, y h); casos especiales de incumplimiento de los deberes de funcionario público (inc. b); casos de atentado especial a la fe pública (inc. e) y casos de usura (inc. i) (*Protección penal de la prenda con registro*, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 53).

por parte del sujeto activo. Por eso, si el traslado del bien se ha realizado, pero el sujeto por razones atendibles se ha visto impedido de efectivizar formalmente la noticia correspondiente, y ello no obstante, la ubicación del bien era conocida para el acreedor, la conducta será atípica por ausencia de dolo y de lesión al bien jurídico protegido”⁷³⁷.

En tal sentido, se ha planteado una situación particular cuando el bien prendado es un automotor. Es interesante la postura sostenida en la ya citada causa “Garay”, donde si bien no se analizaron las disposiciones del decreto, el criterio sustentado le resulta aplicable. Allí se afirmó que no se configura el delito de desbaratamiento de derechos, si el imputado removió el automotor prendado, pues el movimiento hace a la esencia del automotor; agregándose que “carece de relevancia en orden al delito previsto por el inciso 11, del artículo 173, del Código Penal, la condición pactada en el contrato de prenda impreso, no redactado expresamente a los efectos de un bien determinado, de abstenerse de sacar el bien de la localidad, sin autorización del acreedor, pues nadie va a adquirir un automotor con el compromiso de solicitar autorización escrita del acreedor cada vez que se supere los límites de la localidad”⁷³⁸.

En el análisis de ambas disposiciones, un sector doctrinario interpreta que, como el traslado del bien equivale a su remoción, resulta que si ésta logra alguno de los resultados incriminados en el inciso 1º, y ellos son alcanzados por el dolo del autor, debe entenderse que en ese aspecto el inciso c, ha sido derogado implícitamente por el tipo del desbaratamiento⁷³⁹. Para otros, en cambio, existiría una superposición entre ambas⁷⁴⁰.

⁷³⁷ GOERNER, ob. cit., p. 326.

⁷³⁸ Fallo cit., p. 691. La misma interpretación fue seguida por la sala V de la Cámara del Crimen de la Capital Federal, cuando resolvió en un caso similar que “el automóvil es –por su propio destino– una cosa de uso personal, cuyo traslado, en el caso entre la Capital Federal y la ciudad de Paraná donde debía residir su dueño, cumplía precisamente la verdadera finalidad de la compra. Si ésta es una verdad incuestionable si está probada la falta de mala fe, de ocultamiento e inclusive de perjuicio para el acreedor prendario, no es justo ni razonable hacer primar la fría formalidad de una cláusula contractual reñida con la realidad, máxime cuando el sujeto aporta una clara y verosímil explicación, todo lo cual coloca frente a una conducta que no puede reputarse delictuosa” (CNCCorr., sala V, 4-4-67, E. D. 27-557).

⁷³⁹ TARDITI, ob. cit., p. 69.

⁷⁴⁰ HENDLER, ob. cit., p. 757.

Otras decisiones judiciales han encontrado el elemento distintivo entre ambas disposiciones en el aspecto subjetivo, aceptando implícitamente que el artículo 45, inciso c, pueda receptor la forma culposa. Así lo ha interpretado la sala V de la Cámara del Crimen de la Capital, en la causa “Giménez Espinosa”, al afirmar que el delito de desbaratamiento de derechos acordados es de carácter doloso, por tanto si no puede acreditarse tal aspecto subjetivo en el traslado del bien sujeto a prenda por parte del deudor, el hecho debe enmarcarse en el artículo 45, inciso c, de la ley 12.962⁷⁴¹.

Esta última solución no parece del todo acertada, si se tiene en cuenta la redacción del inciso, la que no permite inferir en modo alguno que estemos en presencia de un tipo penal culposo.

En nuestra opinión, también en estos supuestos deben aplicarse las disposiciones penales del decreto-ley de prenda, por razones de especialidad. Pero es de notar que, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 44, en estos casos ello puede generar una situación de evidente desigualdad en cuanto a la pena a aplicar —15 días a un año—, frente a conductas similares que no tengan como antecedente un contrato prendario, y resulte de aplicación el inciso 11 del artículo 173, con una escala penal que en su máximo —seis años— resulta por cierto muy superior a aquélla⁷⁴².

b) *El abandono seguido de daño y la acción de deteriorar la cosa prendada*

Las acciones típicas consignadas en los incisos d, y h, consisten en el abandono de la cosa prendada cuando de ello resulte un daño,

⁷⁴¹ CNCCorr., sala V, 14-8-91, c. 27.339.

⁷⁴² No obstante lo señalado, en su oportunidad, la sala V de la Cámara del Crimen ha dejado traslucir la posibilidad de la aplicación de un concurso ideal de delitos. En la causa “Iturbide” (10-11-89), se dijo que “la conducta del procesado que gravó un televisor con prenda con registro y luego, por un acto posterior se tornó imposible el derecho que el acreedor tenía sobre ese bien, configura el delito de desbaratamiento de derechos acordados. Si bien el traslado del bien aludido por el procesado podría hacer concursar idealmente ese tipo penal con el contenido en el inc. c, del art. 45, del decreto-ley 15.348/46 ratificado por la ley 12.962; al no poder determinarse con certeza si fue el traslado el acto desbaratador, corresponde estar sólo a la defraudación especial aludida”.

y en el deterioro de la misma, respectivamente, y serán tratadas en lo que sigue en forma conjunta, puesto que, en definitiva, ambas tipifican la producción de un daño en la cosa. Al respecto, se ha señalado acertadamente la redundancia en que ha incurrido el legislador en el inciso d, cuya descripción de abandonar con daño no puede constituir sino una forma de deterioro, acción prevista en el inciso h, lo que justificaría sobradamente su derogación⁷⁴³.

Por su parte, el artículo 173, inciso 11, contempla como acción material la de dañar el bien objeto de la relación jurídica antecedente entre las partes. Con la incorporación de esta última figura defraudatoria, se había sostenido que ambos incisos habían quedado incorporados en el nuevo precepto. El inciso h, por la notoria sinonimia de la expresión “deteriorar” que empleaba con la de “dañar” que utiliza la nueva norma, y el inciso d, que se refería al deudor que abandonare las cosas afectadas a la prenda con daño del acreedor, por estar comprendido también en el concepto de “dañar”⁷⁴⁴.

En el inciso d, la ilicitud no la configura el abandono en sí, acción material que resultará atípica, siempre que no importe un traslado o la remoción del bien, sino el abandono seguido de daño para el acreedor.

Afirma Millán, refiriéndose al texto del artículo conforme al decreto-ley 21.338, que derogaba los incisos a, d, y h, que cuando a causa del abandono la cosa se daña por obra de un tercero, sin convergencia intencional con el deudor, o de la naturaleza, es de aplicación el decreto de prenda; en cambio, si la destrucción o desvalorización del bien es obra del deudor, debe aplicarse el inciso 11 del artículo 173, en tanto que el abandono imprudente, sin daño de la cosa, es impune⁷⁴⁵.

Esa interpretación también fue expuesta por el autor en su voto en la causa “Albormoz”. En el caso, ocurrió que el adquirente de un automóvil gravado con prenda con registro, disconforme con la compra,

⁷⁴³ GONZÁLEZ GARTLAND, ob. cit., ps. 53 y ss. En este sentido, se ha afirmado que para hacer una justa aplicación de la ley para estos casos deben tenerse en cuenta ambas disposiciones ya que una nos dará la medida aceptable de la aplicación de la otra (CAMPOS, ob. cit., p. 872).

⁷⁴⁴ HENDLER, *En torno al desbaratamiento de derechos acordados...* cit., p. 757.

⁷⁴⁵ MILLÁN, ob. cit., p. 128.

y no pudiendo rescindir la operación, abandonó el rodado en la vía pública de donde fue secuestrado faltándole numerosas piezas y deteriorado, cosas ambas no imputables al procesado. Ello, se dijo, no significa que lo haya querido hacer desaparecer o propuesto deteriorarlo; por tanto, tal conducta encuadra en el artículo 45, inciso d, de la Ley de Prenda con Registro y no en el artículo 173, inciso 11, del Código Penal. Se aclaró además que son distintas las acciones previstas por el artículo 173, inciso 11, del Código Penal y la del artículo 45, inciso d, de la Ley de Prenda con Registro y distinto el elemento psicológico de ambas⁷⁴⁶.

El juez Rébora, en cambio, no aceptó plenamente la tesis de que la figura de desbaratamiento exige dolo directo. Expresó que “según el contrato prendario de fojas 35 del expediente civil que corre por cuerda, el acusado Guillermo Albornoz gravó con dicha garantía real el automotor allí descripto, el que estaba completamente equipado, con todos los accesorios y en perfecto estado de uso [...] En 1970 se

⁷⁴⁶ CNCCorr., sala I, 20-8-74, E. D. 57-424, con comentario al fallo de GENÓCRATES, *¿Abandono o desbaratamiento?* Con anterioridad a este fallo, la sala II de la misma Cámara, en la causa “Slovacek, Mateo” (23-4-71, E. D. 38-415), sostuvo que “el abandono del bien prendado no configura el delito de desbaratamiento de derechos acordados (inc. 11, art. 173, Cód. Pen.)”. En realidad, resulta de los considerandos del fallo que se declaró la atipicidad de la conducta por entender el tribunal que el contrato de prenda era insanablemente nulo, por existir violación al art. 5° del decreto-ley respectivo. Por lo tanto, toda vez que legítimamente no se había acordado derecho alguno a favor del pretenso acreedor prendario, nada se había desbaratado. Más claro es el análisis de la cuestión efectuado en el dictamen del fiscal de Cámara Dr. Cúneo Libarona, cuando sostuvo que “varias disposiciones penales del decreto-ley 15.348/46 (ley 12.962), vigentes a la fecha de comisión del hecho de autos, han sido derogadas por la ley 17.567 (E. D. 20-961), ley que, a su vez, las ha trasladado, en su mayoría, al inc. 11 del art. 173 del Cód. Pen. que ahora rige. Si descartamos la figura del art. 44 de aquel decreto-ley, porque Slovacek no dispuso en ningún momento del bien prendado, su conducta podría subordinarse al inc. d, del art. 45 del mismo, es decir, el deudor que abandonare las cosas afectadas a la prenda con daño al acreedor, pues Slovacek se negó a recibir el vehículo, que permaneció frente a su domicilio durante un año y medio. Esto era delito hasta que entró a regir la ley 17.567. Pero no lo es luego, a pesar de la incorporación del mencionado inc. 11, y no lo es porque el procesado no ha realizado –entendiendo al desbaratamiento de derechos acordados– ningún acto jurídico relativo al mismo bien; ni lo ha retenido, removido, ocultado o dañado”.

vendió en público remate lo que quedaba del vehículo en setecientos noventa pesos”. Para la minoría, “el sujeto fue más allá de mero abandono, para realizar un acto que implica disposición, atendiéndose a que con su conducta desplazó los distintos efectos que desaparecieron del rodado, el que perdió la mayor parte del valor, ocasionando de tal suerte un daño patrimonial al acreedor. La acción inculpada se ajusta a la descripción típica del artículo 173, inciso 11, del Código Penal, ya que el inculcado tornó imposible e incierto el cumplimiento de lo pactado con un actuar positivo realizado con conciencia y voluntad”⁷⁴⁷.

Otra fue la interpretación seguida por el Tribunal Oral N° 1, en la causa “La Fontaine”, al resolver que configura infracción al artículo 45, inciso d, y no desbaratamiento de derechos acordados, la acción de quien desentendiéndose de su suerte y sin realizar actividad alguna tendiente a constatar dónde podía ser hallado, dejó abandonado en la vía pública un automóvil que había gravado con prenda con registro en garantía de una deuda dineraria, sin que se haya acreditado que el imputado hubiera tenido la intención de tornar ilusorio el derecho del acreedor prendario⁷⁴⁸.

Puede advertirse sin esfuerzo, que también en esta disposición la redacción es deficiente y confusa, pero de inicio debe descartarse que se trate de un tipo penal culposo, como parece desprenderse del fallo antes citado.

En efecto, si de la situación objetiva de abandono en que se ha dejado voluntariamente la cosa, necesaria y previsiblemente puede resultar un daño en su estructura y esa circunstancia es conocida por el deudor, quien igualmente se desinteresa de su suerte, al verificarse su deterioro, podría estarse en presencia de dolo eventual, si éste es admisible, en el tipo penal.

Finalmente, el inciso h, alude a la acción del deudor consistente en “deteriorar” las cosas afectadas a la prenda.

Esta acción claramente no se compadece con un obrar con dolo eventual y mucho menos culposo. Asignar otra inteligencia a la dis-

⁷⁴⁷ Voto del Dr. Rébora, fallo cit., p. 100.

⁷⁴⁸ TOCr. N° 1, 29-11-94, “La Fontaine, A.”, c. 380.

posición, impediría diferenciar de algún modo esta hipótesis de la contenida en el inciso anterior –abandono seguido de daño–.

Como ocurre con el daño desbaratador, tipificado en el inciso 11, del artículo 173, la conducta aquí prevista requiere el fin específico de perjudicar la cosa, esto es, dolo directo.

XIV. El artículo 173, incisos 12, 13 y 14 del Código Penal⁷⁴⁹

La ley 24.441, de financiamiento de la vivienda y de la construcción, en el Título I, trata del fideicomiso, y en el Título XI, en el artículo 82, incorporó tres incisos más al artículo 173 del Código Penal.

Buompadre y Creus afirman que quedarían comprendidas tanto en el tipo genérico del artículo 172, como en los incisos 7º u 11⁷⁵⁰. Más precisamente, el primero de los autores afirma que “los nuevos delitos reúnen estas características de los abusos de confianza, en todos los casos, exigen como presupuesto una relación jurídica inicial lícita entre las partes”⁷⁵¹.

Desde esta perspectiva no hay duda de que los nuevos tipos penales son abusos de confianza o de situación, y habría que pensar si valían la pena estos nuevos agregados al ya de por sí largo artículo 173 del Código Penal.

⁷⁴⁹ Bibliografía general: AMALLO, Daniela N., *El fideicomiso, los fondos comunes de inversión y las sociedades de objeto especial como instrumentos de financiamiento*, en *Cuadernos de la Universidad Austral*, Depalma, Buenos Aires, 1996; BARREIRA DELFINO, Eduardo A., *Categorización jurídica del leasing*, en J. A. 1998-II-988; CARRIZO, Rubén Omar, *Las nuevas defraudaciones penales (los delitos incorporados al art. 173, del Cód. Pen. por la ley 24.441/95)*, La Ley, Avellaneda, 1999; HERBEL, Gustavo A. y TROVATO, Gustavo F., *La responsabilidad penal del fiduciario (análisis del art. 173, inc. 12, Cód. Pen.)*, en J. A. 1998-III-790; KIPER, Claudio Marcelo, *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, La Ley, Buenos Aires, 1990; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecas, contratos de consumición*, Zavalía, Buenos Aires, 1995; MAFFÍA, Osvaldo J., *Leasing y quiebra*, en L. L. 1992-B-1081; MAIULINI, Federico, *La defraudación fiduciaria (análisis y problemas del art. 173, inc. 12, Cód. Pen.)*, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 2000-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 207; NAVARRO, Guillermo Rafael, *Delitos contra la propiedad*, Belgrano, Buenos Aires, 1992; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, *El dominio fiduciario en la ley 24.441. ¿Nuevo derecho real?*, en J. A. 1998-III-824.

⁷⁵⁰ CREUS, ob. cit., p. 550.

⁷⁵¹ BUOMPADRE, ob. cit., p. 236.

También hay problemas en cuanto no se sabe si estos delitos son de resultado, como todas las defraudaciones, salvo parte del inciso 11, o si son delitos de peligro⁷⁵².

Según Buompadre, ninguno de ellos tiene precedentes en el Derecho argentino, ni tampoco en el Derecho Comparado, de la manera en que se han legislado⁷⁵³. De manera que es esta especie de compulsión a dictar leyes penales del legislador, sin tener clara la sistemática general del Código, que lleva a confusiones, no sólo doctrinarias, sino jurisprudenciales.

1. *Defraudación del titular fiduciario*

a) *Fideicomiso. Lineamientos*

Esta institución se basa en la confianza que se deposita en la persona que habrá de ostentar la propiedad fiduciaria. Ya el significado de la palabra fideicomiso, como es normal, advierte sobre el fondo del asunto, ya que proviene del vocablo latino *fides* que significa “fe” o “confianza”.

Habrá fideicomiso, según reza el artículo 1º de la ley 24.441, cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, beneficiario o al fideicomisario.

El objeto de un fideicomiso puede ser cualquier tipo de bien que se encuentre en el comercio, sean cosas o derechos.

El fideicomiso no es perpetuo, puesto que se extingue por el cumplimiento del plazo estipulado, el acaecimiento de la condición, el vencimiento del plazo máximo de treinta años, la revocación del fiduciante (si se hubiere reservado esa facultad) o por cualquier otra causal establecida en el contrato. Por otro lado, es absoluto, toda vez que el fiduciario tiene amplias facultades de disposición (salvo pacto en contrario), y, finalmente, es exclusivo porque mientras dure el fideicomiso, dueño únicamente es el titular fiduciario.

⁷⁵² Ídem nota anterior.

⁷⁵³ *Ibidem*.

En la institución del fideicomiso pueden existir hasta cuatro roles jurídicos:

- a) El fiduciante;
- b) el fiduciario;
- c) el beneficiario, y
- d) el fideicomisario.

No deben confundirse estos mal llamados, desde el punto de vista del idioma, *roles o posiciones jurídicas* en un fideicomiso, con las *partes* de él; en efecto, si bien existen cuatro roles, verdaderas partes de un fideicomiso sólo son dos:

- a) El fiduciante, y
- b) el fiduciario.

El fiduciante es aquel que transmite la propiedad fiduciaria; fiduciario es quien recibe los bienes fideicomitidos; beneficiario es el que recibe la utilidad del fideicomiso mientras dure y fideicomisario es quien recibe el o los bienes, una vez extinguido el fideicomiso. El fiduciante puede a su vez ser beneficiario y fideicomisario, y el beneficiario puede, además, ser fideicomisario.

La propiedad fiduciaria puede tener su causa fuente en un contrato o en un testamento, es decir, aquel que va a ejercer el dominio fiduciario puede obtenerlo en virtud de un acto entre vivos, o bien *mortis causa*; también se ha mencionado a la ley como fuente de esta forma de propiedad.

La propiedad fiduciaria puede tener su causa fuente (además del contrato y la ley).

b) *El delito*

La ley 24.441 –mediante su artículo 82– incorporó al Código Penal, entre otras disposiciones y con la pena establecida para las estafas, una nueva especie de abuso de confianza; esta defraudación se encuentra inserta, junto con otras, en el inciso 12 del artículo 173 del Código Penal.

Dice el artículo 173, inciso 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 cocontratantes”.

c) *El bien jurídico tutelado*

El bien jurídico protegido por la norma es la propiedad, tal como se ha visto al principio del título sobre los delitos contra la propiedad.

Ya se ha visto que la propiedad entendida en este título tenía un alcance especial, que había sido determinado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷⁵⁴. En este sentido, la propiedad de los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional ampara todo el patrimonio, incluyendo derechos reales y personales, bienes inmateriales o materiales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer. En esa dirección, se ha sostenido que nuestro tribunal supremo ha identificado la propiedad con la totalidad de los derechos patrimoniales, superando de este modo la discusión en torno del empleo de las instituciones de la propiedad, el dominio y el patrimonio, sus significaciones y alcances⁷⁵⁵.

En otros términos, y más allá de lo específico de la institución tratada, el bien jurídico sigue siendo el mismo.

d) *Tipo objetivo*

En principio, sólo puede ser autor del delito el titular fiduciario, que es un verdadero administrador del fideicomiso, ya que recibe los bienes fideicomitidos durante el tiempo de vigencia del contrato (art. 5° de la ley). Adviértase que durante el tiempo del contrato, y de acuerdo al artículo 17, puede disponer, gravar los bienes, aun sin el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, pero, advierte Buompadre, como el dominio adquirido es sólo un dominio fiduciario, imperfecto y limitado, de acuerdo a los artículos 11, 14, 73 y 74 de la ley 24.441, y artículos 2662 y 2670 del Código Civil, cualquier operación financiera que realice con dichos bienes no puede resultar perjudicial para los derechos de los cocontratantes⁷⁵⁶. En este sentido se

⁷⁵⁴ CSJN, *Fallos*: 294:152, 304:856 y 312:345, entre muchos.

⁷⁵⁵ TOZZINI, Carlos A., *Los delitos de hurto y robo*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 85 y ss.

⁷⁵⁶ BUOMPADRE, ob. cit., ps. 237/8.

ha sostenido que “el fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos del propuesto. Quien transmite le hace confianza que no lo hará: el aseguramiento jurídico contra el abuso no va más allá de una obligación exigible”⁷⁵⁷. No se olvide que en el fondo se trata de un negocio jurídico único, por el cual la transmisión del derecho real por un lado, y el vínculo obligacional que limita los poderes por el otro, no configuran negocios autónomos entre sí, sino que ambos son interdependientes y constituyen un negocio jurídico único⁷⁵⁸.

De este modo, y entendiendo que el negocio fiduciario es esencialmente un negocio de confianza, tal como surge de la propia etimología de la palabra, conllevan, como es obvio y afirmado por la doctrina civil, una situación de peligro derivada del comportamiento abusivo⁷⁵⁹.

Todo lo cual significa que el legislador ha querido castigar con pena la violación de esa confianza aun en los casos del dominio imperfecto. Y dónde está el peligro, en este tipo de negocios. Recurrimos a la doctrina civil: el abuso, no sólo se puede dar por actos de disposición jurídica a favor de terceros, sino por actos de disposición material, como ser la destrucción, disfrute o retención de la cosa en forma contraria al fin propuesto, a lo que se suma la posibilidad de que el fiduciario pueda resultar insolvente, lo que agrava el riesgo del bien jurídico⁷⁶⁰.

En base a lo expuesto, el legislador ha tratado de proteger el negocio fiduciario, frente a los riesgos que la propia institución jurídica tiene, por lo cual la conducta punible será, dentro de esta función que tiene el autor en este delito, la de perjudicar esos bienes, mediante acciones típicas del ilícito (comunes a los tres delitos que el inciso prevé) que son la de disponer, gravar y perjudicar.

Dispone aquel que realiza actos de enajenación o gravamen, sea a título gratuito u oneroso⁷⁶¹. *Grava* quien constituye sobre la cosa

⁷⁵⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit. por KIPER, *Régimen jurídico del dominio fiduciario* cit., p. 78.

⁷⁵⁸ KIPER, ob. cit., p. 91.

⁷⁵⁹ Íd., p. 97.

⁷⁶⁰ Íd., p. 99.

⁷⁶¹ Como ejemplos de actos de disposición, ver los que enumera NAVARRO, *Delitos contra la propiedad* cit., p. 39.

un derecho real de garantía (hipoteca, prenda, anticresis) o la da en caución; como claramente se puede apreciar, el gravamen resulta un acto de disposición, con lo cual la ley, en este sentido, resulta reiterativa. *Perjudicar* aparece aquí como una acción punible, que no debe confundirse con el resultado; perjudicar es el verbo correspondiente a la acción de causar perjuicio, es decir, una acción tendiente a disminuir el valor de los intereses confiados.

Esta última acción permite ampliar la gama de posibilidades que presentan las acciones punibles, puesto que no se circunscriben a una actividad: incluye la forma omisiva; como ejemplo se pueden mencionar el abandono, la destrucción, la inutilización, la mutilación, el ocultamiento, el no ejercicio de acciones en defensa de los bienes fideicomitidos, el no cobro de créditos, etcétera, es decir, todo lo que puede hacer un administrador en perjuicio de los bienes de la persona que administra.

El fideicomiso puede tener en sí dos relaciones jurídicas, esto es, una interna resultante del contrato que obliga a las partes—que envuelve una pretensión restitutoria conforme a la finalidad prevista en el negocio—, y una externa real en la que la transmisión propiamente dicha se hace objetiva frente a terceros.

La discusión en este punto es si es aplicable todo lo afirmado sobre la administración fraudulenta, entre la llamada relación interna y la relación externa y los deberes que surgen de la primera, esto es, la teoría del abuso y la denominada teoría del quebrantamiento de la fidelidad. El problema surge ya que ambas relaciones presuponen facultades o relaciones respecto de un patrimonio ajeno, extremo éste que no se da completamente puro en el marco de un fideicomiso, ya que la relación del fiduciante respecto de los bienes que integran la propiedad fiduciaria es la de propietario⁷⁶². Sin embargo, la cuestión es clara, porque el autor está limitado por deberes que surgen del

⁷⁶² En ese sentido, Edmund Mezger afirma que el llamado tipo del abuso presupone la *facultad para disponer de un patrimonio ajeno o para obligar a otro* (*Derecho Penal. Parte especial*, traducción a la 4ª ed. alemana por Conrado Finzi, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, t. II, p. 280) y que el tipo de quebrantamiento de la fidelidad presupone un *deber de cuidar de intereses patrimoniales ajenos* (MEZGER, ob. cit., t. II, p. 281).

propio negocio fiduciario, de manera que no se alcanza a ver la limitación, como se pretende por parte de alguna doctrina⁷⁶³.

En esa dirección, se aplica también el consentimiento como causa que excluye la tipicidad, toda vez que el sujeto pasivo mantiene ciertos derechos⁷⁶⁴.

No hay duda de que la estructura del tipo penal es la misma que la del artículo 173, inciso 7º, ya se están violando deberes asumidos por el autor, causando perjuicio a quien se debe entregar la propiedad.

El objeto sobre el cual recae el delito es el bien o los bienes fideicomitidos, aquellos transmitidos en propiedad fiduciaria al sujeto activo.

e) *Sujeto activo*

El papel de sujeto activo lo ostenta el titular fiduciario, es decir, aquel que tiene el dominio fiduciario, de acuerdo a lo establecido por la ley. Cualquier persona, sea física o jurídica, puede ser fiduciario, mas deben tenerse en cuenta las limitaciones impuestas por los artículos 5º y 19 de la ley 24.441, así como lo establecido en los artículos 8º y 9º de la ley 25.284.

El extremo apuntado en el párrafo precedente ubica al ilícito entre los delitos especiales en sentido estricto, es decir, aquellos en los que se incluyen en el tipo –como autores– algunas personas especialmente caracterizadas⁷⁶⁵; en el caso, el titular del fideicomiso.

Las particularidades que presenta el instituto del fideicomiso permiten que titular fiduciario pueda ser una persona jurídica, mas como éstas carecen tanto de capacidad de acción, como de culpabilidad, la responsabilidad penal recae –eventualmente– sobre sus integrantes, si es posible hacer la imputación objetiva como subjetiva.

f) *El sujeto pasivo*

El análisis del sujeto pasivo puede generar inconvenientes y equí-

⁷⁶³ MAIULINI, *La defraudación fiduciaria...* cit.

⁷⁶⁴ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, t. II, p. 326.

⁷⁶⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 240. ROXIN, *Autor y dominio del hecho*; DONNA, *Autoría y participación*.

vocos, si no se analiza la cuestión con cierta atención. Afirma Kiper que en principio el único sujeto posible del dominio fiduciario es su titular, es decir el dueño de la cosa transmitida en las condiciones legales. Sin embargo, sigue diciendo el autor citado que enfocando el negocio fiduciario, aparecen los sujetos de la relación jurídica, y en nuestro sistema legal se requiere de tres partes: el fiduciante, el fideicomitente y el fiduciario⁷⁶⁶.

De este modo no sólo será sujeto pasivo el fiduciante o constituyente del fideicomiso sino también el fideicomitente, esto es, el tercero que sería el beneficiario⁷⁶⁷.

g) *Tipo subjetivo*

La defraudación fiduciaria, en principio, sólo puede ser cometida mediante dolo directo, es decir, con la expresa voluntad de actuar referida al resultado que sustenta la acción⁷⁶⁸.

La relación jurídica entre las partes nace válidamente, el dolo en la conducta del sujeto activo sólo se puede apreciar con posterioridad a la disposición patrimonial y no antes. Si el dolo fuera al comienzo del negocio jurídico, esto es, con el fin de engañar, estaríamos frente al delito de estafa.

No es posible el dolo eventual, aunque alguna doctrina, basándose en Mezger, opine lo contrario⁷⁶⁹.

La acción dirigida a defraudar los intereses del sujeto pasivo, en sentido amplio, debe ser encarada por el autor con un fin específico: la obtención de un beneficio, ya sea para sí o para un tercero; éste es un elemento subjetivo especial distinto del dolo. El autor tiene que haber querido defraudar los intereses de los cocontratantes con el fin

⁷⁶⁶ KIPER, ob. cit., p. 134.

⁷⁶⁷ El art. 2661 del Cód. Civ. dice lo siguiente: "Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil". En el caso de dominio fiduciario y revocable, el carácter de perpetuidad es el que se encuentra disminuido, pues el derecho no está sujeto, en principio, a durar indefinidamente, sino a extinguirse por el vencimiento del plazo o por el cumplimiento de la condición a la que se encuentra subordinado.

⁷⁶⁸ En igual sentido BUOMPADRE, ob. cit., p. 238.

⁷⁶⁹ MEZGER, ob. cit., t. II, ps. 282 y ss.

de lograr un beneficio propio o de un tercero, el cual se traduce en una ventaja o provecho apreciable en dinero.

El inciso 12 del artículo 173 del Código Penal omite la hipótesis de daño –además del beneficio– como especial elemento del tipo subjetivo, tal como –por ejemplo– lo prevé el inciso 7º del mismo artículo. Esto tendría como consecuencia que la sola destrucción de la cosa –sin la búsqueda de beneficio– por parte del titular fiduciario no fuera típica, tampoco podría aplicarse al agente el artículo 183 del Código Penal, pues éste es dueño de la cosa.

h) *Consumación y tentativa*

El delito se consuma con la concurrencia del perjuicio a los co-contratantes⁷⁷⁰.

La tentativa es posible dado que se trata de un delito de resultado.

i) *Autoría*

Como se dejara apuntado más arriba, en el delito en análisis la calidad de sujeto activo no la puede revestir cualquier persona; sólo pueden serlo aquellos sujetos especialmente caracterizados.

En los delitos especiales, como se sabe, queda limitada la autoría mediata, no así la complicidad, ni la instigación⁷⁷¹. En este tipo de delitos especiales, es decir, aquellos en los cuales el círculo de autores está determinado por ley, en virtud de que la conducta conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico, la autoría del *extraneus* es imposible en cualquier forma, mientras que su participación es posible en tanto el autor sea el sujeto calificado por la ley⁷⁷².

2. *Defraudación del administrador del fondo común de inversión*

a) *Fondo común de inversión. Lineamientos*

La definición de fondo común de inversión emana del artículo 1º de la ley 24.083: “Se considera fondo común de inversión al patrimonio

⁷⁷⁰ BUOMPADRE, ob. cit., p. 238.

⁷⁷¹ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 43.

⁷⁷² DONNA, ob. cit., p. 45.

integrado por valores mobiliarios con oferta pública, metales preciosos, divisas, derechos y obligaciones derivados de operaciones de futuro y opciones, instrumentos emitidos por entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, y dinero, perteneciente a diversas personas a las cuales se les reconocen derechos de copropiedad representados por cuotas partes cartulares o escriturales. Estos fondos no constituyen sociedades y carecen de personería jurídica”.

Objeto de un fondo común de inversión puede ser no sólo bienes mobiliarios, sino también activos financieros, bienes reales, personales y derechos creditorios; en general, y como ocurre con el fideicomiso, puede ser cualquier tipo de bien que se encuentre en el comercio, sean cosas o derechos.

El patrimonio del fondo es separado y distinto de las sociedades que actúan como sus órganos: la sociedad gerente y la sociedad depositaria. Los cuotas partistas no participan en la administración, ellos sólo tienen la copropiedad indivisa sobre el resultado o el beneficio que produzca el fondo y su liquidación.

Guardan importancia los órganos del fondo común de inversión pues, como luego se verá, uno de ellos es sujeto activo de una de las defraudaciones del inciso 12 del artículo 173 del Código Penal. Los órganos, entonces, son las sociedades gerente y depositaria; la primera se encarga de la administración y dirección del fondo, así como también de la representación colectiva de los titulares de las cuotas partes. La segunda ejerce el control de la actuación de la sociedad gerente y tiene a su cargo la custodia y el depósito de los bienes que forman el haber del fondo.

La ley 24.083 brinda dos clases diferentes de fondos comunes de inversión: cerrados y abiertos. Cerrado, es el fondo que se constituye con una cantidad máxima de cuotas partes que, una vez colocadas, su rescate será imposible hasta, por ejemplo, la disolución del fondo. Abierto, por su parte, es aquel fondo en el cual los cuotas partistas pueden –en cualquier momento– requerir el rescate ante los órganos del fondo.

b) *Bien jurídico tutelado*

Salvo las particularidades del fondo común de inversión, el bien jurídico sigue siendo la propiedad.

c) *Tipo objetivo*

Las acciones punibles en la defraudación del administrador del fondo común de inversión son idénticas a las de la defraudación del titular fiduciario; por lo tanto, procede efectuar una remisión a lo dicho. Siguen siendo formas de administración fraudulenta, comprendidas en el artículo 173, inciso 7º, del Código Penal.

La administración llevada a cabo por la sociedad depositaria es sobre bienes ajenos, lo cual lleva a considerar que las conductas que este ilícito contempla se encuentran atrapadas por la figura prevista y reprimida por el artículo 173, inciso 7º, del Código Penal⁷⁷³. El objeto del delito es el patrimonio indiviso del fondo común de inversión, propiedad de los cuotapartistas, de modo que hacia él se dirigirán las acciones que el inciso penaliza.

Surge claramente la posibilidad de los dos tipos penales del inciso 7º del artículo 173 del Código Penal, esto es, el quebrantamiento de la fidelidad y el tipo de abuso⁷⁷⁴. El abuso reposa en la idea de que el sujeto activo se exceda en el ejercicio del encargo que le ha sido conferido para actuar patrimonialmente por otro. La esencia de la infidelidad, por su parte, consiste en que el autor lesiona la obligación encomendada en un negocio jurídico y con ello una relación de lealtad de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos; el quebrantamiento de la fidelidad presupone –en el sujeto activo– el deber de cuidar los referidos intereses patrimoniales. Para establecer la existencia de una obligación que sustente el quebrantamiento, habrá que recurrir al ámbito de competencia del agente, el cual resulta –en este delito– del artículo 14 de la ley 24.083.

Los objetos sobre los cuales recae el ilícito son los bienes que integran el fondo común de inversión y que el artículo 1º de la ley 24.083 se encarga de enumerar.

d) *Sujeto activo*

Como antes quedara explicitado, en el fondo común de inversión

⁷⁷³ En igual sentido, BUOMPADRE, ob. cit., p. 239.

⁷⁷⁴ Para una mayor profundización de estos modos comisivos, remitirse al capítulo donde se analiza la administración fraudulenta (CREUS, ob. cit., p. 551).

existen dos órganos independientes, pero relacionados: las sociedades gerente y depositaria; a la primera de ellas le incumbe la dirección y administración del fondo, mientras que a la segunda le atañe, entre otras funciones, la custodia de los bienes y el contralor de la sociedad gerente.

En principio, sujeto activo del delito sólo podrían ser las personas físicas que integran a la sociedad gerente⁷⁷⁵, habida cuenta de que sobre ellos pesa la obligación de dirección y administración del fondo. Ahora, si bien la redacción de la norma no parecería traer dudas al respecto, no debe soslayarse que la indudable interacción que existe entre ambos órganos del fondo muchas veces torna difusas sus atribuciones, máxime si se tiene en cuenta que la sociedad depositaria tiene en sus manos el contralor de la otra sociedad integrante del fondo y, sobre todas las cosas, la custodia de los bienes. En este punto se advierte la falta de instrumentos idóneos de autoría en nuestro Código, como el actuante en lugar de otro, que habíamos previsto en el proyecto de reformas de 1999⁷⁷⁶.

La reforma introducida por la ley 24.441 a la ley 24.083 se encargó de aclarar los deberes de la referida sociedad –en los fondos comunes de inversión inmobiliaria– e incluyó, entre otros, a los actos de administración, con lo cual, el órgano depositario ahora también es “administrador del fondo común de inversión”.

e) *Sujeto pasivo*

El papel de sujeto pasivo en este delito, al igual que en la defraudación del titular fiduciario, queda reservado para los cocontratantes, quienes en el fondo común de inversión son los cuotapartistas⁷⁷⁷, es decir, los titulares de los certificados de participación debidamente emitidos.

f) *Tipo subjetivo*

Nada nuevo se puede decir sobre el dolo en este tipo de admi-

⁷⁷⁵ En ese sentido se expide NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 237.

⁷⁷⁶ BUOMPADRE, ob. cit., p. 239.

⁷⁷⁷ NÚÑEZ, ob. cit.

nistración fraudulenta, por lo que se remite a lo dicho en este punto en el artículo 173, inciso 7º, del Código Penal.

g) *Consumación y tentativa*

Es un delito de resultado, de manera que debe haber perjuicio.

h) *Autoría y participación*

Puesto que se trata de un delito especial, rigen las reglas de autoría antes mencionadas.

3. *Defraudación del dador de un contrato de leasing*

a) *Leasing. Lineamientos*

Aclara Buompadre que la palabra leasing es de origen sajón, y proviene del verbo *to lease*, que significa arrendar, alquilar, dar o tomar en arriendo⁷⁷⁸.

Esta forma de contratación existe, tal como lo explica el artículo 1º de la ley 25.248, cuando el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado, para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio.

El contrato de “leasing” es, en esencia, una operación destinada a facilitar la utilización de ciertos bienes a quien carece del capital necesario para su adquisición. El tomador debe abonar en forma periódica al dador una suma dineraria preestablecida y, paralelamente, este último le reconoce al primero el derecho de adquirir la cosa. Así, se estipula para el tomador la posibilidad de constituirse en propietario de ella a la conclusión del contrato y el precio a pagar resulta ser, en definitiva, el valor residual de la operación.

Puede haber financiero y uno operativo (arts. 27 y 28 de la ley respectiva), de allí que los sujetos del contrato son el dador y el tomador. El primero es aquel que transfiere la tenencia de un bien y confiere la opción de compra; el segundo es quien recibe el bien para su uso y goce, paga el canon y tiene la posibilidad de hacer uso de la opción de compra.

⁷⁷⁸ BUOMPADRE, ob. cit., p. 239.

b) *Bien jurídico tutelado*

No hay ningún problema en cuanto al bien jurídico que continúa siendo la propiedad en sentido genérico, con las correcciones relativas a la naturaleza propia del leasing.

c) *Tipo objetivo*

Las acciones punibles son iguales que en los delitos antes analizados—disponer, gravar y perjudicar—, motivo por el cual nos remitimos a estos conceptos para su análisis.

Sin embargo, hay dificultades en cuanto a la aplicación de las categorías de la administración fraudulenta, esto es, el tipo del abuso y del quebrantamiento de la fidelidad, puesto que el dador del contrato de leasing nunca tiene a su cargo el cuidado de bienes o intereses patrimoniales ajenos; éstos siempre se encuentran bajo la custodia del tomador, ya sea antes o luego de hacer uso de la opción de compra. Incluso, antes de la referida opción, el o los bienes dados en leasing le pertenecen al dador. Sin embargo, se estaría dentro del desbaratamiento de derechos acordados del artículo 173, inciso 11, del Código Penal.

Ahora bien, las acciones típicas enunciadas pueden revestir ciertas limitaciones de acuerdo al momento del contrato en que se realizan. En efecto, posteriormente a que el tomador haga uso de la opción de compra, las posibilidades de realizar actos de disposición sobre el bien resultan imposibles o, cuando menos, dificultosas; de darse tal supuesto, el accionar del dador del contrato de leasing podría recaer bajo las previsiones del artículo 173, inciso 9º, del Código Penal. Con anterioridad al ejercicio de la opción, la probabilidad de realización de las acciones punibles resulta más factible, puesto que no obstante encontrarse el bien en manos del tomador, su titular—como se dijo— es el dador. Con lo cual, la acción se asemeja al desbaratamiento de derechos acordados.

El objeto del ilícito es el bien o los bienes dados en leasing.

d) *Sujeto activo*

Como lo enuncia la ley, sujeto activo en este tipo de defraudación

es el dador del contrato de leasing⁷⁷⁹, es decir, aquel que otorga a otra persona el uso y goce de un bien y le confiere una opción de compra.

Como dicho carácter puede ser revestido por una persona de existencia ideal, cabe señalar aquí también los reparos efectuados sobre la responsabilidad penal de estos entes, de modo que sólo responderán penalmente las personas físicas respectivas⁷⁸⁰.

e) *Sujeto pasivo*

El sujeto pasivo es el cocontratante; en este caso, el tomador del contrato de leasing⁷⁸¹, que es la persona que recibe la cosa para su uso y goce, y que en determinado momento puede convertirse en dueño.

El tomador, debido a la relación que lo une al bien con anterioridad a hacer uso de la opción de compra, puede –no obstante aparecer como sujeto pasivo en este delito– desempeñar el papel inverso en otros delitos, como es la defraudación por omisión de restituir (art. 173, inc. 2º, Cód. Pen.), siempre que de bienes muebles se trate.

f) *Tipo subjetivo*

En este tipo sólo es admisible el dolo directo, habida cuenta del contrato previo, de modo que sabiendo que existe el leasing, está impedido de realizar ciertos actos, que son los que ejecuta.

g) *Consumación y tentativa*

Como todo delito de defraudación, se consuma con la provocación de perjuicio patrimonial. En el caso, el de los cocontratantes o, más específicamente, el del tomador.

Se admite la tentativa; por ejemplo, si el dador –en beneficio propio– intenta realizar una compraventa sobre el bien dado en leasing y su acto es frustrado por alguna razón ajena a su voluntad.

h) *Autoría*

Como los otros supuestos delictivos que el inciso 12 del artículo

⁷⁷⁹ *Ibidem*.

⁷⁸⁰ CREUS, ob. cit., p. 552.

⁷⁸¹ *Ibidem*.

173 prevé, este tipo de abuso de confianza es un delito especial: sólo puede ser sujeto activo el dador de un contrato de leasing. Vale lo expuesto anteriormente sobre la autoría especial.

XV. Defraudación en la ejecución extrajudicial de inmuebles

El artículo 173, inciso 13 establece: “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”.

1. Bien jurídico protegido

En cuanto al bien jurídico protegido, no parece haber problemas, ya que en principio se trata de la propiedad.

La ley 24.441 introdujo un régimen especial de ejecución extrajudicial de hipotecas (arts. 52 a 67) destinado a que el acreedor, sea mediante el pago inmediato o por medio del remate, obtenga la satisfacción de su crédito. Lo que viene a proteger la ley es la conducta del acreedor hipotecario, a los efectos de evitar abusos de su situación, con lo cual se define el delito⁷⁸².

2. Tipo objetivo

Las conductas punibles que ha incorporado el inciso 13 son dos. Por un lado, ejecutar la hipoteca en perjuicio del deudor a sabiendas de que éste no se encuentra en mora y, por el otro, omitir maliciosamente los recaudos establecidos para la ejecución extrajudicial⁷⁸³.

a) La llamada ejecución perjudicial dolosa de la hipoteca

El primero de los modos comisivos que el mencionado inciso prevé, sólo puede tener lugar en el marco de las llamadas ejecuciones extrajudiciales de hipotecas que establece la ley 24.441. El artículo 52 de la ley 24.441 dispone un régimen de ejecución hipotecaria en

⁷⁸² BUOMPADRE, ob. cit., p. 240.

⁷⁸³ CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 506, y NÚÑEZ, ob. cit., p. 238.

las cuales se hayan emitido letras hipotecarias, en que se hubiese convenido expresamente someterse a las disposiciones de la ley en el aspecto ejecutivo⁷⁸⁴.

En consecuencia, el delito requiere que entre el sujeto activo y el pasivo exista una relación previa, en la cual el primero es acreedor hipotecario del segundo, pero ajustándose la garantía a las previsiones de la mencionada ley 24.441.

La ejecución extrajudicial por parte de quien se encuentra autorizado, es decir, por parte del sujeto activo, debe realizarse –necesariamente– con conocimiento de que el deudor no se encuentra en mora. Ello ocurre cuando la ejecución se produce con anterioridad a los plazos que la ya mencionada ley estipula en sus artículos 52 y subsiguientes.

b) *Omisión de recaudos legales*

El segundo de los modos que presenta la figura exige la preexistencia de un crédito hipotecario ejecutado bajo las disposiciones de la ley 24.441; en efecto, esta segunda hipótesis delictiva se produce luego del procedimiento previsto por los artículos 52 y siguientes y en el marco de los preparativos de la subasta.

Esta forma delictual es omisiva. Buompadre afirma que se trata de una omisión propia, y de peligro, que se consuma sólo con el incumplimiento de los recaudos legales⁷⁸⁵.

Sin embargo, dada la pena establecida, el hecho de que se trate de un delito de daño, habida cuenta de la exigencia del perjuicio, nos lleva a pensar que se trata de un delito de omisión impropia⁷⁸⁶. En efecto, al acreedor hipotecario autorizado para ejecutar extrajudicialmente se le impone el deber de evitar el resultado. La producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que infringe su deber de impedirlo carga con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico. En otras palabras, el autor no impide la producción del resultado pese a su deber de garante.

⁷⁸⁴ CREUS, ob. cit., p. 552.

⁷⁸⁵ BUOMPADRE, ob. cit., p. 242.

⁷⁸⁶ En ese sentido, ver GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Causalidad, omisión e imprudencia*, en *El Derecho Penal de hoy*, Del Puerto, Buenos Aires, 1995, ps. 210 y ss., y BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1984, p. 225.

Los recaudos legales que el sujeto activo debe omitir maliciosamente para delinquir en los términos del inciso 13 del artículo 173 son los que establece la ley 24.441 para la realización de la subasta. Entre ellos se pueden enumerar:

- a) La verificación del estado del inmueble, esto es, la constatación por parte de notario del estado físico y si es posible ocuparlo;
- b) la designación del martillero con las condiciones usuales de plaza;
- c) la publicación de avisos en la forma y tiempo establecidas, de acuerdo al artículo 57 de la ley, mediante los avisos en el diario oficial y dos de gran circulación, que deben contener la información de manera detallada;
- d) la presencia del escribano en el remate (art. 57);
- e) la imposición de la base de la subasta;
- f) la debida información en los avisos de las características del inmueble, lugar, día y hora del remate (art. 58);
- g) la notificación en el término establecido al deudor, el propietario y los demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada (art. 59).

El objeto sobre el cual recae el delito es el inmueble –hipotecado– sometido a la ejecución extrajudicial.

3. *Sujeto activo*

En ambos modos comisivos, sujeto activo es el acreedor hipotecario⁷⁸⁷, específicamente, quien se encuentra en condiciones de ejecutar extrajudicialmente el bien. Creus advierte que quien lo representa no puede ser autor del delito, sin perjuicio de otro tipo de defraudación⁷⁸⁸.

4. *Sujeto pasivo*

Tanto en la ejecución extrajudicial fraudulenta como en la omisión maliciosa de recaudos, sujeto pasivo es el deudor hipotecario⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷ CREUS, ob. cit., p. 505, y NÚÑEZ, ob. cit., p. 238.

⁷⁸⁸ CREUS, ob. cit., p. 552.

⁷⁸⁹ NÚÑEZ, ob. cit.

5. *Tipo subjetivo*

La ejecución extrajudicial fraudulenta, al igual que la omisión maliciosa de recaudos reclaman dolo directo. Las expresiones “a sabiendas” y “maliciosamente” son un claro ejemplo al respecto; en efecto, el primero de los términos reclama la certeza de que el deudor no se encuentra en mora, y el segundo, que la omisión debe ser maliciosa, es decir, tiene que existir una expresa voluntad de omitir. Con ello se excluye cualquier supuesto de culpa y de dolo eventual.

6. *Consumación y tentativa*

El perjuicio, como en todos los delitos defraudatorios, es lo que marca la consumación del delito; en este caso, recae sobre el patrimonio del deudor hipotecario⁷⁹⁰.

Es admisible la tentativa, aun en la hipótesis omisiva dada que ella es impropia. En general corresponde –a los efectos de establecer su comienzo– atender al momento de la directa puesta en peligro del objeto protegido de la acción o, en su caso, al aumento de un peligro ya existente, pero siempre pensando en la última acción antes de entrar en la consumación⁷⁹¹.

7. *Autoría y participación*

Se trata de delitos especiales propios, de manera que nos remitimos a lo dicho sobre este punto con anterioridad.

XVI. Defraudación del tenedor de letras hipotecarias

Dice el artículo 173, inciso 14: “El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos”.

1. *Bien jurídico protegido*

Es la propiedad, tal como está protegida en todo este capítulo.

⁷⁹⁰ CREUS, ob. cit., p. 552.

⁷⁹¹ JESCHECK, ob. cit., p. 581.

2. Tipo objetivo

Las letras hipotecarias son, según el artículo 35 de la ley 24.441, títulos valores con garantía hipotecaria, que emite el deudor y que son transmisibles por vía de endoso (arts. 35, 38, 40, ley 24.441)⁷⁹².

El derecho real inserto en la letra se rige por las disposiciones del Código Civil en la materia y al título le son aplicables –en forma subsidiaria– las disposiciones del decreto-ley 5965/63 (arts. 44 y 46 de la ley).

La conducta que reprime el inciso 14 es la de omitir la consignación de los pagos recibidos en la letra de cambio. Como consecuencia de ello, el sujeto pasivo queda expuesto a la acción de quien es portador del referido título circulatorio, quien puede iniciar el proceso ejecutivo común o el extrajudicial, si así fuera pactado en la letra.

Es necesario, sin embargo, efectuar una aclaración en cuanto al tipo de letra de cambio que se trate. El título valor puede ser con cupones, éstos serán válidos –como único medio– para acreditar el pago de la cuota. En efecto, la primera parte del artículo 41 de la ley 24.441 expresa: “Las letras hipotecarias tendrán cupones para instrumentar las cuotas de capital o servicios de intereses. Quien haga el pago tendrá derecho a que se le entregue el cupón correspondiente como único instrumento válido acreditativo”. La entrega de los cupones la efectúa el acreedor, quien con ello cumple su parte. Aún más: si el acreedor no hace entrega de los cupones, no obstante haber recibido el pago, la doctrina ha sostenido que el tipo en cuestión no puede darse⁷⁹³.

En contraposición, se encuentra la letra que es susceptible de amortización en cuotas variables, cuya emisión de cupones puede omitirse (art. 41 *in fine*). En este caso los pagos necesariamente deben anotarse en el cuerpo de la letra; su omisión encuadra en la figura en análisis.

El ilícito en comentario es un delito de omisión impropia, puesto que el sujeto activo –en su posición de garante– tiene el deber de impedir la producción del resultado. Buompadre afirma, consecuente

⁷⁹² CREUS, ob. cit., p. 552.

⁷⁹³ BUOMPADRE, ob. cit., p. 244.

con su anterior posición, que se trata de un delito de omisión simple. Valen las argumentaciones antes dadas.

El objeto material del delito es el inmueble sobre el cual pesa la garantía real.

3. *Sujeto activo*

Sujeto activo es el tenedor de la letra hipotecaria, quien no obstante recibir el pago, omite inscribirlo en el título circulatorio.

4. *Sujeto pasivo*

La letra del inciso marca quiénes son los sujetos pasivos de este delito: el deudor o los terceros.

El endosatario al que se le transmite por vía de endoso la letra hipotecaria se constituye en el nuevo tenedor de la letra; éste, al observar el vencimiento de la cuota –debido a la omisión de consignar el pago del endosante–, intentará su cobro vanamente, pues es factible que el deudor presente recibo de pago. Este supuesto puede servir como ejemplo del perjuicio sufrido por un tercero.

5. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso⁷⁹⁴, no admite la forma culposa. El dolo se agota en el conocimiento de la situación típica y en la conciencia de la propia capacidad de acción; es factible el dolo eventual.

6. *Consumación y tentativa*

El delito se consuma con la provocación de perjuicio patrimonial al deudor o a un tercero, quienes son –según el caso– los titulares del bien jurídico afectado⁷⁹⁵; dicho extremo surge claramente del inciso.

Y acá nos parece que la tesis de Buompadre fracasa, porque no se entiende un delito de omisión simple con resultado.

La tentativa es posible.

⁷⁹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 238.

⁷⁹⁵ DONNA, *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva* cit., t. II, p. 86.

7. Autoría

Puesto que es un delito especial y de omisión propia, es que rigen las consideraciones hechas en los otros incisos.

DEFRAUDACIONES AGRAVADAS

El artículo 174 establece: “Sufrirá prisión de dos a seis años:

”1°. El que para procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa.

”2°. El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo.

”3°. El que defraudare usando de pesas o medidas falsas.

”4°. El empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere, en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado.

”5°. El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública.

”En los casos de los dos números precedentes, el culpable, si fuere empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua”.

Las razones que fundamentan la agravante son de diferente índole. El proyecto de 1891, en su Exposición de Motivos, incorpora estos tipos agravados determinados como “casos particulares que merecen alguna agravación de la pena en razón de la cantidad del daño que se puede causar con el delito o de la menor defensa que puede oponerse a éste”⁷⁹⁶. Sin embargo, veremos que el criterio de estas agravantes responden también a otros motivos, como, por ejemplo, puede obser-

⁷⁹⁶ ZAFFARONI y ARNEDO, *Digesto de codificación penal argentina*, t. 2, proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo, p. 437.

varse en el inciso 5º, donde el legislador ha tenido en cuenta fundamentalmente la protección del patrimonio del Estado, dejando de lado el criterio original basado en que el agente pueda ver facilitada su actividad defraudatoria por alguna circunstancia o sujeto en particular.

I. Defraudación de seguro o préstamo a la gruesa

Dice el artículo 174, inciso 1º: “El que para procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa”.

1. Antecedentes históricos

El inciso 1º de este artículo fue incluido en el proyecto de 1891 (art. 209, inc. 1º), basándose en el Código holandés⁷⁹⁷ de 1881 (art. 328), el Código italiano de 1889 (art. 414), el Código alemán (art. 265) y el Código húngaro (art. 382).

La Exposición de Motivos del citado Código afirmaba que “el número 1º incluye un caso que tomamos de algunos códigos extranjeros, no previstos en el Código Penal [...] Una persona que tiene una casa de negocios o mercaderías, o casa habitación, las asegura y trata de obtener una póliza elevada, exagerando el valor de sus bienes [...] Cuando el propósito es el de defraudar, los bienes se abultan, a fin de cobrar más en el momento oportuno, y se busca el concurso de los agentes aseguradores que tienen interés en aumentar su propia ganancia, verificando operaciones de monto crecido. Pero ya sea que el seguro se haga de buena o de mala fe, como las mercaderías de las casas de comercio no se mantienen siempre, pues el giro de los negocios aumentan o disminuyen, puede haber un momento en que convenga al comerciante de mala fe el incendio del negocio, porque el valor de lo que tiene dentro del mismo es inferior al importe del seguro que le

⁷⁹⁷ NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino. Parte especial* cit., t. V, p. 388. En su nota cita a Ramos, quien consideró que el inc. 1º fue traducido en esta parte al pie de la letra del Código holandés. Núñez explica que, si bien el inc. 1º del art. 174 es la traducción, no lo es literalmente.

deberá ser abonado en caso de siniestro. En esos casos, el incendio se provoca, las mercaderías se destruyen junto con los libros donde está el balance, y se cobra el importe de la póliza, defraudándose a la compañía. El delito se realiza con cierta frecuencia y la comprobación del mismo es sumamente difícil”⁷⁹⁸. Posteriormente fue tomado por el Código de 1906 (art. 189, inc. 1º), del cual pasó al texto vigente⁷⁹⁹.

2. *Bien jurídico protegido*

Se protege, según Núñez, la propiedad ajena en cuanto al derecho del asegurador y del dador del préstamo a la gruesa a no pagar la prima y a no perder la suma prestada (exigir la devolución de lo prestado) respectivamente, ante la producción del fraude que ofende dicho derecho⁸⁰⁰.

Para Creus, se trata de una defraudación por fraude, que tiene un ardid especialmente definido, “por medio del cual el autor induce a error al sujeto pasivo para que le pague lo no debido o para que no le exija la devolución de lo debido, aparentando la existencia de circunstancias que justificarían aquel pago o esta no devolución”⁸⁰¹.

Se trata, pues, de una estafa agravada debido al contrato de seguro o de préstamo a la gruesa realizado por las partes, lo que implica, sin duda, una mayor culpabilidad del autor, que se aprovecha de un contrato previo y, además, de una mayor protección a este tipo de actividades comerciales.

3. *Tipo objetivo*

a) *Las acciones típicas*

Las acciones típicas y que conforman el fraude, como afirma Creus, consisten en incendiar o destruir los bienes asegurados o sobre los cuales recae el préstamo a la gruesa. Por eso se puede afirmar que el ardid se lleva a cabo a través de las acciones antes mencionadas, sobre los bienes mencionados expresamente por la ley, claro está que

⁷⁹⁸ MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, t. V, p. 220.

⁷⁹⁹ MORENO, ob. cit., p. 219.

⁸⁰⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 388.

⁸⁰¹ CREUS, ob. cit., t. 1, p. 536.

con el fin de obtener un provecho ilegal, en perjuicio del asegurador o del dador del préstamo, de modo que sin este fin la acción no será típica.

La ley es clara en varios aspectos: se trata de incendiar o destruir una cosa asegurada, una nave asegurada o su carga o los fletes asegurados, o sobre los que se ha realizado un préstamo a la gruesa⁸⁰².

Con lo cual, y en base al principio de legalidad, queda excluida de este delito cualquier otra acción que no sea de las anteriormente nombradas, aunque se lleve a cabo con la finalidad de concretar el provecho ilegal; por ejemplo, la sustracción o el ocultamiento del objeto del contrato, sin perjuicio de que estas conductas entren en el delito de estafa genérico⁸⁰³.

b) *Presupuesto del tipo. El seguro o el préstamo a la gruesa*

Se requiere como presupuesto la existencia de un seguro o de un préstamo a la gruesa⁸⁰⁴ para la configuración del delito⁸⁰⁵.

La Ley Nacional de Seguros 17.418, en su artículo 1º, regula: el contrato de seguro existe cuando una persona (el asegurador), se ha obligado “mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto”.

Por su parte, el préstamo a la gruesa, según lo establecía el artículo 112 del Código de Comercio, es el “contrato por el cual una persona (dador) presta a otra, cierta cantidad sobre objetos expuestos a riesgos marítimos, bajo la condición de que, pereciendo esos objetos, pierde el dador la suma prestada, y llegando a buen puerto los objetos, devuelva el tomador la suma con un premio estipulado”.

⁸⁰² CREUS, ob. cit., p. 537; NÚÑEZ, ob. cit., p. 390.

⁸⁰³ CREUS, ob. cit., p. 538; NÚÑEZ, ob. cit., p. 389; VARELA, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 129.

⁸⁰⁴ Para la configuración de la estafa prevista por el art. 174, inc. 1º, del Cód. Pen., es necesario probar la existencia de un contrato de seguro, en los términos del art. 1º de la ley 17.418. Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto. Corresponde la absolución si no se agregó a la causa y exhibió la pertinente póliza, aunque existan otras constancias de la existencia del seguro (CNCCorr., sala VII, 24-3-87, L. L. 1987-E-472 [37.781-S]).

⁸⁰⁵ En igual sentido, CREUS, ob. cit., p. 537.

Si bien la Ley de Navegación 20.094 derogó dicho artículo, en razón de caer en desuso tal instituto, nada obsta a que dicho contrato pueda utilizarse, dado que tampoco está prohibido. Pero no hay duda de que para que sea típica la conducta, el contrato deberá ser el regulado por el antiguo artículo 112 del Código de Comercio, ya que de lo contrario, la conducta sería atípica.

El daño puede importar la pérdida total o parcial del bien. En caso de pérdida parcial, alcanza con que el daño sea indemnizable, o bien, en el contrato de préstamo a la gruesa, basta con que no pueda ser reclamada la devolución de la suma prestada o el pago del premio estipulado⁸⁰⁶.

Se trata de una defraudación por fraude. Soler⁸⁰⁷ explica que, como sucede en la estafa, en este delito se simula un siniestro, de manera tal que aparezca el caso fortuito que lleva al pago o, en su caso, no exigir la devolución de lo debido. El ardid de este fraude se encuentra claramente determinado: inducir en error al sujeto pasivo para que, respectivamente, el asegurador le pague lo no debido o para que el dador no le exija la devolución de lo prestado con la suma en más que se hubiera estipulado.

4. Tipo subjetivo

Es un delito doloso. Como toda defraudación por fraude, el dolo debe ser directo. Ello implica que “el sujeto debe moverse con una finalidad específica: la intención de procurarse o procurar un provecho ilegal”⁸⁰⁸ de modo que las acciones de incendiar o destruir tienen por fin un provecho ilegal, esto es, el cobro indebido o la no devolución igualmente indebida.

El delito se configura sin perjuicio de que la contratación haya sido realizada sin la intención de defraudar⁸⁰⁹.

Mas la acción típica sí requiere que el autor realice la acción con el propósito de procurar para sí o para otro un provecho ilegal en

⁸⁰⁶ CREUS, ob. cit., p. 537.

⁸⁰⁷ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, p. 326.

⁸⁰⁸ LAJE ANAYA, J., *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. II, p. 149.

⁸⁰⁹ Conf. MORENO, ob. cit., p. 220; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 148; CREUS, ob. cit., p. 539.

perjuicio del asegurador o prestamista, esto es, el asegurador indemnizar indebidamente, o que el prestamista no pueda pedir la suma prestada o su premio (o ambas cosas), respectivamente.

El provecho ilegal consiste en simplemente obtener la prima o lo prestado, aunque ésta haya sido hecha en un principio legalmente⁸¹⁰.

Atento a la característica de la acción sólo se puede aceptar el dolo directo, ya que, como se verá más adelante, se trata de una estafa agravada, de manera que el dolo es el de la estafa, con más los elementos especiales del tipo⁸¹¹.

La jurisprudencia⁸¹² ha dicho que este delito, a diferencia de la estafa, “no consiste en intentar causar o causar un perjuicio, sino en la circunstancia de procurarse para sí un provecho ilegal en detrimento del asegurador, produciendo el siniestro de la cosa asegurada, siendo el intento de cobrar la indemnización demostrativo de la intención del causante de lograr el cobro indebido, por lo que el incendio de la cosa asegurada conforma el núcleo de la acción punible y no sólo el instrumento fraudulento llevado a cabo por el autor”.

5. *Sujetos*

a) *Sujeto activo*

Autor de este delito puede ser el beneficiario del seguro o del préstamo a la gruesa o un tercero que procure el provecho de aquél, ya sea en connivencia o al margen de la colusión delictiva. El tercero sigue revistiendo la calidad de autor por más que el beneficiario no sepa de su fraude⁸¹³.

La posibilidad de que el tercero sea autor surge debido a que el tipo no limita la autoría al beneficiario propiamente dicho.

⁸¹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 390; CREUS, ob. cit., p. 539.

⁸¹¹ BACIGALUPO, *Estafa de seguro. Apropiación indebida*, Pannedille, Buenos Aires, 1971, p. 30.

⁸¹² Sala IV (int.), 30-9-94, “Cía. de Seguros Los Andes”, c. 44.280, Instr. 38, sec. 132.

⁸¹³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 390; CREUS, ob. cit., p. 539.

b) *Sujeto pasivo*

Es el asegurador o el dador del préstamo a la gruesa. Debe ser el titular de las obligaciones y derechos, ya sea quien contrató originariamente o quien lo sea en virtud de una cesión posterior⁸¹⁴.

6. *Consumación*

En relación a este tema, la doctrina ha seguido dos orientaciones distintas: así, Núñez, siguiendo el criterio de Moreno, afirma que el delito se consuma con el incendio o la destrucción, con lo cual el delito es de peligro concreto a la propiedad ajena, o daño potencial, en la terminología de los autores citados⁸¹⁵. El propio Moreno afirmaba que con el solo hecho del incendio, ya se tipificaba un delito, y que “con ese solo hecho, el que aseguró las cosas incendiadas se convierte en acreedor del asegurador, contra el cual tiene acción inmediata. El perjuicio para el obligado existe y la consumación se ha verificado, aun cuando el cobro material no se haya producido”⁸¹⁶.

En igual sentido Buompadre, al afirmar que “apartándose de las reglas generales en materia de defraudaciones, el artículo describe un delito de daño potencial a la propiedad ajena, configurando el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo una secuela extratípica que en nada influye en el tipo, salvo en las posibilidades de aumentar la pena de acuerdo a los principios comunes (arts. 40 y 41, Cód. Pen.)”⁸¹⁷.

En cambio, Creus ha hecho notar que la cuestión no es tan simple, ya que en el caso del seguro es evidente que la ley no requiere más que un perjuicio potencial: “la consumación típica se da antes que aquél se haga efectivo mediante el pago de la indemnización; si se lo logra, trátase ya de una consecuencia agotadora del delito, que no agrava ni cambia el título de la imputación, ni siquiera es necesario que se haya intentado el cobro: el delito se perfecciona con la acción destructiva”⁸¹⁸.

⁸¹⁴ CREUS, ob. cit., p. 539.

⁸¹⁵ MORENO (h), *El Código Penal...* cit., p. 221; NÚÑEZ, ob. cit., p. 389.

⁸¹⁶ MORENO, ob. cit., p. 221.

⁸¹⁷ BUOMPADRE, *Delitos contra la propiedad*, p. 248.

⁸¹⁸ CREUS, ob. cit., p. 539.

Pero el propio Creus advierte, y con razón, que es distinta la cuestión en el caso del préstamo a la gruesa, ya que la prestación ha sido hecha por el sujeto pasivo antes de la destrucción o del incendio, con lo cual el perjuicio es real y no potencial, por lo menos en la suma prestada⁸¹⁹.

La jurisprudencia parece haberse inclinado en el sentido antes expuesto, en cuanto interpreta que se trata de un delito de peligro, que se consuma al realizarse las acciones de incendiar o destruir con la finalidad típica⁸²⁰. Igualmente se ha sostenido que constituyendo el núcleo de la acción punible del artículo 174, inciso 1º, el incendio de la cosa asegurada, el cobro o su tentativa no alteran que el delito se consumó al incendiar la cosa, siendo competente por ende la justicia del lugar donde se perfeccionó el delito⁸²¹.

En cambio Bernardo Varela⁸²² ha planteado la cuestión en otros términos. Afirma que si bien se trata de un delito de defraudación y éstos se consuman con la producción de daño efectivo, en el presente caso la cuestión tiene características especiales. El delito, afirma Varela, se considera consumado en el momento de producirse el incendio o la destrucción de los bienes, aunque el cobro de la indemnización no se haya verificado, ni aún intentado. Con lo cual, algunos autores afirman que se equipara el daño potencial al real; “sin embargo –concluye el autor citado–, tal criterio no es absolutamente cierto, pues el incendio o destrucción de bienes, en las condiciones fijadas por el artículo, no representa un mero daño potencial, toda vez que la producción del siniestro importa, inmediatamente, convertir a la víctima en deudor asegurado, pudiendo afirmarse, en consecuencia, que tal hecho representa de por sí, un daño actual o efectivo, desde que la

⁸¹⁹ Ídem nota anterior.

⁸²⁰ “La llamada estafa de seguro (art. 174 , inc. 1º, Cód. Pen.), se consuma con el incendio o destrucción de la cosa asegurada, en una acción acompañada subjetivamente por el fin específico de procurarse para él o para otro un provecho ilegal; es decir que no interesa si el delincuente consiguió el objeto que tenía en vista” (CNCorr., sala VI, 25-2-97, “Viola, H.”, c. 8516).

⁸²¹ CNCCorr., sala VII (int.), 13-5-91, c. 14.955, B. J. III-1991, Instr. 13, sec. 138.

⁸²² VARELA, Bernardo, *Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 130.

víctima queda legalmente obligada al pago de la indemnización cuyo beneficiario, por su parte, adquiere desde ese momento una acción inmediata para perseguir su cobro. Es decir, que aun cuando el cobro no se haya verificado, ni intentado, la ley ya considera logrado el objeto del autor del delito —obligar legalmente su víctima—, quedando, en consecuencia, consumado el hecho⁸²³.

González Roura, en su momento, afirmó, basado en los antecedentes, que “en la duda, parecería deber interpretar que el legislador adoptó el sistema italiano y húngaro”. Aunque luego sigue con la cita hecha por Moreno, antes mencionada⁸²⁴.

Bacigalupo, en la obra citada, ha puesto una serie de interrogantes a estas tesis ampliamente mayoritarias, tanto en doctrina como en jurisprudencia, especialmente en la interpretación gramatical que se ha hecho del texto.

En primer lugar afirma que se trata de una verdadera estafa, pero cualificada. Esto implica que se trata de “una auténtica estafa en la que el engaño del asegurador es esencial y ese engaño debe referirse a la realidad de un siniestro que ha causado el propio asegurado”⁸²⁵.

De esta forma se soluciona el problema que se había planteado en cuanto no sería punible la destrucción o incendio con propósito de engañar, e impune el engaño posterior y la lesión que con él se causa, sino que lo punible es el ardid y el daño constitutivo de una estafa e impune el acto preparatorio que no va más allá del daño que el autor causa en su propio patrimonio, aunque exista un propósito estafatorio⁸²⁶. Y en su apoyo, cita el fallo de la Cámara Federal de Rosario cuando expresa que: “El delito del artículo 174, inciso 1º, del Código Penal, no es una figura calificada de daño o incendio, sino un tipo de defraudación; por lo tanto, cualquiera sea el lugar de la destrucción

⁸²³ VARELA, ob. cit., p. 131. Cita en contra a DÍAZ, *El Código Penal para la República Argentina*, 3ª ed., p. 351.

⁸²⁴ GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal. Parte especial*, Valerio Abeledo, 1922, t. III, p. 229.

⁸²⁵ BACIGALUPO, ob. cit., p. 30.

⁸²⁶ Ídem nota anterior.

o incendio de la cosa asegurada, la defraudación se consumará en el lugar en que se reclame la indemnización al asegurador y éste sufra el perjuicio consiguiente”⁸²⁷.

7. *Tentativa*

En todo supuesto la tentativa es posible, dada la característica del delito, sea considerado como de peligro concreto o de resultado.

8. *Distinción con otras figuras*

La diferencia con otros delitos, que también son de peligro y de peligro común, viene dada por la idea de fraude⁸²⁸.

La doctrina mayoritaria afirma que, cuando en el incendio o el naufragio exista peligro común para los bienes, contemplado en los artículos 186 y siguientes, Capítulo I, *Incendios y otros estragos*, y los artículos 190 y siguientes, Capítulo II, *Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación*, del Título VII, esto es, existe una situación creada de peligro común, el hecho quedará encuadrado, según la doctrina mayoritaria, dentro de los delitos contra la seguridad pública, desplazando el precepto contenido en el artículo 174, inciso 1º. Soler⁸²⁹ fundamenta este desplazamiento de figuras en razón de la mayor escala penal de los delitos de esta índole. Sin embargo, Creus⁸³⁰ hace notar que en los casos de creación culposa de peligro común (arts. 189 y 196, Cód. Pen.), la pena mayor corresponde al inciso 1º del artículo 174 y, por consiguiente, siguiendo tal criterio, debería ser ésta la figura desplazante, lo cual resulta incorrecto. Este autor se inclina por el concurso ideal de figuras cuando con el incendio o la destrucción se ha originado un peligro común, y con la finalidad típica del artículo 174, inciso 1º.

II. *Circunvención de incapaces*

El artículo 174, inciso 2º dice: “El que abusare de las necesidades,

⁸²⁷ CFed. de Rosario, sala II, 29-9-69, “Oviedo”, J. A. del 21-1-71.

⁸²⁸ En el mismo sentido, SOLER, ob. cit., p. 325; CREUS, ob. cit., p. 538.

⁸²⁹ SOLER, ob. cit., p. 325.

⁸³⁰ CREUS, ob. cit., p. 538.

pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo”.

1. *Antecedentes históricos*⁸³¹

Originariamente, esta figura estaba dirigida exclusivamente a la protección del menor. En efecto, el proyecto Tejedor (Part. II, Lib. I, Tít. VIII, § 4, art. 5º), el Código de 1886 (art. 205) y el proyecto de 1881 circunscribían la protección a éste, para evitar que abusaran de sus necesidades, debilidades o pasiones, con la finalidad de privarles de los bienes muebles de que pudiese disponer o hacerle suscribir documentos del cual surgieran obligaciones para el menor.

En el proyecto Tejedor el artículo decía: “El que abuse de las necesidades, debilidades o pasiones de un menor, para privarle de los bienes muebles de que puede disponer, o hacerle firmar un documento de pago, bajo cualquier forma que se hiciese o disfrazase esta negociación, será castigado con un año de prisión y multa en favor del menor, del uno al diez por ciento de los bienes vendidos, o de la cantidad del pagaré y obligaciones otorgada”.

La redacción del texto coincide, según Núñez, con el precepto del Código Penal peruano. Recién el proyecto de 1891, siguiendo el Código Penal italiano de 1889 (en su art. 415), hizo extensiva dicha tutela abarcando también a los incapaces, y tipificando como acción típica al abuso con el fin de hacerle firmar al incapaz o menor un documento con cualquier efecto jurídico, con el consabido perjuicio para él o para otro, sin perjuicio de que el acto fuera civilmente nulo⁸³².

El proyecto Villegas, Ugarriza y García (art. 331) sigue en este punto al proyecto Tejedor, ya que continúa hablando de las necesidades, debilidades y pasiones del menor.

El Código de 1886 (art. 205) mantuvo el proyecto de Tejedor, con algunas variantes.

⁸³¹ Sobre el punto, lo más completo ZAFFARONI, *Circunvencción o abuso de menores o incapaces*, Ediar, Buenos Aires, 1996, ps. 19 y ss., con la inclusión de los antecedentes extranjeros.

⁸³² VARGAS, ob. cit., p. 23.

El proyecto de 1891 (art. 209, inc. 2º), que tenía sus fuentes en el Código de 1886, el Código de Tejedor, el artículo 415 del Código Zanardelli, el Código de Hungría de 1880 y el artículo 553 del Código de España.

Posteriormente pasó al proyecto de 1906 (art. 189, inc. 2º) y luego al proyecto de 1917, sancionándose luego en el Código vigente.

La redacción actual del artículo extiende la protección a los incapaces, declarados o no, dejando de lado, en este aspecto, al proyecto o Código de Tejedor.

El proyecto Peco había previsto este tipo penal como delito patrimonial, con una escala penal más severa que para la estafa.

Los proyectos del Código Penal de 1960 (art. 234) y de 1979 (art. 241) consideran al delito dentro del capítulo de la usura.

Cabe destacar, a modo de reseña, que las legislaciones extranjeras adoptan dos criterios en relación a esta figura. Por un lado, aquellas que aprecian el delito como figura de usura, y por el otro, las que consideran el delito como un acto defraudatorio o estafatorio. El Código español de 1848, en su artículo 458 tomó como base el Código Penal francés de 1810⁸³³; se refiere a obligaciones contraídas en razón de préstamos de dinero, ubicando el préstamo usurario como núcleo del comportamiento típico⁸³⁴.

Dentro de los que contemplan al hecho típico sin esta limitación, y consideran el tipo como un acto defraudatorio o estafatorio, se encuentran el Código peruano y el derogado Código Penal italiano, en su artículo 415.

Opinión distinta es sostenida por Gómez en cuanto a la fuente legislativa de este inciso, al decir que Tejedor se ha inspirado en el Código español de 1850⁸³⁵. Sin embargo, tal como lo observa Núñez⁸³⁶, el mismo Tejedor, en su nota, menciona como fuente legislativa, en primer lugar, al Código peruano, además de notar que nuestro texto

⁸³³ PACHECO, Joaquín F., *El Código Penal. Concordado y comentado*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 1270.

⁸³⁴ *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Editoriales de Derecho Reunidas, t. II, ps. 353 y 358.

