

---

FERNANDO BOSCH

# El delito de estafa de seguro

---

Provocación del siniestro por el asegurado o un tercero. Incendio o destrucción de la cosa asegurada. — Reclamo ilegítimo al asegurador. — Diferentes fraudes en el seguro. Estafa simple. Simulación del siniestro. Falsificación de documentos. Falsa denuncia. Pluralidad de seguros sobre un mismo bien. Engaño omisivo. — El delito de retención de primas por parte del productor de seguros.

*Criterios doctrinales. Legislación aplicable. Reseña jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Cámaras Nacionales y Provinciales*



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA / EDITOR

©

Copyright by

**EDITORIAL HAMMURABI SRL**

Talcahuano 481 - 4º piso.

1013 Buenos Aires.

República Argentina.

Tel.: 382-3586.

Fax: (54-1) 382-4745.

Impreso en setiembre de 1995

en los talleres gráficos

"SEGUNDA EDICION"

Gral. Fructuoso Rivera 1066

Buenos Aires

República Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723.

Derechos reservados.

Prohibida su reproducción

total o parcial.

Impreso en Argentina

**Printed in Argentina**

**ISBN 950-891-023-2** *rústica*

FERNANDO BOSCH

## **EL DELITO DE ESTAFA DE SEGURO**

---

Provocación del siniestro por el asegurado o un tercero. Incendio o destrucción de la cosa asegurada. — Reclamo ilegítimo al asegurador. — Diferentes fraudes en el seguro. Estafa simple. Simulación del siniestro. Falsificación de documentos. Falsa denuncia. Pluralidad de seguros sobre un mismo bien. Engaño omisivo. — El delito de retención de primas por parte del productor de seguros.

---

*Criterios doctrinales. Legislación aplicable. Reseña jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Cámaras Nacionales y Provinciales.*



**hammurabi**

JOSE LUIS DEPALMA / EDITOR



*A mis padres*



## PALABRAS PREVIAS

---

El mercado asegurador en la República Argentina ha venido experimentando un constante y sostenido crecimiento que se ha acentuado en los últimos años, con expectativas futuras de mayor desarrollo, y con ello ha aumentado en igual medida la importancia cuali-cuantitativa de las relaciones de seguros en el funcionamiento de la economía nacional, a la par que en su interacción con las economías que conforman el Mercosur.

Este desarrollo, aunado a una creciente globalización, se ha visto acompañado de un resurgimiento de la siempre presente criminalidad en el ámbito de los seguros, que no sólo pone en peligro a todos aquellos —asegurados, aseguradores, reaseguradores, productores, etc.—, que aparecen vinculados de una u otra manera a la actividad, sino que pone en jaque al sistema asegurador en su conjunto.

La literatura jurídica de nuestro país ha permanecido al margen de este movimiento. Pese a que las relaciones comerciales y de tráfico patrimonial se vuelven día a día más complejas, y por ende lo mismo sucede con las relaciones de seguros, tanto en el ámbito nacional como en el transnacional, no ha surgido bibliografía específica sobre la materia. Esta falta de orientación dogmática encuentra su paralelo en la escasísima jurisprudencia originada en nuestros tribunales, situación que contrasta notablemente con la experiencia cotidiana de los operadores del

sistema, que sugiere que la llamada “cifra negra” de la criminalidad es aquí de gran peso relativo.

El trabajo que se presenta intenta dar cuenta mínimamente de esta problemática, sin dejar de advertir que el campo de los fraudes en materia de seguros por parte de los distintos actores intervinientes y en sus múltiples facetas, conforma un objeto de estudio prácticamente inabordable.

El cuerpo central del trabajo lo constituye la figura de la “estafa de seguro” del art. 174, inc. 1° del Código Penal argentino, que ocupa los ocho primeros capítulos. La investigación bibliográfica llevada a cabo ha permitido repasar la totalidad de lo que se ha escrito en el país sobre la materia e incorporar toda la jurisprudencia existente. Algunos desarrollos propios intentan esbozar una solución interpretativa a los múltiples y complejos problemas que plantea la particular estructura de esta figura, sobre todo, en punto a su naturaleza jurídica, el momento consumativo del delito, y su concurrencia con otras figuras penales. Se ofrece también al lector un panorama comparativo de la legislación hispanoamericana y de los sistemas jurídicos más representativos.

El capítulo noveno realiza un somero repaso de las modalidades más frecuentes de estafa simple en el ámbito de los seguros y de su tratamiento jurisprudencial, en la inteligencia de conformar una herramienta útil para los profesionales que transitan la actividad asegurativa. En él se tratan los supuestos más frecuentes de estafa y falsa denuncia del siniestro, estafa y falsificación de documentación tendiente a aumentar fraudulentamente el valor de los bienes asegurados o simular la existencia de mayor cantidad de ellos, y una hipótesis de engaño omisivo mediante pluralidad de seguros contratados sobre un mismo interés asegurable.

El último capítulo aborda el caso de los productores, agentes y otros intermediarios que no entregan en debido tiempo al asegurador las primas percibidas. La figura, contemplada en el art. 60 de la ley 20.091, no ha recibido *ningún tratamiento doctrinario*. Su *prácticamente nula* difusión ha sido seguramente causa de que no exista tampoco aplicación jurisprudencial de ella, pese a su indudable vigencia. No es que la conducta que describe no se realice, sino que, en los escasísimos precedentes encontrados se ha recurrido a su tipificación conforme a figuras genéricas tales como la administración fraudulenta o la retención indebida en lugar de aplicarse la figura específica.

Finalmente, debo agradecer el inestimable aporte del doctor Miguel del Castillo, Magistrado ejemplar, en la discusión y crítica de los problemas planteados, y a la doctora Claudina Morgulis, su atenta lectura y corrección de los manuscritos y su constante apoyo al proyecto.

EL AUTOR



## INDICE GENERAL

<i>Palabras previas</i> .....	9
-------------------------------	---

### CAPITULO I

#### **TRADICION LEGISLATIVA**

§ 1. Denominación .....	21
§ 2. Antecedentes .....	22
§ 3. El Proyecto Soler.....	24

### CAPITULO II

#### **EL TEXTO LEGAL**

§ 4. Introducción. Ubicación sistemática .....	29
§ 5. Los intereses jurídicos protegidos .....	30
a) La propiedad como bien jurídicamente protegido .	30
b) Otros intereses jurídicos protegidos por la figura .	33
§ 6. Naturaleza .....	36
a) Estado de la cuestión.....	36
b) Nuestra postura .....	40
§ 7. Gravedad de la pena y sus fundamentos .....	43
§ 8. La figura en el Derecho comparado.....	47

### CAPITULO III

#### **SUJETOS DEL DELITO**

§ 9. Sujeto activo.....	51
a) Siniestro provocado por el asegurado .....	52

b) Siniestro provocado por un tercero .....	53
§ 10. Sujeto pasivo .....	56
§ 11. Participación del sujeto pasivo en el proceso .....	56
a) Examen de las actuaciones judiciales .....	57
b) La constitución como parte en el proceso .....	58
1. Querellante .....	58
2. Actor civil .....	59

#### CAPITULO IV

##### **EL TIPO OBJETIVO**

§ 12. Introducción .....	63
§ 13. Acciones típicas .....	64
§ 14. Magnitud del siniestro sobre el objeto .....	65
§ 15. El objeto .....	67
a) La "cosa asegurada" y el concepto de seguro .....	67
b) La nave .....	69
c) El contrato de préstamo a la gruesa .....	70
d) La carga o flete .....	72

#### CAPITULO V

##### **CONSUMACION**

§ 16. Introducción .....	79
§ 17. El estado de la cuestión .....	80
a) La posición mayoritaria .....	80
b) La posición minoritaria .....	84
c) La tesis de Bacigalupo .....	85
d) Nuestra opinión .....	87
e) Jurisprudencia .....	90
§ 18. El perjuicio .....	92
§ 19. La tentativa .....	95

#### CAPITULO VI

##### **EL TIPO SUBJETIVO**

§ 20. El dolo .....	101
§ 21. El elemento subjetivo distinto del dolo .....	103

§ 22. Comisión del delito por un tercero .....	104
§ 23. Lo ilegal.....	105
§ 24. El error.....	107
§ 25. Casos particulares .....	108
a) El error “in objecto” .....	108
b) Ausencia del elemento subjetivo especial.....	109
c) Inidoneidad del objeto y de los medios utilizados..	109
d) La echazón y la avería gruesa.....	110

## CAPITULO VII

**CONCURSO**

§ 26. Introducción y marco teórico .....	115
§ 27. Concurrencia con la estafa (art. 172, Cód. Penal).....	117
§ 28. Con los delitos contra la seguridad común.....	120

## CAPITULO VIII

**LA FIGURA****EN OTROS CODIGOS AMERICANOS**

§ 29. Brasil.....	127
§ 30. Venezuela.....	128
§ 31. Bolivia .....	129
§ 32. Uruguay .....	131
§ 33. Paraguay.....	132
§ 34. Colombia .....	132
§ 35. Perú.....	133
§ 36. Costa Rica .....	134
§ 37. Panamá .....	134
§ 38. Guatemala .....	135
§ 39. El Salvador .....	135
§ 40. Nicaragua .....	136
§ 41. México .....	136
§ 42. Honduras .....	137
§ 43. Ecuador .....	138
§ 44. Chile.....	138

## CAPITULO IX

**LA ESTAFA (ART. 172, COD. PENAL)****EN LOS SEGUROS**

§ 45. Introducción.....	143
§ 46. Diferencias con la “estafa de seguro” .....	144
a) En el tipo objetivo.....	144
1. Acciones típicas.....	144
2. Objeto .....	145
3. Consumación.....	146
4. Elemento normativo .....	147
b) En el aspecto subjetivo.....	148
§ 47. Algunos casos particulares de estafa en los seguros y la jurisprudencia.....	149
a) Estafa y falsa denuncia.....	149
b) Estafa y falsificación de documento.....	153
c) Pluralidad de seguros: un caso de “engaño omisivo” .....	155

## CAPITULO X

**EL DELITO DE OMISION DE****ENTREGA DE PRIMAS**

§ 48. Introducción.....	163
§ 49. El bien jurídico.....	164
§ 50. Naturaleza .....	166
§ 51. Sujetos del delito.....	167
a) Sujeto activo .....	167
b) Sujeto pasivo .....	169
§ 52. El tipo objetivo en el delito propio de omisión.....	169
a) Estructura .....	169
b) La situación típica generadora del deber de obrar	170
1. El tiempo debido.....	171
2. El concepto de prima .....	172
c) La no realización de la acción mandada por la norma .....	173
d) La posibilidad fáctica de realización de la acción mandada.....	173
§ 53. El tipo subjetivo en el delito propio de omisión.....	174
§ 54. Consumación .....	175

INDICE GENERAL	17
----------------	----

---

§ 55. El perjuicio .....	176
§ 56. La pena de inhabilitación .....	176
§ 57. Conclusión .....	178

#### **APENDICE DE JURISPRUDENCIA**

Fallos de Segunda Instancia y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	179
a) Estafa de seguro (art. 174, inc. 1º, Cód. Penal) .....	179
b) Estafa simple (art. 172, Cód. Penal) .....	182
c) Omisión de entrega de primas (art. 60, ley 20.091).....	185
 <i>Bibliografía general</i> .....	 187



CAPITULO I

---

## TRADICION LEGISLATIVA



## § 1. DENOMINACION

La figura de la que se ocupa el presente trabajo reconoce ajeño cuño y ha sido llamada en forma predominante “estafa de seguro” por la doctrina nacional<sup>1</sup>. La misma denominación es la usual entre los autores alemanes<sup>2</sup> e italianos<sup>3</sup>, concordancia que se explica por la influencia que han ejercido ambas legislaciones sobre nuestro precepto, y también el Derecho comparado.

Pese a su general acogida, la designación no resulta muy acertada. Es, por un lado, parcial, ya que hace referencia solamente a un sector de las conductas reprochadas —aquellas que se desarrollan en el ámbito de un vínculo

<sup>1</sup> No la denominan así, Núñez, “Defraudación de seguros o de préstamo a la gruesa”, en *Manual de derecho penal*, 2ª ed., p. 251; Varela, “Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 128; Laje Anaya, “Defraudación de seguro”, comentario a fallo en *JA*, 1988-III-602.

<sup>2</sup> “En el léxico alemán lleva el nombre de ‘estafa de seguro’ (*Versicherungsbetrug*)”, refiere Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, 2ª ed., t. II, p. 758.

“Así la denominan los alemanes Liszt - Schmidt - Ebermayer - Loebe - Rosenberg”, citados por Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 324.

<sup>3</sup> Ver Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, t. VIII.

asegurativo—, y deja de lado aquellos casos que pueden tener lugar mediante la celebración de un contrato de préstamo a la gruesa. Por otro lado genera confusión respecto de la naturaleza jurídica de esta figura, pues induce *a priori* la suposición de que nos encontramos frente a un verdadero tipo de estafa, punto éste por demás controvertido y sobre el cual damos una opinión discrepante en el Cap. II. No obstante ello, la amplia difusión que ha tenido esa denominación desde antiguo, tanto en el Derecho nacional como en el extranjero, hace que se la reconozca universalmente con esa nomenclatura. Por esa razón, la seguiremos utilizando en este trabajo, con las reservas formuladas.

## § 2. ANTECEDENTES

Es necesario remontarse hasta 1891 para encontrar la primera referencia a esta disposición en nuestro Derecho. En aquel año, los redactores del Proyecto de Código Penal para la República Argentina, doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, la incorporaron en el art. 209, inc. 1°.

Al referirse a esta inclusión, en la Exposición de Motivos, los autores expresaban: “El número 1 incluye un caso que tomamos de algunos códigos extranjeros, no previsto en el Código Penal; el del que para procurar a sí mismo o a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruir 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”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, de los doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo.

Se citaban como fuentes del artículo el Código italiano —de 1889—, art. 414<sup>5</sup>; el Código holandés, art. 328; el Código húngaro, art. 382, y el Código alemán, art. 265<sup>6</sup>, si bien, como señala Núñez, no fue tomado a la letra de ninguno de ellos<sup>7</sup>.

Su consagración legislativa tiene lugar al reformarse el Código de 1886 mediante la sanción de la ley 4189 que lo incluyó en su art. 23, inc. 15, en estos términos: “el que para procurar a sí mismo o a otro un beneficio ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiase o destrozase una cosa asegurada o una nave asegurada, o cuya carga y flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa”.

La disposición se mantuvo en sucesivos proyectos que la acogieron en similares términos. Así, el Proyecto de 1906, en su art. 189, inc. 1º, y el Proyecto Coll - Gómez, de

<sup>5</sup> El art. 414 del Código italiano decía: “Chiunque, a fine di conseguire per se o per altri il prezzo di una assicurazione da infortunii o altro indebito profitto, distrugge, disperde o deteriora con qualsiasi mezzo cose proprie, e punito con la reclusione sino ad un anno; e, se consegua l'intento, si applicano le disposizioni dell'articolo precedente (el que a fin de conseguir para sí o para otro el precio de un seguro contra infortunios u otro provecho indebido, destruye, dispersa o deteriora con cualquier medio cosas propias, será castigado con reclusión hasta un año; y si consigue el intento se aplicarán las disposiciones del artículo precedente)” (Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 101).

<sup>6</sup> El § 265 del Código alemán contemplaba esta figura como un “crimen”, en estos términos: “El que con intención fraudulenta pone fuego a una cosa asegurada contra el peligro de incendio o hace hundir o encallar un buque que está asegurado como tal o en su cargamento o flete, será castigado con reclusión hasta diez años y, a la vez, con pena pecuniaria. Si existen circunstancias atenuantes, se impondrá pena de prisión no inferior a seis meses, junto a la cual podrá imponerse pena pecuniaria” (Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 103, quien agrega que el párrafo no sufrió, desde 1871, modificación alguna).

<sup>7</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 388.

1937, en su art. 228, inc. 5°. Finalmente, llega a su redacción actual en la que se advierte la modificación de los términos “beneficio” por “provecho” y “destrozare” por “destruyere”, si bien la interpretación que reconocen los nuevos términos es idéntica a la de los anteriores, tanto desde el punto de vista jurídico como en su común acepción.

### § 3. *EL PROYECTO SOLER*

El Proyecto de Sebastián Soler de 1960 trata la figura en su art. 217, apartándose de la redacción tradicional<sup>8</sup>.

En esta norma, se advierte una reformulación del elemento subjetivo del tipo legal al exigirse como propósito el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal. Se mantiene como acción típica la de destruir, y se suprime la de incendiar que resulta absorbida por la anterior, a la vez que se incluye la de dañar, como forma parcial de destrucción, y la de hacer desaparecer, no contemplada hasta entonces.

Se establece un agravamiento de la escala penal aplicable a la figura para el caso de que el agente logre su propósito, siguiendo la orientación del Código italiano, según el cual, el hecho es castigado con reclusión hasta un año, y si se consigue el objeto, con la pena de la estafa.

<sup>8</sup> “Estafa de seguro, art. 217: el que con el propósito de lograr para sí mismo o para otro el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal, destruyere, dañare o hiciere desaparecer una cosa asegurada, será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con multa de treinta a cien días. Si lograre su propósito, la pena será de dos a seis años de prisión y multa no menor de sesenta días. Iguales penas se aplicarán al asegurado que con el mismo fin se produjere una lesión o agravare las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio”.

Se incorpora, además, la figura de la autolesión del asegurado, y el agravamiento de las lesiones producidas por un infortunio, conductas que devienen punibles al ejecutarse con el propósito indicado en la figura.

Estas hipótesis, como así también la de ocultación de la cosa asegurada, reconocen su origen en el texto del art. 642 del nuevo Código italiano, que reformara el de 1889<sup>9</sup>, y que, en esta materia, ha dejado ver su influencia en numerosas legislaciones americanas.