⁸³⁵ GÓMEZ, E., *Tratado de Derecho Penal*, 1941, t. IV, p. 300.

⁸³⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 391, nota 11. En igual sentido VARGAS, ob. cit., ps. 24 y ss.

no se circunscribe a las obligaciones por préstamos, y consecuentemente, se aparta del criterio de ubicar la figura como usura.

Zaffaroni ha sostenido que el delito nació ideológicamente “como forma de usura, pero se legisló dentro de las defraudaciones. Además, pasó de ser una forma menor de defraudaciones, a ser una agravante. Además, se extendió del menor al incapaz”⁸³⁷.

2. *Bien jurídico tutelado*

El artículo 174, inciso 2º responde, como especie agravada de defraudación, a la tutela penal en resguardo al patrimonio, y esto de manera casi unánime⁸³⁸.

La única diferencia con otros delitos contra la propiedad es que se protege al menor de los abusos de terceros, que terminan perjudicando su patrimonio o el de otro. Éste es el elemento, el abuso, que lleva a la agravante del tipo penal.

3. *Tipo objetivo*

a) *El problema del abuso*

El tipo penal exige que el autor abuse de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, de manera que no hay duda de que, sobre esta idea del abuso, gira todo el tipo penal. La solución que se le dé a este “abuso”, tendrá efectos sobre la cuestión de si se requiere error de la víctima, o es suficiente la situación del abuso, a los efectos de que la víctima firme el documento que cause el daño.

Ha hecho notar la doctrina que no se trata de un simple abuso del menor o del incapaz, sino que se trata de un abuso de las necesidades, las pasiones o inexperiencia del menor o del incapaz.

De esta manera el abuso, para Zaffaroni, se refiere a una especie de aprovechamiento de la víctima, en el sentido de que se aprovecha de la ocasión, de la oportunidad, pero teniendo en cuenta que el abuso se refiere a un campo delimitado por la ley⁸³⁹.

⁸³⁷ ZAFFARONI, ob. cit., ps. 42/43, con tablas comparativas a partir de la p. 44.

⁸³⁸ NÚÑEZ, p. 395; SOLER, ob. cit., p. 417; ZAFFARONI, ob. cit., p. 218; NAVARRO, ob. cit., p. 187; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 396.

⁸³⁹ ZAFFARONI, ob. cit., p. 136.

Para que exista el abuso, en el sentido de la ley, el autor debe haber tenido la intención de aprovechar la necesidad, la pasión o la inexperiencia. Creus afirma en ese sentido que “abusa el que explota esas manifestaciones del ánimo o este menor grado de conocimiento del sujeto pasivo; no basta que esas circunstancias hayan servido en provecho del autor; es necesario que éste se haya propuesto aprovecharlas; pero lo que no es necesario es que el mismo agente haya suscitado o exacerbado la necesidad o la pasión”⁸⁴⁰.

Por eso ha acertado la jurisprudencia al decir que “no se trata de que la necesidad, la pasión o la inexperiencia, sean la causa del abuso, sino al revés: que dadas estas situaciones el sujeto activo abuse de ellas”⁸⁴¹.

El problema pasa por otro orden que es necesario analizar. Dadas esas cualidades en el menor, esto es, la necesidad, la pasión o la inexperiencia del sujeto pasivo, la pregunta es si el autor debe sólo aprovecharse de ellas o además exige un acrecentamiento de las mismas.

Una primera opinión afirma que el autor debe actuar de manera tal que suscite o exacerbe dichos estados, que exista una conducta activa por parte del autor, buscando los medios necesarios para ello. Zaffaroni afirma sobre el punto que abusar, es usar mal, y usar bien o mal implica una actividad, de manera que hacerle firmar indica una influencia sobre la voluntad de la víctima. Por lo tanto concluye que “sólo es admisible la tipicidad activa y ésta exige que haya una intervención positiva del agente sobre las necesidades, pasiones o inexperiencia del menor”⁸⁴².

Molinario y Aguirre Obarrio afirman que para que tal abuso exista “es menester que el agente estimule las necesidades de la víctima, secunde o exacerbe sus pasiones o mantenga al sujeto pasivo en situación de inferioridad que le origina su inexperiencia”⁸⁴³.

Creus parte del punto de vista de que basta una actitud pasiva por parte del autor: “es suficiente que se valga de aquéllas o de éste, aunque también queda inserto en el tipo quien para valerse de ellos

⁸⁴⁰ CREUS, ob. cit., p. 540; NÚÑEZ, ob. cit., p. 394.

⁸⁴¹ CNCCorr., sala IV, “Hourcade, B.”, c. 10.221, J. P. B. A. 108-45.

⁸⁴² ZAFFARONI, ob. cit., p. 143.

⁸⁴³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 400.

suscita, mantiene o enardece la pasión o la necesidad o utiliza la inexperiencia para engañar al sujeto activo”⁸⁴⁴. Y ya da pie a otro problema del tipo al decir: el delito no es incompatible con cierta forma de engaño, siempre que se funde en el desconocimiento de la víctima originado en su falta de experiencia o en la perturbación anímica producida por otros factores⁸⁴⁵.

Gómez es de la opinión que también existe cuando el victimario se limita a beneficiarse con las necesidades, las pasiones, la inexperiencia del menor o del incapaz, siempre que las conozca. Aguirre le critica que es extensiva, frente a la expresión inequívoca de la ley que resulta del empleo del verbo abusare cuyo sentido es preciso.

En general se ha sostenido que esta actitud activa no es requerida por la ley, de manera que basta con el solo aprovechamiento⁸⁴⁶.

Pero queda claro que ni la omisión, ni el mero dejar hacer lleva a este tipo penal.

El problema se da en cuanto al tutor o curador del incapaz, que deja que se firme el documento: dos vías para ello, que se le impute el delito por una especie de omisión impropia, o aplicando el artículo 173, inciso 7º, del Código Penal, tal como lo afirma Zaffaroni⁸⁴⁷.

b) *El abuso como elemento del tipo de injusto, y su relación a otros abusos de los delitos de este título*

El tipo penal en cuestión ha utilizado la expresión abusar, que el legislador ha empleado en el artículo 172 del Código Penal, y posteriormente en el artículo 173, incisos 4º y 7º, respectivamente.

Está claro que el abuso de confianza del artículo 172 pareciera que no tiene el mismo significado que en el presente título, ya que en ese caso se trata de una forma de ardid, tal como se ha visto, de manera que se dan los mismos requisitos de la estafa general.

En cambio en los incisos 4º y 7º, respectivamente, y de acuerdo a lo analizado, el abuso de confianza se estructura dentro de una re-

⁸⁴⁴ CREUS, ob. cit., ps. 540/41.

⁸⁴⁵ Íd., p. 541.

⁸⁴⁶ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 111; NÚÑEZ, ob. cit., p. 394.

⁸⁴⁷ ZAFFARONI, ob. cit., p. 140.

lación jurídica preexistente⁸⁴⁸, de un pacto sobre los bienes por un título constitutivo, de un trato que, en sí mismo, queda fuera del ardid del artículo 172 del Código Penal.

En cambio el tipo de injusto del artículo 174, inciso 2º, no exige tal extremo, sino sólo el aprovechamiento de la necesidad, pasión o inexperiencia de la víctima especial⁸⁴⁹. Por lo tanto no se trata de la existencia de una especial y previa relación de confianza, tal como lo ha expresado la doctrina⁸⁵⁰.

c) *La discutida existencia del ardid en el tipo de injusto del artículo 174, inciso 2º*

Ya se ha tocado liminarmente el problema de si es necesario un ardid del autor que lleve al engaño al sujeto pasivo, especialmente cuando se mencionó la posición de Creus.

1) *Teorías que requieren engaño y error en la víctima*

Zaffaroni es de la idea que el tipo penal exige los mismos requisitos de la estafa. En otras palabras, el tipo penal traería la exigencia de que, al igual que en la estafa, el sujeto activo engañara al sujeto pasivo especial, en este caso, provocándole un error. Y éste es el elemento que hace la diferencia con el medio usurario, por una parte, y, por otra, que da seguridad jurídica en este caso, tanto a los posibles sujetos pasivos como activos. Para fundar su tesis acude a Liszt: “La inexperiencia y la dolencia –afirma el profesor alemán– suprimen en el perjudicado la conciencia del significado causal de la acción, y la situación de necesidad excluye la libre determinación total o al menos parcialmente”⁸⁵¹. Es que, como afirma Zaffaroni, “la interferencia del sujeto activo puede ser sobre la esfera intelectual referida a la consecuencia dañosa del hecho, pero como bien se ha señalado, también puede operar sobre la esfera afectiva, sin perturbar el conocimiento de los efectos jurídicos de la acción de firmar: lo que sucede –afirma

⁸⁴⁸ CREUS, ob. cit., p. 540.

⁸⁴⁹ VARGAS, ob. cit., p. 59.

⁸⁵⁰ ZAFFARONI, ob. cit., p. 146.

⁸⁵¹ VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1891, p. 493.

Zaffaroni— es que también en este último caso hay un engaño que provoca un error. Esto sucede porque la alteración de la esfera afectiva debilita el juicio crítico, y la decisión de firmar por parte de una persona con el juicio crítico debilitado no puede ser otra cosa que un error, o sea, el resultado de una errónea apreciación del contexto”⁸⁵².

El engaño, sigue afirmando Zaffaroni, es el medio típico (como en la estafa), pero sólo si éste asume el modo de abuso de las necesidades, pasiones o inexperiencia del incapaz. De ello deviene la afirmación de que no se trata de abusar del incapaz, sino de sus necesidades, pasiones o inexperiencia. En consecuencia, si se obtiene la firma del incapaz por engaño, pero sin que este engaño asuma la forma del abuso de esas circunstancias particulares, podrá tipificarse como estafa, mas no circunvención⁸⁵³.

2) *Teorías que prescinden del error en el sujeto pasivo*

Tal como se ha mostrado en la posición de Creus, otro grupo de autores no requieren el ardid ni el engaño del menor.

Expresamente afirma Núñez que “el modo defraudatorio no es el engaño, sino el abuso de las necesidades, pasiones o inexperiencia de la víctima. Abusa de ellas el que la explota. Esto no requiere engaño por parte de la víctima, ni error de la víctima, sino aprovechamiento del autor, esto es, utilización de la situación. Explota, en este sentido, el que usa fraude y el que no lo usa, para determinar a la víctima”⁸⁵⁴.

Soler afirma que en la circunvención no hay error provocado, porque el incapaz no es capaz de error, sino que en general decide erróneamente. Que dada esta presunción de error, tiene todas las características de la estafa, mas no se requiere un ardid positivo, porque no es necesario despegarlo dadas las condiciones objetivas. Por ello es que la mentira le resulta suficiente para constituir el ardid, cuando ordinariamente no alcanza⁸⁵⁵.

La doctrina sostiene, en síntesis, que en el tipo de circunvención

⁸⁵² ZAFFARONI, ob. cit., p. 155.

⁸⁵³ Íd., p. 157.

⁸⁵⁴ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 393/4; CREUS, ob. cit., p. 541; BUOMPADRE, ob. cit., ps. 253/4.

⁸⁵⁵ SOLER, ob. cit., p. 418.

no se requiere el error provocado por el sujeto activo, de manera que no es elemento imprescindible del tipo el engaño. El delito se tipifica aunque el incapaz tenga conciencia del abuso y conocimiento del daño que le provocará la suscripción del documento. Hay delito por más que la víctima conozca perfectamente el daño que le causará o podrá causarle la firma del documento. La víctima no obra por error, sino por las mismas circunstancias que la hacen estar en grado psíquico de inferioridad. Vargas explica que aquí no hay engaño, el menor o incapaz actúa con conocimiento de lo que hace, y de que, no obstante realizar un acto que a él lo perjudica, lo lleva a cabo por impulso de sus pasiones⁸⁵⁶.

La jurisprudencia ha seguido esta posición al afirmar que "...Este tipo penal no debe confundirse con un genérico otorgamiento viciado por coacción o por error de actos jurídicos, que podrá o no dar lugar a la comisión de otros delitos"⁸⁵⁷.

3) *El ardid y el abuso*

La cuestión ha sido clarificada para nosotros por Molinario y Aguirre Obarrio, quienes han afirmado que se trata de un delito de estafa, pero sólo en cuanto al dolo que debe existir en el autor en el primer momento, pero el engaño, debe ser sustituido por el abuso. Y se afirma: "el que contrata con un menor o un incapaz, con el ánimo de aprovecharse de sus necesidades, pasiones o inexperiencia para obtener así, un beneficio ilegítimo, hace algo muy parecido al que se vale, para lograr el mismo efecto, de ardidés o de maquinaciones tendientes a inducir a engaño a un mayor de edad. Por eso, tanto en este supuesto como en la estafa, el agente pone el dolo en la contratación y no en el incumplimiento de la obligación pactada: pero por cierto que la forma de operar sobre la mente de la víctima (que en la propia estafa es desplegar un ardid) no reclama los mismos elementos que cuando se trata de un ser normal"⁸⁵⁸.

Y ésta es la solución más clara sobre el problema del tipo de injusto del presente delito. Se trata a nuestro juicio de una estafa a

⁸⁵⁶ VARGAS, ob. cit., p. 59.

⁸⁵⁷ CNCCorr., sala IV, 1-6-99, c. 10.211, J. P. B. A. 108-F-45.

⁸⁵⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 396.

un menor o a un incapaz, pero, dado el sujeto pasivo en cuestión, el ardid tiene que transformarse en abuso, sin perjuicio de la propia existencia del ardid. Lo que sucede es que, a veces, el menor o el incapaz puede no entender el ardid desplegado por el autor, con lo cual, y esto es de importancia, alcanza con el abuso de autor. Lo contrario implica dejar desprotegido al menor, frente al ardid del autor, y, además, desnaturalizar el tipo, tal como está redactado.

d) *El abuso y la necesidad, las pasiones y la inexperiencia del menor o del incapaz*

El tipo penal exige que el autor abuse de las necesidades, pasiones o inexperiencia del incapaz. Éste es el núcleo de la acción típica del delito, dado que si abusa de otras situaciones, la acción no entrará en el tipo en cuestión.

1) *La necesidad*

Zaffaroni afirma que la necesidad, en este inciso, debe entenderse “como todo interés o inclinación pronunciada del ánimo como manifestación de la edad o incapacidad [...] es claro que no se trata sólo de necesidad económica, sino de cualquier orden, siempre que sea el producto de su padecimiento o de su edad y alcancen tal intensidad que disminuyan considerablemente su juicio crítico y las funciones volitivas y afectivas”⁸⁵⁹.

De manera que por necesidad debe entenderse todo aquello que el sujeto pasivo considere indispensable, en virtud de la minoridad o incapacidad, aunque en verdad no lo sea. Este interés de la víctima, puede versar tanto sobre algo material como inmaterial (por ej., sentimientos, afectos); a su vez, dicha necesidad puede ser causada por el autor o, simplemente, aprovechada por él⁸⁶⁰.

⁸⁵⁹ ZAFFARONI, ob. cit., p. 168.

⁸⁶⁰ “La necesidad a la que alude el art. 174, inc. 2º, del Cód. Pen., es todo aquello que el incapaz considere indispensable, aunque no lo sea, y aunque no alcance un grado extremo. Puede tratarse de algo material (vivienda, vestido, dinero) o inmaterial (servicios, afectos, conocimientos, entretenimientos); de algo elemental, sunuario o superfluo, puede ser ocasional, transitorio o permanente. La necesidad puede ser meramente aprovechada por el autor o creada por éste” (CNCCorr., sala VII, 10-4-92, c. 16.880, sent. “CH”, sec. 38).

Molinario y Aguirre Obarrio afirman que con la necesidad sucede algo parecido que con las pasiones, pero que éstas suscitan necesidades, por lo que la palabra pasión está demás⁸⁶¹.

2) *Las pasiones*

Quizás ésta sea una de las expresiones menos felices y más confusas que trae el Código al tipificar el delito en cuestión, debiendo casi interpretarse, según algunos autores, equivalente al concepto de necesidad⁸⁶².

Molinario y Aguirre Obarrio se preguntan qué ha querido decir el Código con esta expresión, ya que las pasiones pueden llevar a muchas cosas, menos a firmar papeles. De allí que afirmen: “Por eso, en cuanto a billetes relacionados con una pasión, no es mucho lo que pueda motivar firmas. Un testamento, un legado, una donación, pueden firmarse abusando del amor, amistad, reconocimiento. Pero no muchos contratos, como no ser un préstamo para alimentar la pasión del juego. A esto se limita la figura”⁸⁶³.

Para otra parte de la doctrina, son estados de fogosidad o entusiasmo provenientes del ánimo, donde la situación especial del incapaz hace que sus sentimientos o afectos no puedan dominarse como lo haría una persona sin esas limitaciones⁸⁶⁴.

3) *La inexperiencia*

Es la falta de conocimientos que proporciona la vida cotidiana. Sucede en general por la falta de práctica o vivencias del sujeto en cuanto a una actividad o negocio; no poseer la suficiente enseñanza al respecto⁸⁶⁵.

Como bien apunta Núñez, “el autor debe explotar la necesidad,

⁸⁶¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 400.

⁸⁶² ZAFFARONI, ob. cit., p. 169.

⁸⁶³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. II, ps. 399/400.

⁸⁶⁴ CREUS, ob. cit., p. 541.

⁸⁶⁵ La inexperiencia es la falta de los conocimientos que proporciona la vida cotidiana. Al incapaz le falta saber. Por lo tanto es propia del menor, aunque no sea exclusiva de éste ya que los mayores pueden carecer de conocimientos sobre alguna determinada actividad, la bursátil, por ejemplo (CNCCorr., sala VII, 10-4-92, “Darielli, María A.”, c. 16.880).

la pasión o la inexperiencia del menor o incapaz, siendo distinto a decir que lo que aprovecha el autor es la incapacidad de la víctima”⁸⁶⁶.

Zaffaroni afirma que se trata de la inexperiencia de la vida toda, y no a la jurídica⁸⁶⁷.

Molinario y Aguirre Obarrio afirman que la inexperiencia se refiere más a los menores que a los incapaces, aunque en éstos también puede darse.

Afirman que no es fácil interpretar a qué se refiere la norma. “Parece que, en cuanto a inexperiencia, debe referirse exclusivamente a la materia que globalmente concierne al tipo de documento que se hace firmar”; y más adelante agregan: “la inexperiencia debe ser propia de los menores, por ser menores, y no la misma inexperiencia que todos los mayores podemos tener en cuanto a un asunto determinado. Y lo mismo cabe en cuanto a la inexperiencia de los incapaces”⁸⁶⁸.

e) *La firma del documento*

El tipo penal se consuma cuando mediante abuso, y aprovechándose de la inexperiencia, la necesidad o las pasiones del menor, se le hace firmar un documento que implique cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro⁸⁶⁹.

El documento que el incapaz firme debe importar cualquier efecto jurídico en daño a él o un tercero. Habida cuenta de que se trata de un delito contra la propiedad, el efecto debe ser de carácter patrimonial⁸⁷⁰, debe contenerlo el documento mismo.

El documento puede ser un recibo de liberación, un convenio en donde se establezcan obligaciones, un gravamen, un testamento, etcétera.

⁸⁶⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 394.

⁸⁶⁷ ZAFFARONI, ob. cit., p. 169.

⁸⁶⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 398.

⁸⁶⁹ Téngase en cuenta el art. 1012, Cód. Civ.: “La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada...”

⁸⁷⁰ El *efecto jurídico* al que se refiere el art. 174, inc. 2º, del Cód. Pen. —circunvención de incapaces— es *esencialmente patrimonial* y debe estar contenido y nacer del mismo documento, y no sólo con motivo de él, por lo que la firma de un acta de matrimonio no encuadra en el tipo, pues sólo modifica el estado civil, resultando indirecta su proyección de signo económico (CNCCorr., sala IV, 12-6-91, c. 39.602).

Se incluyen, además, los casos en que, estando el documento en blanco, contenga dichos efectos. El delito se consuma con la obtención de la firma del menor o incapaz.

En cuanto a la firma, ésta debe tener los caracteres propios sin ser suficiente que sólo escriba el propio nombre o imite la firma de otro.

Bien se afirma que “poco importa que el documento sea nulo, porque puede acreditarse después la incapacidad de quien lo firmó. Lo único que la ley tiene en cuenta es que el documento haya sido firmado”⁸⁷¹.

Se afirma que el delito no es de daño real, aunque sí requiere un resultado, y esto es la firma del documento⁸⁷². El efecto patrimonial del documento debe ser el perjuicio patrimonial: pero el daño referido es de peligro⁸⁷³, dado que no significa aquí una lesión efectiva a la propiedad, sino que se trata de un delito de perjuicio potencial frente a la propiedad del menor, del incapaz o de otra persona. Por otra parte, como lo señala Núñez⁸⁷⁴, no ocurre el daño potencial si el menor o incapaz sólo obliga (o desobliga) patrimonialmente al autor o un tercero: es necesario que ello signifique la posibilidad de un daño de tal índole por no ser una prestación compensatoria⁸⁷⁵.

Cabe reflexionar lo apuntado por Vargas: “En cuanto a aquellos actos jurídicos celebrados por menores o incapaces, donde no existiendo el propósito abusivo, o sea, elemento del tipo, estos actos resultan lícitos y aun hasta provechosos para éstos”⁸⁷⁶.

El perjuicio potencial debe existir al momento en que el sujeto pasivo pone su firma, o sea, en el momento de la consumación del delito⁸⁷⁷.

⁸⁷¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 401.

⁸⁷² NÚÑEZ, ob. cit., p. 395.

⁸⁷³ Comparten esta opinión Soler y Núñez (ob. cit., p. 396), Fontán Balestra (ob. cit., p. 106) y Vargas (ob. cit., p. 67).

⁸⁷⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 395.

⁸⁷⁵ La condena por el delito del art. 174, inc. 2º, del Cód. Pen., tiene fundamento en la venta de un inmueble en una operación irregular *por su precio sensiblemente inferior al real*, y en la circunstancia de que al firmarse el compromiso de venta, el titular del dominio era incapaz, por padecer trastornos cerebrales vasculares inhabilitantes, para dirigir su persona y administrar sus bienes (CNCCorr., sala V, 26-12-79, “Alcaraz, Dionisio y otros”, L. L. 1981-B-566, jurisprud. agrup., caso 4292).

⁸⁷⁶ VARGAS, ob. cit., p. 68.

⁸⁷⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 395.

Aunque debe tenerse en cuenta que en algunos casos la sola firma del documento ya ocasionará un perjuicio, como ser el recibo de que ya se pagó algo, o la aceptación de un derecho real o no de garantía. Por eso es acertado lo que afirma Aguirre Obarrio: “La ley considera consumado el delito por la mera firma del documento porque, una de dos, o el documento realmente reporta un perjuicio a la víctima y en ese caso el delito no es dudoso, o el solo hecho de que el menor o el incapaz tenga que alegar en juicio la nulidad del acto se considera que ya constituye un perjuicio patrimonial”⁸⁷⁸.

f) *El daño al menor o a otro*

El tipo penal requiere que el daño sea en perjuicio del incapaz “o de otro”. En este sentido, se entiende doctrinariamente que la letra “o” es inclusiva o conjuntiva (y/o), es decir que el sujeto pasivo puede o no coincidir con el ofendido, con lo cual podría haber, como en la estafa procesal un desdoblamiento entre víctima y sujeto pasivo.

En este punto el tipo penal de estafa y el de circunvencción encuentran una conexión, en el sentido de que quien sufre o puede sufrir el daño patrimonial puede ser el incapaz, reuniendo la calidad de sujeto pasivo con la de ofendido, o siendo éste el sujeto pasivo del acto abusivo, ser otra persona quien sufra el perjuicio patrimonial. Al igual que en la figura del artículo 172, puede darse el caso de que el incapaz, como sujeto pasivo, tenga a su cargo patrimonio ajeno (por ej., un administrador de bienes que sufre un brote esquizofrénico) y, desde la condición de sujeto pasivo del abuso, firmar en perjuicio del titular del derecho patrimonial.

La cuestión se planteó en alusión a las expectativas hereditarias. El tema fue poco claro, por cuanto se llegó a sostener que “el origen de la acción penal es la lesión a un bien jurídicamente protegido y por ello, no queda comprendido todo titular de un perjuicio producido por un delito por haberle alcanzado sus consecuencias. El titular del derecho viciado, o sea el ofendido, es quien resulte directamente afectado por el daño o peligro de tal”⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 402.

⁸⁷⁹ CNCCorr., sala I, 18-8-81.

La Cámara Nacional Criminal y Correccional en pleno afirmó: “El heredero legítimo o testamentario es el ‘otro’ que puede resultar ofendido por el delito de circunvencción de incapaz (inc. 2º, art. 174, Cód. Pen.), en razón de la disminución del acervo hereditario que implicaría el abuso”⁸⁸⁰.

Como apunta Zaffaroni, si bien no se planteó específicamente la condición de sujeto pasivo del titular del derecho patrimonial lesionado, se aclaró el punto en cuanto a la condición de titular de esta lesión (el afectado en su expectativa hereditaria)⁸⁸¹. Y concluye afirmando que “el otro es el sujeto pasivo de la afectación patrimonial, que cuando no coincide con el menor o el incapaz, puede ser un tercero, que puede intervenir en el proceso, como querellante o actor civil”⁸⁸².

g) *El problema en cuanto a la nulidad del acto*

A qué se refiere la ley cuando habla de “aunque el acto sea civilmente nulo”. Núñez expresa que la doctrina ha sostenido tres posiciones. Una primera que se refiere a cualquier nulidad; una segunda que sólo se refiere a la incapacidad del otorgante, y una tercera que afirma que se trata de los actos que adolezcan, además de ésa, de toda otra nulidad⁸⁸³.

Sin embargo la cuestión no es sencilla y ha dado lugar a diversas interpretaciones, de acuerdo a los diversos objetos que puede tener el acto que será nulo. Sin perjuicio de ello, Molinario y Aguirre Obarrio concluyen que “el solo hecho de que el menor o el incapaz tenga que alegar en juicio la nulidad del acto se considera que ya constituye un perjuicio patrimonial”⁸⁸⁴.

Zaffaroni afirma que son típicos todos los actos anulables (art. 1054, Cód. Civ.) y pueden serlo los actos nulos (art. 1044, Cód. Civ.) cuya nulidad provenga del otorgante o de la incompletividad del documento⁸⁸⁵.

⁸⁸⁰ CNCCorr., en pleno N° 19, 9-4-87, “Guichandut, Carlos M.”, L. L. 1991-C-205, D. J. 1991-2-146.

⁸⁸¹ ZAFFARONI, ob. cit., p. 132.

⁸⁸² Íd., p. 133.

⁸⁸³ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 397, nota 32.

⁸⁸⁴ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 402.

⁸⁸⁵ ZAFFARONI, ob. cit., p. 190.

Los casos de la nulidad derivada de la incapacidad del otorgante⁸⁸⁶, son análogos a lo preceptuado por el Código Penal italiano de 1889, excepto que éste hace referencia expresa a la nulidad derivada de la incapacidad personal, cosa que no ocurre en nuestra ley.

Soler, quien defiende la tesis de otro tipo de nulidad⁸⁸⁷, afirma que la ley argentina se aparta del modelo italiano al no especificar la nulidad, y “que al hablar la ley de documentos firmados por incapaces ya se refiere a una clase de documentos que son nulos y que indudablemente no se excluyen los que adolezcan, además, de otra nulidad”⁸⁸⁸.

Núñez afirma que no todos los actos que se encuadran en este inciso del artículo 174 del Código Penal son nulos. Sí en cambio lo son aquellos que tienen que ver con la incapacidad civil absoluta del sujeto (art. 1041, Cód. Civ.), los actos de los dementes (arts. 140 y 141, Cód. Civ.), los sordomudos declarados (arts. 153 y 154), y los menores impúberes (art. 127, inc. 1º). Los actos de los otros menores que pueden ser víctimas del abuso, afirma Núñez, son nulos sólo si están comprendidos en su incapacidad relativa (art. 1042, Cód. Civ.) o por otra causa (vgr., actos por simulación o fraude presumido por la ley, o nulidad por falta de formalidad instrumental, art. 1044, Cód. Civ., etc.)⁸⁸⁹. Y concluye Núñez que el inciso 2º no excluye estos actos ni los nulos, sea que la nulidad derive de la incapacidad personal o de una de las otras causas mencionadas. Por un lado, el inciso 2º no se refiere, como el artículo 415 del Código italiano de 1889, a la nulidad derivada de la incapacidad personal, sino a la nulidad civil sin restricción alguna. En segundo lugar, si la nulidad por incapacidad del otorgante ya lo priva al acto del valor, no existe razón para decir que el inciso 2º no puede referirse a las nulidades por otros vicios del acto porque entonces éste no produciría los efectos jurídicos que exige la ley⁸⁹⁰.

A nuestro criterio, la cuestión es sencilla, y lo da la propia ley y

⁸⁸⁶ ODERIGO, *Código Penal*, nota 890.

⁸⁸⁷ SOLER, ob. cit., p. 348; VARGAS, ob. cit., p. 76.

⁸⁸⁸ SOLER, ob. cit., p. 348.

⁸⁸⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 117; NÚÑEZ, ob. cit., p. 397; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 107; CREUS, ob. cit., p. 543.

⁸⁹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, ps. 396/7.

la referencia al bien jurídico. La protección al menor o al incapaz lleva a que, aunque el acto sea nulo, cualquiera sea ella, el hecho se tipifica. Cuando la ley es clara, no conviene oscurecerla, más aún cuando esa interpretación coincide con el bien jurídico protegido, y con la finalidad de la ley.

h) *Sujetos*

1) *Sujeto activo*

La ley no hace ninguna diferencia, de manera que en este punto rigen las reglas generales de autoría, en el sentido de que cualquier persona puede ser autor de este delito.

2) *Sujeto pasivo*

Expresamente la ley delimita quiénes pueden ser sujetos pasivos de este delito, cuando se refiere a un menor o a un incapaz, declarado o no declarado tal. Por lo tanto, sólo lo pueden ser un menor o un sujeto que padezca algún tipo de incapacidad, en cualquiera de sus formas⁸⁹¹, esté o no declarado tal.

El tipo penal en cuestión protege al incapaz: en este sentido, los menores son “*juris et de jure* presumidos incapaces por la ley”⁸⁹²; por otro lado, la protección recae sobre todos aquellos que, al momento del hecho, sufren una disminución de sus facultades.

2.1) *Menores*

El Código Civil en su artículo 126 dispone que son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años.

En cuanto a los menores emancipados (arts. 131, 134 y 135, Cód. Civ.), así como los autorizados a ejercer el comercio (art. 133, Cód. Com.), la doctrina mayoritaria⁸⁹³ sostiene que no pueden ser sujetos pasivos del delito, excepto que se trate de actos prohibidos o no fa-

⁸⁹¹ VARGAS, ob. cit., p. 48.

⁸⁹² MAGGIORE, G., *Derecho Penal*, Temis, t. V, p. 148; VARGAS, ob. cit., p. 48.

⁸⁹³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 392; SOLER, ob. cit., t. IV, p. 347; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 534; JOFRÉ, *El Código Penal de 1922*, p. 282; CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 541.

cultados. Gómez⁸⁹⁴, en cambio, sostiene que estos menores sí estarían comprendidos en este inciso, dado que la ley crea este delito en razón de la falta de madurez mental del menor y no en virtud de la incapacidad que la ley les reconoce. Sin embargo, esta idea se ve refutada por Núñez⁸⁹⁵ en tanto que “la capacidad que la ley les reconoce obedece al criterio de que, al realizar los actos a que se refiere, están maduros, frente a lo que desaparece el presupuesto de la protección del inciso 2º”.

2.2) *Incapaces*

Tal como surge claramente de la descripción típica, no se exige que se esté ante un incapaz civil declarado como tal; más que a la declaración legal, hay que estar a la naturaleza de las cosas, que no necesitan, en este caso, declaración legal alguna. En tal sentido, el grado de incapacidad al cual hace referencia la ley se satisface con un cuadro de deterioro psíquico; por ende, no es necesario que se compruebe que el sujeto se encontraba en estado de inconsciencia, o de tratarse de un cuadro de inimputabilidad. Es suficiente que “en el momento del hecho el sujeto padezca una disminución en su inteligencia, voluntad o juicio que lo incapacite para resguardar debidamente sus intereses económicos”⁸⁹⁶. Como bien expone Maggiore⁸⁹⁷, por “deficiencia psíquica” ha de entenderse cualquier forma de retraso en la esfera intelectual y volitiva del sujeto, que lo ponga en estado de incapacidad relativa para administrar sus intereses, sin llegar a constituir una verdadera enfermedad mental. Así, se ven contemplados bajo esta tutela, no sólo los interdictos e inhabilitados, también los ancianos, ebrios, personas con alto grado de ignorancia, etcétera.

De este estado psíquico descripto, propio de la incapacidad requerida por la ley, es del cual el sujeto activo se aprovecha, logrando que éste suscriba algún documento. De allí que la defraudación en cuestión, y por ello el agravante, versa sobre el abuso de las debilidades

⁸⁹⁴ GÓMEZ, ob. cit., p. 302.

⁸⁹⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 393.

⁸⁹⁶ CNCCorr., sala III, 14-9-92, c. 30.784, sent. “X”, sec. 33; sala IV, c. 10.507, J. P. B. A. 108-F-44.

⁸⁹⁷ MAGGIORE, ob. cit., p. 146.

de la personalidad⁸⁹⁸ de la víctima. Este caso de aprovechamiento del incapaz responde al fundamento de la Exposición de Motivos anteriormente citada, donde la actividad defraudatoria del agente se ve facilitada por la menor defensa que puede oponer el sujeto pasivo.

4. *Tipo subjetivo*

No hay duda de que el tipo requiere dolo directo; de manera que queda excluida cualquier otra forma de dolo, como ser el indirecto y especialmente el dolo eventual⁸⁹⁹.

El autor debe conocer, para poder tipificar subjetivamente el hecho, que se encuentra ante un menor o incapaz, y, además, tener la voluntad de abusar de alguna de las situaciones especiales de inexperiencia, intereses o pasiones del citado menor o incapaz.

Según Maggiore, “debe tener conciencia y voluntad de exigirle un acto dañoso al sujeto, a sabiendas de su incapacidad, con el fin de obtener un acto dañoso para sí o terceros”⁹⁰⁰. No basta que el sujeto activo se aproveche de la incapacidad de la víctima, sino que debe explotar (abusar) la necesidad, la pasión o la inexperiencia del menor o incapaz. El autor no delinque obteniendo cualquier finalidad económica por la explotación de esas situaciones, sino sólo cuando abusa de alguna de ellas, para hacerle firmar a la víctima un documento que importe cualquier efecto jurídico⁹⁰¹.

Existen opiniones doctrinarias y jurisprudenciales opuestas en cuanto a si la incapacidad debe ser notoria o no. Por un lado, se sostiene que el dolo se satisface con que el autor la conozca. La incapacidad puede ser conocida, sin necesariamente ser notoria⁹⁰², ya que el autor pudo haberla conocido por alguna circunstancia especial,

⁸⁹⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 392.

⁸⁹⁹ En este sentido, Vargas (ob. cit., p. 85) opina que se requiere dolo directo, no siendo suficiente el dolo eventual.

⁹⁰⁰ MAGGIORE, ob. cit., p. 151.

⁹⁰¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 394.

⁹⁰² “...sin que pueda aceptarse como excusa la apariencia de normalidad” (CNCCorr., sala V, 26-12-79, “Alcaraz, Dionisio y otros”, L. L. 1981-B-566, jurisp. agrup., caso 4294).

a pesar de no ser apreciable por cualquiera⁹⁰³. Núñez, siguiendo este criterio, afirma que “la ley no pretende resguardar la incapacidad por su modo de presentarse, sino cuando existe”. La notoriedad de la incapacidad no es un elemento objetivo del tipo, porque, según explica Vargas, “una cosa es la exigencia del conocimiento de la minoridad o incapacidad del sujeto pasivo, cuestión que hace al dolo, y otra distinta es la exigencia de la habitualidad, notoriedad, etcétera, de su situación, pues es posible que la minoridad o incapacidad sea conocida por unos e ignorada por otros por no ser notoria, y sin embargo, ello no obsta a la consumación delictiva”.

No obstante la jurisprudencia y doctrina predominantes en este sentido, los tribunales han adoptado también la postura contraria, es decir, la necesidad de que la incapacidad sea manifiesta como elemento de configuración⁹⁰⁴.

Por otra parte, según palabras de Moreno, si una persona contrata con un incapaz y lo hace suscribir una obligación, pensando que está en su sano juicio, no comete delito, y sólo habría una acción civil a los efectos de la nulidad del acto⁹⁰⁵.

Todo hace pensar que la discusión sólo se debe a la falta de un concepto claro de dolo. Más que la incapacidad sea notoria o no, que será un problema de prueba, lo que se exige en el tipo es que el sujeto conozca que está tratando con un incapaz, e intente abusar de algunas de las características antes mencionadas. Lo notorio o no, no tiene que ver con el tipo, y podrá tener alguna importancia en la prueba del hecho.

⁹⁰³ El elemento subjetivo sólo exige que el autor conozca la insuficiencia, aunque no sea apreciable por cualquiera, pues la ley no resguarda la incapacidad por su modo de presentarse sino porque existe (CNCCorr., sala II [def.], 18-10-91 –Vázquez Acuña, Giudice Bravo, Ragucci [h]–, “Menchego, Daniel”, c. 39.890, sent. “P”, sec. 17).

⁹⁰⁴ “Para que se dé la defraudación especial del inc. 2º del art. 174, Cód. Pen., en la persona de un incapaz, es necesario que la insuficiencia mental de la víctima sea notoria y habitual, de modo que no pase inadvertida para los demás, situación que no se da, aunque medien declaraciones en contra de testigos, si aquélla concurre a una escribanía, firma la escritura y actúa sin evidenciar anormalidad alguna. Por otra parte, para que se integre tal figura penal es indispensable acreditar todavía que el acto se realizó aprovechando las necesidades, pasiones o inexperiencia del sujeto” (CNCrim., sala IV, 2-3-99, “Pérez, N.”, c. 45.866, J. P. B. A. 109-F-34).

⁹⁰⁵ MORENO, ob. cit., p. 222.

Y esto es claro en el supuesto del error, ya que si el autor no sabe de algunas de las características del tipo y no intenta abusar, el problema se traspasa al error de tipo que, en cualquiera de sus formas, elimina el dolo y la tipicidad.

5. *Consumación*

Lo que se sanciona es el abuso tendiente a hacer firmar algún documento al menor o incapaz que importe cualquier efecto jurídico, en daño del menor o el incapaz o de otro. Por tratarse de un delito contra la propiedad, el efecto jurídico al cual se hace referencia debe ser de carácter patrimonial⁹⁰⁶. No obstante, el delito se consuma con la sola firma del documento, sin interesar que el daño se produzca efectivamente o no⁹⁰⁷. Por consiguiente, aun si la destrucción del documento impide que se ocasione el daño, el delito queda consumado. Tampoco importa si el documento es civilmente nulo ya que lo que se pune es el aprovechamiento de la incapacidad del sujeto para celebrar el acto⁹⁰⁸. Con el mismo criterio se afirma que, por más que el autor desista, el delito queda configurado⁹⁰⁹.

La doctrina predominante sostiene que el delito es de peligro concreto, en este sentido, y no de daño efectivo⁹¹⁰.

6. *Tentativa*

Como ya hemos adelantado ut supra, si el autor intenta hacer firmar el documento pero no lo logra, habrá tentativa, porque si bien

⁹⁰⁶ Íd., p. 223.

⁹⁰⁷ El delito del inc. 2º del art. 174 del Cód. Pen. se consuma con la firma del documento, sin interesar que el daño se produzca o no. Queda consumado aunque la destrucción del documento impida que el daño se produzca (CNCCorr., sala VII, 21-10-91, "Gómez de Occhetta, Isabel", L. L. 1992-C-63, D. J. 1992-2-78).

⁹⁰⁸ MORENO, ob. cit., p. 223.

⁹⁰⁹ En la nota de NÚÑEZ, ob. cit., p. 396, nota 31, cita a Ramos quien ejemplifica con el autor que le devuelve el documento al incapaz.

⁹¹⁰ LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. II, p. 153; SOLER, ob. cit., t. IV, p. 369; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 395; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, p. 106; VARGAS, ob. cit., p. 91.

el delito es de peligro, demanda un resultado que es la firma del documento, que el autor intenta obtener sin éxito⁹¹¹.

III. Defraudación por uso de pesas o medidas falsas

Dice el artículo 174, inciso 3º: “El que defraudare usando de pesas o medidas falsas”.

1. *Antecedentes*

En el proyecto Tejedor se determinaba este precepto como Parte II, Libro I, Título VIII, § 4, artículo 2º, inciso 4º; lo mantiene el Código de 1886 (art. 203, inc. 4º); el proyecto de Villegas, Ugarriza y García (art. 328, inc. 4º); el proyecto de 1891 (art. 209, inc. 3º); el proyecto de 1906 (art. 189, inc. 3º), y el proyecto de Coll y Gómez (art. 227, inc. 3º), hasta el actual texto.

2. *Bien jurídico tutelado*

Se protege la propiedad ajena⁹¹²; es por ello que lo que se pune no es el simple uso de pesas o medidas falsas, sino la defraudación con el uso de pesas o medidas falsas⁹¹³, esto es, como bien lo expresa Núñez, el tipo demanda objetivamente un daño a la propiedad, y subjetivamente la conciencia del autor de que del uso de las pesas o medidas deriva ese daño.

3. *Tipo objetivo. Acción típica*

El artículo 174, inciso 3º es una especie agravada de la defraudación por fraude en la cantidad de las cosas, contenida en el artículo 173, inciso 1º.

Es una estafa en donde el ardid es específico: el uso de pesas o medidas falsas, como si fueran exactas, para inducir en error a la víctima⁹¹⁴. Se trata, como afirma Núñez, de pesas o medidas del sistema

⁹¹¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 394.

⁹¹² Íd., p. 399.

⁹¹³ Ibídem.

⁹¹⁴ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 402.

métrico decimal, de uso obligatorio por ley 845 del 13 de julio de 1877. De manera que el uso de pesas o medidas falsas, ya sea que ella la haya hecho el autor o terceros, es la esencia del ardid y el motivo de la agravante.

El tipo requiere que las pesas o medidas sean inexactas. Soler lo define como “vicio oculto maliciosamente predispuesto”. “Estas pesas o medidas deben estar adulteradas y, por más que lo representen, no corresponder a su verdadero peso o medida”⁹¹⁵. Justamente, el ardid consiste en que el autor utiliza estas pesas o medidas adulteradas ante la víctima como si fueran exactas⁹¹⁶. Éste es, según expone Creus, el fundamento a la calificación de este fraude: “la facilidad para perpetrar este ardid (en cuanto a presentarlas frente a la víctima como si fueran exactas y a través de ello conducirla a error), junto con la eventual repetición de los actos”⁹¹⁷.

Las pesas o medidas falsas pueden haber sido adulteradas por el mismo autor o por otra persona, y usadas con conocimiento por el autor⁹¹⁸.

Corresponde atribuir la falsedad no sólo cuando ha sido alterada a través de actos positivos, sino también cuando el que la usa ha verificado su desperfecto y, no obstante, la ha seguido usando⁹¹⁹.

Bien dicen Molinario y Aguirre Obarrio que no alcanza con que el inspector encuentre pesas o medidas falsa, ya que eso sólo llevaría, en su caso, a una multa de tipo administrativo o del código contravencional. El tipo exige que una víctima concreta se haya perjudicado con el uso de esas pesas o medidas falsas.

Por ende se trata de una estafa, cuyo ardid, las pesas, provoca un daño patrimonial, que seguramente se dará cuando la víctima pague por lo que cree que se le dio, que será siempre menos.

4. *Sujetos. Sujeto activo*

A diferencia del artículo 173, inciso 1º, donde sujeto activo puede

⁹¹⁵ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 154.

⁹¹⁶ CREUS, ob. cit., p. 544.

⁹¹⁷ Ídem nota anterior.

⁹¹⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 399.

⁹¹⁹ SOLER, ob. cit., p. 316.

ser sólo el obligado a entregar, autor de la figura agravada puede ser tanto el que debe entregar las cosas como el que las recibe. En el caso del dador, defrauda si usa pesas o medidas menores a las correspondientes, si es quien las recibe, cuando usa pesas o mediciones mayores. En síntesis, autor es quien utiliza las pesas o medidas falsas para pesar o medir lo que da o recibe⁹²⁰.

Será toda persona que crea recibir o dar falsamente a diferencia de lo que efectivamente recibe o da.

5. *Tipo subjetivo*

El tipo penal exige que el autor use de pesas o medidas falsas a sabiendas de su defecto, y que tenga la voluntad de defraudar, esto es, “voluntad de utilizarlas para engañar al sujeto pasivo con el fin de perjudicarlo patrimonialmente”⁹²¹. Para la configuración del delito se requiere la utilización intencional de las pesas o medidas, por lo que la estafa no resulta del mero hecho de haber empleado pesas o medidas inexactas, sino falsas: aquí, en este punto, Soler hace una distinción lingüística que cabe destacar, ya que la ley al hablar de falsas, contempla el conocimiento de la inexactitud, interpretándose por consiguiente el empleo malicioso⁹²².

Luego, no se configura el delito si el sujeto activo no tiene conocimiento de que esas pesas o medidas son falsas⁹²³.

Como se dijo anteriormente, el ardid empleado consiste en utilizar las pesas o medidas falsas simulando su exactitud, induciendo a error al sujeto pasivo, con el consecuente daño en la propiedad del otro.

Si se unen todas estas opiniones, no hay duda de que, como en toda estafa, se requiere dolo directo, que en este caso surge con claridad por el medio usado.

⁹²⁰ CREUS, ob. cit., p. 544.

⁹²¹ CREUS, ob. cit., p. 545; NÚÑEZ, ob. cit., ps. 399/544.

⁹²² SOLER, ob. cit., p. 316.

⁹²³ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 154.

6. *Consumación*

En cuanto al momento consumativo, la doctrina mayoritaria⁹²⁴ opina que el delito se consuma cuando se produce efectivamente el perjuicio patrimonial. Núñez sostiene que en virtud de tratarse de una defraudación en la cantidad de cosas que se deben entregar o recibir, el delito se vería consumado con la entrega de la cosa de menor peso o medida y el cumplimiento de la obligación correlativa⁹²⁵. Si no se cumple con la contraprestación, no hay perjuicio. Creus sostiene que antes de esos momentos, si la pesa o medida falsa ha sido ya utilizada con la finalidad típica, sin que el sujeto pasivo entregue la contraprestación o las cosas, el hecho permanece en grado de tentativa.

IV. **Fraude con materiales de construcción**

Establece el artículo 174, inciso 4º: “El empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere, en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado”.

1. *Antecedentes históricos*

La fuente de este precepto ha sido el Código holandés de 1881 (art. 331), del cual lo tomó el proyecto de 1891 (art. 209, inc. 4º) y el proyecto de 1906 (art. 189, inc. 3º).

Los autores de la Exposición de Motivos del proyecto de 1891 expresan como fundamento: “Hemos creído conveniente prever, como lo hace el Código holandés, el caso del empresario o constructor de una obra cualquiera, o del vendedor de materiales de construcción que cometiere en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes y del Estado. Es esta última circunstancia la

⁹²⁴ SOLER, ob. cit., p. 337; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 155; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, p. 73; CREUS, ob. cit., p. 544.

⁹²⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 400.

causal de la agravación, sin la cual el caso quedaría comprendido en la disposición respectiva del artículo anterior⁹²⁶.

2. Bien jurídico protegido

Ricardo Núñez⁹²⁷ sostiene que el objeto jurídico de la ofensa es la propiedad, y no la seguridad de los bienes, de las personas o del Estado. Considera que si el objeto fuese la seguridad, no podría tratarse lógicamente de un delito contra la propiedad⁹²⁸. Se trata de un caso especial de defraudación agravada del artículo 173, inciso 1º, del Código Penal, ya que el fraude se refiere a la sustancia, calidad o cantidad de los materiales empleados en la ejecución. Con lo cual queda planteada la discusión con Aguirre Obarrio, que sostiene que se trata de un abuso de confianza.

Soler⁹²⁹, por su parte, aclara que, si bien a su entender, el proyecto que introdujo el precepto no fue muy extenso, en cuanto a fundamentos, sin embargo no crea con ello una nueva figura de estafa, sino solamente una forma calificada.

Molinario y Aguirre Obarrio afirman que “en esta disposición, fácil es ver que estamos frente a un abuso de confianza con el que se defrauda a quien comisionó la obra, pero la redacción del artículo introduce un segundo bien protegido: la seguridad pública⁹³⁰. Pero aclara que no se entiende la última parte, en cuanto se habla de la seguridad del Estado. Y afirman, y en esto es toda una hipótesis, que debe haberse deslizado un error, ya que no es posible poner en peligro la seguridad del Estado alterando los materiales de una obra que se construye. Se debe haber pensado, se afirma que se trataba de algún dique, pero esto hace a la seguridad pública. El Estado, y en este punto coincidimos, no se afecta por malas construcciones, sino que tienen su título especial en el Código Penal.

Quizás el problema esté en la norma que se tomó como base,

⁹²⁶ ZAFFARONI y ARNEDO, *Digesto...* cit., p. 438.

⁹²⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 403.

⁹²⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 403, nota al pie 52. En la misma nota refiere a SOLER, *Derecho Penal argentino*, t. IV, p. 317.

⁹²⁹ SOLER, ob. cit., p. 316.

⁹³⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 459.

esto es, el proyecto holandés de 1881, que hablaba de *ou le salut de l'État en temps de guerre*, lo que llevó a Ramos a hablar de dislate jurídico, la norma del inciso 4⁹³¹.

Constituye una defraudación agravada del artículo 173, inciso 1º, en cuanto al fraude en la sustancia, calidad o cantidad de los materiales empleados, en la ejecución de una obra o vendidos para ella⁹³². La calificación responde al peligro que el hecho especial crea.

3. Tipo objetivo

a) Acción típica

La acción puede consistir en⁹³³:

a) No ejecutar la obra debidamente o según lo convenido, pero para que se tipifique como delito, debe el autor disminuir la calidad o cantidad de los materiales, o no llevar a cabo los trabajos necesarios para conferirle la debida seguridad, ocultando la diferencia, con lo cual logra costos menores, con el consecuente perjuicio patrimonial del propietario.

Para que el empresario o constructor sea autor es necesario, tal como la ley lo exige, que el acto fraudulento sea cometido en la ejecución de la obra; por consiguiente, quedan excluidos de la tipicidad aquellos actos anteriores al comienzo de la obra⁹³⁴. Será atípico según parte de la doctrina también si el constructor o empresario incurre en meros defectos técnicos, no obstante llevarse a cabo durante la ejecución⁹³⁵. Se olvida en este caso que se habla en la ley expresamente de la “ejecución de la obra”.

b) Entregar los materiales de la calidad o cantidad distinta a la convenida, sin hacérselo conocer al adquirente. Por calidad o cantidad distinta se entiende el caso de ser su valor menor al de los que realmente debieron ser entregados. Cuando el valor de los materiales (utilizados,

⁹³¹ Cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 402.

⁹³² NÚÑEZ, ob. cit., p. 402.

⁹³³ CREUS, ob. cit., p. 545.

⁹³⁴ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 155, citando a VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Confección de planos, autorizaciones administrativas*, t. III, p. 393.

⁹³⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 403; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 155; CREUS, ob. cit., p. 545.

entregados o de la ejecución) no es menor, podrán darse otros delitos, pero no una defraudación, ya que sólo habría posibilidad de perjuicio a través de una contraprestación no compensatoria⁹³⁶.

Este acto debe ser capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o el Estado.

La ley exige, además del perjuicio patrimonial, que exista un peligro para la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado. Por peligro ha de entenderse, señala Núñez⁹³⁷, cuando la obra, ejecutada o a ejecutar, con los materiales empleados o entregados, por defectos de sustancia, calidad o cantidad, tiene la probabilidad de dañar materialmente a las personas o bienes en general.

Es distinto el peligro que representa la construcción para la seguridad del Estado, y en este punto, existen varias interpretaciones doctrinarias. Núñez⁹³⁸ descarta como peligro para el Estado la probabilidad de daño patrimonial, sino peligro de daño para su soberanía o estabilidad territorial. Es el peligro por falta de capacidad o defectos de las construcciones destinadas a resguardar la seguridad del Estado. Creus⁹³⁹, apoyando esta posición, sostiene que es suficiente con la creación del peligro para la seguridad del Estado, aunque éste no sufra una pérdida económica distinta a la consumada mediante el fraude, no siendo indispensable que el perjuicio respectivo ataque el patrimonio del Estado. Más lógica parece la interpretación de Aguirre Obarrio, de que se trata de un error, o que la ley se refería a tiempos de guerra.

El tipo exige la creación del peligro como elemento para la calificación del acto fraudulento⁹⁴⁰, mas si éste no se da, podrá entonces configurarse una estafa genérica o una defraudación del artículo 173, inciso 1°.

Soler⁹⁴¹, por su parte, sostiene que el sujeto activo, para poner en peligro la seguridad del Estado, debe haber dañado efectivamente el patrimonio de éste, por lo cual esto es condición fundamental para la

⁹³⁶ Conf. CREUS, ob. cit., p. 545.

⁹³⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 403.

⁹³⁸ Ídem nota anterior.

⁹³⁹ CREUS, ob. cit., p. 546.

⁹⁴⁰ Ídem nota anterior.

⁹⁴¹ SOLER, ob. cit., p. 316.

figura de defraudación. En virtud de ello considera que la agravación está superpuesta con la de fraude en perjuicio de la administración pública (inc. 5º del mismo artículo). Esta última figura necesita mucho menos que una lesión a la seguridad del Estado para considerar agravada la estafa, ya que sólo requiere la producción de perjuicio patrimonial para alguna administración pública. Por consiguiente, una circunstancia implica siempre necesariamente a la otra. Este autor considera que en realidad la figura debería estar computada como una causal de aún más especial calificación, debido a que el suministro, además de importar una defraudación al Estado, importa un peligro para la seguridad de éste.

4. *Sujetos*

a) *Sujeto activo*

Según la ley, autores de este delito sólo pueden ser los empresarios de cualquier clase de obra y los constructores; así también los vendedores de materiales de construcción, en cuyo caso sólo será típica la entrega si existe un contrato de venta (arts. 1323, Cód. Civ., y 150, Cód. Com.)⁹⁴².

Como empresario se entiende al titular de la empresa que ejecuta la obra, y como constructor aquel que tiene función de dirigir la obra, tomando decisiones en cuanto al modo de ejecución y materiales a emplear⁹⁴³.

Si el autor reúne la calidad de empleado público sufrirá, además de la pena de prisión, inhabilitación absoluta perpetua según lo establece el último párrafo de este artículo.

Puede darse el caso donde el autor reúna la calidad de vendedor junto con la de empresario o constructor, dado que es frecuente que estos últimos sean quienes proveen los materiales para construir la obra. No se multiplica el delito si esto ocurre⁹⁴⁴. Tampoco se multiplicará el delito en el supuesto de connivencia entre vendedor y cons-

⁹⁴² NÚÑEZ, ob. cit., p. 402; CREUS, ob. cit., p. 546.

⁹⁴³ CREUS, ob. cit., p. 545.

⁹⁴⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 402; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 155; CREUS, ob. cit., p. 547.

tructor o empresario. Creus, por su parte, afirma que “cada uno de ellos responde a título de autor por su propia acción”⁹⁴⁵.

b) *Sujeto pasivo*

Los sujetos pasivos, según la doctrina pueden ser el propietario de la obra; el empresario, si éste fue víctima del vendedor, sin perjuicio económico para el propietario⁹⁴⁶.

5. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso y nuevamente se exige el dolo directo, ya que debe saber que entrega un material que no es el adecuado, pero que, además, puede poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado.

El autor debe conocer que utiliza cosas que no corresponden a la calidad, cantidad o sustancia determinada, o que defrauda en la entrega⁹⁴⁷. El dolo consiste en conocer y tener la voluntad de proveer o utilizar materiales distintos a los convenidos o ejecutar la obra deficientemente, sin hacérselo conocer al sujeto pasivo, y con la finalidad de provocarle un perjuicio patrimonial⁹⁴⁸.

El error elimina el tipo agravado, aunque puede quedar el tipo básico, y además habrá que analizar el concurso con el delito de estrago culposo, en caso de que no exista dolo.

6. *Consumación y tentativa*

Según Moreno, el delito se consume con el uso o la provisión de materiales inferiores a los debidos, los que, al comprometer la seguridad del edificio, amenazan la vida o los bienes⁹⁴⁹.

Dependiendo de quién sea el autor, varía el momento consumativo. El empresario o constructor consume el delito al utilizar o hacer utilizar fraudulentamente los materiales para ejecutar la obra, causando el perjuicio.

⁹⁴⁵ CREUS, ob. cit., p. 547.

⁹⁴⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 403.

⁹⁴⁷ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 156.

⁹⁴⁸ CREUS, ob. cit., p. 547.

⁹⁴⁹ MORENO, ob. cit., p. 224.

El vendedor al entregar los materiales para su ejecución, esto es, en el momento en que se produce la contraprestación, pero ello siempre y cuando signifique o produzca un perjuicio patrimonial para el ofendido⁹⁵⁰.

Remitiendo a lo dicho ut supra en cuanto a la creación de peligro como elemento objetivo, cabe aclarar que éste no es determinante del momento consumativo: como sucede en la mayoría de las defraudaciones, es el momento en que el ofendido sufre el perjuicio económico.

En caso de haberse ejecutado o suministrado fraudulentamente la obra o el material, pero el precio no se ha pagado, el delito quedará en grado de tentativa⁹⁵¹.

V. Fraude en perjuicio de la administración pública

El artículo 174, inciso 5º dice: “El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública”.

El último inciso de este artículo agrava cualquier tipo de defraudación por haberse cometido en perjuicio de la administración pública.

La agravante del inciso no tiene como fundamento la calidad del sujeto activo, ni tampoco el sujeto pasivo del delito, sino el ofendido, es decir, en razón de la titularidad del bien jurídico del objeto del delito⁹⁵².

1. *Antecedentes históricos*

El texto actual corresponde al proyecto de 1891, el cual pasa al proyecto de 1906.

Las fuentes de este inciso corresponden al Código holandés (art. 332); el proyecto Tejedor; el proyecto de Villegas, Ugarriza y García (art. 332); el Código de 1886 (art. 272), y los Códigos de 1891 (art. 309, inc. 5º) y 1906 (art. 189, inc. 5º).

⁹⁵⁰ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., p. 402; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 156.

⁹⁵¹ CREUS, ob. cit., p. 546.

⁹⁵² El art. 174, inc. 5º, Cód. Pen., no crea ni prevé ninguna figura especial de defraudación, sino que sólo agrava la sanción correspondiente a las estafas y defraudaciones contempladas en los arts. 172, 173 y 174, Cód. Pen., cuando el sujeto pasivo lo es la administración pública (se cita: 25-10-57, “C. de Filippo, F.”; CNPen., 29-3-63, c. 20.448, J. P. B. A. 5-557).

El proyecto Tejedor (art. 418), en el Capítulo X, *Fraudes y exacciones*, del Título 2º, *De los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos*, decía lo siguiente: “El empleado público que en los contratos en que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión de dos años e inhabilitación absoluta por cinco a diez años”⁹⁵³.

El Código Penal de 1886 repite el texto modificando, en parte, su redacción, pero conservando el concepto. Lo ubica en el Capítulo 9º, *Fraudes y exacciones*, del Título II, *De los delitos peculiares a empleados públicos*, como artículo 272: “El empleado público que en los contratos en que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión de uno a tres años e inhabilitación absoluta por cinco a diez años”⁹⁵⁴.

Finalmente, el proyecto de 1891 incluye esta figura en el último inciso de su artículo 209, tal como aparece el texto vigente. En la Exposición de Motivos, los autores fundamentan este precepto de la siguiente manera: “No admitiendo la división de delitos en públicos y privados, ni la agrupación particular de delitos peculiares a empleados públicos [...] porque todo delito afecta directa o indirectamente a la sociedad, y por consiguiente todos son delitos públicos, la clasificación del proyecto toma en cuenta la naturaleza del derecho lesionado y no la calidad de la víctima. Hemos, pues, extendido la disposición del artículo 272 del Código Penal, particular para el caso del empleado que defraude a la administración, a cualquiera que la defraudare, sólo que para este caso y para el anterior, como lo proyectamos para todos aquellos en que medie abuso de las funciones de un empleo público, a la pena principal se agrega la de inhabilitación”⁹⁵⁵. Como claramente se ve, la figura pasó a tomar un carácter distinto, adquiriendo relevancia

⁹⁵³ ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. I, Código Tejedor, p. 508.

⁹⁵⁴ ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. II, Código Penal de 1886, p. 258.

⁹⁵⁵ ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 438.

el titular de la propiedad lesionada. De los delitos caracterizados por el sujeto activo, el empleado público, y por ello ubicado en los textos anteriores dentro de las disposiciones referidas a los empleados públicos, el Código de 1891 lo coloca como caso especial de defraudación. La calidad del sujeto activo y su relación con el Estado deja de ser el núcleo del delito; sólo incide dicha calidad para imponerle, además de la pena de prisión, la de inhabilitación, ubicada en el último párrafo del artículo⁹⁵⁶.

Por consiguiente, la figura toma carácter de defraudación, actualmente ubicada como delito contra la propiedad, dentro de las figuras agravadas de estafas y defraudaciones contempladas en los artículos 172 y 173 del Código Penal cuando el sujeto pasivo es la administración pública.

2. *Tipo objetivo. Acción típica*

El tipo exige que el agente cometa un fraude: aquí, el fraude engloba indistintamente una defraudación, ya sea por estafa del artículo 172 y las existentes en el artículo 173, o por alguna otra forma de abuso de situación o abuso de confianza del artículo 173. La acción deberá contener los elementos típicos correspondientes a la defraudación de que se trate, aplicándose el agravante cuando el ofendido resulte ser la administración pública⁹⁵⁷.

La jurisprudencia ha sostenido que “la figura del Código Penal, artículo 174, inciso 5º, no describe por sí misma una conducta delictiva, sino que ella implica una agravación de las formas defraudatorias previstas en el Código Penal, artículos 172 y 173, en razón de la calidad de la persona afectada, por la cual toda incriminación que se formule es preciso que se efectúe con expresa remisión a la forma de fraude específico de que se trate”⁹⁵⁸. No resulta relevante, entonces, cuando

⁹⁵⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 405.

⁹⁵⁷ “El delito de fraude en perjuicio de administración pública, en cuanto forma agravada del delito de estafa, requiere, para su configuración, los mismos elementos exigidos por la figura principal; es decir, conducta fraudulenta o ardidosa, dirigida subjetivamente al fin de engañar” (CNFed.CCarr., sala I, 28-4-83, “Herrera, J.”, c. 17.685, J. P. B. A. 51-1216).

⁹⁵⁸ TOCr.Fed., 11-4-97, B. I. Nº 6, set/97, J. P. B. A. 101-144.

la propiedad del ente público es vulnerada, el origen del bien⁹⁵⁹ ni el tipo de actividad para la cual esté destinado⁹⁶⁰.

Para que la acción sea típica, basta con que el medio empleado sea eficaz para perjudicar a la administración pública⁹⁶¹.

Remitiendo a los antecedentes del tipo desarrollados ut supra, se expone claramente el giro rotundo que éste sufre: de una figura caracterizada por la calidad del sujeto activo y la defraudación que éste comete al Estado, pasa a ser una figura donde la agravante es en función de la figura del ofendido, es decir, la administración pública como titular del bien objeto del delito. Así es que, restándole ya importancia al sujeto activo, “para la configuración del tipo penal de que se trata, basta que se beneficie a un tercero o se cause daño a la entidad que se administra, no teniendo relevancia para el caso, que el funcionario trabajara sin cobrar sueldo alguno, que no se haya enriquecido y que para él no logró beneficio de algún tipo”⁹⁶².

Sin embargo el tipo penal exige el perjuicio.

Para hablar de fraude en perjuicio de la administración pública, el bien objeto de la defraudación debe pertenecer a la administración pública, ya sea nacional, provincial o municipal.

“En los delitos patrimoniales, el ofendido es el titular del patrimonio y además se la lesiona en su ámbito económico individual de acción, esto es, en los fines perseguidos con sus actos de disposición.

”Un daño patrimonial no se da sólo en la pérdida de un valor patrimonial, sino que la disminución del patrimonio solamente cons-

⁹⁵⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 406; CREUS, ob. cit., p. 548.

⁹⁶⁰ El agravamiento del fraude a una administración pública es relativamente independiente de la actividad a la que está destinado el bien sustraído. Esto significa decir que el implicado “ataque a la sociedad en general” no impide advertir la diferencia existente entre afectar, por ejemplo, el suministro de objetos para decorar oficinas y la prestación de servicios que hacen a la salud de los niños (CFed. de San Martín, sala II, 30-10-97, “Bragaña de Morillas, Lidia S. y otros”, D. J. del 7-10-98).

⁹⁶¹ CNCCorr., sala II, 10-3-81, “Roitman, Mauricio”, BCNCyC 981-IV-66. “La acción reprimida por el art. 174, inc. 5° del Cód. Pen. no requiere un engaño invencible ni *mise en scène* subyugante, pues basta que el medio empleado sea eficaz en el caso para perjudicar a la administración pública”.

⁹⁶² CCrim. 9ª Nom. de Córdoba, 23-12-97, “Barbaresi, Carlos y otros”, L. L. 1998-E-754 (40.768-S), L. L. 1998-503.

tituirá un daño patrimonial cuando el titular del patrimonio encuentre limitada o frustrada su finalidad en su ámbito de acción, aunque sea en pequeña medida”⁹⁶³.

El tipo exige el daño directo a la administración pública, como ofendida de la lesión a su patrimonio. De modo contrario, no se hablará de perjuicio si dicho patrimonio es perjudicado indirectamente por el acto defraudatorio⁹⁶⁴.

Ya hemos explicado que la lesión al patrimonio debe encontrarse integrada en función de los elementos constitutivos de la figura que en términos generales define el artículo 172 o las especiales que sin perjuicio de ella define el artículo 173 del citado Código⁹⁶⁵.

El elemento objetivo del tipo es el perjuicio efectivo, real, causado por el acto defraudatorio. Se trata de un delito de resultado, por lo tanto no admite el perjuicio potencial⁹⁶⁶.

⁹⁶³ El concurso cerrado para la obtención del mejor precio constituye la finalidad por la que se establece el sistema de compras por medio de licitaciones, de modo que en la especie, aun cuando la empresa estatal aceptara la oferta en apariencia más favorable, la circunstancia de que el resto de las licitaciones fueran simuladas por la maniobra llevada a cabo entre los funcionarios a cargo de las mismas y el oferente ganador, impidió al ente estatal optar por una mejor oferta configurándose así el perjuicio económico (CNFed.CCerr., sala I, 22-12-92, J. A. del 1-12-93).

⁹⁶⁴ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., p. 406; CREUS, ob. cit., p. 549.

⁹⁶⁵ CFed. de Resistencia, 6-7-82, J. A. 1983-I, síntesis; J. A. 1990-III.

⁹⁶⁶ Dadas las características operativas de la figura del “contra reembolso” —en la que la empresa estatal, por un precio, sólo facilita que particulares efectúen una operación comercial— no se ha producido, en el caso, el fraude en perjuicio de una administración pública previsto en el art. 174, inc. 5º, del Cód. Pen.; restando establecer si el omisivo proceder imputado tipifica la retención indebida de fondos a que hace referencia el art. 173, inc. 2º, del mismo cuerpo legal.

Esta norma requiere como elemento del tipo, que la *no restitución* a su debido tiempo de la cosa cause *efectivo* y no potencial *perjuicio*, aun cuando las constancias de la causa y del expediente administrativo agregado prueben acabadamente un proceder irregular del imputado, si bien demuestran que la suma retenida fue reintegrada a sus destinatarios (pues se procedió a liquidar a los respectivos remitentes los importes de los envíos contra reembolso) sin que se recibiera de aquéllos ninguna reclamación y se advierte la desprolijidad administrativa con que se efectuaban las operaciones en la oficina donde revistaba como empleado el procesado, el proceder del encartado podrá merecer reproche administrativo, pero no constituye delito al no haberse probado la existencia de uno de los elementos constitutivos del tipo penal (CFed., sala II, 5-3-92, “Vilches, C. A.”, c. 12.392, J. P. B. A. 79-162).

El delito se configura cuando se produce perjuicio patrimonial a la administración pública. Ello importa una lesión a la propiedad de algún organismo considerado como persona de Derecho Público⁹⁶⁷. En cambio Núñez sostiene, con fundamento, que sólo se dan los extremos del inciso 5° cuando el bien defraudado le pertenece, pero no cuando resulta damnificada indirectamente por la defraudación.

El concepto de administración pública contempla a toda entidad de carácter público, tanto sea por administración estatal directa, esto es, nacional, provincial o municipal⁹⁶⁸, o bien que sea una entidad autárquica⁹⁶⁹ dentro de la administración (administración estatal indirecta).

Quedan comprendidas en el tipo también aquellas entidades de

⁹⁶⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 406; CREUS, ob. cit., p. 548; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 159.

⁹⁶⁸ El Banco de la Ciudad de Buenos Aires debe ser considerado como un organismo de la administración pública, ya que los fondos que obtiene dicha institución a través de sus funciones pertenecen a la municipalidad y en consecuencia son públicos, perjudicando de esta manera el patrimonio de la administración (del voto del Dr. Palacios).

Además, basta con leer la Carta Orgánica del Banco de la Ciudad de Buenos Aires (decreto-ley 9372/63 y ley 19.642) para advertir que además de las operaciones comunes a la actividad bancaria cumple funciones de agente financiero de la municipalidad y recaudador de impuestos y tasas municipales, así como las de depositario de bienes muebles embargados, secuestrados o decomisados por orden judicial (del voto del Dr. Madariaga, al que adhirió el Dr. Rivarola) (CNCorr., sala II [def.], 22-2-80, "Brito, O.", c. 23.744, J. P. B. A. 41-8393, BCNCyC 980-V-86).

⁹⁶⁹ La defraudación es calificada (art. 174, inc. 5°, Cód. Pen.) si se cometió en perjuicio del Banco de la Provincia de Córdoba, entidad autárquica del Estado provincial, pues en este caso el titular del derecho de propiedad ofendido por la defraudación es la propia Provincia de Córdoba (CCCorr. de San Francisco, 8-9-78, "Mariani, Raúl A.", L. L. 1979-326).

"El instituto municipal de obras sociales es un organismo autárquico con personalidad de carácter público (art. 33, Cód. Civ. y art. 2°, ley 20.382), legitimado por esa condición como sujeto pasivo eventual del fraude específico que prevé el art. 175, inc. 4°, Cód. Pen., ya que este tipo agravado incluye también a la administración estatal indirecta (autárquica), con total prescindencia de la naturaleza u origen de su patrimonio y de la finalidad a que esté destinado" (CNCCorr., sala VII, 16-9-81, "Cabral, Olga R.", c. 1185, BCNCyC 981-X-214, J. P. B. A. 47-10.268). *Nota:* se confirmó la sentencia apelada, modificándose la calificación del delito (estafa) por la de fraude en perjuicio de la administración pública, mediante falsificación de documentos privados (arts. 54, 174, inc. 5° y 262, Cód. Pen.).

carácter público que se hayan constituido mediante la asociación económica del Estado con los particulares, debido a que la defraudación menoscaba también el patrimonio estatal⁹⁷⁰.

La jurisprudencia ha sostenido: “Es necesario distinguir entre las sociedades anónimas en que el Estado es simple tenedor de acciones aunque representen el 51% o más del capital, pero en cuya fundación no ha intervenido, y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria en cuya fundación ha mediado aquél en dicha proporción. Las primeras no modifican su condición jurídica, y ésta continúa rigiéndose por las disposiciones del Derecho común. Las segundas son sociedades del Estado que pueden someterse en su constitución y funcionamiento a las normas que regulan las sociedades anónimas, pero que en ningún caso pueden aceptar la incorporación de capitales privados. Este tipo de sociedades no admiten ser declaradas en quiebra y sólo mediante autorización legislativa podrá el Poder Ejecutivo Nacional resolver su liquidación (ley 20.705)”⁹⁷¹.

El perjuicio que sufra la propiedad de una persona de Derecho Privado no se subsume en el tipo, porque no adquiere el carácter de administración pública, por más que por ley o reglamento se le haya reconocido un interés público porque su finalidad sea de interés nacional o de orden público⁹⁷², por ejemplo, fundaciones.

También se ha dicho que “tampoco han de revestir de carácter de ‘administración pública’ aquellas sociedades que sufren una intervención judicial por una disposición de una ley nacional, cuyo interventor ha sido designado por el Poder Ejecutivo Nacional, dado que el patrimonio de la empresa sigue perteneciendo a sus originales propietarios. Para que corresponda tal calidad, hace falta más que una intervención judicial, esto es, la creación expresa del ente por acto estatal (ley o decreto) y la asignación de recursos de esa naturaleza”⁹⁷³.

⁹⁷⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 406.

⁹⁷¹ CNCCorr., sala VI (def.), 23-11-79, “Scotto, P.”, c. 5303, J. P. B. A. 67-7330 —así lo ha declarado la CSJN—, Fallos: 263:109 y L. L. 1975-C-391.

⁹⁷² NÚÑEZ, ob. cit., p. 406; CREUS, ob. cit., p. 548.

⁹⁷³ CFed. de Mendoza, 6-6-91, “Arizu SA c/Balaguer, A.”, c. 53.744, sent “A”, B.I. 2º trimes./91, J. P. B. A 79-F-200. Entonces —concluyó la sala— no es empresa del Estado ni ente autárquico alguno del mismo.

Además se dijo por los jueces que “corresponde confirmar la resolución que decreta la prisión preventiva, por la participación en la comisión del delito de administración infiel en perjuicio del patrimonio de la quiebra, de la ex magistrada que suspendió durante un año la realización de los bienes de la fallida, dispuso la venta directa de los inmuebles remanentes omitiendo toda publicación al respecto con la presentación de un solo oferente, aprobó todas las operaciones prácticamente en las mismas condiciones en que le eran ofrecidas, a precios sensiblemente inferiores a los reales y omitió establecer cláusulas de actualización por depreciación monetaria cuando se diferían los pagos en el tiempo, generando un lucro indebido a favor de los terceros adquirentes y un perjuicio patrimonial al Banco Central, principal acreedor privilegiado en el caso”⁹⁷⁴.

3. *Sujetos*

a) *Sujeto activo*

Puede ser cualquier persona, no obstante la aclaración de que la autoría es en función del tipo defraudatorio simple que se lleve a cabo⁹⁷⁵. Cabe recordar que en el caso de tratarse de un empleado público, según lo dispuesto en el último párrafo de este artículo, sufrirá además inhabilitación especial perpetua.

b) *Sujeto pasivo*

Explica Creus que en los casos de fraude, el tipo requiere que el sujeto pasivo sea una persona individual. Por lo tanto, el sujeto pasivo del delito puede ser distinto al ofendido por el fraude, o sea, la ad-

⁹⁷⁴ CFed. de San Martín, sala I, 24-9-96, “M., E.”, J. A. del 28-5-97.

⁹⁷⁵ El art. 174, inc. 5° en función del art. 173, inc. 7°, del Cód. Pen., requiere que el autor, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tenga a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios de una administración pública y que violando el deber de fidelidad quebrante los deberes de resguardo y administración asumidos. Ello, a fin de procurar para sí o terceros un lucro indebido o simplemente para causar un daño de naturaleza económica, consumándose con el perjuicio que proviene de la acción infiel del autor (CCCorr. de Río Tercero, 17-6-94, “Domínguez, Carlos O.”, L. L. C. 1995-825).

ministración pública. Sujeto pasivo puede serlo un empleado, un funcionario, o un particular, que por cualquier motivo se encuentre a cargo del bien defraudado perteneciente a la administración pública. En las defraudaciones por abuso de confianza o de situación, el sujeto pasivo puede coincidir con la figura del ofendido.

4. *Tipo subjetivo*

Para aplicar el agravante de este inciso, el dolo requiere que el agente conozca que el patrimonio contra el que atenta pertenece a la administración pública⁹⁷⁶.

Por lo tanto, si dicha titularidad no se conoce⁹⁷⁷, el delito quedará subsumido a la figura básica correspondiente de estafa u otra defraudación, o bien, en los incisos 1º, 3º y 4º del artículo 174.

5. *Consumación*

Como ya hemos expuesto, el tipo legal requiere daño directo, es decir, el objeto de la defraudación debe ser de propiedad de una administración. Significa que el perjuicio que concreta la consumación debe recaer sobre los bienes pertenecientes a dicha administración⁹⁷⁸.

El fraude en perjuicio de la administración pública se consuma

⁹⁷⁶ CREUS, ob. cit., p. 549.

⁹⁷⁷ Actúa en carácter de coautor del delito de defraudación calificada por administración fraudulenta (arts. 173, inc. 3º; 174, inc. 5º, y 45, Cód. Pen.) el funcionario público que firmó la concesión de un mutuo otorgado ilegalmente a una empresa con el ánimo específico de beneficiar a los integrantes de la misma, en perjuicio del banco que administraba. Solamente el directivo hubiera podido quedar excluido del delito, si se hubiera podido comprobar que *no* pudo *conocer* lo que firmaba y en consecuencia que no pudo saber que con el crédito que concedía sólo se beneficiaban sus tomadores y forzosamente *perjudicaba al banco*. No tiene relevancia para el caso, que el funcionario trabajara sin cobrar sueldo alguno, que no se haya enriquecido y que para él no logró beneficio de algún tipo, pues para la configuración del tipo penal de que se trata, basta que se beneficie a un tercero o se cause daño a la entidad que se administra (CCrim. 9ª Nom. de Córdoba, 23-12-97, "Barbatesi, Carlo y otros", L. L. 1998-E-754 [40.768-S], L. L. C. 1998-503).

⁹⁷⁸ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., p. 406; CREUS, ob. cit., p. 548.

en el momento que se lleva a cabo la efectiva disposición patrimonial perjudicial para la administración⁹⁷⁹.

La posterior restitución de lo defraudado no neutraliza el acto defraudatorio⁹⁸⁰, así como tampoco el resarcimiento posterior, pues la recepción y disponibilidad del objeto del fraude consuma el delito⁹⁸¹.

6. *Tentativa*

Quedará en grado de tentativa, aquella circunstancia donde se han ejecutado actos idóneos para causar daño a la víctima, pero el resultado no se produce por factores ajenos a su voluntad, pues el hecho de no haberse producido un perjuicio no es óbice que impida la aplicación de la citada figura, pues, el caso queda, al igual que cualquier otra estafa o defraudación, comprendida en el artículo 42 del Código Penal⁹⁸².

7. *Fraude fiscal*

Cabe realizar la diferenciación entre este tipo de fraude y las

⁹⁷⁹ “Si en las enajenaciones de inmuebles realizadas en el marco de un proceso de quiebra puede advertirse que el *momento consumativo* se da al aprobarse judicialmente cada una de las ventas con la consecuente suscripción del boleto respectivo, extremos perfectamente distinguibles por el tiempo, las causas originantes y demás circunstancias, cabe colegir la independencia de cada una de las operaciones, lo cual importa la existencia de reiteración delictiva, en los términos del art. 55, Cód. Pen., respecto del delito de administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública y no de delito continuado” (CFed. de San Martín, sala I, 24-9-96, “M., E.”, J. A. del 28-5-97).

⁹⁸⁰ C3^aCCorr. de Santiago del Estero, 30-6-76, “Caporaletti, Nicolás A. y otros”, J. A. 1977-I-192, 1990-III.

⁹⁸¹ CNCCorr., sala V (def.), 21-6-93, “Biaassoni, Luis C. y otros”, c. 29.632, sent. “V”, sec. 30. El caso citado consistió en fraguar un ticket a fin de hacerse entregar una cantidad de material mayor a la estipulada y pagada, donde mediante la entrega de un nuevo cheque se produce el resarcimiento posterior, logrando el sujeto activo la recepción y disponibilidad de los papeles en exceso.

⁹⁸² CNCCorr., sala VII (def.), 10-11-92, “Caci, Daniel S.”, c. 18.004, sent. “F”, sec. 11, B. J. 4-1992. “Queda comprendida dentro de los alcances del art. 174, inc. 5º del Cód. Pen. –defraudación a la administración pública–, la conducta de un policía que mediante la presentación de un certificado adulterado –sustitución del número de días de la licencia indicada– intentó, sin éxito, que se le retribuyeran los días que no trabajó en la repartición policial”.

defraudaciones impositivas. Los fraudes fiscales son reprimidos por una normativa propia y específica⁹⁸³, por lo que no quedan atrapadas en el inciso 5^o⁹⁸⁴.

Núñez distingue ambas figuras en cuanto que la defraudación del inciso 5^o es una privación fraudulenta o abusiva de lo que ya es propiedad de una administración pública, mientras que la defraudación impositiva es, en esencia, una omisión fraudulenta del deber de contribuir para la formación de las rentas públicas (la defraudación impositiva no se transforma en defraudación contra la administración pública por el hecho de que al cometerla se utilicen como medios delitos comunes, por ej., al falsificar documentos de obligación para disminuir los bienes sucesorios imponibles)⁹⁸⁵.

Recuérdese que actualmente el régimen penal tributario está regulado por la ley 24.769.

DEFRAUDACIONES ATENUADAS

Dice el artículo 175 del Código Penal⁹⁸⁶: “Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos:

”1^o El que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil.

”2^o El que se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito.

”3^o El que vendiere la prenda sobre que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella, sin las formalidades legales.

⁹⁸³ La acción de no ingresar dinero al Fisco mediante la utilización de formularios espurios para eludir el pago de la tasa correspondiente a un trámite realizado, no constituye el delito de defraudación a la administración pública por ser una conducta penalmente irrelevante, siendo su marco legal adecuado a la normativa que reprime los fraudes fiscales (CNCCorr., sala I, 19-6-85, “Ruiz, Eda”, J. P. B. A. 65-6193).

⁹⁸⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 407.

⁹⁸⁵ Ídem nota anterior.

⁹⁸⁶ Texto original vigente por ley 23.077, art. 1^o, y montos según ley 24.286.

”4º El acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco”.

Caracterización general

Los tipos penales previstos por el artículo 175 del Código Penal son defraudaciones atenuadas, caracterizadas por el modo de obrar del autor, pues éste, para delinquir, se vale de las especiales situaciones en que se encuentran la víctima o los objetos del delito.

En cambio, Fontán Balestra⁹⁸⁷ opina que, de los cuatro incisos del artículo, sólo los tres primeros se vinculan en algunos aspectos con las defraudaciones, en tanto que el inciso 4º se aleja ya mucho en sus características, no solamente de la defraudación, sino, también, del hurto.

I. Apropiación de cosa perdida o de tesoro

Artículo 175, inciso 1º⁹⁸⁸: “El que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil”.

1. Antecedentes

Esta disposición ya se encontraba en el proyecto Tejedor (en su art. 2º, inc. 9º, párr. 4º, Tít. VIII, Lib. I, Part. II), también en el proyecto de 1881 (en el art. 328, inc. 9º) y asimismo en el Código de 1886 (en su art. 203, inc. 9º); pero recién a partir del proyecto de 1906 (en el art. 191, inc. 1º) se usó la fórmula vigente, y finalmente fue el proyecto de 1891 (en su art. 212, inc. 1º) el que configuró el hecho como una defraudación atenuada.

2. Bien jurídico protegido. Ubicación metodológica

El delito de la apropiación de la cosa perdida o del tesoro ha sido

⁹⁸⁷ Ob. cit., párr. 124.

⁹⁸⁸ Texto original vigente por ley 23.077, art. 1º, y montos según ley 24.286.

usualmente colocado por los códigos entre los delitos contra la propiedad, pero no siempre lo ha sido entre las defraudaciones o las apropiaciones indebidas.

Entre nosotros, a pesar de que el Código Civil (art. 2539), inspirado en la doctrina francesa, dice que comete hurto el que se apropiare de las cosas que hallare y no procediese según las disposiciones de los artículos anteriores, la legislación penal sucesivamente vigente en el país, y los preceptos anteriores al Código en vigor, siempre han considerado el delito como una defraudación.

Así lo hicieron también los proyectos de Coll y Gómez (art. 229, inc. 1º), y de 1951 (art. 249, inc. 1º), los cuales incluso mantienen el delito como defraudación menos grave. En cambio, en los proyectos de Peco (art. 146), y de 1960 (art. 222, inc. 1º), se lo colocó en el capítulo de las apropiaciones indebidas.

3. Tipo objetivo

Objetos del delito pueden ser tanto la “cosa perdida” como “el tesoro”.

a) Cosa perdida

Cosa perdida es un bien mueble, ajeno, cualquiera que sea su especie, y dotado de valor económico. Éste no debe haber sido abandonado. El artículo 2526 del Código Civil nos dice: “Son cosas abandonadas por el dueño aquellas de cuya posesión se desprende materialmente, con la mira de no continuar en el dominio de ellas”, y el artículo 2530, a su vez, dice que el valor de una cosa es lo que determinará si una cosa está perdida o abandonada.

Los bienes inmuebles quedan excluidos, como así también las cosas sin dueño *—res nullius—* y las cosas abandonadas *—res derelictæ—*.

Para determinar cuándo una cosa está “perdida” puede recurrirse tanto a un criterio objetivo, subjetivo, o bien, a un criterio mixto.

Dice Núñez⁹⁸⁹ que la utilización del criterio subjetivo, que han seguido Carrara y Soler⁹⁹⁰, está basado en el ánimo del autor. Éste

⁹⁸⁹ Ob. cit., p. 411.

⁹⁹⁰ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, ps. 460 y ss., párr. 121.

sería el correcto, si la norma exigiera ese conocimiento como elemento subjetivo (así, si el artículo dijera, por ej.: “a sabiendas de que se encontraba perdido”); pero como ello no es así, aparece como más acertado el criterio objetivo, basado en que la cosa perdida se encuentre fuera de la esfera de disponibilidad de alguna persona, y que no sea poseída por nadie. Siguen esta última postura, Núñez⁹⁹¹, Ure⁹⁹², Sancinetti⁹⁹³ y Buompadre⁹⁹⁴. Y el criterio mixto, por último, combina un poco de los dos criterios anteriores, y ha sido sostenido a su vez por Fontán Balestra⁹⁹⁵ y Laje Anaya⁹⁹⁶.

La pérdida puede deberse indistintamente a un olvido o descuido del tenedor o dueño, a un acto realizado por su necesidad, o aun sin ella, pero siempre sin intención de abandonarla. Puede ser también cosa perdida, la dejada o abandonada por el ladrón.

Goldstein⁹⁹⁷, en una definición más específica, exige que la pérdida se deba a un hecho involuntario y que el poseedor ignore dónde se encuentra la cosa.

Dice Núñez⁹⁹⁸ que no es inherente al concepto de la cosa perdida que ésta se encuentre fuera de todo ámbito material de pertenencia privada (como sería por ej., en la calle pública), pues también podría estar en un lugar de propiedad privada que no implicara un ámbito material de tenencia (como por ej., si alguien deja una pertenencia en un cuarto de baño de uso común de un hotel o, también, en el automóvil que maneja el chofer de la casa). Lo que sí excluye la condición de pérdida de la cosa es que alguien la tome para sí, ya sea que quiera o no apropiársela. A los fines de interpretar el inciso 1º del artículo 175, y determinar si una cosa se halla perdida o no, es preciso analizar

⁹⁹¹ Ob. cit., p. 411.

⁹⁹² URE, *Once nuevos delitos* cit., p. 123.

⁹⁹³ SANCINETTI, Marcelo A., *La apropiación de cosa perdida como hurto atenuado*, en *Doctrina Penal* 1984-304.

⁹⁹⁴ Ob. cit., p. 202.

⁹⁹⁵ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial* cit., t. VI, ps. 149 y ss.

⁹⁹⁶ LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal. Parte especial* cit., p. 163.

⁹⁹⁷ GOLDSTEIN, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XIII, p. 628, cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 411, nota 11.

⁹⁹⁸ Ob. cit., ps. 411/2.

la verdadera situación material del objeto en cuestión. Así, cita otros ejemplos Núñez cuando dice que se consideró cosa perdida la dejada en un lugar de acceso público para gastarle una broma al que la halló⁹⁹⁸⁻¹.

b) *Tesoro*

Tesoro, según el artículo 2551 del Código Civil, es “todo objeto que no tiene dueño conocido, y que está oculto o enterrado en un inmueble, sea de creación antigua o reciente, con excepción de los objetos que se encuentren en los sepulcros, o en los lugares públicos, destinados a la sepultura de los muertos”.

Ahora bien, no todo el tesoro puede ser objeto de una apropiación indebida, sino sólo la mitad del tesoro encontrado casualmente. Así lo indica el Código Civil, cuando dice en su artículo 2561, primera parte: “El derecho del descubridor del tesoro no puede ser invocado sino respecto de los tesoros encontrados casualmente...”, y asimismo en su artículo 2563: “Tiene también derecho a la mitad del tesoro hallado, el que emprendiese trabajos en predio ajeno, sin consentimiento del propietario, con otro objeto que el de buscar un tesoro”⁹⁹⁸⁻².

⁹⁹⁸⁻¹ En este sentido, son de aplicación las siguientes normas del Código Civil:

Art. 2450: “Mientras haya esperanza probable de encontrar una cosa perdida, la posesión se conserva por la simple voluntad”.

Art. 2454: “Se pierde también la posesión cuando el poseedor, siendo persona capaz, haga abandono voluntario de la cosa con intención de no poseerla en adelante”.

Art. 2457: “La posesión se pierde por la pérdida de la cosa sin esperanza probable de encontrarla. Sin embargo, la posesión no se pierde mientras la cosa no haya sido sacada del lugar en que el poseedor la guardó, aunque él no recuerde dónde la puso, sea ésta heredad ajena, o heredad propia”.

Art. 2525: “La aprehensión de las cosas muebles sin dueño, o abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir con el ánimo de apropiárselas, es un título para adquirir el dominio de ellas”.

Art. 2531: “El que hallare una cosa perdida, no está obligado a tomarla; pero si lo hiciere, carga mientras la tuviere en su poder, con las obligaciones del depositario que recibe una recompensa por sus cuidados”.

⁹⁹⁸⁻² Las restantes disposiciones del Código Civil relativas al hallazgo de tesoros, a que se refiere el tipo penal del art. 175, inciso 1º, son el art. 2556 del mismo cuerpo legal: “El que halle un tesoro en predio ajeno, es dueño de la mitad de él. La otra mitad corresponde al propietario del predio”.

El art. 2554 del Cód. Civ. indica cuándo una persona es descubridor del tesoro:

4. *Acción típica*

La acción típica en este delito es la apropiación. La apropiación también abarca a la negativa a restituir⁹⁹⁸⁻³.

Ahora bien, sólo comete este delito quien se apropia de la cosa perdida o del tesoro. Así, no delinque el que sólo toma la cosa perdida o el tesoro, y no se apropia de ella, y tampoco delinque el que una vez hallado éste, no cumple con lo que indica la ley civil y luego abandona la cosa, o no le avisa al dueño de lo que ha hallado; pues siempre es necesario que exista apropiación.

Apropiarse, pues, significa adueñarse de la cosa. Venderla, donarla, convertirla o modificarla en su provecho, son formas de apropiación.

“Repútese descubridor del tesoro al primero que lo haga visible, aunque sea en parte, y aunque no tome posesión de él ni reconozca que es un tesoro, y aunque haya otros que trabajen con él”. El art. 2555 del Cód. Civ.: “Si en el mismo lugar, o inmediato a él, hubiese otro tesoro, el descubridor será el que primero lo hiciere visible”.

Art. 2532 del Cód. Civ.: “Si el que halla la cosa conoce o hubiese podido conocer quién era el dueño, debe inmediatamente darle noticia de ella; y si no lo hiciere, no tiene derecho a ninguna recompensa, aunque hubiese sido ofrecida por el propietario, ni a ninguna compensación por su trabajo, ni por los costos que hubiese hecho”.

El art. 2559 del Cód. Civ. regula la situación del tercero que no es poseedor imperfecto del fundo en donde se halle el tesoro: “Si un tercero que no es poseedor imperfecto halla el tesoro, le corresponderá la mitad, y la otra mitad al propietario”.

También, si se trata de un poseedor imperfecto el art. 2558 del Cód. Civ. regula: “Si es poseedor imperfecto, como usufructuario, usuario, con derecho real de habitación, o acreedor anticresista, la mitad corresponderá al que hallare el tesoro, y la otra mitad al propietario”.

En el caso de que el tesoro haya sido encontrado por un coposeedor del fundo, prevé el art. 2557 del Cód. Civ.: “Si sólo es coposeedor, hará suyo por mitad el tesoro que hallare, y la otra mitad se dividirá entre todos los coposeedores, según su porción en la posesión”.

En el caso de tratarse de una persona no encargada por el dueño de su búsqueda, la solución la aporta el art. 2561, segunda parte del Cód. Civ.: “...Tampoco puede ser invocado por el obrero al cual el propietario del predio le hubiese encargado hacer excavaciones buscando un tesoro, ni por otros que lo hicieren sin autorización del propietario. En estos casos, el tesoro hallado pertenece a este último”, complementado por el art. 2562, que dice: “El obrero, que trabajando en un fundo ajeno encontrare un tesoro, tiene derecho a la mitad de él, aunque el propietario le hubiere anunciado la posibilidad de hallar un tesoro”.

⁹⁹⁸⁻³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 414.

El destruir la cosa, o el negar tener la cosa frente a su reclamo, también son formas de apropiación. El permanecer un tiempo mayor al normal o indefinidamente en posesión de la cosa sin actuar de acuerdo a la ley civil, tácitamente implica una forma de apropiación, aun cuando no se haya usado ni aprovechado de ella⁹⁹⁸⁻⁴.

No hay que confundir la mera inobservancia de las leyes civiles con el acto de apropiación. Sólo cuando opera este último, la acción será punible penalmente.

Buompadre⁹⁹⁹ dice que el acto de apropiación debe estar referido a: 1º) una cosa mueble ajena, que el autor ha encontrado perdida y no ha observado las prescripciones del Código Civil, y 2º) a la parte de un tesoro que pertenece al propietario del fundo, sin observar las prescripciones del Código Civil.

5. *Sujetos activo y pasivo*

Sólo pueden ser autores del delito:

- Quienes hallaren la cosa perdida, o
- quienes descubran el tesoro en un fundo total o parcialmente ajeno.

Serán sujetos pasivos quienes sean propietarios de la cosa perdida, o del fundo en donde se hallare el tesoro; del mismo modo los poseedores.

6. *Tipo subjetivo*

Esta figura es posible sólo a título de dolo.

El dolo requerirá que el autor conozca que se trata de una cosa perdida o bien que la mitad del tesoro encontrado no le pertenece y que, desde ese conocimiento, quiera apropiarse de la cosa.

También es admisible el dolo eventual en cuanto el autor vea como probables las circunstancias del tipo objetivo y las acepte. En cambio, si el autor cree que es cierta la apropiación, se estará frente a las reglas del error de prohibición.

⁹⁹⁸⁻⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 415.

⁹⁹⁹ BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte especial*, Mario Viera Editor, Buenos Aires, 2000, t. 2, p. 199.

El error elimina el dolo, tanto si es vencible o invencible, y no queda remanente culposo, que no es típico.

7. *Consumación y tentativa*

Para Núñez es un delito formal e instantáneo, aunque sin dar mayores explicaciones. Dado que se exige la apropiación, es obvio que se trata de un delito de resultado, con lo cual la tentativa es posible.

Se consuma cuando la apropiación tiene lugar.

Núñez¹⁰⁰⁰ y Creus¹⁰⁰¹ admiten la tentativa. Este último cita como ejemplo la disimulación de la cosa en el lugar del hallazgo o descubrimiento con el fin de disponer inmediatamente de ella, que se frustra por causas ajenas a la voluntad del agente (apoderamiento por un tercero extraño).

8. *Similitudes y diferencias con el hurto*

La figura que más se asemeja en su esencia al delito en estudio es la contemplada en el artículo 162 del Código Penal: el delito de hurto.

Núñez¹⁰⁰² comenta que en el delito del artículo 162 del Código Penal, la forma en que se lesiona la propiedad ajena es a través de la privación de la tenencia de la cosa a su dueño.

Ahora bien, en el caso del delito en estudio, el objeto del delito no está bajo la tenencia de la víctima (justamente por estar perdido u oculto), en consecuencia, el que se apropia de ellos no comete hurto –pues no podría privar a la víctima de la tenencia de que no goza– por lo que cometería una defraudación.

En este tipo penal de la defraudación por apropiación de cosa perdida, no se está privando en realidad a la víctima del dominio de la cosa o del tesoro; lo que en verdad tiene lugar, es la afectación de la posibilidad de que la cosa o el tesoro perdido le sean devueltos a su dueño, tenedor o poseedor.

¹⁰⁰⁰ Ob. cit., p. 417.

¹⁰⁰¹ Ob. cit., párr. 1260.

¹⁰⁰² Ob. cit., p. 410.

En esta defraudación, el autor aprovecha el haber encontrado la cosa, acabando con los derechos que le corresponden a su verdadero tenedor o propietario.

Molinario¹⁰⁰³ explica concordantemente que la apropiación de una cosa perdida puede aparecérsenos como un delito de hurto, si media el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena. Pero que no obstante ello, la ley considera tal apropiación como una forma atenuada del delito de defraudación. Que la solución de nuestro Código parte de la consideración de que en este supuesto no existe ataque alguno a la posesión del dueño de la cosa perdida, como acontece en los casos de hurto. En efecto, la posesión de una cosa perdida es más virtual que real: el dueño de esa cosa conserva su posesión “sólo ánimo”, no pudiendo ejercer sobre ella ninguna de las facultades inherentes al dominio. En consecuencia, tal posesión no se concreta en una objetividad material y la apropiación de la cosa no importaría, por lo tanto, ningún ataque material a la posesión, susceptible de constituir el elemento objetivo de un delito de hurto.

Y para reafirmar la solución a que arriba nuestro Código, la ley civil establece que quien hallare una cosa pérdida no está obligado a tomarla, pero, si la toma, asumirá la condición de depositario de la misma. Y aquí aparece –dice Molinario con acierto– el fundamento de la calificación legal de la apropiación de cosas perdidas. Quien halló la cosa, al tomarla se convirtió en depositario y al apropiarse, después, indebidamente de ella, se hizo depositario infiel y, por ende, defraudador.

Ahora bien, para Creus habría hurto en los siguientes casos: cuando un tercero buscara por el propietario de la cosa perdida, o por el dueño del predio donde el tesoro se hallare, y si se apoderare de ellos una vez localizados. En ese caso, sí la acción penal encuadraría en el artículo 162 del Código Penal, ya que esa localización hace entrar la cosa en la tenencia de aquél. No entra en este tipo, pues –según Creus–, la actividad del que se apropia de la cosa hallada por un tercero¹⁰⁰⁴.

Dice Fontán Balestra¹⁰⁰⁵ que la norma tiende a proteger un doble

¹⁰⁰³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., t. 2, p. 462.

¹⁰⁰⁴ CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, párr. 1257.

¹⁰⁰⁵ Ob. cit., p. 151, párr. 124, I, 2.

derecho: cuando se trata de la cosa perdida, se tutela el derecho de dominio, posesión o tenencia de quien la perdió y de que le sea restituida, y cuando se trata de un tesoro encontrado, el derecho del propietario o poseedor del predio a que le sea entregada la parte que le corresponde. Así vistas las cosas, parece difícil situar la figura dentro de la idea general del hurto, puesto que el autor no desapodera al tenedor en ninguno de los dos supuestos.

En efecto la doctrina coincide en la aprobación de la naturaleza defraudatoria del tipo penal del artículo 175, inciso 1º, del Código Penal, mayoría a la cual adherimos.

JURISPRUDENCIA

1. *Bien jurídico protegido. Ubicación metodológica*

La apropiación indebida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.) ofende no la tenencia de una cosa mueble, sino el derecho que el legítimo dueño tiene de que la misma le sea restituida. Así, quien se apropia de la cosa perdida no hurta porque no la sustrae de la tenencia ajena, sino que defrauda, ya que abusando de la situación de hallador frustra las esperanzas legales del legítimo dueño.

CApel. de Concordia, Sala Penal, 6-11-89, "F., H. R.", J. A. 1994-II, síntesis

Tipo objetivo

Cosa perdida

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que calificó al delito como apropiación indebida menor (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.) pues importa una grosera contradicción con la lógica más elemental y el sentido común sostener que el automotor del que se apoderaron los acusados "era o aparentaba ser" cosa perdida para su dueño.

CSJN, 10-11-88, "Irigoyen, Marcelo y otro", J. A. 1988-IV-538

La conducta de quienes intentan apoderarse o se apoderan de alguna pieza de un automotor abandonado en la vía pública por otro debe

ser encuadrada en la figura descripta por el artículo 175, inciso 1º, del Código Penal por tratarse de una cosa perdida por su dueño.

CCCorr. de San Martín, sala I, 11-7-91, "Incidente de competencia entre Juzg. Crim. Nº 7 y Juzg. Corr. Nº 1", c. 39.775, J. A. 1992-IV, síntesis

Si de la descripción que la Cámara efectuó del hecho resulta que la apropiación se produjo respecto de un automotor que había sido sustraído, es decir, que existió un apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble totalmente ajena, no es aplicable el artículo 175, inciso 1º pues concurren todos los elementos propios del hurto (calificado por el objeto), el que no es desplazado mediante la relación de especialidad. Ello es así porque el concepto de cosa perdida es (en el art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.) un elemento normativo del tipo –incluso en su última parte aparece explícita la relación con la ley civil– y equivale, aproximadamente, al concepto de cosa extraviada, pero originariamente extraviada, de manera que es irrelevante lo que haya ocurrido a partir de la sustracción del automotor y hasta su hallazgo por el procesado.

SCJBA, 14-12-93, "Fasciolo, Pablo D. y otro", P. 46.511, J. A. 1994-III-149

El Código Civil llama cosa perdida a la que un sujeto recoge sabiendo quién es el propietario (art. 2532) y por el acto de aprehensión asume voluntariamente una obligación que no tenía antes de recogerla (art. 2531) apareciendo allí la infracción sancionable penalmente (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.): por el incumplimiento de las obligaciones que emergen del puro acto de aprehensión, la que debe concurrir en forma material con la estafa realizada por medio de esa cosa –tarjeta de crédito– (del voto del Dr. González Palazzo).

Una tarjeta de crédito tiene valor intrínseco, porque para su titular representa un costo de obtención y otro de renovación, constituyendo un elemento susceptible de ser apropiado, por lo que la apropiación concurre realmente con la estafa (del voto del Dr. González). Disidencia del doctor Elbert: "Las normas civiles de aplicación al caso requieren la existencia de un bien con valor intrínseco para que se materialice la afectación de un bien jurídico –la propiedad

del sujeto pasivo—, valor que no tiene la tarjeta de crédito ya que no puede obtenerse beneficio alguno mediante su venta, trueque u otra forma de transacción comercial pues el titular obtiene una rápida reposición del documento con una simple solicitud y el anterior queda invalidado, no habiendo otra forma de sacarle provecho como no sea intentar usar la tarjeta ajena de modo fraudulento, estando en este caso el sujeto activo incurso en una figura superior, que absorbe necesariamente toda conducta delictiva menor, empleada como medio, sin la cual la modalidad estafatoria no habría podido realizarse”.

CNCCorr., sala VI, 30-6-94, “Duarte, Sandra”

El delito de apropiación de cosa perdida requiere que el depositario se adueñe de la cosa, pues la ley civil (arts. 2531 y conscs., Cód. Civ.) convierte, a quien la halla, en un depositario con obligación de restituirla al dueño o entregarla a la autoridad, con lo que, no habiéndose concretado la apropiación, se trataría de una mera tenencia no punible penalmente.

CNCCorr., sala V [def.]—Navarro, Donna, Bonorino Peró—, 19-4-93, “Ávalos, Miguel A.”, c. 31.362, sent. “D”, sec. 7

Objeto del delito: automotores

Comete este delito —y no los de hurto o robo— el que se apropia de un vehículo sustraído y luego dejado definitivamente en la vía pública. En disidencia, opinando que el hecho debe considerarse como hurto o robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública (arts. 163, inc. 6º y 167, inc. 4º, Cód. Pen.) y no como infracción al artículo 175, inciso 1º, porque en esas condiciones el vehículo no era cosa perdida ni abandonada (voto del Dr. Martínez).

CNCCorr., 28-10-83, “González, Adrián M.”, J. A. 1983-IV-303

Si de la descripción que la Cámara efectuó del hecho resulta que la apropiación se produjo respecto de un automotor que había sido sustraído, es decir que existió un apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble totalmente ajena, no es aplicable el artículo 175, inciso 11 pues concurren todos los elementos propios del hurto (calificado

por el objeto), el que no es desplazado mediante la relación de especialidad. Ello es así porque el concepto de cosa perdida es, en el artículo 175, inciso 11, del Código Penal, un elemento normativo del tipo –incluso en su última parte aparece explícita la relación con la ley civil– y equivale, aproximadamente, al concepto de cosa extraviada, de manera que es irrelevante lo que haya ocurrido a partir de la sustracción del automotor y hasta su hallazgo por el procesado.

SCJBA, 14-12-93, “N. s/Robo agravado, secuestro extorsivo, homicidio agravado”, BA B62568

La conducta de quienes fueron aprehendidos por personal policial mientras circulaban en un vehículo que había sido sustraído días antes, debe calificarse como hurto de automotor, toda vez que, no obstante la existencia del plenario “González, Adrián M.” –dejado de lado por la CSJN a través de la doctrina que viene sentando en estos casos–, insistir en el criterio de que los automotores integran aquellas cosas que pueden ser objeto de la apropiación incriminada por el artículo 175, inciso 1º, del Código Penal traería aparejado un injustificado desgaste jurisdiccional que afectaría el debido servicio de justicia.

CNCCorr., sala VII, 22-12-93, “Herrera, Adrián E. y otro”

Quien se apodera de un automóvil sustraído anteriormente a su dueño y dejado en la vía pública, comete el delito de hurto y no el de apropiación menor del artículo 175, inciso 11, del Código Penal, pues sólo el dueño puede abandonar la cosa, dado que en las figuras contra el patrimonio, posee o detenta la cosa mal habida quien la detenta materialmente, habiendo perdido en consecuencia vigencia la doctrina del plenario “González, Adrián” (del voto del Dr. Bonorino Peró al que adhirió el Dr. Tozzini).

Disidencia del doctor Costa: “Tanto en la causa ‘Novoa, R.’, N° 790 (8-3-88), cuanto en la N° 30.921, ‘Dalmaud, Héctor E.’, (9-9-86), sostuve un punto de vista diferente al de los colegas que propugnan la condena de G. en calidad de autor de hurto simple en grado de tentativa. Coincidió entonces con la tesis explicitada en el fallo plenario ‘González, A.’, que aunque inaplicable al caso que nos ocupa por versar sobre una normativa diferente (la motocicleta

no es un automotor en el sentido de la ley) resulta válida para sustentar el encuadramiento típico fijado por el señor juez a quo. A esa postura me remito en abono de lo dicho aquí”.

CNCCorr., sala I, 19-4-88, “González, L.”

a) Toda vez que conforme el criterio de nuestro más alto tribunal, los automóviles no integran aquellas cosas que pueden ser objeto de la apropiación que incrimina el artículo 175, inciso 11, del Código Penal, aun cuando esta Cámara sostuviera el criterio inverso en fallo plenario, seguir insistiendo en tal postura traería aparejado un desgaste jurisdiccional injustificado que afectaría necesariamente el debido servicio de justicia y el derecho de todo justiciable a que “la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal, se aleje de la manera más rápida posible”. b) No corresponde aplicar el fallo plenario “González, Adrián”, en la inteligencia de que la CSJN a través de sus decisiones, ha abrogado implícitamente dicho plenario.

Disidencia del doctor Navarro: No procede aplicar el plenario “González” al caso del automóvil que su dueño dejó estacionado en lugar que no logra ubicar, pues está fuera de la hipótesis de dicho fallo.

CNCCorr., sala VII, 30-4-92, “Torres, Rubeldo”

Sustracción de automóvil abandonado, el que había sido anteriormente sustraído y dejado en la vía pública

La conducta del procesado, que se apoderó de un automóvil, el que había sido previamente sustraído a su propietario y dejado en la vía pública, constituye el delito de hurto calificado (art. 163, inc. 6º, Cód. Pen.) y no el de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.).

CNCCorr., sala IV, 11-11-80, “González, Adrián”

Corresponde procesar al imputado en orden al delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.) si sustrajo autopartes de un vehículo que pensaron abandonado, sin poder soslayar que los elementos incautados en poder de los imputados resultaron cosas

muebles perdidas para su dueño, con valor económico y que salieron involuntariamente de su tenencia.

CNCCorr., sala I, 24-6-98, "Arias, Adrián A.", J. A. 2000-III, síntesis

Surgiendo de manera inequívoca que el automóvil del cual se apoderara el imputado, había sido objeto de una anterior sustracción, no se advierte la realización de ninguna acción tendiente a desapoderar a la víctima, condición exigida por el artículo 162 del Código Penal, ya que tales bienes se hallaban fuera de la órbita de custodia del dueño por lo que resultaban perdidos para éste, debiéndose calificar el hecho como apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 11, Cód. Pen.).

CNCCorr., sala II, 6-3-92, "Varela, Jorge A."

No es posible desapoderar algo ya desapoderado previamente, ya sacado con anterioridad de la esfera de custodia de su dueño o eventual tenedor, por lo que el automóvil que fuera objeto de apropiación –luego de haber sido sacado de la esfera de custodia del dueño por una anterior sustracción–, revestía calidad de cosa perdida para éste, debiendo calificarse el hecho como apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 11, Cód. Pen.).

Disidencia de la doctora Argibay: Quien se apodera de un automotor, aunque éste haya sido objeto de un despojo previo, comete también un apoderamiento típico, que encuadra en la figura del artículo 162 del Código Penal en su relación con el artículo 38 del decreto-ley 6582/58.

CNCCorr., sala VI, 24-12-91, "Taboada, F. E."

Los automotores no integran aquellas cosas que pueden ser objeto de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.).

CNCCorr., sala VII, 30-4-92, "Torres, Rubeldo". J. A. 1992-IV, síntesis

El apoderamiento del vehículo, previamente substraído a su dueño por personas ignoradas, quienes lo dejaron en el lugar en que el procesado lo encontrara, no configura el delito de hurto calificado,

sino el de defraudación (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.); ya que para su propietario, desde que el automóvil le fuera sustraído, revestía la calidad de cosa perdida.

CNCCorr., sala I, 9-11-82, “Vicente, Daniel A.”

La sustracción de vehículo en la vía pública, que anteriormente había sido sustraído a su dueño, configura el delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 11, Cód. Pen.), por cuanto la apropiación recayó sobre una cosa perdida.

Disidencia parcial del doctor Andergreen: “...El acusado sustrajo el vehículo dejado en la vía pública, es decir, con el dolo propio del tipo descrito en el artículo 163, inciso 6º, del Código Penal y no con el dolo típico de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 11, Cód. Pen.). Para que esto ocurriera habría sido necesario que el procesado supiera que el automóvil había sido hurtado a su dueño y luego abandonado [...] Ahora bien, si está claro que el encausado actuó con el dolo del hurto y no con el de la apropiación de cosa perdida, no lo está que haya cometido hurto de vehículo dejado en la vía pública, por cuanto objetivamente la cosa estaba perdida para su dueño [...] En consecuencia, pues, el hurto del artículo 163, inciso 6º del Código Penal fue imposible (art. 44, últ. párrafo, Cód. Pen.)”.

CNCCorr., sala VI, 17-3-83, “Marín, R. O.”

Tipo subjetivo

No configura el delito de apropiación de cosa habida por caso fortuito, el accionar del procesado que no devolvió a la pasajera el bulto que había dejado en el taxi, por no haberse demostrado el ánimo de “apropiarse”. La demora de doce (12) días en devolver los efectos en que el encausado incurrió, pudo constituir una falta civil, al no darse rápidamente cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 2534 del Código Civil, pero no importa por sí solo la comisión del delito previsto en el artículo 175, inciso 1º, del Código Penal, el cual requiere además del incumplimiento de dicha norma, el ánimo de apropiarse, circunstancia no demostrada en el caso de autos.

CNCCorr., sala II, 15-11-83, “Cavalcante, Roberto”

Encuadra en el artículo 175, inciso 1º, del Código Penal, la conducta de quien se adueña de la cosa, pero no si luego de tomarla cumple lo establecido por la ley civil o la abandona sin hacerlo. Por cuanto no se acreditó en el caso de autos que a los procesados los hubiera guiado un claro, definido o inequívoco propósito de apropiación, deben aceptarse los dichos de aquéllos en el sentido de que se trataba de una broma juvenil, afirmación no desdeñable en personas que gozan de un excelente concepto vecinal y carecen de todo antecedente.

CNCCorr., sala II, 16-12-82, "Montepeloso, Carlos"

No habiéndose demostrado que el procesado obró con dolo de apoderamiento, debe concluirse que la conducta de aquel —conductor de una taxímetro— que se apropió de efectos dejados por la pasajera, configura el delito de defraudación por apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 11, Cód. Pen.) y no el de hurto.

CNCCorr., sala I, 26-7-84, "Correa, Raúl"

Configura el delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 11, Cód. Pen.) la conducta de quien habiendo encontrado un valioso reloj en un partido de fútbol, se quedó con él a la espera de que alguien se lo reclamara, y pasado un tiempo comenzó a usarlo para sí. En efecto, aun cuando el procesado ignorara el texto literal de los artículos 2551 y siguientes del Código Civil, no dejó de intuir la ilicitud de su proceder en actitud que, aunque haya sido dubitativa, resultó equivalente a la dolosa; pues en materia de culpabilidad ese estado equivale a la ciencia, y por otra parte que tal fue el ánimo del procesado resulta indubitable, como que esperó a que le fuera reclamado el reloj; poniendo a las claras su proceder reprochable, ya que actuó con el único manifiesto de quedarse indebidamente con lo ajeno.

CNCCorr., sala II, 28-2-80, "Núñez, Hugo"

Error

Corresponde absolver al imputado, por aplicación del principio de la duda en su favor, si no se logró probar los extremos de que el mismo

conocía la obligación de reportar el hallazgo o incumplió por error las prescripciones civiles sobre cosas perdidas, lo que impide atribuir dolo a su conducta, en tanto, la ignorancia o error sobre aquéllas, al referirse a reglas de Derecho Civil que contribuyen a estructurar el tipo previsto en el inciso 1º del artículo 175, del Código Penal, son admisibles al recaer sobre normas de Derecho extrapenal.

CPen. de Santa Fe, sala III, 20-5-97, “Lugo, José L.”, J. A. 1998-II-260

Se configura un error de tipo si el autor creyó estar hurtando un elemento que en realidad había sido hurtado previamente y estaba perdido por su dueño. Por lo tanto, el dolo del encausado estuvo afectado y debe considerarse desplazada la tipicidad del artículo 162 por haber estado viciado el elemento subjetivo. Tampoco puede desplazarse el encuadre a la figura del artículo 175, inciso 1º, del Código Penal, porque el imputado no tuvo la posibilidad de conocer que la cosa estaba perdida, y no actuó creyendo haber encontrado algo de esas características; sólo pudiendo resolverse declarando atípica la conducta y absolviendo al imputado (del voto del Dr. Elbert, por la minoría).

CNCCorr., sala VI, 19-11-96, “Machado, C.”, J. A. 1998-I, síntesis

Consumación y tentativa

El delito del artículo 175, inciso 1º, del Código Penal no queda consumado por el simple hallazgo de una cosa ajena, sino que para ello se requiere una voluntad inequívoca de apropiación, lo cual se materializa cuando tras haberse verificado el encuentro el autor deja de concurrir al juez más inmediato o a la policía, a fin de que la autoridad la restituya a su dueño previa identificación del mismo.

CNCCorr., sala VI, 5-5-81, “Kuperman, Federico”, J. A. 1982-I-334

La apropiación de una cédula de identidad hallada en un taxímetro, configura el delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.). El delito del artículo 175, inciso 1º, del Código Penal no queda consumado por el simple hallazgo de una cosa

ajena sino que para ello se requiere una voluntad inequívoca de apropiación, lo cual se materializa cuando tras de haberse verificado el encuentro, el autor deja de concurrir al juez más inmediato o a la policía, a fin de que la autoridad la restituya a su dueño previa identificación del mismo (arts. 2531, 2532, 2534, Cód. Civ.). La cédula de identidad, además de tener un valor jurídico, es factible de ser apreciada patrimonialmente. No interesa que dicha documentación haya sido falsificada o adulterada, pues lo que importa es que la cédula es una cosa desde el punto de vista de la ley.

CNCCorr., sala VI, 5-5-81, "Kuperman, F."

El delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 11, Cód. Pen.) no se consuma con el hallazgo sino con los actos de apropiación, que son, según los casos, la falta de cumplimiento oportuno de la obligación de dar aviso al dueño de la cosa extraviada (art. 2532, Cód. Civ.), y cuando éste no es conocido, los actos de disposición, consumo o destrucción de la cosa. En el *sub judice*, de haberse cometido el delito que se imputa al procesado –quien habría depositado en su cuenta corriente personal de una institución bancaria de Capital Federal un cheque cuyo extravío había sido oportunamente denunciado en jurisdicción provincial– el mismo se habría consumado con el depósito del título de crédito en la Capital, por lo que corresponde entender en la causa a la justicia nacional.

CSJN, 1983, "García, Ernesto", *Fallos*: 305:1997

Configura el delito de apropiación de cosa perdida en grado de tentativa (arts. 175, inc. 11, y 42, Cód. Pen.) la acción de los procesados que intentaron apoderarse de un automóvil anteriormente sustraído por terceros y abandonado por éstos, para dar una vuelta, no pudiendo hacerlo arrancar por causas ajenas a su voluntad, o sea que hubo un comienzo de ejecución que otorga base punible. Aunque el dolo del agente no abarque la circunstancia que morigera la punibilidad, el tipo objetivo limita la posibilidad de sancionarlo como autor de hurto –simple o agravado– para el caso es el mismo, dado que la falsa suposición de una agravante conduce a la mera realización del tipo de menor gravedad.

CNCCorr., sala I, 9-8-86, "Dal'mud, Héctor"

Casos de configuración del delito

El uso como propio de un documento de los destinados a acreditar identidad, auténtico en el cabal sentido de la expresión, no encuadra en ninguna de las figuras de falsificación de documentos que requieren por naturaleza la existencia de un documento espurio; en cambio el proceder del procesado sí encuadra en la figura de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 11, Cód. Pen.), por haberse demostrado que se apropió de una cosa que encontrara perdida.

CNCCorr., sala VII, 21-11-96, “Revetria, Horacio”

Cuando se trata del apoderamiento de una pieza de un automóvil —que es una cosa divisible—, que se encuentra en evidente estado de abandono y parcialmente desmantelado, corresponde calificar el hecho como apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 11, Cód. Pen.), pues se trata de una situación totalmente diversa a la de los casos que dieran origen al plenario “González” y al fallo “Irigoyen” de la Corte Suprema, que se sustentaron sobre el hecho del apoderamiento de un automotor supuestamente abandonado, siendo aplicable en la hipótesis la tesis de Soler sobre que “el ladrón que abandonó la cosa hurtada, no la deja en condición de abandonada, sino de perdida para su dueño”, por lo que el criterio decisivo es el criterio subjetivo. En este caso actúa con la eficiencia característica de las figuras que contienen un elemento subjetivo, una especie relativa de buena fe, consistente en creer perdida la cosa.

CNCCorr., sala I, 19-5-92, “Bernigola, Jorge O.”

El accionar del prevenido, que habiendo encontrado un cheque llenado y firmado, lo utilizó para efectuar una compra en un comercio, constituye un solo hecho —defraudación por apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.)—, pues el uso posterior del cheque al portador que pudo haber creído auténtico no importa un nuevo ilícito sino el agotamiento de la apropiación, porque el cheque es cosa que únicamente tiene valor económico como orden de pago y quien se adueña de uno ajeno lo hace para utilizarlo como tal. Descartada, además, la intervención del encausado en la falsificación del instrumento y no probado su conocimiento de ella, no surge

un dolo, escindible del primero, para dar sustento subjetivo a la figura de la estafa.

CNCCorr., sala IV, 12-2-87, "Mustafá, Julián"

Constituye el delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.), la acción del prevenido que fue aprehendido teniendo en su poder una licencia de conductor ajena, interpretándose a su favor que ella llegó a su poder por haberla perdido su dueño.

CNCCorr., sala VII, 3-2-87, "Etcheverri, Oscar"

Constituye el delito de defraudación por apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 11, Cód. Pen.) la acción del procesado que se apoderó de la nafta existente en el depósito de combustible de un automotor que se hallaba en condición de perdido para su dueño, en virtud de la doctrina del plenario "González, Adrián M." del 26 de octubre de 1983.

CNCCorr., sala II, 19-8-86, "Kasdof, Wilhelm y otro"

Constituye el delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 11, Cód. Pen.) la acción del procesado que ese apropió de dos parlantes instalados en un automotor –perdido para su dueño–. El hecho de que haya producido daño en el mismo con el objeto de concretar su designio, resulta indiferente desde la óptica penal, razón por la cual el hecho no admite una concurrencia ni siquiera formal.

CNCCorr., sala VII, 30-7-85, "Sánchez Leyenda, J."

1) La apropiación de un cheque en la vía pública y su intento de cobro configura el delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.) dado que el cheque es una cosa en el sentido del artículo 2111 del Código Civil y su aprehensión por terceros no es un título legítimo para adquirir el dominio, pues no se trata de una cosa abandonada por su dueño (del voto del Dr. Ouviaña).
2) No obstante que el segundo de los coencausados no fue quien encontró el cheque, ni se apropió de él, limitándose a realizar una cadena de endosos, igualmente debe responder como coautor y no como partícipe, pues es autor quien tiene dominio sobre la acción típica, actuando durante el proceso ejecutivo y en el caso, hubo

una correalización estructurante durante la ejecución del hecho, pues su aporte permitió en grado trascendente completar la total realización del tipo (del voto del Dr. Seyahian, al que adhirió el Dr. Bonorino Perú).

CNCCorr., sala VII, 14-5-84, "Slafer, S."

Configura el delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.) la acción del procesado que se apropió indebidamente de una máquina de calcular que encontró en el interior de una finca y si bien el mencionado delito no se consuma con el simple apoderamiento sino con actos configurativos de apropiación, no puede aceptarse, debido a los antecedentes del procesado, que su intención fuera la de devolver el objeto a su dueño o entregarlo a la autoridad (arts. 2532 y 2534, Cód. Civ.). Por otra parte, el artículo 2530 del Código Civil permite concluir que, a raíz de su valor, se trataba de una cosa perdida.

CNCCorr., 15-2-83, "González Campos, R."

Configura el delito de defraudación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.) la apropiación de documentación ajena en la vía pública, debiendo rechazarse la afirmación de que se trata de objetos carentes de valor económico, ya que la cualidad patrimonial determinante de la noción jurídica de "cosa" deriva de la posibilidad de servirse de lo apropiado para satisfacer necesidades, usos o placeres (nota al art. 2312, Cód. Civ.). Por otra parte, como es "indiferente el carácter lícito o ilícito del servicio esperable" (Núñez, V, 173) y es evidente que el procesado tomó y guardó la documentación ajena para fingir una identidad distinta, surge indiscutible la utilidad que lo apropiado prestaba al portador.

CNCCorr., sala VII, 31-7-81, "Lanza, Mario S."

Quien encuentra un objeto o cosa y se la apropia sin observar las prescripciones del Código Civil, comete el delito previsto y reprimido por el artículo 175, inciso 1º, del Código Penal (defraudación por apropiación de cosa perdida).

CNCCorr., sala VI, 6-8-87, "Mancini, Marcelo F.", J. A. 1988-I, síntesis

Configura el delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.), la apropiación de un cheque en la vía pública y su intento de cobro, dado que el cheque es una cosa en el sentido del artículo 2111 del Código Civil y su aprehensión por terceros no es un título legítimo para adquirir el dominio, pues no se trata de una cosa abandonada por su dueño.

CNCCorr., sala VII, 14-5-84, “Slafer, Sergio D. y otro”, J. A. 1985-II-405

Casos de no configuración del delito

1) Configura el delito de robo calificado por el uso de armas, la acción del procesado que mediante el uso del arma consiguió que la víctima le entregara el dinero que llevaba consigo. De ningún modo se puede hacer jugar el artículo 175, inciso 11, del Código Penal, ya que ha existido la violencia por parte del encartado a los efectos de la apropiación del dinero. 2) La privación ilegal formó parte del contexto de acción desplegada por el procesado, llevando al apoderamiento ilegítimo en forma de concurso aparente.

CNCCorr., sala VI, 14-2-85, “Gómez, R. E.”

No constituye el delito de defraudación por apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 11, Cód. Pen.) la apropiación de un formulario de cheque con denuncia de extravío, ya que éste carece de valor patrimonial y no puede, por ende, reunir la calidad jurídica de “cosa” (art. 2311, Cód. Civ.). Es que, en tal condición, está desprovisto de valor representativo, no sólo por su falta de auténtico contenido ejecutorio, sino también por haberse cancelado oportunamente la posibilidad de todo pago pretendido sobre esa base, con imputación a la cuenta corriente de giro. Y tampoco puede adjudicársele entidad económica intrínseca como mercancía, pues no tiene valor de uso ni de cambio estimable patrimonialmente en el mercado.

CNCCorr., sala VII, 11-5-82, “Borrachia, C. A.”

Diferencias con el hurto

Constituye el delito de hurto (art. 162, Cód. Pen.) la conducta de la procesada, quien siendo cotitular de una cuenta bancaria realizó

diversas extracciones de ella, mientras que los fondos pertenecían a otros clientes, por haber sido depositados erróneamente por el banco en dicha cuenta, pues cada extracción de dinero implicó apoderarse ilegítimamente de una cosa ajena en los términos de la citada disposición legal.

CNCCorr., sala I [def.], 28-2-94, “Osorio, Martha A.”, c. 43.197, sent. “P”, sec. 17

El pasajero de un taxi que tomó para sí una cartera que había dentro del automóvil –que contenía dinero y otros efectos– los que guardó en su casa, no comete el delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.) sino el de hurto simple (art. 162, Cód. Pen.), ya que encontrándose el objeto dentro del rodado conducido por el chofer del mismo y bajo su esfera de custodia, no podía descartar que este último fuese su propietario. Por otra parte, la circunstancia de que se desligara de la cartera y de los documentos, guardando para sí el dinero y otros efectos en su domicilio, indica la voluntad de llevar a cabo un inequívoco apoderamiento y no una apropiación.

CNCCorr., sala VI, 24-4-81, “Trabazo, Víctor P.”

a) Si un ladrón se apodera de un automóvil y luego lo deja abandonado, el vehículo pasa a ser una cosa perdida para su dueño, y por tal virtud quien luego aprehende el rodado con el solo propósito de dar una vuelta no comete hurto ni tampoco apropiación indebida menor, porque no está en su ánimo adueñarse de la cosa. b) En efecto, no cometieron los imputados el delito de hurto, porque ese bien mueble registrable adquirió el carácter de *res perdit*a y salió de la esfera de poder o custodia del titular del dominio, siendo axiomático que el hurto reclama la transferencia de poder a poder. Desplazada la conducta del hurto a la apropiación de cosa perdida, la mera tenencia que asumieron respecto del rodado no satisface la exigencia del inciso 1º del artículo 175 del Código Penal.

CNCCorr., sala V, 12-8-80, “Gauna, C. D. y otro”

Los tipos penales de hurto (art. 162) y de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º) se encuentran en una relación de espe-

cialidad, siendo el hurto la figura básica y la apropiación de cosa perdida la atenuada.

CNFed.CCorr., sala II, 10-9-87, "Ismail, Miguel A.", J. A. 1988-IV-438

Casos de concurso con otros delitos

a) El intento de compra con una tarjeta de crédito apropiada con denuncia de extravío, en un local comercial que contaba con un aparato para comunicarse con el centro de autorizaciones, es una tentativa de estafa idónea, fracasando la maniobra por una causa ajena a la voluntad de la enjuiciada, pues se recurrió a un medio apto *ex ante*, que además ya había demostrado su eficacia por las compras anteriores practicadas. b) La apropiación de cosa perdida –tarjeta de crédito– es independiente del uso delictuoso que posteriormente se haga de ello –concurriendo en el caso los delitos de los artículos 175, inciso 11, y 172 del Código Penal de acuerdo a la regla concursal del artículo 55 del mismo Código–. c) Con la falsificación de los cupones de compra con tarjeta de crédito se afecta la fe pública, pues se pone en circulación un instrumento falso que cuenta con confianza general.

Disidencia del doctor Loumagne: a) Al tener el comercio donde se intentara adquirir mercadería con una tarjeta de crédito apropiada, con denuncia de extravío, un aparato para comunicarse con el centro de autorizaciones para controlar el uso legal de la tarjeta, el delito no podía concretarse, por lo que se trata de una tentativa inidónea de estafa ya que el suceso debe juzgarse en concreto y *ex post facto*. b) La falsificación de firmas en las facturas de compra con tarjetas de crédito no configura una falsificación que concurre con la estafa, ya que es constitutiva del ardid.

CNCCorr., sala III, 29-11-91, "Bushara, Graciela N."

El accionar del procesado encuadra en una sola conducta –defraudación por apropiación de cosa perdida en concurso ideal con estafa en grado de tentativa–, dado que la voluntad de apropiarse de la tarjeta de crédito recién se traduce cuando se exhibe la misma ante el comercio para lograr la transferencia ilícita de mercaderías consumándose el ilícito del inciso 11 del artículo 175 del Código Penal,

en ese momento y no en otro (del voto del Dr. Vázquez Acuña, al que adhirió el Dr. Ragucci).

Disidencia parcial del doctor Rocha Degreef: "...El uso, en el caso de la tarjeta hallada, que tiene un valor representativo, no es el acto externo que demuestra la intención de usar como dueño la cosa perdida, de apropiarla, y por tanto, si se la usa con otro fines, el uso exitoso de ella es una estafa –que puede quedar en grado de tentativa–. Tengo para mí, entonces, que entre la apropiación de cosa perdida y tentativa de estafa, media un concurso real de delitos..."

CNCCorr., sala II, 26-6-89, "Favareto, J."

La acción del procesado que encontró en la vía pública un registro de conductor y le sustituyó la fotografía de su titular por la propia, configura el delito de apropiación de cosa perdida en concurso ideal con adulteración de documento público (arts. 175, inc. 11 y 292, primer párrafo, Cód. Pen.). Existe una relación concursal entre ambos delitos, pues la apropiación de cosa perdida se concretó con la retención en su poder sin ánimo de restituirla a su titular, según lo establecen los artículos 2531 y 2534 del Código Civil y la adulteración de su contenido es una maniobra que necesariamente lesiona la fe pública, en tanto que se trata de un instrumento público (art. 979, inc. 21, Cód. Civ.), que de manera alguna puede quedar absorbida por la figura anterior.

CNCCorr., sala V, 15-3-83, "De la Torre, J. C. y otro"

Configura únicamente el delito de apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.) la conducta de la procesada que habiendo encontrado un cheque en blanco, firmado, lo llenó a nombre de una amiga, intentando cobrarlo en el banco; excluyéndose el concurso ideal con tentativa de estafa mediante falsificación de documento privado, porque el intento de cobro del cheque no es más que el agotamiento de dicha tipicidad y coincide en un solo acto el momento consumativo (del voto del Dr. Rivarola al que adhirió el Dr. Ragucci).

CNCCorr., sala II, 15-12-87, "Espíndola, A."

II. Apropiación de cosa habida por error o caso fortuito

Artículo 175, inciso 2º: “El que se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito”.

1. *Antecedentes*

Este delito apareció por primera vez en el proyecto de 1891, específicamente en su artículo 212, inciso 2º¹⁰⁰⁶. Se mencionaban allí como concordantes y antecedentes a los Códigos italiano de 1889 (art. 420, inc. 3º) y húngaro de 1878 (art. 367).

Mantuvieron a su vez esta figura el proyecto de 1906, proyecto Coll y Gómez (art. 229, inc. 2º), el proyecto de 1951 (art. 249, inc. 2º), el proyecto de 1960 (art. 222, inc. 2º) y el proyecto Soler.

En el proyecto de Peco, por su parte, la figura estaba contemplada juntamente con la apropiación de tesoro y de cosa perdida (art. 146).

2. *Bien jurídico protegido*

Sin duda estamos dentro de los delitos contra la propiedad, pero dentro de ésta, específicamente se protege el derecho del tenedor, poseedor o dueño de la cosa, a que ésta se le restituya¹⁰⁰⁷. En este sentido no se viola la tenencia, la relación con la cosa, sino la frustración por parte del sujeto pasivo a que se le devuelva aquel objeto.

3. *Tipo objetivo*

a) *Objeto del delito*

Objeto material del delito es la “cosa ajena”. Y en este contexto se trata de cosas muebles, que no le pertenecen al autor del delito, de modo que no deben haber sido abandonadas, ni entregadas voluntariamente, ni haber sido objeto de fraude.

¹⁰⁰⁶ En la obra de Fontán Balestra (t. II, I, p. 158, párr. 124) se cita por error al art. 121, inc. 2º del proyecto de 1891. Lo citan correctamente, empero, NÚÑEZ, ob. cit., p. 418, y SOLER, ob. cit., t. II, p. 465, párr. 121, nota N° 16.

¹⁰⁰⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 418.

b) *Acción típica*

La acción típica consiste en “apropiarse” de una cosa ajena, en cuya tenencia el autor hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito.

En relación a la “apropiación”, ésta supone adueñarse de algo, esto es, constituir en propio lo que es ajeno¹⁰⁰⁸.

Ahora bien, el artículo prosigue diciendo: “en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito”. Pues bien, la causa de esta tenencia puede obedecer a dos factores, el error y un caso fortuito.

Por eso es que dice Soler¹⁰⁰⁹, citando a Giurati¹⁰¹⁰, que este hecho presupone un apoderamiento inocente (porque es la cosa la que llega a manos del autor) y una apropiación culpable —se entiende dolosa— (pues éste se apropia de ella, a sabiendas de que no le pertenece).

c) *El error*

La mayoría de la doctrina¹⁰¹¹ coincide en que el error en virtud del cual la cosa llega a manos del autor puede ser tanto del dueño de la cosa¹⁰¹², de un tercero¹⁰¹³, como del mismo autor¹⁰¹⁴. Lo esencial

¹⁰⁰⁸ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. II, 2.1, p. 159, párr. 124. Ya se ha desarrollado su significado in extenso en el comentario al art. 175, inc. 1º.

¹⁰⁰⁹ Ob. cit., t. II, p. 466, párr. 121; caso publ. en L. L. 12-782, auto de procesamiento dictado por la CNCCorr., res. 6076.

¹⁰¹⁰ P. 409.

¹⁰¹¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 419; SOLER, ob. cit., t. II, p. 465, párr. 121; FONTÁN BALESTRA, ps. 148 y ss.; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 167; MOLINARIO, ob. cit., p. 467; BUOMPADRE, ob. cit., p. 204, párr. 59, nota 18; en donde cita en opinión contraria a Laura T. A. Damianovich de Cerredo (p. 382), para quien el error ha de provenir exclusivamente de la víctima o del tercero, es decir, de quien efectúa la entrega, porque cuando también ha incurrido en error quien recibe la cosa, elimina el dolo de la conducta, ya que recae sobre uno de los elementos objetivos del tipo legal: el carácter de ajena de la cosa.

¹⁰¹² Por ej.: el dueño de un bote que luego de una tormenta se soltó, y navegando por el río va a parar al fundo vecino; al encontrarlo el dueño, piensa que en realidad es el de su vecino, y se lo entrega, cuando en realidad, es su propio bote (NÚÑEZ, ob. cit., p. 414).

¹⁰¹³ Por ej.: luego de una fiesta, el anfitrión entrega un sobretodo negro a un invitado, creyendo que es el suyo, cuando en realidad era de otra persona (NÚÑEZ, ibidem).

¹⁰¹⁴ El autor, al retirarse de un curso en la facultad, retira del perchero la mochila

es que este delito implica una lesión a la propiedad ajena, sin despojo furtivo o fraudulento del autor, sino que su tenencia o posesión se debe a un error de un tercero, o de sí, y luego, cuando toma conciencia de ello, se hace dueño de la cosa¹⁰¹⁴⁻¹.

El error puede recaer sobre la persona del destinatario¹⁰¹⁵, sobre la identidad de la cosa que se debe entregar¹⁰¹⁶, o sobre la obligación de entregarla¹⁰¹⁷.

Habiendo entrega de la cosa sin error del dador o de su representante, no se puede producir el delito del inciso 2º, porque, entonces, la tenencia no obedecería a una causa admitida por la ley.

Y si el error ha sido provocado por el beneficiario, por fraude, éste incurrirá en el delito de estafa¹⁰¹⁸. Del mismo modo, si la entrega se ha hecho sin error, y a título que produzca obligación de entregar o devolver, la apropiación constituye el abuso de confianza del artículo 173, inciso 2º, del Código Penal¹⁰¹⁹.

equivocada, que era igual a la suya, y al llegar a su casa advierte que no le pertenece, pero igual decide quedársela, dada la importancia de su contenido (NÚÑEZ, *ibidem*).¹⁰¹⁴⁻¹ NÚÑEZ, *ob. cit.*, p. 419.

¹⁰¹⁵ Dice Molinario (*ob. cit.*, p. 467) que la ocasión más frecuente de entrar en la tenencia de una cosa ajena por causa de error se produce en los casos de consignación de mercaderías a domicilio. Muchas veces, los efectos, por error del empleado encargado del reparto, van a parar a un lugar distinto al que las mercaderías iban destinadas. Así, una persona recibe, de manos de un mensajero y en su propia casa, un canasto de comestibles cuyo precio ha sido abonado en el negocio que lo remite. La persona en cuestión, creyendo que se trata de un obsequio, recibe el canasto. Hasta aquí el hecho no constituye delito alguno. El delito recién se producirá cuando la persona advierte que la entrega de la cosa se debe a un error del mensajero y, ello no obstante, se apropia dolosamente del canasto y consume su contenido a sabiendas de que no le pertenece.

¹⁰¹⁶ Por ej.: en un negocio, el comprador elige y abona la prenda más barata, y por error, en la sección de entregas, otro empleado le entrega la de mayor valor.

¹⁰¹⁷ Por ej.: en un contrato de leasing efectuado sobre una fotocopiadora, al final del pago de las cuotas por el uso de la misma, el empresario le entrega el insumo, creyendo que el usuario ya le había abonado el canon por la opción a compra.

¹⁰¹⁸ SOLER, *ob. cit.*, t. II, p. 465, párr. 121; FONTÁN BALESTRA, *ob. cit.*, t. II, 2.1, p. 159, párr. 124; MOLINARIO, *ob. cit.*, p. 467; CREUS, *ob. cit.*, p. 550, párr. 1265.

¹⁰¹⁹ FONTÁN BALESTRA, *ob. cit.*, t. II, 2.1, p. 159, párr. 124.

d) *Caso fortuito*

La tenencia del autor también puede ser la consecuencia de un caso fortuito.

La definición de caso fortuito nos la da el Código Civil, en el artículo 514: “Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”. Pero esta definición, de acuerdo con su ubicación sistemática, y con el artículo que le precede, el 513¹⁰²⁰, se refieren a las eximentes de responsabilidad, y por esto es que se define como un acontecimiento que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse. Por ello es que no se debe identificar el caso fortuito, así definido, con el del inciso 2º del artículo 175 que nos ocupa¹⁰²¹, dado que este último es un concepto más amplio.

En el inciso 2º del artículo 175 el caso opera sólo como causa material de la tenencia de la cosa por el autor de su apropiación, distinta del error. Por consiguiente, no tiene por qué ser esta *causa* imprevisible o inevitable¹⁰²².

Son casos fortuitos los hechos de la naturaleza¹⁰²³, los hechos de los animales¹⁰²⁴ y la actividad humana involuntaria¹⁰²⁵.

¹⁰²⁰ “El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor”.

¹⁰²¹ Coinciden con esta opinión NÚÑEZ, ob. cit., p. 420; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. II, 2, 2, p. 160, párr. 124; CREUS, ob. cit., p. 550, párr. 1266, quien agrega que el que reúne esas características queda comprendido a fortiori como circunstancia típica. Opina lo contrario, empero, RAMOS, *Curso...* cit., t. VI, p. 194, cit. allí por Fontán Balestra.

¹⁰²² NÚÑEZ, ob. cit., p. 421.

¹⁰²³ Por ej.: luego de una tormenta, el arroyo acercó al fundo del autor diversas herramientas, o que el viento haya llevado ropas tendidas a la propiedad vecina.

¹⁰²⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 421; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. II, 2, 2, p. 160, párr. 124; GÓMEZ, *Tratado*, t. IV, p. 318, N° 1021; BUOMPADRE, ob. cit., p. 204, párr. 59. Ejemplo: que ganado bovino dejado a pastar en la banquina ingrese por una tranquera causalmente abierta, y se mezcle luego con los demás animales.

¹⁰²⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 421; CREUS, ob. cit., p. 550, párr. 1266; BUOMPADRE, ob. cit., p. 204, párr. 59. Por ej.: que en un micro en marcha, por la ventanilla abierta, a un pasajero se le caiga un anillo en un jardín. En este ejemplo, se hace difícil ver

4. *Tipo subjetivo*

Este delito requiere dolo. Éste implicará el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo, en el caso, por la intención de apropiarse, a sabiendas de que la cosa no le pertenece¹⁰²⁶. El error elimina el dolo y si el autor cree que legitima su apoderamiento, se da un supuesto de error de prohibición.

Está el clásico caso citado por Soler¹⁰²⁷, en el cual por error un banco hace saber a un cliente con cuenta que le ha sido girada una considerable suma de dinero del extranjero. El sujeto concurre al banco y la retira mediante un cheque. Luego resulta que el giro se había hecho para un homónimo. Obsérvese la complicación que puede presentarse en casos semejantes, porque el delito requiere el conocimiento positivo del error. Es perfectamente posible la creencia de que alguien haya girado una suma. El delito allí se tipifica desde el momento en que el error es descubierto y comunicado, con respecto a las cosas apropiadas después de la comunicación¹⁰²⁸.

si, en el caso de una posterior apropiación del anillo por parte del dueño de ese jardín, estaríamos en presencia del delito del inc. 1º o del inc. 2º del art. 175, cosa que, al decir de Fontán Balestra, no será de consecuencias graves, puesto que ambas hipótesis están sometidas a idéntica escala penal (ob. cit., t. II, 2, 2, p. 160, párr. 124).

Ahora bien, como hace notar Buompadre en la nota 21: Núñez limita el caso a la actividad humana involuntaria, mientras que Laje Anaya lo extiende también a los hechos voluntarios (ob. cit., ps. 168 y ss.).

¹⁰²⁶ En este punto, toda la doctrina es uniforme.

¹⁰²⁷ Ob. cit., t. II, p. 466, párr. 121.

¹⁰²⁸ Veamos en este sentido los siguientes fallos:

1) “No constituye apropiación de cosa ajena habida por error (art. 175, inc. 2º, Cód. Pen.) apoderarse del dinero equivocadamente ingresado por el banco a su cuenta bancaria”.

“No se configuró el delito de apropiación de cosa ajena habida por error (art. 175, inc. 2º, Cód. Pen) pues el dinero ajeno equivocadamente ingresado a la cuenta bancaria de la procesada, no estaba realmente bajo su tenencia, pues todo consistía en registros contables en los saldos bancarios y no en la disponibilidad material del dinero” (CNCCorr., sala I, 28-2-94, “Osorio, Marta A.”, J. A. 1995-I-466).

2) “El accionar de la procesada que por mandato de sus empleadores presentó al cobro un cheque por determinada suma, sin advertir sino cuando lo entregó a la subtesorera que el banco había girado equivocadamente doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000) de más, habiendo pensado en un primer momento repartirse con sus compañeras el excedente, pero luego rehusó hacerlo quedando toda la suma en manos

5. Consumación y tentativa

El delito se consuma mediante la ejecución de actos positivos u omisivos que signifiquen la apropiación de la cosa, concurriendo desde ya, el elemento subjetivo requerido.

La consumación podrá tener lugar en diferentes momentos, según, por ejemplo, quién haya sido el sujeto que ha caído en error. Así, la consumación tendrá lugar en el momento de recibir la cosa, cuando

de aquélla, configura el delito de defraudación menor por apropiación de cosa habida por error (art. 175, inc. 2º, Cód. Pen.) en carácter de partícipe necesaria. Ello por cuanto el dinero se lo apropió la subtesorera luego de que la procesada regresara al banco por segunda vez a retirar otra suma, ocasión en que el tesorero le preguntó cuánto había retirado por la mañana, contestando que ignoraba la suma, lo cual no era verdad, o sea que fue a raíz del engaño, que se le entregó dinero de más y la encausada lo recibió sabiendo que sería apropiado por su compañera” (del voto del Dr. Andereggen, al que adhirió el Dr. Calvo).

Disidencia del doctor Andereggen “...Queda fuera de duda que la encartada percibió el dinero sobrante por un error del tesorero del banco girado; pero observo que esa sola circunstancia no ha de llevar a responsabilizarla por el delito del art. 175, inc. 2º, del Cód. Pen., si no se logra establecer de manera fehaciente que ésta, con posterioridad a dicho acontecer, incurrió en algún acto de verdadera e indiscutida apropiación; porque el ilícito de marras no se consuma con la mera detención de la *res delictiva*, sino que es preciso la concurrencia de una acción voluntaria destinada a hacer propio aquello que es ajeno [...] Los aportes probatorios no tienen la contundencia y la significación necesarias como para suponer a ciencia cierta que la procesada llegó a apropiarse del dinero que por error se le había entregado [...] Así las cosas coincido con el criterio absolutorio del veredicto...” (CNCCorr., sala VI, 16-11-82, “Amato, A. M.” –Pintos, Andereggen, Calvo–).

3) “Configura el delito de defraudación del art. 175, inc. 2º, del Cód. Pen., la conducta del cliente de una institución bancaria que aprovechándose de un error material en la acreditación de fondos resultantes de las operaciones que realizara en el banco damnificado tanto en la casa matriz como en una sucursal, dispuso en su provecho de dinero, cuando pasado un tiempo y haciendo operaciones paralelas, conjeturó que el error no sería detectado” (CNCCorr., sala V, 29-7-88, “Vita, J. C.”).

4) “La acreditación en pesos de la suma dineraria en la cuenta del acusado se debió a la exclusiva negligencia de la Caja, circunstancia a partir de la cual el nombrado realizó distintos actos de disposición para apropiarse de ese dinero que sabía ajeno y en cuya tenencia entró a consecuencia del error en que incurrió la entidad, configurándose así los elementos típicos exigidos por la figura descrita en el art. 175, inc. 2º: un apoderamiento inocente y una apropiación culpable” (CNFed.CCorr., sala II, 13-10-95, “Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/Denuncia imputado: A. M. Verde”).

la recepción sea dolosa, y en el caso de que la tenencia de la cosa sea de buena fe, la consumación tendrá lugar posteriormente. Así, ejemplifica Fontán Balestra que la tenencia no siempre coincide con el momento de la consumación del delito, pues, por ejemplo, quien toma un abrigo del perchero por error, no consumará el delito hasta que caiga en la cuenta de que no es suyo e igual se lo quede, siendo que la tenencia ya había sido anterior¹⁰²⁹.

La tentativa del delito es posible. Creus dice que puede admitirse la tentativa en ciertos casos, como es aquel en que el agente está por realizar un acto de apropiación y no lo lleva a cabo por la intervención de un tercero que conoce al propietario del bien¹⁰³⁰.

6. *Diferencias de la apropiación de cosa habida por error o caso fortuito (art. 175, inc. 2º, Cód. Pen.) con otros delitos*

a) *Diferencias con la apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.)*

Existen diferencias entre los incisos 1º y 2º del artículo 175 del Código Penal. Así, en el caso del inciso 1º, la apropiación recae sobre una cosa que ha salido de la esfera de tenencia del propietario, sin que nadie la tenga, y en el del inciso 2º, el autor se apropia de una cosa ajena que él ya tiene¹⁰³¹.

b) *Diferencias con el hurto simple (art. 162, Cód. Pen.)*

Como bien sabemos, en el hurto, el sujeto activo desapodera de una cosa mueble, violando así la tenencia de otra persona. Aquí, en cambio, en ningún momento el autor efectúa un desapoderamiento, o un despojo furtivo o fraudulento, sino que, simplemente, frustra el derecho ajeno a la restitución del objeto¹⁰³², aprovechándose de la situación en que se encuentra respecto de la cosa que llegó a su tenencia¹⁰³³. Por eso, el delito no constituye un hurto, sino una defraudación.

¹⁰²⁹ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. II, 2, 1, p. 160, párr. 124.

¹⁰³⁰ Ob. cit., p. 551, párr. 1268.

¹⁰³¹ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 418 y 419; BUOMPADRE, ob. cit., p. 203, párr. 59; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 158, párr. 124, II, 1.

¹⁰³² Conf. NÚÑEZ, ob. cit., p. 418.

¹⁰³³ CREUS, ob. cit., p. 549, párr. 1263.

Explica también Buompadre¹⁰³⁴ que en el hurto el sujeto va hacia la cosa y la toma, y que en el delito en estudio es la cosa la que va hacia el sujeto e ingresa dentro del ámbito de su posesión, y que una vez que ella ha entrado dentro de este ámbito, el autor se apropia de ella.

c) *Diferencias con el hurto calamitoso (art. 163, inc. 2º, Cód. Pen.)*

Soler explica que este delito debe ser distinguido del hurto calamitoso del artículo 163, inciso 2º, del Código Penal, en el cual el hecho consiste en un apoderamiento. Que la aplicabilidad del artículo 175, inciso 2º, presupone una actitud pasiva de parte del autor: la cosa le debe ser llevada por la fuerza natural; no ha de ser él quien la incorpore por medio de sustracción¹⁰³⁵.

Creus¹⁰³⁶, a su vez, dice que la diferencia consiste en que, en esta defraudación, la tenencia de la cosa es lograda por el agente aprovechando el hecho que puede constituir un caso fortuito, que es justamente el que, sin actividad del agente, coloca la cosa en su tenencia.

JURISPRUDENCIA

No configuración del delito

1) No puede darse por acreditado el delito de estafa con el accionar del prevenido que junto con otros y comportándose como dueño, sacó un automóvil de alquiler de una cochera, rodado al que tenían acceso varias personas; dado que el comportamiento de aquél, no tiene la entidad del ardid eficiente provocador del error y del consecuente desapoderamiento y además, porque no hubo en el caso, actos positivos que, sin posibilidad de inspección o contralor, viciaran la voluntad del sereno, ya que no se intentó a través de ellos, reforzar la apariencia de titulares del bien, y así, el engaño no fue razón suficiente del desapoderamiento. 2) Tampoco se configura en el caso el delito de hurto, dada la implícita autorización de quien podía impedir la maniobra. 3) El hecho no constituye el

¹⁰³⁴ Ob. cit., p. 203, párr. 59.

¹⁰³⁵ SOLER, ob. cit., t. II, p. 466, párr. 121.

¹⁰³⁶ Ob. cit., p. 550, párr. 1266.

delito de defraudación menor (art. 175, inc. 2º, Cód. Pen.), pues esta figura requiere por parte del autor una actitud totalmente pasiva, o sea, que la cosa ajena haya entrado en su poder a consecuencia del error ajeno espontáneo, nunca provocado.