<sup>9</sup> “El correspondiente art. 642 del Código en vigor, traducido al castellano, dice así: ‘El que a fin de conseguir para sí o para otro el precio de un seguro contra infortunios, destruye, dispersa, deteriora u oculta cosas de su propiedad, será castigado con reclusión de seis meses a tres años y con multa hasta diez mil liras. Sufrirá la misma pena el que con el fin antedicho ocasiona a sí mismo una lesión personal o agrava las consecuencias de la lesión personal producida por el infortunio. Si el culpable consiguiera el intento, la pena se aumentará. Las disposiciones de este artículo se aplicarán aun si el hecho es cometido en el extranjero, en daño de un asegurador italiano, que ejercita su industria en el territorio del Estado; pero el delito es punible por querrela de la persona ofendida’ ” (Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 101).

Respecto de la hipótesis de autolesión, señala Manzini, al comentar la nueva norma que “la industria de los infortunios falsos o exagerados se había vuelto verdaderamente alarmante (y aún no deja de serlo: 269 condenas en 1934; 345 en 1935), tanto más que cooperaban en ella muchos profesionales especializados” (Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, t. IX, primera parte, cit. por Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 102).



CAPITULO II

---

EL TEXTO LEGAL



#### § 4. INTRODUCCION. UBICACION SISTEMATICA

La estafa de seguro aparece tipificada en el art. 174, inc. 1º del Cód. Penal, en los siguientes términos: *“Sufrirá prisión de dos a seis años: 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...”*.

Ha sido legislada dentro del Título VI, Libro II, que agrupa a los delitos contra la propiedad, en el Cap. IV denominado “Estafas y otras defraudaciones”, y ostenta la escala penal más gravosa del capítulo. Teniendo en cuenta estas circunstancias, veremos ahora algunas cuestiones que resultan previas al análisis de la estructura del tipo legal. Ellas conciernen a la identificación de los intereses jurídicos protegidos por la norma; a la naturaleza jurídica que la ciencia penal le otorga a esta figura y los problemas que ello encierra, a la vez que expondremos nuestra posición al respecto; a las posibles razones que puedan sustentar la cuantía de la pena fijada para el delito y, por último, a la ubicación que ha recibido la norma en otros sistemas jurídicos.

## § 5. INTERESES JURIDICOS PROTEGIDOS

### a) *La propiedad como bien jurídicamente protegido*

En primer término, debemos decir que la doctrina actual considera al bien jurídico protegido como una "...síntesis conceptual integrada por tres componentes: bien (como necesidad social), interés (o juicio de relación social que une al bien jurídico un objeto con derecho a la tutela) y valor (juicio regulador del bien jurídico o cristalizador legal de una necesidad histórica)...", a la par que le otorga la entidad de "concepto rector, metatípico, módulo de interpretación, vigente siempre merced al juicio de valor que lo integra y vivifica"<sup>1</sup>, por lo que su importancia trasciende la mera indicación de los bienes sobre los que recae la protección penal.

El término "propiedad" utilizado para designar el bien jurídico tutelado penalmente en el Tit. VI, Libro II del Cód. Penal, no ha sido aceptado pacíficamente por la doctrina nacional<sup>2</sup> desde su primera inclusión en el Código de 1887, y ha recibido a lo largo del tiempo distintas conceptualizaciones.

Fue cuestionado por lo restringido de su alcance, arguyéndose que no comprende la totalidad de las figuras agrupadas bajo ese acápite, por ejemplo aquellas que suponen un ataque a la posesión o a la tenencia, a ciertos derechos personales —como los créditos—, y los casos en que es la cosa propia la que, utilizada en forma ilícita, produce consecuencias en el patrimonio ajeno.

<sup>1</sup> Ambas citas de Bergel - Baigún, *El fraude en la administración societaria*, p. 121.

<sup>2</sup> Lo critican: Gómez, *Tratado de derecho penal*, t. IV, p. 7 y ss., y Molinario, *Derecho penal*, p. 432.

Se propuso en su reemplazo la denominación de “patrimonio” concebida según los términos de los arts. 2311 y 2312 del Cód. Civil, consagrada por algunas legislaciones extranjeras y adoptada en nuestro país por los Proyectos Coll-Gómez y Peco. Sin embargo, esta nomenclatura fue también objetada por exceder en su amplitud la especificidad propia de la tutela penal<sup>3</sup>, por lo que en el Proyecto de 1960 se vuelve a la fórmula original.

La cuestión fue resuelta al admitirse que el concepto de propiedad aquí referido no puede tomarse en el sentido civilístico que lo utiliza con un significado idéntico al del dominio definido por el art. 2506 del Cód. Civil<sup>4</sup>. A partir de allí, se fue consolidando la idea de que la propiedad penalmente protegida está constituida por una relación jurídica particular que media entre la persona y un objeto apreciable pecuniariamente, en virtud de la cual aquélla puede invocar una pertenencia particular respecto del objeto<sup>5</sup>. Así, quedan comprendidas las cosas, los derechos reales —tenencia, posesión, dominio y otros—, los derechos personales, los créditos, y los derechos en expectativa reconocida legalmente.

Este es, por otra parte, el concepto de propiedad que dimana del art. 17 de la Constitución Nacional<sup>6</sup>, jerárquicamente superior en la estructura normativa, y comprensivo de las particularidades que presenta su aplicación en

<sup>3</sup> “Puede impugnarse como teóricamente inconveniente por exceso, porque dada la abstracción de su concepto, dentro de él deben considerarse contenidos no sólo los bienes y las cosas sino también las deudas” (Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 150).

<sup>4</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 149.

<sup>5</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 165.

<sup>6</sup> En contra, Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 146, nota 6: “No puede identificarse la propiedad como derecho constitucionalmente garantizado y la propiedad como bien protegido penalmente”.

las legislaciones civil y penal. Su alcance fue precisado por la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a lo largo de numerosos antecedentes jurisprudenciales, sosteniendo que: “Las palabras propiedad y libertad, comprensivas de toda la vida social y política son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”<sup>7</sup>.

Cuando referimos el concepto de propiedad a la órbita de nuestro sistema penal y lo objetivamos como “bien jurídico”, su afectación ocurre toda vez que la conducta delictiva lesiona el patrimonio en su faz activa, esto es, produciendo una modificación en su ecuación interna activo-pasivo que tiene como resultado una disminución directa (extinguendo o menguando créditos) o indirecta (creando o aumentando deudas) en su composición. Se ataca así el derecho del sujeto de que no sea alterado su estado patrimonial sin intervención de su voluntad o en forma arbitraria<sup>8</sup> o, como también se ha dicho, la lesión delictiva aparece cuando se produce una disminución o mengua en el derecho de pertenencia tanto en su tramo potencial como en el resultado efectivo<sup>9</sup>.

Esta afectación del derecho o relación de pertenencia en su tramo potencial es la típica de la estafa de seguro, que ha sido caracterizada como un delito de daño potencial a la propiedad ajena referido al derecho del asegurador y del dador a la gruesa a no pagar la prima y a no perder la

<sup>7</sup> CSJN-Fallos, 145: 307.

<sup>8</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, ps. 150-151.

<sup>9</sup> Baigún - Bergel, *El fraude en la administración societaria*, p. 120.

suma prestada, respectivamente, por la producción fraudulenta del siniestro<sup>10</sup>. La propiedad, en tanto bien jurídico, es susceptible de ser afectada en un sentido penalmente relevante, tanto en la forma de una lesión como de su puesta en peligro, dependiendo ello de la modalidad utilizada por el legislador para diseñar la protección dispensada en el tipo penal correspondiente. En la descripción típica de la figura que nos convoca, no aparece como requisito —y por ende no es necesaria—, la producción de una lesión efectiva de la propiedad de la víctima, resultando suficiente para excitar la reacción penal, la creación de la situación que genera el peligro para el bien jurídico protegido. Constituye, en consecuencia, un delito de peligro, y éste resultará condición necesaria para la configuración del ilícito.

b) *Otros intereses jurídicos protegidos por la figura*

La circunstancia de que la estafa de seguro aparezca incluida en los delitos contra la propiedad ha conducido tradicionalmente a considerar que ésta constituye su único objeto de protección, con lo que la inclusión de este punto resultaría injustificada. Sin embargo, no creemos que ello sea así. Por el contrario, del propio texto legal surgen indicios que obligan a profundizar el análisis a fin de responder a la cuestión de si existen otros intereses jurídicos, más allá de la propiedad individualmente considerada, cuya tutela el legislador ha querido plasmar en la norma.

<sup>10</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 389; “Basta que la posibilidad del daño exista” (Gómez, *Tratado de derecho penal*, t. IV, p. 296); “En el caso del seguro, es evidente que la ley no requiere más que un perjuicio potencial” (Creus, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, p. 519).

El análisis metajurídico de esta disposición permite advertir que si bien este delito ataca directamente al patrimonio individual del asegurador, prolonga sus efectos indirectamente a todo el universo de los asegurados, pues, al modificarse artificialmente los índices de siniestralidad, se altera la hipótesis estadística sobre cuya base se calcula el valor del riesgo asegurado, y como consecuencia de ello, se opera un aumento generalizado del valor de las primas o se reducen algunos beneficios establecidos en favor de los asegurados, lo que, en definitiva, genera un aumento del costo general del seguro. Se produce, de este modo, una cierta afectación del conjunto del sistema asegurador y de la función aseguradora que, como mecanismo solidario de reparto de riesgos, contribuye al desarrollo económico.

Desde esta perspectiva más amplia, parece imponerse la idea de que el legislador ha procurado extender la protección a otros intereses de contenido supraindividual referidos al correcto funcionamiento de la actividad asegurativa, intereses que aparecen objetivados en esta norma penal específica, exorbitada de los supuestos de los arts. 172 y 173 del Cód. Penal y que ostenta una escala penal más gravosa que la correspondiente a aquellas figuras. La tutela penal comprende, de esta manera, dos facetas de un mismo fenómeno, resguardando no sólo el amplio sector de la economía formado por los usuarios del sistema asegurador, sino también a este último en cuanto constituye un instrumento relevante de la vida económica.

La doctrina nacional guarda silencio sobre esta cuestión y sólo toma en cuenta a la propiedad como objeto de protección de este delito. Solamente Finzi alude tangencialmente al tema, y respecto de la norma correspondiente del Código Penal alemán, al rescatar una sentencia del Tribunal del Reich citada por Schonke-Schroder que ex-

presa que “esta disposición quiere combatir el peculiar peligro... que significa la estafa de seguro para el sano desarrollo del seguro contra incendio, el cual sirve, en especial medida, a la utilidad general”<sup>11</sup>.

También en el Derecho italiano, inspirador del nuestro en esta materia, Maggiore había ya detectado la presencia de otros intereses tenidos en mira por el legislador cuando observaba: “El objeto de esta acriminación es la necesidad de preservar de hechos criminosos que tienen las características de una estafa, la función aseguradora, tan importante para la economía nacional”<sup>12</sup>.

En la misma línea, un sector de la doctrina española actual ha relevado otros intereses, además del patrimonio individual, protegidos por el nuevo precepto contenido en la agravante cuarta del art. 529 del Cód. Penal español, introducido por la Ley Orgánica 8, del 25 de junio de 1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal<sup>13</sup>. Sobre esa norma escribe Bajo Fernández: “El bien jurídico protegido no es exclusivamente el patrimonio individual del sujeto, en cuanto puede producir perjuicio en el orden económico en la medida en que supone también un daño que revierte sobre la generalidad de la masa de asegurados bajo la fórmula de encarecimiento de las primas de seguro”<sup>14</sup>. Coincide con ello Bustos·Ramírez al decir que: “...la de-

<sup>11</sup> Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 103.

<sup>12</sup> Maggiore, *Derecho penal. Parte especial*, t. V, p. 145.

<sup>13</sup> El art. 529 del Cód. Penal español dice: “*Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior...*”, y la agravante cuarta dice: “*Se produzca destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero*”.

<sup>14</sup> Bajo Fernández, *Manual de derecho penal. Parte especial*, vol. II, “Delitos patrimoniales y económicos”, p. 201.

fraudación a la compañía aseguradora repercute sobre 'la masa nacional de asegurados en forma de aumento de primas, reducción en el reparto de beneficios, reducción en garantías por elevado índice de siniestralidad, etc.' ..."<sup>15</sup>.

## § 6. NATURALEZA

### a) *Estado de la cuestión*

La categorización de esta especie delictiva ha originado dudas y controversias tanto en la doctrina nacional como en la extranjera. Aparece, además, legislada de las más diversas formas. Así, la contemplan específicamente los Derechos italiano, alemán, holandés, húngaro (fuentes del texto nacional), entre otros, mientras que, por ejemplo, el Código español carecía de una figura especial y se ocupaba del supuesto al tratar las figuras del incendio, hasta que, en 1983, se introdujo la norma específica.

Los autores discrepan a la hora de considerar a la figura como un tipo de estafa, defraudación, daño o como un

<sup>15</sup> Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, p. 199. Sin embargo, el autor se muestra crítico sobre este precepto y considera que la agravante carece de fundamento, y agrega: "Pareciera que se persigue una idea preventivo general muy específica, que por su extremada concreción pierde todo sentido" (p. 200). La crítica es compartida por otros autores españoles, como Gutiérrez Francés, que observa: "Pero el precepto... contiene decisiones político criminales difíciles de explicar desde la perspectiva constitucional de un estado protector de los más débiles; así, por ejemplo, el trato privilegiado que reciben las compañías de seguros frente a los asegurados, siendo así que unos y otros pudieran ser sujetos activos o víctimas en el seno de las relaciones de seguros", y agrega: "...dispensa una protección privilegiada a quien parte, en la relación de seguro, en situación de ventaja y con una manifiesta posición de superioridad: el asegurador" (Gutiérrez Francés, *Fraude informático y estafa*, p. 249).

delito independiente. Mezger, comentando el precepto alemán, lo considera como un delito independiente y, precisamente, de acuerdo con su esencia interna, una acción preparatoria de la estafa<sup>16</sup> y cita en sentido similar a Frank. En la misma línea opina Finzi, quien lo trata como un hecho punible independiente y no como un caso agravado de la estafa<sup>17</sup>.

Soler afirma que, por sus características y por su penalidad, la doctrina generalmente no considera a este hecho como una estafa, sino como un delito *sui generis*<sup>18</sup> y proclama la autonomía de la figura respecto de la estafa afirmando que la ley atiende a la pura destrucción de la cosa, y que se trata de la simple destrucción de la cosa propia con fin de lucro. Sin embargo, más adelante recurre a los elementos de la figura de la estafa al considerar que la simulación del siniestro constituye un caso de ardid especialmente definido y calificado, y además, alcanzado por la ley penal en un momento anterior al que ordinariamente se fija como consumativo de la estafa<sup>19</sup>. Vázquez Iruzubieta, en cambio, lo considera como una forma especial de estafa que se distingue de las demás en cuanto protege los derechos de dos clases de comerciantes: los aseguradores y los dadores a la gruesa<sup>20</sup>.

Varela entiende que la configuración de esta acción delictiva importa una defraudación y luego agrega que: "el hecho delictuoso definido por la disposición constituye, por su resultado, una defraudación lograda por medio de

<sup>16</sup> Mezger, *Derecho penal. Parte especial*, p. 263.

<sup>17</sup> Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 103.

<sup>18</sup> Frank, § 265, I; Liszt - Schmidt, § 140, III, citados por Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 326.

<sup>19</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 326.

<sup>20</sup> Vázquez Iruzubieta, *Código Penal comentado*, p. 379.

ardid o engaño (estafa) y agravada en su penalidad por la calidad de los bienes jurídicos protegidos y del medio empleado para consumarla”<sup>21</sup>. También Núñez considera a la figura como una defraudación<sup>22</sup>, y, en el mismo sentido, Creus la define como una defraudación por fraude en la cual éste se determina en un ardid especialmente definido por medio del cual el agente procura inducir en error al sujeto pasivo para que le pague lo no debido<sup>23</sup>.

La elección de alguno de los puntos de vista referidos producirá consecuencias en el análisis posterior de este delito, principalmente, en lo que se refiere al momento consumativo, consecuencias de las que más adelante nos ocuparemos. Por otro lado, determinar si nos encontramos frente a una estafa o a una defraudación, según Bacigalupo<sup>24</sup>, no es una cuestión de mera terminología, debido fundamentalmente a los diferentes papeles que desempeñan el engaño y el abuso de confianza en ambas categorías. Para este autor, “la estafa de seguro es 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”<sup>25</sup>.

Lo cierto es que las particularidades con las que aparece concebida la figura no permiten un fácil encuadre en alguna de las categorías que proporciona la ciencia penal. En efecto, si bien aparece incluida en las “Estafas y otras defraudaciones”, intentar catalogarla como una estafa

<sup>21</sup> Varela, “Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 129.

<sup>22</sup> Núñez, *Manual de derecho penal*, p. 251.

<sup>23</sup> Creus, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, p. 517.

<sup>24</sup> Bacigalupo, *Estafa de seguro; retención indebida*, p. 15.

<sup>25</sup> Bacigalupo, *Estafa de seguro; retención indebida*, p. 30.

obligaría a redefinir el concepto del ardid y la función del engaño, sobre todo en la hipótesis de comisión del delito por un tercero desvinculado del asegurado. A más de ello, habrá que desentrañar cuál es el papel de la víctima, papel que si bien resulta nítido en la estafa simple, que ha sido considerada como un delito de “doble voluntad”<sup>26</sup>, se desdibuja en la llamada estafa de seguro dado que el delito se consuma, según la opinión mayoritaria, con la sola destrucción o incendio de la cosa asegurada con la finalidad requerida, es decir, sin participación alguna de la víctima, y adelantándose el momento consumativo respecto de la figura básica.