CNCCorr., sala VII, 31-8-84, “Silveira, José”

La utilización de un poder caduco, tal el caso de la beneficiaria previsional fallecida, con el objeto de apoderarse de los montos correspondientes a jubilaciones, configura el delito de fraude en perjuicio de una administración pública en función del artículo 174 del Código Penal y no la defraudación atenuada descripta por el artículo 175, inciso 2º de ese cuerpo normativo, desde que el imputado desplegó en todos los casos cierta actividad dolosa, ostentando una calidad caduca, error que profundizó y mantuvo y no se limitó a adquirir los haberes en virtud de un error de la entidad pagadora.

CNFed.CCcorr., sala I, 18-9-98, “Mascimo, María s/Procesamiento”

1) No configura el delito de defraudación menor del artículo 175, inciso 2º, del Código Penal, la conducta de quien retiró de un banco acciones que habían sido depositadas en custodia a la orden conjunta del imputado y de un tercero, sin intervención formal de este último en tal operación, apropiándose el enjuiciado de los títulos; porque para que se configure la mencionada defraudación, el error debe ser espontáneo. 2) Tampoco puede decirse que la entrega obtenida provocando un error ajeno sea satisfactoria, pues para que el error fuera fraudulentamente provocado en el sentido de la figura de estafa del artículo 172 del Código Penal, es necesaria la existencia de ardid desplegado por el autor para determinar el error de la víctima que, entonces, con voluntad viciada, hará la entrega perjudicial.

CNCCorr., sala III, 5-7-88, “Deneri López, D.”

Tipo objetivo: el error requerido

1) Los cheques extranjeros son sólo cheques, es decir instrumentos privados amparados por el artículo 297 del Código Penal porque la legislación nacional admite su validez, y no documentos de crédito

extranjeros, cuya falsedad está reprimida por el artículo 286 del Código Penal y dado que los tres documentos fueron usados en un único tiempo, la conducta debe fundirse en un solo hecho: estafa mediante falsificación de documento privado. 2) La falsa identidad asumida para abrir la cuenta en que se depositaron los cheques fraguados fue ardid suficiente para provocar el error configurativo de la estafa, existiendo diferencia entre aprovechar el error ajeno –conducta atrapada por el inciso 2º del artículo 175 del Código Penal– y simular identidad para llevar al error al previamente engañado.

CNCCorr., sala VII, 30-9-87, “Saavedra, Carlos”

Diferencias de la apropiación de cosa habida por error o caso fortuito (art. 175, inc. 2º, Cód. Pen.) con el hurto simple (art. 162, Cód. Pen.)

1) El apoderamiento, por parte del procesado, del capot de una pick up, estacionada en la vía pública, configura el delito de hurto. 2) Debe descartarse el ilícito previsto por el inciso 2º del artículo 175 del Código Penal, dado que el capot se hallaba incorporado a un bien mueble registrable de significativo valor, a cuyo efecto corresponde tener en cuenta el valor actual de los automóviles en relación con lo prescripto por el artículo 2530 del Código Civil; a lo que debe adunarse que el titular del dominio del vehículo mantenía la posesión del bien, en condiciones normales en cuanto a su naturaleza.

CNCCorr., sala V, 24-4-90, “Pescio, J. M.”

Diferencias de la apropiación de cosa habida por error o caso fortuito (art. 175, inc. 2º, Cód. Pen.) con el hurto calamitoso (art. 163, inc. 2º, Cód. Pen.)

El artículo 175, inciso 2º, del Código Penal presupone una actitud pasiva de parte del autor; la cosa le debe ser llevada por la fuerza natural; no ha de ser él quien la incorpore por medio de substracción.

STJ de Chubut, 22-9-75, “P. de P., M.; I. de M., F.; O., T.; C., L.”

III. Efectivización ilegal de la prenda

Artículo 175, inciso 3º: “El que vendiere la prenda sobre que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella, sin las formalidades legales”.

1. Denominaciones del delito

Soler¹⁰³⁷, Fontán Balestra¹⁰³⁸ y Buompadre¹⁰³⁹ denominan a este delito: “Apropiación de prenda”. Molinario¹⁰⁴⁰ la llama “Venta ilegal del objeto recibido en prenda”, y Núñez¹⁰⁴¹: “Efectivización ilegal de la prenda”. Creus¹⁰⁴², por su parte, se asemeja más al primer grupo, al denominar al delito: “Disposición ilegal de objeto prendado”.

2. Antecedentes legales

El presente inciso se legisló por primera vez en el proyecto de 1891, en su artículo 212, inciso 3º. Pueden citarse, a su vez, dos normas concordantes, pero con algunas diferencias, que son: 1) el artículo 207 del Código de 1886 –citado en el mismo proyecto de 1891–, que se refiere al que cometiere una estafa vendiendo la prenda sobre la que prestó dinero o apropiándose la o disponiendo de ella sin las formalidades de ley, y 2) el artículo 7º, párrafo 4º (Tít. VIII, Lib. I, de la Parte II) del proyecto Tejedor, que dice: “El que estafe a los particulares vendiendo la prenda sobre la cual prestó dinero, o apropiándose la, o disponiendo de ella sin previa tasación judicial y remate público, sufrirá arresto de tres meses, y multa de cien a quinientos pesos a favor de la parte damnificada”¹⁰⁴³.

Gran parte de la doctrina ha criticado el inciso 3º en estudio. Así, el más duro fue Ure¹⁰⁴⁴, quien manifestó: “No se pueden pedir más

¹⁰³⁷ Ob. cit., t. III, p. 467, párr. 121.

¹⁰³⁸ Ob. cit., t. III, p. 161, párr. 124.

¹⁰³⁹ Ob. cit., p. 205, párr. 60.

¹⁰⁴⁰ Ob. cit., p. 445.

¹⁰⁴¹ Ob. cit., p. 423.

¹⁰⁴² Ob. cit., p. 551, párr. 1269.

¹⁰⁴³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 423, nota 62.

¹⁰⁴⁴ Cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 423, nota 63, y por SOLER, ob. cit., t. III, p. 467, párr. 121, nota 20.

errores y defectos técnicos en menos líneas”. Soler¹⁰⁴⁵, por su parte, lo criticó con menos dureza. Sólo el proyecto de 1951 –en su artículo 249, inciso 3º– mantuvo el precepto.

El proyecto de Coll y Gómez, por su parte, lo suprimió, pues decía que el hecho no reclamaba otras sanciones que las del Derecho Civil¹⁰⁴⁶.

3. Bien jurídico protegido

La efectivización ilegal de la prenda es una defraudación, desde la perspectiva del legislador al incluirla dentro del Capítulo IV de las *Estafas y otras defraudaciones*, del Título VI de los *Delitos contra la propiedad*.

Una de las características, entonces, es, al decir de Creus¹⁰⁴⁷, que el autor abusa de la situación en que el ejercicio de un derecho lo ha colocado en la tenencia de una cosa. Manifiesta asimismo que aquí, más que en otros tipos, estamos ante un ejercicio anormal de facultades que el negocio jurídico hizo nacer.

En cuanto al perjuicio defraudatorio, éste está constituido por la frustración del derecho del deudor o del tercero que había otorgado la garantía, a que se le restituya el objeto prendado, una vez satisfecha la obligación. El delito se da más allá de la importancia del monto del perjuicio ocasionado; así, comete el delito el acreedor que decide apropiarse del objeto, sin exigir el cumplimiento de esa deuda de menor valor. El perjuicio estriba, pues, en la indisponibilidad del objeto por parte del que otorgó la garantía cuando jurídicamente puede volver a disponer de él¹⁰⁴⁸.

El delito en estudio tiene la finalidad de proteger la propiedad del deudor que obtiene un préstamo a cambio de la entrega de un bien prendado.

Esta protección tiene su fundamento en que el acreedor se encuentra en una posición de ventaja o superioridad frente al deudor,

¹⁰⁴⁵ SOLER, ob. cit., t. III, p. 467, párr. 121; quien manifiesta que la disposición es propensa a crear confusiones con los casos de retención indebida.

¹⁰⁴⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 423, nota 64.

¹⁰⁴⁷ Ob. cit., p. 551, párr. 1269.

¹⁰⁴⁸ CREUS, ob. cit., párr. 1273.

por lo cual, se sanciona penalmente al que abusa de su derecho sobre este bien prendado otorgado como garantía, ya sea vendiéndolo, apropiándose o disponiendo de él, violando las leyes que específicamente regulan el tema¹⁰⁴⁹. Y es que la cosa prendada no se otorgó al acreedor en propiedad, sino sólo en garantía, por lo cual, éste debe obrar respetando los derechos del deudor, conforme a dicha ley.

Ante el incumplimiento total o parcial de la obligación del deudor, la ley aspira a que la garantía dada se haga efectiva de acuerdo con las pautas establecidas por la ley¹⁰⁵⁰. Si ello no ocurriera así, la violación de este derecho de carácter patrimonial puede o no ir acompañada de un perjuicio cuantitativo para el patrimonio del dueño del bien prendado, según que el valor o la liquidación del objeto prendado supere o no el valor de la obligación cumplida. Pero este daño patrimonial constituye un perjuicio civil extratípico, que puede perjudicar al deudor de la obligación principal o al tercero que constituyó la prenda¹⁰⁵¹.

4. Tipo objetivo

a) Presupuestos del delito

Son presupuestos del delito:

- 1) Que exista un contrato válido de prenda con desplazamiento, entre el deudor (sujeto pasivo) y el acreedor (sujeto activo);
- 2) que la obligación objeto del contrato haya vencido, sin que se haya cumplido con el pago garantizado. Es decir, que el autor tenga derecho a percibir su crédito en el momento de realizar el acto de disposición¹⁰⁵², o que, al decir de Núñez¹⁰⁵³, exista el derecho del acreedor a hacer efectiva la garantía prendaria por incumplimiento de la obligación principal¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁴⁹ Son puntualmente, los arts. 3204 al 3238 del Cód. Civ. (Tít. XV, Lib. Tercero, *De los Derechos Reales*), y los arts. 580 a 588 del Cód. Com. (Tít. IX, Libro I, *De las personas del comercio*), los que regulan la materia.

¹⁰⁵⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 424.

¹⁰⁵¹ NÚÑEZ, ob. y lug. cit., nota 65.

¹⁰⁵² FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. III, p. 163, párr. 124, 2.

¹⁰⁵³ Ob. cit., p. 424.

¹⁰⁵⁴ Conf. al art. 3236, Cód. Civ.: "La prenda se extingue por la extinción de la obligación principal a que acceda".

b) *Prenda*

La prenda es un derecho real, constituido en garantía de una obligación¹⁰⁵⁵.

La disposición del artículo 175, inciso 3º, del Código Penal se refiere a la prenda con desplazamiento, o sin registro.

Prenda civil: El Código Civil, como ya hemos adelantado, en su artículo 3204 refiere que “Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda”.

Pueden ser objeto de la prenda civil:

- Los créditos que consten de un título por escrito (arts. 3209 y 3212, Cód. Civ.);
- acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso (art. 3209, Cód. Civ.);
- todas las cosas muebles (art. 3211, Cód. Civ.);
- las deudas activas (art. 3211, Cód. Civ.).

Prenda comercial: El Código de Comercio, en el artículo 580, y en una redacción más sencilla reza: “El contrato de prenda comercial es aquel por el cual el deudor o un tercero a su nombre, entrega al acreedor una cosa mueble, en seguridad y garantía de una operación comercial”.

Pueden ser objetos de la prenda comercial, entonces:

- Los bienes muebles (art. 580, Cód. Com.);
- mercancías u otros efectos (art. 583, Cód. Com.);
- títulos de la deuda pública (art. 583, Cód. Com.);
- acciones de compañías o empresas (art. 583, Cód. Com.);
- y en general cualesquiera papeles de crédito negociables en el comercio (art. 583, Cód. Com.).

El contrato de prenda implica una relación jurídica entre el acreedor, quien es el que hace el préstamo del dinero, y el deudor, quien es el que entrega la cosa a aquél como garantía de pago, con el com-

¹⁰⁵⁵ Conf. MOLINARIO, ob. cit., p. 445.

promiso de que, cumplida la obligación, la cosa le será devuelta. El deudor sigue siendo siempre el propietario de la cosa. Si el deudor no cumple con el pago de la deuda, la ley establece cuál es el procedimiento que el acreedor debe seguir para lograr la satisfacción de su crédito: pedir la venta de la prenda en remate público con citación del deudor (art. 3224, Cód. Civ.; arts. 580 y 585, Cód. Civ.).

Nunca el acreedor puede apropiarse de la prenda ni disponer de ella fuera de los procedimientos legales, y toda cláusula contractual que autorice tales circunstancias es nula (art. 3222, Cód. Civ.)¹⁰⁵⁶.

La prenda fija tiene su propio marco regulatorio en el decreto-ley 15.348¹⁰⁵⁷. *La prenda sin desplazamiento (con registro)* es aquella en la que la cosa no sale del poder del obligado. Disponer de la cosa en tal caso, estando la obligación vigente, constituye el delito de desbarratamiento de derechos acordados¹⁰⁵⁸. *La prenda con registro* es “el derecho real constituido a favor de ciertos acreedores, mediante la inscripción registral, para garantizar cualquier clase de obligación, recae sobre cosas muebles, de propiedad del deudor o un tercero que restan en poder de éstos”¹⁰⁵⁹.

1) *Las “formalidades legales”*

Las formalidades legales a que ésta alude están dispuestas por los artículos citados ut supra.

Así, el artículo 3222 del Código Civil tacha de nulidad:

- A toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse la prenda, aun cuando ésta sea de menor valor que la deuda;
- cuando lo autorice a disponer de ella fuera de los modos establecidos en la ley civil, y
- cuando prive al acreedor de solicitar la venta de la cosa.

Sin embargo, lo que sí permite el Código es que el deudor, con-

¹⁰⁵⁶ BUOMPADRE, ob. cit., p. 205, párr. 60.

¹⁰⁵⁷ Y su reglamentación (art. 10, del texto ordenado por dec. 897/95).

¹⁰⁵⁸ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. III, 2, p. 164, párr. 124.

¹⁰⁵⁹ CÁMARA, Héctor, *Prenda con registro o hipoteca mobiliaria*, Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 135, cit. en *Digesto práctico La Ley. Contratos*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, t. IV, p. 740.

venga con el acreedor que la prenda le pertenecerá por la estimación que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, pero no al fin del contrato (art. 3223, Cód. Civ.).

Si el deudor no cumple con el pago de la deuda en término, el acreedor puede pedir que se haga la venta de la prenda en remate público con citación del deudor, ello a los fines de ser pagado de su crédito con el privilegio que la ley le acuerda sobre el precio de la cosa.

Ahora bien, si la prenda no pasa del valor de doscientos pesos, el juez podrá ordenar la venta privada de ella; así, el acreedor podrá adquirir la prenda por la compra que haga en el remate, o por la venta privada, o por su adjudicación (art. 3224, Cód. Civ.).

En cuanto al Código de Comercio, si al vencimiento de la deuda no se hubiere aún pagado, y no se hubiere pactado un modo especial de enajenación, el acreedor podrá proceder a la venta de los objetos dados en prenda, en un remate anunciado con diez días de anticipación, y si la prenda consistiese en títulos de renta, acciones de compañías u otros papeles de comercio negociables en las bolsas o mercados públicos, podrá hacerse la venta por medio de corredor, al precio de cotización al día siguiente del vencimiento (art. 585, Cód. Com.).

c) *Acción típica*

Las acciones típicas consisten en:

- Vender la prenda;
- apropiársela, o
- disponer de ella sin las formalidades legales.

Vende el que transfiere la cosa prendada a un tercero por un precio (art. 1323, Cód. Civ.)¹⁰⁶⁰.

*Se apropia*¹⁰⁶¹ el que realiza cualquier acto que importe disponer de la cosa como dueño.

Dispone de la prenda quien le da un destino que en perjuicio del deudor le impida a éste recuperarla en el momento debido¹⁰⁶².

¹⁰⁶⁰ CREUS, ob. cit., p. 552, párr. 1271.

¹⁰⁶¹ *Ibidem*.

¹⁰⁶² Conf. CREUS, ob. cit., p. 552, párr. 1271; SOLER, ob. cit., t. III, p. 469, párr. 121.

Como bien dice Soler, hay cierta redundancia en la ley, porque vender supone la previa apropiación o disposición de la cosa¹⁰⁶³.

Por cierto que el autor debe realizar estos verbos típicos desatendiendo las disposiciones legales específicas.

Con estas acciones, lo que se logra es la frustración del derecho del acreedor en el momento en que debe o puede ser ejercitado¹⁰⁶⁴.

Dado que las acciones típicas expresamente contempladas por la norma son las de vender, apropiarse o disponer de la prenda, el simple uso abusivo o indebido de ella no constituirá delito, y sólo estará sujeto a las acciones civiles por daños y perjuicios que pudieran tener lugar¹⁰⁶⁵.

5. *Sujetos activo y pasivo*

Sujeto activo o autor del delito sólo puede ser el acreedor de la prenda sobre la que prestó dinero, pues éste es un delito especial en sentido propio¹⁰⁶⁶, ya que sólo pueden ser autores los determinados por la ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico.

Sujeto pasivo es el deudor de la obligación.

Pueden aplicarse las reglas generales de la participación.

6. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso. Sólo es posible el dolo directo.

Este dolo comprende el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo¹⁰⁶⁷, esto es, que la cosa está afectada bajo un derecho real de prenda, y la voluntad de venderla, apropiársela o disponer de ella, por parte del autor.

7. *Consumación y tentativa*

El delito se consuma al efectuarse la acción típica, esto es, al

¹⁰⁶³ Ob. cit., t. III, p. 469, párr. 121.

¹⁰⁶⁴ CREUS, ob. cit., p. 552, párr. 1271.

¹⁰⁶⁵ En este punto también coincide la mayoría de la doctrina.

¹⁰⁶⁶ DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, p. 85, párr. 49, b, 2, citando a José Cerezo Mir, en nota 131.

¹⁰⁶⁷ DONNA, ob. cit., p. 89, párr. 51.

vender la prenda, apropiársela o disponer de ella. La tentativa es posible, ya que es un delito de resultado.

8. *Comparación entre la efectivización ilegal de la prenda (art. 175, inc. 3º, Cód. Pen.) y la defraudación por retención indebida (art. 173, inc. 2º, Cód. Pen.)*

Como bien recuerda Soler¹⁰⁶⁸, la defraudación por retención indebida u omisión de restituir defraudatoria (art. 173, inc. 2º, Cód. Pen.) es un contrato que “lejos de suponer una tenencia por casualidad (*Deus dedit*) funda una situación de confianza de la cual el prestamista puede abusar, como cualquier otro poseedor o tenedor precario de la cosa”.

Esta situación de confianza se da asimismo en la efectivización ilegal de la prenda. Así, coincide la doctrina en afirmar que si se dispuso o se efectivizó el objeto prendado con anterioridad al vencimiento de la obligación, el hecho ya no constituirá la figura penal en estudio, sino la más gravosa de retención indebida¹⁰⁶⁹, puesto que se han realizado actos de disposición sobre una cosa que se tiene por un título que produce obligación de entregar o devolver¹⁰⁷⁰. Y también será un caso de defraudación del artículo 173, inciso 2º, del Código Penal, la no restitución una vez que el deudor haya pagado la deuda, los intereses y las expensas hechas, porque en este caso el autor no se cobra una deuda con la disposición de la prenda, sino que se queda con una cosa que, luego del pago, debe devolver¹⁰⁷¹.

El poseedor de la prenda la tiene para fines claramente establecidos, y que resultan de la naturaleza y objeto con que se le constituyó

¹⁰⁶⁸ Ob. cit., t. III, p. 468, párr. 121.

¹⁰⁶⁹ Cabe recordar aquí lo dispuesto por los arts. 3229, Cód. Civ.: “El deudor no puede reclamar la devolución de la prenda, mientras no pague la deuda, los intereses y las expensas hechas”; 3228, Cód. Civ.: “El deudor debe al acreedor las expensas necesarias que hubiere hecho para la conservación de la prenda, aunque ésta pereciere después. El acreedor no puede reclamar los gastos útiles o de mejoras, sino aquellos que hubiesen dado mayor valor a la cosa”.

¹⁰⁷⁰ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. III, 2, p. 163, párr. 124; SOLER, ob. cit., t. III, párr. 121.

¹⁰⁷¹ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. III, 2, ps. 163/4, párr. 124.

el derecho. La separación de aquel fin se asemeja, pues, al delito del que distrae la cosa que se le ha confiado con cualquier otro objeto; pero la responsabilidad es necesariamente menor, porque el que enajena la prenda dispone hasta cierto punto de algo que le pertenece¹⁰⁷².

IV. Desnaturalización del cheque

Artículo 175, inciso 4º: “El acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco”.

1. *Antecedentes y finalidad*

Concuerdan los autores¹⁰⁷³ al explicar que la figura penal en estudio tuvo su origen en el proyecto de 1917, como agregado del diputado Rodolfo Moreno al proyecto de 1906.

La utilización de los cheques era complicada, dado que estos cartulares eran usados frecuentemente sin provisión de fondos, encontrándose así sus acreedores en serios problemas. Ingenuamente, el legislador creyó solucionar el problema con el tipo penal del artículo 302, que introdujo la figura penal del libramiento de cheques sin provisión de fondos o autorización para girar en descubierto. Esta disposición fue instada por el legislador Delfor del Valle, cuyo proyecto se convirtió luego en la ley 9077. Pero sucedió que los tribunales interpretaron que el hecho de extender un cheque sin provisión de fondos, sólo podía reprimirse como delito cuando ello constituyese simultáneamente una defraudación. Así fue como el diputado del Valle presentó otro proyecto en el que se reprimía el mero otorgamiento de un cheque sin provisión de fondos, estuviera éste vinculado o no al delito de defraudación¹⁰⁷³⁻¹.

¹⁰⁷² NÚÑEZ, ob. cit., p. 424, nota 66.

¹⁰⁷³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 426, y MALAGARRIGA, cit. por este autor en su nota 71 (t. II, p. 433); MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 470/471, párr. 103; SOLER, ob. cit., t. IV, p. 469, párr. 121, nota 26; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, 1, p. 165, párr. 124.

¹⁰⁷³⁻¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 470, se toma como base a este autor, a los efectos de la parte histórica.

El otro problema era que los prestamistas otorgaban créditos a cambio de la firma de cheques de fechas posteriores a los vencimientos de los préstamos, pues el tener la firma del cheque les aseguraba una doble vía de reclamo: la civil –juicio ejecutivo de cobro del cartular– y la penal –cheque sin fondos–.

Ello nuevamente provocaba una situación de abuso, pues estos acreedores intimidaban al pago a los firmantes de los cheques con la amenaza de denunciarlos penalmente por el delito de cheque sin fondos, obteniendo así, al decir de Soler¹⁰⁷⁴, la facultad de aprovecharse de las necesidades de un sujeto, creándose artificialmente un título garantizado con la prisión del deudor, siendo que ningún privilegio podía ser creado por esa vía.

Así lo señalaba la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, al decir: “Era frecuente que los prestamistas se hicieran firmar cheques con fecha en blanco o con fecha posterior a aquella en que verificaba el préstamo a los efectos de que, si no fueran pagados de la deuda contraída, pudieran usar el cheque como un arma, denunciando al firmante como expedidor de un documento doloso [...] El precepto, es sano y tiende a combatir las maniobras dolosas de la usura, que, amparada por la ley, había establecido la prisión por deudas”. Es también ilustrativo transcribir parte de los fundamentos del diputado del Valle, quien refiere que “el artículo 3º tiende a prevenir los abusos que al amparo de las penalidades de la ley venían cometiendo los que se dedican al comercio indigno de la usura. Al prestar dinero a sus apurados clientes, en vez de un documento de reconocimiento de la deuda, exigían el cheque, porque así adquirirían un instrumento de doble eficacia contra su deudor: la acción ejecutiva y la extorsión que producía el proceso criminal, desde que había firmado un cheque sabiendo que no tenía provisión de fondos”.

Entre los proyectos de reforma posteriores¹⁰⁷⁵ al Código, pueden citarse:

- El proyecto de 1937 (art. 220): situó la infracción en el título

¹⁰⁷⁴ Ob. cit., t. IV, p. 470, párr. 121.

¹⁰⁷⁵ Conf. FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, 1, 3, ps. 166 y 167, párr. 124.

de los delitos contra el patrimonio, como una figura de extorsión, que requería que el acreedor abusara de la situación del deudor, aceptando todo documento por el cual el deudor se reconociera autor de un delito o pudiera aparecer como tal. Así el artículo decía: “Se impondrá multa de cien a dos mil pesos, al acreedor que, abusando de la situación del deudor, exija o acepte, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un giro o cheque de fecha posterior o en blanco, o un documento cualquiera por el cual el deudor se reconozca autor de un delito o pueda aparecer como tal”¹⁰⁷⁶.

- El proyecto de 1941 (art. 153): dedicó un artículo especial a la usura, muy distinto del actual, referido al abuso de la apremiante necesidad ajena, castigando al usurero y al intermediario, y agravando las penas cuando el usurero o el intermediario fueran profesionales.
- El proyecto de 1951 (art. 243): reprodujo la fórmula del Código, suprimiendo las palabras “a sabiendas”; situando el hecho en el título de los delitos contra el patrimonio, en el capítulo de la usura.
- El proyecto de 1960 (art. 253): trazó una figura general por la que se castigaba la usura, cuando se aprovechare de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona, o se hiciese otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo; extendiendo la previsión al que, a sabiendas, transfiriera o hiciera valer un crédito usurario. La escala penal se aumentaba si el autor era prestamista o comisionista usurario profesional o habitual. La disposición se situaba en el Título VII, dedicado a los delitos contra la buena fe en los negocios.

Lo que no hicieron, ni ésa, ni leyes posteriores, es desincriminar la desnaturalización de cheques, como lo hacía el proyecto citado.

2. *Bien jurídico protegido*

Se discute en la doctrina si esta figura es por naturaleza una *defraudación*, si en realidad pretende reprimir la *usura*, o se asemeja más a la *extorsión*.

¹⁰⁷⁶ Transcripto por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob, cit., p. 417, párr. 103.

Núñez¹⁰⁷⁷, Soler¹⁰⁷⁸, Molinario y Aguirre Obarrio¹⁰⁷⁹ y Fontán Balestra¹⁰⁸⁰ están en desacuerdo con su *ubicación sistemática dentro de las defraudaciones*.

Núñez manifiesta que no se advierte cuál es el perjuicio que se le infiere a la propiedad del deudor, pues éste sólo puede quejarse de que, ejerciendo abusivamente su derecho, el acreedor ha obtenido o aceptado una seguridad ilegal de su crédito, susceptible de ser usada como un instrumento de coacción.

Molinario y Aguirre Obarrio manifiestan que aquí no hay engaño, ni se defrauda a nadie, ni se abusa tampoco de su confianza.

Fontán Balestra, por su parte, tampoco entiende cuál es el perjuicio patrimonial que del hecho resulta, ni su similitud con las defraudaciones.

Creus¹⁰⁸¹, quien tampoco pareciera estar de acuerdo con su ubicación sistemática, explica que se trata de una figura en la que el patrimonio del sujeto pasivo puede verse comprometido más de lo debido a causa del carácter ilegal de la seguridad obtenida por el acreedor, y que únicamente pensando de esa forma se podría justificar la colocación que se le ha otorgado en nuestros elencos penales.

En cuanto a su posible similitud con la usura y con la extorsión, Núñez dice que el inciso 4º del artículo 175 no pretendió reprimir la usura en sí, sino una conducta extorsiva¹⁰⁸² utilizada por los usureros, si bien esa idea no fue ratificada por la ley, desde que el delito se puede cometer por exigencia o aceptación del sujeto activo del delito, y éste puede ser cualquier acreedor, por cualquier tipo de obligación, aunque no haga profesión habitual de la misma y no se trate de un préstamo usurario, por los intereses o ventajas fijados, o por la situación de necesidad o de incapacidad del deudor.

Molinario y Aguirre Obarrio cuestionan la asimilación a esta fi-

¹⁰⁷⁷ Ob. cit., p. 427, nota 73.

¹⁰⁷⁸ Ob. cit., t. IV, p. 469, párr. 121.

¹⁰⁷⁹ Ob. cit., ps. 471/472, párr. 103.

¹⁰⁸⁰ Ob. cit., t. IV, 1, ps. 164 y 165, párr. 124.

¹⁰⁸¹ Ob. cit., p. 554, párr. 1277.

¹⁰⁸² Parece coincidir en ello Fontán Balestra (ob. cit., t. IV, 1, p. 165, párr. 124), cuando dice que se utiliza como garantía con fines extorsivos.

gura, pues si el acreedor sólo aspira a hacerse pago de su crédito, el hecho no puede calificarse como extorsión porque no hay perjuicio alguno al patrimonio de la víctima, y proponen como más acertada su inclusión dentro de los delitos de coacciones, si bien finalizan diciendo que el tipo hoy debería ubicarse en el capítulo de usura.

Soler, por su parte, entiende que se trata de reprimir una forma de extorsión usuraria.

Creus opina que en verdad el tipo del artículo 175, inciso 4° constituye un abuso de carácter extorsivo, en el que el acreedor, prevaliéndose de la situación de deudor de la víctima, procura asegurarse su crédito con la amenaza que constituye, para su libertad, la no atención del cheque cuando el mismo sea presentado al cobro. Que así es como se desnaturaliza el documento, dejando de lado su carácter de instrumento de pago para convertirlo ilegalmente en un *instrumento de seguridad*. Y finaliza diciendo que aunque el legislador haya pretendido reprimir un procedimiento extorsivo utilizado generalmente por los usureros (como hemos visto ya ut supra), esa finalidad no aparece concretamente corroborada en el texto legal, ya que cualquiera que sea el carácter del negocio creador de la obligación (usuario o no), el delito se puede cometer igualmente.

3. Tipo objetivo

a) *Nociones generales*

El delito consiste en la exigencia o aceptación por parte del acreedor, de un cheque o giro, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, que pueda ser oportunamente empleado como medio compulsivo, en cuanto mediante ese papel pueda plantearse el dilema entre el cumplimiento o la cárcel¹⁰⁸³.

Buompadre dice que difícilmente puede sostenerse que la norma logró sus propósitos en la práctica, y que es más, pareciera que no ha logrado ni siquiera aproximarse a los fines político-criminales que la han inspirado¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸³ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 470, párr. 121.

¹⁰⁸⁴ Ob. cit., p. 206, párr. 61.

Para la doctrina el delito es instantáneo y de peligro¹⁰⁸⁵. Lo primero, dado que se consume con la sola recepción del documento, y lo segundo, porque no es necesaria la existencia de un daño para que el delito tenga lugar. Millán¹⁰⁸⁶ y Soler¹⁰⁸⁷ sostienen, sin embargo, que el delito reviste el carácter de permanente. Núñez dice que no parece que ofrezca dificultad advertir que entregado y recibido el cheque, el acreedor deja de exigir o recibir, aunque lo mantenga en su poder y el cheque continúe siendo un posible instrumento de coacción. Por esto, precisamente, el delito es de efecto permanente.

b) *Presupuestos del delito*

La figura requiere: a) un cheque o giro (válidos); b) utilizados como documento, crédito o garantía; c) deben referirse a una obligación no vencida; d) debe existir una relación entre acreedor y deudor en la que una parte recibe el documento en garantía, en tanto que la otra contrae la obligación de hacer o no hacer o de dar alguna cosa (art. 496, Cód. Civ.)¹⁰⁸⁸.

Aun cuando los antecedentes de la norma demuestren que el propósito fue referirse a obligaciones de dinero, tal como el texto legal está redactado, la obligación alcanza también a las de hacer, no hacer o dar una cosa¹⁰⁸⁹.

c) *Acciones típicas*

Las acciones penadas por el tipo en estudio son: “exigir” o “aceptar” de su deudor.

Exigir es pretender o demandar imperativamente, conducta que da la idea de una actitud compulsiva, agresiva.

Aceptar es recibir o tomar pasivamente.

¹⁰⁸⁵ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 471, párr. 121; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, 2, 5, p. 169, párr. 124; BUOMPADRE, ob. cit., p. 211, párr. 61; CREUS, ob. cit., p. 554, párr. 1277; NÚÑEZ, ob. cit., p. 429, nota 79, en la cual cita coincidentemente a Millán.

¹⁰⁸⁶ Cit. por NÚÑEZ, p. 429, nota 79.

¹⁰⁸⁷ Ob. cit., t. IV, p. 471, párr. 121.

¹⁰⁸⁸ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, 2, p. 167, párr. 124.

¹⁰⁸⁹ Fontán Balestra (ob. y lug. cits.), quien cita en concordancia a Millán y Núñez.

Cualquiera de las dos acciones debe realizarlas el sujeto activo, quien, como ya hemos dicho, deberá exigir o aceptar del sujeto pasivo —el deudor—, a título de documento, crédito o garantía, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco, por una obligación no vencida.

d) *El cheque*

Molinario y Aguirre Obarrio¹⁰⁹⁰ comentan en su obra que, entre nosotros el cheque no ocupa el enorme valor económico y social que debería tener como instrumento de pago, y que es por eso que se ha abusado tanto de él. Que es justamente a la inversa de lo que ocurre en Europa, por ejemplo, en donde el uso del cheque se asimila al papel moneda y donde es aceptado como instrumento de pago, aun cuando el dador sea desconocido.

e) *Cheque o giro. Tipos de cheques*

Para la opinión ampliamente dominante, las expresiones “cheque” o “giro” son equivalentes.

Sin embargo, no opinan lo mismo Terán Lomas¹⁰⁹¹ y Damianovich de Cerredo¹⁰⁹², para quienes la palabra “giro” se refiere a instrumentos diversos del cheque, como letra u órdenes de pago libradas contra terceros o instituciones crediticias no bancarias.

Soler decía que, en la nota del artículo 240 del proyecto de 1960, se suprimió la palabra “giro” del texto original del artículo 302 del Código Penal, porque si se refería al giro bancario, ella carecía de todo sentido, y si se refería a una letra de cambio, la penalización de la falta de pago parecía demasiada interferencia de la ley penal en las relaciones crediticias¹⁰⁹³.

Núñez, por su parte, no distingue y habla de cheque o giro, lo

¹⁰⁹⁰ Ob. cit., ps. 470/471, párr. 103.

¹⁰⁹¹ Cit. por BUOMPADRE, ob. cit., párr. 61, nota 26; TERÁN LOMAS, Roberto A., *El cheque ante el Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986, ps. 61 y ss.

¹⁰⁹² Cit. por BUOMPADRE, ob. cit., párr. 61, nota 26.

¹⁰⁹³ BUOMPADRE, ob. cit., p. 207, párr. 61, nota 27; cit. por CONTRERAS GÓMEZ, Carlos A., *Delito de pago con cheque sin tener provisión de fondos*, VI Jornadas Nacionales de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Cuaderno N° 9, Santa Fe, 1983, p. 33.

que es acertado en cuanto elemento normativo del tipo¹⁰⁹⁴. Creus observa que ambos términos son sinónimos. La ley se refiere al documento que es una orden de pago librada por el deudor o un tercero, coloca a éstos en situación de responder penalmente por su no atención en el tiempo, de modo que puede ser la exigencia extorsiva¹⁰⁹⁵.

Existen dos tipos de cheques según, entonces, la nueva ley 24.452¹⁰⁹⁶, la cual los prevé en su artículo 1º: “Los cheques son de dos clases: I) cheques comunes; II) cheques de pago diferido”. *El cheque común* está regulado por el decreto-ley 4776/63 y sus leyes modificatorias 16.613 y 23.549, y al que se refiere el artículo 2º de la nueva ley. Esta denominación de cheque “común” responde solamente a la necesidad de diferenciarlo del nuevo cheque de pago diferido¹⁰⁹⁷.

El cheque consiste en una orden pura y simple de pagar una suma determinada de dinero (art. 2º, inc. 5º). Esta clase de documentos siempre son pagaderos a la vista (art. 23)¹⁰⁹⁸.

En cuanto al cheque de pago diferido, afirma Spolansky¹⁰⁹⁹ que estamos ante un caso de “pagaré de futuro”, y el riesgo de que sea cumplida o no la orden de pago forma parte de los asuntos naturales del mundo de los negocios. Se trataría así, en realidad, de la protección penal de un pagaré registrado en un banco. La doctrina comercial comparte este punto de vista. El cheque de pago diferido no es cheque –como no lo era el llamado “cheque del viajero”¹¹⁰⁰– sino que se trata de un instrumento de crédito similar –por no decir igual– a un pagaré domiciliario¹¹⁰¹. Asimismo, la entidad financiera sobre la que se libra

¹⁰⁹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 428.

¹⁰⁹⁵ CREUS, ob. cit., p. 562.

¹⁰⁹⁶ B. O. del 2-3-95, con las reformas introducidas por la ley 24.470 (B. O. del 13-1-97).

¹⁰⁹⁷ GÓMEZ LEO, ob. cit., p. 7, comentario al art. 1º, punto 1.a.

¹⁰⁹⁸ Datos agregados por BUOMPADRE, ob. cit., p. 208, párr. 61.

¹⁰⁹⁹ Cit. por BUOMPADRE, ob. cit., párr. 61, nota 28; SPOLANSKY, Norberto E., *Cheque diferido y delito*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 9 (separata), ps. 304 y ss.

¹¹⁰⁰ Arts. 50 a 53, decreto-ley 4776/63.

¹¹⁰¹ Arts. 4º, 29 y 103, decreto-ley 5965/63; BUOMPADRE, ob. cit., p. 208, párr. 61.

el cheque de pago diferido puede avalarlo (art. 54), garantía cambiaria inadmisibles en el cheque común, pues lo convertiría, en la práctica, en un billete de banco. Consecuentemente por no ser cheque no le son aplicables las sanciones previstas en el artículo 302 del Código Penal, no obstante lo que estableció el artículo 6° de la ley 24.452. Aquéllas no alcanzan en ningún supuesto al librador del pagaré¹¹⁰².

A esto se le suma que¹¹⁰³ la propia ley excluye, para la hipótesis de cheque de pago diferido, la aplicación del inciso 1° del artículo 302 del Código Penal¹¹⁰⁴ (libramiento de cheque sin provisión de fondos), con excepción de los demás incisos que sí son aplicables (art. 6°, Anexo II).

Buompadre¹¹⁰⁵ formula las siguientes conclusiones:

1) La exigencia o aceptación por parte del prestamista-acreedor de un cheque de pago diferido “con o sin aval del girado” no tipifica el delito del artículo 175, inciso 4°, del Código Penal, por las siguientes razones:

- a) Porque se trata de un pagaré;
- b) porque la ley excluye la aplicación del inciso 1° del artículo 302 del Código Penal, y
- c) porque, consecuentemente, no podría ser utilizado como medio de coacción en contra del librador.

2) El delito del artículo 175, inciso 4° sólo se configura en los casos de exigencia o aceptación de los ya comentados “cheques comunes”.

3) Si se trata de cheques comunes, la defraudación atenuada sólo resulta posible en la hipótesis de que pueda configurarse el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos (art. 302, inc. 1°, Cód. Pen.). Y agrega: el prestamista precisa, como se tiene dicho, de un instrumento que en el futuro pueda ser empleado como herramienta

¹¹⁰² BUOMPADRE, ob. cit., p. 209, párr. 61.

¹¹⁰³ BUOMPADRE, ibidem.

¹¹⁰⁴ BUOMPADRE, ob. cit., ps. 209/210, párr. 61.

¹¹⁰⁵ Molinario: El caso del cheque diferido está legalmente reglado y, por eso, no queda comprendido aquí. Estos cheques, que reclaman formularios especiales, no dan lugar a la comisión del delito de cheque sin fondos (art. 302, inc. 1°, Cód. Pen.) (ob. cit., p. 471, párr. 103).

de coacción, lo cual sólo es posible en los casos del inciso 1º del artículo 302 del Código Penal, ya que sólo si el librador del cheque carece de fondos en la cuenta corriente o de autorización para girar en descubierto, podrá sufrir la amenaza de un proceso penal cuya consecuencia más probable es el riesgo de la cárcel, riesgo que no puede suceder en los demás supuestos de la disposición referida.

La tenencia de un pagaré, como sería el caso del cheque de pago diferido sin aval bancario (recordemos que se trata de un instrumento de crédito), no genera ningún peligro al librador, salvo aquellos de carácter económico que pueden derivar de la propia obligación incumplida, pero nunca cabrá el riesgo de un proceso penal en su contra. Tampoco existe el delito si el cheque es de libreta ajena¹¹⁰⁶.

La cuestión depende del alcance que se le dé al artículo 302 del Código Penal, con referencia al cheque de pago diferido. Sin embargo la cuestión no es sencilla porque la ley habla de cheque o giro de fecha posterior o en blanco. Como siguen vigentes los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 302 del Código Penal, puede haber situaciones, especialmente la entrega de un cheque diferido, en blanco, que tipifique el delito del inciso 4º del artículo 175 del Código Penal. De manera que la opinión de rechazo frontal debería ser analizada desde esta perspectiva.

f) *La función del cheque como documento de crédito o garantía*¹¹⁰⁷

El artículo en estudio exige que el cheque o giro sean utilizados “a título de documento, crédito o garantía...”

La expresión *documento* está empleada en el sentido de documentar la operación realizada, es decir, sirve de prueba de la obligación no vencida, en reemplazo a los papeles que tienen esa función, de los cuales el más común es el pagaré.

Se lo da como *crédito* cuando constituye una seguridad más de una obligación documentada, a través de la concertación de otra, esto es, cuando se entrega como nueva documentación o reaseguro de una obligación documentada.

¹¹⁰⁶ BUOMPADRE, ob. cit., p. 210, párr. 61.

¹¹⁰⁷ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, 2, 2, p. 168, párr. 124; CREUS, ob. cit., p. 556, párr. 1279; NÚÑEZ, ob. cit., ps. 429/430.

El cheque *garantiza*, al constituir para el acreedor la seguridad de su deuda.

Todas ellas constituyen funciones que la ley no asigna al cheque, que es sólo un medio de pago.

g) *Cheque o giro “de fecha posterior” o “en blanco”*

El tipo penal exige la entrega de un cheque o giro de “fecha posterior” o “en blanco”.

Cheque o giro de fecha posterior: se da cuando la fecha del instrumento es posterior a la fecha del préstamo¹¹⁰⁸, del vencimiento de la obligación¹¹⁰⁹ o del momento en que se entrega al acreedor¹¹¹⁰. Buompadre, sin embargo, cree que carece de relevancia que la entrega se realice en el mismo momento en que se pacta la operación o con posterioridad a ella, siempre que sea hecha antes del vencimiento de la obligación¹¹¹¹.

Cheque o giro en blanco: es aquel que no tiene fecha de libramiento, dejando por tanto librada al tenedor su determinación. No interesa que se hayan dejado en blanco otras referencias del documento si la fecha no lo está, y la que se ha indicado corresponde al momento de la entrega o designa una fecha anterior a ese momento; si bien esto último no parece haberlo advertido con claridad la doctrina¹¹¹². Soler dice¹¹¹³ que el documento es en blanco cuando contiene espacios intencionalmente dejados para ser llenados después por persona distinta del otorgante, lo cual es una verdadera espada de Damocles que puede ser empleada no sólo al vencimiento, sino también para el cobro de intereses.

La obligación de pago no debe estar vencida, debiéndose entender

¹¹⁰⁸ BUOMPADRE, ob. cit., p. 207, párr. 61.

¹¹⁰⁹ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 471, párr. 121, quien agrega que ello, siempre que la fecha inserta sea posterior al préstamo; BUOMPADRE, ob. cit., p. 207, párr. 61; NÚÑEZ, ob. cit., p. 430, nota 85.

¹¹¹⁰ CREUS, ob. cit., p. 555, párr. 1279.

¹¹¹¹ BUOMPADRE, *ibidem*.

¹¹¹² En la opinión de CREUS, ob. cit., p. 555, párr. 1279.

¹¹¹³ Ob. cit., t. IV, p. 471, párr. 121.

el término “obligación” en el amplio sentido del artículo 496 del Código Civil, esto es, comprensivo de las obligaciones de dar, hacer y no hacer, ello más allá de que las más frecuentes en la práctica sean las obligaciones de dar sumas de dinero.

Cuando la obligación vencida es renovada o novada y al cheque se le hacen cumplir aquellas funciones con relación a la obligación renovada o con relación a la que ha sustituido a la anterior vencida, también se comete el delito.

Lo que este hecho reprime es la utilización del cheque como medio coactivo para asegurar su cumplimiento.

Si la obligación está vencida, no puede cometerse el delito, pues, en este caso, el documento funciona como lo que jurídicamente es, un medio de pago o de cancelación de una deuda; por consiguiente, no cabría el delito del inciso 4º. Pero comete el delito el que da un cheque en garantía o documentación del pago del precio de una venta que no debía pagarse al contado. También son obligaciones no vencidas las renovadas y las novadas.

En cambio, si el cheque fuera falso y dolosamente entregado, no se tipifica el delito del artículo 175, inciso 4º, ya que, según Núñez, no hay peligro de coacción¹¹¹⁴.

4. *Sujetos activo y pasivo*

Sujeto activo del delito es el acreedor, titular del crédito. Puede tratarse o no de un usurero, o de un prestamista habitual o profesional.

Sujeto pasivo es el deudor de la obligación. El cheque puede pertenecer a la cuenta de un tercero distinto del deudor de la obligación no vencida y, en ese caso, será aquél el sujeto pasivo del delito, aunque el cheque lo haya entregado el deudor propiamente dicho¹¹¹⁵.

5. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso; la expresión “a sabiendas” empleada por la ley así lo confirma.

¹¹¹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 430.

¹¹¹⁵ CREUS, ob. cit., p. 557, párr. 1281.

Soler¹¹¹⁶ interpreta que la redacción del tipo “a sabiendas” significa obrar con la intención de usar, eventualmente, el documento como arma extorsiva.

Para Núñez¹¹¹⁷, la fórmula legal demanda que el autor actúe deliberadamente, esto es, para valerse del cheque. Dice que el dolo del autor no puede estar constituido por otro designio que el de realizar o llevar a efecto el tipo legal, por lo que la ley no requiere que el acreedor exija o acepte el cheque abusando de la necesidad del deudor.

Creus¹¹¹⁸ entiende que el elemento subjetivo requiere el conocimiento cierto, por parte del autor, de las características del cheque y de la obligación, y de que aquél cumple, por consiguiente, funciones distintas de aquella para la cual fue creado legalmente.

Como consecuencia de este elemento subjetivo, sólo resulta admisible el dolo directo, quedando excluido el dolo eventual¹¹¹⁹.

6. *Consumación y tentativa*

El delito se consuma con la efectiva recepción del documento por parte del acreedor, ya que es en ese momento cuando nace el peligro para el patrimonio que entraña la garantía eventualmente extorsiva¹¹²⁰.

Se discute si es posible la tentativa en este delito. Núñez¹¹²¹ la admite, diciendo que sería el caso de la exigencia del agente por parte del acreedor, sin lograr su entrega; otros, como Soler¹¹²², la niegan, por tratarse de una figura de peligro y de carácter permanente.

¹¹¹⁶ SOLER, t. IV, p. 471, párr. 121; en igual sentido FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, 3, p. 170, párr. 124.

¹¹¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 431.

¹¹¹⁸ Ob. cit., ps. 556/557, párr. 1289.

¹¹¹⁹ BUOMPADRE, ob. cit., p. 211, párr. 61.

¹¹²⁰ SOLER, ob. cit., t. IV, párr. 121; NÚÑEZ, ob. cit., p. 429; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, 2, 1, p. 168, párr. 124; BUOMPADRE, ob. cit., p. 211, párr. 61, y CREUS, ob. cit., p. 555, párr. 1279.

¹¹²¹ Ob. cit., p. 429.

¹¹²² Como ya se comentara anteriormente este punto (ob. cit., t. IV, p. 471, párr. 121).

7. *Desnaturalización del cheque (art. 175, inc. 4º, Cód. Pen.) y libramiento de cheque sin provisión de fondos (art. 302, inc. 1º, Cód. Pen.)*

Con relación al librador del cheque (deudor de la obligación), se ha planteado en doctrina el problema de si es posible su comisión con el delito del artículo 302, inciso 1º, del Código Penal.

Para la opinión dominante, ello es posible. Siguen esta posición, entre otros, Núñez, Soler¹¹²³, Gómez, De la Rúa y otros¹¹²⁴.

Así, dice Núñez que debe tratarse de un cheque válido cuya entrega sea susceptible de caer en el artículo 302, y que si el cheque exigido o aceptado resultara falso y dolosamente entregado, tal exigencia no comportaría el delito de defraudación previsto en el artículo 175, inciso 4º, pues en tal caso no se habría creado para el dador el peligro alguno de ser coaccionado.

Borinsky¹¹²⁵ explica que el artículo 302, inciso 1º se refiere al libramiento irregular de un cheque, cualquiera sea el título que determinó su emisión: “El que dé en pago o entregue por cualquier concepto...” Manifiesta que la conclusión no varía cuando se da el caso de que el cheque ha sido exigido o aceptado con fecha posterior o en blanco y a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida (art. 175, inc. 4º). Especifica entonces, que no media entre ambos delitos ninguna relación concursal, pues el concurso significa la actuación de un único agente que produce varios resultados típicos. Y que tampoco existe un concurso aparente entre tales disposiciones, pues se trata de dos acciones diversas y, además, el enjuiciamiento de los hechos no puede ser realizado en plenitud a través de uno solo de los modelos delictivos. Agrega que la diversidad de los bienes jurídicos protegidos justifica la incriminación autónoma de dos acciones independientes, y que la delictuosidad de una no compensa la ilicitud de otra.

La postura contraria está sostenida por Fontán Balestra¹¹²⁶, Mi-

¹¹²³ Ob. cit., t. IV, p. 471, párr. 121.

¹¹²⁴ Cit. por BUOMPADRE, ob. cit., p. 211, párr. 61.

¹¹²⁵ BORINSKY, Carlos, *Derecho Penal del cheque*, Astrea, Buenos Aires, 1973, párrs. 58 y ss., ps. 90 y ss.; ps. 94/95, párr. 61.

¹¹²⁶ Ob. cit., t. IV, 1, 2, p. 166, párr. 124.

llán¹¹²⁷, Damianovich de Cerredo, Terán Lomas, Bacigalupo¹¹²⁸ y Buompadre. En efecto¹¹²⁹, en la hipótesis del artículo 175, inciso 4º, al desnaturalizarse el cheque, no se puede dar lugar al delito del artículo 302.

El cheque desnaturalizado, dice Bacigalupo, debe ser entregado por un motivo lícito; el cheque desnaturalizado no es cheque, justamente porque se lo utiliza como instrumento de crédito y no como instrumento de pago, que es la única forma penalmente protegida¹¹³⁰.

Millán distingue dos situaciones: si el cheque es dado en garantía sin que concurren las circunstancias del artículo 175, inciso 4º, existe el delito del artículo 302. De mediar éstas, el libramiento irregular no constituye el delito.

JURISPRUDENCIA

Configuración del delito

Comete el delito previsto en el artículo 175, inciso 4º, del Código Penal quien recibe como garantía de un mutuo un cheque posdatado, no pudiéndose aceptar la ignorancia del derecho alegada por ser un procedimiento común en el comercio. El error de Derecho Penal no excusa nunca, ya que es una exigencia política que se presume en el ciudadano el conocimiento de la ley represiva, que por lo demás es deber de cada uno conocer.

CNCCorr., sala II, 1-4-82, "Ferrari, M. S."

El cheque no es un instrumento de crédito, como lo exige el artículo 297 del Código de fondo. Cuando se pretende usarlo como tal, con fecha posterior o en blanco, se comete el delito de desnaturalización del cheque (art. 175, inc. 4º, Cód. Pen.). En nuestro ordenamiento jurídico vigente el cheque sólo puede ser un instrumento de pago;

¹¹²⁷ Cit. por BORINSKY, ob. cit., ps. 90/91, párr. 59.

¹¹²⁸ Cit. por BORINSKY, ob. cit., p. 90, párr. 59, nota 64.

¹¹²⁹ Explica BUOMPADRE, ob. cit., p. 211, párr. 61.

¹¹³⁰ Cit. por BORINSKY, ob. cit., ps. 90/91, párr. 59, nota 64, y FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, 1, 2, p. 166, párr. 124.

como tal no se ajusta a las previsiones del artículo 297 del Código Penal y por ende ha quedado excluido de la equiparación allí establecida a los efectos de la pena.

Disidencia del doctor Elbert: Con la ley 23.549, los cheques librados al portador se han transformado en títulos de crédito susceptibles de ser encuadrados en las previsiones del artículo 297 del Código Penal, por ser documentos que permiten ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo, al reunir los requisitos de necesidad, literalidad o autonomía. La prohibición de endosos, impide considerar como título de crédito a los cartulares nominativos, ya que sólo son transferibles por vía de cesión de crédito. El cheque nominativo ha pasado a ser un título impropio, cuya transferencia no produce efectos cambiarios. Los cheques al portador, por el contrario, sólo han sido limitados en cuanto al monto y a la posibilidad de endosarlos, pero nada ha cambiado en cuanto al régimen de circulación y transferencia mediante simple entrega. Cada adquirente sucesivo queda legitimado para ejercer los derechos emergentes, con la sola presentación del documento, y demuestra la calidad de título de crédito de esos papeles, por su circulación de modo cartular, conclusión avalada por el artículo 19 del nuevo régimen legal del cheque, que ha excluido los nominativos del derecho cartular pero refiriéndose de modo expreso a la autonomía del cheque al portador.

CNCCorr., sala VI, 17-5-90, "Camjalli, A."

El artículo 175, inciso 4º, del Código Penal, reprime al que utiliza al cheque como instrumento que puede ser empleado como medio compulsivo (opinión personal del juez Rodríguez Villar).

SCJBA, 13-11-84, "D., A. s/Inf. art. 175, inc. 4º, del Cód. Pen."

El delito del artículo 175, inciso 4º, del Código Penal, puede cometerse por exigencias o aceptación del sujeto activo. A los fines del delito previsto en el artículo 175, inciso 4º, del Código Penal, puede tratarse de cualquier tipo de acreedor y de obligación, aunque no consista en un préstamo usurario.

SCJ de Mendoza, sala II, 30-3-89, "Guajardo, Aníbal", J. A. 1989-III-472

La ley no tolera aceptar un cheque posdatado como documento de una deuda no vencida: a esto lo erige como ilícito penal, según el Código Penal, artículo 175, inciso 4°.

CNCom., sala D, 8-6-87, "Productos Alimenticios Novo SA c/Molinos Harineros Colombia SA", J. A. 1987-III-36

Si la aceptación de un cheque en blanco puede constituir un delito (art. 175, inc. 4°, Cód. Pen.), de comprobarse tal hecho el instrumento no puede recibir el apoyo de la preceptiva de Derecho Privado admitiendo su carácter de título ejecutivo.

CNCom., sala B, 20-9-82, "Carolei, Roberto A. c/Lorenzo, Alberto L.", J. A. 1984-I-561

Casos que no configuran el delito

No puede considerarse como confesión de la figura descrita en el artículo 175, inciso 4°, del Código Penal, al simple reconocimiento del procesado de haber recibido los cheques con fechas en blanco y posdatadas en "garantía" si no surge la admisión de una conducta dirigida a utilizar los cheques como medio de coacción (del voto en disidencia del juez Rodríguez Villar).

SCJBA, 13-11-84, "D., A. s/Inf. art. 175, inc. 4°, del Cód. Pen."

Si los cheques exigidos por el acreedor al deudor en garantía de una obligación resultan falsos y dolosamente extendidos, tal exigencia no comporta en delito previsto en el artículo 175, inciso 4°, pues en tales circunstancias no se crea para quien los da el peligro de ser coaccionado a su pago por la amenaza de un proceso criminal, requisito implícitamente exigido como elemento de dicha especie de defraudación.

Fallo cit. por BUOMPADRE, en J. A. 1955-I-55.

Cheques

La norma de la ley 24.760 en cuanto establece que no se considera cheque a la fórmula emitida con fecha posterior a la fecha de su presentación al cobro o depósito, es aplicable al cheque posdatado

emitido durante la vigencia del texto de la ley 24.452, en virtud del principio de la ley penal más benigna (art. 2º, Cód. Pen.).

La ley penal más benigna es la que en la situación jurídica en que se encuentra el interesado, lo favorece o lo hace en mayor medida, sea porque el hecho imputado, objeto de la condena, ha dejado de ser delictuoso o contravencional, sea porque castiga menos severamente o se ponen mayores exigencias para castigarlo o menores para reprimirlo más benignamente o para eximirlo de la pena o acordarle un beneficio.

La mayor o menor benignidad respecto de la situación en que se encuentra el imputado o condenado, resulta no sólo de la comparación de los preceptos de una ley penal vigente con la ley penal posterior, sino que resulta de la mayor benignidad de la situación penal creada por una nueva ley penal respecto de la situación penal del imputado o condenado con arreglo a la ley anterior.

Si el tipo penal está condicionado por disposiciones que no son de Derecho Penal, sino que pertenecen a otras ramas del Derecho Civil, Comercial, Administrativo, etcétera, las variaciones de ese Derecho deben también considerarse comprendidas dentro del sistema de retroactividad de la ley más favorable al imputado, puesto que el Código Penal no se refiere a la ley penal, sino a la ley en general.

Encuadra en el artículo 302, inciso 1º, del Código Penal, el libramiento de cheques posdatados si al momento de la presentación del cobro de los cartulares en los bancos girados tenían plena validez –como órdenes de pago puras y simples– conforme a las disposiciones del artículo 23, ley 24.452, sin que hubiera transcurrido al momento de su presentación al cobro del plazo del artículo 11 de la ley 24.760 (del voto en disidencia del Dr. Madueño).

CNCas.Pen., sala II, 15-10-99, “B., J. D.”, J. A. del 4-4-2001, N° 6240, ps. 37 y ss.

El hecho investigado en autos consiste en que los responsables de la empresa “Dilima SA” entregaron a la firma “Fábrica Argentina”, a cambio de mercaderías, distintos cheques de pago diferido que, al ser presentados para su cobro, fueron rechazados por falta de fondos y por hallarse la cuenta cerrada.

Así las cosas, tal y como lo ha sostenido esta sala (causa 45.918,

“Schain de la Lastra Barroso”, del 29-12-99), el hecho de que las víctimas acepten cheques posdatados, implica una operación a crédito, y no al contado; circunstancia ésta que tipifica la conducta investigada como la de libramiento de cheque dado en pago o entregado, tanto sin provisión de fondos, como a sabiendas de que no podrá ser legalmente pagado al tiempo de su presentación ante el banco girado, previstos y sancionados por los incisos 1º y 2º del artículo 302 del Código Penal.

CNCCorr., sala I, 11-10-2000, “Martínez, Rodolfo Fernando”, c. 13.938, incompetencia, interloc. 21/165

La entrega de un cheque posdatado, que no pudo ser cobrado por tener la misma fecha de libramiento y de pago, encuadran prima facie, en las previsiones del artículo 302 del Código Penal.

CNCCorr., sala I, 22-12-2000, “Hoffer, Bernardo”, c. 14.062, incompetencia, interloc. 36/123

Entiende esta sala, que en el caso de recepción de cheques posdatados no puede sostenerse la existencia de una simultaneidad en las contraprestaciones, donde los documentos aparezcan como integrantes del ardid o engaño, que llevaran a error a la víctima que los recibiera, la que al percibirlos en esas condiciones le otorga un crédito al librador, circunstancia que desplaza el tipo del artículo 172 del Código Penal.

CNCCorr., sala I, 31-10-2000, “Sachs, María Cristina”, c. 14.680, competencia, interloc. 24/131

Tipo subjetivo

La figura legal del artículo 175, inciso 4º, del Código Penal, no requiere una operación más o menos usuraria y ni siquiera la concurrencia de intereses; tampoco la finalidad de ejercer presión sobre el deudor; la expresión “a sabiendas” remite al resto de los elementos del tipo y no a conceptos externos al mismo.

SCJBA, 13-11-84, “D., A. s/Inf. art. 175, inc. 4º, del Cód. Pen.”

Respecto del delito previsto en el artículo 175, inciso 4º, del Código Penal, el relato del procesado no deja de constituir confesión por

no contener el reconocimiento de operaciones usurarias ni de proponerse presionar a los deudores, ya que ninguna de ambas circunstancias pertenecen al tipo penal en cuestión que, en consecuencia, no resulta inaplicable a hechos que no posean aquellos componentes.

SCJBA, 13-11-84, “D., A. s/Inf. art. 175, inc. 4º, del Cód. Pen.”

A los fines de la configuración del delito incriminado en el artículo 175, inciso 4º, del Código Penal no basta con la mera entrega o aceptación de un cheque de fecha posterior, sino que es necesario probar la intención del portador de usar ese documento como arma extorsiva.

CNCom., sala C, 20-2-87, “Establecimientos Klockner SA c/Establecimientos Metalúrgicos Salguero SA”, J. A. 1987-III-32

Competencia

1) Conforme a la doctrina sentada en el plenario de este tribunal “Seni, R.” (31-3-60), “si durante la sustanciación de un sumario por infracción al artículo 302 del Código Penal, apareciera prima facie que el cheque fue exigido o aceptado en las condiciones indicadas en el artículo 175, inciso 4º [...] ambos hechos deben ser investigados por un mismo juez”. Aunque hoy día haya perdido eficacia vinculante el precedente, parece indiscutible en el plano dogmático su correspondencia con las reglas de prórroga de competencia por conexidad objetiva que introdujo la ley 19.271, situación que se adscribe a la economía del inciso e, del artículo 37, del Código Procesal Civil. 2) Cuando la magistratura nacional en lo Penal Económico interviene en el juzgamiento de un hecho que encuadra prima facie en el artículo 302 del Código Penal, lo hace en su carácter de tribunal ordinario de la Capital, o sea que el caso debe ser resuelto con arreglo a la directiva del artículo 38 del Código Procesal Civil, debiendo intervenir la justicia en lo Penal Económico.

CNCCorr., sala V, 16-11-82, “De Benedictis, A.”

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37, inciso e, del Código de Procedimiento en lo Criminal, el juez de instrucción, que previno

en la causa y tiene competencia más amplia que el juez en lo Penal Económico, debe conocer del proceso en que se habrían “cometido recíprocamente” los delitos de libramiento de cheque sin provisión de fondos y defraudación (art. 175, inc. 4º, Cód. Pen.).

CSJN, 1974, “Barbero, Norberto E.”, *Fallos*: 289:74

Si de las constancias de autos y de las declaraciones, corroboradas por la fecha de libramiento del documento, surge que se estaría en presencia de una infracción al artículo 302, incisos 1º y 2º, del Código Penal, deberá conocer de la causa el tribunal con competencia territorial sobre el domicilio del banco girado, y si resulta posible que se haya cometido el delito del artículo 175, inciso 4º, del Código Penal, corresponde promover la pertinente investigación (art. 164, Código de Procedimientos en Materia Penal), remitiendo fotocopia de las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional para que determine el juzgado que debe conocer de la presunta infracción al artículo 175, inciso 4º.

CSJN, 1980, “Rocca, Juan Domingo”, *Fallos*: 302:557

Atento que en el caso la competencia para conocer de la presunta infracción del artículo 302, inciso 3º, del Código Penal –cheque con contraorden de pago maliciosa– ha sido aceptada por la justicia en lo Penal Económico, en razón de la especialidad de este fuero no corresponde la aplicación de las reglas de la conexidad a su favor, por lo que debe declararse la competencia de la justicia nacional en lo Criminal de Instrucción para conocer de la violación al artículo 175, inciso 4º, del Código Penal.

CSJN, 1982, “Rivera, Luis Elbio”, *Fallos*: 304:316

Si de la querella surge la posible comisión del delito previsto en el artículo 175, inciso 4º, del Código Penal, la Corte tiene atribuciones para resolver la competencia a su respecto, aun cuando no haya sido este hecho motivo expreso de la contienda.

CSJN, 9-8-88, “Aranda, Humberto Rubén y Lugo, Martha Noemí s/Querella c/Mario Niessner por presunta infr. art. 172, del Cód. Pen.”, *Fallos*: 311:1388

Cabe declarar que corresponde investigar el delito previsto en el artículo 175, inciso 4º, del Código Penal al juez en cuya jurisdicción se produjo la exigencia del cheque en garantía, en cuyo juzgado ya tuvo radicación el sumario, aunque dicho juez no haya intervenido en la contienda.

CSJN, 9-8-88, “Aranda, Humberto Rubén y Lugo, Martha Noemí s/Querella c/Mario Niessner por presunta infr. art. 172, del Cód. Pen.”, *Fallos*: 311:1388

Artículos 175, inciso 4º, y 302 del Código Penal

Los delitos tipificados en los artículos 302 y 175, inciso 4º, del Código Penal, son figuras coexistentes, en el sentido de que los diversos tipos del primero no son excluidos cuando el cheque es entregado en las circunstancias del segundo. No media entre ambos delitos una relación concursal ni un vínculo que disponga el desplazamiento de un tipo por el otro, pues se trata de dos acciones diversas y, además, el enjuiciamiento de los hechos no puede ser realizado en plenitud a través de uno solo de los modelos delictivos.

SCJ de Mendoza, sala II, 30-3-89, “Fiscal c/Guajardo, Aníbal s/Libramiento de cheque sin provisión de fondos. Casación”

El delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos (art. 302, Cód. Pen.), se configura no obstante la eventual comisión, por parte del acreedor que lo recibe, del delito previsto por el artículo 175, inciso 4º, del Código citado.

SCJ de Mendoza, sala II, 6-10-69, “Fiscal c/Robello, Nacarato y otros por cheques sin fondos. Casación”

Los diversos tipos del artículo 302 del Código Penal no son excluidos cuando el cheque se entrega en las circunstancias del artículo 175, inciso 4º.

SCJ de Mendoza, sala II, 30-3-89, “Guajardo, Aníbal”, J. A. 1989-III-472

Sólo resulta excluido el artículo 302 del Código Penal cuando por la circunstancia en que el cheque se exige (art. 175, inc. 4º, Cód.

Pen.) haya una coacción o un estado de necesidad: artículo 34, incisos 2º y 3º, del Código citado.

SCJ de Mendoza, sala II, 30-3-89, "Guajardo, Aníbal", J. A. 1989-III-472

La protección que el legislador acordó a los cheques privados surge con claridad de las penas establecidas en los artículos 175, inciso 4º, y 302 del Código Penal, con relación a la desnaturalización de esos instrumentos o pago con uno de ellos cuando carece de provisión de fondos, respectivamente. Y, si como es un criterio constante, las penas tienen importancia para discernir el valor del bien jurídico tutelado, aparece claro que, ante nuestra ley, el cheque no posee la misma entidad que la moneda. Por lo demás el cheque, pese a poseer naturaleza privada y ser esencialmente un instrumento de pago a breve plazo, pertenece a la categoría de los títulos de crédito al portador o transmisible por endoso, y encuentra incriminación en la figura del Código Penal, artículo 297. En virtud de tal aseveración es que la falsificación de cheque se perfecciona en el momento del uso y no en el de su confección o en el de la fecha que se inserta en él.

CNFed.CCcorr., sala II, 12-12-86, "Alvis, Osvaldo A.", J. A. 1987-III-565

En el fallo "Tavelli" de la CSJN, se afirmó que la ley penal persigue asegurar el valor del cheque como instrumento de la circulación comercial. Que por ello castiga tanto al que libra un cheque sin provisión de fondos o autorización para girar en descubierto, entregándolo en pago o por cualquier concepto, como al acreedor que a sabiendas exige o acepta de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque de fecha posterior o en blanco. Así, sostuvo que no aparecía vulnerada la garantía de la defensa en juicio, aunque la prueba ofrecida por el librador de un cheque sin fondos hubiera sido eficaz para acreditar que su denunciante y acreedor había violado el artículo 174, inciso 4º, pues esto era absolutamente ineficaz para excluirlo de responsabilidad penal

Fallos: 182:234¹¹³¹

¹¹³¹ Cit. por BORINSKY, ob. cit., ps. 92/93, párr. 60.

Diferencia del delito de desnaturalización de cheque con la usura

El artículo 175, inciso 4º, del Código Penal, posee un ámbito distinto del correspondiente al artículo 175 bis del Código Penal, de modo que no debe ser interpretado en función del delito de usura. Mediante sus previsiones sobre la llamada desnaturalización del cheque la ley penal lleva su protección a zonas periféricas al bien jurídico tutelado, técnica por otra parte usual en el sistema.

SCJBA, 13-11-84, “D., A. s/Inf. art. 175, inc. 4º, del Cód. Pen.”

CAPÍTULO IV BIS

USURA

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Consideraciones previas. III. Bien jurídico protegido. IV. Tipo objetivo. 1. Usura propiamente dicha. a) Aspectos generales. b) La desproporción de las prestaciones. 1) Intereses usurarios. 2) Ventajas pecunarias. 3) Garantías extorsivas. c) La situación de debilidad de la víctima. 1) La necesidad. 2) Ligereza. 3) Inexperiencia. d) El autor y el aprovechamiento de la situación de la víctima. e) La desproporción. 2. Negociación de crédito usurario. 3. Agravantes. V. Tipo subjetivo. VI. Consumación y tentativa.

El artículo 175 bis del Código Penal establece: “El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciera dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de tres mil a treinta mil pesos.

”La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciera valer un crédito usurario.

”La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de quince mil a ciento cincuenta mil pesos, si el autor fuere prestamista o comisionista profesional o habitual”.

I. Antecedentes

El delito de usura, legislado hoy en el artículo 175 bis del Código Penal de la Nación, fue introducido por el decreto-ley 18.934 en el

año 1971, ratificado por la ley 20.509, y modificado por la ley 24.286, en lo que hace a los montos de la multa.

En 1921, el legislador pretendió reprimir esta conducta con una especial figura de estafa, pero no fue suficiente.

El proyecto de Coll y Gómez de 1937, en el artículo 229 disponía: “Se impondrá prisión de un mes a un año o multa [...] al que en forma habitual, mediante préstamos en dinero aunque sea disimulado con el aspecto de otra clase de operaciones, cobre intereses usurarios o al que en la misma forma procurare préstamos cobrando por su intervención comisiones usurarias para sí o para terceros”.

El proyecto de Peco de 1941 (art. 153) imponía pena: “para el que abusare de la apremiante necesidad de una persona, realizare cualquier préstamo, aun encubierto con otra forma contractual a cambio de intereses u otras ventajas evidentemente desproporcionadas para sí u otro”.

En el proyecto de 1943 el Instituto Argentino de Estudios Legislativos proyectó un artículo que establecía: “el que aprovechar el estado de apremio económico de una persona, se hiciere prometer o dar intereses usurarios por cualquier préstamo, aunque sea disimulado con el aspecto de otro contrato, será reprimido [...] La misma pena se aplicará al que procurare algún préstamo en las condiciones del artículo anterior lucrando con su intervención y al que pidiere para sí o para otros un préstamo usurario para enajenarlo o hacerlo valer contra el obligado”.

El proyecto el Poder Ejecutivo de 1951 (art. 241): “al que aprovechando el estado de apremio económico de una persona se hiciere prometer o dar excesivos intereses por cualquier préstamo, aunque el acto se disimule bajo formas de otra estipulación”.

El proyecto del Ejecutivo de 1953 (art. 266): “al que por sí o por interpósita persona se hiciere entregar o prometer intereses u otros beneficios de carácter patrimonial desproporcionados al préstamo realizado, aunque éste se disimule bajo otra forma contractual, se le impondrá prisión de [...] Las mismas penas se impondrán en el caso respecto al que con ánimo de lucro gestionara para otro un préstamo

de las condiciones de los párrafos anteriores y al que con el mismo propósito adquiriera o vendiera a sabiendas un crédito usurario”.

El proyecto de Soler, de 1960: “El que aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona, le hiciera dar o prometer en cualquier forma, para sí o para otros, intereses o ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación u otorgue recaudos o garantías de carácter extorsivos, será reprimido [...] La misma pena es aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciera valer un crédito usurario”. La pena se agravaba si el autor era prestamista o comisionista usurario profesional¹.

Luego la usura apareció en códigos de faltas a nivel provincial. Y, de hecho, fue recién el decreto-ley 18.934, al cual vino a ratificar la ley 20.509 que regulara esta figura, el que le dio autonomía legal como delito penal a nivel nacional al hecho que nos ocupa². Vale transcribir parte de la nota al Poder Ejecutivo que acompañaba el proyecto de decreto-ley 18.934: “Por el proyecto de ley adjunto, que tenemos el honor de elevar a consideración de V. E., se introduce dentro del régimen jurídico penal la represión de la usura. Llénase, con ello, un notorio vacío de nuestra legislación, señalado reiteradamente por la opinión de insignes tratadistas. Al respecto cabe recordar los siguientes conceptos vertidos por Eusebio Gómez, en su *Tratado de Derecho Penal* (t. IV, p. 325): ‘Para combatir la práctica de la usura no bastan, por cierto, ni las sanciones de la moral, ni las del Derecho Civil. La usura lesiona al sentimiento moral medio de la colectividad. Su represión se impone, así, en términos ineludibles’.

”La misma tesis ha sido sostenida por Carrara, Ferri y Rocco y, entre nosotros, ha sido recogida en los anteproyectos de Código Penal de Coll-Gómez, de 1937, de Peco, de 1940 y en el de Soler, de 1960. De este último se ha recogido la figura incriminatoria proyectada.

”La ley cuya sanción propiciamos contribuirá eficazmente, con otras complementarias que están a estudio y con las medidas de orden

¹ En todo este tema hemos seguido el libro de MASNATTA, Héctor y BACI-GALUPO, Enrique, *Negocio usurario*, Astrea, Buenos Aires, 1972, ps. 155/200.

² CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. 1, p. 557.

económico y financiero que el gobierno de la Revolución Argentina ha anunciado, a combatir una actividad que repugna al sentimiento cristiano y a la vocación de justicia social de nuestro pueblo...” Este decreto-ley del año 1971 –dictado en su momento con nombre de ley– fue ratificado en 1973 por la ley –ahora en sentido estricto– 20.509, la cual en su artículo 4º convirtió en ley de la Nación “el artículo 175 bis sancionado por la llamada ley 18.934”.

La disposición vigente regula la usura en un solo artículo y abarca dos figuras básicas –la usura propiamente dicha y la negociación de crédito usurario– y una agravante común para los dos primeros tipos penales.

Según Bacigalupo, ha predominado en los antecedentes la idea de aprovechamiento de la víctima que se encuentra en una situación de necesidad, ligereza o inexperiencia³. Las fuentes extranjeras de la ley han sido para Bacigalupo, el Código Penal alemán, parágrafos 302 a, al 302 e.

II. Consideraciones previas

El término *usura* proviene del latín *usus*, vocablo que a su vez viene de *uti* y de allí su sentido: uso y útil, uso y utilidad, esto es, el precio por el *usus* del capital. De manera que en su origen, la palabra *usuræ* “solo significó el interés por el uso de la cosa prestada, sin carga peyorativa como señala Spota”⁴.

En latín antiguo se utilizaba el término *usura* para referirse a un préstamo, aunque luego comenzó su uso peyorativo y siempre vinculado a un exceso. El préstamo al principio era gratuito, y se cobraba interés tan sólo a extranjeros del pueblo. Por eso, cuando se pasó a cobrar un interés indebido en casos de deudores locales, el término ganó una connotación negativa⁵.

La legislación mosaica reprimió la usura: “No le impondrás usura”, dice el Éxodo⁶. Y en general se vio a la usura como un robo. Masnatta

³ BACIGALUPO, ob. cit., p. 160.

⁴ MASNATTA, ob. cit., p. 18.

⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., p. 473.

⁶ Cap. XXII, vers. 25.

cita el Talmud: “En el caso del préstamo a interés, el crédito es nulo; están considerados como cómplices el escribano que hace el acto y el fiador. Si das dinero prestado no impondrás usura porque los usureros son como derramadores de sangre. Es igual pecado tomar usura de un judío, como de un no judío. Los usureros no pueden ser testigos ante la justicia”⁷.

El cristianismo pareció estar contra la usura, pero con posterioridad, la Iglesia fue oscilante en el punto, tal como lo ha puesto de resalto Masnatta, especialmente en la Encíclica *Vix Pervenit* (1745) del Papa Benedicto XIV, quien en principio condenó a la usura, pero empezando a admitir que se gane más que el capital prestado. Con ello se logran diferenciar tres tipos de intereses: el compensatorio, el punitivo o moratorio y el lucrativo, que desencadena en el canon 1543 del Código de Derecho Canónico, que tiene según el autor citado dos reglas:

- a) Cuando se hace un préstamo de cosas fungibles, no se puede pretender ganancias por el solo hecho de haberlas prestado.
- b) No es ilícito estipular un interés o retribución siempre que sea moderado, cuando hay un justo título que lo fundamente⁸.

A partir del desarrollo de capitalismo y la libertad económica, es claro que el delito de usura perdió terreno, en tanto y en cuanto se fijó la idea esencial de que es el mercado el que pone precio a las cosas. Pero contrariamente a esto surgió un sistema regulatorio, que fijaba un máximo del monto de interés.

Este delito es y siempre ha sido algo controvertido. La libertad de contratar y la invasión al dominio de la moral son los principales fundamentos por los que sectores doctrinarios interdisciplinarios intentan oponerse a la penalización de la conducta. A esta postura otros responden con el argumento de la falta de libertad que existe en las circunstancias de este delito, ya que hay un vicio en la libertad de decisión y, por tanto, la penalización es recomendable y justificada, quizás por necesidad.

Como conclusión al problema nos parece interesante, tal como el propio Masnatta lo hizo, citar a Peco, que da la síntesis de estas po-

⁷ MASNATTA, ob. cit., p. 22.

⁸ Íd., p. 36.

siciones: “Contra la erección de la usura en delito se levanta la libertad de contratar, la invasión al dominio de la moral, la tutela impertinente del Estado, el incentivo a la simulación en los contratos, el fomento del alza de interés pecuniario, el riesgo de desamparar a los necesitados, la imposibilidad de conjurar el delito con la represión, la dificultad para trazar sus confines, las diferencias doctrinales entre los propugnadores de que sea sancionable. La libertad de contratar no es un salvoconducto para la comisión de actividades antisociales; la moral termina sus fronteras en la zona de peligrosidad; el Estado no debe complicarse con la avidez desapoderada pronta a cebarse con las penurias humanas; la simulación de los contratos no es inaccesible al desenmascaramiento; el temor a los riesgos es aleatorio y fuerza a la energía más que a la blandura; la sanción no se propone extirpar, sino morigerar la usura, fuera de que casi todos los delitos perduran; la injuria y la defraudación son delitos de límites jurídicos tan movedizos como el préstamo usurario; las discrepancias entre los intérpretes dejarían en blanco muchas páginas del Código Penal”⁹.

Importa por último al propio Masnatta, quien tiene una versión propia del porqué de la lucha contra la usura: “El violento ataque contra la usura importa, en realidad, postular la supeditación del capital de préstamo al capital industrial, afirmar la necesidad de que todas las reservas de dinero se concentren y lancen al mercado a través del régimen bancario que despoja al capital usurario de su monopolio”¹⁰, y concluye con una cita de Marx: “El Estado ejerce su violencia contra el capital usurario, reduce por la fuerza el tipo de interés e impide que esta clase de capital imponga sus condiciones al capital industrial”¹¹.

III. Bien jurídico protegido

La propiedad vuelve a ser el bien jurídico protegido en este delito; en particular, el patrimonio del sujeto pasivo en sí.

Así, el patrimonio personal de una persona puede verse lesionado

⁹ PECO, Exposición de Motivos, cit. por MASNATTA, p. 48.

¹⁰ MASNATTA, p. 68.

¹¹ MARX, Karl, *El imperialismo*, cit. por MASNATTA, p. 71.

por negocios o acuerdos que, al ser exagerados o al superar las posibilidades comerciales de su titular, lo perjudiquen a través de una disminución grave.

Bacigalupo agrega que además del patrimonio, lo que se protege en el delito de usura es la buena fe en los contratos en el ámbito comercial y la buena fe en el tráfico comercial, especialmente en el ámbito del crédito comercial¹².

Para la doctrina alemana el bien jurídico es la propiedad, ya se lo considere de peligro o que la lesione en concreto¹³. Según Karl Schäfer y Hagen Wolff, el bien jurídico es más amplio. Así, afirman que la usura es un delito de peligro contra la propiedad. En este tipo de delito cambia la propiedad; surge el hecho cuando no sólo se afianza lo prometido, sino cuando lo afianzado sobrepasa lo prometido. Es decir, cuando el carácter usurario de lo garantizado, demuestra o es prueba de un cambio en la relación de dicha promesa¹⁴. Arzt afirma que se trata de la protección de la propiedad unida a la protección de la libertad de la víctima¹⁵.

IV. Tipo objetivo

1. *Usura propiamente dicha*

a) *Aspectos generales*

En la usura propiamente dicha se castiga al que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona, le hiciere dar o prometer —como contraprestación— una ventaja pecuniaria evidentemente desproporcionada con su prestación o una garantía extorsiva.

La esencia de la usura es sin duda el aprovechamiento, por parte del autor, de una situación especial de la víctima —necesidad, ligereza,

¹² BACIGALUPO, *El delito de usura* cit., p. 167. En igual sentido, ÁVILA, J. J., *Usura y otorgamiento de garantías extorsivas*, en E. D. 36-887; URE, E., *Usura en Derecho Penal*, Buenos Aires, 1967.

¹³ MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD, BT, § 43, IB y II A1.

¹⁴ SCHÄFER, Karl y WOLFF, Hagen, *La usura (Wücher)*, en *StGB, Leipziger Kommentar, Großkommentar*, § 302 a, N° 3.

¹⁵ ARZT, *Lackner Fest*, p. 641.

inexperiencia— que explota económicamente para sus intereses¹⁶. O sea que el núcleo del tipo es hacerse prometer o hacerse dar. Bacigalupo acierta cuando afirma que el verbo hacer, usado de manera reflexiva, significa que el sujeto activo debe crear estructuras de la instigación. Se trata de instigar al sujeto pasivo, para que éste a su vez haga algo. Por ende, el sujeto pasivo debe haber sido determinado por el sujeto activo. Pero, además, el sujeto activo tiene que hacer algo más que aceptar¹⁷.

Un clásico ejemplo actual de usura es el del médico que, ante un caso de suma urgencia —de vida o muerte—, pide honorarios exorbitantes y desproporcionados, y los familiares de la víctima, en virtud del estado de desesperación por el que atraviesan, aceptan la solicitud del profesional.

b) *La desproporción de las prestaciones*

La contrapartida, que el autor o un tercero promete en cambio, debe contener una ventaja económica a su favor, que puede o no ser en dinero, pero que siempre debe ser medible en ese sentido¹⁸. Todas estas contraprestaciones del sujeto pasivo deben ser desproporcionadas con respecto a la del autor del hecho. Esta contraprestación deberá analizarse en cada caso de acuerdo a las circunstancias y del aprovechamiento de la víctima.

Existe, en principio, en este delito, un contrato bilateral que debe ser oneroso y leonino¹⁹. El contrato es considerado bilateral cuando ambas partes se obligan recíprocamente (conf. art. 1138, Cód. Civ.). Y es oneroso cuando las ventajas no le son concedidas a una parte sino por una prestación que ella ha hecho (conf. art. 1139, Cód. Civ.). Ahora bien, ¿qué significa “leonino”? Este término se refiere al contrato cuyas prestaciones no son equitativas, no están a un mismo nivel, una es irrisoria frente a la otra.

Por ende, es necesario que preexista una prestación, por parte del agente, hacia al sujeto pasivo del delito o hacia un tercero, a raíz de

¹⁶ SCHÄFER y WOLFF, *La usura (Wücher)* cit., N° 1.

¹⁷ BACIGALUPO, ob. cit., p. 170.

¹⁸ SCHÄFER y WOLFF, ob. cit., N° 24.

¹⁹ MOLINARIO, ob. cit., p. 479.

la cual el sujeto pasivo da una contraprestación que notoriamente lo perjudica en su propio patrimonio, por su desproporción en relación a lo recibido.

Pero la usura requiere una prestación, por parte del usurero, que no necesariamente debe constituir un mutuo, como algunas veces se ha esbozado. La prestación puede ser de cualquier tipo, bastando que tenga contenido económico²⁰.

A su vez, el contrato en sí, donde se da la usura, tiene con extrema frecuencia un contenido no sólo patrimonial sino también de otros valores. En el caso de la persona que debe operar a un familiar y paga por ello lo que el médico le requiera, sea cual fuere la suma en cuestión, el patrimonio de la víctima se ve más que involucrado, y también el del sujeto activo a donde ingresará el beneficio, pero a su vez hay otros valores que la víctima tiene en juego al aceptar dicho contrato: la vida de aquel familiar, por ejemplo²¹.

Ahora bien, la acción del sujeto pasivo consiste, en primer lugar, en dar o prometer intereses o ventajas desproporcionadas con respecto a la prestación del sujeto activo, y, en segundo lugar, recaudos o garantías extorsivas.

1) *Intereses usurarios*

Se trata de la usura crediticia, en la cual el monto de los intereses sobrepasa el normal de un momento dado, que surge de las costumbres y del lugar en donde se realizó la acción. La doctrina ha sostenido que el interés usurario se determina de igual manera que la honestidad en el derogado artículo 120 del Código Penal, esto, son valoraciones empírico-culturales que debe hacer el juez²².

2) *Ventajas pecuniarias*

Por ventajas pecuniarias, la doctrina ha entendido que tiene directa relación con la usura real; pueden no ser directamente en dinero, pero deben ser apreciables en dinero, que es otra cosa.

²⁰ CREUS, ob. cit., p. 558.

²¹ MOLINARIO, ob. cit., p. 482.

²² BACIGALUPO, ob. cit., p. 172.

3) *Garantías extorsivas*

Hace notar Bacigalupo que la redacción de la norma es errada, ya que recaudos es lo mismo que garantías, de modo que la redacción es viciosa. Es como si dijera A o A. Se trata, en síntesis, de cauciones, fianza, seguridad que presta el deudor, que son extorsivas, en el sentido del artículo 168 del Código Penal, esto es, intimidatorias, en su esencia.

Se debe distinguir esta figura del artículo 175, inciso 4º, llamada “desnaturalización del cheque”, ya que ésta podría ser un medio de cometer usura. La diferencia está en el aprovechamiento de la situación del sujeto pasivo, como dijéramos.

Sobre este punto se han dado dos posiciones. Ávila afirma que se da un concurso aparente y, por ende, el artículo 174, inciso 5º del Código Penal se aplica por ser ley especial. Para Bacigalupo, se trata de un concurso ideal, ya que no se justifica la menor pena del primero de los artículos²³.

Son recaudos o garantías las obligaciones accesorias, destinadas a asegurar el cumplimiento de la obligación principal.

c) *La situación de debilidad de la víctima*

El sujeto pasivo, aquel que es víctima de la usura, debe estar en una situación de necesidad, como sucede en el ejemplo médico dado anteriormente; le debe faltar experiencia en la materia, o debe obrar finalmente con ligereza.

La acción típica exige que la víctima se encuentre en una acabada y representativa situación de debilidad, que debe ser explotada por el autor, y, en base a este estado del sujeto pasivo, el autor o un tercero dejan hacer a la víctima, de manera que prometa algo o entregue algo que consiste en ventajas patrimoniales²⁴.

La ley especifica esta situación de debilidad de la víctima en base a tres parámetros: la necesidad, la ligereza y la inexperiencia, constituyentes de los elementos defectuosos o de carencia, que son, en definitiva, lo que lleva a conformar una voluntad débil, que provoca la promesa o la entrega.

²³ Íd., ps. 185/6.

²⁴ SCHÄFER y WOLFF, ob. cit., N° 13.

Por eso se puede afirmar, en síntesis, que tanto la necesidad, la ligereza y la inexperiencia, como la voluntad débil, son elementos del tipo penal.

1) *La necesidad*

En principio, se llega al estado de necesidad a través de una situación embarazosa o de apriete. Se entiende por *necesidad* a los apremios de carácter económico, de dinero o de cosas, siempre que se trate de una situación coactiva, aunque no sea una necesidad que enfrente al sujeto con opciones extremas. Siempre tiene que superar el simple deseo de lograr la prestación, debido a una urgencia mínima²⁵. Se ha entendido que sólo la necesidad económica fundamenta el tipo penal de usura²⁶.

Para algunos, una unánime definición de necesidad no es tan fácil. La discusión estaría en si se refiere a necesidades básicas para la subsistencia del sujeto pasivo o de un tercero, o si alcanza con ser una necesidad de otro tipo²⁷.

Welzel cree que el tipo abarca tanto la necesidad económica como las de otra naturaleza²⁸.

Para Bacigalupo es suficiente que sea una necesidad relativa, como la que se da cuando el sujeto tiene un patrimonio capaz de responder a sus necesidades, pero carece de liquidez, lo que lleva a una pérdida patrimonial²⁹.

Se puede afirmar que habrá necesidad cuando esté en peligro la vida, la salud, haciendo una referencia al propio estado de necesidad, aunque sin exigir los extremos del artículo 34, inciso 3º del Código Penal. Recuérdese que lo que más importa es que el sujeto activo se haya aprovechado de esta necesidad.

2) *Ligereza*

La ligereza equivale a la falta de juicio crítico, esto es, cuando

²⁵ CREUS, ob. cit., p. 559, con cita de Núñez.

²⁶ Puede verse BGH NStZ, 1984, 23.

²⁷ MOLINARIO, ob. cit., p. 484.

²⁸ WELZEL, *Derecho Penal alemán* cit., p. 224.

²⁹ BACIGALUPO, ob. cit., p. 179.

el sujeto pasivo en considerable medida tiene fallas en la capacidad de dejarse conducir por fundamentos racionales. Este defecto en la capacidad de juicio comprende también la incapacidad de dirección y de valorar el resultado económico de la conclusión del negocio. Puede que sirvan como medida los criterios utilizados en el análisis del artículo 34, inciso 1º del Código Penal, pero no es necesario que se den estos extremos³⁰.

La doctrina argentina se refiere en este caso a la irreflexión que se presenta en el sujeto pasivo, sea como defecto de su carácter o como resultado de una situación de hecho especial por la que atraviesa. Está contemplada en los requisitos del artículo 152 bis del Código Civil, como la interdicción de prodigalidad³¹. Esto lleva a una circunstancia en la cual el sujeto no medita sobre las proyecciones a futuro de su acción³². Se la define también como la desaprensión en el actuar, en no valorar la magnitud de los actos que se realizan³³.

3) *Inexperiencia*

Por inexperiencia debe entenderse no una general inexperiencia, sino en relación a entender la vida de los negocios. La víctima tiene una falla o defecto en la experiencia y en el conocimiento de los negocios en general o al limitado campo de los efectos humanos y cuya esencia consiste en una limitación de la capacidad de percepción u observación, o de un adecuado juicio de competencia sobre el suceso³⁴.

La inexperiencia, se afirma por algún grupo de autores, tiene ya acogida en el artículo 174, inciso 2º del Código Penal, en el caso de la circunvención de incapaces; puede entenderse como la falta de conocimientos con relación al negocio de que se trate, ya sea por falta de madurez del sujeto, ya sea por ausencia de aquéllos en relación al género en el que tiene lugar el abuso³⁵.

³⁰ Proyecto del Código Penal alemán de 1962, § 265.

³¹ BACIGALUPO, ob. cit., p. 178.

³² CREUS, ob. cit., p. 559.

³³ GEROME, ob. cit., p. 829.

³⁴ BGHSt, 11, 182, cit. por SCHÄFER y WOLFF, ob. cit., Nº 18.

³⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 482.

También se ha dicho que no se reduce a la inexperiencia jurídica, que puede hallarse en gran parte de las personas adultas y consideradas capaces, sino a la inexperiencia de vida toda, sea por inmadurez, por no haberla alcanzado nunca o haberla perdido en el curso y por efecto de una enfermedad mental³⁶.

Sin embargo se ha observado que la inexperiencia es no saber o no estar advertido, pero no en razón de la edad del sujeto pasivo, ya que si se tratara de un menor sería aplicable el artículo 174, inciso 2º del Código Penal que tiene una pena mayor³⁷.

Se exige, por parte de la jurisprudencia, que no haya ánimo de lucro en el sujeto pasivo del delito que recibe el préstamo. Al respecto, se ha expresado nuestra jurisprudencia: “Con relación al delito de usura, cuando existe móvil lucrativo en quien recibe el préstamo, no hay adecuación típica”³⁸. Lo cual es errado, porque el ánimo de lucro puede provenir de ligereza, tal como la hemos entendido anteriormente.

d) *El autor y el aprovechamiento de la situación de la víctima*

Ya hemos afirmado que la usura exige el aprovecharse de las condiciones o de los estados de la víctima, actuando de alguna manera como instigador, según lo afirmado por parte de la doctrina.

El autor debe explotar la situación de debilidad de la víctima. De esta manera, el agente o un tercero la deja hacer, de modo que ésta prometa, en base a la mala dirección de sus acciones por las causales antes dichas, una ventaja patrimonial desproporcionada³⁹. El aprovechamiento o la explotación están puestos en este sentido, que el autor es consciente de ese aprovechamiento, y por ende de la situación de la víctima.

Del mismo tipo penal surge el requisito de que el sujeto activo deba conocer que el sujeto pasivo está en una situación de necesidad, ligereza, o falta de experiencia. Y al actuar, aquél debe aprovecharse

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Circunvencción o abuso de menores o incapaces*, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 170.

³⁷ GEROME, Eduardo Raúl, *La usura como delito penal*, en L. L. 1982-C-829, sec. doct.

³⁸ CNCCorr., sala V, 18-2-80, E. D. 89-218.

³⁹ SCHÄFER y WOLFF, ob. cit., N° 24.

de esa situación por la que atraviesa este último. Aprovechamiento que Vidal Albarracín y Maggiore definen como abuso, intención de valerse del estado de debilidad en que se encuentra la víctima⁴⁰.

Lo fundamental aquí es esa situación que genera un actuar determinado tanto en el sujeto activo, como en el pasivo. El autor de la conducta sólo comete el delito si aprovecha esa situación y logra realizar una de las acciones típicas. Y el sujeto pasivo también actúa sólo por esa situación, ya que de no estar en esas circunstancias que lo colocan en un estado de necesidad, ligereza o inexperiencia, no actuaría de ese modo y no sería sujeto pasivo del delito.

e) *La desproporción*

Finalmente, la desproporción que debe existir entre las prestaciones de ambas partes del contrato ha generado varios conflictos doctrinarios. Por ejemplo, durante una época inflacionaria, un interés puede no ser considerado usurario cuando en otras épocas sería, tal vez, irrisorio. De allí que la evaluación pertinente se hará en relación con las circunstancias de tiempo y lugar de comisión del delito mismo, situación que lleva a variadas posturas según su momento de estudio.

La desproporción, para una primera corriente doctrinaria, surge de la comparación con los intereses de plaza o corrientes⁴¹; mientras que para otra corriente, no se puede reducir la desproporción en las ventajas solamente al interés elevado, sino que deben tomarse en cuenta elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos, ya que no sólo va a depender de la cantidad de interés percibido, sino también de las características de la obligación⁴².

2. *Negociación de crédito usurario*

El segundo párrafo del artículo 175 bis prevé la conducta delictiva de aquel que adquiere, transfiere a terceros o hace valer el crédito usurario que otra persona obtuvo, y lo hace a sabiendas del carácter usurario del crédito. Aquí la pena será la misma que la estipulada para la usura propiamente dicha.

⁴⁰ Ver GEROME, ob. cit., p. 823.

⁴¹ Ver VIDAL ALBARRACÍN, H. G., *El delito de usura*, en L. L. 141-991.

⁴² GEROME, ob. cit., p. 829.

En este caso, el sujeto activo no coincide con el sujeto activo que ha realizado la usura propiamente dicha, a la cual se refiere la negociación.

Pero quien negocia un crédito usurario, debe necesariamente saber que el crédito tiene tal calidad. “Es fundamental –dice Bacigalupo– que lo sepa, porque el Código dice a sabiendas, pero esta expresión no se refiere a un elemento subjetivo de lo injusto, sino al dolo mismo”⁴³. Dicho conocimiento no se exige, en cambio, en el tercero con quien se negocia, quien puede actuar también a sabiendas o simplemente de buena fe⁴⁴.

Adquiere el crédito quien se convierte en su titular. Lo *transfiere* quien interviene para trasladar su titularidad de una persona a otra. Y lo *hace valer* quien requiere su cumplimiento, exigiéndolo al deudor o procurando hacerlo efectivo por un tercero⁴⁵.

3. *Agravantes*

El tercer párrafo del artículo prevé el tipo penal agravado de la conducta para aquel prestamista que es usurero habitual.

Para Bacigalupo, el artículo fue tomado de Soler, y a su vez del parágrafo 303 del Código Penal alemán hoy derogado, lo que lleva a ciertos errores, como ser que al haber unificado la usura crediticia con la usura real, la agravante sólo queda para el prestamista, esto es, a la usura crediticia⁴⁶.

Prestamista es aquel que mediante mutuo presta dinero de manera habitual. De nuevo se definen tipos por el autor y no por el hecho, lo que tiene resabio a criminología positivista, además de mala técnica legislativa.

También se castiga al comisionista, sin definir quién es este autor, con lo cual acierta Bacigalupo cuando afirma que “el texto sancionado pone en tela de juicio los principios del Derecho Penal liberal y los principios del Estado de Derecho”⁴⁷.

⁴³ BACIGALUPO, ob. cit., p. 184.

⁴⁴ MOLINARIO, ob. cit., p. 485.

⁴⁵ CREUS, ob. cit., p. 561.

⁴⁶ BACIGALUPO, ob. cit., p. 182.

⁴⁷ Íd., p. 183.

De modo que los autores en el artículo 175 bis son: los autores ocasionales, en la usura crediticia, usura real y adquisición o pretensión de hacer valer el crédito; autores habituales, y, finalmente, la agravante por usura crediticia.

Lo importante aquí es la definición de habitualidad de una conducta, entendiéndose por tal a aquella actividad que es el medio de vida de una persona más allá de la regularidad de sus actos usureros.

La fundamentación de esta agravante es válida y de corriente aplicación debido a la gran utilización de esta conducta delictiva como trabajo, como actividad que conforma la ocupación estable de una persona, y por la cual consigue los ingresos que la sustentan.

Dice la doctrina que para la figura agravada se requiere que la acción típica sea repetida, no única. Sin embargo, alguna doctrina cree que no es necesario para que haya habitualidad que el prestamista haga de la usura su profesión, su único medio de vida, hipótesis que sí es necesaria para que haya profesionalidad⁴⁸.

V. Tipo subjetivo

Ambos tipos penales, tanto la usura propiamente dicha como la negociación de crédito usurario, son delitos dolosos. En cuanto a su objeto, el dolo de estos tipos penales requiere el conocimiento y la voluntad de todos los elementos del tipo objetivo. En especial, el agente debe conocer la situación de necesidad, ligereza o inexperiencia por la que atraviesa el sujeto pasivo.

Es más, el sujeto debe saber que en virtud de dicha situación llegará a obtener el resultado que busca y logrará realizar alguna de las acciones típicas. Así, el autor se hace dar, se hace prometer o se hace otorgar un interés o una ventaja a raíz de esa situación que se lo permite.

En el caso de la negociación de crédito usurario, se exige un elemento subjetivo distinto del dolo al establecer la ley que la operación debe haber sido realizada a sabiendas, es decir, con conocimiento certero del carácter usurario del crédito.

Con lo expuesto el único dolo posible es el dolo directo.

⁴⁸ ORGEIRA, J. M., *Usura*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXIV, p. 572.

VI. Consumación y tentativa

El primer tipo penal de usura se consuma cuando el acreedor recibe la ventaja desproporcionada o se le entrega el objeto que configure aquella garantía de carácter extorsivo. Recién allí surge el peligro patrimonial.

El segundo tipo penal, la negociación de crédito usurario, se consuma cuando se transfiere, se adquiere o se hace valer aquel crédito usurario, sin requerir otro resultado específico. Por lo general, la transferencia y la adquisición se dan cuando se ha perfeccionado el traslado de la titularidad del crédito. El hacer valer se consuma cuando se exige el cumplimiento del crédito usurario.

En ambos casos, es discutible la admisibilidad de la tentativa y la doctrina se halla claramente dividida al respecto.

Por ejemplo, Ure y Manizini no la admiten pues dicen que el delito se consuma en forma instantánea. En cambio, para Bacigalupo se puede comenzar a hacerse dar o prometer y ello es comienzo de ejecución del delito⁴⁹.

En el caso de transferencia de un crédito usurario, se dice que es factible la existencia de una tentativa cuando tan sólo se llega a proponer el negocio a un tercero⁵⁰.

⁴⁹ Ver GEROME, ob. cit., p. 828.

⁵⁰ Ver CREUS, ob. cit., ps. 560 y 561.

CAPÍTULO V

QUEBRADOS Y OTROS DEUDORES PUNIBLES

SUMARIO: I. Aspectos generales de la insolvencia en la ley penal argentina. Análisis con el Derecho Comparado. II. Problemas constitucionales. III. Antecedentes. IV. Bien jurídico protegido. V. Análisis dogmático de los tipos penales de la quiebra. *La quiebra fraudulenta*. I. Problemas de autoría. II. Tipo objetivo. 1. Conductas punibles. a) El inciso 1º: “Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas”. b) Inciso 2º: “No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa”. c) Inciso 3º: “Conceder ventajas indebidamente a cualquier acreedor”. III. Tipo subjetivo. IV. Consumación. Tentativa. V. Prescripción. VI. Unidad del delito. *La llamada quiebra culpable*. I. Antecedentes. II. Tipo objetivo. 1. La estructura del tipo. 2. Las acciones que provocan la quiebra. a) Los llamados actos de insolvencia. 1) Gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de familia. 2) Especulaciones ruinosas. 3) Juego. 4) Abandono de negocio. 5) Cualquier acto de imprudencia o negligencia. 3. El perjuicio a los acreedores. III. Consumación. *Responsabilidad por la quiebra de una sociedad o persona jurídica*. I. Antecedentes. II. Análisis de la disposición. 1. Aspectos generales. 2. Tipo objetivo. 3. Personas jurídicas comprendidas. 4. La cooperación en liquidación sin quiebra de entidades financieras. *Concurso civil fraudulento*. I. Antecedentes. II. Tipo objetivo. *La colusión*. I. Antecedentes. II. Análisis preliminar. III. La connivencia dolosa del acreedor. 1. Tipo objetivo. 2. Momento de la consumación. 3. Tipo subjetivo. 4. Autoría. IV. La connivencia dolosa del deudor. 1. Tipo objetivo. 2. Momento de la consumación. 3. Tipo subjetivo. 4. Autoría y participación. *El delito de insolvencia fraudulenta*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. 1. La acción típica. 2. La obligación civil. 3. El problema del curso de un proceso. 4. La sentencia. 5. La cuestión prejudicial. 6. Medios comisivos. 7. La imputación objetiva. IV. Tipo objetivo. V. Consumación y tentativa. VI. Problemas de autoría. *Jurisprudencia*.

I. Aspectos generales de la insolvencia en la ley penal argentina. Análisis con el Derecho Comparado

La denominación de este Capítulo V hace referencia directa al delincente que comete estos delitos y no al hecho típico en sí mismo,

como debiera ser dentro de una dogmática de la parte especial, teniendo en cuenta que todo gira dentro del concepto de injusto en relación al bien jurídico.

No hay duda de que el error, si se quiere metodológico, está determinado por la fuerte influencia de connotación de la criminológica positivista, vigente en esos años de manera ostensible en la Argentina. La expresión en sí, “quebrados y otros deudores punibles”, se aparta de la regularidad seguida por el Código a lo largo de su articulado, tanto en el texto actualmente vigente como en sus antecedentes. Como bien se ha dicho, en lugar de indicar la denominación del delito en sí, hace referencia a los autores que lo protagonizan¹.

En los diferentes sistemas jurídicos, en el Derecho Comparado, encontramos diversos modos de legislar este tipo de delitos. Un primer sistema incluye los tipos delictivos en las leyes de concursos y quiebras del ordenamiento del que se trate. Una segunda opción es que el Código Penal remita a las leyes especiales, en cuanto a la conducta a penar, pero sea él mismo quien estipule la pena para su castigo (leyes penales en blanco). Y una tercera posibilidad, que es la seguida por nuestra legislación, es la tipificación de los delitos penales en el Código Penal². Y éste es el camino correcto, más aún cuando hemos sostenido que la legislación penal debe estar, en cuanto se pueda, en un código único, de manera de hacer más racional la legislación represiva, que debe regirse por principios únicos.

De todas formas, todo el capítulo de la insolvencia debe ser el más anacrónico e inútil de nuestro Código Penal, y en este punto es interesante compararlo con la nueva legislación alemana, aunque sea de modo sintético, para notar la aseveración antes dicha.

En Alemania, el Derecho Penal de insolvencia está comprendido en los parágrafos 283 y 283 bis del Código Penal.

Sin embargo, también se pueden encontrar tipos penales que tienen que ver con la insolvencia al tratar la estafa (§ 263) y la administración fraudulenta (§ 266).

¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 487.

² CREUS, *Quebrados y otros deudores punibles*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

Los puntos esenciales de la reforma son, además de que se ha incorporado al Código Penal el tratamiento de estos delitos, los siguientes:

- a) La transferencia del Derecho Penal de insolvencia de la antigua ley de concurso al Código Penal.
- b) La supresión de la exigencia de la intención de perjudicar a los acreedores y su sustitución a través de la exigencia de una “crisis” que debe ser comprendida por el dolo o la imprudencia.
- c) Una mejor descripción de las acciones de bancarrota como una conducta peligrosa económicamente.
- d) La introducción de una cláusula general de absorción.

El bien jurídico de los parágrafos 283 al 283 d, son los intereses económicos de los acreedores.

Se protege, según la opinión mayoritaria, el crédito como un bien jurídico supraindividual económico. La economía de mercado funciona sobre la base del crédito, de modo que la buena fe debe primar en quien toma un crédito.

En este sentido, la ley alemana es más compleja que la argentina, aun en la construcción de los tipos penales.

Se trata de un delito especial en el cual sólo puede ser autor el deudor. Sin embargo recuérdese que el § 14 del Código Penal alemán ha previsto el caso del actuante en lugar de otro. Ahora bien, en el caso de que el administrador actuara en su propio beneficio, el hecho sería atípico; claro que sería de aplicación la llamada administración fraudulenta (§ 266), similar a nuestro artículo 173, inciso 7°.

El llamado riesgo económico no permitido se debe dar en la llamada crisis. De manera que la enumeración que trae el artículo 283, desde el inciso 1° hasta el 7°, es relevante en cuanto a que esos actos hayan sido realizados durante la crisis. Se podría tratar de acciones de inventario del deudor e información del deudor. Es decir, se exige un deber de información en los casos de crédito y en los casos de la crisis, de allí la obligación de llevar libros (N° 7 y 8).

Las acciones son en sí punibles. Sin embargo, no hay necesidad de pena cuando la insolvencia no ha sido manifestada por suspensión de pagos, la apertura de un procedimiento de quiebra o cuando ha

sido rechazada la apertura del proceso por falta de masa concursal. Estas circunstancias son una condición objetiva de punibilidad, no deben ser alcanzada por el dolo o la imprudencia.

De modo que el desvalor de la acción depende del estado de crisis, de un sobreendeudamiento o de una incapacidad de pago, aunque no se exige una relación de causalidad.

Tampoco la ley alemana distingue entre comerciante y no comerciante, de acuerdo a la ley civil.

II. Problemas constitucionales

El delito de quiebra está legislado en el Código Penal argentino, en el Título VI, *Delitos contra la propiedad*, en el Capítulo V, bajo el nombre de *Quebrados y otros deudores punibles*, específicamente en los artículos 176 al 180.

En el proyecto de 1960 de Soler, dentro de las concepciones más modernas, se los incluyó dentro de los delitos contra la buena fe en los negocios.

Según Moreno, el Código de Comercio y el Código Penal legislaron sobre quebrados y otros deudores punibles, en materias que eran estrechamente afines, pero obviamente los fines perseguidos por ambas legislaciones eran distintos. En el orden comercial, se tiende a solucionar la situación de los acreedores frente al deudor quebrado, mientras que en el penal se trata de castigarlo cuando hubiere mérito para ello³.

Ahora bien, en el antiguo artículo 67 de la Constitución Argentina se atribuía al Congreso la facultad de dictar leyes para la Nación, así como sobre bancarrotas. Para Moreno, el término bancarrotas, en plural, significaba que le correspondía al Congreso legislar sobre la falencia comercial y civil. Pero, no obstante, afirmaba el autor del Código Penal, el Congreso sólo se ha ocupado de la quiebra mercantil dentro del Código Comercial y no ha legislado sobre la bancarrota civil, que sí lo han hecho los Códigos de Procedimiento de las provincias. Por lo cual, el propio Moreno había propuesto un proyecto de ley sobre bancarrota civil, para solucionar el problema⁴.

³ MORENO, ob. cit., p. 238.

⁴ Íd., ps. 238/9.

El tema tiene importancia en cuanto a la bancarrota y a la prohibición del artículo 108 de la Constitución Nacional, por el cual las provincias no pueden dictar especialmente leyes sobre bancarrota, que llegó a plantear o a cuestionarse si no existía un Derecho especial, con lo cual se ponía en cuestión que los delitos estuvieran incorporados al Código Penal, debiendo incluirse en una ley especial.

La doctrina y la jurisprudencia, en especial la Corte Suprema de la Nación, han rechazado este criterio, y se ha sostenido el carácter de Derecho común de la materia y, más aún, la pertinencia constitucional de la inclusión de los respectivos delitos en el Código Penal⁵.

III. Antecedentes

La ley actual, salvo el segundo agregado del párrafo 2º del artículo 179 del mismo Código, más la inclusión de un agregado al artículo 178 del Código Penal, se ha mantenido, de manera sorprendente en este tema, incólume desde 1922. Para que el lector se dé alguna idea del problema, la ley nació junto con la 4156. Posteriormente se dictó la ley 11.719, y en 1972 se dictó la 19.551, que sufrió reformas por las leyes 20.315, 22.917 y 22.985, para culminar en el año 1995, con la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, que modifica sustancialmente el sistema de concursos⁶.

En los antecedentes patrios, se debe partir, como siempre lo hemos hecho, del proyecto o Código de Tejedor, que se ocupaba de los quebrados y otros deudores punibles, no definiendo en qué consistía cada uno de ellos, remitiendo la solución al problema penal de lo que se resolviese en la jurisdicción comercial donde se debía calificar al hecho⁷.

El proyecto Villegas, Ugarriza y García unía al quebrado fraudulento y al culpable, pero reducía la penalidad cuando la pérdida oca-

⁵ CREUS, ob. cit., ps. 3 y 4.

⁶ Sanc. el 20-7-95, prom. parcialmente el 7-8-95 y publ. el día 9-8-95. A los efectos del tratamiento de esta ley y su interpretación, seguimos a la obra de RIVERA, Julio; ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel Roque, *Ley de Concursos y Quiebras*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

⁷ MORENO, ob. cit., p. 241.

sionada a los acreedores comunes no llegara al 25%. No se refería a la calificación de la quiebra por el juez de comercio, ni hablaba de los concursados civiles.

El Código de 1886 siguió en lo fundamental los proyectos anteriores, pero, al decir de Moreno, redujo aún más las disposiciones acerca de la materia⁸.

El proyecto de 1891 no realizó innovaciones de fondo, pero mejoró los preceptos, ordenó de manera más conveniente la materia y no confundió los principios que fijan diferencias entre delito y delito. Reprimió en el artículo 213 al quebrado que, con arreglo a las disposiciones de la ley comercial, se reputa fraudulento, y, en su artículo 314, al quebrado que, con arreglo a las disposiciones de la ley comercial, se reputa culpable. Se refirió, asimismo, especialmente a las sociedades anónimas, cooperativas o de personas jurídicas que ejerzan el comercio, y castigó en su caso a los responsables de la quiebra fraudulenta o culpable. Reprimió también, en el artículo 216, al deudor no comerciante que cometiere determinados actos para defraudar a sus acreedores. Las disposiciones del capítulo respectivo de dicho proyecto fueron incorporadas al Código vigente sin modificación.

IV. Bien jurídico protegido

Si algo está discutido es —más allá del lugar donde se ha ubicado el delito de quiebra, esto es, contra la propiedad— cuál es el bien jurídico que se protege en estos delitos.

Para Laje Anaya, por ejemplo, el bien jurídico es la propiedad, y dentro de ésta, el capítulo “tiende a asegurar, por una parte, la intangibilidad de una universalidad (masa) contra posibles actos que tiendan a disminuir su totalidad, y por otra, a proteger el derecho de los acreedores que en conjunto concurren hacia ella para obtener una pretensión concedida por el Derecho, es decir, para lograr una ordenada y equitativa satisfacción total o parcial de los créditos”⁹. Por ende, según este autor, se busca, en el concepto de propiedad usado, atender a la pretensión

⁸ *Íd.*, ps. 241 y ss.

⁹ LAJE ANAYA, *Quebrados y otros deudores punibles*, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 15.

legítima de los acreedores a que una universalidad indivisa se mantenga, a los efectos del cobro en el momento de la liquidación.

Otro grupo de autores, siguiendo en este punto a Carrara, afirman que el bien jurídico es la fe pública. En determinadas relaciones de tráfico jurídico, se exige una especial confianza o creencia sobre la veracidad y autenticidad de ciertas actuaciones de la autoridad, o en ciertas imposiciones y mandatos de éstas, al decir de Muñoz Conde al explicar la posición del profesor italiano. Y esta confianza no es un hecho individual, sino colectivo, ya que en su mantenimiento tiene interés toda la sociedad y no el mero individuo aislado¹⁰. Y agregaba Carrara: “por lo tanto, el que daña y desacredita al traicionarla maliciosamente, ofende algo en cuyo mantenimiento tiene interés y derecho toda la sociedad y he aquí por qué la bancarrota del negociante debía ser castigada por todos los pueblos como delictuosa. Y he aquí por qué este delito encuentra su verdadera sede entre los delitos sociales contra la fe pública. El crédito es el objetivo de la fe pública”¹¹. Y agrega Muñoz Conde citando a Carrara, que esta posición estaba basada en la idea de que el crédito, o sea la confianza, “es el alma, la sangre, la vida del comercio en los pueblos cultos de tal manera que, quien suprimiese esta confianza en el comercio lo transformaría en cadáver y en una reminiscencia histórica”¹².

Esta posición es la seguida en nuestro país por Soler, para quien se trata de delitos contra la fe pública, y estructura su idea, al comentar el artículo 376 del proyecto del '60, de la siguiente forma: “Si se observan todas estas figuras penales desde un punto de vista general, se verá que el mecanismo del delito de quiebra fraudulenta es muy semejante al de la estafa: está constituido por ardidés especialmente calificados, tendientes a inducir en error acerca de la capacidad de solvencia del quebrado, de manera que aparezca como en quiebra real y se le acuerden quitas o quitas mayores de las necesarias. La diferencia está en que en este delito, que tiene un acusado carácter preventivo, las infracciones están constituidas por la incriminación de actos pre-

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *El delito de alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona, 1971, p. 44.

¹¹ CARRARA, *Programa...* cit., t. 7, § 3402 y ss.

¹² MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 44.

paratorios o de verdaderas tentativas, independientemente de perjuicio realmente causado, y que en esto se muestra una vez más la tutela que en este punto recibe el principio de la fe pública”¹³. Por esta razón, opina Soler que el bien protegido es la buena fe en los negocios.

De todas formas, la doctrina española que siguió esta posición dejó en claro que no había que exagerar el papel que desempeñaba la fe pública y la seguridad del tráfico mercantil, ya que esto era sólo en un plano abstracto, pero que no desvirtuaba la realidad económica y patrimonial que está detrás de estos delitos. Tanto Pacheco, como el propio Quintano y Muñoz Conde, opinan que lo que se lesiona es el derecho de crédito en concreto, la pretensión de los acreedores, un elemento patrimonial, aunque en última instancia derive de esa confianza¹⁴.

Núñez sostiene que se prevén distintos delitos que lesionan la propiedad ajena mirada como el derecho que sobre el patrimonio de un deudor declarado judicialmente en cesación de pagos, tiene la masa de sus acreedores para satisfacer sus créditos¹⁵.

Para Molinario y Aguirre Obarrio, el bien jurídico no es tanto la propiedad como el derecho que tienen los acreedores de los fallidos o de un concursado civil, y, desde 1968, cualquier acreedor, a que maliciosamente no se introduzcan, en su perjuicio, alteraciones en la cuantía y situación de los bienes que constituyen la prenda común que garantizan sus créditos¹⁶.

Carrera afirma, siguiendo a Núñez, que hay que hacer distinciones entre los tipos penales. En los artículos 176 al 179, el bien jurídico es el derecho de la masa de acreedores a la satisfacción de sus créditos, la llamada *pars conditio creditorum*, esto es, la igualdad de tratamiento de los acreedores. Mientras que el artículo 180 del Código Penal protege la incolumidad de la *pars conditio creditorum* frente a connivencias de acreedores con deudores. Por lo que concluye que no es la propiedad en sí lo que se protege, sino que la tutela penal responde a un punto

¹³ SOLER, t. IV, § 522.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, ps. 44/5.

¹⁵ NÚÑEZ, t. V, p. 433.

¹⁶ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, p. 492.

de vista social, esto es, los intereses patrimoniales de los acreedores nucleados como masa, “es decir, intereses patrimoniales procesalmente regulados. Esto y otras consideraciones lleva a decir que los delitos concursales son delitos pluriofensivos”. Con lo cual, luego de citar a Bustos Ramírez, termina Carrera afirmando que la bancarrota ofende la fe pública, esto es, atenta contra el crédito, con remisión a la posición de Carrera¹⁷.

La doctrina alemana¹⁸ ha discutido cuál es el bien jurídico protegido. Una parte de la doctrina, que puede llamarse tradicional, ha sostenido que el bien jurídico protegido son los intereses que integran la propiedad del acreedor, en el sentido de la satisfacción del pago de la deuda¹⁹. Pero siempre en el sentido de que no se trata del patrimonio individual de un acreedor, sino de la generalidad de los acreedores²⁰.

También se ha sostenido que se ampara la obligación legal de llevar libros, ya que con eso se protege el derecho de creencia y fidelidad en el tráfico comercial²¹.

Otro sector ha encontrado que el bien jurídico es supraindividual, en el sentido de que está en juego no sólo la protección de los intereses de los acreedores, sino una creencia potencial como portadora de los intereses de la propiedad protegida y valorada. En este sentido, sería la economía del crédito o la economía del pueblo el fin de la protección²².

Por último, afirma Tiedemann que el bien jurídico protegido son los intereses de los actuales acreedores para un completo o posible pago de sus pretensiones jurídicas de propiedad, pero, además, los potenciales intereses del crédito, con el cual el deudor y el acreedor han tendido una relación previa, que hace a la función de la economía del crédito, y que soluciona el problema del pago al contado, en una

¹⁷ CARRERA, Daniel P., *Delitos vinculados a la quiebra*, en J. A. 1988-II-515, en especial ps. 516/7.

¹⁸ Sobre el punto, no puede dejar de verse el trabajo de TIEDEMANN, Klaus, en *StGB, Leipziger Kommentar Großkommentar*, 11ª ed., Walter de Gruyter, 1996.

¹⁹ *Klug*, *Konkurs-Strafrecht* § 239 Rdn 1; *Otto*, BT, § 61, VI; *Samson*, SK Rdn 3 vor § 283; *Schmidhäuser*, BT Kap. 11Rdn. 93.

²⁰ LACKNER y KÜHL, § 283 Rdn 1.

²¹ MAURACH, SCHOEDER y MAIWALD, 1, § 48,I,3.

²² TIEDEMANN, ob. cit., p. 27.

sociedad de cambios y que resuelve el problema del sistema, de servicios, mercaderías y dinero²³.

Si se buscase un concepto básico de la institución de la quiebra, hay que encontrarlo en el ámbito comercial: “La quiebra –afirma la doctrina comercial– es un proceso a través del cual el deudor pierde la administración de su patrimonio y cesa en su actividad empresarial, procediéndose a la liquidación de la totalidad de sus bienes para que con su producido se paguen todas las deudas, íntegramente si el dinero obtenido alcanza para ello o, en caso contrario, en forma parcial y a prorrata, según los derechos, las categorías y los privilegios de que resultan titulares los acreedores, respetando un principio básico de estos procesos universales que es la igualdad entre todos los acreedores, principio al cual se denomina *pars conditio creditorum*”²⁴.

En el fondo, se trata, como se verá, de la protección directa de los acreedores, dentro de la relatividad que tiene la llamada *pars conditio creditorum*, por una parte, y, por otra, de la protección del crédito y de la economía de crédito como tal. De manera que la exposición de Tiedemann acierta, porque los delitos de este capítulo afectan a más de un bien jurídico.

Gössel afirma que el bien jurídico es la propiedad. Rechaza la posición amplia de Tiedemann, ya que sea la economía de crédito, ya que éste es un bien jurídico que puede ser lesionado de otra manera²⁵.

Quizás la gran falencia de la ley argentina está en no punir conductas de los deudores que hacen al ataque al crédito como bien económico-social. Por ejemplo, debería existir un tipo que castigara el no llevar libros adecuadamente, porque esto revela toda una actitud de irresponsabilidad social frente a la crisis. Si la cesación de pagos debe entenderse como un concepto dinámico, como aquel estado del patrimonio que, “sin disponibilidad de crédito, se revela impotente para atender las obligaciones exigibles con los bienes normalmente realizables en oportunidad de dicha exigibilidad”²⁶, entonces la ley

²³ Íd., N° 58.

²⁴ RIVERA, ROITMAN, VÍTOLO, ob. cit., t. I, ps. 34/35.

²⁵ GÖSSEL, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Band2, C. F. Müller, Verlag, Heidelberg, 1996, s. 552.

²⁶ RIVERA, ROITMAN y VÍTOLO, ob. cit., t. I, p. 40.

penal debería haber entrado en este ámbito y no esperar a la quiebra, solamente para castigar.

En otros términos, la reforma se impone, no en aumentos de pena, sino en tipos que abarquen el fenómeno real del concurso y de la quiebra, más aún después del dictado de nuevas leyes concursales.

V. Análisis dogmático de los tipos penales de la quiebra

La doctrina tradicional –léase Soler y Núñez, principalmente– ha dividido los delitos de este capítulo de la siguiente forma: la quiebra fraudulenta (art. 176); la quiebra culpable (art. 177); el concurso civil fraudulento (art. 179), y la connivencia dolosa o maliciosa entre el deudor y un acreedor (art. 180)²⁷.

Esencialmente, la distinción básica era que en tanto el artículo 176 era doloso y abarcaba actos anteriores y posteriores a la quiebra, el artículo 177 era culposo y existían dudas sobre qué actos estaban comprendidos.

A esta división le había opuesto Bacigalupo, con razón, la idea de que quiebra culpable había sido construida con una marcada dependencia, en cuanto a la clasificación, del criterio comercial y una inaplicable identificación del término culpable con culposa, negligente, que no resiste un análisis dogmático²⁸.

A nuestro criterio, el delito de quiebra previsto en el Código Penal, además de estar absolutamente defasado en el tiempo, y como podrá haber visto el lector, sin haber seguido la evolución, tanto del concurso, como de la quiebra, deja en principio la posibilidad de protección del crédito, que es uno de los bienes jurídicos que deben ser protegidos en este ámbito.

Desde la muy mala técnica legislativa, de legislar la quiebra por un lado y la insolvencia por otro, cuando debió tratarse de un único capítulo “Sobre la insolvencia” y, dentro de éste, adecuar la ley penal a la comercial y, fundamentalmente, proteger el crédito frente a actos

²⁷ BACIGALUPO, *Cuestiones relativas a la quiebra fraudulenta y otros delitos concursales*, en *Estudios jurídicos penales sobre insolvencia y delito*, Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 11.

²⁸ BACIGALUPO, ob. cit., p. 12.

riesgosos del comerciante, el Código ha hecho esta distinción entre comerciantes y no comerciantes, y los dos tipos básicos de los artículos 176 y 177.

La interpretación tradicional, como se verá más adelante, tiene dos defectos básicos que atentan fundamentalmente contra el principio de legalidad.

El primero es que declara como autor del delito al comerciante no declarado en quiebra, es decir, lo sanciona por actos anteriores a esa declaración, violando con esto el texto expreso de la ley.

En segundo lugar, porque tomando criterios comerciales, penaliza a lo que se llama el estado de cesación de pagos, que, tal como se lo definió, no tiene contornos precisos, y según la doctrina comercial más autorizada debe ser entendido como un concepto amplio; más aún, “es un supuesto dinámico de flujo de fondos insuficientes para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones exigibles”²⁹. Tal como está redactada la norma básica (art. 176), este estado de cesación de pagos tiene fecha cierta con posterioridad a los actos que van a ser alcanzados por el tipo penal, en esta interpretación. De lo que se deduce que, en el momento de los hechos, el agente actuaba sin saber si su conducta entraba o no en el ámbito penal, que es muy distinto al comercial. De modo que no sabía algo básico en nuestra materia: la prohibición de la conducta. Todo un dislate jurídico, hecho, a nuestro juicio, al solo efecto de salvar, impropia y, una laguna de punibilidad más que evidente, que de acuerdo a normas constitucionales, sólo es función del legislador.

El criterio que se sigue en esta obra es simple. Los tipos penales básicos son los artículos 176 y 177, y ambos requieren dolo, salvo una parte de la conducta descripta por el artículo 177³⁰.

El círculo de autores se reduce a los comerciantes declarados en quiebra y a los no comerciantes concursados civilmente, y, como bien decía Bacigalupo, el tipo exigía un elemento subjetivo de lo injusto: el llamado “fraude a los acreedores”, esto es, no sólo realizar las acciones como tales, sino con especial propósito de defraudar a los acreedores.

²⁹ RIVERA, ROITMAN y VÍTOLO, ob. cit., t. I, p. 40.

³⁰ BACIGALUPO, ob. cit., p. 14.

El artículo 177 no trata de un fraude a la masa, por ciertos actos, sino de la causación de la insolvencia que sólo se convierte en punible con la declaración posterior de quiebra³¹.

Este delito del artículo 177 es sustancialmente doloso, admitiéndose el dolo directo y el eventual.

De manera que se puede decir que el artículo 177 contiene dos tipos penales, que son: la causación dolosa de la propia insolvencia mediante los gastos excesivos, juegos, operaciones ruinosas, abandono de negocios, y un segundo tipo, que es la causación culposa de la propia insolvencia³².

LA QUIEBRA FRAUDULENTA

Establece el artículo 176 del Código Penal: “Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en alguno de los hechos siguientes:

”1º Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas.

”2º No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa.

”3º Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor”.

I. Problemas de autoría

Es opinión unánime que se trata de un delito especial propio. Creus afirma en este sentido que el autor “tiene que tratarse de un comerciante, pero como la fórmula legal menciona al comerciante declarado en quiebra, se ha considerado que debe reunir ambas calidades para ser autor: comerciante y declarado en quiebra”³³. Carrera afirma que el sujeto activo tiene que ser comerciante, calidad que se determina conforme al artículo 1º del Código de Comercio. Esa declaración co-

³¹ Ídem nota anterior.

³² BACIGALUPO, ob. cit., p. 18.

³³ CREUS, ob. cit., p. 92.

responde al juez mercantil, y es irrevisable por el juez penal, que queda subordinado a esa declaración³⁴.

Puesta la cuestión en estos términos, la discusión dogmática no es sencilla, ya que se trata de saber cuál es el alcance dogmático de la declaración de quiebra.

Además, se plantea quién puede ser autor, quién cómplice, y si los actos anteriores a la quiebra le pueden ser imputados al autor que se ha determinado.

Núñez ha visto bien el tema al decir: “El delito sólo puede ser cometido por una persona individual que sea comerciante declarado en quiebra. Se trata de un delito especial porque únicamente lo puede cometer un autor calificado. La quiebra de las sociedades y de las personas jurídicas se rigen por el artículo 178”. Y agrega: “Dos son, por consiguiente, las calidades que debe reunir una persona individual para poder ser sujeto activo de una quiebra: por un lado, debe ser comerciante, y, por otro, debe estar declarado en quiebra”³⁵.

La calidad de comerciante, y en este punto parece no haber demasiada discusión, se establece, tal como se afirmó, de acuerdo al Código de Comercio (arts. 1º y ss.), y la declaración corresponde al juez competente, siendo irrevisable por el juez del crimen, que queda sujeto a esta declaración de quiebra³⁶.

La consecuencia lógica es que la persona que no es comerciante, no puede ser autor del delito del artículo 176 del Código Penal, ya que carece de esa condición exigida por la ley. Creus afirma que quien no tiene la calidad de comerciante no puede ser autor del delito de quiebra fraudulenta, pero puede ser declarado en quiebra³⁷.

Una parte de la doctrina argentina, siguiendo en el tema a la italiana, ha sostenido que esta calidad de comerciante es una cuestión prejudicial³⁸. Otro sector afirma que es un elemento constitutivo del

³⁴ CARRERA, ob. cit., p. 517; FONTÁN BALESTRA, *Tratado...* cit., t. VI, p. 171; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 440.

³⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 439.

³⁶ Íd., p. 440.

³⁷ CREUS, p. 93.

³⁸ GONZÁLEZ RUORA, ob. cit., t. III, N° 198.

delito, que representa una cuestión previa³⁹. Soler, en cambio, afirmó que se trata de un elemento constitutivo del delito que tiene el carácter de condición objetiva, por ser una cuestión extrínseca a la acción del sujeto⁴⁰.

La cuestión tiene que ver con la declaración de quiebra, que es la que lleva a mayores problemas, pero que, en fondo, tiene una fuerte relación con la del comerciante, ya que se exige ambos extremos para ser autor del delito.

Tampoco la doctrina ha logrado acuerdo. De la Rúa afirma que se pueden dividir las posiciones en dos: una primera, que ve a la declaración de quiebra como un elemento del delito, aunque no se crea que esto es claro, y una segunda, que la ve como una condición objetiva de punibilidad que no integra el tipo penal, de acuerdo a Jiménez de Asúa⁴¹.

En la primera posición enunciada, Soler afirma que se trata de un elemento constitutivo del delito, que informa una condición de procedibilidad, de modo que, sin esta declaración, no puede haber proceso propiamente dicho⁴².

Núñez y Fontán Balestra afirman que hay que distinguir, entre la declaración de quiebra y la condición de comerciante declarado en quiebra; si lo uno es presupuesto objetivo del delito, lo otro es una condición objetiva del autor⁴³.

Gómez ha mantenido la tesis de que se trata de un presupuesto esencial del hecho⁴⁴.

Creus resume su posición en estos términos: "La declaración de quiebra es la circunstancia que hace que el actuar fraudulento quede comprendido en el tipo del artículo 176. Es por su conducta que los actos fraudulentos atacan, del modo típico, el bien jurídico específicamente protegido contra dicha conformación de ataque: incidiendo

³⁹ NÚÑEZ, p. 442.

⁴⁰ SOLER, ob. cit., p. 394.

⁴¹ DE LA RÚA, cit. por CREUS, ob. cit., p. 98.

⁴² SOLER, ob. cit., ps. 426 y ss.

⁴³ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, p. 172; NÚÑEZ, *Manual...* cit., p. 267, cit. por CREUS, p. 92.

⁴⁴ GÓMEZ, ob. cit., t. 4, p. 352.

en el procedimiento concursal y menoscabando sus finalidades; sin ella los actos de fraude podrían constituir delitos contra la propiedad de distinto signo. Estamos, pues, en presencia de un elemento circunstancial (preexistente, en cuyo contexto se realizan los actos singulares de fraude, o sobreviniente, en el que se insertan los ya realizados) del tipo que determina un sector de la antijuridicidad penalizado por él”⁴⁵.

En la segunda posición se encuentra Jiménez de Asúa, quien afirma que es una condición de perseguibilidad con efectos de condición objetiva de punibilidad⁴⁶.

Planteadas la cuestión en estos términos, entendemos que es sencilla, en tanto se tengan claros los conceptos de la dogmática penal. Se trata de una cuestión de autoría y, por ende, de tipicidad, de manera que autor sólo puede ser aquella persona física comerciante declarada en quiebra, para actos que haya ejecutado de acuerdo al artículo 176 del Código Penal⁴⁷.

En este aspecto, los únicos actos posibles de imputar son aquellos que se han realizado después de la declaración de quiebra, ya que, como bien lo ha sostenido Bacigalupo, éstos son los únicos posibles de impulsar, ya que no serían antijurídicos si el autor no se encontrara limitado en sus derechos como consecuencia de la sentencia que declara la quiebra, “siendo ella, por consiguiente, la que determina la antijuridicidad calificando al sujeto activo del delito, con lo que pertenece al tipo penal como elemento del sujeto”⁴⁸.

II. Tipo objetivo

1. *Conductas punibles*

El artículo 176 del Código Penal comprende una serie de acciones

⁴⁵ CREUS, ob. cit., p. 104.

⁴⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, t. 7, p. 65.

⁴⁷ En este punto, en principio, coincidimos con Carrera, cuando afirma que “a nuestro modo de ver, la mejor solución es la que encuentra que la condición de comerciante declarado en quiebra es un elemento del tipo delictivo” (CARRERA, ob. cit., p. 518, con citas de Núñez).

⁴⁸ BACIGALUPO, ob. cit., p. 27. En principio, con acuerdo de Carrera, en cuanto a la autoría como elemento del tipo (p. 518). En contra CREUS, ob. cit., ps. 100/1.

que tienen que haber sido realizadas por el comerciante declarado en quiebra, en fraude a los acreedores. Sobre esta base, se puede construir el tipo penal del artículo 176 del Código. Son los llamados hechos perjudiciales o actos de bancarrota, según la expresión de Carrera⁴⁹.

La enunciación realizada por el Código es taxativa, por lo tanto, como bien dice Creus, aun cuando fueran actos de fraude y estuvieran destinados a disminuir el patrimonio del autor, si no son los actos o las acciones especificadas, no tipifican el artículo 176. Como bien afirma Navarro, la enunciación taxativa trae como consecuencia la prohibición de ampliar analógicamente la ley penal; por ello, debe tenerse siempre en mira que la correlación entre la ley concursal y la penal queda vedada en este terreno, como recuerda Ramos. Menos aún cabe relacionarla con la ética comercial (CNCom., J. A. 1966-VI-7)⁵⁰.

Creus pone el ejemplo de los daños voluntarios sin sustracción de los bienes o las ventas en condiciones no favorables que no entren en el inciso 2^o⁵¹; agrega que la presencia de una fórmula legal de carácter genérico, como lo es el inciso 2^o del artículo 176, no autoriza a una interpretación analógica. Por ejemplo, en una significación amplia, quien destruye un bien lo quita de su patrimonio, pero esto no quiere decir que lo haya sustraído⁵².

Se puede hacer una clasificación de las acciones del artículo 176 en tres grandes grupos:

- a) Actos con los que se busca la simulación del pasivo y la disimulación del activo;
- b) actos de disminución efectiva del activo, y
- c) actos que crean desequilibrios que perjudican a algunos acreedores, en relación a otros, en el proceso concursal.

Por ende, el delito de quiebra fraudulenta no es una pura simulación de la insolvencia, sino que, contrariamente a lo que opinaba la doctrina italiana, que ha sido el sustento de la doctrina argentina, las acciones

⁴⁹ CARRERA, ob. cit., p. 519.

⁵⁰ NAVARRO, Guillermo Rafael, *El fraude*, Pensamiento Judicial, Buenos Aires, 1994.

⁵¹ CREUS, ob. cit., p. 55.

⁵² Ídem nota anterior.

son más amplias que la pura simulación⁵³. Esto llevó a Laje Anaya a decir que maniobras tendientes a disminuir el activo o abultar el pasivo no significan lo mismo que simular el pasivo y disimular el activo⁵⁴. En síntesis, “la cuestión no deja de arrastrar consecuencias dogmáticas ya que si a la disminución del activo siempre tuviéramos que considerarla como procedente de una actividad simuladora, nos encontraríamos con que las disminuciones que no fuesen simuladas difícilmente encajarían en el tipo. Por otro lado, sostener que en las hipótesis de real disminución del patrimonio, siempre hay disimulación porque a los acreedores se les presenta una solución falsa (la incapacidad de pago total o parcial), configura una indebida transposición de conceptos: quien ha sustraído un bien de su patrimonio no presenta a los acreedores una situación falsa sino la realidad de un patrimonio disminuido aunque les haya ocultado el procedimiento de sustracción, lo que es algo distinto”⁵⁵.

a) *El inciso 1º: “Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas”*

La deuda o la erogación es simulada cuando, no existiendo total o parcialmente, con la intervención de un tercero, como acreedor, beneficiario o destinatario de ella, se la aparenta en forma absoluta o relativa, de acuerdo a los artículos 955 y 956 del Código Civil, de modo que el tercero pasa a ser cómplice y no coautor, como afirma Núñez, ya que es un delito especial, tal como se dijo cuando se habló de la autoría. Toda una teoría de incoherencia dogmática⁵⁶.

Simula quien aparenta un acto jurídico no realizado de una enajenación, o que daría origen a una obligación, o que da cuenta del cumplimiento de otra por parte de un tercero que, de no haberse cumplido, permanecería como expectativa que tiene que venir a integrar el patrimonio del deudor con la intervención de otra persona (arts. 955 y 956, Cód. Civ.)⁵⁷. Para Laje Anaya la simulación o suponer

⁵³ CREUS, ob. cit., p. 56.

⁵⁴ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 73.

⁵⁵ CREUS, ob. cit., p. 56.

⁵⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 447.

⁵⁷ CREUS, ob. cit., p. 57.

deudas, gastos, o enajenaciones o pérdidas, son maniobras que se realizan por el deudor cuando presume una pronta cesación de pagos, o ya está en ese estado y desea solicitar un concordato preventivo, cuya presentación a los tribunales debe hacerse con un balance general de los negocios conteniendo un resumen del patrimonio. Y agrega: “La conducta cumplida así por el deudor, crea un estado que no revela la realidad patrimonial sea fingiendo, representando o dando por sentadas o existentes, deudas, gastos, enajenaciones que carecen de total realidad, o en mayor grado o cantidad de las que tienen autenticidad”.

Para Núñez, la deuda o la erogación es simulada cuando no existiendo total o parcialmente se la aparenta en forma absoluta o relativa con la intervención de un tercero. Por deuda, dice Núñez, debe entenderse la obligación de dar suma de dinero o cosas (arts. 496, 574, 601, 606, y 616, Cód. Civ.). Son erogaciones la salida de bienes del acervo de garantía o enajenaciones o gastos o pérdidas. Solamente entran enajenaciones a título gratuito⁵⁸.

Navarro, en cambio, sostiene que también pueden quedar comprendidas en el inciso 1º las enajenaciones a título oneroso cuando se hace constar un menor precio que el efectivamente pagado⁵⁹.

Supone, según Creus, la enajenación o erogación el que, sin haber aparentado acto jurídico alguno, menciona o presenta como efectivamente realizados los que no lo fueron. En este sentido, la simulación puede constituir o no una falsedad ideológica punible. En cambio, la deuda es supuesta cuando, no existiendo total o parcialmente, sin simularla mediante la realización aparente del acto, el deudor la presenta como verdadera⁶⁰.

b) *Inciso 2º: “No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa”*

Como afirmación global, se puede afirmar que se trata de bienes que deberían estar en el patrimonio del deudor, y que han salido y

⁵⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 447. En igual sentido CARRERA, ob. cit., p. 519.

⁵⁹ NAVARRO, *Quiebras y otros fraudes*, p. 27.

⁶⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 447.

provocado la impotencia patrimonial. El comerciante omite justificar la salida de los bienes, la existencia de bienes que debería tener, si no prueba que les ha dado algún destino o que se encuentran en alguna parte de los bienes del acervo de garantía que, según sus inventarios deberían estar a su disposición.

Esto ha llevado a la doctrina a sostener que se trata de dos tipos de hechos: por una parte, la omisión de justificar la salida o existencia de bienes que el comerciante debía tener, y la sustracción u ocultación de alguna cosa que correspondía a la masa⁶¹. Para Creus se trata de hechos que disminuyen efectivamente el activo, de manera que unos presuponen que se han quitado bienes del deudor, y otros que en sí mismos configuran un procedimiento de quita⁶².

El problema de la omisión, en este caso, es que se podría entender el tipo penal como una manera de inversión de la carga de la prueba, de forma tal que el autor del hecho debiera probar que no había bienes y, por ende, casi se convertiría en una prueba imposible. Imagine el lector cómo se hace para probar que no entró o no había bienes en la empresa, más allá de mostrar algún balance o prueba similar.

Por este motivo, Creus, que advirtió el problema, había convenido en que, si bien se trata de una omisión simple, no se está ante esta presunción, sino que, probada la existencia previa del bien, por la parte acusadora, en los bienes de la empresa, es ahora el agente el que debe justificar qué hizo con él. Adviértase la difícil problemática que se plantea en aquellos autores que afirman que el delito se comete para los actos anteriores a la declaración de quiebra, esto es, en el período de crisis antes de la quiebra, porque en empresas no ordenadas, será difícil probar el dolo del autor, ya que hay una línea divisoria muy tenue entre el autor que hace desaparecer el bien y aquel que, con el fin de salvarse de la quiebra, realiza nuevas operaciones comerciales. Baste con ejemplificar con la compra de acciones en la bolsa, con la idea de que será un buen negocio y, debido a las fluctuaciones propias de ésta, pierde ese capital o dinero invertido.

De todas formas, la cuestión no es sencilla, ya que autores como

⁶¹ *Íd.*, p. 448.

⁶² CREUS, *ob. cit.*, p. 60.

Bergel, mantienen la idea de que la norma es inconstitucional, habida cuenta de que contraría el artículo 18 de la Constitución Nacional, posición ésta que se acerca a la nuestra, ya mantenida en el análisis del artículo 268 (2) del Código Penal, en cuanto obliga a justificar los bienes adquiridos por el funcionario público⁶³.

Afirma Bergel que resulta difícil vincular el concepto de fraude a la negativa a dar explicaciones en el proceso concursal. Sin perjuicio, agrega, de reconocer la obligación que debe asumir el fallido, de coadyuvar en las tareas de los órganos del concurso, entendemos que no cabe encuadrar la conducta de quien se niega a dar explicaciones, dentro de la grave calificación de fraudulenta. La noción de fraude, prosigue, tanto en materia civil como penal, está necesariamente vinculada al engaño, al ardid o a la inducción en error. De ninguna forma puede sostenerse que la conducta de quien se niega a dar explicaciones entrañe fraude. Aquí no hay que olvidar una norma de jerarquía constitucional: nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Y resulta evidente que muchas de las explicaciones que requiriera el tribunal, podrían entrar en dicho marco⁶⁴.

Ahora bien, el ocultamiento y la sustracción sólo pueden tener por objeto cosas (art. 2311, Cód. Civ.), concepto que comprende el dinero, los títulos, documentos y efectos, pero no aquellos bienes que no son cosas, como son los derechos. Sin embargo, será posible su ocultación si se esconde el título que representa los bienes, que es una cosa representativa de valor pecuniario.

Los hechos del inciso 2º deben, entonces, recaer sobre cosas o bienes, que corresponden a la masa. Se comprende en este rubro, no sólo los bienes que el comerciante tenga en propiedad, sino también los derechos reales a favor del acreedor, como ser un usufructo que aquél tuviera a su favor⁶⁵.

Apunta Núñez que se trata de los bienes del comerciante que pertenecen a la masa, y, más precisamente, cosas, derechos, títulos,

⁶³ BERGEL, Salvador Darío, *La calificación de conducta en el anteproyecto de ley de concursos mercantiles*, en J. A. Doctrina 1970-262; DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, t. III, ps. 382 y ss.

⁶⁴ BERGEL, ob. cit., p. 264.

⁶⁵ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 80.

efectos, que responden a los acreedores de la masa⁶⁶. Se excluyen, como es obvio, los bienes que no pertenecen a la masa, como ser el bien de familia, bienes del cónyuge excluidos, los bienes inembargables, indemnizaciones de accidentes, pensiones, etcétera⁶⁷.

La doctrina ha sostenido que el comerciante en quiebra puede rechazar una herencia, pero debería hacerlo con conocimiento del síndico, ya que de lo contrario, sería una ocultación de bienes. Sin embargo la cuestión no es clara y la conducta sería típica, sólo si se dan otros extremos del delito.

También son objeto los derechos y las cosas futuras, pero no las simples expectativas, como ser la esperanza de una ganancia⁶⁸.

Sobre las cosas provenientes de un delito, la cuestión está dividida. En tanto Núñez ha emitido opinión a favor, en cuanto que pueden ser objeto de este delito, Laje Anaya argumenta que esto no es posible, ya que el deudor no puede alegar sobre estas cosas ningún derecho, que sólo están sujetas a la acción de los propietarios, si son identificables y no están confundidas en el patrimonio del comerciante. Núñez le contesta, en una nota a pie de página, afirmando que “su razón de que el deudor no tiene derecho a ello no es lo determinante en el caso según nuestra ley de quiebras, sino que sus dueños son acreedores de aquél”⁶⁹.

Por ocultar se entiende toda acción que el autor ejecuta, dirigida a lograr una disminución de los bienes existentes, del activo, mediante actos positivos tendientes a lograr el resultado querido y que se traducen al exterior, ya sea escondiendo, tapando, retirando o trasladando ciertas cosas de un lugar a otro, de modo que se apartan de la vista del acreedor. El propósito del ocultamiento es evitar que las cosas objeto de la acción ingresen a la masa⁷⁰, impidiendo que los acreedores, el síndico o el juez de la quiebra conozcan de su existencia⁷¹.

⁶⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 448.

⁶⁷ Núñez señala las siguientes leyes: 14.394, 11.719, 11.357; art. 292, Cód. Civ., y ley 4128.

⁶⁸ Laje Anaya, siguiendo en este punto a Antolisei.

⁶⁹ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 82; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 449, nota 145.

⁷⁰ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 83.

⁷¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 450.

Se admite que la acción de ocultar pueda efectuarse también por omisión, cuando el autor, estando jurídicamente obligado a declarar la totalidad de los bienes que integran su patrimonio, calla la existencia de uno o alguno de ellos⁷².

Se ha planteado por la doctrina tradicional, y en forma positiva, que el silencio puede dar lugar al delito en cuestión. Así, uno de los autores más representativos de esta posición afirma que “como nada indica que la ley haya querido usar la palabra ocultar en su significado positivo el comerciante que calla la existencia de una cosa que debe denunciar, por ejemplo, si oculta en el balance alguna cantidad de dinero, los títulos, documentos, efectos u otra cosa”⁷³.

Bien ha replicado Creus que las obligaciones de este tipo deben provenir de un deber especial que surja, como es obvio, de una norma, y ésta no existe, porque la ley de concurso no la dice⁷⁴.

Señala Laje Anaya que la fuga u ocultamiento del comerciante (de su persona) no configuran el delito en tratamiento, pero si se alza con alguna cosa que pertenece a la masa, el hecho constituirá una acción punible⁷⁵.

La acción de sustraer consiste en sacar del acervo de garantía de los acreedores la o las cosas, disminuyéndolo⁷⁶.

Ciertamente, el término “sustraer” no tiene en este tipo penal el mismo significado que en el delito de hurto o robo, porque la acción del comerciante recae sobre sus propios bienes, y se trata, además, de cosas que obran en su poder. Por consiguiente, se interpreta que la fórmula se refiere al apartamiento, separación o extracción de las cosas que corresponden a la masa, del alcance de los acreedores⁷⁷.

c) *Inciso 3º: “Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor”*

En este inciso se castiga al comerciante que concede ventajas indebidas a cualquier acreedor verdadero, ya que si el acreedor no

⁷² LAJE ANAYA, ob. cit., p. 83.

⁷³ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 450.

⁷⁴ CREUS, ob. cit., p. 65.

⁷⁵ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 84.

⁷⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 450.

⁷⁷ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 86.

existe, la conducta no entra en este inciso⁷⁸. El fundamento de la punición es que esta conducta resulta violatoria del principio de igualdad de los acreedores, ante la masa de bienes del deudor, y también de la integridad del acervo de garantía, pues mediante esta conducta se disminuye el patrimonio que es garantía común de todos⁷⁹.

El autor de este delito otorga ciertas ventajas indebidas a uno o algunos de los acreedores en particular, disminuyendo su patrimonio, por lo que perjudica al resto de los acreedores para quienes se ve reducido el activo a repartir. De modo que si no hay perjuicio para los otros acreedores, y éstos pueden cobrarse su crédito sin problemas, no habrá delito de quiebra fraudulenta.

El acreedor favorecido debe ser verdadero. De lo contrario, el pago que se efectúe constituirá la sustracción analizada en el inciso precedente⁸⁰.

La ventaja puede recaer sobre la totalidad de los bienes del activo o sobre parte de ellos, pero siempre debe ser indebida, esto es, que el acreedor no pueda tenerla, frente a los demás acreedores. La legitimidad, en este caso, excluye al tipo.

En su momento, Núñez, seguido por Laje, sostuvo que el acreedor que recibía la ventaja era coautor. En este aspecto Creus ha criticado, y con acierto, esta posición⁸¹. Desde nuestra posición, fijada hace tiempo⁸², los delitos especiales propios no permiten la coautoría de quien no tiene el deber especial. Por otra parte, la complicidad del tercero no siempre será complicidad primaria. Para ello se deberán dar los requisitos exigidos, afirmación que se extiende a la complicidad secundaria.

Ahora bien, la concesión de ventajas especiales sólo será antijurídica si existe una norma que lo prohíba, y pareciera que esa norma existe sólo por la apertura de la quiebra, que exige un tratamiento

⁷⁸ Ídem nota anterior.

⁷⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 450.

⁸⁰ Íd., p. 451.

⁸¹ CREUS, ob. cit., p. 67; NÚÑEZ, ob. cit., p. 451.

⁸² DONNA, *Autoría y participación*; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*. Ahora puede verse la versión actualizada del libro de FERRO, *Teoría de la participación criminal*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

igualitario de los acreedores⁸³. Esto no fue advertido por la posición contraria a la nuestra, ya que no se entiende bien cómo se cuida la paridad de los acreedores antes de la declaración de quiebra, no sólo porque limitaría la capacidad del comerciante, sino que lo llevaría a la obligación de respetar un deber inexistente en ese momento, es decir, antes de la declaración de quiebra; un deber de respetar la igualdad de los acreedores.

III. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso y directo, ya que las conductas realizadas después de la quiebra no pueden ser hechas con dolo eventual⁸⁴. Además, se exige que los actos hayan sido realizados en fraude a los acreedores. Esto significa que debe haber daño a los acreedores, los cuales, a raíz de los actos mencionados por el artículo 176, deben sufrir una pérdida pecuniaria en la distribución del activo de la masa (Ramos, Díaz), aunque otro sector afirma que sólo se trata de un sentido subjetivo, esto es, que los actos deben ser para defraudar a los acreedores (Gómez).

El autor debe saber que se están realizando los actos en contra de los acreedores, y que está declarado en quiebra. Como es obvio, el error excluye el dolo.

IV. Consumación. Tentativa

Se pueden hacer dos tipos de consideraciones sobre este punto. Un primer análisis sería como consecuencia de que se trata de un delito de daño efectivo, en cuanto los intereses de la masa de acreedores o el acreedor en concreto se han afectado con los actos antes enumerados.

Desde otra perspectiva, se puede ver el delito como de peligro, en el sentido de que ese daño no es necesario, pero sí un efectivo, real peligro del patrimonio de la masa de acreedores. Como todo delito de peligro, éste debe ser concreto; el patrimonio debe haber tenido un verdadero estado de peligro.

⁸³ BACIGALUPO, ob. cit., p. 28.

⁸⁴ En contra LAJE ANAYA, *Comentarios*, t. 2, p. 192.

De todas maneras la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre este punto.