Vista, en cambio, como una defraudación, habrá que establecer la existencia de una relación de confianza anterior que luego resultó aprovechada en forma fraudulenta. Sin embargo, no puede decirse, en este caso, que entre las partes que conforman el vínculo asegurativo exista una relación de confianza de esta índole, esto es, una relación específica que vaya más allá de la buena fe que debe regir en el cumplimiento de las obligaciones emergentes de los contratos. La relación de confianza de la que hablamos no puede consistir en “un deber general de que no se cometerá una estafa en los términos del art. 172, pues de otra manera, toda estafa sería también defraudación”<sup>27</sup>.

En ambos supuestos, además, resulta condición ineludible el perjuicio patrimonial efectivo del sujeto pasivo, lo

<sup>26</sup> “Es de doble voluntad, por cuanto el sujeto activo inicia el *iter criminis* mediante una acción engañosa que provoca una actividad del sujeto pasivo sin la cual no cabría el delito. Esa actividad del último sujeto de la relación jurídica se materializa a través de un elemento subjetivo que es el error y el desplazamiento del objeto al patrimonio del sujeto activo, que en otras palabras se llama disposición patrimonial” (Rojas Pellerano, *El delito de estafa y otras defraudaciones*, t. I, p. 21).

<sup>27</sup> Bacigalupo, *Estafa de seguro; retención indebida*, p. 18.

que no ocurre con la especie del art. 174, inc. 1º, que sólo requiere un perjuicio potencial.

Por último, una interpretación que sostuviera que la figura contempla, un delito de daño que, de una manera especial, recaería sobre las cosas propias, debería explicar no sólo el por qué de su inclusión en las estafas y otras defraudaciones, sino también las contradicciones axiológicas que pusiera de manifiesto Bacigalupo en su trabajo ya citado.

Expuestos así los múltiples problemas que se generan a la par de los diversos criterios mediante los cuales la doctrina ha buscado zanjar esta importante cuestión, intentaremos en el siguiente párrafo echar alguna luz sobre el origen del problema y su posible solución, dejando formulada la advertencia de que la postura que se adopte al respecto influirá directamente sobre otras no menos relevantes cuestiones cuales son la fijación del momento consumativo del delito y la confluencia con otras figuras, temas que serán objeto de un posterior tratamiento.

#### b) *Nuestra postura*

La primera impresión que registra el lector de la norma en análisis es, como adelantamos, que ésta no encaja en la estructura que la ciencia penal ha reconocido tradicionalmente en las defraudaciones, cuya especie más importante es la estafa. Los inconvenientes apuntados anteriormente relativos al concepto de ardid, la función del engaño, el papel de la víctima, la confianza previa, el momento consumativo y el perjuicio patrimonial, resultan insalvables y nos mueven a abandonar esta senda que ha sido transitada por la doctrina con escasos resultados. Nos empuja a ello, además, entender que por encima de las categorías que la ciencia penal construye de manera analítica con el

fin de segmentar su objeto de estudio, se eleva soberano el texto de la ley, y si éste no encuadra en aquellas categorías habrán de elaborarse, mal que nos pese, otras nuevas, pero nunca violentarse la letra de la ley para darle cabida en estructuras conocidas, pues esto desnaturaliza la función hermenéutica y, al derivar en soluciones que se alejan del texto legal, pone en crisis el principio de legalidad.

Por nuestra parte, entendemos que la figura del art. 174, inc. 1º del Cód. Penal no constituye un daño, ni una defraudación ni una estafa. Tampoco guarda la relación propia de un tipo agravado respecto de un tipo básico, es decir, no es una forma agravada de la estafa. Se trata, en definitiva, de una figura autónoma, un delito independiente que, en tren de buscar afinidades, presenta la característica singular de aparecer tipificando conductas que, en relación con la figura de la estafa, constituyen actos meramente preparatorios. Dicho de otro modo, de no existir esta figura específica, las acciones típicas de incendio y destrucción que ella reprime quedarían impunes, pues no alcanzarían el umbral de la tentativa en la estructura típica del art. 172 del Cód. Penal, lo que recién ocurriría al formularse el reclamo indemnizatorio.

Nuestro punto de vista se apoya, en primer lugar, en la citada incapacidad de las categorías de la estafa y la defraudación para acoger la compleja y particular estructura de esta norma. Pero, además, es menester señalar que la introducción que precede a los cinco incisos del art. 174 no contiene referencia alguna a esas categorías, por lo que de lo literal del texto, no puede deducirse que todos los supuestos contemplados correspondan necesariamente a formas defraudatorias agravadas, a diferencia de lo que ocurre en el Código Penal español, (el art. 529 comienza diciendo: “Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior...”), en donde la situación es

más clara. Resulta sintomático, en este sentido, el hecho de que en aquellos incisos que responden a la estructura del fraude, el legislador haya utilizado en el texto expresiones que no dejan lugar a dudas sobre ello, tales como: “*El que defraudare...*” (inc. 3°); “*...un acto fraudulento...*” (inc. 4°); “*El que cometiere fraude...*” (inc. 5°). Sin embargo, omite toda referencia a ello en los dos primeros incisos, que presentan estructuras distintas.

La consecuencia más importante que origina la solución propuesta es que se desliga a la figura del art. 174, inc. 1°, de los requisitos exigidos a aquellos delitos que responden a la sistemática de la estafa-defraudación, y así, no será necesario el despliegue de un ardid, el engaño de la víctima o la existencia de una especial relación de confianza previa, ni tampoco el perjuicio patrimonial efectivo, elementos todos éstos ausentes del texto en análisis. Con ello, se simplifica la interpretación, eliminándose la mayoría de los problemas expuestos, y se respeta la redacción de la norma.

Podría objetarse ciertamente que esta solución desconoce lo escrito por el legislador en tanto habría designado, en el Cap. IV del Tít. VI, como “Estafas y otras defraudaciones”, conductas que no son ni lo uno ni lo otro (Bacigalupo). Pero la observación pierde fuerza al comprobarse que dentro del capítulo en cuestión existen otras figuras cuya inclusión en las categorías de la estafa y la defraudación es muy dudosa. Tal lo que ocurre, por ejemplo, con el delito de desnaturalización de cheque (art. 175, inc. 4°), o la apropiación de una cosa ajena en cuya tenencia se hubiere entrado a consecuencia de un caso fortuito (art. 175, inc. 2°). Tampoco la figura de la circunvención de incapaz (art. 174, inc. 2°) respeta fielmente el esquema, pues se configura sin engaño alguno y sin la producción de un perjuicio patrimonial efectivo.

Con esta línea argumental, nos acercamos a la interpretación sustentada por un sector de la doctrina alemana, que no consideraba al art. 265 una figura de estafa, sino un delito independiente<sup>28</sup>, o un delito *sui generis*<sup>29</sup>. La opinión de los autores alemanes resulta significativa, pues el art. 265, al exigir la "intención fraudulenta", pareciera guardar una relación más próxima con la estafa que la que es posible hallar en nuestra figura, en la cual, al omitirse toda referencia al fraude, se pierde por completo la vinculación.

En nuestro país, Soler siguió parcialmente esta línea al comenzar su exposición otorgando sentido autónomo a la figura, pero su pensamiento resulta contradicho a renglón seguido, pues termina construyendo el delito de acuerdo con la estructura de la estafa, con lo que se pierde la pretendida autonomía y resurgen los problemas ya vistos.

### § 7. GRAVEDAD DE LA PENA Y SUS FUNDAMENTOS

Las conductas tipificadas en los distintos incisos agrupados en el art. 174 del Cód. Penal han sido conminadas por el legislador con la pena más grave del capítulo. Supera la escala penal fijada para la estafa y las defraudaciones de los arts. 172 y 173 respectivamente, pues si bien todas ellas tienen una pena máxima de seis años de prisión, el art. 174 presenta en su mínimo un sensible incremento (dos años de prisión) respecto de las restantes (un mes de prisión).

<sup>28</sup> Mezger, *Derecho penal. Parte especial*, p. 263. En el mismo sentido, sobre el precepto alemán, Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 103.

<sup>29</sup> Frank, § 265, I; Liszt - Schmidt, § 140, III, citados por Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 325.

Para indagar sobre las razones de esta mayor pena, debemos recurrir una vez más a la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891 que introdujo el tipo. En ella se dice que: “El art. 209 del Proyecto enumera los casos particulares que merecen alguna agravación de la pena en razón de la entidad del daño que se puede causar con el delito o de la menor defensa que puede oponerse a éste”.

Estas razones han sido justamente criticadas, pues la doctrina no ha dejado de advertir que las circunstancias referidas no resultan aplicables a la totalidad de los incisos contenidos en el artículo.

En lo que respecta al inc. 1º, es claro que el argumento relativo a la cantidad del daño que se puede causar no constituye fundamento alguno ya que si el incendio provocado asume el carácter de fuego peligroso propio del estrago<sup>30</sup>, la conducta produce la afectación de otro bien jurídico y entran entonces también en juego las figuras correspondientes a los delitos contra la seguridad común, del Título VII, que prescriben penas más graves, salvo para las formas culposas.

El criterio referido a la menor defensa oponible, en cambio, encuentra apoyatura en la forma en que ha sido concebido el tipo legal teniendo en cuenta que la situación en que se hallan, por lo común, los objetos asegurados puede facilitar la tarea del agente y abrir mayores posibilidades a la disimulación<sup>31</sup>. Piénsese que en los casos en que sea el propio asegurado el sujeto activo del delito, aquél se encontrará en posesión del bien asegurado y verá

<sup>30</sup> Ver, Carrera, *Estrago*, en “Cuadernos del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba”, n° 116.

<sup>31</sup> Creus, *Derecho penal. Parte especial*, p. 516.

allanado el camino para la eventual producción fraudulenta del siniestro, sin posibilidad alguna de control o defensa por parte del asegurador.

En este sentido, al explicar la regla del art. 70 de la Ley de Seguros, que libera al asegurador si el tomador o beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave, explica Halperín: “el fundamento de la liberación del asegurador radica en la mayor protección que debe pres-társele contra la actuación del asegurado que, al eliminar el riesgo afecta la médula misma del contrato”<sup>32</sup>.

También se sostuvo como fundamento de la agravante, la calidad de los bienes jurídicos protegidos y el medio empleado para consumar el delito<sup>33</sup>.

El primer argumento sólo puede tener sentido si se acepta que, además de la “propiedad” que se encuentra protegida por la normativa que desarrolla todo el Título VI del Libro II del Código Penal, el art. 174, inc. 1° tiene por finalidad político-criminal u objeto específico mediato la protección de la función aseguradora, cuya tutela interesa de manera especial a la ley por cuanto la institución del seguro contribuye esencialmente al normal desarrollo de la economía y del tráfico patrimonial, convirtiéndose, por ello, en un interés de contenido macrosocial merecedor de tutela penal.

Respecto del medio empleado para consumar el delito, como estudiaremos en su momento, está dado aquí por el incendio o la destrucción del bien asegurado, en definitiva, por la producción de un daño sobre la cosa. Y sobre es-

<sup>32</sup> Halperín, *Seguros*, 2ª ed., t. II, p. 857.

<sup>33</sup> Varela, “Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 129.

ta idea parece coincidir Bacigalupo cuando sostiene que la mayor punibilidad de la figura es indicación precisa de que tiene que haber un mayor contenido de injusto, y que éste aparece dado por la concurrencia de los elementos del tipo de estafa que deberán sumarse al daño tendiente al engaño del asegurador o dador a la gruesa respecto de la realidad del siniestro<sup>34</sup>.

Encontramos cierta razón en esta última línea argumental, pues sostener como único criterio válido de agravación la menor defensa que puede oponerse al accionar ilícito llevaría a concluir que el legislador, con la redacción que le ha dado a la figura, ha seleccionado arbitrariamente algunas modalidades delictivas para calificarlas con una mayor pena y ha omitido, sin razón que lo justifique, otras modalidades en las que esa circunstancia opera de igual modo, por ejemplo, cuando se hace desaparecer el objeto asegurado.

Esa omisión, de todas maneras criticable, adquiere algún sentido desde este enfoque, pues puede válidamente sostenerse que la conducta del que incendia o destruye con el propósito requerido por el tipo legal, conlleva un mayor contenido de injusto que la del que solamente hace desaparecer, de acuerdo con la sistemática del art. 41, inc. 1º del Cód. Penal, que establece como criterio de cuantificación del injusto "*la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla*". Estos son, en definitiva, "indicadores del grado de afectación del bien jurídico tutelado, es decir, del grado de injusto, que en la terminología legal es la 'naturaleza de la acción'"<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Bacigalupo, *Estafa de seguro; retención indebida*, p. 29.

<sup>35</sup> Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. V, p. 296.

Sin perjuicio de lo dicho, en nuestra opinión, el mayor contenido de injusto de la figura no responde tanto a la modalidad de comisión legislada sino a la circunstancia de que la violación de la norma no sólo afecta al bien jurídico propiedad individualmente considerado, sino también a otros intereses jurídicos de contenido macrosocial referidos a la protección de la función aseguradora, y sobre los cuales hemos expuesto ya en este capítulo.

### § 8. *LA FIGURA EN EL DERECHO COMPARADO*

Un repaso de la legislación penal extranjera nos permite afirmar la existencia de dos sistemas que, desde distintas concepciones, intentan reprimir las conductas de que aquí nos ocupamos.

El primero de ellos es el que sigue nuestro Código y los que han sido citados en el Cap. I como fuentes de aquél; sus principales referentes son el Código Penal italiano<sup>36</sup> y la norma penal alemana<sup>37</sup>. Este sistema ubica la conducta dentro de los delitos contra la propiedad o el patrimonio, preferentemente, y con las discrepancias que luego veremos, en los acápite destinados a las estafas o defraudaciones. Es seguido por numerosos códigos latinoamericanos inspirados en la misma fuente.

Del otro lado, y con las especificidades propias de cada legislación, se regula el supuesto entre los delitos llamados entre nosotros de “peligro común”, generalmente, en el capítulo referido a los incendios.

<sup>36</sup> Ver texto en notas 5 y 9, Cap. I.

<sup>37</sup> Ver texto en nota 6, Cap. I.

Ejemplo típico de este modelo lo constituía el sistema español vigente hasta 1983, año en que se incorpora una figura específica, y que fuera inspirador, a su vez, de algunas legislaciones latinoamericanas. El art. 556 del Cód. Penal español establece: “El incendiario de bienes propios será castigado con la pena de presidio menor si tuviere propósito de defraudar o perjudicar a otro, hubiere causado defraudación o perjuicio, o existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno”.

Juzgamos preferible, con las reservas que se formularán en los capítulos que siguen, el primer sistema mencionado, pues resulta indudable que nos encontramos frente a una tipicidad que tiende a proteger la propiedad, por lo que su inclusión en los delitos de peligro común complica, sin razón, su estructura introduciendo elementos extraños que, a su vez, crean problemas de difícil solución en materia concursal. Por este motivo, la modalidad de acción incendiaria del art. 556 ha sido criticada por la doctrina española señalando que “figura de tan heterogénea y aun caótica estructura, en que se barajan inconsideradamente valores e intereses tan diversos como son los patrimoniales de la defraudación y los de riesgo genérico aludidos en la circunstancia de propagación, hacen sumamente cuestionables los supuestos de concurso con la estafa”<sup>38</sup>.

Para un análisis comparativo de la legislación penal americana, remitimos al lector al Cap. VIII.

<sup>38</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, 2ª ed., t. II, p. 760. Afirma más adelante el autor “en un plano crítico y de *lege ferenda* cabe decir que al configurarse la estafa en dimensiones tan variadas y abiertas como en nuestro Derecho, las alusiones concretas, como la del incendio del art. 556, son más bien innecesarias, y hasta perturbadoras, al interferir en las estructuras patrimoniales consideraciones de peligro que le son extrañas, sobre todo cuando las primeras se configuran sobre la base del valor y ajenidad, que en las segundas apenas si cuentan”.

CAPITULO III

---

## SUJETOS DEL DELITO



## § 9. *SUJETO ACTIVO*

La figura no establece limitaciones al círculo de posibles autores, tal como se desprende de la designación genérica utilizada al comienzo del texto legal (*El que...*), que no requiere la presencia de otros atributos que califiquen la autoría. Es, en este sentido, un delito común, susceptible de ser cometido por cualquier persona, y admite la aplicación de las distintas formas de participación criminal establecidas en los arts. 45 y 46 del Cód. Penal, esto es, autores, cómplices e instigadores.

Caracterizamos como autor de este delito a quien realiza objetivamente las acciones de incendiar o destruir la cosa asegurada, entendido ésto en el sentido material de tener el dominio del hecho, el dominio final de la acción. Desde este enfoque, "...es autor solamente aquél que mediante una conducción, consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo"<sup>1</sup>. Esta concepción permite considerar

<sup>1</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, 12ª ed. La teoría del dominio del hecho, a la que adherimos, si bien registra algunos antecedentes, logra concreción a partir de los desarrollos de Welzel a fines de la década del treinta, y "...recientemente ha alcanzado una posición dominante en la

como autor a "...aquellos intervinientes que, aun no realizando una acción típica en sentido formal, hacen algo equivalente desde el punto de vista valorativo"<sup>2</sup> situación ésta que se produce en los casos de coautoría y de autoría mediata.

Por otra parte, al requerir la figura, como más adelante se verá, un especial elemento subjetivo distinto del dolo, consistente en el ánimo de procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal, el autor, para ser considerado como tal, deberá obrar con aquel elemento subjetivo especial, además de retener en sus manos el dominio del hecho. Para esto último será menester que el agente realice un aporte al hecho delictuoso que sea necesario, fundamental, sin el cual el hecho no habría podido cometerse, y que esa cooperación tenga lugar a partir del comienzo de ejecución del hecho y hasta su consumación, es decir, durante su etapa ejecutiva.