Creus y Núñez, razonando que, como en toda defraudación, lo que se exige es un perjuicio, por lo que no basta el mero engaño. Pero el daño que se exige es a la propiedad de los acreedores. Deberá verificarse si el acto que se llevó a cabo fue eficaz para que los bienes fueran insuficientes para afrontar los créditos verificados en el concurso. Por lo tanto, el daño depende de los créditos que se verifiquen.

La segunda consideración es la sostenida por Soler⁸⁵. Se afirma que no se castiga a quien defrauda a sus acreedores, sino a quien actúa en fraude a ellos. Con lo cual, basta el fraude, con la trascendencia subjetiva del autor. Por ende, se pune la infracción punible con la incriminación de actos preparatorios o de verdaderas tentativas, de manera que si alguno de los actos descriptos por la ley fuera realizado, el delito quedaría consumado, aunque el patrimonio del deudor fuese suficiente para atender la totalidad de los créditos verificados.

De esta idea de delito de daño o de peligro, se llega también al problema del momento de la consumación, y con ello al de la prescripción. Carrera afirma que hay cuatro criterios formulados al respecto: "a) El momento de la cesación de pagos; b) el de la declaración de quiebra; c) el de la cesación de pagos si los hechos de fraude fueron anteriores a ella, y el de éstos, si fueron posteriores. Este criterio que ha surgido de la jurisprudencia (ver plenario "Trovatto")⁸⁵⁻¹, ha sido criticado por Creus, con la afirmación de que puede haber cesación de pagos sin proceso concursal, con lo cual el delito será otro, pero no el de quiebra; d) el de la declaración de quiebra si los hechos de fraude fueron anteriores y al momento de los hechos si han sido posteriores"⁸⁶.

La tentativa es sin duda posible, más aún desde nuestra posición que exige la declaración de quiebra y que los actos sean posteriores a ella.

Para un sector, los hechos posteriores a la declaración de quiebra admitirían tentativa, pero no los anteriores⁸⁷. Esto es claro, porque la

⁸⁵ Ob. cit., t. IV, p. 434.

⁸⁵⁻¹ Fallos: IV-625.

⁸⁶ CARRERA, ob. cit., p. 519; NÚÑEZ, t. V, p. 452; CREUS, t. 1, § 1377.

⁸⁷ CARRERA, en J. A. del 11-5-88; ANTOLISEI, Francesco, *Delitos relacionados con las quiebras*, Temis, 1975, ps. 26 y ss.

declaración de quiebra convertiría al delito en consumado, ya que no hay quiebra fraudulenta si no existe tal declaración.

V. Prescripción

Comienza a partir del momento en que la quiebra toma firmeza, esto en los actos anteriores. En los posteriores, en el momento en que se produce el perjuicio⁸⁸.

En los casos de la omisión impropia de los incisos 2º y 3º del artículo 176, la consumación se produce en el momento en que cesa la posibilidad de actuar de acuerdo con lo prescripto por el Derecho, pero esto no indica que no se requiera la declaración de quiebra.

Creus distingue, para la consumación del delito, los hechos que se han llevado a cabo antes de la quiebra, los cuales tienen un régimen especial. Como el perjuicio se ha realizado, pero al no tenerse el procedimiento de verificación (arts. 194, 196, leyes 19.551 y 22.917), sucede que, luego de este procedimiento, sólo aclara a quién puede perjudicar, pero no el momento consumativo del delito.

En cambio en los hechos cometidos luego de la declaración de la quiebra, que según nuestra opinión son los únicos válidos, se consuma la quiebra cuando producido el detrimento del patrimonio del deudor, éste perjudica a todos o algunos de ellos, ha producido dicho perjuicio al quebrantar la igualdad entre ellos. Dicha consumación se ha dado aunque no se haya realizado la verificación de créditos que únicamente permite constatar la extensión típica del perjuicio producido.

Otro sector opina que la tentativa es posible en los actos anteriores y posteriores a la quiebra, aunque ello se torna difícil en el caso del artículo 176, inciso 2º, primera parte.

VI. Unidad del delito

En principio, desde nuestra perspectiva, se trata de un delito único, a partir de la declaración de quiebra; por ende, sólo será el autor punible por un solo hecho delictivo⁸⁹.

⁸⁸ NÚÑEZ, p. 452; SOLER, p. 428.

⁸⁹ En igual sentido CARRERA, p. 520; NÚÑEZ, t. V, ps. 453/54; LAJE ANAYA, *Comentarios*, p. 192.

LA LLAMADA QUIEBRA CULPABLE

El artículo 177 expresa: “Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta”.

I. Antecedentes

La norma, según Moreno, proviene del artículo 193 del proyecto de 1906 y que, en su Exposición de Motivos, afirmaba que: “La quiebra culpable ha sido también definida en sus elementos constitutivos, los que se reducen a actos de negligencia o imprudencia manifiestos”⁹⁰.

II. Tipo objetivo

1. *La estructura del tipo*

La cuestión del tipo objetivo, en el artículo 177 del Código Penal, es distinta a la tratada en el artículo 176. En el artículo 176, como hemos visto, éste exigía, para que hubiera autor idóneo, que se hubiera declarado la quiebra, previamente a la realización de los hechos, ya que la sentencia de declaración de quiebra del comerciante, previa a los hechos, no difiere en nada del decreto de nombramiento de un funcionario público, en los tipos penales de los funcionarios⁹¹.

En cambio, en el artículo 177 del Código Penal la cuestión difiere sustancialmente. De la simple lectura del artículo, se deduce con bastante facilidad que los hechos enumerados llevan a que el comerciante se hubiere causado su propia quiebra. En este supuesto, claro está, tanto Bacigalupo como Antolisei han sostenido que estamos frente a un caso de condición objetiva de punibilidad⁹². Esta conclusión se

⁹⁰ MORENO, ob. cit., p. 257.

⁹¹ BACIGALUPO, ob. cit., p. 29.

⁹² BACIGALUPO, p. 29; ANTOLISEI, p. 33.

deduce en base a que los hechos que se incriminan son anteriores a la declaración de quiebra. “En efecto –afirma– al ser una exigencia del tipo penal el haber causado su propia quiebra, la conducta causal tiene que ser necesariamente anterior al hecho causado”, pero “la declaración de quiebra es siempre la acción de un tercero que funciona como condición objetiva. Es cierto, pero esa declaración está determinada por el estado de cesación de pagos que debe ser el resultado de la conducta culposa o dolosa del sujeto. Si no es posible establecer una vinculación objetiva entre ese estado y la conducta anterior, podrá haber quiebra, pero no quiebra punible”⁹³.

Sin embargo, Creus entiende que no es ésta la posición correcta ya que la quiebra es el resultado de los hechos realizados por el autor, de modo que es un elemento del tipo penal⁹⁴.

Autores como Núñez afirman que sólo se trata de actos anteriores a la quiebra y deben ser su causa⁹⁵.

Navarro hace una particular descripción de este delito, diferenciándolo del previsto en el artículo 176 del Código Penal. Afirma que la diferencia entre ambos está en los siguientes puntos: es un delito de daño; la conducta culpable debe guardar relación causal con la cesación de pagos; en este delito la cesación de pagos es real; los actos típicos sólo pueden ser anteriores a la declaración de quiebra⁹⁶.

2. *Las acciones que provocan la quiebra*

La ley enumera una serie de acciones y omisiones a las cuales ya nos hemos referido, en parte, que, de acuerdo a un sector de la doctrina que considera este hecho como culposo, son meramente ejemplificativas, dado el último de los párrafos del artículo: “...o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta”⁹⁷.

Nosotros hemos sostenido que este tipo es doloso, en una parte, y culposo, en la otra. Debe entenderse a los cinco primeros párrafos

⁹³ SOLER, ob. cit., por Bacigalupo y con agregados propios, p. 31.

⁹⁴ CREUS, p. 117.

⁹⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 457.

⁹⁶ NAVARRO, ob. cit., p. 38.

⁹⁷ En igual sentido Buompadre, que afirma que el delito es culposo (*Delitos contra la propiedad*, Mave, Buenos Aires, 1998, p. 296).

como dolosos y solamente el último como culposo. En el primero, tampoco hay duda de que la enumeración es taxativa, es decir, limitativa. Carrera, últimamente ha vuelto sobre el tema, basándose en Núñez, quien también en su manual ha hecho una revisión de su posición. Parte del análisis del último párrafo del artículo 177, esto es, la expresión “o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta”. Esto determinó, sostiene Carrera, que el entendimiento generalizado encontrara que el comportamiento del autor estaba constituido por actos culposos, lo que no resultaba aceptable frente a su inteligencia sistemática, porque conduciría a una conclusión absurda. Si el artículo 177 fuera inaplicable cuando al realizar uno de los actos que menciona, el autor hubiera previsto y aceptado la ocurrencia de la quiebra (dolo eventual) o hubiera ejecutado el acto para disimular la causación de ella (dolo simple), resultaría el absurdo de que el autor delinquiría si procediera con ánimo criminalmente inocente, pero no en caso contrario⁹⁸. Con lo que concluye el autor citado que el artículo 177 tanto es posible dolosa como culposamente.

a) *Los llamados actos de insolvencia*

1) *Gastos excesivos con relación al capital
y al número de personas de familia*

Los gastos excesivos tienen que tener relación, según la ley, al capital y al número de personas que componen la familia del autor. La relatividad del gasto, en relación a los supuestos antedichos, ha llevado a los autores a decir que el carácter excesivo del gasto no se mide por la cantidad únicamente, sino por la racionalidad y razonabilidad⁹⁹. Por eso Ramos afirmaba que la ley toma en cuenta “gente que ajusta un tren de vida indebido o sin relación lógica con sus medios habituales”¹⁰⁰.

Debe quedar claro que se trata de gastos particulares de la persona y no de gastos afectados al giro comercial, y son tanto los gastos

⁹⁸ CARRERA, con cita de NÚÑEZ, p. 521; CREUS, t. 1, § 1383.

⁹⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 459.

¹⁰⁰ RAMOS, Juan P., t. VI, p. 215; NÚÑEZ, p. 459.

hechos, como las deudas jurídicamente exigibles¹⁰¹. Por ende son gastos domésticos o personales desproporcionados en relación a su fortuna¹⁰².

2) *Especulaciones ruinosas*

Qué son operaciones ruinosas es una tarea de difícil conceptualización, habida cuenta de que se está en el ámbito comercial, en donde las actividades riesgosas son necesarias a los efectos de la ganancia normal de un comerciante. Recuérdese el famoso ejemplo de la primera persona que invirtió en publicidad y los problemas que tuvo. Por eso el concepto debe ser estrictamente delimitado, a los efectos de no violar el principio de legalidad, por una parte, y, por otra, de no entorpecer la actividad comercial.

La doctrina ha recurrido al artículo 236 de la Ley de Concursos y Quiebras 19.551. Sería, para este sector, utilizar medios ruinosos para procurarse recursos, por ejemplo, compras a crédito por un monto que no guarde relación al giro comercial¹⁰³.

Navarro ha explicitado con razón que la mera especulación comercial no excede el marco de una actividad comercial. Sí, en cambio, la especulación ruinosa, que es aquella que no puede producir beneficio, sino sólo perjuicio patrimonial, como ser las ventas a pérdida, las compras al fiado que exceden el giro comercial, y aun el juego de bolsa, que también puede entrar en el concepto de juego¹⁰⁴.

Creus hace una diferencia entre el riesgo y lo ruinoso. El primero es cualquier operación que pueda tener altas posibilidades de fracaso, que no obligará de manera exagerada al deudor. Ruinosas son aquellas que, de fracasar, obligarán de manera imposible de atender en un futuro¹⁰⁵.

Si aceptamos este tipo penal en parte como doloso, este tipo de operaciones, si se le quiere dar alguna racionalidad, debe entenderse en el sentido que Antolisei le daba, que son aquellos casos en los

¹⁰¹ CREUS, p. 124; LAJE ANAYA, ps. 98/99.

¹⁰² CARRERA, ob. cit., p. 521.

¹⁰³ BUOMPADRE, ob. cit., p. 297.

¹⁰⁴ NAVARRO, ob. cit., p. 41.

¹⁰⁵ CREUS, p. 126.

cuales el sujeto disminuye a sabiendas su patrimonio, de manera que actúa con intención de disminuirlo voluntariamente¹⁰⁶.

Se puede hacer una distinción entre acciones de riesgo comercial normal y acciones riesgosas propiamente dichas, en donde el sujeto sabe, aunque sea eventualmente, que las chances de ganar están fuera de sus posibilidades. Pero debe quedar en claro que, como bien lo afirma Carrera, ruinosos no son los actos que, aunque atrevidos, buscan salvar una situación incómoda propia de los riesgos del ejercicio del comercio, que fracasan porque no se cumplen las previsiones que, de haberse dado, podrían haber salvado el período crítico¹⁰⁷.

3) *Juego*

Se comprende por juego todas las apuestas de puro azar o de previsiones futuras en las que se arriesga dinero u otras especies patrimoniales¹⁰⁸. La doctrina también engloba en el concepto a los juegos de habilidad. Tampoco se exige la reiteración, siendo suficiente que tenga pérdidas económicas relevantes¹⁰⁹. El tema a discutir es si el juego de la bolsa es parte de este acápite. A nuestro juicio, deben ser operaciones de un riesgo muy mayor al normal, para que entre este caso como forma de quiebra culpable.

4) *Abandono de negocio*

Quien tiene un negocio, permanece en su manejo de forma tal que tiene su control. Esto es, quien tiene una empresa adquiere deberes sociales, y más aún cuando se entra en el llamado período crítico. Quien sin ninguna justificación, como puede ser una enfermedad psíquica –depresión–, abandona la dirección de la empresa y se comporta como una especie de administrador infiel, tipifica el delito del artículo 177 del Código Penal. No es necesario que se ausente del lugar de sus negocios¹¹⁰.

¹⁰⁶ ANTOLISEI, ob. cit., p. 108; BACIGALUPO, p. 18.

¹⁰⁷ CARRERA, ob. cit., p. 521.

¹⁰⁸ CREUS, ob. cit., p. 128.

¹⁰⁹ CREUS, p. 128; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 459.

¹¹⁰ CARRERA, ob. cit., p. 522.

5) *Cualquier acto de imprudencia o negligencia*

Éste es el único párrafo en donde se tipifica el delito culposo. Se trata, como se sabe, de la violación de los deberes a su cargo causando un perjuicio económico. Los deberes a su cargo surgen del ámbito de relación, esto es, de normas no escritas, que hacen a la buena práctica del comerciante¹¹¹. Todo lo demás que se diga encaja en este concepto, como ser, la previsibilidad de colocar en quiebra a la empresa. Sin embargo, la doctrina ha sostenido que debe ser una imprudencia relevante, particularmente clara, dejando de lado los actos de ligereza, propios de los negocios¹¹². La previsibilidad del acto imprudente, que de esto se trata, tiene que tener relación con el alto riesgo que pone con ese actuar a la empresa.

3. *El perjuicio a los acreedores*

Estos actos deben haber causado la propia quiebra del deudor, motivo por el cual se requiere una relación de causalidad entre estas acciones y la posterior quiebra. Por ende, sólo se punen los actos anteriores a la quiebra, ya que los posteriores no la provocan. Pero se requiere la declaración de quiebra ya que, de lo contrario, no se daría un elemento del tipo penal.

Se exige que se provoque perjuicio económico a los acreedores; esto significa que, debido a los actos del agente, se determine la insolvencia real o la mayor insolvencia del quebrado y “de tal manera, la insatisfacción de los créditos de la masa o una insatisfacción mayor”¹¹³.

Afirma Carrera que la quiebra resultante de la conducta culpable del comerciante es perjudicial cuando guarda relación causal, o sea, sin interferencia de otra fuente causal independiente y preponderante, determinando su insolvencia¹¹⁴.

Nada más acertado que dar lugar en este tema a los criterios de la imputación objetiva, para delimitar el problema. Esto es, el aumento

¹¹¹ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, *El homicidio culposo*.

¹¹² CREUS, p. 139.

¹¹³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 461; SOLER, ob. cit., p. 403.

¹¹⁴ CARRERA, ob. cit., p. 522.

del riesgo debe haberse dado en un resultado que, en este caso, es la quiebra. Si ésta lo fue por otro aumento de riesgo, la conducta no le será imputable al autor¹¹⁵.

III. Consumación

El delito se consuma con la declaración de quiebra firme, dictada por el juez de comercio.

A partir de ese momento, comienza a correr la prescripción de la acción penal.

La Cámara del Crimen de la Capital sostuvo (*in re* “Trovatto”) que la prescripción corría desde el momento de la fecha de la cesación de pagos¹¹⁶, cosa que no es entendible, ya que ese elemento no existe como elemento del tipo penal¹¹⁷.

RESPONSABILIDAD POR LA QUIEBRA DE UNA SOCIEDAD O PERSONA JURÍDICA¹¹⁷⁻¹

Artículo 178 del Código Penal: “Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido

¹¹⁵ DONNA, *La imputación objetiva*; ROXIN, *Derecho Penal*; FRISCH, *La imputación objetiva*; ESER, *Derecho Penal*; MAURACH, ZIPF y GÖSSEL, *Derecho Penal*, entre otros autores que tratan el tema.

¹¹⁶ CNCom., 25-7-49, *Fallos*, t. VIII, p. 320; L. L. 55-719.

¹¹⁷ En este sentido se puede consultar a Navarro (ob. cit.) que trae una serie de supuestos y de fallos en este aspecto.

¹¹⁷⁻¹ Un amplio estudio sobre el tema en RAFECA, Daniel, *El delito de quiebra de sociedades*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual”.

I. Antecedentes

Según Moreno, el Código de 1886 no contenía un artículo similar al presente, lo que llevaba, y en esto acierta este autor, a que existiera una seria omisión, porque la quiebra cabe tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas¹¹⁸. Como se sabe, para solucionar lagunas legales de este tipo, la dogmática penal y luego la legislación crearon la figura del actuante por otro, que venía a imputar el hecho al sujeto que actuaba por una sociedad, aun sin poder para ello, si beneficiaba a la empresa¹¹⁹.

El proyecto de 1891, en cambio, legisló sobre el punto tomando la norma del Código húngaro: “Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad anónima, o de una persona jurídica que ejerza el comercio —afirmaba la ley— todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido, será reprimido con la pena del quebrado culpable o fraudulento en su caso, si hubiera intervenido en los actos que motivaron la quiebra”.

La Exposición de Motivos, explicando la responsabilidad de las personas ya enumeradas, se refería al artículo 337 del Código de Comercio, que establece que los directores de las sociedades anónimas debidamente constituidas no contraen responsabilidad alguna, personal o solidaria, por las obligaciones; pero responden personal y solidariamente, para con ella y los terceros, por la inejecución o mal desempeño del mandato, por violación de las leyes, estatutos o reglamentos. Esta misma responsabilidad es la que funda la penal. Luego agrega que los actos de fraude, o de culpa, no son actos de las personas jurídicas, de modo que ni el fraude, ni la culpa se pueden imputar a las personas jurídicas, entidades ideales respecto de las cuales, conforme al artículo 43 del Código Civil, no se pueden establecer acciones penales. “Son —afirman— obra de sus representantes, y es necesario que la represión

¹¹⁸ MORENO, ob. cit., p. 258.

¹¹⁹ En el proyecto de reforma de 1999 se incorporó dicha figura.

recaiga sobre éstos, como el Código de Comercio lo establece en el artículo 1606”¹²⁰.

Los sujetos que pueden ser castigados son:

- a) Director;
- b) todo administrador;
- c) todo gerente de la sociedad o establecimiento fallido;
- d) todo contador;
- e) todo tenedor de libros.

La comisión del Senado amplió la responsabilidad a los contadores y tenedores de libros.

El texto original del Código no contenía la expresión “o se hubiera abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra”, que se agregó por el decreto-ley 18.953, que se incorporó debido a que el decreto-ley 18.061 había hecho ingresar tal figura en la legislación civil.

La ley 20.509 derogó el texto pero el decreto-ley 21.338 lo volvió a incorporar. Posteriormente, la ley 23.077 lo mantuvo tal como está hoy en día¹²¹.

II. Análisis de la disposición

1. Aspectos generales

Mientras no se acepte la responsabilidad de las personas jurídicas, que obviamente cada vez cobra más adeptos¹²², la única forma de llegar a la sanción de este tipo de acciones será imputando a los representantes. Hoy en día la dogmática penal cuenta con sólidos elementos para llegar a encontrar la responsabilidad de las personas físicas que están a cargo de estas corporaciones, que hacen, a veces, más daño a la sociedad que un robo. Lo que sucede es que no se nota

¹²⁰ MORENO, ob. cit., p. 259.

¹²¹ CREUS, ob. cit., p. 142.

¹²² BAIGÚN, *La responsabilidad de las personas jurídicas*; JAKOBS, *Derecho Penal*; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad de las personas jurídicas*; ABOSO y ABRALDES, *La responsabilidad de las personas jurídicas*. En contra DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2; Cerezo Mir; Köhler últimamente con nuevos fundamentos.

inmediatamente, es más, pasa imperceptible para el ciudadano, que termina creyendo que son hasta beneficiosas. Sin embargo, por las sociedades pasan los delitos más graves y dañosos para las personas¹²³.

Afirma Moreno que el artículo se refiere a la quiebra de una sociedad anónima, de una sociedad cooperativa y de una persona jurídica que ejerza el comercio¹²⁴.

Los sujetos que pueden ser castigados son:

- a) Director;
- b) administrador;
- c) gerente de la sociedad o establecimiento fallido;
- d) contador;
- e) tenedor de libros;
- f) síndicos.

Este artículo dispone simplemente una equiparación y pone fin, así, a toda duda sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se castiga la conducta de los directores, síndicos, administradores, gerentes, contadores y hasta tenedores de libros de sociedades. Los actos delictivos de estos sujetos no involucran a la persona jurídica en sí misma, sino que los hacen a ellos personal y plenamente responsables en materia criminal.

Por medio de este artículo, quedan cubiertas situaciones regulares e inexcusables. Se tipifica así de manera indubitada la conducta de las *personas físicas* que componen estas *personas jurídicas*. De no ser así, tal vez estas últimas quedarían exentas como entes. E incluso se penaliza la conducta de los tan comunes directores “decorativos”, que sólo aceptan un cargo y figuran pero no actúan, creyendo de este modo evitar responsabilidades. Esta conducta tan corriente en la estructura de una persona jurídica, se ve castigada por este delito ya que se da el caso de una clara omisión.

De esta manera, y como bien dice Bacigalupo, el artículo 178 del Código Penal “incrimina lo que tradicionalmente se ha llamado quiebra

¹²³ Sobre este tema el lector puede consultar la tesis doctoral de GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*.

¹²⁴ MORENO, ob. cit., p. 259.

impropia, lejos de establecer un tipo penal, solamente contiene una ampliación del área de autores de los artículos 176, 177 y 179 del Código Penal¹²⁵.

La razón de la ampliación de la autoría, por vía legal, se debe a que de no existir la disposición, las personas enumeradas en la ley no podrían ser imputadas ya que faltaría autor, debido a que se trata de un delito especial propio. Y lo que es más grave, tampoco podrían ser responsabilizadas como cómplices, ya que no existiría hecho principal punible.

2. *Tipo objetivo*

La acción punible no es otra cosa que la cooperación en la ejecución de algunos de los actos a que se refieren los artículos anteriores, esto es, al decir de Carrera, en los actos de bancarrota (art. 176), o de algunos de los actos de insolvencia (art. 177). De lo que resulta que los actos de cooperación, que siempre implican una intervención acordada con el autor, no reclamen el artículo 45 o 46, y quedan absorbidas por el artículo 178 del Código Penal, que puede ser como intervención mínima y no única¹²⁶.

Todo el problema que tiene la teoría tradicional en la interpretación del artículo se refiere a un manejo limitado de las categorías dogmáticas de autor, por una parte, y a la explicación del artículo 177 como culposo. En este último caso, no pueden demostrar la participación en el delito culposo, que por otra parte es negada. En cuanto al primer caso, no alcanzan a entender que es una ampliación de autoría, de modo que ya no tiene el problema que se le aparecía al haber un hecho sin autor, precisamente porque éstos son los autores, y no la sociedad propiamente dicha.

Estos actos deben realizarse en iguales condiciones que lo anteriormente expuesto, de manera que la remisión a lo explicado se impone.

3. *Personas jurídicas comprendidas*

La ley hace una enumeración, que ha sido criticada por la doctrina,

¹²⁵ BACIGALUPO, ob. cit., p. 33.

¹²⁶ CARRERA, ob. cit., p. 523.

habida cuenta de que limita de una manera poco razonable. Por ejemplo, las personas jurídicas no comerciales quedan excluidas, aunque sea declarada su quiebra.

En el caso de la sociedad colectiva o en comandita, carente de personería jurídica, sólo podría alcanzar la ley a los socios solidarios, por su condición de comerciantes constituidos en estado de quiebra por la declaración de quiebra de la sociedad¹²⁷. Por eso Carrera sostiene que sólo entran en este tipo penal las siguientes personas jurídicas: la sociedad comercial (decreto-ley 19.550/72); las personas jurídicas que ejerzan el comercio (art. 33, segunda parte, inc. 2º, Cód. Civ., según decreto-ley 17.711); los bancos u otra entidad financiera (decreto-ley 21.526/77 y 22.529/82, arts. 1º y 2º, y 1º, respectivamente); la sociedad cooperativa (decreto-ley 20.337/73) o la sociedad mutual (decreto-ley 20.321/73)¹²⁸.

4. *La cooperación en liquidación sin quiebra de entidades financieras*

El problema del agregado surge, tal como lo ha hecho notar la doctrina¹²⁹, de que proviene del decreto-ley 18.953/71, vigente la Ley de Quiebras 11.719, ya que la Ley de Concursos, decreto-ley 19.551/72, es posterior y se reformó con el decreto 22.917/83.

El agregado se hace habida cuenta de que los bancos y entidades financieras no podían ser declarados en quiebra, pero cuando ésta era procedente, se abría el procedimiento de liquidación sin quiebra de la entidad.

La Ley de Concursos del decreto-ley 19.551/72 tampoco se refirió a la liquidación sin quiebra de la ley 11.719, pero en su Título IV reglamentó el concurso en casos de liquidación administrativa, conforme a lo cual, de acuerdo al artículo 257, la declaración de quiebra sólo es posible a requerimiento del liquidador. Esto fue aceptado por la Ley de Entidades Financieras, en cuanto, dispuesta o asumida la liquidación de una entidad, el juez competente, concurriendo los supuestos necesarios, está autorizado a declarar la quiebra a pedido del Banco Central.

¹²⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 464; CARRERA, ob. cit., p. 523.

¹²⁸ CARRERA, ob. cit., p. 523.

¹²⁹ Seguimos en este punto a CARRERA, ob. cit., p. 524.

De todo lo cual, concluye Carrera, aun refiriéndose a la vieja ley de concursos, que “los alcances del artículo 178 tratándose de bancos y entidades financieras, fueron condicionados, en un procedimiento, únicamente a que se abriera el procedimiento de la liquidación sin quiebra de la entidad, y sin comprender la liquidación a cargo de los liquidadores, que tiene lugar cuando se considere que existen suficientes garantías (art. 38, decreto-ley 18.061; art. 44, decreto-ley 21.526/77). En cambio, el sistema único de procedimiento de liquidación sin quiebra no sólo ha perdido vigencia, sino que tampoco subsiste como alternativo”. “Esto es así –concluye Carrera– porque si dispuesta o asumida por el BCRA la liquidación de una entidad, o posteriormente, concurrieran los supuestos que tornan procedente la declaración de quiebra, el BCRA debe pedir al juez competente la quiebra de la entidad (art. 50, decreto-ley 22.529/82)”¹³⁰.

Con el dictado de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, la cuestión se mantiene en este mismo estado, aunque ahora con más claridad que antes, habida cuenta de lo afirmado por el artículo 2º de la ley, en el sentido de que las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado nacional o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación, pueden ser declaradas en concurso.

En este sentido, la doctrina comercial ha sostenido, con referencia a las entidades financieras, que las normas específicas han establecido los esquemas de autoliquidación y liquidación de dichas entidades, pero no pueden acceder a un concurso preventivo. Sin embargo, son sujetos susceptibles de ser declarados en quiebra, a través del régimen previsto por ley 21.526, reformada por las leyes 24.144, 24.485 y una nueva norma legal sancionada el 21 de febrero de 1996 y promulgada el 11 de marzo de 1996, modificatoria de la ley 21.526 (B. O. del 18-3-96).

El régimen es el siguiente: la norma dispone que las entidades financieras no podrán solicitar la formación de concurso preventivo

¹³⁰ CARRERA, ob. cit., p. 524; en igual sentido, NAVARRO, p. 46; LAJE ANAYA, *Comentarios*, t. 2, p. 199, nota 127.

ni su propia quiebra, ni ser declaradas en quiebra a pedido de terceros, hasta la revocación de su autorización para funcionar (art. 1º, inc. 10).

Cuando la quiebra se solicite por circunstancias que la harían procedente según la legislación común, los jueces deben rechazar de oficio el pedido y deben dar intervención al Banco Central para que, en caso de procedencia, se formalice la petición de quiebra. Si la resolución del Banco Central que dispone la revocación de la autorización para funcionar comprendiera la decisión de peticionar la quiebra de la ex entidad, dicho pedido deberá formalizarse perentoriamente ante el juez competente, quien deberá pronunciarse al respecto¹³¹.

Con lo cual se aplica el artículo 178 del Código Penal. Deberá declararse la quiebra del banco o de la entidad financiera; caso contrario, no es de aplicación el tipo penal¹³¹⁻¹.

CONCURSO CIVIL FRAUDULENTO

Dice el artículo 179 en su primer párrafo: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiére alguno de los actos mencionados en el artículo 176”.

I. Antecedentes

Los antecedentes de la norma, en la legislación extranjera, son el Código holandés (art. 348), el húngaro (art. 414), el chileno (art. 466) y en los nacionales, el Código de 1886 (art. 200), el proyecto de 1891 (art. 216) y el proyecto de 1906 (art. 195)¹³¹⁻².

II. Tipo objetivo

1. El primer problema que se plantea en el tipo legal en estudio es la determinación de quién es autor idóneo, habida cuenta de los

¹³¹ RIVERA, ROITMAN y VÍTOLO, *Ley de Concursos y Quiebras* cit., t. I, p. 86.

¹³¹⁻¹ En contra, NAVARRO, ob. cit., p. 46.

¹³¹⁻² MORENO, ob. cit., t. V, p. 260.

sucesivos cambios legales, especialmente el problema del concurso civil, debido a la nueva Ley de Concursos y Quiebras 24.522, y la posibilidad del dictado de quiebra también en este caso¹³².

Los antecedentes del problema están dados por Carlos Creus¹³³.

El legislador de 1921 incorporó una norma específica para el deudor no comerciante, ya que dentro de los tipos penales de los artículos 176 y 177 no quedaban comprendidos como sujetos activos idóneos. Es también claro que la regulación del llamado concurso civil era hecha por los códigos provinciales. Por ese motivo se concretaba el tipo penal cuando el deudor era concursado civilmente, situación que se adquiría con la apertura del concurso. El problema se suscitaba con el artículo 1º, párrafo 2º, de la ley 11.721 por la cual se aplicaba a los no comerciantes el procedimiento de la quiebra. Posteriormente, con la ley 19.551, se solucionó en parte el problema al disponer, en su artículo 310, “que cuando la ley utiliza los vocablos quiebra, concurso mercantil y quebrado o fallido, ha de entenderse que se refiere, respectivamente, al concurso civil y al concursado”. Con la ley 22.917 se derogó el citado artículo 310 y, en consecuencia, quedó unificada la reglamentación del concurso para comerciantes y no comerciantes. Por lo cual ya no existe un concursado civilmente, sino un deudor no comerciante declarado en quiebra.

Hasta este punto hemos seguido a Creus, quien afirma que el tipo penal del artículo 179, párrafo 1º, se debe aplicar a los no comerciantes declarados en quiebra, afirmando que “se entiende que la remisión queda hecha a la nueva ley, salvo que plantee una incongruencia tan importante que quite todo sustento a la ley que remite”¹³⁴.

En el análisis que se hace no debe olvidarse, por último, que la ley 24.522 siguió en la línea antes mencionada de la unificación. Así se ha afirmado que “dentro del régimen concebido por la ley 24.522 se mantiene un criterio amplio que no diferencia, dentro de los sujetos pasivos, a los comerciantes o empresarios respecto de otras personas físicas. Todas las personas físicas pueden ser sometidas

¹³² CNCom., 3-6-99, “Kehoe, Wilma Concepción”, Def. 49/207, c. 45.825, 5-3-14.

¹³³ *Quebrados y otros deudores punibles* cit., ps. 169 y ss.

¹³⁴ CREUS, ob. cit., p. 164.

a concurso, incluso los incapaces y los inhabilitados, y aun el patrimonio del fallecido, al que no puede considerarse, de modo alguno, sujeto jurídico”¹³⁵.

Con estos elementos, no hay dudas de que estamos ante un problema de autoría, dado que la ley ha creado un tipo penal comprendido entre los llamados delitos especiales en sentido estricto, ya que el tipo penal, de la manera en que está redactado, exige una cualidad especial en el autor. Pues bien, en los presentes dicha cualidad no existe ya que la persona imputada en el hecho no es una concursada, sino que es una quebrada no comerciante.

2. En segundo lugar, hay otro problema, que es similar al que se presenta en el caso del delito de quiebra, en donde hemos sostenido que los actos típicos, en el artículo 176 del Código Penal, sólo son aquellos realizados por el comerciante quebrado, después de su declaración. En este caso, viene en nuestra ayuda Soler, cuando afirma que contrariamente a lo que sucede con los comerciantes, en este caso, los acreedores están con mayor posibilidad de tutelar sus propios derechos¹³⁶. También afirma el autor citado que acordar mucha extensión a la infracción de los deudores es peligroso, ya que se puede caer en la prisión por deudas. Para ello, Soler, coincidiendo con nosotros en la solución que hemos dado para el delito de quiebra, pero ahora sólo en este tipo delictivo, afirma que “el traspaso simulado de bienes, sin que medie concurso, no es delito suprimido el artículo 200 del Código Penal de 1887, sino en la medida en que sea aplicable el artículo 173, inciso 6º del Código Penal o que se trate de la situación prevista en la segunda parte del artículo 179 del Código Penal”. Y, más allá de las razones de Soler, esto es lógico, porque tal como está redactada la ley, se trata de un delito que requiere un autor idóneo, esto es, una persona declarada en concurso civil.

La opinión contraria se basa en que el cambio de denominación derivada de las modificaciones de la ley comercial —el deudor no comerciante concursado civilmente—, mencionado en el artículo 179 del Código Penal, debe entenderse en la actualidad como equivalente al

¹³⁵ RIVERA, ROITMAN y VÍTOLO, *Ley de Concursos y Quiebras* cit., p. 84.

¹³⁶ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 441, § 122, XI.

quebrado no comerciante. Creus afirma en ese sentido que¹³⁷ “pensamos que la cuestión puede ser resuelta con mayor rigor por aplicación de los principios generales que rigen la sucesión de leyes en los mecanismos de remisión de la ley penal a leyes del resto del ordenamiento jurídico y en consideración al carácter sancionador de aquélla. En ese orden la doctrina ha sostenido que si el Código Penal se remite —expresa o implícitamente— a una ley que es derogada (en el caso se trataría del art. 310, ley 19.551, derogada por la ley 22.917), se entiende que la remisión queda hecha a la nueva ley, salvo que plantee una incongruencia tan importante que quite todo sustento a la ley que remite.

En cuanto al momento de los actos típicos, la mayoría de la jurisprudencia ha seguido el criterio en contra del sustentado en esta obra, afirmando que los llevados a cabo antes de la declaración de quiebra, en perjuicio de los acreedores y en el período de sospecha, son actos que perfectamente resultan idóneos —encuadrando en las descripciones de la ley— para tipificar la quiebra fraudulenta, con el argumento básico de que “sostener lo contrario conduciría irremediablemente a crear un amplio marco de impunidad que no se condice con la realidad evaluada por el legislador al sancionar la norma penal, ni así tampoco con el bien jurídico protegido por ella”¹³⁸⁻¹³⁹.

LA COLUSIÓN

El artículo 180 del Código Penal expresa: “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción.

”La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una per-

¹³⁷ *Quebrado y otros deudores punibles* cit., p. 164.

¹³⁸ CNCom., sala I, 22-5-96, “Pusso, Carlos E.”, c. 44.914; 6-11-97, “Chavanne, Marcelo A.”, c. 45.511; 23-9-98, “Suárez del Cerro, Tomás E.”, c. 9360; 23-10-98, “Díaz Cano, Marcelo E.”, c. 45.722.

¹³⁹ Voto de la mayoría en las causas antes citadas.

sona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género”.

I. Antecedentes

El antecedente del artículo es el proyecto de 1891 que, a su vez, lo tomó del Código de Holanda. En la Exposición de Motivos de ese proyecto se limitaba a indicar el origen del precepto y a repetir su texto, que era análogo al del Código vigente. La redacción de este último es igual a la adoptada por el proyecto de 1906, de donde se ha tomado directamente¹⁴⁰.

Como bien lo hace notar el propio Moreno, la norma tiene dos partes. La primera se refiere al acreedor y la segunda al director, gerente o administrador de una sociedad anónima, cooperativa o persona jurídica¹⁴¹.

El supuesto del que ha partido el legislador es el siguiente: “Es frecuente que, declarada la quiebra y a veces antes, algunos de los interesados traten de sacar ventajas individuales, arreglando el asunto de determinada manera”¹⁴².

II. Análisis preliminar

La primera cuestión que se plantea es si éste es un delito concursal, habida cuenta de las palabras “convenio” y “transacción judicial” que, como hace notar Bacigalupo, no tienen una referencia inequívoca al concurso como presupuesto de la comisión del delito, dado que convenios y transacciones judiciales son términos amplios que pueden existir en cualquier procedimiento judicial, aunque no sea concursal¹⁴³. Se trata de un delito concursal porque, como bien dice Carrera, no puede presentarse sin la alteración de la *pars conditio creditorum*. Así, sigue diciendo el autor, una ventaja concedida a un tercero no acreedor, no es típica conforme a la figura, pues no compromete la *pars conditio*.

Además, para confirmar que se trata de un delito concursal, la

¹⁴⁰ MORENO, ob. cit., p. 262.

¹⁴¹ Íd., ps. 262/63.

¹⁴² Íd., p. 263.

¹⁴³ BACIGALUPO, ob. cit., p. 33.

segunda parte del artículo 180 exige el estado de quiebra o el estado de falencia del no comerciante, la cual es invocada como razón exegética para sostener el carácter concursal del delito, por la coherencia que debe suponerse en las hipótesis de ambos párrafos¹⁴⁴.

Bacigalupo afirma que es un delito concursal, habida cuenta de una razón sistemática, en el sentido de que debe existir una norma que prohíba romper el esquema de la autonomía de la voluntad sobre el que está edificado el régimen contractual argentino. Y esto ocurre exclusivamente cuando una norma obligue a no conceder ventajas a unos acreedores sobre otros, y ello sólo es posible cuando sucede el concurso civil que exige la *pars conditio*¹⁴⁵. Además existe una razón exegética, que es la coherencia entre la primera hipótesis del párrafo primero y el segundo. De acuerdo con el segundo párrafo, la punibilidad del deudor que concierta el convenio otorgando ventajas a un acreedor, depende del estado de quiebra o concurso judicial de bienes. Por ende, concluye Bacigalupo, la punibilidad del acreedor depende de los mismos supuestos¹⁴⁶.

III. La connivencia dolosa del acreedor

1. Tipo objetivo

Se requiere que el autor haya convenido con el deudor o con un tercero la concesión de ventajas individuales, a los efectos de consentir el concordato, convenio o transacción. En este caso el delito se perfecciona con el voto, ya que, como sostiene Bacigalupo, “el delito del acreedor consiste en votar con especiales miras a la obtención de ventajas pactadas con el deudor, lo que exige un especial elemento del injusto”¹⁴⁷. O, en palabras de Creus, el acuerdo vendría a ser un acto preparatorio, pero condicionante, que se debe integrar en el correspondiente acto procesal¹⁴⁸.

¹⁴⁴ CARRERA, ob. cit., p. 525; BACIGALUPO, ob. cit., p. 35.

¹⁴⁵ BACIGALUPO, p. 35.

¹⁴⁶ BACIGALUPO, ibídem; en igual sentido CREUS, ob. cit., p. 174.

¹⁴⁷ BACIGALUPO, ob. cit., p. 36.

¹⁴⁸ CREUS, ob. cit., p. 178; CARRERA, ob. cit., p. 525; NAVARRO, p. 51. En contra LAJE ANAYA, *Comentarios...* cit., p. 121.

Se requiere, para que se tipifique el delito que exista más de un acreedor, de modo que se rompa la igualdad entre ellos. La existencia de un solo acreedor hace impensable el delito, ya que no hay bien jurídico lesionable.

El delito en sí consiste en un acuerdo fraudulento, en el sentido de que perjudica a los demás acreedores, ya que busca detener la continuación del concurso o que se extingan los efectos ejecutivos¹⁴⁹. Ahora bien, el acuerdo en el cual se da la ventaja tiene que tener como contraprestación el voto, que Creus llama corrupto¹⁵⁰. Pero no alcanza sólo con esto, sino que tiene que tener relación con la aceptación del concordato, convenio o transacción, de manera que si no hay aceptación de este tipo, no hay delito posible.

2. *Momento de la consumación*

Para Creus, el autor consiente cuando vota en el acto procesal o presta su acuerdo en un convenio extrajudicial. En otras palabras, la consumación recién se alcanza con el voto del acreedor —en lo que a su conducta delictiva respecta—. Esta corriente exige, para delinquir en los términos del artículo 180, que el acreedor realice la connivencia y preste luego el consentimiento pactado¹⁵¹.

Para Creus sólo es posible la tentativa en el caso en que los acreedores, cuando han expresado su consentimiento lo han efectuado en un acto que no se completa por causas extrañas a su voluntad, aunque acepta que si se sigue la teoría del dominio del hecho, el acto de tentativa puede comenzar en el momento del convenio¹⁵².

3. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo, más aún cuando las partes lo hacen en fraude a los demás acreedores.

4. *Autoría*

Se trata de un delito especial propio, en que sólo puede ser autor

¹⁴⁹ CREUS, ob. cit., p. 178.

¹⁵⁰ Íd., p. 179.

¹⁵¹ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. IV, p. 471.

¹⁵² CREUS, ob. cit., p. 183.

el acreedor, de modo que cualquier otra persona no puede actuar como tal. La participación es posible¹⁵³.

IV. La connivencia dolosa del deudor

1. Tipo objetivo

La conducta típica del deudor y las demás personas comprendidas en el tipo, tal como se verá luego, consiste en concluir un convenio, y éste es el momento consumativo por el que se fijan las anteriores condiciones vistas¹⁵⁴. Por eso afirma Bacigalupo que “el delito del deudor consiste en concluir el convenio con miras al voto favorable del acreedor (elemento subjetivo del injusto)”¹⁵⁵. Creus afirma que la conducta típica es la de concluir, estipular un convenio por el cual el deudor o un tercero hayan prometido al acreedor ventajas especiales para el caso de que, en el procedimiento concursal, se produzca un concordato, convenio o transacción para el cual aquél otorgue su consentimiento¹⁵⁶.

2. Momento de la consumación

Diferente al tipo que comprende al acreedor, en el caso del deudor se consume el hecho con el solo acuerdo o pacto, sin que se requieran otras actividades del deudor, del acreedor o del tercero. Como bien dice Laje Anaya, una vez firmado el convenio, al deudor no le queda nada por hacer¹⁵⁷.

Esto lleva a decir a los autores que no es posible la tentativa.

3. Tipo subjetivo

Al ser un delito de connivencia –inteligencia fraudulenta verbal o escrita–, no sólo se exige el dolo directo sino que, además, la consumación se da una vez prestado el consentimiento de ambos –deudor y acreedor– para la acción delictiva.

¹⁵³ DONNA, *Autoría y participación*.

¹⁵⁴ CARRERA, ob. cit., p. 526.

¹⁵⁵ BACIGALUPO, ob. cit., p. 36; NAVARRO, p. 52.

¹⁵⁶ CREUS, p. 186.

¹⁵⁷ CREUS, ob. cit., p. 186; LAJE ANAYA, *Comentarios... cit.*, vol. II, p. 211.

4. *Autoría y participación*

A diferencia de las anteriores disposiciones, el artículo presente no distingue entre comerciante o no comerciante, por lo cual, con la ley 24.522 vigente, quedan ambos incluidos como posibles sujetos activos de este tipo penal.

También se sanciona al deudor, director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género.

Pero se exige que el deudor esté en estado de quiebra o en concurso judicial de bienes. De modo que si el deudor no está en estas condiciones, no habrá posibilidad de que se tipifique este delito.

En tal sentido, Bacigalupo ha expresado que “la declaración de quiebra será un elemento del tipo que calificará a ambos codelincuentes cuando se trate de un concordato resolutorio, y no constituye elemento del tipo ni condición objetiva de punibilidad en el caso del concordato preventivo”¹⁵⁸.

La ley actual 24.522 ha eliminado todo problema sobre el concurso civil al unificar el procedimiento.

EL DELITO DE INSOLVENCIA FRAUDULENTA

Artículo 179 del Código Penal, segundo párrafo: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles”.

I. **Antecedentes**

El texto actual de la insolvencia fraudulenta fue incorporado por el llamado decreto-ley 17.567, del año 1968. Cuando se volvió al

¹⁵⁸ BACIGALUPO, p. 38.

sistema democrático y se derogó el decreto mencionado, la ley 20.509 mantuvo el tipo de la insolvencia, pero colocándolo como delito de acción pública, ya que antes era de instancia privada.

Como toda la historia de las leyes penales tiene un camino sinuoso, ya que cada vez que se quebraba el orden jurídico legal el gobierno militar de turno lo primero que hacía era reformar el Código Penal, un nuevo decreto-ley, esta vez el 21.338, le devolvió el carácter de delito de instancia privada. La ley 23.077 le restituyó su carácter público.

La Exposición de Motivos de la ley, que incluyó el delito de insolvencia fraudulenta, había puesto entre los antecedentes a la legislación española y a la alemana, entre las extranjeras, y el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, así como el Código de 1886.

En este punto es importante analizar cuál de estos antecedentes ha tenido mayor influencia. El artículo 519 del entonces Código español vigente tenía como bien jurídico a la propiedad, y no definía al delito, limitándose a afirmar que era punible “el que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores”, diferenciando entre comerciante y no comerciante a los efectos de las penas¹⁵⁹.

El § 288 el Código Penal alemán define la insolvencia de la siguiente manera: I. Quien ante una ejecución forzosa para él inminente, enajene o elimine parte de su patrimonio con la intención de frustrar el pago del acreedor será castigado. II. El hecho será perseguido a instancia de parte.

La diferencia con el Código de 1967 es notoria, ya que éste decía: “Incurrirá en una pena de dos años de prisión como máximo o de multa, todo individuo que, amenazado de embargo enajene u oculte elementos integrantes de su patrimonio, con la intención de perjudicar a sus acreedores”¹⁶⁰.

Esta redacción le ha hecho decir a Bacigalupo que el Código alemán prescinde totalmente del alzamiento y define la conducta mediante un elemento subjetivo de lo injusto y dando cabida, aunque

¹⁵⁹ BACIGALUPO, Enrique, *El delito de insolvencia fraudulenta*, en *Estudios jurídicos sobre la insolvencia y delito*, Depalma, 1970, ps. 83 y ss. En especial, para los antecedentes, p. 84.

¹⁶⁰ *El delito de alzamiento de bienes*, trad. de Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1971.

lateralmente, a otro bien jurídico distinto a la propiedad, como es la protección de los procedimientos de ejecución¹⁶¹.

Muñoz Conde comentando el antiguo Código alemán afirma que no hay diferencias con el español, sólo que exige una condición objetiva (ocultar o enajenar elementos integrantes del patrimonio ante un *embargo que amenaza al deudor*). Se trata de un delito de mera actividad, siendo suficiente tan sólo el intento de frustrar la satisfacción de los acreedores. Welzel afirmaba que es “la tentativa, castigada como un hecho consumado, de frustrar la satisfacción de un acreedor en la ejecución individual por la ocultación de los objetos ejecutables”¹⁶².

Todo este análisis viene a cuento porque entendemos que en estos dos textos extranjeros hay que informarse, a los efectos de estudiar el tipo penal en cuestión.

De todas formas se debe decir que el lugar que se le dio no es el adecuado, esto es, una segunda parte del artículo 179, de manera que debería haber tenido su independencia, en un capítulo general sobre la insolvencia.

II. Bien jurídico protegido

Es un delito que se da en el seno de la libre administración de los bienes propios; semejante a lo que sucede en el delito de usura, en cuanto a la libertad de contratación. En este sentido, la persona es libre de llevar sus negocios como quiera; así mismo, y de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad, será siempre vista con prevención la autoridad que se entrometa como una especie de control externo en el manejo de los bienes propios y, más aún, si se criminalizan conductas que van en detrimento del patrimonio propio. De modo que siempre rige el principio de que el Derecho sólo debe entrar a tallar cuando existe una contradicción de libertades, esto es, cuando se sale del ámbito de los negocios propios y se afecta el de terceros. Sólo desde esta perspectiva es entendible el delito en estudio.

El bien jurídico protegido es en principio la propiedad de los

¹⁶¹ BACIGALUPO, p. 85.

¹⁶² WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 364, cit. por MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 64.

acreedores, dada la colocación del delito, esto es, entre los quebrados y otros deudores punibles. Sobre este punto parece no haber dudas, y la doctrina está conteste¹⁶³.

Sin embargo, como ha hecho notar la doctrina, con esto no alcanza para delimitar el bien jurídico, ya que el delito es pluriofensivo. Con más razón, en virtud de lo expuesto, no sólo es el patrimonio de las personas sino también la administración de justicia, como se verá a través del análisis del presupuesto judicial que se exige.

Muñoz Conde afirma que el derecho de crédito del acreedor comprende dos momentos: uno, es el derecho al cumplimiento de la obligación; otro, el derecho a la satisfacción. Pues bien, este último es el verdadero bien jurídico protegido por el delito de alzamiento de bienes¹⁶⁴.

Para Bacigalupo, la cuestión es algo más compleja: si los hechos han sido cometidos durante el curso de un proceso, además de la propiedad está en juego la buena fe procesal. Si, en cambio, los hechos se han cometido después de una sentencia judicial, se trata de respaldar la autoridad de las decisiones judiciales¹⁶⁵.

Hendler, por su parte, afirma que el bien jurídico es directamente la propiedad e indirectamente la administración de justicia¹⁶⁶.

La cuestión no tiene sólo un interés teórico, ya que debe haber algún elemento que permita romper con el principio de la autonomía de la voluntad y del derecho de la persona, reconocido por el Código Civil de disponer de su propiedad a su gusto (arts. 2513 y 2514, Cód. Civ.)¹⁶⁷.

Pues bien, el deber que limita ese derecho, le viene dado por el proceso en trámite o el dictado de una sentencia; por ese motivo se trata de un delito que viola más de un bien jurídico.

¹⁶³ CREUS, *Derecho Penal*, t. 1, p. 583; BACIGALUPO, ob. cit., p. 88; MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 43.

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 51.

¹⁶⁵ BACIGALUPO, ps. 88/89.

¹⁶⁶ HENDLER, Edmundo, *El delito de insolvencia fraudulenta*, en *Doctrina Penal*, 1978, p. 76. En igual sentido NAVARRO, ob. cit., p. 67; MORAS MOM, *El delito de insolvencia fraudulenta*, ps. 34/35.

¹⁶⁷ Art. 2513: "Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular". Art. 2514: "El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades".

III. Tipo objetivo

1. *La acción típica*

El tema es discutido, y a continuación, verá el lector los problemas existentes en la interpretación del tipo penal. Creus afirma que la acción típica es la de frustrar, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles¹⁶⁸. Y explica su posición de la siguiente forma: “En verdad lo que se frustra es la posibilidad de que la sentencia que declara la existencia de la obligación y la obligatoriedad de su cumplimiento por parte del deudor, juntamente con los agregados originarios en el juicio (costas e intereses), pueda ser ejecutada con los bienes del deudor si él no paga lo dispuesto por ella. Lo cual indica que la existencia de una sentencia firme es un presupuesto necesario del delito, ya que si ella no existe no habrá prestación típica: el juez penal no puede rever lo que en este sentido haya declarado el juez civil. Indica también que no se da el tipo si el deudor paga lo ordenado por la sentencia dentro del plazo que ella dispone, aunque con anterioridad haya realizado actos de disminución de su patrimonio con miras a no cumplir, ya que dicho pago aventa la posibilidad de que se dé el resultado típico de la frustración”¹⁶⁹. La frustración tanto puede ser parcial como total.

Bacigalupo afirma que frustrar la ejecución de la sentencia condenatoria o tornar imposible la satisfacción normal del crédito derivado de la sentencia es el resultado típico, de manera que estamos frente a consecuencias de las acciones del agente. En otras palabras, las acciones del deudor llevan a tornar imposible la satisfacción normal del crédito que se ha derivado de la sentencia. De esta manera, la frustración del crédito, causada por las acciones del deudor, lleva a que la acción prohibida sea la de insolventarse, que en sí misma es el reflejo de las demás que han sido enumeradas en la ley. Luego, tanto el destruir, inutilizar, dañar, ocultar, hacer desaparecer o disminuir fraudulentamente el valor de los bienes del patrimonio, son formas de la insolvencia del deudor. Se trata, según Bacigalupo, de

¹⁶⁸ CREUS, ob. cit., p. 583.

¹⁶⁹ Ídem nota anterior.

un delito de resultado cortado, que se incluye dentro de los delitos de intención, según la opinión de Mezger¹⁷⁰.

Para que se pueda dar la frustración del crédito, por medio de la insolvencia, se deben dar previamente algunos presupuestos básicos. En primer lugar, debe preexistir una *obligación civil patrimonial* que el sujeto esté obligado a cumplir. Por obligación civil se comprende aquella que nace de relaciones de Derecho Privado y que está regulada por el Código Civil, el Código de Comercio o leyes especiales que rigen ese Derecho, aun cuando actúe un ente público, con la condición de que lo haga como sujeto de relaciones privadas¹⁷¹.

2. *La obligación civil*

La doctrina ha puesto límites a las obligaciones civiles, como base para la comisión del delito. Para Creus, sólo es posible en las obligaciones de dar, puesto que las obligaciones de hacer y no hacer no pueden frustrarse por los medios indicados en el presente tipo penal. Pero es posible en el caso de la indemnización, ya que es una obligación de dar (art. 629, Cód. Civ.)¹⁷².

En el caso de un contrato, sea por precio o garantía, que refiera a un bien determinado, habría que discutir si la acción no entra en el desbaratamiento de derechos acordados (art. 173, inc. 11, Cód. Pen.).

Por ello, se tratará de obligaciones a pagar en dinero, o de dar un bien determinado, pero proviniendo de una fuente diversa a un contrato (como puede ser una expropiación), o de dar un bien determinado, pero no por precio o garantía (como puede ser una obligación de dar en donación).

3. *El problema del curso de un proceso*

La acción delictiva debe darse *durante el curso de un proceso*, en el sentido de cualquier actuación judicial. Lo que se puede discutir en este sentido es cuándo comienza, si con la mera demanda o si es necesaria la traba de la litis propiamente dicha.

¹⁷⁰ BACIGALUPO, ob. cit., p. 92.

¹⁷¹ CREUS, *Quebrados...* cit., p. 205.

¹⁷² Íd., p. 206.

Afirma Hendler que “a pesar de la modalidad alternativa de la redacción empleada, es perfectamente posible entender que se trata de un único término inicial, con una lógica delimitación final: desde que se halla en curso un proceso y hasta que se haya cumplido la sentencia”¹⁷³.

Para Soler, en el caso de la demanda civil, hay proceso en curso cuando la demanda ha sido notificada. En cambio, en el caso del delito, éste existirá desde que el hecho ilícito se haya cometido¹⁷⁴.

Según Bacigalupo, en el caso de la demanda civil, debe existir notificación, pero insiste que debe darse un conocimiento real de la demanda por el demandado. Y a nuestro juicio acierta, porque hace al principio de culpabilidad, en cuanto el sujeto debe saber que existe una acción civil en su contra.

En cambio, y también acierta a nuestro juicio, en el caso del delito debe existir la deducción de la acción civil en el proceso penal, la apertura de la instancia plenaria, en este caso el juicio, y la expresa notificación al procesado de la reclamación deducida¹⁷⁵.

Sin embargo, Hendler ha criticado esta posición aduciendo que se posterga notablemente el *dies a quo*, ya que habrá que esperar la iniciación del proceso, el cumplimiento de la etapa instructoria, la formulación de la acusación, la reclamación civil y el acto de notificación del traslado correspondiente¹⁷⁶. De modo que concretando su posición, Hendler afirma que basta con la iniciación de una acción, sea en sede civil o penal, para que se dé el requisito del proceso¹⁷⁷. Pero es consciente de las dificultades que su posición tiene, de manera que la convierte en una condición objetiva de punibilidad, que como es sabido no es abarcada por el dolo¹⁷⁸.

¹⁷³ HENDLER, ob. cit., p. 769.

¹⁷⁴ SOLER, cit. por HENDLER, ob. cit., p. 770. Criterio aceptado por FERNÁNDEZ ALONSO, *Dos nuevos delitos: desobediencia procesal fraudulenta e insolvencia fraudulenta en Derecho Penal*, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, Argent Consult, N° 2, 1969, ps. 97 y ss.

¹⁷⁵ BACIGALUPO, ps. 96/97. En similar sentido NÚÑEZ, tomo actualización, ps. 42 y ss.; FONTÁN BALESTRA, *Las reformas al Código Penal. Ley 17.567*, ps. 190/93.

¹⁷⁶ Ob. cit., p. 771.

¹⁷⁷ Íd., p. 772.

¹⁷⁸ Íd., p. 773.

Creus afirma que el proceso debe considerarse en curso desde que la demanda es admitida por el órgano jurisdiccional, por lo que la mera presentación no alcanza. De modo que desde la resolución que admite y pone en movimiento la acción, los actos frustratorios adquieren significación tipificada¹⁷⁹.

4. *La sentencia*

No se duda, sin embargo, de que con la conclusión del proceso, pero *después de una sentencia condenatoria*, el presupuesto está dado. La misma ley lo estipula expresamente, ya que, de no haberlo hecho, dicho momento habría quedado excluido en virtud de la frase inicial “durante el curso de un proceso”. Además, queda así claro que una sentencia que no condena —siendo *liberatoria*— no pone al sujeto en la responsabilidad de cumplir con la obligación y, por lo tanto, no habrá delito.

Con esta afirmación parecería salvarse y explicar todo el problema del tipo, sin embargo la cuestión no es sencilla. Es la idea de base de Hendler que la mayoría de la doctrina ha mantenido la posición de que la sentencia juega en este delito como condición objetiva de punibilidad. Según Mezger son “circunstancias exteriores especialmente previstas por la ley, que, conforme a su naturaleza propia, yacen fuera de la culpabilidad del agente”¹⁸⁰. Sin embargo, Hendler hace notar que el artículo 179 “no contiene ninguna referencia que implique un condicionamiento que guarde semejanza con aquellos que se han señalado como ejemplo”. Es más, afirma, “los autores, al imponer el requisito, lo han fundado, sin mayor desarrollo, en una deducción implícita: si la sentencia llegase a rechazar el reclamo no habría obligación que frustrar”. Y concluye: “Entiendo que se trata de una apreciación errónea en la cual los autores han coincidido sin ahondar mayormente en el tema. Más aún, la confusión tiene un origen bastante fácil de detectar. El artículo 338 del Código italiano, que ha sido fuente del nuestro, especialmente en cuanto fija el momento de consumación con la alternativa de que esté en curso el proceso o se haya dictado sentencia, impone sí la condición de que no se obedezca la intimación a

¹⁷⁹ CREUS, ob. cit., p. 216.

¹⁸⁰ MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, p. 367, cit. por HENDLER, p. 775.

cumplir sentencia”¹⁸¹. Y sintetiza su posición de la siguiente manera: “Deducida una acción criminal por infracción del artículo 179, 2º párrafo, del Código, y existiendo un proceso en trámite reclamando el cumplimiento de una obligación, la existencia y validez de esta última tendrá que ser comprobada por el juez en lo penal como uno más de los extremos que interesan a la configuración del hecho, pero sin que ello implique deferir la situación a otro tribunal la comprobación de dicho extremo. Tal temperamento está vedado por el carácter taxativo de la enumeración del artículo 1104 del Código Civil. En sustancia, lo que debe decidir el juez en lo penal es la concurrencia de las notas relativas a la tipicidad y antijuridicidad del hecho evaluando, para esto último, el ordenamiento jurídico en su conjunto [...] En conclusión, por tanto, sostengo que el delito de insolvencia fraudulenta, contemplado en el artículo 179, 2º párrafo del Código Penal argentino, no está condicionado al dictado de sentencia en el proceso que, con motivo de la obligación, debe haber deducido el acreedor”¹⁸².

A nuestro criterio la cuestión pasa por otros andariveles, en el sentido de que la norma debe interpretarse desde un concepto dogmático, de manera que para poder imputar el hecho de insolventarse, frente a una obligación, el sujeto debe saber ciertamente que hay un acreedor, que éste lo ha demandado, tanto en lo civil como en lo penal; luego, la única forma de hacerlo es cuando en ambos casos conoce la demanda y el monto de ella, y entonces se insolventa a los efectos de frustrar el pago de esa deuda. Esas acciones pueden comenzar durante el curso de un proceso, pero está claro que el delito no existe hasta que exista sentencia firme que reconozca de la deuda como tal. Porque si la demanda es rechazada o por cualquier causa no se dicta sentencia a favor del acreedor, no se podrá tipificar el delito en cuestión. De manera que la sentencia, a nuestro juicio, como el proceso, es un elemento normativo del tipo, y así debe ser interpretado; por ende es alcanzado por el dolo del autor y también por el error de éste.

Esta interpretación es coherente con la idea original de la comisión redactora cuando expresaba que “no se trata de reimplantar la prisión

¹⁸¹ HENDLER, ps. 775/6.

¹⁸² *Íd.*, p. 778.

por deudas; la disposición no castiga al que no cumple porque no puede, sino al que no cumple queriendo aparentar que no puede”.

Además, la sentencia es un punto de inflexión que termina con la potestad del agente de hacer con sus bienes lo que quiera.

5. *La cuestión prejudicial*

Unido a este tema surge si existe en estos casos cuestión prejudicial. La mayor parte de la doctrina responde negativamente, y con razón; en consecuencia, no es éste el caso de una cuestión prejudicial. De modo que, en primer lugar, el juez penal deberá apreciar si se da el presupuesto de la existencia de la obligación civil exigible peticionada en otro juicio. Si decide que no existe tal obligación, deberá sobreseer al autor, sin perjuicio del juicio civil.

Molinario y Aguirre Obarrio afirman que en caso de que el presupuesto exista, se puede llegar a la condena; pero si luego la sentencia civil es contraria a la pretensión del acreedor, como la sentencia es considerada un presupuesto, al caer éste también lo hace el delito, de modo que deberá revisarse la condena¹⁸³.

6. *Medios comisivos*

La doctrina ha sostenido que lo que se castiga es la dolosa frustración del cumplimiento de las obligaciones, acudiendo a alguno de los procedimientos enumerados por la ley que, como se afirmó, no son otra cosa que insolventarse¹⁸⁴. Estas acciones llevan a una disminución fraudulenta del patrimonio, que tanto puede ser verdadera como simulada, total o parcial, y haber sido hecha por actos jurídicos como por actos materiales¹⁸⁵.

Importa, pues, la *frustración del cumplimiento de la obligación*, que torna ilusorio el contenido de una sentencia judicial. Por eso es claro que, si se destruye o se oculta o se daña, pero se paga, no se frustró la obligación.

Las acciones posibles para alcanzar dicha frustración del cumplimiento de la obligación son materiales, como la de destruir, inutilizar,

¹⁸³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 520/521.

¹⁸⁴ CREUS, ob. cit., p. 208.

¹⁸⁵ BACIGALUPO, ps. 94/5; CREUS, p. 208.

dañar, ocultar, o mixtos, como hacer desaparecer bienes del patrimonio, o jurídicos, como disminuir fraudulentamente su valor, siempre de manera maliciosa.

Es claro que sólo se puede ocultar o hacer desaparecer físicamente un bien mueble, no así un inmueble, el que podría desaparecer, en cambio, a través de un acto jurídico.

La disminución del valor de los bienes que conforman el patrimonio propio debe ser hecha de manera fraudulenta. Esto implica que la conducta debe ser “fraudulenta”, por la que son acciones simuladas, el deudor, como ser que asuma una obligación o venda a un precio vil o lleve a cabo cualquier otro acto jurídico semejante.

Importa hacer una aclaración sobre la enajenación del bien. Creus cita directamente la Exposición de Motivos del decreto-ley 17.567: “Hemos tratado de dar al texto una forma que descartara los problemas que podrían presentarse si se hicieran referencias a enajenaciones fraudulentas o simuladas, contenidas en los textos de algunas leyes, con lo que algunos podrían llegar a pensar que las enajenaciones quedan al margen de los procedimientos típicos del artículo 179, párrafo 2º; pero tal exclusión no surge ni del texto de la ley, ni siquiera de la voluntad expresada del legislador, que si bien señala la eliminación de un giro en el texto, no elimina el procedimiento en el tipo en cuanto medio para hacer desaparecer el bien o para disminuir su valor”¹⁸⁶.

Por último, en los casos de embargo se ha sostenido que el tipo aplicable es el del artículo 263 del Código Penal, y si faltasen los elementos típicos, el hecho quedaría atípico.

Creus afirma que si bien la apreciación puede ser correcta, habrá un caso en que es de aplicación el artículo 179, segundo párrafo. Sería el supuesto en que el autor actuara sobre el bien menoscabándolo, pero, cuando no se dé la circunstancia de la sustracción, se aplica el presente artículo, ya que es una obligación legalmente impuesta¹⁸⁷.

7. *La imputación objetiva*

Ahora bien, entre el acto que ha desarrollado el agente y el re-

¹⁸⁶ CREUS, ob. cit., ps. 209/10.

¹⁸⁷ Íd., ps. 210/11.

sultado, esto es, entre la insolvencia y la frustración del cumplimiento de las obligaciones civiles, se debe dar la relación de imputación objetiva. O sea que la acción riesgosa indebida debe haberse concretado en el resultado. Si la frustración se debe a otros motivos, no podrá imputarse al autor el hecho.

IV. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso y, a nuestro criterio, de dolo directo. El autor debe tener la voluntad de insolventarse, conociendo las circunstancias del tipo objetivo y que tiene un juicio civil en su contra o directamente una sentencia.

Esta apreciación está fundada en que se debe emplear malicia. Ésta es la motivación del delito: el sujeto debe actuar a sabiendas de que con ello cae en la insolvencia que le imposibilitará cumplir con sus obligaciones y, por lo tanto, frustrará un derecho¹⁸⁸.

V. Consumación y tentativa

El delito se consuma cuando se frustra la obligación y esto sucede cuando el demandado no puede cumplirla en el momento oportuno, ni tampoco coercitivamente¹⁸⁹.

La tentativa es posible, dado que es un delito de resultado.

VI. Problemas de autoría

Se trata de un delito especial, ya que no cualquier persona podrá ser autor de este delito. Por ende sólo podrá ser autor el demandado. Bacigalupo afirma que también es posible cometer el delito mediante orden expresa al apoderado. La complicidad y la instigación son posibles¹⁹⁰.

El problema se suscita con las personas jurídicas, y la falta de un

¹⁸⁸ BACIGALUPO, ob. cit., ps. 102/3; sobre los elementos subjetivos del injusto, véase POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El tipo penal subjetivo*.

¹⁸⁹ CREUS, ob. cit., ps. 221/2; NÚÑEZ, tomo actualización, p. 45; LAJE ANAYA, *Comentarios...* cit., vol. II, p. 208; SOLER, t. IV, p. 445.

¹⁹⁰ BACIGALUPO, ob. cit., ps. 100/1; CREUS, ob. cit., p. 225.

artículo similar a los 178 y 180, y, además, por la falta de un artículo que prevea el actuante en lugar de otro. Esto lleva a la impunidad de los representantes, ya que el deudor será la persona colectiva¹⁹¹.

JURISPRUDENCIA

Bien jurídico protegido

No corresponde encarar los efectos del delito de quiebra fraudulenta desde el patrimonio de los acreedores, es decir, meritando sólo si surge o no perjuicio o posibilidad de ello para la masa concursal, pues lo esencial es saber si el patrimonio del deudor, que es su garantía común, posee la capacidad de solvencia esperada, más allá de que pudiere resultar suficiente para satisfacer cada crédito en particular.

CNCCorr., sala IV, 29-8-94, “Mattiussi de Pérez, Aída”, c. 44.119, Instr. N° 19, sec. 159, Bol. de Jurisp. de la CNCCorr., N° 3, 1994

Tipo objetivo

La desaparición del fallido de su domicilio y local social y la inexistencia de activo que debiera haber, determina el pase de las actuaciones de la justicia del crimen, supuesto que puede tornar fraudulenta la conducta de un comerciante declarado en quiebra, sin que la circunstancia de que aparentemente no esté firme el auto declarativo sea óbice a la instrucción sumaria, sin perjuicio de que al no darse esa circunstancia corresponda sobreseer provisionalmente en la causa (se citaron causas “Gómez, O.” del 15-6-65, sala V; “Chiavara”, del 29-3-66; “Ciancio, Luis”, del 19-4-66, y causa 9010, del 9-2-62, sala IV).

CNCCorr., sala IV, 16-5-69, “Erka SA” (nota: ver J. P. B. A. 7-843. 11/1194; 13-1445, J. P. B. A., N° 20)

1. Si el procesado dio a conocer el inventario de los bienes de la sociedad quebrada –de la que era socio gerente– y a partir de él pudo verificarse la falta de una parte de ellos, debe descartarse la ocultación omisiva.

¹⁹¹ CREUS, p. 225.

2. Ocultar consiste en esconder materialmente bienes susceptibles de valor económico o impedir que los acreedores, o el juez o los funcionarios del concurso adviertan su existencia.

CNCCorr., sala VII (def.), 31-10-90, “Gandolfo, Bartolomé”, c. 13.972, sent. “Y”, sec. 36, Bol. Int. N° 6, 1990

1. La norma del artículo 176 del Código Penal, cuando se refiere a que los actos que enuncia deben ser cometidos “en fraude de sus acreedores”, está precisando –mediante un elemento normativo en el tipo– quién es el sujeto pasivo de la conducta típica y el dolo en la mencionada figura consiste básicamente en la voluntad realizadora del tipo objetivo con conocimiento de los elementos de éste.

2. Encuadra en la norma del artículo 176, inciso 2°, del Código Penal, la conducta de los gerentes de una sociedad fallida que debían tener conocimiento de las cosas faltantes –porque trabajaban con ellas de modo constante– y que eran garantía de los acreedores, máxime que aquéllas habían sido sometidas a derecho real de garantía para quien les prestara dinero para el objeto social.

CNCCorr., sala III (def.) –voto mayoritario–, 19-5-88, “Barrial, Juan”, c. 23.272, sent. “Z”, sec. 45, Bol. Int. N° 2

1. La declaración de quiebra cuando pasa en autoridad de cosa juzgada, constituye un elemento prejudicial común a los artículos 176 y 177 del Código Penal, aun cuando el último de los textos legales citados no sea tan expreso como el primero al mencionar tal exigencia como integrante de su figura delictiva. Las expresiones “declarado en quiebra” y “comerciante que hubiera causado su propia quiebra” –artículos 176 y 177 respectivamente– entrañan un sentido análogo que responde a una misma *ratio legis* fundada en la voluntad legal de evitar la posibilidad de decisiones encontradas entre jueces de distinta competencia, en el mismo caso cuestionado, y sobre un aspecto fundamental que hace al juicio de quiebra, como es la declaración de la misma.

2. No es discutible que en sede penal y en materia que es propia de ella el juez puede variar la calificación de la conducta del fallido. Tampoco lo es la facultad privativa del juez comercial en lo que respecta a la declaración del estado de falencia y a sus presupuestos fundamentales –cesación de pagos, calidad de comerciante, etcéte-

ra-, comunes a todos los casos de quiebra, causales culposas y dolosas (del voto del Dr. Amallo).

3. Es una condición objetiva de punibilidad del tipo penal –quiebra– el que se trate de un comerciante que así haya sido declarado (arts. 176 y 177, Cód. Pen.). El expresado elemento del tipo, la quiebra (auto firme, ya que es susceptible de los recursos de los arts. 68 y ss. de la ley 11.719), es una necesidad ineludible para la existencia del delito, que debe ser declarado judicialmente, ante la correspondiente sede (del voto del Dr. Millán).

CNCCorr., sala I, 4-12-64, “Lescano, T.” (nota: se absolvió al imputado. Véase J. P. B. A. VI-630 y VI-842, J. P. B. A., t. 11)

En nada obsta a la comisión del delito (art. 176, inc. 2º, Cód. Pen.) que el conocimiento de la declaración de quiebra fuere posterior a la sustracción de las cosas correspondientes a la masa ya que la conducta anterior se torna punible con dicha declaración.

CNCCorr., sala VII (def.), 20-5-91, “Pane de Mamone, Norma B.”, c. 15.199, sent. “T”, sec. 25, Bol. Int. N° III/91

a) Cabe consignar que la fecha de cesación de pagos es sólo presunta, válida para la esfera de la ley especial de quiebra, que persigue de esta forma, invalidar actos perjudiciales para las pretensiones de la masa acreedora, pero que, al trasladarse al terreno penal, no implica una sujeción automática para convertir retroactivamente en delictiva la acción que no lo fue cuando ella tuvo lugar, ya que se debe tener en cuenta si al momento del hecho el agente activo desplegó actos engañosos que incidieran en la voluntad de los inversores provocando el error, el desplazamiento patrimonial y el perjuicio, ya que en caso contrario, cabría la hipótesis de juzgar como delictivas acciones que tal vez pueden ser ilícitas, pero no típicamente antijurídicas y culpables (Núñez, Ricardo, *Derecho Penal. Parte especial*, Lerner, t. VI, ps. 187 y ss.).

b) No importa apariencia de bienes, la omisión u ocultamiento de la situación jurídica del concursado o de las deudas que afectan a quien solicita un crédito, que posteriormente no abona. La ocultación de hechos o circunstancias desfavorables para otro, la disimulación que no alcanza a concretarse en un ardid o asociada a actos enga-

ñosos, no puede configurar el delito de defraudación (Irurzun, Víctor J., *El ardid en la estafa*, Lerner, Buenos Aires, 1968, p. 75).

CNCCorr., sala I (def.), 2-2-96, “Busson, Alejandro R. y otros”, c. 44.467

El delito de quiebra, tal como está estructurado en nuestro Código, exige como elemento de la autoría —ya que es un delito especial propio— la previa declaración de quiebra. En otros términos, en el tipo previsto por el artículo 176 del Código Penal, se castigan sólo los actos posteriores a la declaración de quiebra o de la apertura del concurso civil. Por lo tanto, sólo las acciones cometidas por quien es sujeto calificado por la propia ley, esto es, el quebrado, es el que puede cometer el hecho tipificado. De este modo la declaración de quiebra, que prevé el artículo 176 del Código Penal, es un presupuesto de la antijuridicidad y ello es lo que determina la esencia del delito propio (véase al respecto Bacigalupo, en *Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*, p. 32). Al no existir en autos la declaración de quiebra previa, de acuerdo a las exigencias del tipo penal, de acuerdo a la prueba obrante en el expediente, entiendo que corresponde absolver en el delito por el cual viene acusado. En la presente causa, los actos que se imputan, son anteriores a la declaración de quiebra (voto del Dr. Donna).