Dos son las hipótesis posibles de autoría que tienen cabida en la norma legal, según que la persona que produzca el siniestro sea el propio asegurado o un tercero, vinculado o no, delictivamente, con aquél.

#### a) *Siniestro provocado por el asegurado*

La hipótesis más usual es aquella en que el propio asegurado o propietario de la cosa, o beneficiario del presta-

---

ciencia", según Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. II, p. 897.

Introducida en nuestro país por Jiménez de Asúa, autores como Núñez y Soler cuestionaron la pertinencia o utilidad de esta teoría, la cual, sin embargo, se abrió camino en la doctrina; actualmente la adoptan Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, p. 323, y Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 305 y ss., entre otros.

<sup>2</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. II, p. 898.

mo es, a la vez, quien incendia o destruye la cosa asegurada para procurarse el provecho ilegal. Vale decir, que sujeto activo será quien "...de no mediar una conducta fraudulenta sería acreedor legítimo del seguro respectivo o tendría el derecho, tratándose de préstamo a la gruesa, de no devolver la suma prestada ni el precio estipulado"<sup>3</sup>. Esto presupone la existencia de una relación asegurativa, vigente, entre el asegurador y el autor del delito.

El caso no presenta problemas especiales en materia de autoría y participación, y si bien es característico en esta tipología delictiva que el agente actúe solo, la participación de otras personas es perfectamente concebible y se resuelve de acuerdo con las normas generales.

#### b) *Siniestro provocado por un tercero*

Al señalar el texto legal que es autor de este delito "...*El que para procurarse a sí mismo o procurar a otro...*", está indicando que no es condición ineludible que el sujeto activo sea él mismo propietario de la cosa incendiada o destruida o beneficiario del seguro o del préstamo, pues el "procurar a otro" implica que puede ser agente un tercero que no aparezca vinculado a la relación contractual anudada entre el asegurador o dador del préstamo a la gruesa y el beneficiario.

En este supuesto, en que el autor del siniestro es un tercero, es necesario que éste obre con el propósito de procurar a otro el provecho ilegal, para lo cual deberá conocer la condición de asegurados de los bienes incendiados o destruidos<sup>4</sup>, pues de lo contrario no podrían satisfacerse los

<sup>3</sup> Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 148.

<sup>4</sup> Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, t. III, p. 92; Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 327.

requisitos del tipo subjetivo de la figura. No hay dudas de que quien incendia o destruye una cosa ignorando que estaba asegurada, no realiza el dolo de procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador mediante el incendio o la destrucción de la cosa asegurada, entendiendo el dolo como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo. Tal conducta podrá entonces encuadrar en alguna de las figuras de daños contempladas en los arts. 183 y 184 del Código sustantivo.

No es necesario, en cambio, que el titular de la relación asegurativa —propietario o asegurado—, tenga conocimiento de la simulación en la producción del siniestro<sup>5</sup>, pues no es éste un requisito contenido en el tipo legal, de modo que su ignorancia no obsta a la configuración del ilícito respecto del tercero. En estas situaciones, el agente se vale en cierta forma del asegurado aprovechando la situación jurídica en que aquél se encuentra. Producido el siniestro causado por el tercero, el asegurado, ignorante de la simulación, reclamará el pago de la correspondiente indemnización. Sin embargo, el caso no encuadra en lo que la dogmática denomina como “autoría mediata”, pues como dice Soler, el hecho se consuma por el siniestro producido por el tercero y no por la acción judicial inocentemente intentada luego por el asegurado, cuando el delito ya estaba consumado<sup>6</sup>.

Debe tenerse en cuenta, además, que aun si el asegurado tuviera conocimiento de la producción fraudulenta del siniestro por un tercero, su reclamo de indemnización al asegurador no lo constituye, en modo alguno, como partícipe del delito, siempre que no haya tenido otra interven-

<sup>5</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 390.

<sup>6</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 327.

ción en él, ni haya existido connivencia o concierto previo con el tercero, ni lo haya determinado a cometer el delito. Ello pues al resultar ajeno al hecho delictivo, el siniestro es real —no simulado—, y convierte al beneficiario en verdadero acreedor de la indemnización que podrá legalmente reclamar<sup>7</sup>.

A diferencia de lo anteriormente expuesto, puede ocurrir que entre el tercero que ocasiona fraudulentamente el siniestro y el beneficiario del seguro exista una connivencia delictiva, en cuyo caso, las circunstancias particulares determinarán las formas y los grados de participación que corresponda adjudicar a los protagonistas. Puede citarse como ejemplo el supuesto en que el asegurado instiga a un tercero, es decir, lo induce o determina directamente a provocar el incendio o la destrucción de la cosa asegurada para procurar un provecho ilegal para el primero en perjuicio del asegurador; en este caso, el tercero es el autor del delito, y el asegurado responderá en calidad de instigador; no es autor, aunque presente el reclamo en la compañía aseguradora a sabiendas de que es fraudulento, pues no realizó ninguna cooperación necesaria al hecho criminal durante la etapa ejecutiva del delito, —ya que el reclamo se realiza una vez operada la consumación—, y, de ese modo, nunca tuvo el dominio del hecho en el sentido antes expuesto.

Es claro, por otro lado, que como el provecho ilegal debe consistir en el cobro del seguro, es imprescindible que uno

<sup>7</sup> Más aun, descubierta la producción fraudulenta del siniestro por un tercero, que actuó con el ánimo de procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador, éste está igualmente obligado a indemnizar, pues la situación no encuadra en los supuestos de exclusión de cobertura del art. 70 de la Ley de Seguros (conf., Barbato, *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*, 2ª ed., p. 71).

de los dos sea el beneficiario<sup>8</sup>, ya que, de otro modo, no existiría posibilidad de perjuicio.

#### § 10. *SUJETO PASIVO*

Es el asegurador o dador de préstamo a la gruesa que, en virtud del contrato que lo vincula con el beneficiario o asegurado, queda obligado a efectivizar el pago de la indemnización ante la producción del siniestro cuyo riesgo se cubrió, sobre el objeto asegurado, en las condiciones pactadas en la póliza o en el contrato de préstamo a la gruesa.

El régimen legal que regula la actividad de las aseguradoras o empresas de seguro en nuestro país, es el establecido por la ley 20.091 —De los Aseguradores y su Control—, de donde surge la caracterización de estas empresas como entes organizados conforme a alguno de los tipos societarios mencionados en el art. 2° (sociedades anónimas, cooperativas y de seguros mutuos; sucursales o agencias de sociedades extranjeras, y organismos y entes oficiales o mixtos nacionales, provinciales o municipales), que tengan por objeto exclusivo realizar operaciones de seguro (art. 7°, *b*), cuenten con la autorización previa otorgada por la autoridad de control (art. 2°), y se constituyan de acuerdo con las leyes generales y disposiciones específicas de la referida normativa legal (art. 7°, *a*).

#### § 11. *PARTICIPACION DEL SUJETO PASIVO EN EL PROCESO*

Resulta menester, en este punto, invadir la materia procesal a fin de efectuar algunas consideraciones atinen-

<sup>8</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 327.

tes a la participación que le compete al sujeto pasivo en el proceso en el que se investiga el hecho delictivo que lo perjudicara.

No puede obviarse la mención, en primer término, de las disposiciones que sobre esta cuestión contiene la Ley de Seguros. Tanto en el art. 46, incluido en las disposiciones generales del contrato de seguro, como en el art. 117, referido al seguro de responsabilidad civil, la ley 17.418 establece que el asegurador puede examinar las actuaciones administrativas o judiciales motivadas o relacionadas con la investigación del siniestro y constituirse en parte civil en la causa criminal. Son dos facultades de diferente contenido que veremos separadamente.

#### a) *Examen de las actuaciones judiciales*

Esta facultad otorgada por la ley 17.418 debe conciliarse con las disposiciones que rigen la materia específica en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984). El art. 204 de ese cuerpo normativo establece que: *“El sumario será público para las partes y sus defensores, que lo podrán examinar después de la indagatoria...”*. De modo que antes de la declaración indagatoria, la regla es el secreto, y después de ella, rige la publicidad, como norma<sup>9</sup>. Lo dicho sólo resulta aplicable para las partes incorporadas al proceso, pues para los terceros el sumario siempre es secreto. Pensamos entonces que la conjugación de tales disposiciones impone reconocer al asegurador la facultad de tomar vista de las actuaciones judiciales, pero este derecho no puede ir más allá que el que la norma procesal vigente reconoce a las partes formalmente constituidas en el proceso. En conclusión, la disposición contenida en la

<sup>9</sup> Moras Mom, *Manual de derecho procesal penal*, 2ª ed., p. 148.

Ley de Seguros equipara en esta cuestión al asegurador con las restantes partes procesales y podrá entonces requerir la vista de las actuaciones luego de prestada la declaración indagatoria por parte del imputado. Va de suyo que esta facultad cede frente al secreto decretado, por auto fundado, por el juez de la causa.

En apoyo de esta tesis, resulta oportuno señalar que el mentado art. 204 de la ley 23.984 fue tomado casi a la letra del art. 212 del Cód. Proc. Penal de la provincia de Córdoba que lo incluye bajo idéntica denominación: "carácter de las actuaciones". Pero en dicho artículo se establece en su párr. 3º: "*Queda exceptuado de esta disposición el asegurador o su mandatario, quienes podrán examinar las actuaciones administrativas o judiciales motivadas o relacionadas con la investigación del siniestro, aún antes de la declaración del imputado*". Esta mención ha sido omitida en el Código Procesal Penal de la Nación a pesar de que, como dijimos, el resto del artículo sigue en lo fundamental al art. 212 de Córdoba. La omisión parece responder además a la crítica que la doctrina ha efectuado sobre la cuestión<sup>10</sup>.

## b) *La constitución como parte en el proceso*

### 1. *Querellante*

En el delito de estafa de seguro, el asegurador reviste el carácter de damnificado directo o persona particularmente ofendida por el delito, situación que puede darse tam-

<sup>10</sup> "Es un privilegio irritante, fruto, con seguridad, de un interés profesional. No estaba en el Proyecto de Vélez Mariconde. Fue agregado por el P.E. de esa época", esta es la opinión de Núñez, *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Anotado*, 2ª ed., p. 191.

bién en los casos de estafa simple cometidos en perjuicio de un asegurador. Frente a esta situación, el asegurador se encuentra habilitado para asumir en el proceso penal la calidad de parte querellante en los términos del art. 82 del Cód. Proc. Penal de la Nación y desde ese papel podrá impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que el Código establece.

No podía asumir el papel de querellante, en cambio, el ahora desaparecido Instituto Nacional de Reaseguros<sup>11</sup>, ni lo podrá hacer cualquier otro ente reasegurador, nacional o extranjero, pues éstos sólo indirectamente podrían resultar perjudicados por un delito cometido contra una compañía de seguros.

## 2. *Actor civil*

El art. 14 del Cód. Proc. Penal de la Nación establece que la acción civil para la restitución de la cosa obtenida por medio del delito y la pretensión resarcitoria civil podrá ser ejercida sólo por el titular de aquélla, o por sus herederos en relación a su cuota hereditaria, representantes legales o mandatarios. Si bien no contempla expresamente al asegurador, éste se encuentra habilitado por disposición de los ya citados arts. 46 y 117 de la ley 17.418<sup>12</sup>. En esa calidad, tendrá en el proceso la intervención necesaria para acreditar la existencia del hecho delictuoso y los daños y perjuicios que le haya causado, y reclamar las medidas cautelares y las restituciones, reparaciones e indemnizaciones correspondientes.

<sup>11</sup> CSJN, 25/9/74, "Carlos Federico Ruckauf", CSJN-Fallos, 289: 489.

<sup>12</sup> Darritchon, *Cómo es el nuevo proceso penal*, 2ª ed., n° 4, p. 24.

Es oportuno recordar las reflexiones formuladas al respecto por Núñez, comentando el art. 14 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Córdoba, que incorpora expresamente la facultad otorgada por la ley 17.418. Dice: "El asegurador, sea por perjuicios susceptibles de apreciación pecuniaria sufridos por la persona, derechos o facultades del asegurado o sufridos en las cosas de su dominio o posesión puede constituirse en actor civil por el monto de lo que haya indemnizado al asegurado en razón de la producción del riesgo objeto del seguro, sin perjuicio del derecho del último de accionar por la parte no cubierta por el asegurador. Se trata del único caso en que la acción reparatoria se puede ejercer en el proceso penal por una obligación que no tiene su fuente en el daño causado directamente al accionante por el propio hecho delictivo, sino que la titularidad de ese ejercicio emana de una vinculación contractual entre el damnificado y un tercero, caso típico de damnificado indirecto"<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Núñez, *La acción civil en el proceso penal*, 2ª ed., p. 56.

CAPITULO IV

---

## EL TIPO OBJETIVO



## § 12. *INTRODUCCION*

Se ha dicho que el tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito, y que la designación de “objetivo” no remite, por oposición a algo externo carente de contenidos anímicos o subjetivos, sino que abarca a las circunstancias del tipo que deben hallarse objetivadas en el mundo exterior<sup>1</sup>. Este “tipo objetivo”, que describe la conducta prohibida por la norma penal, contiene como elemento medular la descripción de la acción mediante el verbo correspondiente. Sin embargo, no se agota con ella. Además de referencias relativas a los sujetos, puede incluir, entre los elementos descriptivos, referencias a los medios, al objeto, al tiempo o al lugar de la acción. En algunos casos, incluye también en la redacción elementos normativos, es decir, aquellos que no pueden ser captados por el sólo uso de nuestros sentidos, sino que exigen ser valorados recurriendo a pautas de orden moral, social o jurídico.

El tipo objetivo del art. 174, inc. 1º contiene varios de los ingredientes recién mencionados: a las acciones descritas con los verbos incendiar y destruir, se suman referen-

<sup>1</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, 12ª ed., p. 93.

cias a los objetos sobre los cuales deben recaer esas acciones (cosa, nave, carga o flete), y se agregan además elementos normativos, dados por los conceptos de seguro y préstamo a la gruesa. De todos estos elementos integrativos del tipo objetivo de la estafa de seguro nos ocuparemos en lo que sigue.

### § 13. ACCIONES TÍPICAS

Los medios comisivos exigidos por el tipo penal para la configuración de este delito son el incendio y la destrucción que deben recaer sobre los objetos indicados en la figura. Se circunscriben así las posibles acciones típicas a las dos mencionadas, y caen fuera del tipo de la estafa de seguro, por falta de idoneidad en los medios utilizados, otras conductas defraudatorias de los derechos del asegurador o dador del préstamo a la gruesa que, eventualmente, pueden constituir el delito de estafa del art. 172 del Cód. Penal. Por ejemplo, el ocultamiento, la substracción o la desaparición de la cosa asegurada, etcétera<sup>2</sup>.

Según enseña el *Diccionario de la lengua española*, el incendio es fuego grande que abrasa lo que no está destinado a arder, y la acción de incendiar consiste en poner fuego a cosa que no está destinada a arder. La destrucción se caracteriza como ruina, asolamiento, pérdida grande y casi irreparable, y destruir es deshacer, arruinar o asolar una cosa material.

La distinción tiene importancia en lo que respecta a la configuración de este delito, pues si bien se ha intentado

<sup>2</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 327. De estas otras conductas nos ocuparemos en el Cap. IX de esta obra.

reducir el medio comisivo a la destrucción de la cosa, por resultar el incendio sólo uno de los procedimientos por los cuales la destrucción tiene lugar<sup>3</sup>, Varela ha señalado, con acierto, que ambos términos no son equivalentes ya que, legalmente, el delito sólo puede configurarse mediante incendio y no mediante cualquier otra forma de destrucción, por ejemplo, cuando el contrato de seguro tiene por objeto los riesgos de que la cosa se pierda o dañe sólo por tal causa<sup>4</sup>.

En efecto, supóngase que se contrata un seguro para cubrir los riesgos derivados de un incendio sobre un rodado cuyo propietario, con la finalidad de procurarse un provecho ilegal en perjuicio de su asegurador, destruye a martillazos. Habrá que reconocer que la conducta no tiene posibilidad de ocasionar un perjuicio al asegurador, pues no configurará una causal válida de indemnización de acuerdo con los términos convenidos en la póliza respectiva. De este modo, se torna imposible el daño potencial a la propiedad ajena requerido por la figura, y no habrá posibilidad de afectación del bien jurídico protegido —propiedad—.

#### § 14. *MAGNITUD DEL SINIESTRO* *SOBRE EL OBJETO*

Debe señalarse, en primer término, que para que se cumplan los requisitos establecidos en la figura, el incendio o la destrucción deben ser reales<sup>5</sup>, de modo que lo si-

<sup>3</sup> Oderigo, *Código Penal anotado*, 3ª ed., p. 270; Vázquez Iruzubieta, *Código Penal comentado*, p. 380.

<sup>4</sup> Varela, "Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 129.

<sup>5</sup> Gómez, *Tratado de derecho penal*, t. IV, p. 294; Varela, "Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 129.

mulado aquí no es la ocurrencia del siniestro en sí, sino las condiciones en que se produce y que hacen nacer la obligación resarcitoria, puesto que los seguros son convenios que cubren los riesgos inciertos y no los actos voluntarios por los que dolosamente se causa el acontecimiento al que el acuerdo se condiciona<sup>6</sup>; desde este punto de vista, son contratos aleatorios, (art. 2051, Cód. Civil). Es por eso que si no se produce efectivamente el incendio o la destrucción de la cosa, la conducta carece de tipicidad a la luz de esta disposición y podrá, si reúne los requisitos pertinentes, constituir una estafa simple.

Respecto del alcance del incendio o la destrucción sobre el objeto asegurado, éste puede ser total o parcial, pero el límite de la punibilidad estará dado por el hecho de que el siniestro producido afecte al objeto en una magnitud suficiente como para generar la obligación del asegurador de pagar la indemnización de acuerdo con las normas pactadas en la respectiva póliza y las normas legales vigentes. En definitiva, lo que habrá que determinar en cada caso en particular será si la destrucción tuvo idoneidad suficiente como para configurar una causal de indemnización<sup>7</sup>.

De este modo, en los casos en que la póliza determine que los riesgos cubiertos alcanzan al daño parcial, será suficiente para la configuración del delito que se produzca

<sup>6</sup> Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, t. III, p. 91. En el mismo sentido, ver arts. 39, 40 y 70 de la ley 17.418, y Halperín, *Seguros*, 2<sup>a</sup> ed., t. II, p. 833: "El siniestro debe resultar del desarrollo normal del riesgo existente al comienzo formal del seguro, cuando representa la realización del riesgo asumido por el asegurador, es decir, que debe ser causado dentro del estado del riesgo fijado en el contrato; por eso no lo es cuando resulta de un cambio arbitrario o de una agravación del estado de riesgo".

<sup>7</sup> Varela, "Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 130.

un daño sólo parcial, que obligue al pago de la indemnización, lo que no ocurrirá si la póliza solamente cubre la destrucción total de la cosa asegurada.

### § 15. *EL OBJETO*

Moreno señala las cuatro hipótesis posibles que contempla el artículo en lo que se refiere al objeto sobre el cual deben recaer las acciones típicas<sup>8</sup>, ellas son:

- a) Toda cosa asegurada.
- b) Toda nave asegurada.
- c) Toda carga o flete asegurado.
- d) Toda carga o flete sobre el cual se hubiere hecho un préstamo a la gruesa.

#### a) *La “cosa asegurada” y el concepto de seguro*

Con la expresión “cosa asegurada”, la disposición resulta aplicable tanto a bienes muebles como inmuebles, pues todos ellos son asegurables y al no contener ninguna distinción al respecto, la noción incluye ambas categorías de bienes.

La calidad de asegurado, esto es, de haber sido objeto de un contrato de seguro, constituye un característico elemento normativo dentro de la estructura del tipo legal, y para establecer su significado debemos forzosamente recurrir a las disposiciones de la legislación comercial que regulan específicamente la materia.

<sup>8</sup> Moreno (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, t. V, p. 220.

El art. 1º de la ley 17.418 —que derogó las disposiciones correspondientes del Código de Comercio—, determina que “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”.

A los efectos de la configuración de este delito, resulta esencial determinar la existencia del contrato de seguro que, además, deberá encontrarse vigente al momento de provocarse el siniestro, y ser legalmente válido de acuerdo con la normativa de la ley de seguros, pues de lo contrario no podría dar lugar al pago de la indemnización que constituye el provecho ilegal que castiga la figura.

Habrá que tener en cuenta también la regla del art. 11 de la ley 17.418 que dispone que el contrato de seguro sólo puede probarse por escrito, salvo cuando exista principio de prueba por escrito, en cuyo caso, todos los demás medios de prueba serán admitidos, de allí la importancia de la póliza emitida por el asegurador, la cual “...presupone la perfección del contrato, del cual es una consecuencia, su prueba capital y guía de interpretación”<sup>9</sup>. Además, ella contendrá los nombres y domicilios de las partes; el interés y la persona asegurada; los riesgos asumidos; el momento desde el cual éstos se asumen y el plazo; las condiciones generales del contrato, pudiendo incluir también las condiciones particulares (art. 11, *in fine*).

En este sentido, la jurisprudencia ha resuelto que: “La calificación del hecho a tenor del art. 174, inc. 1º, Cód. Penal requiere (por imperio del art. 207 del Cód. Proc. Civil), no sólo acreditar el incendio de las cosas, sino también que

<sup>9</sup> Halperín, *Seguros*, 2ª ed., t. I, p. 332.

éstas estaban aseguradas, pues se trata de una exigencia del tipo —cosa asegurada—, que necesariamente debe ser demostrada o probada con la agregación de las pólizas, pues se refiere a un elemento normativo del objeto sobre el cual recae la acción típica —incendiar— y como tal, interpretada sobre la base de las reglas jurídicas de la ley comercial (art. 11, ley 17.418). La falta de tal demostración no puede ser suplida por indirectas referencias de los representantes de la aseguradora y de la empresa a la que aquella acostumbra encomendar las inspecciones de rutina cuando tiene noticia de un siniestro<sup>10</sup>. En el caso, la falta de incorporación en el proceso de las pólizas correspondientes, determinó la absolución de la procesada<sup>11</sup>.

#### b) *La nave*

El concepto de nave, a diferencia del anterior, no puede ser considerado como un elemento normativo y, por ende, no se lo puede referir a una determinada significación jurídica, tal como ocurriría si el tipo legal hubiera utilizado el término “buque”, que sí aparece definido en el art. 2° de la Ley de la Navegación y que excluiría de esta categoría a los artefactos navales.

Diremos entonces que “nave” comprende cualquier tipo de construcción que pueda transportar por agua personas o cosas<sup>12</sup>, incluyendo a las embarcaciones propias e im-

<sup>10</sup> CNCrim. y Corr., Sala VII, 24/3/87, caso 7795, “Cruz de Masri”, *JPBA*, 63-5371.

<sup>11</sup> En la misma línea jurisprudencial, se puede consultar CSJN, 16/8/56, “Dominga Busceti de Cotroneo”, *CSJN-Fallos*, 235: 857, dictamen del procurador general de la Nación, doctor Sebastián Soler.

<sup>12</sup> Varela, “Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 130.

propias que, por el servicio que prestan, asumen la categoría de nave<sup>13</sup>.

Por otra parte, el art. 410 de la Ley de la Navegación dispone que constituyen especialmente intereses asegurables los vinculados a buque o artefacto naval, entre otros.

Finalmente, aunque no aparece contemplado en forma expresa en la figura, es claro que resulta de igual aplicación en el caso de aeronaves<sup>14</sup>, supuesto incluido en el término más amplio de “cosa asegurada”.

### c) *El contrato de préstamo a la gruesa*

La referencia al “préstamo a la gruesa” constituye también un elemento normativo que nuevamente nos remite al ámbito mercantil. Este contrato aparecía legislado en el art. 1120 del Cód. de Comercio que rezaba: “Préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo es un contrato por el cual una persona presta a otra cierta cantidad sobre objetos expuestos a riesgos marítimos bajo la condición de que, pereciendo esos objetos, pierda el dador la suma prestada y llegando a buen puerto los objetos devuelva el tomador la suma con un precio estipulado”.

<sup>13</sup> Vázquez Iruzubieta, *Código Penal comentado*, p. 381.

<sup>14</sup> Sobre el punto es concluyente Soler, en su dictamen como procurador general de la Nación, en CSJN, 7/11/55, “Enrique Kolvicka y otros”, *CSJN-Fallos*, 233: 170 (se trataba del cobro de un seguro contratado sobre un avión particular incendiado intencionalmente) en el que además se pronuncia por la competencia del Fuero Federal basándose en el art. 183 del Cód. Aeronáutico (Ley 14.307) que presenta una redacción casi idéntica a la del actual art. 198 (ley 17.825 y sus modificaciones), que reza: “Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos”.

El art. 1121 disponía que el contrato a la gruesa sólo puede probarse por escrito y el art. 1122 detallaba las enunciaciones que debía contener el documento de ese contrato.

Malagarriga definía este contrato como un "...acto jurídico por el cual una persona que se llama tomador se obliga para con otra que se llama dador a devolverle una cantidad de dinero recibida y a pagarle, además un premio si determinados objetos expuestos a los riesgos del mar llegan a buen puerto". Lo caracterizaba además como aleatorio y, como el seguro, de indemnización<sup>15</sup>.

Resulta atinada al respecto la observación de Creus al decir que: "Si bien el régimen del préstamo a la gruesa no ha sido contemplado en la ley 20.094 de navegación, que derogó los artículos respectivos del Código de Comercio (por haber caído en desuso el instituto) el contenido del tipo, empero, no desaparece del todo en ese aspecto, ya que, por no ser un contrato prohibido, existe la posibilidad de que pueda ser utilizado; sus conceptos, por lo tanto, deben seguirse adecuando a los que en la época de sanción de la ley penal, eran integrativos del tipo"<sup>16</sup>.

Debe tenerse presente también que, en el caso del préstamo a la gruesa, la suma se presta al formalizarse el contrato y queda en poder del prestatario, quien la devolverá o no de acuerdo con el resultado del viaje.

En esto se diferencia del contrato de seguro en el cual la indemnización se encuentra en poder del asegurador hasta que se produce el siniestro cubierto que origina la obligación de indemnizar.

<sup>15</sup> Malagarriga, *Código de Comercio*, t. VII, ps. 194-195.

<sup>16</sup> Creus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 517.

d) *La carga o flete*

Las nociones de “carga o flete” que utiliza la figura han sido consideradas como sinónimos, y aluden a las cosas o mercaderías transportadas por la nave<sup>17</sup>.

Ellas no pueden interpretarse como contenidos normativos del tipo, pues esto obligaría a derivar su significación legal de las disposiciones relativas al contrato de fletamento, regulado por el art. 227 y siguientes de la Ley de la Navegación, que reglamentan situaciones diferentes de las previstas por el texto de la figura, por lo que debe darse a esos términos su sentido vulgar.

Es claro que cuando el incendio o la destrucción recaigan sobre la carga o flete asegurado u objeto de un préstamo a la gruesa, no será necesario que la nave se encuentre también asegurada.

La cuestión es más compleja cuando la carga o flete asegurados no se encuentran a bordo de la nave al momento de ser ésta incendiada o destruida. La controversia quedó plasmada, en uno de los precedentes judiciales más importantes en la materia. La causa fue resuelta por la Cámara Nacional Federal, Sala Criminal y Correccional, el 30 de julio de 1963<sup>18</sup> y allí se sostuvo que: “La previsión del art. 174, inc. 1° del Cód. Penal, requiere que la acción material de destrucción intencional recaiga sobre la cosa asegurada, extremo que no se cumple en el caso emergente, si la mercadería objeto del seguro había sido dolosamente desembarcada antes del hundimiento de la nave. En tal caso, la acción dolosa comprobada es susceptible de encuadrar en la previsión general del art. 172 del mismo

<sup>17</sup> Ver Damianovich de Cerredo, *Delitos contra la propiedad*.

<sup>18</sup> CNFed. Crim. y Corr., 30/7/63, “Toculescu, Esteban”, *LL*, 113-135.

Código en grado de tentativa, propósito frustrado de obtención de un provecho indebido en daño del patrimonio de un tercero” (del voto del doctor Enrique Ramos Mejía, al que adhirieron los doctores Hernán Juárez Peñalba y Ambrosio Romero Carranza).

Contra dicha resolución se interpuso recurso extraordinario, que fue admitido por el máximo Tribunal con base en la doctrina de la arbitrariedad y por razones de gravedad institucional. El dictamen del procurador general, doctor Ramón Lascano, del 20 de noviembre de 1964<sup>19</sup> pone en crisis el fallo de 2ª Instancia cuando razona: “¿Por qué distingue el art. 174, inc. 1º entre destruir una cosa asegurada y destruir una nave (no asegurada) cuya carga o flete estén asegurados? Si la carga estuviera realmente dentro del barco destruido es evidente que nos hallaríamos siempre dentro de la primera hipótesis: destrucción de la cosa asegurada. Si el legislador ha previsto en forma especial el segundo supuesto, es justamente porque ha querido castigar al que destruye la nave cuya carga está asegurada, se encuentre o no efectivamente esa carga a bordo. Bastará así demostrar que la destrucción de la nave fue voluntaria, sin que sea necesaria la comprobación en la mayor parte de los casos evidentemente muy difícil, de que la carga se hallaba en realidad dentro del buque”.

Al dejar sin efecto la sentencia, la Corte Suprema remite la causa, para un nuevo pronunciamiento, a la Sala Civil y Comercial de la Cámara Nacional Federal, que resuelve el 17 de febrero de 1967 que: “No es requisito legal para la existencia del delito de estafa de seguro (art. 174, inc. 1º, Cód. Penal), el hecho de que la carga asegurada se

<sup>19</sup> CSJN-Fallos, 260: 114, en especial 118.

encuentre a bordo de la nave destruida”<sup>20</sup>. En esta oportunidad, se sostuvo que: “...si el inciso se refiriese a la carga realmente embarcada, la destrucción no sería distinta de la destrucción de la cosa asegurada y no sería necesario hablar otra vez de ella. En cambio, si la carga asegurada no fue embarcada simulándose que se embarcó (o fue desembarcada posteriormente, después de haber logrado su propósito de dejar la convicción de su embarque o fue reemplazada por otra de menor precio), este engaño, añadido al hundimiento intencional de la nave, no deja de estar presidido por la dirección fundamental que ordena toda la maniobra dolosa, a saber, el cobro ilegal del seguro” (...) “sería un contrasentido que este hecho más grave porque añade engaño sobre engaño, dejara de considerarse estafa de seguro y se colocara como estafa simple que tiene menos pena” (del voto del doctor Francisco J. Vocos)<sup>21</sup>. También se dijo que: “Al emplearse la conjunción disyuntiva ‘o’, el Código reprime el incendio o destrucción de una cosa asegurada, o sea, además, y precisando o definiendo la cosa —una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados. En el caso sólo interesa lo referente a la carga y es evidente que el pronombre ‘cuya’ une la carga asegurada a la nave. Vale decir que se sanciona el incendio o destrucción de una nave cuya carga esté asegurada” (del voto del doctor Julio Dacharry)<sup>22</sup>.

Varios años antes, había tocado a Sebastián Soler, como procurador general, atender la misma cuestión, y en la oportunidad dictaminó, el 7 de noviembre de 1955 que “...resultando que fue simulado el embarque de la mercadería asegurada, es evidente que no ha mediado en el caso

<sup>20</sup> CNFed. Civ. y Com., 17/2/67, LL, 131-568.

<sup>21</sup> CNFed. Civ. y Com., 17/2/67, LL, 131-570.

<sup>22</sup> CNFed. Civ. y Com., 17/2/67, LL, 131-581.

el efectivo incendio o destrucción de la cosa exigida en la disposición antes citada para que pueda hablarse de la que en doctrina recibe el nombre de 'estafa de seguro'.

El cobro del seguro contratado con la compañía La Estrella, es una simple estafa contemplada en la norma general del art. 172 del Código, consistiendo el ardid empleado para llevar a cabo el propósito de lograr un beneficio indebido en la simulación del embarque de la mercadería asegurada a bordo del avión que iba a ser incendiado, lo que se logró mediante la presentación del documento falsificado...<sup>23</sup>.

Esta es, para nosotros, la postura correcta, pues, como hemos dicho antes, la figura del art. 174, inc. 1° exige que el siniestro sea real —no simulado—, y que recaiga sobre la cosa, y si la carga no se encuentra a bordo, lo que se simula es la ocurrencia misma del siniestro y no las condiciones que lo produjeron, encuadrando esta situación en el tipo del art. 172. Por otra parte, el sentido literal del texto indica que lo que se reprime es el incendio o la destrucción de una cosa asegurada, o una nave asegurada, o una nave no asegurada cuya carga o flete (los que transporta la nave) estén asegurados, y es evidente que lo que no se encuentra a bordo de la nave no es "carga", ya que conceptualmente "carga" alude a la acción y efecto de cargar, a la cosa transportada.

<sup>23</sup> CSJN, 7/11/55, "Enrique Kolvicka y otros", *CSJN-Fallos*, 233: 170.



CAPITULO V

---

CONSUMACION



## § 16. *INTRODUCCION*

El abordaje de la cuestión relativa a la fijación del momento consumativo de la estafa de seguro es uno de los problemas más arduos que plantea la figura y el que mayor atención ha concitado entre los autores.

En rigor, dos son las posturas que se han sostenido sobre este problema. La primera fija el momento consumativo en el incendio o la destrucción de la cosa asegurada, y es la que ha sostenido, en forma casi unánime, la doctrina y la jurisprudencia. La segunda difiere el comienzo de la tentativa al momento en que se formula el reclamo indemnizatorio ante el asegurador. Más modernamente, la primera posición ha sido objeto de crítica por parte de Bacigalupo con importantes argumentos teleológicos y valorativos.

Pensamos que el origen de la discrepancia (cuya importancia resulta innecesario recalcar), reconoce una doble vertiente. Por un lado, la redacción que presenta la figura, cuyo texto ha sugerido que se trata, en definitiva, de un delito de daño sobre la cosa propia subjetivamente predeterminado por el ánimo de obtener un provecho ilegal<sup>1</sup>, con lo

<sup>1</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 326.

que la fijación del momento consumativo en el incendio o la destrucción no presentaría dificultades. Por el otro, su ubicación sistemática bajo el acápite de las “Estafas y otras defraudaciones”, lo que obligaría, para ser consecuentes con la estructura de estos delitos, a posponer la consumación al momento en que se logra el provecho ilegal.

Esta inconveniencia ha generado serias dificultades tanto en lo que a la sistemática del Código Penal se refiere como en su interpretación teleológico-valorativa, dificultades de las que se ha ocupado la doctrina.

A continuación, expondremos con más detalle las posturas esbozadas, para aportar luego nuestro punto de vista sobre la cuestión, en consonancia con la posición adoptada respecto de la naturaleza de la figura.