Discrepo con la postura absolutoria que propicia mi colega preopinante, la cual se basa en su interpretación del artículo 176 del Código Penal, y que deriva en la falta de adecuación típica de las conductas fraudulentas imputadas al procesado. Conforme lo expuse al votar en la causa 45.511, “Chavanne, Marcelo Augusto”, del 6 de noviembre de 1997, al decir que “si bien el autor debe revestir la calidad de comerciante que necesariamente reclama para él la figura penal examinada —artículo 176 del Código Penal—, nada empece a considerar incluidos en la enumeración legal los actos anteriores a la declaración de quiebra, llevados a cabo por ese comerciante en perjuicio de la masa de acreedores, ya que la propia ley comercial vigente al momento de la comisión del ilícito así lo reconoce al establecer un período de sospecha que se extiende retroactivamente a partir de la fecha de la declaración de insolvencia. Sostener lo contrario conduciría irremediablemente a crear un amplio marco de impunidad que no se condice con la realidad evaluada

por el legislador al sancionar la norma penal, ni así tampoco con el bien jurídico protegido por ella”. Esta postura guarda congruencia con la posición mayoritaria de este tribunal sustentada en el voto del doctor Tozzini en el precedente “Pusso, Carlos Ernesto”, causa 44.914, del 22 de mayo de 1996.

Las funciones desempeñadas por el imputado Díaz Cano en su carácter de administrador de la fallida, lo ubican dentro de la enumeración taxativa del círculo de sujetos que prevé el artículo 178 del Código Penal (voto mayoritario).

CNCCorr., sala I (def. C/6), 23-10-98, “Díaz Cano, Marcelo Enrique s/Cooperación en la quiebra fraudulenta de una persona jurídica”, c. 45.722

Sujeto activo

a) El primer problema que se plantea en la causa es el análisis de la existencia de autor idóneo, habida cuenta de los sucesivos cambios legales que llevan a que la actual procesada, no esté regida por la figura del concurso civil, sino por la de la quiebra. Esto lleva, en un primer análisis, a que no sea autora del artículo 176, dado que no es comerciante y, tampoco del 179, primer párrafo, dado que no es concursada civil.

Paso a referir los antecedentes del caso, siguiendo en esto a Carlos Creus (*Quebrados y otros deudores punibles*, ps. 169 y ss.). El legislador de 1921 incorporó una norma específica para el deudor *no comerciante*, ya que dentro de los tipos penales de los artículos 176 y 177, no quedaban comprendidos como sujetos activos idóneos. Es también claro que la regulación del llamado concurso civil era hecha por los códigos provinciales. Por ese motivo se concretaba el tipo penal, cuando el deudor era concursado civilmente, situación que adquiriría con la apertura del concurso. El problema se suscitaba con el artículo 1º, párrafo 2º, de la ley 11.721 por la cual se aplicaba a los no comerciantes el procedimiento de la quiebra. Posteriormente con la ley 19.551, se solucionó en parte el problema al disponer en su artículo 310, “que cuando la ley utiliza los vocablos quiebra, concurso mercantil y quebrado o fallido, ha de entenderse que se refiere, respectivamente, al concurso civil y al concursado”. Con la ley 22.917 se derogó el citado artículo 310 y en consecuencia

quedó unificada la reglamentación del concurso para comerciantes y no comerciantes. Por lo cual, ya no existe un concursado civilmente, sino un deudor no comerciante declarado en quiebra. Hasta este punto he seguido a Creus, quien, a fuer de ser sincero, afirma que el tipo penal del artículo 179, párrafo 1º, se debe aplicar a los no comerciantes, declarados en quiebra, afirmando que “se entiende que la remisión queda hecha a la nueva ley, salvo que plantee una incongruencia tan importante que quite todo sustento a la ley que remite” (Creus, ob. cit., p. 164). En el análisis que estoy haciendo, no debe olvidarse, por último, que la ley 24.522, siguió en la línea antes mencionada de la unificación.

La ley ha creado un tipo penal comprendido entre los llamados delitos especiales en sentido estricto, ya que el tipo penal, de la manera en que está redactado exige una cualidad especial en el autor. Pues bien, en los presentes, dicha cualidad no existe ya que la persona imputada en el hecho no es una concursada, sino que es una quebrada no comerciante.

b) En segundo lugar, hay otro problema, que es similar al que se presenta en el caso del delito de quiebra, en donde he sostenido que los actos típicos, en el artículo 176 del Código Penal, sólo son aquellos realizados por el comerciante quebrado, después de su declaración. En este caso, viene en mi ayuda Soler, cuando afirma que contrariamente a lo que sucede con los comerciantes, en este caso, los acreedores están con mayor posibilidad de tutelar sus propios derechos (Soler, *Derecho Penal argentino*, t. IV, p. 441). También afirma el autor citado que acordar mucha extensión a la infracción de los deudores, es peligroso ya que se puede caer en la prisión por deudas. Para ello Soler, coincidiendo con nosotros, en la solución que hemos dado para el delito de quiebra, pero ahora sólo en este tipo delictivo, afirma que “el traspaso simulado de bienes, sin que medie concurso, no es delito suprimido el artículo 200 del Código Penal de 1887, sino en la medida en que sea aplicable el artículo 173, inciso 6º, del Código Penal o que se trate de la situación prevista en la segunda parte del artículo 179 del Código Penal. Y, más allá de las razones de Soler, esto es lógico, porque tal como está redactada la ley, se trata de un delito que requiere un autor idóneo, esto es una persona declarada en concurso civil. Pues bien en este caso no hay duda de que la deuda denunciada

es anterior al concurso por el cual se presentó la imputada a juicio civil, sumado al informe de la sindicatura por el cual se afirma que la única causa del concurso es la deuda legítima que pudo ser verificada y no la simulación que está en estudio (voto minoritario). En cuanto a las cuestiones que plantea el cambio de denominación derivada de las modificaciones de la ley comercial, considero que el deudor no comerciante concursado civilmente, mencionado en el artículo 179 del Código Penal, actualmente debe entenderse por tal al quebrado no comerciante, siguiendo los avatares de la legislación aplicable que efectúa el señor vocal preopinante, y la cita doctrinaria que realiza; bien dice Creus (*Quebrado y otros deudores punibles*, p. 164): “pensamos que la cuestión puede ser resuelta con mayor rigor por aplicación de los principios generales que rigen la sucesión de leyes en los mecanismos de remisión de la ley penal a leyes del resto del ordenamiento jurídico y en consideración al carácter sancionador de aquélla. En ese orden la doctrina ha sostenido que si el Código Penal se remite –expresa o implícitamente– a una ley que es derogada (en el caso se trataría del art. 310, ley 19.551, derogada por la ley 22.917), se entiende que la remisión queda hecha a la nueva ley, salvo que plantee una incongruencia tan importante que quite todo sustento a la ley que remite”. Este último no parece ser el caso que tenemos entre manos, ya que aunque la ley 22.917 ha variado la terminología (no podemos hablar en ella de un concurso civil), seguimos teniendo, en virtud de su reglamentación, un deudor no comerciante concursado, sobre el que se abre un concurso, aunque sea impropio formalmente motejarlo como antes de “civil” (el concurso, en razón de la unificación es un híbrido, ni civil ni comercial). Por consiguiente, el tipo del artículo 179, párrafo 1º, no ha perdido vigencia, aunque su remisión a la ley concursal, tal como ahora está estructurada, provoque la necesidad de algunos ajustes interpretativos.

En cuanto al momento de los actos típicos, esta sala por mayoría ha seguido un criterio distinto al propuesto por el vocal Edgardo Donna, considerando que los llevados a cabo antes de la declaración de quiebra, en perjuicio de los acreedores y en el período de sospecha, son actos que perfectamente resultan idóneos –encuadrando en las descripciones de la ley– para tipificar la quiebra fraudulenta, criterio el citado que debe ser igualmente aplicado en este caso,

tal como lo fuera en las causas 44.914, “Pusso, Carlos E.”, del 22 de mayo de 1996; 45.511, “Chavanne, Marcelo A.”, del 6 de noviembre de 1997; 9360, “Suárez del Cerro, Tomas E.”, del 23 de setiembre de 1998, y 45.722, “Díaz Cano, Marcelo E.”, del 23 de octubre de 1998, debiéndose reiterar, como se dijo en esas oportunidades, que “sostener lo contrario conduciría irremediabilmente a crear un amplio marco de impunidad que no se condice con la realidad evaluada por el legislador al sancionar la norma penal, ni así tampoco con el bien jurídico protegido por ella”. Tanto más cuando, como ocurre en autos, la deuda no fue real, sino simulada (voto del Dr. Rivarola).

Por compartir los razonamientos de Creus sobre la calidad de autor en el delito por el cual recayó condena en autos, y por haber sostenido, en la causa “Pusso, Carlos E.”, del 22 de mayo de 1996, que la calidad de autor que exigen estos tipos penales es la de “comerciante” o, en este caso la de “no comerciante”, mientras que la declaración de quiebra es una de las pocas condiciones objetivas de punibilidad que, como elemento del tipo, aunque fuera de la congruencia y de los alcances del dolo, es reconocida como tal en el siempre discutido, y discutible, mundo de la dogmática penal, adhiero a la propuesta del doctor Rivarola (voto del Dr. Tozzini).

CNCCorr., sala I (def. 49/207), 3-6-99, “Kehoe, Wilma Concepción s/Concurso civil fraudulento y quiebra fraudulenta”, c. 45.825 (nota: se confirmó la sentencia en cuanto condenó a W. C. Kehoe, por encontrarla autora penalmente responsable del delito de concurso civil fraudulento, con más las costas de ambas instancias: arts. 26, 29, inc. 3º y 179, Cód. Pen.).

En cuanto a la calidad del autor del hecho, que exige el tipo penal, adelantándome al criterio que seguramente expondrá el vocal doctor Donna, hago remisión a lo expuesto recientemente en la causa 45.825, “Kehoe, Wilma C.”, del 3 de junio de 1999, y doctrina y jurisprudencia allí citada.

La calificación legal que corresponde asignar al hecho examinado es la de quiebra fraudulenta (art. 176, Cód. Pen.). Ello así, ya que David Bercholc y Eugenio Bercholc, en su calidad de presidente y vicepresidente de la firma mentada, respectivamente, no justificaron, cuando menos, la salida de valores dinerarios ingresados a la fallida por la

venta de mercaderías concretadas con los restantes procesados; situación que irrogó un perjuicio patrimonial al querellante en sus derechos crediticios sobre la masa patrimonial de la fallida como prenda común de los acreedores (voto del Dr. Rivarola).

En otras ocasiones (causa 44.914, del 22-5-96; causa 45.511, del 6-11-97, entre otras), he sostenido que el delito de quiebra fraudulenta –que es la imputación concreta que se hace en los presentes–, en un delito de los llamados especiales propios, que requiere a un autor idóneo, esto es, y a pesar de las consecuencias de impunidad a que se llega, que el sujeto activo sea un autor declarado en quiebra en el momento de los hechos. La forma en que se ha redactado el tipo del artículo 176 es por demás clara, al decir “el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en alguno de los hechos siguientes...” no deja lugar a dudas de la interpretación, que para mí, es la correcta. No creo que se pueda ampliar el tipo analógicamente a los efectos de no dejar una laguna de punibilidad. Se trata de una labor del legislador que sorprendentemente, en esta materia ha dejado vigente un texto que nada tiene que ver con la actual ley civil que rige en la materia (voto del Dr. Donna).

Por compartir los razonamientos de Creus sobre la calidad de autor en el delito, y toda vez que la declaración de quiebra es una de las pocas condiciones objetivas de punibilidad que, como elemento del tipo, aunque fuera de la congruencia y de los alcances del dolo, es reconocida como tal en el siempre discutido, y discutible, mundo de la dogmática penal, adhiero a la propuesta del doctor Rivarola (voto del Dr. Tozzini).

CNCCorr., sala I (def. 46/204), 9-6-99, “Bercholc, David y otros s/Quiebra fraudulenta”, c. 45.818 (nota: se condenó a los procesados por encontrarlos coautores penalmente responsables del delito de quiebra fraudulenta, a la pena de dos años de prisión, de cumplimiento en suspenso, y a cinco años de inhabilitación especial para ejercer el comercio, más las costas: arts. 26, 29, inc. 3º, 45, 176 y 178 del Cód. Pen., y arts. 143 y 144 del Cód. Proc. Pen.).

El tipo penal de la quiebra no sólo exige que exista un autor idóneo, sino además, que esa característica la tiene que tener en el momento de realizar las acciones típicas, esto es, que ya haya sido declarado

en quiebra. Es decir, que primero, el comerciante debe haber sido declarado en quiebra, y luego, haber realizado los actos que se especifican en la ley. Y esto quiere decir que los únicos actos que son punibles, son aquellos que se han realizado después de la declaración de quiebra, ya que ésta es la única que tiene la determinada calificación subjetiva.

De modo que lleva razón Bacigalupo, cuando afirma que “la declaración de quiebra en el artículo 176 del Código Penal, es un presupuesto de la antijuridicidad de los hechos y, a la vez lo que determina su naturaleza de delito propio en la esfera del sujeto” (Bacigalupo, *Quiebra fraudulenta y otros delitos concursales*, en *Estudios sobre insolvencia y delito*, p. 32).

Y la cuestión, por más que pueda ser criticable desde un punto de vista de política criminal, no puede ser otra, ya que es de la esencia de los delitos especiales, que sólo puede ser autor el que esté expresamente sindicado por el tipo penal, y en este caso no hay duda de que el procesado no reunía esa calidad en el momento de los hechos que se le imputaban, por dos motivos: el primero, que la sociedad no estaba declarada en quiebra, y el segundo, que el imputado –y en este caso lleva razón la defensa y el juez de sentencia– el procesado no tenía cargo alguno en la sociedad comercial.

En los delitos especiales, la autoría se limita al círculo de las llamadas “personas cualificadas” o “autores idóneos” mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho (Maurach y Gössel, párr. 47, V, C). En base a ello, el extraño no puede ser autor de estos hechos punibles, excluyéndose no sólo la autoría directa, sino además, cualquier otra forma, tal como la autoría mediata o la coautoría.

Sin embargo, y esto no fue advertido por la sentenciante, la participación es posible, de modo que si el sujeto activo fuera idóneo hubiera sido necesario investigar si el procesado fue cómplice del autor idóneo, en contra de quien se ha prescripto la acción. Dicho en otros términos, habría que haber investigado si los hechos eran típicos, y si el ahora imputado había tipificado los delitos que se le imputan. También en este punto, tanto la defensa como la querrela se han agraviado, y con razón.

Sin embargo, la posición que sustento sobre la autoría en el delito

de quiebra, me impide ir más lejos en este análisis, de modo tal que, con la fundamentación antes dicha, he de votar para que se confirme el punto I en que se absuelve al procesado (del voto del Dr. Donna).

Fundamentos del doctor Tozzini. Si bien dije en la causa 44.914, “Pusso, Carlos Ernesto” resuelta por esta sala el 22 de mayo de 1996, que la calidad de autor que exige el delito especial de quiebra es la de “comerciante” –a diferencia del “deudor no comerciante” del artículo 179 del Código Penal– y no así también la de “declarado en quiebra”, la cual es una de las pocas condiciones objetivas de punibilidad que, como elemento del tipo, aunque fuera de la congruencia y de los alcances del dolo, es reconocida como tal en el siempre discutido y discutible mundo de la dogmática penal, por lo cual resultan perfectamente computables los actos preparativos de la futura quiebra, y que están incluidos en el llamado período de sospecha, en la especie debo coincidir con la solución absolutoria cuya confirmación propone el colega preopinante.

Para nada surge de autos que el querrellado Chavanne haya reunido la calidad de autor que exige el artículo 178 del Código Penal, pues era un mero accionista, quien, por otro lado, tampoco se probó que hubiese utilizado su atribución de apoderado de la dicha razón social a partir de mediados del año 1981.

Voto del doctor Rivarola. Adherí en su momento al criterio del doctor Tozzini en la causa 44.914, “Pusso, Carlos Ernesto”, del 22 de mayo de 1996, en cuanto a que, si bien el autor debe revestir la calidad de comerciante que necesariamente reclama para él la figura penal examinada –artículo 176 del Código Penal–, nada empece a considerar incluidos en la enumeración legal los actos anteriores a la declaración de quiebra, llevados a cabo por ese comerciante en perjuicio de la masa de acreedores, ya que la propia ley comercial vigente al momento de la comisión del ilícito así lo reconoce al establecer un período de sospecha que se extiende retroactivamente a partir de la fecha de la declaración de insolvencia. Sostener lo contrario conduciría irremediablemente a crear un amplio marco de impunidad que no se condice con la realidad evaluada por el legislador al sancionar la norma penal, ni así tampoco con el bien jurídico protegido por ella.

Desde la óptica de la teoría del autor, el delito de quiebra fraudulenta

es clasificado como delito especial. Mas las particulares calidades que deben estar presentes en el autor no se extienden al resto de los eventuales partícipes, es decir, instigadores o cómplices en cualquiera de sus dos variantes, rigiéndose ella por el principio de accesoriedad limitada respecto del hecho típico y antijurídico (en este sentido, sala III, 15-11-77, *in re* “Todres, Abraham”; Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 580, § 1317, citados por el Sr. Fiscal de Cámara). Esta accesoriedad no trasciende al marco del Derecho Procesal, ya que resulta perfectamente posible arribar a un fallo condenatorio contra un partícipe, sin que sea condición *sine qua non* la previa condena del autor o autores. Pese a que mis distinguidos colegas ya decidieron la suerte de la votación, entiendo que los elementos de cargo reunidos en este legajo, citados por ambos acusadores, a los que me remito, y en especial las manifestaciones del procesado Chavanne, acreditan la materialidad del hecho examinado, la participación del encartado en calidad de instigador (art. 45 *in fine*, Cód. Pen.), y su responsabilidad jurídico-penal, sin que concurren causa de justificación o de inculpabilidad alguna.

(Def. V/29), 6-11-97, “Chavanne, Marcelo Augusto s/Quiebra fraudulenta impropia”, c. 45.511 (nota: el tribunal resolvió absolver a M. A. Chavanne, en orden al delito de quiebra fraudulenta impropia, por el cual fuera acusado).

La previsión de que el comerciante haya sido declarado en quiebra –artículo 176 del Código Penal– (erróneamente denominada como condición objetiva de punibilidad) es en verdad un requisito que atañe al sujeto activo, que de tal forma lo califica, y otorga al delito el carácter de especial. No es exigencia legal, entonces, que los actos descriptos por la ley penal sean realizados con posterioridad a tal declaración, sino que pueden ser anteriores.

CNCCorr., sala III (int.), “Peruma SRL”, 23-6-92, c. 31.074, Instr. N° 3, sec. 110, Bol. Int. N° 2, 1992

1. Es improcedente el recurso de inaplicabilidad de ley cuando la resolución impugnada no se halla en contradicción con los precedentes invocados.
2. No existe contradicción, por tratarse de distintos antecedentes

de hecho, entre la resolución que separa del rol de querellante, luego de decretada la quiebra, a una accionista con paquete accionario minoritario que ejercía la acción *ut singuli* y los precedentes invocados que mantuvieron en ese rol, no obstante el estado de quiebra, a los accionistas que ejercían la *ut universi*.

CNCCorr., plenario N° 121, 24-5-90, “Lacovich de Pérez, Iris”, magist.: Ouviaña, Donna, Loumagne, Madueño, Rivarola, Bonorino Perú, Navarro, Massoni, Ocampo, Valdovinos, Vila, Ragucci (h), Campos, Rocha Degreef, Catucci, Elbert, Escobar, Piombo, Tozzini, Vázquez Acuña, Argibay, L. L. 1990-D-256, J. A. 1990-III-460, J. P. B. A. 73-48, D. J. 1990-2-1036

La jurisprudencia dominante de la Cámara (no obstante el caso “Napomnschi, M. s/Quiebra” sala II, 2-10-64) tiene establecido que en caso de no hallarse firme el auto que decreta la quiebra del imputado, corresponde sobreseer provisionalmente, toda vez que el proceso podrá reanudarse cuando aquél alcance autoridad de cosa juzgada (sala IV, 5-6-45, “González, S.”; 26-5-57, “Federman, S.”; sala III, 21-8-53, “Mellibovsky, M.”), temperamento que consulta con más prudencia las propias finalidades de este instituto procesal.

CNCCorr., sala V, 15-6-65, “Gómez, O.”, c. 5562 (nota: véase J. P. B. A., N° 13, Índice I, p. 24)

Aun cuando pueda considerarse relativa la independencia de las acciones civil y penal, el juez penal se encuentra habilitado para el juzgamiento de la quebrada si del expediente comercial se desprende que tuvo conocimiento del auto declarativo de quiebra.

CNCCorr., sala VII (def.), 20-5-91, “Pane de Mamone, Norma B.”, c. 15.199, sent. “T”, sec. 25, Bol. Int. N° III/91

El auto declarativo de la quiebra debe encontrarse firme para que comience a correr el término de prescripción de la acción penal del delito de quiebra culpable o fraudulenta (conf. plenario “Trovvatto”) y esto ocurre cuando vencida la publicación de edictos, no ha sido recurrido dicho auto (arts. 97 y 98, ley 19.551).

En consecuencia, y no habiendo transcurrido el tiempo para que opere la prescripción de la acción, debe confirmarse el auto que

así lo declara, por cuanto aquélla se interrumpió al promoverse el incidente de calificación (art. 243, ley 19.551).

CNCCorr., sala IV, 31-8-81, "Trimbuli, Francisco", c. 25.861, J. P. B. A., N° 47

1. La creación de la ley tiene que ver con su existencia y no con su vigencia *erga omnes*; aun en ausencia de publicación, la promulgación le da nacimiento.
2. Las leyes penales no pueden aplicarse por analogía ni ser interpretadas extensivamente en contra del procesado.
3. Una compañía aseguradora puede ser incluida entre las personas jurídicas que ejercen el comercio, pero no puede ser declarada en quiebra porque el artículo 51 de la ley 20.091, lo impide. En consecuencia, de aplicarse el artículo 178 del Código Penal a los directivos de aquella aseguradora cuando la figura exige la quiebra de tal persona, importaría la represión del hecho imputado por su semejanza material con el previsto y penado por dicha figura. En ello consiste la llamada analogía legal, prohibida en materia penal.

CNCas.Pen., sala I, 22-5-98, "Oliva, María C. y otros", L. L. Supl. de Derecho Penal, N° 24, del 23-4-99

Tratándose de sociedades en quiebra, sólo corresponde querellar al síndico, y no a la accionista particular con un interés social mínimo con ejercicio de la acción *ut singuli* por delito que perjudica sólo mediatamente a ella e inmediatamente al ente social, teniéndose en cuenta además que es la lesión y no el daño lo que determina la condición necesaria para la existencia del derecho de querella.

CNCCorr., sala I (int.), 11-4-89, "Lacsonich, R.", causa 34.454, Int. 29, sec. 136 –Rivarola, Tozzini (en disidencia), Donna– (nota: se interpuso recurso extraordinario y recurso de inaplicabilidad de ley. Se hizo lugar a la excepción de falta de personería, apartándose a la recurrente del rol de querellante: disidencia del Dr. Tozzini, quien votó por que se rechace la excepción).

Cuando el delito es cometido contra la masa de acreedores, es inadmisibile la legitimación activa del acreedor verificado, resultando

indiscutida en cambio su incorporación al proceso, cuando el delito que se investiga es el de quiebra.

CNCCorr., sala I (int.), 13-11-90, "Ostia SA", c. 38.135, Instr. N° 13, sec. 138

La calificación legal que corresponde asignar al hecho examinado es la de cooperación en la quiebra fraudulenta de una persona jurídica (art. 178 en función del art. 176, inc. 2°, Cód. Pen.). Las funciones desempeñadas por el imputado Alfonsín, en su calidad de director suplente, y administrador no inscripto de la fallida, lo ubican dentro de la enumeración taxativa del círculo de sujetos activos que prevé el artículo 178 del Código Penal. Tales actos fueron realizados luego de declararse la quiebra, así como también con anterioridad a dicha fecha, nada de lo cual empece, como ya lo expuse en mi voto en la causa 45.722, "Díaz Cano, Marcelo Enrique", del 23 de octubre de 1988, entre otras, a considerar incluidos en la enumeración legal los actos anteriores a la declaración de quiebra, llevados a cabo por ese comerciante en perjuicio de la masa de acreedores, ya que la propia ley comercial vigente al momento de la comisión del ilícito así lo reconoce, al establecer un período de sospecha que se extiende retroactivamente a partir de la declaración de insolvencia. Sostener lo contrario conduciría irremediablemente a crear un amplio margen de impunidad, que no se condice con la realidad evaluada por el legislador al sancionar la norma penal, ni así tampoco con el bien jurídico protegido por ella.

CNCCorr., sala I, 14-3-2000, "Luzuriaga Alfonsín, Horacio s/Quiebra fraudulenta", def., c. 45.937 (nota: se confirmó la condena a Alfonsín a dos años y seis meses de prisión, de cumplimiento en suspenso, e inhabilitación especial de cinco años para desempeñar cargos en sociedades comerciales, con costas en ambas instancias).

Competencia

Es competente la justicia ordinaria, y no la federal, para conocer de una quiebra fraudulenta. A ello no obsta la verificación de un crédito en favor de la Dirección Nacional de Recaudación Previsional, pues aquélla lesiona a la masa de acreedores con derecho

al cobro de los créditos provenientes del patrimonio del deudor y no a los acreedores individualmente considerados.

CSJN, "Arrieguez, Eduardo", 1982, *Fallos*: 304:1265

Prescripción

Corresponde declarar extinguida por prescripción la acción penal si desde el auto que dispuso la vista al síndico en el incidente de calificación de conducta del quebrado hasta el que solicitó el pase al agente fiscal, transcurrieron más de seis años durante los que el expediente permaneció archivado, pues pese a que el artículo 243 de la ley 19.551 establece que la deducción y trámite del incidente en cuestión interrumpe el curso de la prescripción, la considerable dilación que éste exhibe, conculca expresas garantías constitucionales, cual es, el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal.

CNCCorr., sala II (int.), 8-10-91, "Pastochi, Eugenio", c. 40.071, Instr. N° 8, sec. 125, Bol. Int. N° 5, 1991

El plazo de prescripción de la acción penal en el delito de quiebra fraudulenta, debe comenzar a computarse desde el auto de calificación de conducta emitido por el juez comercial.

Toda vez que el delito de quiebra fraudulenta tiene prevista pena conjunta de prisión y de inhabilitación, a fin de establecer el plazo de prescripción de la acción penal, debe estarse a la de prisión, que debe prevalecer por su mayor gravedad.

CNCCorr., sala III, 2-4-91, "Oberosler, José F.", L. L. del 20-9-91

Unidad de querrela

El delito de quiebra fraudulenta, no se multiplica por la pluralidad de conductas (conf. Núñez, p. 453) y así no puede sostenerse la extinción de la acción por prescripción respecto de un perfil o fragmento del único hecho y admitirse que la persecución está expedita respecto de otro.

Las directivas del fallo plenario “Trovatto” tampoco abonan el criterio contrario.

CNCCorr., sala V, 24-10-78, “Gol, R.”, causa 10.779, J. P. B. A. 39-X

En el sumario que por el delito previsto y reprimido por el artículo 176 del Código Penal se le siguió al procesado R. G. el abogado defensor del nombrado promovió incidente de prescripción de la acción penal en favor de su asistido, argumentando que dada la diversa época de comisión de los hechos que se le imputan a aquél y que provocaran la disminución del acervo patrimonial constitutivo de la garantía común de sus acreedores, el plazo de la prescripción intentada debe computarse a partir de la fecha del primero de ellos, con lo cual se operaría la extinción de la acción penal por la causal deducida. Llegado el momento de resolver la cuestión, el juez actuante sostuvo –en líneas generales– que la pluralidad de conductas típicas atribuidas al encartado no altera la naturaleza del delito que siempre será uno al absorber la eventual variedad de hechos en la unidad del delito de quiebra fraudulenta (para su configuración no se requiere más de un hecho necesariamente). Por tanto, exigiendo la ley penal como presupuesto objetivo del ilícito la declaración de quiebra en sede comercial, y teniendo en cuenta que los actos anteriores a esa declaración recién caen en el artículo 176 del Código Penal cuando la declaración de quiebra quede firme, éste es el momento para comenzar a computar el término de la prescripción de la acción penal en estos delitos.

A fin de reforzar su parecer, el magistrado instructor citó el fallo plenario a que se refiere la confirmatoria de Cámara y que concluye diciendo: “En los casos de delito de quiebra, el plazo para la prescripción de la acción penal debe computarse desde la medianoche del día en que quedare firme el auto declaratorio de quiebra salvo que se trate de hechos posteriores” (causa “Trovatto, Pedro”, del 1-8-72, CNCCorr. en pleno, J. A. 1972-16-68, fo. 20.962. E. D. 44-304, fo. 20.790). Puede verse además y con relación a este tema, *Fallos* de la CNCCorr., t. II, p. 313; CNCCorr., J. P. B. A., Nº 1, f. 2, 13-1349; 19-2368; 28-4682; L. L., t. 6, p. 834, f. 2551. *Fallos*: t. IV, p. 265; CNCCorr., L. L., t. 104, ps. 678 y 687, en contra CNCCorr., *Fallos*: t. II, p. 226.

CAPÍTULO VI

USURPACIÓN

SUMARIO: *Usurpación de inmuebles*. I. Antecedentes legislativos. 1. El código de 1886 y sus antecedentes. 2. Proyectos posteriores. 3. Fundamentos dados en el proyecto de 1906. II. Las distintas formas de usurpación en la ley argentina. III. Usurpación mediante el llamado despojo. 1. Bien jurídico protegido. 2. El bien inmueble. 3. Tipicidad. a) Tipo objetivo. 1) Despojo. 2) Medios. 2.1) La violencia. 2.2) Amenazas. 2.3) Engaño. 2.4) Abusos de confianza. 2.5) Clandestinidad. 3) Objeto del delito. 4) El caso del encargado de edificio. b) Tipo subjetivo. 4. Antijuridicidad. 5. Consumación y tentativa. IV. Turbación de la posesión. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipicidad. a) Tipo objetivo. b) Tipo subjetivo. 3. Antijuridicidad. 4. Consumación y tentativa. V. Destrucción o alteración de términos o límites. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipicidad. a) Tipo objetivo. b) Tipo subjetivo. 3. Consumación y tentativa. *Usurpación de aguas*. I. Antecedentes legislativos. II. Bien jurídico protegido. III. Tipicidad. IV. Sustracción de agua. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. V. Estorbo del ejercicio de derechos ajenos sobre el agua. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. VI. Usurpación de un derecho referente a un curso de agua. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. VII. Usurpación de un derecho referente a un curso de agua. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. VIII. Agravantes. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. IX. Consumación y tentativa.

USURPACIÓN DE INMUEBLES

Artículo 181: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

”1° El que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido

sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes.

”2º El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo.

”3º El que, con violencia o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble”.

I. Antecedentes legislativos

Según Moreno los antecedentes de la figura de usurpación son los siguientes¹:

1. *El código de 1886 y sus antecedentes*

El doctor Tejedor castiga en su proyecto al que empleando violencia despoje a otro de una cosa raíz, o del uso, usufructo o servidumbre que en ella goce. La pena se reduce cuando el despojo se cometiese por fraude o astucia.

Se castiga también al que, para cometer usurpación, destruya o altere los términos o linderos de las fincas o heredades.

La nota respectiva expresaba: “Lo que el Código llama en este capítulo *usurpación* –dice Pacheco– se ha llamado por lo común *despojo* en nuestras leyes, y por nuestra práctica ordinariamente se ha visto como un punto civil, y se ha reparado con la restitución preferentemente, y *ante omnia*, al que lo sufriera, pero sin castigo alguno verdadero. Sin embargo, parécenos justo lo que aquí se dispone, y aprobamos de todo punto su completa ejecución. Los actos de que se trata son atentados contra la propiedad, y cuando menos contra el orden y tranquilidad pública. Si se obra sabiendo que, en efecto, es ajeno el derecho o el inmueble, no hay necesidad de otra reflexión para convencer de lo que indicamos; aun cuando se obre, y se le usurpe, teniéndole por propio, siempre se comete un atentado, con substituirse a la acción de la justicia (t. 3, p. 331). Según el Derecho Canónico, había hurto en toda usurpación, *furti nomini bene intelligitur*

¹ MORENO (h), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, t. V, p. 268.

omnis illicita usurpatio rei alienæ". Y agrega después de señalar concordancias: "La substracción supone necesariamente que la cosa puede ser transportada de un lugar a otro. No puede, pues, haber hurto de cosas inmuebles, *fundi furti aji non posee* (L. 25, D. *de furtis*).

"Por la misma razón el hurto no puede tener por objeto una cosa incorporal, un derecho. La substracción es un acto físico, y no puede ejercerse sino sobre un objeto material. *Res incorporales nec tradi, nec possideri possunt*. Así, también los diversos fraudes que tienen por objeto apoderarse de las cosas de otro no pueden colocarse en la clase de hurtos, desde que se cometen de otro modo que por la substracción. De esto son ejemplo los hurtos de uso o posesión de las antiguas leyes".

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, trae sobre esta materia un solo artículo, el que incrimina los mismos hechos que consigna el proyecto anterior, y el que no se contiene en el capítulo especial, sino dentro del que se ocupa de robos y usurpaciones.

En cuanto al Código de 1886, siguió al proyecto del doctor Tejedor, repitiendo con pocas variantes los dos artículos de aquél en un capítulo especial, el segundo del título de los delitos contra la propiedad, de acuerdo también con su modelo.

2. *Proyectos posteriores*

El proyecto de 1891 trajo sobre usurpación dos artículos, los 219 y 220, colocados en un capítulo especial, el sexto del título sobre delitos contra la propiedad.

En el primero decía: "Será reprimido con multa de mil a cuatro mil pesos: 1º El que despojare a otro de algún bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble. 2º El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo. 3º El que, con violencias o amenazas, turbare la posesión sobre un inmueble".

Y en el segundo: "Será reprimido con penitenciaría de un mes a un año: 1º) El que ilícitamente sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes; de canales o acueductos;

o la sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho. 2º) El que pusiere embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas. 3º) El que ilícitamente represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes, o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

”La pena se aumentará hasta dos años si para cometer los delitos expresados en los incisos anteriores, se rompiere o alterare diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes, hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos”.

La Exposición de Motivos fundó los artículos, diciendo: “En el capítulo *De la usurpación*, en el Código actual, se limita a prever los casos de despojo de una cosa raíz, o del uso, usufructo, habitación o servidumbre que en ella goce el despojado, y la remoción o destrucción de términos o linderos. Todos estos casos quedan previstos en nuestro proyecto, en términos más generales, e introducimos otros no previstos en el Código Penal. En el número 1º del artículo 219, comprendemos los casos del artículo 196 del Código Penal, sin referencia al medio usado para el despojo pues sea aquél la violencia, el fraude o la astucia, los jueces encontrarán suficiente latitud en las disposiciones generales y en la medida de la pena para tomarlo en cuenta. El artículo 197 del Código Penal, referente a la alteración o destrucción de términos o límites, está reproducido en el número 2º del 219 del proyecto. La turbación de la posesión con violencias o amenazas es un hecho no previsto como delito en el Código actual; no basta proteger la posesión en sí misma: es indispensable mantener o asegurar la tranquilidad de la posesión. En cuanto a la pena, en estos casos, el Código fija las de prisión y multa y las de arresto y multa. Siguiendo nuestro propósito, ya explicado, de no reprimir con dos penas principales un solo hecho, conservamos en este caso la multa, aumentada en compensación de las penas corporales suprimidas. El artículo 220 prevé diversos casos de usurpación de aguas, tampoco previstos en el Código Penal, estableciendo, así, la sanción necesaria de hechos que son y pueden ser objeto de leyes y reglamentos especiales”.

El proyecto de 1906 se inspiró en el criterio anterior y sus disposiciones han sido repetidas en el Código vigente, sin más modifi-

cación que la introducida por la comisión especial de la Cámara de Diputados en el inciso 1º del artículo 182.

3. *Fundamentos dados en el proyecto de 1906*

La Exposición de Motivos del proyecto de 1906, fundando el artículo correspondiente, que era igual al presente, decía: “En el delito de usurpación queremos evitar hechos que no están comprendidos en el Código y que, sin embargo, violan la propiedad raíz en una forma perfectamente delictuosa. El individuo que por violencia, engaño o abuso de confianza se apodera, instalándose como en casa propia, de una casa desocupada, hecho que tantas veces se comete especialmente en las grandes ciudades, priva de uno de los atributos de la propiedad, causa un perjuicio considerable, y es por tales razones y por la audacia del acto merecedor de una pena. A fin, pues, de proteger la propiedad inmueble contra estos atentados y otros análogos, extendemos el concepto de la usurpación, disponiendo que la comete el que, por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real, o al que con violencia o amenaza turbase la posesión de un inmueble”.

II. Las distintas formas de usurpación en la ley argentina

De acuerdo al texto legal son tres las acciones delictivas previstas en el artículo 181. Nada más que desde un punto de vista metodológico, hemos agrupado las formas delictivas de la siguiente forma:

- 1º) El despojo;
- 2º) la turbación de la posesión, y
- 3º) la destrucción o alteración de términos o límites.

III. Usurpación mediante el llamado despojo

Expresa el inciso 1º: “El que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca

invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes”.

1. *Bien jurídico protegido*

Estamos, tal como se ha venido desarrollando la metodología elegida por el legislador, en la protección de la propiedad inmueble, que abarca, como se verá, no sólo el dominio y otros derechos reales, sino el mero hecho de la tenencia o de la posesión².

De modo que, como podrá apreciarse, la protección de la propiedad, en sentido genérico de los bienes inmuebles, sólo están protegidos por dos artículos de manera directa. Lo que demuestra, en principio, una mayor fuerza en la protección de los bienes muebles, cuya explicación puede estar, quizás, porque aquéllos no poseen las características de movilidad y fácil desaparición y ocultamiento de los bienes muebles, los cuales –tal vez por este motivo– están con mayor protección.

Esto ha sido explicado por González Rus de la siguiente manera: “La benevolencia de la pena señalada (multa) –en España–, no puede sorprender si se considera que los bienes inmuebles se encuentran mucho mejor garantizados por el Derecho Civil ante los despojos que los muebles, actuando la protección interdictal y registral como eficaces medios de tutela que hacen difícil que el titular pierda definitivamente sus derechos”³. Y esto ha llegado a tal punto que algunos autores como Fernández Albor han considerado innecesario el tipo de usurpación.

Creus afirma que la ley no protege propiamente el dominio, sino el ejercicio de facultades originadas en derechos reales que se ejercen sobre él, ya procedan del dominio o de otras circunstancias o relaciones;

² Art. 2351, Cód. Civ.: “Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”.

Art. 2352, Cód. Civ.: “El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho”.

³ GONZÁLEZ RUS, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, en colección dirigida por Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1992, p. 153.

“o sea la tenencia, la posesión o el ejercicio de otro derecho real que permite la ocupación total o parcial del inmueble”⁴.

Tradicionalmente, es la propiedad el bien jurídico protegido en los delitos de usurpación. Sin embargo, se encuentra legislado de manera autónoma en virtud de la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae este particular delito. Otras figuras de defraudación se dan de manera diversa y sin recurrir a la consideración de la naturaleza del bien sobre el cual se concreta el perjuicio.

En el caso de la usurpación, el bien sobre el que recae el perjuicio es un bien inmueble únicamente, y de allí su autonomía, aunque el bien jurídico protegido sea, como en otros delitos ya estudiados, la propiedad⁵.

En el caso de la usurpación por despojo, el bien jurídico –la propiedad– no se protege sólo en relación al título de dominio del inmueble o en referencia al derecho real, sino también en relación al hecho de la tenencia, posesión o cuasiposesión a que el título confiere derecho, o de la tenencia o posesión ejercida sin título que dé derecho a ellos. Por ello es que resulta indiferente el examen de la legitimidad del título que da el derecho a tener o poseer el inmueble en cuestión⁶.

Recuérdense brevemente los conceptos de posesión que se habían dado. Savigny decía: “Es evidente que en su principio y considerada en sí misma, la posesión no es sino un simple hecho; por otra parte, es también absolutamente cierto que algunas consecuencias legales son anexas a ella. Así, ella es a la vez un hecho y un derecho: por sí misma, es un hecho; por sus consecuencias, ella se asemeja a un derecho”⁷.

En contraposición, Ihering había afirmado, partiendo de su posición de que los derechos son intereses jurídicamente protegidos, con-

⁴ CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. 2, p. 591.

⁵ Conf. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, p. 521.

⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal. Parte especial* cit., t. V, p. 478.

⁷ SAVIGNY, Poss., ps. 21 a 25, cit. por SALVAT, Raymundo, act. por ARGANARAZ, *Derecho Civil argentino. Derechos Reales*, Tea, Buenos Aires, 1961, t. I, p. 48. Para una exposición clara sobre Ihering y Savigny, y el problema de la posesión, LAQUIS, Manuel, *Derechos Reales*, Depalma, 1975, t. I, ps. 139 y ss.

cluyendo que, desde “el momento que la ley considera necesario dispensarle a la posesión protección que ella le acuerda, forzosamente debe admitirse que allí hay un derecho”⁸.

Y concluye Argañaraz, afirmando que “la cuestión de si la posesión es un hecho o un derecho; de si es un estado de facto que genera consecuencias jurídicas, o si viene a constituir un derecho subjetivo del poseedor, ha sido en todos los tiempos la *vexata quæstio*, y continuará siéndolo, pues la fuerza de convicción de los argumentos que se hacen valer en pro o en contra de una y otra tesis, responden al distinto enfoque de sus sostenedores”⁹.

Con respecto al punto, la jurisprudencia ha sostenido que: “El bien jurídico protegido en el delito de usurpación no es el nudo derecho de propiedad, sino la tenencia o posesión de hecho...”¹⁰

2. *El bien inmueble*

Es importante que el bien inmueble que se protege es el inmueble por naturaleza, de acuerdo al artículo 2314 del Código Civil¹¹. Ahora bien, Creus aclara que lo que puede ser objeto del delito es el suelo mismo así formado: lo que integra el suelo o se adhirió a él orgánicamente o inorgánicamente no puede ser objeto del delito de usurpación, separadamente, ya que para ello debe ser separado y entonces será objeto del delito de hurto o robo.

Tampoco son objeto del delito de usurpación los inmuebles por accesión física (art. 2316, Cód. Civ.)¹², ni mucho menos los inmuebles

⁸ SALVAT, ob. cit., p. 50.

⁹ ARGANARAZ, nota 53, ps. 50/51.

¹⁰ CNCCorr., sala I, 20-9-89, “Bertrin Bolbaran, Carmen R.”, L. L. 1990-B-544.

¹¹ “Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre”.

¹² Art. 2316: “Son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente”.

Art. 2317: “Son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis”.

por carácter representativo, ya que su ocupación puede constituir usurpación si se realiza mientras están adheridos al suelo. En cuanto se los separa para ocuparlo serán objetos de otros delitos¹³. Iguales consideraciones valen en cuanto a los otros inmuebles, que no lo sean por naturaleza.

3. *Tipicidad*

a) *Tipo objetivo*

1) *Despojo*

Previo a entrar en el análisis del despojo, es bueno volver a analizar cuál es el objeto del despojo: a nuestro juicio es la tenencia o la posesión de un inmueble o la cuasiposesión de un derecho real susceptible de ella. Según la doctrina civil, estos derechos son: el uso (art. 2984, Cód. Civ.), usufructo (art. 2807, Cód. Civ.), habitación (art. 2948, segundo párrafo), servidumbre (arts. 2970/71/72, Cód. Civ.) y anticresis (art. 3239, Cód. Civ.)¹⁴.

La cuestión en el delito de usurpación refiere, por una parte, a qué es el despojo, y por otra, a cuáles son los medios del despojo.

Comete *despojo* aquel que mediante un acto de violencia, engaño, abuso de confianza o clandestinidad priva la posesión, tenencia o cuasiposesión de un bien inmueble a que el título confiere derecho, o de la tenencia o posesión ejercida sin título que dé derecho a ellos. Por ende, y en otras palabras, “consiste en la privación de la ocupación del inmueble a su tenedor, poseedor o cuasiposeedor. Éstos o sus representantes deben resultar desplazados o excluidos de su ocupación”¹⁵. Creus afirma que el despojo tiene el sentido de quitar, de sacar de la ocupación o impedir la ocupación del inmueble, total o parcialmente. Por ende tanto puede haber despojo desplazando al sujeto pasivo o impidiéndole que el sujeto pasivo realice actos propios de la ocupación que venía ejercitando¹⁶.

Por eso el despojo puede ser tanto total como parcial. Es parcial

¹³ CREUS, ob. cit., p. 591.

¹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 478.

¹⁵ Íd., p. 485.

¹⁶ CREUS, ob. cit., p. 593.

tanto si el sujeto pasivo “queda excluido de una unidad materialmente demarcada e independizada del total de un inmueble; por ejemplo, una pieza o un potrero, como si la porción usurpada del inmueble es determinada sólo por el despojo mismo”¹⁷.

El acto que debe realizar el sujeto activo del delito generalmente es el de invadir, entrar a un inmueble que posee otro y quien está ausente. Además, debe entrar para ocupar dicho inmueble. También se puede dar el caso del que expulsa al poseedor y toma su lugar en el inmueble¹⁸.

Según Creus, el despojo de un inmueble sólo puede producirse por medio de invasión, mantenimiento o expulsión¹⁹. Soler habla de invasión, permanencia o expulsión, ya sea que el dueño esté presente, y por la fuerza lo expulsa, ya sea que el dueño esté ausente, y se expulsa a sus representantes o, por último, que no se lo deje entrar. Todo ello debido a que no es posible sacarle al propietario la cosa y llevársela. En cambio, se debe sacar al propietario de adentro de la cosa²⁰.

Núñez coincide. El despojo consiste en la privación de la ocupación del inmueble a su tenedor, poseedor o cuasiposeedor. Ellos o sus representantes deben resultar desplazados o excluidos de su ocupación. También exige el desapoderamiento del terreno tenido o poseído, o sobre el cual se ejerce otro derecho real, siendo insuficientes los actos que limiten u obstaculicen el goce pleno del inmueble, al menos para esta forma delictiva. Y la privación de la ocupación puede lograrse mediante la invasión del inmueble y la expulsión del sujeto pasivo o de su representante presente, o impidiéndoles la entrada si están ausentes²¹.

Para que se complete el despojo, el sujeto debe actuar despojando y lograr el efecto del despojo. Es decir: “El concepto de despojo en el delito de usurpación (art. 181, Cód. Pen.) se caracteriza por una doble consecuencia: por un lado, el tenedor debe resultar desplazado; por otra, el usurpador debe haber realizado esa exclusión por medio

¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 486.

¹⁸ Ídem nota anterior.

¹⁹ CREUS, ob. cit., p. 587.

²⁰ SOLER, ob. cit., p. 526.

²¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 485.

de actos que lo habiliten a permanecer en la ocupación, es decir, que debe estar en condiciones de subrogar a la víctima”²².

2) *Medios*

Sin embargo, el solo despojo no alcanza según la ley argentina para tipificar del delito de usurpación. Debe venir unido a ciertos medios que la propia ley ha especificado. De modo que es típico el despojo logrado mediante violencia, engaño, abuso de confianza y clandestinidad. Según lo antes afirmado existen ciertos medios únicos que vuelven punible el despojo. El medio no puede consistir en la mera negativa de entrada sino que debe ser uno de los antes mencionados: “La simple negativa a permitir el ingreso de una persona a un determinado inmueble, no importa ninguno de los medios comisivos del delito de usurpación previsto en el artículo 181, inciso 1º, del Código Penal”²³.

Así, el método que se utiliza para ejecutar y lograr el despojo puede ser no sólo la violencia física o moral ejercida sobre las personas o la violencia ejercida sobre las cosas –como la ley civil estipula–, sino también el engaño –en los mismos términos analizados en la estafa–, el abuso de confianza –por la llamada “intervención de título”– o la clandestinidad –en los términos estudiados en el delito de hurto–.

Dice Núñez que el despojo no es punible por sí, sino sólo si se logra a través de alguno de los medios descriptos por la ley.

2.1) *La violencia*

El despojo mediante violencia física se da cuando la ocupación del inmueble es adquirida o mantenida por vías de hecho, acompañada de violencia física o moral, de acuerdo al artículo 2365 del Código Civil²⁴.

Es el despliegue de una energía física, humana o de otra índole, que puede tener por objeto las personas o las cosas. Se llega a admitir, aun, el uso de medios hipnóticos o narcóticos que puedan tener por

²² CFed. de San Martín, sala I, 5-6-92, E. D. 150-566, con nota de Germán J. Bidart Campos.

²³ CNCCorr., en pleno, 12-12-69, “Signorelli Gallo”, L. L. 137-89.

²⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 488.

efecto la expulsión de la persona del inmueble, o el impedimento para que entre en él, o, simplemente, la reducción de la persona a la inacción dentro de aquél²⁵.

Según Creus, violencia es la *vis* física que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación que aquél procura, y también la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (por ej., cambiar las cerraduras)²⁶.

El problema que se suscita con la violencia en el despojo es el siguiente: la violencia es física, esto es, contra la persona, de manera que, a semejanza con el robo, “la violencia que este tipo exige es la que usa el autor como medio para ocupar el inmueble, y no, como es la fundamentación aludida, la violencia que el sujeto pasivo del despojo debe emplear para vencer los obstáculos que, sin violencia ha puesto para su entrada en el inmueble el autor”²⁷.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido lo contrario, confundiendo la fuerza en las cosas con la violencia, que siempre es física. Y entonces se ha sostenido que constituye violencia cambiar la cerradura, clausurarla con un candado, etcétera²⁸.

Creus, en cambio, afirma que es tanto la violencia, en el sentido antes afirmado, como también la fuerza que se despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva²⁹.

2.2) Amenazas

Queda aquí cubierta la faz moral de la violencia. También llamada intimidación, es éste el medio de compulsión puramente moral, cuyo instrumento no es el despliegue de una energía física sobre o contra la persona, sino una exigencia ilegítima, hecha a otro³⁰. El concepto

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ CREUS, ob. cit., p. 587.

²⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 40. En contra RUBIANES y ROJAS PELLERANO, p. 87, cit. por NÚÑEZ, nota 65.

²⁸ Así, CNCom., 8-5-59, fallo 44.164, J. A. 1959-V-236.

²⁹ CREUS, ob. cit., p. 594.

³⁰ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 490 y 255.

de amenazas es el mismo que corresponde al delito del artículo 149 bis, por lo que el artículo 181 absorbe dicha conducta en caso de ser el medio para el despojo³¹.

2.3) *Engaño*

El autor despoja del inmueble por engaño, si logra su ocupación con una conducta contraria a la verdad, usando o no ardid, siempre que sea eficaz. Ello es, que induzca al error en el sujeto pasivo. Y la víctima del engaño puede ser el ocupante o un tercero del cual dependa el acceso al inmueble (por ej., el juez víctima de un engaño en el proceso)³².

Dice Soler que basta para configurar engaño la mentira de la cual se vale el sujeto para inducir a error³³. Según Creus, es cualquier conducta que disimule la verdad, y puede consistir en un ardid o en una manifestación simplemente mentirosa que haya inducido a error en el sujeto pasivo o en un tercero, por el cual se llega a permitir el acceso y la ocupación del inmueble del agente³⁴.

2.4) *Abusos de confianza*

Se refiere a la conducta del que despoja al sujeto pasivo aprovechando la confianza que se le ha otorgado al permitirle el acceso o el uso del inmueble, manteniéndose en él como ocupante, o interviniendo el título en virtud del cual se le permitía la tenencia o el goce de otro derecho real sobre el inmueble³⁵.

Este medio comisivo no se equipara siempre a la interversión del título. Lo esencial en el abuso de confianza es que quien abusando de la buena fe que le ha sido dispensada, permitiéndole el acceso al inmueble o su uso o el uso de un derecho real, luego, despoja al sujeto pasivo. El abuso, en síntesis, consiste en que el autor se atribuye la tenencia, la posesión o la cuasiposesión, en cuya ocupación entró por el propio sujeto pasivo que entregó el inmueble, pero no en estos

³¹ SOLER, ob. cit., p. 527.

³² NÚÑEZ, ob. cit., p. 491.

³³ SOLER, ob. cit., p. 527.

³⁴ CREUS, ob. cit., p. 588.

³⁵ Ídem nota anterior.

términos. Como ser el poseedor que entrega las llaves para que las cambien, da las llaves al pintor, etcétera³⁶.

En cambio, la interversión del título exige una codificación de la naturaleza jurídica de la ocupación del inmueble que se ocupa. Como ser el mero tenedor que se arroga el carácter de inquilino³⁷.

Aclara Soler que este medio no hace sobreponer esta figura con el delito de retención indebida, ya que este último se refiere exclusivamente a bienes muebles, aun cuando el *modus operandi* es, o pueda ser, el mismo³⁸.

2.5) *Clandestinidad*

Este último medio, agregado por reforma de la ley 24.454/95, ya había sido intentado alcanzar por la Comisión de 1906.

Se puede afirmar que la clandestinidad está definida por el artículo 2369: “La posesión es clandestina, cuando los actos por los cuales se tomó o se continuó, fueron ocultos, o se tomó en ausencia del poseedor, o con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho de oponerse”. Con lo cual, para la ley civil, habrá clandestinidad en tres supuestos. Primero, por la ocultación de los actos, como ser, la extensión de un sótano a la propiedad del vecino. Segundo, cuando se tomó en ausencia del poseedor, como cuando si el poseedor no está el autor entra en la vivienda. Y tercero, cuando se toma con precauciones para que, quien tenga derecho a oponerse, no se entere, como ser la toma de una casa de noche. Por eso, concluye Salvat que para que haya clandestinidad se requiere que la posesión haya sido tomada en condiciones tales que el poseedor de la cosa haya podido ignorar los actos de desposesión³⁹. Así mismo, Molinario y Aguirre Obarrio concluyen afirmado que la clandestinidad consiste en tomar la cosa a espaldas de quien tiene derecho a oponerse a ello⁴⁰.

³⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 494.

³⁷ Ídem nota anterior.

³⁸ SOLER, ob. cit., p. 528.

³⁹ SALVAT, ob. cit., p. 81.

⁴⁰ MOLINARIO, ob. cit., p. 532.

La referencia a la clandestinidad del Código Civil se debe a que es un elemento normativo del tipo penal⁴¹.

Se da principalmente en el caso de inmuebles temporariamente deshabitados y queda constituido independientemente de la resistencia del autor al abandono⁴².

3) *Objeto del delito*

Ahora bien, este acto llevado a cabo a través de alguno de esos medios comisivos, debe recaer sobre la posesión, tenencia o derecho real constituido sobre un inmueble, siendo esto el objeto y, a su vez, presupuesto del delito.

La posesión –ya sea del propietario o del poseedor de buena fe– es la regulada por el artículo 2351 del Código Civil, y se da cuando “alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”.

La tenencia, según el artículo 2352 del mismo cuerpo normativo, se da cuando la persona “tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad”.

Y el conjunto de derechos reales que la ley civil regula conforman las diferentes manifestaciones o desmembraciones del derecho de dominio que una persona tiene o puede tener sobre un bien.

En cuanto a los conceptos de posesión y tenencia, la jurisprudencia ha dicho: “El bien jurídico protegido por el artículo 181 del Código Penal comprende la posesión o la tenencia de la casa desocupada. Al estar protegida la posesión del inmueble, no se requiere que la víctima viva en la casa, bastando que, como parte del dominio tenga la posesión sin haberla perdido desde el momento que la adquirió; el acto de desposesión por un tercero, tipifica el delito de usurpación”⁴³.

“La tenencia que ostenta el constructor es susceptible del despojo

⁴¹ En similares términos CREUS, *Los delitos contra la propiedad en la reforma de la ley 17.567*, p. 56.

⁴² Ver SOLER, ob. cit., p. 528.

⁴³ CNCCorr., sala I, 15-10-93, “C., B.”, c. 43.105.

del tipo de usurpación, pues goza a título autónomo de la cosa en el sentido de que su tenencia constituye una preferencia respecto del pago de su crédito⁴⁴.

“Puede ser sujeto pasivo del delito de usurpación no sólo quien de un modo actual y efectivo ejerza la posesión o tenencia de un inmueble, sino también quien lo tiene desocupado, puesto que la ley penal tutela el poder que cualquier integrante de la comunidad quiera y esté en condiciones de tener su propiedad⁴⁵.”

En igual sentido: “No pierde y mantiene su condición de poseedor, el propietario de un inmueble desocupado, pues la posesión continúa y se conserva con su sola voluntad inequívocamente expuesta en tal sentido, por lo que es pasible del delito de usurpación⁴⁶.”

Y, a su vez, ya más ampliamente: “Quien goza de un derecho de uso de un inmueble puede ser víctima del delito de usurpación⁴⁷.”

4) *El caso del encargado de edificio*

En este ámbito, se da con frecuencia un caso muy controvertido. Es el del encargado de un edificio que no abandona su vivienda una vez extinguida la relación laboral que existiera. Esta situación ha generado disputas jurisprudenciales y los fallos no son acordes en absoluto.

Una posición minoritaria, haciendo referencia a criterios de precariedad en algunos casos, y a la falta de dolo en otros, indica: “No configura el delito previsto en el inciso 1º del artículo 181 del Código Penal, la conducta del tenedor o detentador precario de un inmueble que prolonga su tenencia más de lo que corresponde, por lo que resulta atípico el accionar de un encargado de edificio, quien al rescindírsele su relación laboral se mantuvo en su vivienda hasta que tuviera los medios para lograr una vivienda adecuada⁴⁸.”

“No comete el delito de usurpación el encargado de un edificio

⁴⁴ CNCCorr., sala I, 4-3-99, “Consoli, Alfredo M.”, L. L. 1999-E-870.

⁴⁵ CNCCorr., sala VII, 30-8-90, “H., M.”

⁴⁶ Ídem nota 4.

⁴⁷ CNCCorr., sala VII, 18-5-89, “Méndez, Héctor R. T.”, L. L. 1989-C-519, D. J. 1989-2-363.

⁴⁸ CNCCorr., sala II, 20-2-92, E. D. 151-214, con nota de Hugo Rocha Degreef.

de departamentos que no abandona la unidad que le fue asignada como vivienda al finalizar el vínculo laboral, en la medida que no existe interversión del título y comience a poseer para sí”.

“No existe dolo de usurpación si el encargado del edificio de departamentos no abandonó la vivienda que le fue asignada al finalizar su relación laboral, en razón de no tener familia ni vivienda donde alojarse, y no porque quisiera convertirse en poseedor del inmueble”⁴⁹.

Sin embargo, la ya antigua jurisprudencia plenaria –hoy mayoritaria– estipula la posición contraria, dado que se sostiene la interversión del título que se produce en dicha situación: “Resuelto el contrato de trabajo, concluye para el encargado de casa de renta todo derecho a permanecer en la casa, precisamente cedido por esa causa y sin que exista derecho de retención y, por lo tanto, su negativa a abandonarla configura el delito de usurpación”⁵⁰.

Algunos consideran, más actualmente, la figura del error: “Si resultó vencible el error del procesado, sobre la trascendencia penal de su conducta de mantenerse en la ocupación del inmueble que habitara mientras se desempeñó como encargado de un edificio de departamentos, con posterioridad al término de la relación laboral, corresponde condenarlo por la comisión del delito de usurpación”⁵¹.

Pero la posición mayoritaria sostiene, en concordancia con lo establecido por el plenario rector, que: “Incorre en el delito de usurpación quien recibió precariamente una vivienda en virtud de un contrato de trabajo y resuelto éste permanece en ella”⁵².

b) *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, en el cual, como es obvio debe existir el conocimiento y la voluntad de realización del tipo objetivo, esto es, el despojo mediante alguno de los medios tipificados. El autor

⁴⁹ CNCCorr., sala II, 16-5-90, “Yemma, Daniel E.”, L. L. 1990-D-39.

⁵⁰ CNCCorr., en pleno, 13-8-64, “Contarino, Mario”, E. D. 8-711.

⁵¹ CNCCorr., sala III, 16-5-89, “Balent, Ángel H.”, L. L. 1989-D-541.

⁵² CNCCorr., sala II, 19-9-89, “Kerekes, Jorge R.”, L. L. 1990-C-87. Sobre el tema puede verse SCIMÉ, Salvador Francisco, *Usurpación del inmueble que ocupa el portero de un edificio en condominio*, en L. L. 1994-B-210.

debe conocer que se trata de un inmueble en ajena posesión y debe saber que está empleando alguno de los medios típicos⁵³.

Con estos elementos, no hay duda de que el único dolo posible es el directo, sin perjuicio de que alguna parte de la doctrina afirme que en el tipo comisivo de la usurpación por despojo, se especifica el dolo ya que contiene la voluntad de sustituirse en el ejercicio de la tenencia, posesión o cuasiposesión del inmueble, debido al propósito de despojar o privar de ellas. Según esta tesis, no cometen despojo, por falta de dolo específico, los obreros que por finalidades laborales ocupan los locales de trabajo con exclusión de sus legítimos tenedores⁵⁴.

Ya hemos sostenido que la idea de dolo específico es una redundancia, ya que todo dolo es específico en el sentido de realizar el tipo objetivo. Sin perjuicio de ello, no hay duda de que si el autor no quiso despojar, no habrá tipo subjetivo.

El error elimina el dolo y con ello la tipicidad, debido a que no está tipificado el tipo culposo.

4. *Antijuridicidad*

El artículo 2470 del Código Civil concede al poseedor, al cuasiposeedor y al tenedor desposeídos por la fuerza o por otro medio, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde, el derecho de recobrar la posesión, cuasiposesión o tenencia, siempre que no excedan los límites de la propia defensa⁵⁵.

Este caso sería equiparable a la legítima defensa, en los términos de Núñez⁵⁶, sin excluir ésta la validez de otras causas de justificación que excluyan la antijuridicidad, como el estado de necesidad justificante y el legítimo ejercicio de un cargo. En cambio, para Creus, se trata

⁵³ MOLINARIO, ob. cit., p. 532.

⁵⁴ Ver NÚÑEZ, ob. cit., p. 496.

⁵⁵ Art. 2470: "El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa".

⁵⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 499; SALVAT, p. 331.

de un caso de atipicidad, debido a que no se da una ocupación consolidada, lo que marginará al hecho de la situación de tipicidad⁵⁷.

5. *Consumación y tentativa*

Según Núñez, la usurpación por despojo es un delito instantáneo de efectos permanentes que se consuma en el momento en que, desplegados los medios que lo vuelven punible, se realiza el despojo⁵⁸.

En la opinión de Creus, la usurpación por despojo se consuma cuando se produce la invasión del inmueble constitutiva de la ocupación, aunque no se expulse a los ocupantes anteriores, o cuando se los expulsa como manifestación de ocupación, o cuando, intervirtiendo o no el título, el agente que está en el inmueble rechaza o impide la actividad del sujeto pasivo del delito que importa la continuidad de la ocupación que ejercía⁵⁹.

Al ser un delito de resultado, admite la tentativa. Ella se alcanza al utilizar alguno de los medios típicos descriptos con la finalidad de despojo. El autor puede realizar actos de ejecución con la finalidad ya determinada de despojar pero sin consumir la usurpación propiamente dicha.

IV. **Turbación de la posesión**

Dice el inciso 3º: “El que, con violencia o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

1. *Bien jurídico protegido*

Se protege aquí la propiedad, pero en dos aspectos, en especial después de la reforma de la ley 24.454/95. Tanto se protege la posesión, como la tenencia de un bien inmueble, pero no otro derecho real. Hasta la reforma antes mencionada, la interpretación absolutamente dominante del término legal “posesión”, no ampliable por interpretación o analogía, excluía el resguardo penal del simple tenedor frente

⁵⁷ CREUS, ob. cit., p. 597.

⁵⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 497.

⁵⁹ CREUS, ob. cit., p. 589.

a los actos turbatorios de su tenencia⁶⁰. A partir de la reforma, la tenencia entra como objeto de protección.

En estos supuestos, la acción del agente restringe el ejercicio pleno de la posesión o de la tenencia, pero sin importar una ocupación total o parcial del inmueble por parte de aquél, ni ello constituir su finalidad inmediata⁶¹.

2. Tipicidad

a) Tipo objetivo

La turbación de la posesión es mucho más restringida que la acción de la usurpación por despojo. El delito consiste aquí en tan sólo turbar la posesión o la tenencia de un inmueble con violencias o amenazas.

Mientras la usurpación por despojo podía recaer sobre la posesión, tenencia o cualquier derecho real constituido sobre el inmueble, la acción de turbación sólo cae sobre la posesión o tenencia del bien, siendo ambas un presupuesto del delito⁶².

Turbar significa restringir temporal o permanentemente el ejercicio de los derechos que corresponden a la posesión del sujeto pasivo. Y se da cuando el sujeto activo no “ocupa” el inmueble en cuestión y no tiene intenciones de hacerlo. Un ejemplo clásico, es el del sujeto que corta los cables de energía eléctrica o el que destruye un puente establecido en una servidumbre de paso⁶³.

Dicha turbación debe ser realizada a través de violencias o amenazas. Ambos términos están utilizados en el mismo sentido antes expuesto, siempre que se den en un grado tal que efectivamente turben –de manera arbitraria, según el Código Civil– la posesión pacífica y normal del inmueble.

Es decir, la acción violenta o la amenaza, objetiva y subjetivamente deben estar orientadas en el sentido de turbar la posesión en sí misma y no ya simplemente en el de molestar a la persona del poseedor. Se da, por ejemplo, cuando se logra retirar al poseedor, momentáneamente

⁶⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 502.

⁶¹ CREUS, p. 600.

⁶² MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 533.

⁶³ CREUS, ob. cit., p. 600.

al menos, de una parte de su campo —con la pretensión de que no le pertenece— pero sin invadir el campo, o cuando se lo amenaza personalmente con ejecutar violencias. Una acción es turbativa si importa una limitación a los derechos inherentes a la posesión, sin que se traduzca en la total privación que llega a configurar despojo⁶⁴.

Por lo tanto, la turbación comprende no sólo los actos posesorios, como es la *obra nueva* (arts. 2498 y 2499, Cód. Civ.), sino todo acto material en relación con el uso y goce del inmueble, es decir, que vaya contra el corpus posesorio, que, sin despojar, restrinja el uso y goce del bien inmueble⁶⁵.

Los casos que se han dado como ejemplo son claros: el administrador de un mercado que corta el cable de suministro de electricidad, y priva al poseedor de uno de los puestos de luz; los obreros que entran al local que posee el patrón y permanecen en él, sin despojo⁶⁶.

La jurisprudencia ha sostenido sobre este delito: “No resulta necesario en el delito de usurpación, detenerse a analizar si los actos turbatorios poseen o no una intención posesoria, por cuanto las acciones turbatorias son aquellas que importan una limitación a los derechos inherentes a la posesión, no siendo requisito para su consumación la total privación constituida por el despojo. En este sentido, la ley civil admite dos clases de actos turbatorios: los ejecutados con intención de poseer (art. 2496, Cód. Civ.) y los que no tienen por objeto hacer poseedor al que los ejecuta (art. 2497, Cód. Civ.). Ambas clases de actos, siempre que hayan sido ejecutados con violencia o amenazas e importando una restricción a los derechos del ocupante, están comprendidos en la figura penal”⁶⁷.

Y haciendo referencia a claros ejemplos de turbación, se expresó: “Configura el delito de turbación de la posesión (art. 181, inc. 3º, Cód. Pen.), la conducta desarrollada por terceras personas que en relación o no de dependencia laboral con la empresa poseedora de la fábrica, realizaron en sus instalaciones asambleas permanentes, actos de fuerza contraviniendo la voluntad de los legítimos representantes

⁶⁴ SOLER, ob. cit., p. 532.

⁶⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 503.

⁶⁶ Íd., p. 504.

⁶⁷ CFed. de San Martín, 5-10-89, “Abella, Juan C. y otros”, D. J. 1990-1-471.

de aquélla, actos de resistencia a moverse –importando una obstaculización física– y emitieron expresiones verbales amenazantes impidiendo a fleteros o camioneros autorizados por la empresa a cargar productos o a mover efectos pertenecientes a la misma”⁶⁸.

b) *Tipo subjetivo*

El dolo del autor es aquí el conocimiento y la voluntad de turbar la posesión ajena por medio de la violencia física o moral utilizada, sumándose a ello o no la intención de convertirse en poseedor nuevo del inmueble. Sólo es admisible el dolo directo.

3. *Antijuridicidad*

Se aplican las reglas generales de causales de justificación, sin constituir una de ellas la pretensión del agente de hacer valer, por los medios típicos de violencia o amenazas, el título que tenga a la posesión, ya que se estará en la esfera de la ilegalidad, prohibida expresamente por la ley civil que requiere la demanda por “vías legales” en su artículo 2468⁶⁹.

4. *Consumación y tentativa*

El delito queda consumado cuando la turbación se ha realizado, es decir, la limitación al ejercicio de la posesión se ha hecho efectiva y el sujeto pasivo no puede ejercer su derecho a ella. Éste es el acto turbativo que consuma el delito.

Admite la tentativa.

V. Destrucción o alteración de términos o límites

El inciso 2º expresa: “El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo”.

1. *Bien jurídico protegido*

El bien lesionado en este delito en particular, dentro del bien

⁶⁸ CCCom. de Mar del Plata, sala III, 7-6-94, E. D. 160-315.

⁶⁹ CREUS, ob. cit., p. 595.

jurídico de la propiedad, es la tenencia o la posesión y, también, el mismo derecho de dominio sobre el bien inmueble, ya que se atenta contra el propio título de pertenencia⁷⁰.

Creus afirma que, a diferencia de lo que ocurre en la usurpación por despojo, en este delito no sólo se ataca la posesión o la tenencia, sino que la acción puede repercutir sobre el dominio mismo del inmueble, ya que las modificaciones introducidas por ella, pueden menoscabar los elementos probatorios de su extensión⁷¹.

2. *Tipicidad*

a) *Tipo objetivo*

Según la última acción típica descripta por la legislación, incurre en usurpación el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo⁷².

En la destrucción o alteración de términos o límites lo que el sujeto infractor busca es apoderarse de una fracción de superficie de otro, como si fuera una tentativa de usurpación pero presentado legalmente como un delito consumado de usurpación. Es una especie de delito en perspectiva⁷³.

En cuanto al elemento físico del delito, éste consiste en la destrucción o alteración de los términos o límites de un bien inmueble, sea éste urbano o rural –dado que la ley no distingue entre ambas categorías⁷⁴–.

Ahora bien, se debe distinguir entre los vocablos confusos, o al menos no cotidianos o por de más civilistas, utilizados en la redacción del legislador al referirse a la destrucción o alteración de “términos” y “límites”.

Son *términos* los mojones, esto es, las señales permanentes que se ponen para fijar los linderos de los inmuebles.

⁷⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 507.

⁷¹ CREUS, ob. cit., p. 597.

⁷² Este precepto, de antigua data, ha sido considerado por otras legislaciones como un delito de falsedad documental por supresión. Ver NÚÑEZ, ob. cit., p. 507.

⁷³ MOLINARIO, ob. cit., p. 534.

⁷⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 507; SOLER, ob. cit., p. 535.

Y son *límites* los signos físicos, naturales o artificiales, fijos y permanentes, que, con o sin soluciones de continuidad, constituyen la línea divisoria de dos inmuebles⁷⁵.

Con mayor diferenciación, Creus considera *términos* a las señales colocadas expresamente para delimitar un inmueble de otro (como son los mojones), y llama *límites* a aquellos signos afectados a esa función, aunque no se hayan creado expresamente para ella y cumplan a la vez otras funciones distintas, ya sean de carácter natural (árboles, vías de agua, fallas del terreno, piedras) o artificial (cercos, edificaciones)⁷⁶.

Pero la destrucción o alteración de los términos o límites no hace al objeto en sí, como tal, sino a su función. Ellos son signos, medios empleados para marcar confines, y es éste el carácter especial de la figura. Aunque el signo en sí no sea destruido ni alterado, su función como signo puede haberlo sido, quedando –entonces– consumada la acción⁷⁷.

Destruye el que elimina totalmente dichos límites o términos, los deshace o los quita. Es decir, de algún modo, logra hacerlos desaparecer. Según la visión de Creus, la destrucción debe causar la total eliminación de los términos o límites en cuanto a su función, ya que su destrucción parcial, de no lograr la eliminación de la función en sí, no consumaría el tipo aunque podría dejarlo en grado de tentativa⁷⁸.

Altera los términos o límites el que los cambia de lugar, los modifica de un modo que la delimitación avanza sobre el inmueble del sujeto pasivo y se intenta lograr más superficie de inmueble para el sujeto activo.

Según Núñez, la *destrucción* es el deshacimiento o eliminación del término o límite en sí mismo. Y la *alteración* consiste en el cambio de lugar o corrimiento de ellos, siendo indiferente el medio por el cual se comete la destrucción o alteración⁷⁹.

⁷⁵ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 507-508.

⁷⁶ CREUS, ob. cit., p. 591.

⁷⁷ SOLER, ob. cit., p. 534.

⁷⁸ CREUS, ob. cit., p. 590.

⁷⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 508.

b) *Tipo subjetivo*

Se requiere dolo directo, tal como se ha exigido en los otros tipos de usurpación. En este tipo penal, se suma un claro elemento subjetivo del tipo, ya que el elemento físico de destrucción o alteración resulta insuficiente para configurar el tipo. Es claro que lo esencial de la acción delictiva del inciso segundo es la intención de apoderarse del inmueble, como elemento subjetivo del delito.

Es decir, hay una voluntad específica de utilizar el desplazamiento o supresión de los límites o términos como medio para ocupar todo o parte del inmueble vecino⁸⁰.

3. *Consumación y tentativa*

Se consuma el delito cuando, guiado por la intención descripta, el sujeto activo ha conseguido destruir o alterar los términos o límites, de forma tal que haya logrado anular su función en el inmueble. Admite tentativa.

USURPACIÓN DE AGUAS

Dice el artículo 182 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de quince días a un año:

”1° El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho.

”2° El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

”3° El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

”La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos”.

⁸⁰ CREUS, ob. cit., p. 592.

I. Antecedentes legislativos

Recurrimos nuevamente a Moreno para detallar la historia legislativa de esta figura del artículo 182⁸¹:

El artículo consta de varias disposiciones contenidas en los tres incisos, de los que nos ocuparemos separadamente.

1. El precepto ha sido tomado del proyecto de 1906, concordante con el de 1891, al cual le introdujo una modificación la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados que intercaló en el inciso 1º las palabras *con el propósito de causar perjuicio a otro*.

El fundamento de la modificación se encuentra en la Exposición de Motivos. “En el presente título, la comisión no ha introducido más que las modificaciones que se contienen en el artículo 182. Esas reformas, que se explican por sí mismas y no tienen más objeto que precisar el concepto del delito, por cuanto éste no existiría en el caso de que se usaren aguas, se encauzaren, se desviaren, o se represaren si no fuera con el objeto de causar perjuicio a otro”.

2. El proyecto de 1906 decía en la Exposición de Motivos acerca del presente artículo: “Al legislar sobre este delito hemos tenido también presente que en ciertos puntos del territorio el uso de las aguas de represas, ríos, arroyos, etcétera, es una necesidad vital de la población y de sus industrias, y que, en consecuencia, era necesario proteger eficazmente el derecho de cada cual, con relación a ellos. Es lo que hacemos por el artículo 198, habiéndonos preocupado de prever todos los casos y situaciones”.

II. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es aquí la propiedad como derecho al uso y goce; en este caso, de las aguas –total o parcialmente ajenas para el agente–.

Las aguas son consideradas como cosa inmueble por su naturaleza, por correr en arroyos o ríos o emanar de fuentes naturales y estar así incorporadas al suelo (art. 2314, Cód. Civ.), o como cosa inmueble

⁸¹ MORENO, ob. cit., p. 277.

por acesión al correr por cauces artificiales o encontrarse en depósitos de esa especie (art. 2315, Cód. Civ.). Por lo tanto, estamos ante un atentado contra la propiedad inmueble⁸². Por eso Creus afirma que el agua para ser objeto de estos delitos debe tener un carácter de inmueble y no perderlo por la acción del agente (art. 2314, Cód. Civ.). Si el autor la convierte en cosa mueble, se tratará del delito de hurto.