## § 17. *EL ESTADO DE LA CUESTION*

### a) *La posición mayoritaria*

Comencemos por establecer que la mayoría de la doctrina nacional entiende que este delito se consuma con el incendio o la destrucción de la cosa asegurada, u objeto del préstamo, por parte del sujeto activo, con la finalidad típica de procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio del asegurador o dador del préstamo a la gruesa<sup>2</sup>. Esta solución es la predominante también en

<sup>2</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 389; Varela, “Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, ps. 130-131: “...el hecho delictuoso se considera consumado en el momento de producirse el incendio o destrucción de los bienes, aunque el cobro de la indemnización no se haya verificado, ni aún siquiera intentado... Tal es, además, lo que surge de la interpretación literal del artículo que sanciona el incendio o la

la doctrina extranjera<sup>3</sup>. De este modo, supuesto el elemento subjetivo, la acción de incendiar o destruir fija el momento consumativo del delito, aunque no se haya obtenido el provecho ilegal, ni aún siquiera intentado lograrlo, ya sea mediante reclamación judicial o extrajudicial en la compañía aseguradora. Además, el lugar en el que se lleva a cabo el incendio o la destrucción determinará la com-

---

destrucción para procurar (pretender, intentar), o sea, para tratar de conseguir un provecho ilegal”; Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 326: “El hecho consiste en incendiar o destruir una cosa asegurada, etcétera. El momento consumativo, por lo tanto, es sin duda alguna el del incendio o la destrucción, sin que parezca fundada la reserva —razonable, pero extralegal— de Díaz, para el cual el comienzo de ejecución tiene lugar cuando se intenta cobrar el seguro”; Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, t. VI, p. 90: “El delito se consume con el incendio o la destrucción de la cosa asegurada u objeto de préstamo, cuando de ello puede resultar el provecho ilegal que la disposición señala”; Laje Anaya, *Comentarios del Código Penal*, t. II, p. 149: “La acción de incendiar o destruir con la finalidad de procurarse o procurar para otro un provecho ilegal, marca el momento consumativo del delito”; Gómez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 295: “La consumación del delito se opera aunque el agente no haya obtenido el provecho ilegal que quería procurarse. Es un delito de peligro, según la común doctrina. El incendio o la destrucción importan su consumación”; Oderigo, *Código Penal anotado*, p. 270: “...se consume en el momento de verificarse la destrucción, aunque el provecho no se haya obtenido”; Malagarriga, *Código Penal argentino*, t. II, p. 420: “...no hace falta que el perjuicio se haya producido; bastará que se haya producido el daño con la intención de obtener el lucro resultante”; Moreno (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, t. V, p. 221: “El perjuicio para el obligado existe y la consumación se ha verificado, aún cuando el cobro material no se haya producido”; Vázquez Iruzubieta, *Código Penal comentado*, t. III, p. 382; Molinario, *Derecho penal*, p. 568; Carrera, *Estafa de Seguro: Consumación*, JA, 1988-III-604/605; Creus, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, p. 519.

<sup>3</sup> Así, Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 103; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, y Maggiore, *Derecho penal. Parte especial*, t. V, p. 145, respecto del precepto italiano; Mezger, *Derecho penal. Parte especial*, p. 264, con cita de Schonke, VI, sobre el § 265 alemán; Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 761, y Muñoz Con-

petencia territorial para juzgar el delito<sup>4</sup>, resultando entonces irrelevante el lugar en que pueda eventualmente materializarse el reclamo indemnizatorio.

Queda de esta manera evidenciada la circunstancia que diferencia a esta figura de la estafa genérica del art. 172 del Cód. Penal. En la estafa de seguro, el momento consumativo se anticipa respecto de la figura genérica al no requerirse la producción del perjuicio patrimonial efectivo, característico de esta última, y así, resulta suficiente para su configuración la existencia de un perjuicio sólo potencial. Justifica esto también lo dicho al tratar la naturaleza de esta figura, en punto a que las acciones que aquí aparecen reprimidas, vistas a la luz de la estructura típica de la estafa simple, sólo constituyen actos preparatorios, impunes hasta tanto no se ponga en funcionamiento el artificio tendiente a engañar a la víctima<sup>5</sup>.

---

de, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., p. 310, sobre la figura en el Código español. Ver también en Cap. VIII otras legislaciones americanas.

<sup>4</sup> "...corresponde a la justicia nacional del lugar donde ha ocurrido el incendio o destrucción de la cosa asegurada conocer de la causa por defraudación consistente en el incendio intencional de un avión para cobrar el importe del seguro contratado sobre el mismo" (CSJN, 7/11/55, "Enrique Kolvicka y otros", *CSJN-Fallos*, 233: 170).

"Constituyendo el núcleo de la acción punible del art. 174, inc. 1º del Cód. Penal 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 delito" (CNCrim. y Corr., Sala VII, 13/5/91, causa 14.955, "Priolo, Vicente").

<sup>5</sup> En este sentido, sostiene Manzini en su *Trattato di diritto penale* de 1919 que los actos reprimidos por la figura ostentan caracteres de mero acto preparatorio con relación a la figura de la estafa. También Mezger, *Derecho penal. Parte especial*, p. 263, opina lo mismo. En España, Muñóz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, p. 310, explica que: "en la expresión 'si tuviere propósito... hubiere causado' se equiparan, a efectos de pena, la consumación con las formas imperfectas de ejecución de la defraudación".

Varela ensaya otra explicación sobre este punto al decir que la realización de las acciones típicas representa un daño actual o efectivo, pues el siniestro convierte inmediatamente a la víctima en deudor del asegurado, quedando aquélla legalmente obligada al pago de la indemnización y adquiriendo éste acción inmediata para perseguir su cobro<sup>6</sup>. Sin embargo, ésto ha sido objetado por Núñez, con todo acierto, al observar que, con idéntico criterio, "...la falsificación del documento consumaría la estafa. Tan falsa es la condición de acreedor creada por el fraude del asegurado o prestatario, como la creada por el falsificador. En realidad, el siniestro fraudulento, a diferencia del real, no convierte al asegurador o prestamista en deudor del autor, sino que simula esa situación"<sup>7</sup>.

Fijado entonces el momento consumativo en el incendio o la destrucción de la cosa, corresponde examinar ahora lo que acontece cuando el sujeto activo obtiene efectivamente el provecho ilegal, por ejemplo, cobrando el seguro correspondiente del asegurador, teniendo en cuenta que la consumación opera con anterioridad a este momento e independientemente de este resultado.

La cuestión ha recibido distintas soluciones en doctrina. Para algunos autores este hecho representa el agotamiento de un delito ya consumado<sup>8</sup>. Otros entienden que el logro del provecho cae fuera del tipo y no cambia la califica-

<sup>6</sup> Varela, "Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 130; también González Roura, *Derecho penal*, t. III, p. 229, n° 193: "...el incendio o la destrucción... de hecho convierte al culpable en acreedor del asegurador, o lo descarga de las obligaciones emergentes del préstamo a la gruesa".

<sup>7</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 389.

<sup>8</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 327.

ción ni constituye un nuevo delito; se trataría de un caso típico de los actos co-penados<sup>9</sup>. Otra postura sostiene que el daño efectivo no constituye un agravamiento del delito ni otro delito concurrente, sino una secuela extratípica de la misma conducta castigada ya en su tramo anterior con una pena más severa que la que le correspondería al daño efectivo si no existiera el inc. 1º del art. 174 del Cód. Penal, —art. 172, Cód. Penal—<sup>10</sup>. Estos autores son contestes al descartar, en el caso del logro del provecho ilegal, la concurrencia con el delito de estafa del art. 172<sup>11</sup>.

#### b) *La posición minoritaria*

Como señaláramos al comienzo de este capítulo, la postura que sostiene que con el incendio o la destrucción de la cosa asegurada se consuma el delito, no es la única.

No la comparte Díaz, cuando afirma que: “probados el acto del incendio o la destrucción con tal móvil, sin que se intente el cobro, no puede decirse que haya tentativa; pero desde que se inicia el expediente con tal objeto, aun por simple aviso al asegurador, surge aquélla”<sup>12</sup>.

Tampoco parece aceptarla, si bien no es muy preciso al respecto, González Roura, quien opina que ante la duda debería interpretarse que el Código sigue el sistema de los códigos italiano y húngaro; aquél fija una penalidad dife-

<sup>9</sup> Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. VI, p. 91.

<sup>10</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 389.

<sup>11</sup> Así también, Varela, “Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 131. Volveremos sobre el tema en el Cap. VII.

<sup>12</sup> Díaz, *Código Penal argentino*, p. 389.

rente para el caso en que se obtiene el provecho; éste exige el daño al asegurador o prestamista<sup>13</sup>.

c) *La tesis de Bacigalupo*

Las inconsistencias a las que nos acabamos de referir han sido puestas de relieve en lúcido análisis por Bacigalupo, y las exponemos sucintamente en lo que sigue, agregando una objeción formulada por Daniel Carrera.

a) La mayoría de los autores declaran la autonomía de esta figura<sup>14</sup> respecto de la estafa, pero la interpretan como una forma de estafa en la que el concepto de ardid está exageradamente extendido. El incendio o la destrucción de la cosa, dicen, constituye el ardid de que el autor se vale<sup>15</sup>, con lo cual es forzoso reconocer que la destrucción de la cosa ya implica engañar. Sin embargo, si el autor se arrepiente luego de la destrucción y no la comunica al asegurador, quien no se entera del siniestro, es claro que tendremos un engañado que nunca supo que fue engañado, pues el engaño quedó configurado con la destrucción.

b) Considerar a este delito como un daño a las cosas propias implica desconocer al legislador que lo incluyó entre las “Estafas y otras defraudaciones” y no entre los daños. A más de ello, este daño en las cosas propias tendría, sin ninguna base axiológica que lo justifique, una pena mucho mayor que la de los daños a cosas ajenas, aun en los tipos calificados del art. 184 del Cód. Penal, incs. 1º, 2º

<sup>13</sup> González Roura, *Derecho penal*, t. III, p. 229, nº 193.

<sup>14</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 326.

<sup>15</sup> Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, t. VI, p. 91.

y 3° (daños a cosas de valor científico, artístico, cultural, militar o religioso, medios o vías de comunicación o tránsito, instalaciones de energía, electricidad o agua o de servicios públicos) y aun cuando estas agravantes concurrieran con las contempladas en los incs. 4° y 5° de ese artículo (ejecutados con violencia en las personas o amenazas, o por tres o más personas).

c) Entender que el incendio o la destrucción consuman el delito y que el eventual logro del provecho no es punible, implica declarar penalmente irrelevante un acto que aumenta el peligro del bien jurídico o aun que produce el daño, lo que constituye un estímulo a la comisión del daño más grave al mismo precio.

d) La consumación de la estafa agravada tiene lugar sin el indefectible perjuicio patrimonial del sujeto pasivo (compañía aseguradora) requerido por la estafa genérica (art. 172, Cód. Penal) e incluso sin que el autor haya ejecutado acto alguno para conseguir el pago del premio establecido en la póliza<sup>16</sup>.

Sobre la base de estos argumentos concluye Bacigalupo que: "...la estafa de seguro es 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. Cuando el ardid se apoya en la destrucción o incendio de la cosa asegurada o sobre la que se obtuvo un préstamo a la gruesa, la estafa será calificada y su pena mínima sufrirá un aumento de seis meses a dos años. De esta manera se invierte la relación concursal que hemos criticado más arriba. No es punible la destrucción o incendio con propósito de engañar e impune el engaño

<sup>16</sup> Carrera, *Estafa de seguro: Consumación*, JA, 1988-III-604.

posterior y la lesión que con él se causa, sino que lo punible es el ardid y el daño constitutivos de una estafa, e impune el acto preparatorio que no va más allá del daño que el autor causa a su propio patrimonio, aunque exista un propósito estafatorio<sup>17</sup>.

d) *Nuestra opinión*

Las objeciones formuladas por Bacigalupo han tenido la virtud de poner de relieve las flaquezas y ambigüedades que exhibe la interpretación que ha venido realizando la doctrina sobre esta figura, y a las que nos hemos referido antes. Su argumentación resulta ciertamente atrayente y salva algunas de las dificultades apuntadas, pues reconstruye el tipo de acuerdo con los elementos de la estafa y otorga un papel esencial al engaño (referido a la simulación del siniestro) y al ardid (basado en el incendio o la destrucción de la cosa), a la vez que exige la lesión patrimonial característica de la estafa y difiere, en consecuencia, el momento consumativo a la oportunidad de formularse el reclamo al asegurador.

Sin embargo, aparecen aquí nuevos reparos. En primer lugar, se advierte que si bien la figura así estructurada exhibe una coherencia mayor y una consistencia inobjetable desde el punto de vista axiológico en el sistema del Código, lo cierto es que los argumentos resultan a la postre metatípicos y no encuentran su correspondiente andamiaje en el texto de la ley, al que terminan por desconocer. No se trata aquí de postular una interpretación literal a ultranza de las normas penales, pero no puede obviarse el hecho de que, como dice ahora Núñez, el incendio o la destrucción, en la redacción del texto legal, constituyen el núcleo de la

<sup>17</sup> Bacigalupo, *Estafa de seguro; retención indebida*, p. 30.

acción punible y no sólo el medio fraudulento utilizado por el autor<sup>18</sup>. Dicho de otra manera, si las acciones que reprime la figura son el incendio y la destrucción, parece difícil sostener que puedan llevarse a cabo esas conductas sin que el delito quede consumado, o que esto ocurra en un momento posterior a la realización de aquéllas.

Pero la argumentación en análisis presenta inconvenientes más críticos cuando nos enfrentamos al supuesto de que el autor del delito no sea el propio asegurado sino un tercero, sin conocimiento del asegurado. En efecto, podría ocurrir que un tercero incendie o destruya la cosa asegurada para procurar a otro un beneficio ilegal en perjuicio de un asegurador, y que, posteriormente, el asegurado obtenga el pago de la indemnización. Desde la posición de Bacigalupo, entendemos, el tercero no podría ser reprochado a tenor del art. 174, inc. 1º, ni tampoco en orden al art. 172; sí quizás por el delito de daño. Ello por cuanto el mero incendio o destrucción de la cosa no constituyen por sí solos, según su postura, el engaño requerido por la estafa y, además, el reclamo indemnizatorio no podrá realizarlo el eventual autor del siniestro, que carece de aptitud legal para hacerlo ya que compete exclusivamente al asegurado; con lo cual, de exigirse el cobro del seguro o su intento mediante la formulación del reclamo para tener por consumado el delito, la hipótesis de comisión por un tercero —para procurar a otro un provecho ilegal—, no tendría aplicación posible. Pero aún hay más: de ponerse al descubierto la maniobra ejecutada por el tercero sin participación ni conocimiento del asegurado-beneficiario, el asegurador deberá igualmente indemnizar<sup>19</sup>, con lo cual el engaño, que resultaba esencial, no existirá, se habrá produ-

<sup>18</sup> Núñez, *Manual de derecho penal*, 2ª ed., p. 251, nota 63.

<sup>19</sup> Ver Cap. III, nota 5.

cido igualmente la lesión patrimonial, y seguirá sin haberse consumado el delito. Va de suyo que esta solución se aleja definitivamente de la letra y el espíritu de la norma. Por el contrario, de situarse la consumación del delito en el momento del incendio o la destrucción, el supuesto queda perfectamente atrapado por el art. 174, inc. 1º del Cód. Penal.

Según nuestro punto de vista, y teniendo en cuenta lo expuesto al tratar la naturaleza de la figura, el momento consumativo no puede ser otro que aquél en que se produce el incendio o la destrucción de la cosa asegurada, supuestos los demás requisitos del tipo objetivo y subjetivo, por lo que resulta innecesario indagar si se consiguió o intentó lograr el provecho ilegal. Esta es la interpretación que mejor cuadra con el texto legal, que reprime al que incendia o destruye una cosa asegurada y no a quien defrauda mediante incendio o destrucción. Al haber además desvinculado a esta norma de la estructura rectora en los tipos de estafa, el esquema evita la notoria inconsistencia que presenta la postura mayoritaria, con cuya conclusión, sin embargo, coincidimos, aunque por diferentes caminos. En efecto, nos parece criticable la postura doctrinaria que ha considerado tradicionalmente a esta figura como una estafa, o la ha estructurado recurriendo a los elementos de aquélla, pero que, a la hora de abordar este problema, rompe los marcos correspondientes para adelantar la consumación de manera incompatible con el esquema de la estafa.

Preferimos, por eso, postular la autonomía de la figura, manteniendo un esquema coherente que evita torturar la letra de la ley con soluciones que le son extrañas, situando así la consumación en el momento de realización de las acciones típicas.

Se superan así, a nuestro entender, los principales problemas relevados por Bacigalupo. La destrucción, por ca-

so, no constituye un ardid ni implica un engaño ya que este elemento —engaño—, no desempeña en nuestro esquema ningún papel. Por otro lado, al tratarse de una figura independiente y no de un delito de daño, el acierto de la escala penal establecida deberá meritarse teniendo en cuenta el orden valorativo de todo el Código Penal y no solamente de los tipos de daño. Por la misma razón, la consumación del delito sin el perjuicio patrimonial, no constituye un problema para la interpretación al responder a una decisión legislativa de política criminal.

Sí nos hacemos cargo de las consecuencias que nuestra posición origina en materia concursal, de las cuales nos ocuparemos más adelante.

#### e) *Jurisprudencia*

Cierto es que en las colecciones de jurisprudencia no abundan los fallos sobre el tema, ni sobre la “estafa de seguro” en general, lo que nos da la pauta de las dificultades que presenta la investigación y comprobación de este delito. Respecto del momento consumativo de esta figura, se detectan algunos fallos de los cuales transcribimos, por su claridad, los tres que siguen:

##### 1.

“No es necesario intentar el cobro del seguro, para que se consume el delito de estafa —art. 174, inc. 1º, Cód. Penal— es decir, no interesa si el delincuente consiguió el objetivo que tenía en vista”. [CNFed. Civ. y Com., 17/2/67, “Toculescu, Esteban”, *LL*, 131-568].

##### 2.

“La estafa del art. 174, inc. 1º del Cód. Penal se consume con la destrucción de la cosa asegurada

concretada con el fin de procurar un provecho ilegal, no interesando si el delincuente consiguió el objetivo que tenía en vista”. [CNCrim. y Corr., Sala V, 25/2/77, “Viola, Héctor F.”, *LL*, 1977-C-419].

### 3.

“Se configura una estafa —y no únicamente su tentativa—, si la infracción no consiste en causar un perjuicio o intentar causarlo, sino en el hecho de procurarse a sí mismo un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador. Entonces, una vez incendiada la cosa asegurada, no pone ni quita, a los efectos de la tentativa, los pasos posteriores del justiciable frente a la compañía aseguradora, en razón de estar ya consumado el delito”. [Cám. 9ª Crim. Córdoba, 7/6/88, “Maccari, Julio C.”, *JA*, 1988-III-604]<sup>20</sup>.

Estos antecedentes son representativos de la posición que campea casi absolutamente en la jurisprudencia nacional y que coincide con la sustentada por la mayor parte de la doctrina, según se ha visto en este capítulo.

En la posición contraria, puede verse el fallo de la Cámara Criminal de Rosario, del 29 de septiembre de 1969<sup>21</sup>, que sostiene que: “El delito imputado (art. 174, inc. 1º, Cód. Penal), no es una figura calificada de daño o de incendio sino un tipo de defraudación; por lo tanto, cualquiera que sea el lugar de la destrucción o incendio de la cosa asegurada, la defraudación se consumará en el lugar en que

<sup>20</sup> En el mismo sentido, pueden consultarse *CSJN-Fallos*, 233: 170, dictamen del procurador general; *CSJN-Fallos*, 271: 79; y el reciente fallo de la CNCrim., Sala VII, 13/5/91, causa 14.955, “Priolo, Vicente”.

<sup>21</sup> Cám. Crim. Rosario, 29/9/69, *JA*, 1970-357.

se reclame la indemnización al asegurador y éste sufra el perjuicio consiguiente”.

### § 18. *EL PERJUICIO*

Consecuencia lógica de lo que expusiéramos en el punto anterior es que el perjuicio, entendido como lesión producida a la propiedad ajena, no constituye un elemento del tipo objetivo del art. 174, inc. 1º del Cód. Penal. Al consumarse el delito en el instante en que se realizan los verbos típicos, no resulta necesaria la comprobación de la existencia de un perjuicio de índole patrimonial efectivamente padecido por el sujeto pasivo.

El texto legal sólo nombra al perjuicio de manera tangencial cuando hace alusión a la predeterminación de ánimo que debe acompañar a la acción: “...*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...*”. Pero esta mención sólo cumple en el texto la función semántica de designar a los posibles sujetos pasivos del delito.

Se trata, evidentemente, de un delito de peligro<sup>22</sup>, en el que el tipo se realiza con la existencia de un perjuicio potencial a la propiedad ajena. Este perjuicio potencial debe entenderse como “el estado de la conducta ya iniciada, causalmente apto para lesionar el patrimonio conforme a las condiciones objetivas de su desarrollo dentro del contexto de la situación”<sup>23</sup>. El redactor no ha tomado en cuenta ningún otro resultado, a diferencia de lo que ocurre en la legislación italiana, entre otras, y en el Proyecto Soler

<sup>22</sup> Esta es también la opinión de Gómez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 296.

<sup>23</sup> Baigún, *El fraude en la administración societaria*, p. 150.

de 1960, en los que se contempla expresamente el logro del propósito, y se lo reprime con una pena mayor.

De la redacción del texto en análisis no puede extraerse otra conclusión. Sin embargo, debe decirse que la metodología legislativa consistente en adelantar la consumación en los delitos contra la propiedad a la puesta en peligro del bien jurídico ha sido, con cierta razón, criticada desde una perspectiva político-criminal por carecer de justificación material suficiente al no tratarse de bienes jurídicos de primera magnitud<sup>24</sup>, lo que lleva demasiado lejos la protección penal en este tipo de delitos. Pese a ello, existen otras figuras dentro del Título VI, Libro II del Código Penal que no requieren un perjuicio patrimonial efectivo<sup>25</sup>.

Conforme con lo que llevamos dicho, no puede desconocerse que, como señala Gómez, resulta imprescindible que del hecho derive la posibilidad de un daño patrimonial que justifique su inclusión por el legislador dentro de la categoría de los delitos contra la propiedad. Señala este autor, siguiendo a Manzini, que no es necesario que exista la probabilidad del daño, siendo suficiente con la mera posibilidad<sup>26</sup>, la cual no puede deducirse exclusivamente de la materialidad del daño causado —incendio o destrucción—, de-

<sup>24</sup> Gutiérrez Francés, *Fraude informático y estafa*, p. 455.

<sup>25</sup> El delito tipificado en el inc. 2º del art. 174, sólo requiere un perjuicio potencial (Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 396); tampoco “se advierte cuál es el perjuicio que le infiere a la propiedad del deudor” el delito de desnaturalización de cheque (Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 427); la quiebra es un delito de peligro, según Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 401; sobre el delito de administración fraudulenta, escribe Baigún, *El fraude en la administración societaria*, p. 151: “El reconocimiento de que el perjuicio potencial resulta etapa suficiente para la realización del tipo es prácticamente opinión unánime en la doctrina nacional, después de la reforma de 1968”.

<sup>26</sup> La contraposición posibilidad-probabilidad ha sido objeto de especial atención en los estudios referidos a los delitos de peligro. Así se ha di-

biendo resultar del modo de comisión del hecho, o de las circunstancias que lo acompañaron o lo siguieron<sup>27</sup>.

En resumen: el disvalor de la acción del tipo de injusto del art. 174, inc. 1º, del Cód. Penal, se agota con el incendio o la destrucción realizados sobre el objeto material de la acción, aptos para generar la posibilidad del perjuicio patrimonial para la víctima, es decir, de generar el peligro para el bien jurídico, sumado a los requisitos subjetivos del tipo.

Claro está que la caracterización de esta figura como un delito de peligro se justifica plenamente si se toma en consideración únicamente el ataque a la propiedad individual de la víctima en el caso concreto, pero si se incluyen en el análisis los otros intereses jurídicos macrosociales que detectáramos al estudiar el bien jurídico (Cap. II, § 5, b), se advierte que éstos resultan directamente lesionados por la realización típica y no solamente puestos en peligro<sup>28</sup>.

---

cho que: “La posibilidad expresa una tendencia real, oculta en los objetos y en los fenómenos, que se traduce en las diversas direcciones que asumen los procesos (...) la probabilidad es la medida cuantitativa de la posibilidad de realización de un acontecimiento cualquiera” (Baigún, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, p. 22 y ss.). Y también que: “En todo caso, parece que se considera a la posibilidad siempre, aun acompañada de los calificativos más exigentes, como inferior a la probabilidad” (Escriva Gregori, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, p. 78). Con respecto a la “probabilidad” se distinguen tradicionalmente dos concepciones: la *gnoseológica*, que considera probable a lo que, según todas o la mayor parte de las apariencias, puede ser declarado verdadero o cierto y establece una graduación según su mayor o menor acercamiento a la certidumbre; y la *ontológica*, que considera a la probabilidad como un concepto aplicable a las cosas mismas. En el primer caso, se dice que un juicio es probable; en el segundo, se dice que un acontecimiento es probable (Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, 5ª ed., t. II, p. 481).

<sup>27</sup> Gómez, *Tratado de derecho penal*, t. IV, p. 296 y su cita; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX, p. 654.

<sup>28</sup> La observación corresponde a Tiedeman, quien además justifica la utilización de figuras de peligro para la descripción de los hechos econó-

### § 19. LA TENTATIVA

Establecer si este delito admite la tentativa requiere de algunas consideraciones previas.

En el análisis sobre la naturaleza de esta figura habíamos dicho que ella presenta una particular fisonomía al aparecer tipificando conductas que sugieren el carácter de preparatorias de otro delito. Este fenómeno, advertible en algunos tipos penales, especialmente entre los delitos de peligro, ha recibido escasa atención por parte de los autores. Quienes se han ocupado de él<sup>29</sup> sostienen, con los matices del caso, y desde un plano teórico, que si bien como norma general los actos anteriores al comienzo de ejecución típico —es decir, los actos preparatorios—, son atípicos, en tanto el Derecho penal no los ha relevado como afectantes de un bien jurídico, en situaciones especiales, el legislador incrimina estos actos, estableciendo excepciones al principio general. Una de las formas de que la ley se vale para penalizar dichas conductas consiste en la creación de tipos penales autónomos, independientes, que conminan con una pena esos actos que, de otro modo, resultarían impunes. Ello puede obedecer a la peligrosidad que para el bien jurídico llevan ínsitas tales conductas, o motivarse en razones de política criminal.

La llamada “estafa de seguro” parece responder a este esquema, y ésta es la opinión de Jescheck<sup>30</sup>. Ello es, en un

---

micos punibles en virtud de “la necesidad de proteger intereses jurídicos supraindividuales en relación con los cuales y para cuya efectiva tutela no resulta imaginable otra configuración típica” (Tiedeman, *Poder económico y delito*, p. 36).

<sup>29</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, ps. 712-713; Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, ps. 410-411.

<sup>30</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, ps. 712-713.

sentido, cierto, ya que de no existir la figura del art. 174, inc. 1º, las conductas descritas en el tipo objetivo no serían, demás está decirlo, punibles, y podrían ser consideradas como meros actos preparatorios de una eventual conducta estafatoria que no ha tenido aún comienzo de ejecución. Pero, en todo caso, no puede perderse de vista que el punto de partida para la determinación de las distintas etapas que conforman sucesivamente el desarrollo de un delito, no puede surgir sino del propio tipo penal, lo que explica la observación crítica de Bacigalupo<sup>31</sup> sobre esta categoría al afirmar que la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos es relativa, dependiendo del punto en el que el legislador fije el comienzo de la protección penal del bien jurídico.

Es por eso que, existiendo una figura como la del art. 174, inc. 1º, ya no es posible hablar de actos preparatorios especialmente incriminados, o de un ardid "...alcanzado por la ley penal en un momento anterior al que ordinariamente se fija como consumativo de la estafa"<sup>32</sup>. Por el contrario, nos enfrentamos a un tipo absolutamente autónomo, independiente, que debe ser sometido a los principios generales relativos a la teoría de la tentativa. Ello explica por qué no pueden sostenerse razonamientos del tipo de los que realiza Manzini<sup>33</sup> para rechazar la posibilidad de la tentativa de este delito.

<sup>31</sup> Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, p. 286.

<sup>32</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 326.

<sup>33</sup> El jurista italiano sostiene que dado que para la consumación de este delito (art. 642, primer párrafo) sólo se requiere que se haya producido la destrucción, sin que sea necesario el uso posterior del artificio, es evidente que "la ley considera suficiente respecto de la consumación un hecho que, frente a la noción de la estafa, tendría el carácter de simple y remota tentativa. Pues bien, si el momento consumativo del delito de que se trata se ha anticipado tanto como para considerar suficiente, para su consumación, la materialidad del artificio, sin que sea necesario usar-

Siguiendo por el camino propuesto, resulta claro que esta figura, que reprime las acciones de incendiar, destruir, etc., no escapa a lo que constituye el principio general en nuestro sistema, que admite la tentativa para los delitos dolosos, aun los de peligro. En este caso, habrá tentativa toda vez que se comience con el incendio o la destrucción de la cosa sin que se logre por circunstancias ajenas a la voluntad del autor.

La doctrina nacional no ha tocado el tema, con excepción de Creus<sup>34</sup>, que admite la tentativa. En la doctrina extranjera, la cuestión ha sido objeto de dispares opiniones<sup>35</sup>.

---

lo, no puede admitirse que también sea punible la tentativa de este delito, dado que se iría a una preparación tan remota que se identificaría con la simple intención" (cit. por Finzi, *La estafa y otros fraudes*, ps. 106-107, nota 66).

<sup>34</sup> Creus, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, p. 519.

<sup>35</sup> A la negativa de Manzini ya señalada en la nota 27, se contraponen la admisión de la tentativa por Tolomei, en Italia, y de Frank, Schonke-Schroder, Mezger, con reparos, y Jescheck, en Alemania.



CAPITULO VI

---

## EL TIPO SUBJETIVO



## § 20. *EL DOLO*

El delito de estafa de seguro requiere para su configuración que el sujeto activo haya actuado con dolo, siendo inadmisibles las formas culposas en atención al modo en que el tipo ha sido estructurado.

El dolo, como es sabido, constituye el núcleo del elemento subjetivo del tipo doloso de comisión y aparece caracterizado en la moderna doctrina como el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y su voluntad de realización. De ahí que se lo reconozca integrado por dos elementos: uno intelectual o cognoscitivo y otro volitivo o conativo.

En el aspecto cognoscitivo, el dolo requiere un conocimiento efectivo, que puede ser actual o actualizable<sup>1</sup>, y este conocimiento efectivo debe abarcar a los elementos descriptivos y normativos (aquellos que requieren ser captados mediante una valoración apoyada en contenidos culturales, sociales o jurídicos) que aparezcan en la descripción típica. Sin embargo, no es necesario, en este caso, un conocimiento especializado por parte del autor sino limitado a la "...especial significación y función que poseen en la vida

<sup>1</sup> Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, p. 302.

social los hechos designados con tales conceptos...”, “...un juicio paralelo en la conciencia del autor”<sup>2</sup>.

En el aspecto conativo, se admiten distintos grados: el dolo directo, que abarca la voluntad realizadora del fin típico que el autor se ha propuesto y los medios seleccionados para alcanzarlo. El dolo indirecto, cuando el autor se representa el resultado típico como una consecuencia necesaria de los medios seleccionados. El dolo eventual, cuando el autor se representa como seriamente posible la realización del resultado típico y se conforma con ella.

Los conceptos que acabamos de recordar nos van a permitir delinear el ámbito propio del elemento subjetivo característico de la estafa de seguro. El conocimiento al que aludimos debe abarcar, por un lado, los elementos descriptivos del tipo objetivo, es decir, las nociones de incendiar, destruir, cosa, nave, carga, flete, etc., de las cuales nos hemos ocupado antes. Por otro lado, debe comprender a los elementos normativos que indudablemente contiene la figura. Nos referimos a los conceptos de “asegurada” relativo a la cosa o nave incendiada o destruida y al de “préstamo a la gruesa”, los que han sido tratados en otro capítulo; y el de “ilegal”, referido al provecho, que veremos en el § 23 de este acápite.

De lo expuesto se concluye entonces que para conformar el aspecto cognoscitivo del dolo en la “estafa de seguro” será imprescindible que el autor del delito conozca efectivamente que la cosa que incendia o destruye se encuentra asegurada o afectada a un préstamo a la gruesa, y que el provecho que persigue es ilegal, debiendo revestir ese conocimiento las características más arriba expuestas, esto es, fundamentalmente, que no se trata de un conocimiento

<sup>2</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, 12ª ed., p. 111.

especializado o jurídico de estos elementos, sino del conocimiento propio del profano, inherente al desarrollo de la vida social. Este conocimiento implica además que el agente conoce que genera con su conducta la situación peligrosa comprendida por el tipo objetivo, requisito éste común a todos los delitos de peligro. El conocimiento de que se genera la situación peligrosa no significa la exigencia de un dolo de peligro, postura ésta abandonada actualmente por la doctrina, sino que debe reunir las mismas características que presenta con relación a los restantes elementos del tipo objetivo.

Desde el aspecto conativo, atendiendo a la descripción legal, solamente es concebible la configuración de este ilícito en la forma dolosa y con dolo directo, debiendo descartarse su posible comisión con dolo indirecto o dolo eventual.

#### § 21. **EL ELEMENTO SUBJETIVO DISTINTO DEL DOLO**

La figura incorpora además uno de los llamados elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, el exigir que las acciones típicas sean realizadas con la finalidad de procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal. Es lo que otra doctrina denominaba un dolo específico o especializado. La importancia de este requisito es clara pues, de no darse, la conducta resultará atípica a la luz de la disposición del art. 174, inc. 1º, si bien podrá constituir otro delito de acuerdo con las circunstancias objetivas del caso y la intencionalidad de su autor. De este modo, si el agente actuó con la única finalidad de destruir bienes del asegurado, podrá haber cometido un delito de daño; si el fuego producido creara un peligro común para las personas o bienes, podrá haberse configurado el delito de incendio, etcétera.

No es necesario, en cambio, que el contrato de seguro o de préstamo a la gruesa haya sido originalmente suscripto con la intención de procurar un provecho ilegal<sup>3</sup>, por lo que resulta penalmente irrelevante la buena o mala fe evidenciada por el autor en tal situación. La finalidad específica debe existir ineludiblemente al momento de realizarse las conductas de incendiar o destruir inscriptas en la figura.

Por el contrario, si el incendio o la destrucción de la cosa asegurada fueron realizados voluntariamente, pero respondiendo a motivaciones de otra índole<sup>4</sup>, y sólo posteriormente surgió en el autor la intención de procurar un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador, para lo cual denuncia el siniestro como casual y reclama la indemnización, es claro que ya no estaremos dentro de la descripción típica del inc. 1° del art. 174, sino en el ámbito de la estafa simple, con lo cual existirá tentativa desde el momento en que se realice el reclamo, y se consumará el delito con el pago de la indemnización originado en el engaño del asegurador.

## § 22. *COMISION DEL DELITO POR UN TERCERO*

Todo lo que hasta aquí llevamos dicho respecto del tipo subjetivo de esta figura resulta aplicable tanto para el caso de que el autor material del delito sea el propio asegurado, como cuando la conducta típica la realiza un tercero des-

<sup>3</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 326.