Pero, también es claro que no cualquier clase de agua inmueble es protegida por estos delitos, sino tan sólo aquella utilizada por poblaciones o por particulares, siendo indiferente el uso para el cual se la destina. Además, el agua que se protege debe ser susceptible de usurpación y, para ello, es determinante el lugar donde se halla.

Es indiferente, a su vez, si el agua fluye o es estancada, como así también, si es de propiedad privada o pública⁸³.

III. Tipicidad

El artículo 182 prevé tres conductas delictivas, cada una descripta en un inciso separado. A diferencia de lo que sucede con los tres tipos penales recién estudiados, las conductas de este artículo guardan una similitud clara, motivo por el cual, y en virtud de una mejor metodología, los estudiaremos en un mismo apartado. Principalmente, todas atentan contra un mismo bien jurídico protegido y comparten rasgos descriptivos.

IV. Sustracción de agua

1. *Tipo objetivo*

La primera conducta penalizada es la de la sustracción de aguas, llegándose a la discusión doctrinaria de si es que se refiere a un “hurto de agua”.

Dice Núñez que el delito consiste en sacar ilegítimamente, y con el propósito de causar perjuicio a otro, agua de un depósito o curso de agua. La terminología que se utiliza –*sacar agua*– no indica exac-

⁸² NÚÑEZ, ob. cit., p. 512.

⁸³ SOLER, ob. cit., p. 537.

tamente cuál es el delito en cuestión. La acción de sacar agua puede fácilmente confundirse con la de desviarla, acción prevista por el tercer inciso. Es por ello que se asimila la acción de sacar agua a la del hurto de agua⁸⁴.

Cree Creus que la norma está imperfectamente construida, ya que, en este caso, sería conflictivo pensar en un modo de sacar agua sin quitarle la condición de inmueble, aunque sería posible pero no muy probable, por ejemplo, conseguirlo por evaporación⁸⁵.

Más allá de su categorización, el tipo delictivo contiene tres elementos diferenciados: uno material que consiste en sacar agua, uno normativo que se refiere a la ilegitimidad de dicha conducta, y uno subjetivo —que se agrega al dolo— de hacerlo con el propósito de causar perjuicio a otro.

El elemento material es sacar agua o sacarla en la cantidad que no tenga derecho. Sacar no es desviar, sino tomarla de algún otro modo, ya sea en recipientes o de otra manera más continua. Y el agua debe ser sacada del lugar donde se encuentra: un depósito, su curso, su fuente.

El elemento normativo es sacar el agua de manera ilegítima. Esto es, se saca el agua de su lugar a sabiendas de que no tiene derecho de uso o goce, ni tampoco uno menor.

2. *Tipo subjetivo*

Es un tipo doloso, que sólo admite el dolo directo. Además, en la conducta tipificada por este delito hay un elemento clave: el sujeto activo debe tener el propósito de causar perjuicio. Contrariamente a esto, el decreto-ley 21.338 hablaba de obtener un beneficio, que no es lo mismo.

El agregado —innovación por demás desgraciada, en la terminología de Soler— viene de la Comisión de la Cámara de Diputados de 1917, que exige el propósito de causar perjuicio. El propio Soler afirma que con este elemento subjetivo del tipo se puede decir que se deroga la figura⁸⁶. Ahora bien, en estos términos, además, se confunde la

⁸⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 515.

⁸⁵ CREUS, ob. cit., p. 598.

⁸⁶ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 422.

usurpación con el daño. Pero con este agregado se torna un tipo penal de imposible aplicación, porque normalmente el problema del agua, en los casos de escasez de ella, se suscita por la necesidad y la apropiación o el desvío para uso, esto es, para provecho propio. De modo que en el caso normal que la persona saca agua a otra persona para regar su heredad, si no lo hace con el fin de perjudicar, no se tipifica el delito. Ahora bien, esto demuestra, tanto ayer como hoy, el profundo desconocimiento del legislador de qué sucede en toda la Argentina y no sólo en Buenos Aires, donde el agua puede llegar a sobrar. Qué tiene en cuenta el legislador para agregar esta idea de perjuicio. Los campos inundables y la conducta del agente que rechaza las aguas, y las manda al campo del vecino. Y esto es lo que dice Moreno en breves palabras⁸⁷. Que en otras provincias el problema sea otro, y que el desierto sea el problema, esto nunca fue preocupación del hombre de la capital y menos de nuestros diputados, que al llegar a Buenos Aires se olvidan de dónde han nacido. Y no se crea que cambió mucho el asunto. Las reformas al Código Penal se han hecho, la mayoría de las veces, pensando en los problemas de Buenos Aires. Caso concreto el aumento de pena al delito imprudente que se debió a casos ocurridos en la Ciudad Autónoma, y no en el Chaco o Jujuy.

Como síntesis, el autor, además del dolo de sacar aguas, lo debe hacer con el ánimo de causar un perjuicio, que debe ser concreto, real y no sólo estar en la mente del autor.

V. Estorbo del ejercicio de derechos ajenos sobre el agua

1. *Tipo objetivo*

La segunda conducta delictiva prevista por el artículo 182 es la del estorbo del derecho de un tercero a la utilización de las aguas ya señaladas.

Como sucede con el juego de los diferentes tipos del artículo 181 ya estudiado, el presente delito no consiste en el despojo del derecho ajeno, sino en un hecho que traba o turba su ejercicio. No es una tentativa de despojo sino una turbación –o estorbo– autónomamente penada.

⁸⁷ MORENO, t. V, p. 278, con agudas observaciones de SOLER, nota 40, p. 423.

Se supone que dicho estorbo se puede dar de cualquier modo, ya que la ley no estipula un método específico. Puede realizarse por cualquier conducta que logre el efecto que se intenta evitar, es decir, el de obstruir, interrumpir o hasta dañar el derecho que un tercero tiene sobre aguas.

Afirma Soler que este inciso es el único que puede subsanar las graves deficiencias que se han hecho notar, ya que las molestias, las interrupciones en el riego, pueden entrar en el ámbito de las turbaciones⁸⁸.

2. *Tipo subjetivo*

El dolo debe ser integrado por el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo, sin ningún otro contenido, en el tipo subjetivo, que haya sido especialmente previsto por el legislador, a diferencia del inciso anterior y el inciso que sigue.

En la visión de Núñez, bastaría la conciencia e intención incluso eventual de estorbar el ejercicio del derecho de uso y goce de las aguas del derechohabiente⁸⁹.

VI. Interrupción de un curso de agua

1. *Tipo objetivo*

La tercera conducta es la del represamiento, desvío o detención de aguas, conocida también como interrupción de un curso de agua.

Represa el agua quien la estanca no permitiendo que fluya normalmente; la *desvía* el que, sin intención de sustraerla para el uso propio o ajeno, separa el agua de su camino o cauce normal, y la *detiene* el que anula totalmente su corriente, suspendiendo de alguna otra manera el curso del agua hacia su destino; por ejemplo, obstruyendo totalmente el cauce o haciéndola sumir⁹⁰.

Lo que debe afectarse, a través de alguno de los medios típicos, es la posibilidad de usar y gozar del agua. Es indiferente el lugar

⁸⁸ SOLER, ob. cit., p. 424.

⁸⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 519.

⁹⁰ CREUS, ob. cit., p. 599. Conf. NÚÑEZ, ob. cit., p. 520.

donde la interrupción se produzca, es decir, sea en el predio del derechohabiente o sea en el predio mismo donde está el agua.

Mientras que en los incisos 1º y 2º las aguas objeto del delito pueden ser las de ríos, arroyos, canales, fuentes o acueductos, en el inciso 3º, los acueductos no quedan cubiertos, según surge de la misma letra de la ley.

Y, sumado a ello, el inciso trae un nuevo elemento normativo, aquel del inciso 1º. Requiere que la interrupción se realice de manera ilegítima –*ilícitamente*, dice–, es decir, sabiendo que lo hace sin derecho.

2. *Tipo subjetivo*

El especial propósito de perjuicio suma un elemento subjetivo, también aquí, al dolo que integra el tipo subjetivo de esta figura. El dolo es directo.

VII. Usurpación de un derecho referente a un curso de agua

1. *Tipo objetivo*

Insólitamente, el tercer inciso del artículo 182 contiene, además del tipo penal descrito de la interrupción de un curso de agua, y sin siquiera una coma de por medio, una usurpación genérica de un derecho referente a un curso de agua.

Este delito es genérico, y por demás diverso al que lo antecede. No se da aquí un acto material sobre el curso de agua en sí –hecho que cubriría el primer inciso–, sino sobre el derecho real o personal del uso y goce del agua a través de un ejercicio ilegítimo.

Este segundo supuesto del inciso 3º se refiere a la apropiación total o parcial de cualquier derecho al uso y goce de uno de los cursos de agua mencionados en el primer supuesto.

El delito puede cometerse mediante cualquier acto que implique dicho efecto, como, por ejemplo, la inscripción del bien a nombre del autor del derecho o su transferencia a un tercero⁹¹.

⁹¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 522. En contra, CREUS, ob. cit., p. 599.

2. *Tipo subjetivo*

Aquí también, al igual que en el inciso 1º, se suma al dolo el especial propósito de causar un perjuicio al derechohabiente. El autor no sólo obra a sabiendas de su falta de derecho, es decir, lo hace ilegítimamente, sino también con la intención de causar el perjuicio.

VIII. Agravantes

1. *Tipo objetivo*

Por último, el artículo prevé en un párrafo aparte el tipo agravado. Se agrava la figura básica en virtud de los procedimientos empleados para cometer las conductas de los incisos uno a tres.

El que, para cometer alguna de las tres conductas delictivas, rompe o altera diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos, se verá inmerso en el tipo penal agravado, siendo indiferente quién es el titular del objeto del delito, pudiendo ser hasta el mismo agente⁹². Todo ello en razón del bien jurídico protegido.

Cuando habla de obras, el legislador hace referencia a las construcciones hechas en los cursos, depósitos o fuentes de agua, pero sólo aquellas que tengan una función tendiente a posibilitar o facilitar el uso y goce del curso, depósito o fuente de agua⁹³.

Sin embargo, la agravante quedará desplazada cuando los hechos constituyeren los delitos de los artículos 186 y 187, párrafo 1º, en cuyo caso la figura básica de usurpación de aguas de que se tratare podrá concurrir con los tipos penales contra la seguridad común⁹⁴. En cambio para Soler son sólo de aplicación los tipos antes mencionados.

2. *Tipo subjetivo*

El legislador sólo integró elementos especiales al primero y al

⁹² CREUS, ob. cit., p. 600.

⁹³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 523.

⁹⁴ CREUS, ob. cit., p. 600.

tercer incisos del artículo en sus figuras básicas, por lo que sus agravantes correrán con ellos pero sólo en relación con dos de las tres figuras delictivas.

IX. Consumación y tentativa

El delito se consuma, según cada acción típica, con la ejecución de la acción material de que se trate, siempre que se dé el elemento subjetivo o normativo cuando sean requeridos por la ley penal. Los tipos admiten tentativa.

CAPÍTULO VII

DAÑOS

SUMARIO: I. Antecedentes. II. El tipo básico. 1. El texto. 2. Bien jurídico. 3. Objeto material. 4. Modos comisivos. 5. Tipo subjetivo. 6. Consumación y tentativa. III. Los tipos agravados. IV. Agravamiento por el fin del autor. V. Agravamiento por el medio y el objeto. VI. Empleo de sustancias venenosas o corrosivas para causarlo. VII. Comisión del delito en despoblado y en banda. VIII. Agravamiento por el objeto.

I. Antecedentes

La fórmula legal es distinta al Código de 1886 y también al proyecto Tejedor. En cambio tiene concordancia con los proyectos de 1906 y 1917.

II. El tipo básico

1. El texto

Artículo 183 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado”.

2. Bien jurídico

En el delito de daño se da, básicamente, un atentado contra una cosa. Dicho atentado disminuye o elimina el valor de la cosa contra la que se atenta, pero quien sufre es la cosa en sí misma, no un derecho

o poder sobre ella. Es decir, no hay desplazamiento de derechos referentes a una cosa, como podíamos encontrar en las figuras anteriores, sino un degradamiento de la cosa en sí.

3. *Objeto material*

Son objetos del delito las cosas muebles e inmuebles siempre que sean ajenas –y se incluyen los animales, agregado sobreabundante–. Si la cosa sobre la que se atenta es de propiedad del autor de la conducta o es *res nullius*, no habrá delito. Sin embargo, las cosas perdidas sí pueden ser objeto de este delito, ya que son propiedad de alguien, y son ajenas.

Según Creus, *dañar* implica un ataque a la materialidad, utilidad o disponibilidad de las cosas, que elimina o disminuye su valor de uso o de cambio. Se ataca la materialidad de las cosas cuando se altera su naturaleza, forma o calidades; se ataca su utilidad cuando se elimina o se disminuye su aptitud para el fin o los fines a que estaba destinada; se ataca su disponibilidad cuando el acto del agente impide que el propietario pueda disponer de ella¹.

Pero el daño a la cosa no necesita provocar una destrucción total de ella. Al respecto, y dando también un claro ejemplo de manifestación de este delito, la jurisprudencia ha indicado: “El delito de daño no exige que la cosa mueble o inmueble quede totalmente destruida o inutilizada, basta para su consumación que la restitución del bien a su estado anterior demande algún gasto, esfuerzo o trabajo, tal la consecuencia determinada por el accionar de los procesados al pintar en paredes leyendas políticas con base de cal y trazos de látex”².

Pero la acción que recaiga sobre la cosa dañada debe causarle un *perjuicio*, constituido por ese detrimento que sufre; para algunos, debe ser un detrimento patrimonial o económico; para otros, no.

4. *Modos comisivos*

En cuanto a los modos comisivos de la conducta delictiva de daño, la enunciación que da el Código es claramente enunciativa y no taxativa. Por ello, y tan sólo a modo de ejemplos, se puede cometer

¹ CREUS, ob. cit., p. 602.

² CNCCorr., sala IV, 13-2-90, E. D. 138-722.

este delito *destruyendo la cosa* –arruinando o alterando su esencia–, *inutilizándola* –haciéndola inepta sin alterarla–, o *haciéndola desaparecer* –y, así, colocarla fuera del alcance de disposición del propietario, dejándolo a éste sin nada de ella–. Pero también puede cometer el delito el que “de cualquier modo dañare” una cosa.

Ejemplos claros de este delito son: el caso del que mancha con pintura indeleble una estatua de mármol –situación usual en las grandes ciudades–, el que pone agua en el vino, el que hace infértil un suelo que era fértil, o el que simplemente rompe un vidrio de un negocio con el solo fin de dañarlo.

El delito de daño es una figura absolutamente subsidiaria, y el mismo legislador lo ha establecido. Cuando la conducta de daño sea utilizada para la comisión de otro delito, aquélla quedará subsumida en éste, siempre que el delito que la absorba sea más grave. Entonces el daño quedaría como un simple medio de un delito fin.

Sin perjuicio de ello, cuando la figura donde quedaría subsumida termina siendo atípica, el daño se mantiene vivo –aunque haya sido utilizado como medio de algo mayor– y se castiga. Ha dicho la jurisprudencia: “Si bien la conducta del imputado resulta atípica del delito de robo, ante la ausencia del pasacassette, ha consumado el delito de daño (art. 183, Cód. Pen.) al romper la puerta del automóvil”³.

5. Tipo subjetivo

El dolo directo de querer dañar la cosa en sí es muy particular y simple: no se exige nada más que eso, querer dañar una cosa. No se esperan motivaciones especiales o la finalidad de causar un perjuicio económico en el propietario. Sólo se castiga y se exige un dolo de dañar por dañar.

Ha dicho Moreno, al explicar el Código Penal: “Para caracterizar el delito es necesario tener en cuenta: 1) el móvil; 2) el objeto; 3) el daño mismo. El agente debe haber tenido el propósito de perjudicar, sin el ánimo de beneficiarse ni de obtener ventajas. Así, el que mutila el animal de otro nada más que por molestar al dueño”⁴.

³ CNCCorr., sala III, 15-10-91, E. D. 145-500.

⁴ Cita de MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes* cit., contenida en DONNA, Edgardo Alberto, *El dolo en el delito de daño*, en L. L. 1979-B-838.

Así, el dolo es tan particular, alcanzando sólo el dañar por dañar y por el solo ánimo de perjudicar, que se requiere, como se ha dicho, siempre el dolo directo.

Como bien afirma Núñez, no se trata de un dolo común. Debe ser causado por el autor a sabiendas de su injusticia y a propósito. De ahí que se exija el dolo directo⁵.

6. *Consumación y tentativa*

Es un delito material que se consuma de la manera antes explicada, que de ese modo es instantáneo. Puede ser permanente, si se prolonga en el tiempo, que no es lo mismo que el daño perfeccionado⁶.

III. Los tipos agravados

Artículo 184: “La pena será de tres meses a cuatro años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:

”1º Ejecutarse el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones.

”2º Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos.

”3º Emplear sustancias venenosas o corrosivas.

”4º Cometer el delito en despoblado y en banda.

”5º Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos”.

En principio el artículo tiene su antecedente en el proyecto de 1881, que lo había tomado del Código de España de 1870. La fórmula vigente, según Núñez, proviene del Código de 1906⁷.

IV. Agravamiento por el fin del autor

El tipo del inciso 1º tiene relación con el delito de resistencia y

⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 534.

⁶ Ídem nota anterior, p. 537.

⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 539.

con el de sedición. Sin embargo, lo que diferencia este artículo de la sedición es que no hay alzamiento público⁸. Y con la resistencia, la diferencia reside en que el autor no se dirige directamente en contra del funcionario sino que usa a las cosas para impedir el ejercicio de la autoridad. Por lo tanto, la agravación se da por la conexión final con el ejercicio de la autoridad⁹.

La jurisprudencia ha expresado en relación a esta primera parte del primer inciso que “La conducta de los imputados que manifestando su disconformidad con su detención, amenazaron al personal policial con romper todo si no eran dejados en libertad, y que comenzaron por la destrucción de puertas y ventanas de la sede policial, arrancando las plantas colocadas en los maceteros, configura el delito previsto por el artículo 184, inciso 1º del Código Penal, esto es, dañar la cosa para poner obstáculos a la realización de actos declarativos o ejecutivos de la autoridad pública ejercida por funcionarios públicos (art. 77, Cód. Pen.), puesto que los imputados confesaron a viva voz la subjetividad requerida por el tipo penal”¹⁰.

También se agrava el daño por su conexión con impulsiva, al decir de Núñez, cuando el autor tipifique el delito para tomarse satisfacción de un agravio o de algún daño que se le ha ocasionado¹¹.

V. Agravamiento por el medio y el objeto

El inciso proviene del Código de 1886, que lo había tomado del proyecto de 1881, modificando al español, en la expresión ganado, por aves u otros animales domésticos.

La agravante se debe pues, al medio utilizado, por una parte, y al objeto dañado, por la otra.

El daño se causa por infección o contagio. Ello se realiza introduciendo cualquier enfermedad que pueda ser transmitida por infección o contagio, tal como puede ser una epizootias o alguna de aquellas enfermedades que contraen los animales domésticos. La ley no prevé

⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 540; CREUS, ob. cit., p. 612.

⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 541.

¹⁰ CNCCorr., sala V, 23-2-94, causa 31.388, “O., P. y otros”.

¹¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 542.

los medios, que pueden ser varios, ya sea trasladando al animal o trayendo otro, o provocándole de alguna otra forma la enfermedad contagiosa.

Requiere que realmente se haya enfermado el animal doméstico o el ave.

Como bien afirma Núñez, se exige que el animal esté vivo¹².

VI. Empleo de sustancias venenosas o corrosivas para causar lo

El veneno, que tiene su sentido en la ley argentina, tal como lo hemos explicado en el tomo I de esta obra, es aquella sustancia que daña a los animales. Se trata de toda sustancia animal, vegetal o mineral, sólida, líquida o gaseosa, que, introducida en el cuerpo, mata o causa daño cambiando su naturaleza por acción química, lo cual elimina el vidrio¹³.

No alcanza el veneno sino que se exige que el animal, que es el único objeto de esta parte del inciso, sea lesionado o dañado por su ingestión. Si no produce el daño, se estará ante la tentativa de daño agravado, al igual que la tentativa inidónea.

En cambio, la sustancia corrosiva se refiere a cualquier cosa, ya sea mueble o inmueble. El medio corrosivo daña royendo la cosa. Se exige la producción del daño.

VII. Comisión del delito en despojado y en banda

El inciso remite a los conceptos estudiados en el robo, siendo claro también aquí que la conducta se debe dar tanto en banda, con el alcance restringido que se ha explicado, como en despojado.

VIII. Agravamiento por el objeto

El inciso agrava la pena por el valor de las cosas. Soler ha distinguido tres categorías: 1) archivos, registros, bibliotecas o museos, sean o no públicos o de uso común; 2) puentes, caminos u otros bienes

¹² NÚÑEZ, ob. cit., p. 544.

¹³ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, p. 42.

de uso público; 3) objetos de arte colocados en edificios públicos y los expuestos en lugares públicos¹⁴.

Se trata de una enumeración de conceptos que, tal vez, podrían haber sido contenidos en un único género de bienes públicos del Estado. Sin embargo, esto también habría sido discutido ya que los bienes que la enumeración del inciso comprende pueden dividirse en tres grupos, y no todos ellos serían bienes públicos del Estado¹⁵.

Núñez critica esta decisión de Soler, habida cuenta de que de los antecedentes surge que los bienes del primer inciso deben ser también, por lo menos, de uso público.

De acuerdo a la redacción de la ley, se exige la idea de uso público, de manera que la afirmación de Soler es una extensión del tipo, que más obedece a razones de política criminal que al texto de la ley.

En cuanto a los bienes enumerados en segundo lugar, entendemos que se trata de aquellos bienes de uso público. En este sentido, parece tener razón Núñez, en cuanto afirma que se trata de bienes del Estado, públicos, o de particulares, que están entregados al uso público¹⁶.

Se trata de una agravante basada en el respeto a las cosas de uso público, que deben ser respetadas de una manera especial, debido a que todos pueden acceder a ellas, de modo que quien las daña provoca una lesión a la sociedad más que al Estado, y en este punto reside el error de parte de la doctrina que busca que los bienes sean sólo del Estado.

La jurisprudencia es controvertida en cuanto a ciertos casos referidos a esta agravante, por ejemplo, para el caso del daño cometido a un colectivo de pasajeros. “Configura el delito de daño simple (art. 183) y no el agravado previsto en el artículo 184, inciso 5° del Código Penal, el producido en un colectivo de pasajeros, pues si bien cumple un servicio de utilidad pública no es un bien de ‘uso público’ en el sentido de la ley penal; es propiedad privada y su servicio lo presta contractualmente, sin estar a disposición gratuita de quien quiera valerse de ellos”¹⁷.

¹⁴ SOLER, ob. cit., t. IV, ps. 437 y ss.

¹⁵ Cita de FONTÁN BALESTRA, p. 569, contenida en NÚÑEZ, ob. cit., ps. 546/547.

¹⁶ NÚÑEZ, p. 548.

¹⁷ CNCCorr., sala VI, 6-11-92, causa 24.115, “C., J.”

Con respecto a los taxis, se ha afirmado que “El daño que se causa a un taxímetro no configura el delito previsto y reprimido por el artículo 184, inciso 5º del Código Penal, pues si bien ese rodado cumple un servicio de utilidad pública, a través de una autorización que el municipio le otorga, no es un bien de uso público en el sentido de la ley penal, sino de propiedad privada, y los servicios que aquél presta no son precisamente aquellos que por ser gratuitos necesitan de una mayor protección legal. Sólo necesitan protección aquellos que no sólo son de propiedad del Estado sino también los que, por su destino, no pueden gozar de una custodia o resguardo más efectivo”¹⁸.

En la tercera categoría expuesta por Soler entran todos los objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos. Este concepto es más amplio que el de uso público, ya que comprende aquellos edificios que no sean de uso y goce del público en general¹⁹.

La ley agrega las tumbas, creemos que para que no existan dudas sobre el punto.

¹⁸ CNCCorr., sala V, 8-2-95, causa 32.675, “V., F. s/Daño”.

¹⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 549.

CAPÍTULO VIII

DISPOSICIONES GENERALES

SUMARIO: *Excusas absolutorias*. I. Antecedentes. 1. Proyecto del doctor Tejedor. 2. El proyecto Villegas, Ugarriza y García. 3. El proyecto de 1891. 4. Proyecto de 1906. 5. Las excepciones del artículo y la extensión de las mismas. II. El artículo actual. 1. Contenido. 2. Fundamentos de la exención de responsabilidad penal. 3. Excepción a la excepción: los partícipes. 4. Procedencia de la reparación civil.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Artículo 185 del Código Penal: “Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

”1º Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.

”2º El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro.

”3º Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

”La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito”.

I. Antecedentes¹

1. Proyecto del doctor Tejedor

En el proyecto del doctor Tejedor se declaraba exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos,

¹ MORENO, ob. cit., p. 294.

defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1º) a los cónyuges y los ascendientes, descendientes y afines en la misma línea; 2º) al consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro, y 3º) a los hermanos y cuñados si viviesen juntos.

La nota respectiva expresa: “Una idea de moralidad –dice Pacheco–, una idea que se deriva de la buena noción de la familia, de los lazos que la constituyen, de los derechos y deberes que la forman, es la idea que ha presidido en todas las legislaciones cuando se ha conceptualizado lo que dispone nuestro artículo. Entre los cónyuges, entre los ascendientes y descendientes, entre los hermanos y cuñados cuando viven juntos, no se da acción criminal de hurto, de defraudación, ni daño. La ley permite, y no podría menos de permitir entre ellos la civil, pero niega el proceso, niega la posibilidad a la criminal. No hay hurto, no hay daño, no hay defraudación. Habrá derecho a indemnizaciones y a reintegros, pero no a otra cosa. Ni el despojado podrá querrellarse, ni el Ministerio Público podrá acusar, ni el juez podrá proceder de oficio. La legislación romana daba la acción llamada *rerum amotarum* (t. 3, p. 422).

”Según el Código de Baviera las subtracciones cometidas entre esposos, o hermanos y hermanas, padre e hijos, parientes que viven en familia o pupilos en perjuicio de sus tutores, padres adoptivos o institutores, no serán perseguidas judicialmente, ni castigadas sin previa denuncia de la persona robada, o del jefe de la familia en cuyo poder se hallan los culpables (art. 228). Cuando el robo se comete –dice el Comentario Oficial– entre personas a quienes las unen los vínculos de la sangre y otras relaciones de familia, el legislador debe respetar el secreto doméstico hasta que la parte perjudicada se queje a la autoridad”.

2. *El proyecto Villegas, Ugarriza y García*

En el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García la disposición análoga no se encontraba en un capítulo especial referente a varios de los delitos contra la propiedad, sino en el artículo 335 del capítulo sobre estafas. El precepto decía: “Están exentos de responsabilidad criminal, y sujetos únicamente a la civil por las estafas que

recíprocamente se causen, los cónyuges, los ascendientes, descendientes y afines en la misma línea y los hermanos; pero esta dispensa individual no alcanza a las demás personas que hubieran cooperado al delito”.

El Código de 1886 contiene en los artículos 223 y 224 disposiciones iguales a las que trae el Código vigente con el precepto en estudio.

3. *El proyecto de 1891*

El criterio de la ley anterior, mantenido en el Código, fue cambiado en el proyecto de 1891, el que contenía en el Capítulo IX sobre *Disposiciones comunes a los delitos contra la propiedad*, dos artículos: el primero se refería al valor del daño o de la cosa objeto del delito, y el segundo, a una exención de pena especial.

Este último, que es el 225 de ese proyecto, dice: “Quedaré exento de pena el agente de alguno de los delitos previstos en este título, con excepción del robo, la extorsión y la usurpación con violencia en las personas, si antes de iniciarse procedimiento judicial contra él, restituyere espontáneamente el objeto en que se cometió el delito, e indemnizare todos los perjuicios causados, o si, en caso de no ser posible la restitución, resarciere íntegramente al perjudicado”.

La Exposición de Motivos, fundándolo, expresa: “El artículo 225 introduce una disposición enteramente nueva en nuestra legislación y en los proyectos formulados en nuestro país, pero que no es una novedad en la ciencia y en la legislación general; la de que la reparación del daño, en ciertos delitos contra la propiedad en que es posible que sea completa, por tratarse de formas de delincuencia que no causan otra lesión que la del derecho de propiedad, atenúe o exima de pena, mediante algunas otras circunstancias concurrentes a la reparación. A semejanza de lo que ocurre en la retractación de una injuria, en el matrimonio del autor con la víctima en algunos delitos contra la honestidad, si todo el mal puede ser reparado en ciertos delitos contra la propiedad, alguna eficacia debe atribuirse a esta reparación relativamente a la pena. Si la restitución de lo robado es espontánea, si el delincuente la verifica antes de iniciarse procedimiento judicial alguno, debe admitirse que predomina en él un impulso de arrepentimiento

que da indicio de cierta condición honesta en su personalidad, motivo que disminuye considerablemente el interés que la sociedad tendría en la represión. Los temores de repetición del delito desaparecen, porque no se concibe un ladrón que sea tal, sólo para efectuar en seguida la reparación o restitución de lo robado. No tener en consideración alguna el arrepentimiento, la reparación y la restitución, es mantener los rigores de una injusticia implacable, que castiga *quia peccatum*, cualquiera que sea la utilidad social. Directa o indirectamente, casi todas las leyes penales conceden alguna atenuación, cuando no exclusión de pena, al esfuerzo espontáneo por la reparación del mal del delito. Aun el Código Penal ha declarado en el inciso 5° del artículo 83 la circunstancia atenuante de *haber procurado con celo reparar el mal causado o impedir su consumación*. Esto es ya la mitad del camino para llegar a nuestra conclusión. Si el solo hecho de *haber procurado* reparar el mal, lo que admite la posibilidad de que el esfuerzo no haya sido seguido del éxito, causa atenuación, bien que puede llegarse, cuando la reparación es completa, a una exención de pena. Se dirá que se trata de un delito ya consumado, de una acción ilícita y punible ya perfecta, cuya delincuencia no puede desaparecer por la conducta posterior del delincuente, la cual, en el mejor de los casos, sólo podría justificar una disminución de pena. Esta lógica es buena; pero puede ceder ante la mayor conveniencia social. Si el delincuente arrepentido y pronto a reparar el mal, tiene que elegir entre ocultar su delito exponiéndose a una pena mayor y confesarlo con la seguridad de sufrir una pena menor, es posible que opte por lo primero. Preferible será, pues, incitarlo por la seguridad del perdón, que, al fin, traerá mayor bien particular y general; y por eso consignamos en el proyecto la exención de pena”.

4. Proyecto de 1906

El proyecto de 1906 volvió al sistema anterior, y el artículo 202 es igual al que contiene el Código vigente, con el número 185, inspirado en el proyecto del doctor Tejedor.

La Exposición de Motivos no fundamentó los cambios ni dijo nada al respecto.

Tampoco se ocupó del asunto la Exposición de Motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.

5. *Las excepciones del artículo y la extensión de las mismas*

Las disposiciones de nuestro artículo tienen su origen en los Códigos de España y del Perú, donde se contienen en términos análogos y no se extienden a todos los delitos contra la propiedad, sino solamente a los que se enumeran en el artículo del Código en vigor.

Groizard, explicando el alcance del precepto concordante del Código español, dice²: “Entrando en este terreno, la primera cuestión que a nuestro estudio se presenta, es determinar la clase de delitos a que debe alcanzar esta especial irresponsabilidad.

”Nuestra ley la extiende a los de *hurtos, defraudaciones y daños*. La reseña que acabamos de hacer demuestra que el beneficio se aplicó sólo por las legislaciones históricas a las sustracciones. Los códigos contemporáneos no están conformes en este punto; unos concretan la excepción al delito de hurto; otros comprenden en ella, además las defraudaciones, y la mayor parte, concordando con nuestra ley, la llevan a los hurtos, defraudaciones y daños.

”Los de Francia, Austria, Portugal y de los cantones del Valais, Ginebra y Neufchatel, forman el primer grupo; los de Bélgica, Alemania, Méjico, Hungría y de los cantones de Berna, Zurich y el Tesino, el segundo, y constituyen el último los del Perú, Chile, Paraguay, Países Bajos, Guatemala, Uruguay, Italia, Colombia, Honduras y Venezuela.

”Nada tenemos que añadir, en justificación del precepto que prohíbe el ejercicio de la acción penal por el hurto entre determinados parientes, después de cuanto hemos escrito para fundamentar esta opinión, combatiendo a los que sostienen la no concurrencia en esta clase de hechos de todos los elementos característicos de las sustracciones. Pero no podemos menos de decir algo sobre la conveniencia de hacer extensiva la regla a los delitos de fraude, toda vez que, sobre este punto, no existe, como sobre aquel otro, la misma unanimidad de opiniones ni de preceptos legales.

² *El Código español de 1879*, t. VIII, p. 312.

”Los delitos de fraude se compadecen con los de hurto en el propósito que les da vida: el lucro. Los procedimientos de ejecución son diversos, pero desde el punto de vista de la moral y la ley racional, tienen estrechas conexiones. El ladrón se apodera del objeto por medio de la astucia, el estafador se lo hace entregar utilizando el engaño. Las mismas razones que aconsejan cuando el hijo subtrae las cosas del padre, no comience un proceso que hiera e infame a la vez al autor de la acción, al ofendido y a la familia entera, con igual o quizás con mayor apremio requieren se evite el encausar al que, por medios artificiosos, defrauda al autor de sus días abusando de su cariño, de su confianza, de su credulidad y de los medios y ocasiones que le ofrece la vida en común; y claro es que lo que del hijo respecto del padre decimos, tiene perfecta aplicación a las estafas que pudiese el padre causar al hijo o consumir un cónyuge en perjuicio de otro”.

Agrega el mismo autor que no es tan fácil la demostración respecto a los daños, siendo por eso que muchos códigos no han contenido la excepción al respecto.

Puede, así, notarse que la enumeración no ha sido caprichosa, y que no existen omisiones involuntarias sino perfectamente pensadas y acordes con los precedentes legislativos.

Los motivos por los cuales se consigna la excepción en los casos del artículo se basan en la comunidad de hecho que existe entre ciertos parientes; en la falta de alarma social cuando se produce una subtracción entre ellos; en la ausencia de interés en el castigo; en la inconveniencia de dar curso a querellas que pueden reflejar tan sólo conflictos circunstanciales de familia y en los lazos que la constituyen. Estas bases se discuten, aceptándose unas u otras por los diferentes autores.

Se explica que no se comprenda en la exención a los parientes que cometieren robo o extorsión, porque en uno y otro casos existe violencia física o moral, y el individuo que emplea esa clase de armas contra las personas a las cuales les debe especial consideración o respeto revela una peligrosidad mayor que no puede ampararlo para eximirlo sino, por el contrario, para agravar la situación corriente.

II. El artículo actual

1. *Contenido*

Este artículo establece, de modo general para varias disposiciones previas, lo que se denomina una “excusa absolutoria”. De ella se podrán beneficiar los autores de ciertos delitos contra la propiedad –hurto, defraudaciones (comprendida la estafa) y daños– cuando exista cierto vínculo familiar con las respectivas víctimas.

Se da una “excepción a la responsabilidad penal”, pero no a la civil, en los casos claramente enumerados por el artículo. Y la enumeración de las personas beneficiadas con esta excepción es claramente restrictiva.

No desaparece, así, ni la tipicidad de la conducta, ni su antijuridicidad, ni la culpabilidad del autor, sino tan sólo la punibilidad del hecho³.

El artículo actual dice que están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren los siguientes sujetos⁴:

I) *Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta*. Los *cónyuges* deben ser tales en el sentido legal para quedar cubiertos. Y son *cónyuges* aunque no vivan juntos, siempre que no haya una disolución del matrimonio por muerte, declaración de ausencia con presunción de fallecimiento o divorcio.

Los *ascendientes* y *descendientes* son tanto los legítimos como los ilegítimos, pues se trata del vínculo de sangre, y gozan de la excepción aunque no convivan con la víctima.

Con respecto a los *afines en línea recta*, vale aclarar que dicha categoría no incluye los adoptantes y los adoptados.

II) *El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro*. El *consorte viudo* es beneficiario de esta excusa con respecto a los bienes propios o gananciales que eran de propiedad del difunto.

³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 551.

⁴ Ver NÚÑEZ, ob. cit., ps. 552 y ss.

La razón del traspaso a un tercero, en su caso, será indiferente, ya que, de todos modos, se excluirá el beneficio de la exención en tal caso.

III) *Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos*. Los *hermanos* y los *cuñados* sólo gozan de la exención si viven junto con la víctima. Y aquéllos pueden ser bilaterales o unilaterales, así como legítimos o ilegítimos.

Es irrelevante si en el momento mismo del hecho no se encuentran bajo el mismo techo ambas partes. El delito se puede cometer incluso fuera del lugar de cohabitación.

2. *Fundamentos de la exención de responsabilidad penal*

El fundamento de esta excusa absolutoria ha sido objeto de varias teorías⁵.

I) *Teoría de la salvaguardia del decoro familiar*. Principalmente, se ha dicho que a través de ella se intenta *salvaguardar el decoro familiar*. Se prefiere que el hecho delictivo quede impune como tal a que dicho hecho se convierta en público –al ser reprimido– y se llegue a una situación de descrédito no deseada y perjudicial para la institución de la familia.

Todo ello en virtud del vínculo íntimo que une a los sujetos en cuestión y la solidaridad existente.

II) *Teoría de la comunidad doméstica de bienes*. También encontramos la teoría de la *comunidad doméstica de bienes*. Esta doctrina estipula que en una familia existe cierta comunidad en cuanto a los bienes que se poseen, por lo que sería improcedente la persecución penal en referencia a ella.

Se habla de un condominio ideal de bienes, y es ya de antigua data.

III) *Teoría de la ausencia de alarma social*. Por su parte, la doctrina de la *ausencia de alarma social* sostiene que no es imprescindible para la sociedad castigar estas conductas, ya que la seguridad general no se ve afectada y todo queda en un ámbito de intimidad que no necesita castigo.

IV) *Teoría que asigna fundamentos múltiples a esta excusa*. Y,

⁵ Ver MOLINARIO, ob. cit., ps. 550 y ss.

por último, dando validez a todo lo antedicho, encontramos la teoría de los *múltiples fundamentos*, que determina que son todas estas razones las que justifican la no punibilidad de la conducta delictiva en estos casos íntimos.

V. Cualquiera sea el fin que se dé en estos casos, entendemos que se trata de un problema de política criminal. Como bien dice Hassemer, en estos casos existe sin duda un comportamiento típico, antijurídico y culpable, pero el legislador, por razones de política criminal, considera conveniente renunciar a la pena⁶.

3. *Excepción a la excepción: los partícipes*

Ahora bien, aunque la ley exime de responsabilidad penal a todos los autores que encuadren en esta excusa absolutoria, los partícipes en el hecho no corren la misma suerte ya que ellos son absolutamente susceptibles de persecución y sanción penal. Donde no se comparte la causa tampoco se compartirá el efecto.

4. *Procedencia de la reparación civil*

La reparación civil permanece exigible ya que el hecho ilícito en sí no desaparece sino que está vivo. Tan sólo quedan impunes los autores del delito pero el hecho existió. La cosa era ajena, a pesar de las condiciones de los sujetos intervinientes⁷.

Ello lo establece expresamente el legislador, dejando a salvo y viva la acción civil a pesar de la impunidad penal.

⁶ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 301. Véase HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, en donde se hace un análisis pormenorizado del tema.

⁷ CREUS, ob. cit., p. 609. Conf. MOLINARIO, ob. cit., p. 555.

ÍNDICE SUMARIO

TÍTULO VI

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

| | |
|------------------------------------------------------|----|
| I. El bien jurídico protegido..... | 7 |
| 1. Los diversos criterios de patrimonio..... | 10 |
| a) Concepción jurídica..... | 11 |
| b) La concepción económica..... | 12 |
| c) La concepción mixta..... | 13 |
| d) El llamado concepto “personal” de patrimonio..... | 14 |
| II. Diferencia entre los tipos penales..... | 15 |

CAPÍTULO I

HURTO

| | |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| | 17 |
| I. Antecedentes..... | 18 |
| II. Bien jurídico..... | 21 |
| III. Tipo objetivo..... | 23 |
| 1. Acción típica..... | 23 |
| a) Las teorías sobre la acción material constitutiva del hurto..... | 23 |
| 1) Concepto de desapoderamiento en la doctrina argentina..... | 27 |
| 2) Teoría del desapoderamiento..... | 28 |
| 3) Teoría de la disponibilidad..... | 28 |
| b) La acción material constitutiva del hurto..... | 30 |

| | |
|---------------------------------------------|----|
| 2. Ilegitimidad del apoderamiento | 32 |
| 3. Objeto: cosa mueble ajena. | 34 |
| a) El concepto de cosa | 34 |
| b) El concepto de cosa “mueble” | 39 |
| c) La ajenidad de la cosa | 41 |
| IV. Sujetos del tipo penal | 44 |
| 1. Sujeto activo | 44 |
| 2. Sujeto pasivo. | 45 |
| V. Tipo subjetivo. | 45 |
| VI. Antijuridicidad | 46 |
| VII. Consumación y tentativa | 47 |

HURTOS AGRAVADOS

| | |
|--------------------------------------------------------------------|----|
| | 47 |
| I. Antecedentes. | 48 |
| II. Las agravantes en particular | 49 |
| 1. Abigeato, hurto campestre y de cercos. | 50 |
| a) Abigeato | 52 |
| b) Hurto campestre | 55 |
| c) Hurto de alambres o elementos de los cercos | 58 |
| 2. Hurto calamitoso. | 61 |
| a) El tipo subjetivo | 66 |
| 3. Hurto con ganzúa, llave falsa o instrumento semejante | 68 |
| 4. Hurto cometido mediante escalamiento | 74 |
| 5. Hurto de mercaderías en tránsito | 82 |
| 6. Hurto agravado por ser de un automotor. | 85 |
| Jurisprudencia. | 86 |

CAPÍTULO II

ROBO

| | |
|-----------------------------------------------|-----|
| I. El artículo 164 del Código Civil | 99 |
| II. Antecedentes. | 100 |
| III. Bien jurídico objetivo | 101 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| IV. Tipo objetivo | 102 |
| 1. La fuerza en las cosas | 104 |
| 2. Violencia física en las personas | 112 |
| a) Concepto de violencia | 113 |
| b) La intimidación | 118 |
| c) Momento de la violencia | 122 |
| 1) Antes del robo, para facilitarlo: violencia preparatoria | 123 |
| 2) En el acto de cometerlo: violencia concomitante | 124 |
| 3) Después de cometido, para procurar su impunidad | 125 |
| V. Tipo subjetivo | 126 |
| VI. Autoría | 127 |
| VII. Consumación y tentativa | 127 |
| VIII. Concurso con otros delitos | 128 |
| 1. Lesiones | 128 |
| 2. Privación ilegal de la libertad | 129 |

ROBOS AGRAVADOS

| | |
|-----------------------------|-----|
| I. Aspectos generales | 130 |
|-----------------------------|-----|

ROBO AGRAVADO POR HOMICIDIO

| | |
|----------------------------------------------|-----|
| I. Antecedentes | 131 |
| II. Análisis dogmático de la agravante | 132 |
| III. Consumación y tentativa | 151 |

ROBO CON LESIONES

| | |
|-------------------------------------------|-----|
| I. El artículo 166 del Código Penal | 152 |
| II. Antecedentes | 152 |
| III. Análisis de la agravante | 153 |
| IV. Tipo subjetivo | 155 |
| V. Autoría y participación | 155 |
| VI. Consumación y tentativa | 157 |

ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMAS

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Antecedentes | 158 |
| II. El fundamento de la agravante | 159 |
| 1. Concepto de arma | 159 |
| 2. Clasificación | 160 |
| 3. La utilización de las armas | 163 |
| 4. La problemática del arma de fuego falsa, de juguete, inútil o descargada | 166 |
| 5. Autoría y participación | 170 |

ROBO COMETIDO EN DESPOBLADO Y EN BANDA

| | |
|-------------------------------------------------------|-----|
| | 170 |
| I. Antecedentes | 171 |
| II. El despoblado | 171 |
| III. El concepto de banda | 173 |
| 1. Antecedentes | 173 |
| 2. Análisis dogmático del concepto de banda | 174 |
| IV. El artículo 167 del Código Penal | 180 |
| V. Robo en despoblado | 180 |
| VI. Robo en poblado y en banda | 181 |

ROBO CON PERFORACIÓN O FRACTURA

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Antecedentes | 181 |
| II. Análisis de la agravante | 183 |
| 1. El concepto de perforación o fractura | 183 |
| 2. Modos de comisión | 187 |
| 3. Tipo subjetivo | 188 |
| 4. Autoría y participación | 188 |
| 5. Consumación y tentativa | 188 |
| 6. Relación con otras agravantes | 189 |
| 7. Relación con el delito de daño | 189 |
| 8. Agravantes del artículo 167, inciso 4º, en relación con el artículo 163 | 189 |
| Jurisprudencia | 190 |

CAPÍTULO III

EXTORSIÓN

| | |
|----------------------------------|-----|
| I. La extorsión | 205 |
| 1. Bien jurídico protegido | 205 |
| II. Antecedentes | 207 |

LA EXTORSIÓN COMÚN

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Tipo objetivo | 209 |
| 1. La intimidación | 209 |
| a) La intimidación propia | 210 |
| b) La entrega. La imputación objetiva | 212 |
| c) Objetos del delito | 213 |
| d) La intimidación y la violencia | 214 |
| 2. La llamada intimidación engañosa: la simulación de autoridad o falsa orden de ella | 217 |
| II. Tipo subjetivo | 219 |
| III. Consumación y tentativa | 219 |

LA EXTORSIÓN DE DOCUMENTOS DE OBLIGACIÓN O DE CRÉDITO

| | |
|---------------------------------------|-----|
| I. La acción típica | 220 |
| II. Objeto | 222 |
| III. Tipo subjetivo | 223 |
| IV. Consumación y tentativa | 223 |
| V. Confluencia de tipos penales | 223 |

CHANTAJE

| | |
|---------------------------------------|-----|
| I. Antecedentes | 224 |
| II. Bien jurídico protegido | 226 |
| III. Tipo objetivo | 226 |
| 1. Imputaciones contra el honor | 227 |
| 2. Violación de secretos | 228 |
| 3. La lesión patrimonial | 229 |

| | |
|----------------------------------------------|-----|
| IV. Tipo subjetivo..... | 230 |
| V. Consumación y tentativa..... | 231 |
| VI. Relación con otros tipos delictivos..... | 231 |

SECUESTRO EXTORSIVO. RESCATE

| | |
|--------------------------------------|-----|
| | 231 |
| I. Antecedentes..... | 232 |
| II. Bien jurídico protegido..... | 233 |
| III. Tipo objetivo..... | 234 |
| IV. Tipo subjetivo..... | 237 |
| V. Sujetos..... | 238 |
| VI. Consumación y tentativa..... | 238 |
| VII. Concurso con otros delitos..... | 238 |
| VIII. El tipo agravado..... | 239 |

SUSTRACCIÓN DE CADÁVER

| | |
|----------------------------------|-----|
| I. Antecedentes..... | 239 |
| II. Tipo objetivo..... | 241 |
| III. Tipo subjetivo..... | 242 |
| IV. Consumación y tentativa..... | 242 |
| Jurisprudencia..... | 243 |

CAPÍTULO IV

LA ESTAFA

| | |
|-------------------------------------------------|-----|
| | 255 |
| I. Evolución del delito de estafa..... | 256 |
| II. Antecedentes nacionales..... | 259 |
| 1. Anteproyecto o Código Tejedor..... | 259 |
| 2. Proyecto de Villegas, Ugarriza y García..... | 261 |
| 3. Código de 1886..... | 261 |
| 4. Proyecto de 1921..... | 261 |
| 5. Proyectos de 1906 y 1917..... | 262 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| III. Bien jurídico protegido | 262 |
| 1. Concepto jurídico de patrimonio..... | 266 |
| 2. Concepto económico de patrimonio | 267 |
| 3. Concepto mixto o económico-jurídico de patrimonio | 268 |
| 4. El llamado concepto “personal” de patrimonio | 270 |
| IV. La definición de estafa | 271 |
| V. Tipo objetivo | 273 |
| 1. El ardid o engaño..... | 273 |
| a) Criterio limitado | 275 |
| b) Criterio amplio | 278 |
| 2. El silencio y la omisión como forma de estafa..... | 284 |
| 3. El problema de la simple mentira..... | 292 |
| 4. Los engaños implícitos..... | 294 |
| 5. Ejemplos legales de “ardid” o “engaño” | 295 |
| a) Fraudes relativos a la persona del autor..... | 295 |
| b) Fraudes relativos a la capacidad o actividad económica del autor | 296 |
| c) Fraudes relativos a relaciones personales del autor con terceros | 297 |
| d) Fraudes relativos al abuso de una relación personal del autor con la víctima | 298 |
| VI. El error | 299 |
| 1. Engaño a incapaces | 301 |
| 2. El caso del “polizón”..... | 302 |
| 3. La posibilidad de la estafa mediante aparatos mecánicos..... | 304 |
| 4. Estafa en el marco de un negocio jurídico | 307 |
| VII. La relación entre el engaño y el error | 308 |
| 1. La idoneidad en el ardid o engaño..... | 309 |
| 2. Negligencia del engañado | 312 |
| VIII. La disposición patrimonial | 314 |
| IX. La llamada estafa en triángulo (<i>der sogenante Dreiecksbetrug</i>) | 319 |
| X. La estafa procesal | 322 |
| XI. El perjuicio patrimonial..... | 328 |
| 1. La valoración subjetiva | 330 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Debe considerarse perjuicio patrimonial la pérdida de expectativas o ganancias futuras. | 332 |
| 3. Bienes obtenidos ilícitamente | 333 |
| 4. Negocios con causa ilícita | 335 |
| XII. Tipo subjetivo. | 338 |
| XIII. Consumación y tentativa | 340 |

ANÁLISIS DE LOS CASOS DEL ARTÍCULO 173

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Análisis general | 341 |
| II. Defraudación en la substancia, calidad o cantidad de las cosas. | 342 |
| 1. Antecedentes históricos | 342 |
| 2. Bien jurídico protegido | 344 |
| 3. Tipo objetivo. | 344 |
| a) Acción típica. | 344 |
| 4. Tipo subjetivo | 351 |
| 5. Consumación. | 351 |
| III. Retención indebida o la omisión de restituir a su debido tiempo. | 351 |
| 1. Antecedentes históricos | 352 |
| 2. Bien jurídico protegido | 355 |
| 3. Tipo objetivo. | 359 |
| a) Presupuesto del delito | 359 |
| b) Los títulos idóneos para que se tipifique el delito | 363 |
| c) Contrato de depósito | 364 |
| d) La comisión y la administración. | 366 |
| e) Contratos no enumerados. | 367 |
| 4. Acción típica. | 368 |
| a) La discusión doctrinal y jurisprudencial. | 368 |
| b) Objeto material. | 373 |
| c) La negativa a restituir y la no restitución a debido tiempo. | 373 |
| d) El perjuicio | 376 |
| 5. Tipo subjetivo | 376 |
| a) Antijuridicidad | 377 |

| | |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| b) Atribuibilidad | 378 |
| c) Consumación | 378 |
| d) Sujeto activo y sujeto pasivo..... | 379 |
| IV. Defraudación por suscripción de un documento | 380 |
| 1. Antecedentes históricos | 380 |
| 2. Bien jurídico protegido | 380 |
| 3. Tipicidad | 381 |
| a) Tipo objetivo..... | 381 |
| b) Tipo subjetivo..... | 382 |
| 4. Consumación..... | 382 |
| V. Abuso de firma en blanco..... | 383 |
| 1. Antecedentes históricos | 383 |
| 2. Bien jurídico protegido | 384 |
| 3. Tipicidad | 385 |
| a) Tipo objetivo..... | 385 |
| 1) Presupuesto del delito. La firma en blanco | 385 |
| 2) Acción típica. El abuso de firma en blanco..... | 386 |
| 3) El perjuicio | 387 |
| b) Tipo subjetivo..... | 388 |
| 4. Consumación..... | 388 |
| 5. Prueba testimonial del abuso de firma en blanco | 389 |
| VI. Defraudación por sustracción | 390 |
| 1. Antecedentes históricos | 391 |
| 2. Bien jurídico protegido | 392 |
| 3. Tipicidad | 393 |
| a) Tipo objetivo..... | 393 |
| 1) Presupuesto del delito..... | 393 |
| 2) Acción típica..... | 394 |
| 3) Sujeto activo..... | 395 |
| b) Tipo subjetivo | 396 |
| 4. Consumación..... | 396 |
| VII. Otorgamiento de contrato simulado o recibos falsos | 396 |
| 1. Antecedentes | 396 |
| 2. Bien jurídico protegido | 397 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Tipicidad | 397 |
| a) Tipo objetivo. | 397 |
| 1) Acción típica | 398 |
| 2) Sujeto activo | 400 |
| b) Tipo subjetivo. | 400 |
| 4. Consumación. | 400 |
| VIII. Defraudación por deslealtad en el manejo de bienes ajenos: la llamada administración infiel o fraudulenta | 401 |
| 1. Antecedentes históricos | 401 |
| 2. Antecedentes del texto del artículo 173, inciso 7º | 402 |
| 3. La redacción actual del artículo 173, inciso 7º | 404 |
| 4. Bien jurídico protegido | 405 |
| 5. La esencia de la llamada administración fraudulenta | 407 |
| a) Aspectos generales | 407 |
| b) La discusión teórica: el abuso o la infidelidad | 408 |
| 6. Tipicidad | 410 |
| a) Tipo objetivo. | 410 |
| 1) Presupuestos del delito. | 411 |
| 1.1) Las fuentes de la relación con la propiedad ajena | 411 |
| 1.2) Por disposición de la ley | 411 |
| 1.3) Por disposición de la autoridad | 412 |
| 1.4) Por un acto jurídico. | 412 |
| 2) Relación del sujeto activo con los bienes. | 413 |
| 2.1) El manejo | 414 |
| 2.2) La administración | 414 |
| 2.3) El cuidado | 415 |
| 3) El objeto material | 415 |
| 7. La acción típica | 415 |
| a) Defraudación por abuso | 416 |
| b) La infidelidad defraudatoria. | 418 |
| c) Relación entre ambos tipos penales | 420 |
| 8. El perjuicio | 420 |
| 9. El consentimiento. | 421 |
| 10. Sujeto activo y sujeto pasivo. | 421 |
| 11. Tipo subjetivo. | 422 |
| 12. Consumación y tentativa | 424 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| IX. Defraudación por sustitución, ocultación o mutilación de proceso, expediente, documento u otro papel importante..... | 426 |
| 1. Antecedentes históricos | 426 |
| 2. Bien jurídico protegido | 427 |
| 3. Tipicidad | 427 |
| a) Tipo objetivo..... | 427 |
| 1) Objeto de la sustitución, ocultación o mutilación | 427 |
| b) Acción típica..... | 428 |
| 1) Sujetos activo y pasivo | 429 |
| c) Tipo subjetivo..... | 429 |
| 4. Consumación..... | 429 |
| X. Estelionato | 429 |
| 1. Antecedentes | 430 |
| 2. Bien jurídico | 430 |
| 3. Tipo objetivo..... | 430 |
| a) Generalidades | 430 |
| b) Las acciones típicas | 430 |
| c) Objeto | 431 |
| d) El ardid | 432 |
| 4. Tipo subjetivo | 434 |
| 5. Sujetos: autoría | 435 |
| 6. Consumación. Tentativa..... | 435 |
| XI. Defraudación con pretexto de remuneración | 435 |
| 1. Antecedentes históricos | 436 |
| 2. Bien jurídico protegido | 436 |
| 3. Tipicidad | 438 |
| a) Tipo objetivo..... | 438 |
| 1) Acción típica y perjuicio | 438 |
| 2) Sujeto activo | 439 |
| b) Tipo subjetivo..... | 439 |
| 4. Consumación..... | 440 |
| XII. Desbaratamiento de derechos acordados | 440 |
| 1. Antecedentes | 440 |
| 2. Bien jurídico | 443 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Tipicidad | 447 |
| a) Tipo objetivo..... | 447 |
| 1) El verbo “tornar” como núcleo de la figura..... | 447 |
| b) Medios comisivos..... | 448 |
| 1) Actos jurídicos | 449 |
| 2) Actos materiales | 450 |
| 2.1) Ocultar | 450 |
| 2.2) Remover..... | 451 |
| 2.3) Retener..... | 451 |
| 2.4) Dañar | 453 |
| c) Los resultados previstos en la norma | 454 |
| 1) La imposibilidad | 454 |
| 2) La incertidumbre..... | 454 |
| 3) La litigiosidad..... | 457 |
| d) Otras cuestiones sobre el ámbito de protección penal de la figura | 458 |
| 1) Significado de la expresión “bien”..... | 458 |
| 2) Derechos reales y personales..... | 460 |
| 3) Clase de obligaciones tuteladas..... | 462 |
| 3.1) Problemática en torno al boleto de compraventa | 463 |
| 4) Derecho otorgado por un precio o como garantía..... | 467 |
| 4.1) El precio..... | 468 |
| 4.2) La garantía | 468 |
| 5) Sujetos | 469 |
| e) Tipo subjetivo | 471 |
| 4. Participación | 473 |
| 5. Consumación..... | 473 |
| 6. Tentativa | 475 |
| XIII. La defraudación prendaria (decreto-ley 15.348/46) y el desbaratamiento de derechos acordados..... | 475 |
| 1. Introducción | 475 |
| 2. El decreto-ley 15.348/46. Antecedentes | 476 |
| 3. Bien jurídico | 478 |
| 4. La garantía y su protección penal..... | 479 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5. Las disposiciones penales del artículo 44 del decreto-ley | 481 |
| 6. Las disposiciones penales del artículo 45 del decreto-ley | 484 |
| a) El traslado de los bienes | 484 |
| b) El abandono seguido de daño y la acción de deteriorar la cosa prendada. | 486 |
| XIV. El artículo 173, incisos 12, 13 y 14 del Código Penal | 490 |
| 1. Defraudación del titular fiduciario | 491 |
| a) Fideicomiso. Lineamientos. | 491 |
| b) El delito. | 492 |
| c) El bien jurídico tutelado | 493 |
| d) Tipo objetivo. | 493 |
| e) Sujeto activo | 496 |
| f) El sujeto pasivo | 496 |
| g) Tipo subjetivo. | 497 |
| h) Consumación y tentativa | 498 |
| i) Autoría | 498 |
| 2. Defraudación del administrador del fondo común de inversión. | 498 |
| a) Fondo común de inversión. Lineamientos | 498 |
| b) Bien jurídico tutelado. | 499 |
| c) Tipo objetivo. | 500 |
| d) Sujeto activo | 500 |
| e) Sujeto pasivo. | 501 |
| f) Tipo subjetivo. | 501 |
| g) Consumación y tentativa | 502 |
| h) Autoría y participación. | 502 |
| 3. Defraudación del dador de un contrato de leasing. | 502 |
| a) Leasing. Lineamientos | 502 |
| b) Bien jurídico tutelado. | 503 |
| c) Tipo objetivo. | 503 |
| d) Sujeto activo | 503 |
| e) Sujeto pasivo. | 504 |
| f) Tipo subjetivo. | 504 |
| g) Consumación y tentativa | 504 |
| h) Autoría. | 504 |

| | |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| XV. Defraudación en la ejecución extrajudicial de inmuebles..... | 505 |
| 1. Bien jurídico protegido | 505 |
| 2. Tipo objetivo..... | 505 |
| a) La llamada ejecución perjudicial dolosa de la hipoteca ... | 505 |
| b) Omisión de recaudos legales | 506 |
| 3. Sujeto activo | 507 |
| 4. Sujeto pasivo..... | 507 |
| 5. Tipo subjetivo | 508 |
| 6. Consumación y tentativa | 508 |
| 7. Autoría y participación..... | 508 |
| XVI. Defraudación del tenedor de letras hipotecarias | 508 |
| 1. Bien jurídico protegido | 508 |
| 2. Tipo objetivo..... | 509 |
| 3. Sujeto activo | 510 |
| 4. Sujeto pasivo..... | 510 |
| 5. Tipo subjetivo | 510 |
| 6. Consumación y tentativa | 510 |
| 7. Autoría..... | 511 |

DEFRAUDACIONES AGRAVADAS

| | |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| | 511 |
| I. Defraudación de seguro o préstamo a la gruesa | 512 |
| 1. Antecedentes históricos | 512 |
| 2. Bien jurídico protegido | 513 |
| 3. Tipo objetivo..... | 513 |
| a) Las acciones típicas | 513 |
| b) Presupuesto del tipo. El seguro o el préstamo a la gruesa..... | 514 |
| 4. Tipo subjetivo | 515 |
| 5. Sujetos..... | 516 |
| a) Sujeto activo | 516 |
| b) Sujeto pasivo..... | 517 |
| 6. Consumación..... | 517 |
| 7. Tentativa | 520 |
| 8. Distinción con otras figuras..... | 520 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. Circunvención de incapaces | 520 |
| 1. Antecedentes históricos | 521 |
| 2. Bien jurídico tutelado..... | 523 |
| 3. Tipo objetivo..... | 523 |
| a) El problema del abuso | 523 |
| b) El abuso como elemento del tipo de injusto, y su relación a otros abusos de los delitos de este título | 525 |
| c) La discutida existencia del ardid en el tipo de injusto del artículo 174, inciso 2° | 526 |
| 1) Teorías que requieren engaño y error en la víctima ... | 526 |
| 2) Teorías que prescinden del error en el sujeto pasivo .. | 527 |
| 3) El ardid y el abuso..... | 528 |
| d) El abuso y la necesidad, las pasiones y la inexperiencia del menor o del incapaz..... | 529 |
| 1) La necesidad | 529 |
| 2) Las pasiones | 530 |
| 3) La inexperiencia | 530 |
| e) La firma del documento..... | 531 |
| f) El daño al menor o a otro..... | 533 |
| g) El problema en cuanto a la nulidad del acto..... | 534 |
| h) Sujetos..... | 536 |
| 1) Sujeto activo | 536 |
| 2) Sujeto pasivo..... | 536 |
| 2.1) Menores | 536 |
| 2.2) Incapaces | 537 |
| 4. Tipo subjetivo..... | 538 |
| 5. Consumación..... | 540 |
| 6. Tentativa | 540 |
| III. Defraudación por uso de pesas o medidas falsas..... | 541 |
| 1. Antecedentes..... | 541 |
| 2. Bien jurídico tutelado..... | 541 |
| 3. Tipo objetivo. Acción típica | 541 |
| 4. Sujetos. Sujeto activo..... | 542 |
| 5. Tipo subjetivo..... | 543 |
| 6. Consumación..... | 544 |

| | |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| IV. Fraude con materiales de construcción | 544 |
| 1. Antecedentes históricos | 544 |
| 2. Bien jurídico protegido | 545 |
| 3. Tipo objetivo..... | 546 |
| a) Acción típica..... | 546 |
| 4. Sujetos | 548 |
| a) Sujeto activo..... | 548 |
| b) Sujeto pasivo..... | 549 |
| 5. Tipo subjetivo..... | 549 |
| 6. Consumación y tentativa | 549 |
| V. Fraude en perjuicio de la administración pública | 550 |
| 1. Antecedentes históricos | 550 |
| 2. Tipo objetivo. Acción típica | 552 |
| 3. Sujetos..... | 557 |
| a) Sujeto activo..... | 557 |
| b) Sujeto pasivo..... | 557 |
| 4. Tipo subjetivo..... | 558 |
| 5. Consumación..... | 558 |
| 6. Tentativa | 559 |
| 7. Fraude fiscal..... | 559 |

DEFRAUDACIONES ATENUADAS

| | |
|----------------------------------------------------------|-----|
| | 560 |
| Caracterización general | 561 |
| I. Apropiación de cosa perdida o de tesoro..... | 561 |
| 1. Antecedentes..... | 561 |
| 2. Bien jurídico protegido. Ubicación metodológica | 561 |
| 3. Tipo objetivo..... | 562 |
| a) Cosa perdida..... | 562 |
| b) Tesoro | 564 |
| 4. Acción típica..... | 565 |
| 5. Sujetos activo y pasivo | 566 |
| 6. Tipo subjetivo..... | 566 |
| 7. Consumación y tentativa | 567 |
| 8. Similitudes y diferencias con el hurto | 567 |
| Jurisprudencia | 569 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. Apropriación de cosa habida por error o caso fortuito | 586 |
| 1. Antecedentes | 586 |
| 2. Bien jurídico protegido | 586 |
| 3. Tipo objetivo | 586 |
| a) Objeto del delito | 586 |
| b) Acción típica | 587 |
| c) El error | 587 |
| d) Caso fortuito | 589 |
| 4. Tipo subjetivo | 590 |
| 5. Consumación y tentativa | 591 |
| 6. Diferencias de la apropiación de cosa habida por error o caso fortuito (art. 175, inc. 2º, Cód. Pen.) con otros delitos | 592 |
| a) Diferencias con la apropiación de cosa perdida (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.) | 592 |
| b) Diferencias con el hurto simple (art. 162, Cód. Pen.) | 592 |
| c) Diferencias con el hurto calamitoso (art. 163, inc. 2º, Cód. Pen.) | 593 |
| Jurisprudencia | 593 |
| III. Efectivización ilegal de la prenda | 596 |
| 1. Denominaciones del delito | 596 |
| 2. Antecedentes legales | 596 |
| 3. Bien jurídico protegido | 597 |
| 4. Tipo objetivo | 598 |
| a) Presupuestos del delito | 598 |
| b) Prenda | 599 |
| 1) Las “formalidades legales” | 600 |
| c) Acción típica | 601 |
| 5. Sujetos activo y pasivo | 602 |
| 6. Tipo subjetivo | 602 |
| 7. Consumación y tentativa | 602 |
| 8. Comparación entre la efectivización ilegal de la prenda (art. 175, inc. 3º, Cód. Pen.) y la defraudación por retención indebida (art. 173, inc. 2º, Cód. Pen.) | 603 |
| IV. Desnaturalización del cheque | 604 |
| 1. Antecedentes y finalidad | 604 |
| 2. Bien jurídico protegido | 606 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Tipo objetivo..... | 608 |
| a) Nociones generales..... | 608 |
| b) Presupuestos del delito..... | 609 |
| c) Acciones típicas..... | 609 |
| d) El cheque..... | 610 |
| e) Cheque o giro. Tipos de cheques..... | 610 |
| f) La función del cheque como documento de crédito o garantía..... | 613 |
| g) Cheque o giro “de fecha posterior” o “en blanco”..... | 614 |
| 4. Sujetos activo y pasivo..... | 615 |
| 5. Tipo subjetivo..... | 615 |
| 6. Consumación y tentativa..... | 616 |
| 7. Desnaturalización del cheque (art. 175, inc. 4º, Cód. Pen.) y libramiento de cheque sin provisión de fondos (art. 302, inc. 1º, Cód. Pen.)..... | 617 |
| Jurisprudencia..... | 618 |

CAPÍTULO IV BIS

USURA

| | |
|-------------------------------------------------|-----|
| I. Antecedentes..... | 629 |
| II. Consideraciones previas..... | 632 |
| III. Bien jurídico protegido..... | 634 |
| IV. Tipo objetivo..... | 635 |
| 1. Usura propiamente dicha..... | 635 |
| a) Aspectos generales..... | 635 |
| b) La desproporción de las prestaciones..... | 636 |
| 1) Intereses usurarios..... | 637 |
| 2) Ventajas pecuniarias..... | 637 |
| 3) Garantías extorsivas..... | 638 |
| c) La situación de debilidad de la víctima..... | 638 |
| 1) La necesidad..... | 639 |
| 2) Ligereza..... | 639 |
| 3) Inexperiencia..... | 640 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| d) El autor y el aprovechamiento de la situación de la víctima | 641 |
| e) La desproporción | 642 |
| 2. Negociación de crédito usurario | 642 |
| 3. Agravantes | 643 |
| V. Tipo subjetivo | 644 |
| VI. Consumación y tentativa | 645 |

CAPÍTULO V

QUEBRADOS Y OTROS DEUDORES PUNIBLES

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Aspectos generales de la insolvencia en la ley penal argentina. Análisis con el Derecho Comparado | 647 |
| II. Problemas constitucionales | 650 |
| III. Antecedentes | 651 |
| IV. Bien jurídico protegido | 652 |
| V. Análisis dogmático de los tipos penales de la quiebra | 657 |

LA QUIEBRA FRAUDULENTA

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Problemas de autoría | 659 |
| II. Tipo objetivo | 662 |
| 1. Conductas punibles | 662 |
| a) El inciso 1º: “Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas” | 664 |
| b) Inciso 2º: “No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa” | 665 |
| c) Inciso 3º: “Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor” | 669 |
| III. Tipo subjetivo | 671 |
| IV. Consumación. Tentativa | 671 |
| V. Prescripción | 673 |
| VI. Unidad del delito | 673 |

LA LLAMADA QUIEBRA CULPABLE

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Antecedentes..... | 674 |
| II. Tipo objetivo | 674 |
| 1. La estructura del tipo..... | 674 |
| 2. Las acciones que provocan la quiebra | 675 |
| a) Los llamados actos de insolvencia | 676 |
| 1) Gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de familia | 676 |
| 2) Especulaciones ruinosas | 677 |
| 3) Juego | 678 |
| 4) Abandono de negocio..... | 678 |
| 5) Cualquier acto de imprudencia o negligencia | 679 |
| 3. El perjuicio a los acreedores | 679 |
| III. Consumación | 680 |

RESPONSABILIDAD POR LA QUIEBRA DE UNA SOCIEDAD O PERSONA JURÍDICA

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| | 680 |
| I. Antecedentes..... | 681 |
| II. Análisis de la disposición | 682 |
| 1. Aspectos generales | 682 |
| 2. Tipo objetivo..... | 684 |
| 3. Personas jurídicas comprendidas | 684 |
| 4. La cooperación en liquidación sin quiebra de entidades financieras | 685 |

CONCURSO CIVIL FRAUDULENTO

| | |
|-------------------------|-----|
| I. Antecedentes..... | 687 |
| II. Tipo objetivo | 687 |

LA COLUSIÓN

| | |
|----------------------|-----|
| | 690 |
| I. Antecedentes..... | 691 |

| | |
|----------------------------------------------|-----|
| II. Análisis preliminar..... | 691 |
| III. La connivencia dolosa del acreedor..... | 692 |
| 1. Tipo objetivo..... | 692 |
| 2. Momento de la consumación..... | 693 |
| 3. Tipo subjetivo..... | 693 |
| 4. Autoría..... | 693 |
| IV. La connivencia dolosa del deudor..... | 694 |
| 1. Tipo objetivo..... | 694 |
| 2. Momento de la consumación..... | 694 |
| 3. Tipo subjetivo..... | 694 |
| 4. Autoría y participación..... | 695 |

EL DELITO DE INSOLVENCIA FRAUDULENTA

| | |
|---------------------------------------------|-----|
| I. Antecedentes..... | 695 |
| II. Bien jurídico protegido..... | 697 |
| III. Tipo objetivo..... | 699 |
| 1. La acción típica..... | 699 |
| 2. La obligación civil..... | 700 |
| 3. El problema del curso de un proceso..... | 700 |
| 4. La sentencia..... | 702 |
| 5. La cuestión prejudicial..... | 704 |
| 6. Medios comisivos..... | 704 |
| 7. La imputación objetiva..... | 705 |
| IV. Tipo subjetivo..... | 706 |
| V. Consumación y tentativa..... | 706 |
| VI. Problemas de autoría..... | 706 |
| Jurisprudencia..... | 707 |

CAPÍTULO VI

USURPACIÓN

USURPACIÓN DE INMUEBLES

| | |
|-------|-----|
| | 725 |
|-------|-----|

| | |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Antecedentes legislativos | 726 |
| 1. El código de 1886 y sus antecedentes | 726 |
| 2. Proyectos posteriores | 727 |
| 3. Fundamentos dados en el proyecto de 1906 | 729 |
| II. Las distintas formas de usurpación en la ley argentina | 729 |
| III. Usurpación mediante el llamado despojo. | 729 |
| 1. Bien jurídico protegido | 730 |
| 2. El bien inmueble | 732 |
| 3. Tipicidad | 733 |
| a) Tipo objetivo. | 733 |
| 1) Despojo | 733 |
| 2) Medios. | 735 |
| 2.1) La violencia | 735 |
| 2.2) Amenazas | 736 |
| 2.3) Engaño | 737 |
| 2.4) Abusos de confianza | 737 |
| 2.5) Clandestinidad | 738 |
| 3) Objeto del delito. | 739 |
| 4) El caso del encargado de edificio | 740 |
| b) Tipo subjetivo. | 741 |
| 4. Antijuridicidad | 742 |
| 5. Consumación y tentativa | 743 |
| IV. Turbación de la posesión. | 743 |
| 1. Bien jurídico protegido | 743 |
| 2. Tipicidad | 744 |
| a) Tipo objetivo. | 744 |
| b) Tipo subjetivo. | 746 |
| 3. Antijuridicidad | 746 |
| 4. Consumación y tentativa | 746 |
| V. Destrucción o alteración de términos o límites. | 746 |
| 1. Bien jurídico protegido | 746 |
| 2. Tipicidad | 747 |
| a) Tipo objetivo. | 747 |
| b) Tipo subjetivo. | 749 |
| 3. Consumación y tentativa | 749 |

USURPACIÓN DE AGUAS

| | |
|-----------------------------------------------------------------|-----|
| | 749 |
| I. Antecedentes legislativos..... | 750 |
| II. Bien jurídico protegido..... | 750 |
| III. Tipicidad..... | 751 |
| IV. Sustracción de agua..... | 751 |
| 1. Tipo objetivo..... | 751 |
| 2. Tipo subjetivo..... | 752 |
| V. Estorbo del ejercicio de derechos ajenos sobre el agua..... | 753 |
| 1. Tipo objetivo..... | 753 |
| 2. Tipo subjetivo..... | 754 |
| VI. Interrupción de un curso de agua..... | 754 |
| 1. Tipo objetivo..... | 754 |
| 2. Tipo subjetivo..... | 755 |
| VII. Usurpación de un derecho referente a un curso de agua..... | 755 |
| 1. Tipo objetivo..... | 755 |
| 2. Tipo subjetivo..... | 756 |
| VIII. Agravantes..... | 756 |
| 1. Tipo objetivo..... | 756 |
| 2. Tipo subjetivo..... | 756 |
| IX. Consumación y tentativa..... | 757 |

CAPÍTULO VII

DAÑOS

| | |
|---------------------------------|-----|
| I. Antecedentes..... | 759 |
| II. El tipo básico..... | 759 |
| 1. El texto..... | 759 |
| 2. Bien jurídico..... | 759 |
| 3. Objeto material..... | 760 |
| 4. Modos comisivos..... | 760 |
| 5. Tipo subjetivo..... | 761 |
| 6. Consumación y tentativa..... | 762 |
| III. Los tipos agravados..... | 762 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| IV. Agravamiento por el fin del autor | 762 |
| V. Agravamiento por el medio y el objeto | 763 |
| VI. Empleo de sustancias venenosas o corrosivas para causarlo | 764 |
| VII. Comisión del delito en despoblado y en banda | 764 |
| VIII. Agravamiento por el objeto | 764 |

CAPÍTULO VIII

DISPOSICIONES GENERALES

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

| | |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Antecedentes | 767 |
| 1. Proyecto del doctor Tejedor | 767 |
| 2. El proyecto Villegas, Ugarriza y García | 768 |
| 3. El proyecto de 1891 | 769 |
| 4. Proyecto de 1906 | 770 |
| 5. Las excepciones del artículo y la extensión de las mismas ... | 771 |
| II. El artículo actual | 773 |
| 1. Contenido | 773 |
| 2. Fundamentos de la exención de responsabilidad penal | 774 |
| 3. Excepción a la excepción: los partícipes | 775 |
| 4. Procedencia de la reparación civil | 775 |