<sup>4</sup> Por ejemplo, quien incendia una vieja casona para limpiar el terreno en el que piensa edificar y luego, al advertir que aquella estaba asegurada, se presenta a reclamar la indemnización denunciando el siniestro como casual.

vinculado de la relación que une al asegurador y al asegurado por el contrato de seguro.

En esta hipótesis, no se requiere que el beneficiario del seguro tenga a su vez conocimiento de la simulación del siniestro realizada por el autor del incendio o destrucción, siendo suficiente que este último actúe con el ánimo de procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador, para que el delito se configure a su respecto. Va de suyo que si hubo otra forma de intervención por parte del asegurado en el hecho (por ej., instigación al tercero a cometerlo) juegan las reglas comunes de la participación criminal (arts. 45 y 46, Cód. Penal).

### § 23. *LO ILEGAL*

Con el término “ilegal”, que cualifica al provecho que debe procurar el autor, la figura adiciona, según nuestro modo de ver, un ingrediente normativo a la estructura típica. Debe advertirse que no se trata aquí del provecho o lucro “indebido” receptado por otras figuras penales y cuyo contenido habría de determinarse conforme las circunstancias de hecho en las que se produce la acción disvaliosa, circunstancias que determinarán el límite de lo debido o indebido para el caso concreto.

En nuestro caso, lo “ilegal” implica una referencia jurídica cuya significación deberá ser desentrañada en el marco de las disposiciones que en materia de seguros determinan las condiciones bajo las cuales la indemnización resulta legalmente pagada y percibida.

La regla general sobre este punto la brinda el art. 70 de la ley 17.418 para los seguros de daños patrimoniales, que establece que el asegurador queda liberado si el tomador o beneficiario provoca el siniestro dolosamente. La exclu-

sión resulta justificada<sup>5</sup> y se funda en la circunstancia de que es de la esencia del contrato de seguro —aleatorio por naturaleza—, la cobertura de un acontecimiento futuro e incierto al que se denomina riesgo, por parte del asegurador a cambio de una prima que soporta el asegurado; pero no cubre los supuestos en que se provoca intencionalmente el siniestro, situación que ataca el punto medular de la relación asegurativa.

De este modo, el provecho se torna ilegal cuando el agente produce voluntariamente el siniestro porque simula las condiciones que hacen nacer en cabeza del asegurador la obligación de indemnizar, u ocasionan al dador del préstamo a la gruesa la pérdida de la suma prestada y el premio, quedando, en ambos casos, expedita la posibilidad de accionar judicialmente. Es ilegal, como dice Soler, por el hecho de no ser debida en realidad por el asegurador<sup>6</sup>.

Señala con razón Gómez que aquí el provecho ilegal no implica un enriquecimiento<sup>7</sup>. Esto significa que no es en modo alguno necesario que el patrimonio del autor se vea

<sup>5</sup> "...cuando media injustificada provocación intencional del siniestro, la razón estriba, por una parte, en que ese acto intencional modifica el esquema esencial tomado en cuenta por el asegurador al diseñar el contrato de seguro, ya que, por definición, se ha partido de un riesgo, esto es, de un acontecimiento incierto, y el acto doloso quiebra, precisamente, esa incertidumbre, causando voluntariamente el siniestro, alterando la hipótesis sobre la base de la cual se calculó la prima (contraprestación a cargo del asegurado, que constituye la medida económica del riesgo); y, por otro lado, el acto doloso implica normalmente un ingrediente de mala fe que el derecho castiga sistemáticamente en toda su normativa, lo que reitera en el ámbito asegurativo" (Barbato, *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*, p. 24).

<sup>6</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 327.

<sup>7</sup> Gómez, *Tratado de derecho penal*, t. IV, p. 295; da el ejemplo de quien quiere desprenderse de un inmueble y al no poder enajenarlo lo incendia para cobrar la indemnización.

beneficiado, resultando indiferente que el valor de la indemnización sea superior, igual o inferior al de la cosa asegurada. Esto se advierte con toda evidencia en el caso de que el autor del delito no sea el beneficiario del seguro; para el tercero ajeno a la relación asegurativa el hecho será siempre neutro desde el punto de vista patrimonial. Por lo demás, la propia Ley de Seguros fulmina de nulidad el contrato si se celebró con la intención de enriquecerse indebidamente (art. 62) y obliga al asegurador a resarcir solamente el perjuicio efectivamente sufrido aunque al tiempo del siniestro el valor asegurado excediera del valor asegurable (art. 65), por lo que, en la práctica, la hipótesis de enriquecimiento del asegurado por vía de la indemnización del siniestro, resulta excepcional.

En síntesis, lo que reprime la figura es el cobro ilegal, esto es, “el propósito de transformar mercadería en dinero por medio de un siniestro que obligue al asegurador”<sup>8</sup>.

#### § 24. *EL ERROR*

Hemos expuesto sobre los conocimientos requeridos para conformar el aspecto cognoscitivo del dolo al comienzo de este capítulo, saber relativo a los elementos del tipo objetivo y que integra el llamado contenido de representación que el dolo exige. El actuar doloso supone que el autor conoce, en los términos antedichos, los elementos integrativos del tipo objetivo que fundamentan el contenido de injusto de la figura de que se trate, de modo tal que si aquél desconoce total o parcialmente uno o más de estos elementos o yerra sobre su contenido o existencia, esa falta de conocimiento o conocimiento defectuoso excluyen su

<sup>8</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 327.

responsabilidad a título de dolo. Es el caso en que el autor realiza el tipo por error, o en un error de tipo. La exclusión de la responsabilidad dolosa deja, sin embargo, remanente la eventual responsabilidad culposa, si hubiera podido evitarse el error con un obrar más cuidadoso.

En este aspecto, las reglas generales sobre la teoría del error, estructuradas sobre la dicotomía error de tipo-error de prohibición, se aplican sin más a nuestro objeto de estudio. Sólo debe recordarse que la estafa de seguro es un delito doloso, que como ya se dijera sólo puede cometerse con dolo directo y no admite la forma culposa. De ello se sigue que aun en el caso de que el autor obre bajo un error de tipo que hubiera podido superar con una conducta más diligente (vencible), su responsabilidad quedará excluida al no contemplarse la forma culposa para este delito.

## § 25. CASOS PARTICULARES

### a) *El error "in objecto"*

La doctrina, en general, considera que el error *in objecto*, aquel que se produce cuando el autor se equivoca respecto de la identidad del objeto sobre el que recae la acción, es penalmente irrelevante si ambos objetos son equiparables o equivalentes jurídicamente.

El caso puede presentarse cuando un sujeto quiere destruir una cosa asegurada con el ánimo fraudulento del art. 174, inc. 1° del Cód. Penal, pero se equivoca y destruye otra cosa distinta que también se encuentra asegurada. Es decir, quiere destruir una cosa asegurada con intención fraudulenta y destruye una cosa asegurada. El error producido no es relevante y, por tanto, no excluye el dolo, pues el error de esta naturaleza no modifica la pon-

deración jurídico-penal que le cabría a tal conducta de no haber existido aquél.

b) *Ausencia del elemento subjetivo especial*

Distinto supuesto es el de quien destruye una cosa asegurada creyendo que no estaba cubierta por el seguro. Aquí la falta de responsabilidad deriva de la inexistencia del específico elemento subjetivo que requiere la figura, esto es, el propósito de procurar un provecho ilegal en perjuicio del asegurador. De más está decir que si con posterioridad a la destrucción aprovecha la circunstancia para formular un reclamo a la compañía aseguradora por el pago del siniestro, habrá comenzado la ejecución del delito de estafa del art. 172 del Cód. Penal (dolo sobreviniente).

c) *Inidoneidad del objeto y de los medios utilizados*

Más compleja es la solución para la hipótesis en la cual el autor quiere destruir una cosa asegurada, con intención fraudulenta, pero por error destruye una cosa no asegurada, por ejemplo, por hallarse en el momento del acto destructor, vencido el plazo de la cobertura, o por no encontrarse vigente por cualquier motivo el contrato de seguro, o cuando el medio utilizado no resulta idóneo para la producción del resultado.

Para una corriente doctrinaria, en todos estos casos, el autor comienza la ejecución de un delito que no se consuma por razones ajenas a su voluntad, es decir, existe tentativa, que será inidónea (mínimo disvalor de resultado), si no hubo peligro real para el bien jurídico, y será idónea si éste existió, pero, en todos los casos, la conducta será punible<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, p. 295 y siguientes.

Para otra corriente, si el medio no es idóneo para causar el resultado, habrá tentativa de delito imposible, en cambio, si falta algún otro elemento del tipo objetivo (básicamente el objeto), que no se derive únicamente de la falta de consumación, lo que habrá será una ausencia de tipo y no una tentativa. Opera aquí, según esta opinión, un “error de tipo al revés”, sobre el objeto, de modo tal que el autor imagina que existe, pero en la realidad no es tal. Si el objeto es fáctica o jurídicamente inidóneo, no hay tentativa, pues no comienza a ejecutarse ninguna tipicidad<sup>10</sup>.

d) *La echazón y la avería gruesa*

El problema de la denominada “echazón” está previsto en el art. 86 del Cód. Aeronáutico que establece que el comandante de la aeronave tiene el derecho de arrojar durante el vuelo las mercancías o equipajes si lo considera indispensable para la seguridad de la aeronave. En un sentido similar, contemplan la situación las reglas de York-Amberes aplicables en el Derecho marítimo.

En estos casos, y presuponiendo que la mercadería transportada se encuentra asegurada, la responsabilidad a la luz de la figura de la estafa de seguro debe excluirse, ya a nivel de tipicidad, por falta del elemento subjetivo especial requerido por el texto legal, siempre que se obre con la intención de preservar la seguridad de la nave o de sus ocupantes. Lo dicho no obsta a considerar que si la situación de peligro no existía y la conducta se realizó con intención fraudulenta, ésta sea punible. En el primer caso, subsistirá aún una conducta típica en orden al delito de daño que podrá, en el siguiente estadio del análisis, no ser antijurídica por exis-

<sup>10</sup> Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, p. 463 y siguientes.

tir una causa de justificación, aplicándose eventualmente las reglas relativas al error sobre la existencia de una permisión, si es que el autor erró al evaluar la situación de peligro que lo autorizaba a arrojar la mercadería y entendió que estaba legitimado para actuar de ese modo.



CAPITULO VII

---

CONCURSO



## § 26. *INTRODUCCION Y MARCO TEORICO*

La disposición en estudio puede generar arduos problemas de confluencia con otras figuras delictivas. Los casos más comunes se plantean con el delito de estafa (art. 172, Cód. Penal) y con los delitos contra la seguridad común. De ambos supuestos nos ocuparemos por separado.

Previamente, es tarea ineludible la formulación de un marco teórico mínimo que oriente la labor investigativa dentro del escabroso capítulo que la ciencia penal ha dedicado al concurso de delitos. Para ello, expondremos los criterios que nos permitirán distinguir en el caso concreto si una determinada conducta conforma una pluralidad de acciones o constituye una unidad de acción, integrada por varios movimientos.

Welzel ha fijado con claridad los fundamentos de la unidad de acción penal recurriendo a dos factores: la proposición de un fin voluntario (factor final), y el enjuiciamiento normativo social jurídico a través de los tipos (factor normativo). De este modo, diversas actuaciones que se encuentran en una conexión final constituyen una unidad de acción cuando son miembros de un mismo tipo de injusto<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, 12ª ed., p. 310.

Siguiendo este desarrollo, Zaffaroni<sup>2</sup> expresa que el factor final de la unidad de sentido de la acción penal aparece configurado por la unidad de decisión y la unidad de plan realizados, mientras que es el tipo, el encargado de relevar a los movimientos que sólo aparecen vinculados por el factor final, como una unidad de sentido a los efectos del desvalor jurídico. Así, cuando de uno o ambos tipos que concurren en una misma conducta surge que ésta tiene jurídicopenalmente una unidad de sentido, sólo habrá una única conducta, porque uno o ambos tipos impiden que se destruya esa unidad. De los ejemplos que aporta el autor citado, como supuestos de unidad de conducta en los cuales si bien hay pluralidad de impulsos volitivos con una decisión común, hay también un desvalor jurídico común, traemos a colación los dos siguientes:

a) La realización de un segundo tipo aparece como elemento subjetivo del primero, lo cual indica que el tipo desvalora una conducta unitariamente dirigida a consumir ambos y en el que el primer acto no pasa de ser una etapa previa del segundo. Esta consideración unitaria impide la escisión en dos conductas y también impide su consideración como dos delitos cuando el segundo se realiza efectivamente.

b) La segunda tipicidad se cumple como forma de agotamiento de la primera, puesto que si bien no se exige en el tipo primeramente realizado la tipicidad del segundo como elemento subjetivo, ésta se presume o bien no pudo dejar de tenerse en cuenta como muy relevante probabilidad o peligro.

<sup>2</sup> Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, p. 529 y siguientes.

Claro está que estas cuestiones sólo pueden resolverse a través de la interpretación del sentido de los tipos penales en juego en cada caso concreto<sup>3</sup>. Teniendo ello en cuenta y sentadas las precedentes consideraciones, estudiaremos los problemas específicos que plantea el art. 174, inc. 1° del Cód. Penal en su intersección con otras figuras.

§ 27. **CONCURRENCIA CON LA ESTAFA**  
(ART. 172, COD. PENAL)

El problema, sucintamente planteado, consiste en establecer si en el caso de que el autor consiga el propósito perseguido al realizar las acciones de incendiar o destruir una cosa asegurada —esto es, lograr el provecho ilegal en perjuicio del asegurador mediante la reclamación y obtención del pago del siniestro—, dicha conducta constituye una acción distinta de la anterior (eventualmente constitutiva del delito de estafa), y en ese caso, qué tipo de concurrencia ha de adjudicarse entre ambas figuras.

Hemos escrito antes, al referirnos al problema de la consumación de este delito, sobre el tratamiento doctrinario que ha recibido en nuestro país esta cuestión. La opinión es unánime en descartar toda posible concurrencia entre ambos tipos, si bien las razones difieren. Para Varela<sup>4</sup> la razón finca en que "...el ardid (incendio o destrucción) para consumar este delito, se encuentra sancionado con pena mayor que la estafa". Soler<sup>5</sup> lo justifica diciendo que "...el hecho menor de intentar el engaño, está reprimi-

<sup>3</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 997.

<sup>4</sup> Varela, "Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 131.

<sup>5</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 327.

do con una escala penal mayor que la estafa misma, que sólo representaría el agotamiento de un delito ya consumado". Núñez<sup>6</sup> opina que el daño efectivo no constituye otro delito concurrente "...sino una secuela extratípica de la misma conducta castigada ya en su tramo anterior". Es, según Fontán Balestra<sup>7</sup>, un caso de los llamados actos co-penados, por lo que el logro del provecho cae fuera del tipo y no constituye un nuevo delito. La solución es distinta en Alemania, donde la mayoría de la doctrina admite el concurso real entre ambas figuras<sup>8</sup>.

Por nuestra parte, tomando como referencia el marco teórico antes esbozado, habremos de dilucidar como primera cuestión si en la hipótesis dada existen dos acciones distintas o solamente una acción integrada por una pluralidad de movimientos.

La segunda solución es la correcta, vale decir que, aun cuando se realice una conducta destinada a lograr el propósito tenido en mira por el autor, en perjuicio del asegurador, la situación debe valorarse como constitutiva de una única acción, que resulta inescindible de la anterior de producir el incendio o la destrucción de la cosa asegurada. Las razones de esta posición se fundan en que el propósito de obtener un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador integra la descripción típica contenida en el art. 174, inc. 1º, como un elemento subjetivo que se suma al dolo, lo que es indicio de que en el caso de realizarse la segunda tipicidad, ésta ya resulta abarcada por la desva-

<sup>6</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 389.

<sup>7</sup> Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, t. VI, p. 91.

<sup>8</sup> Mezger, *Derecho penal. Parte especial*, p. 263. En el mismo sentido pueden verse las citas de Bacigalupo, *Estafa de seguro; retención indebida*, p. 22, donde afirma además que la posición seguida por los autores argentinos es la que representaron Binding y Frank.

loración unitaria realizada por la primera. La interpretación de los tipos en juego sugiere que los distintos movimientos en que puede descomponerse esta conducta se encuentran íntimamente relacionados por el factor final, ya que el segundo tramo resulta el consecuente lógico y natural de la realización de la primera tipicidad, a punto tal que, sin aquella, la primera difícilmente tendría sentido en relación con el plan del autor. Dicho de otro modo, las distintas secuencias de la conducta representan una unidad de sentido a los efectos penales, dada por la unidad de plan y la unidad de decisión. Por otro lado, esa pluralidad de movimientos unidos por una resolución común aparece además dotada de un sentido unitario a los efectos de la desvaloración jurídico-penal, que se agota con el desvalor de acto de la primera tipicidad, absorbiendo todo el contenido de ilícito de la conducta.

La existencia de una unidad de acción penal en el caso propuesto, permite descartar la posibilidad del concurso real entre la estafa posterior y la infracción al art. 174, inc. 1°, pero deja subsistente la eventual aplicación de las reglas del concurso ideal y del concurso aparente —unidad de ley—.

En favor del concurso ideal, podría argüirse que la obtención del provecho ilegal en perjuicio del asegurador aumenta el grado de afectación del bien jurídico, transformando el peligro en lesión. Sin embargo, juzgamos más acertada la segunda alternativa. El caso encuadra en lo que la doctrina llama acto posterior co-penado, que constituye un supuesto de concurso aparente de leyes por consunción.

En abono de esta postura, debe tenerse presente que el hecho posterior que ocasiona el perjuicio, no ataca un nuevo y distinto bien jurídico, sino que únicamente procura realizar el provecho ilícito. Lo típico de la relación entre el hecho y el hecho posterior —afirma Jescheck— consiste

en que, normalmente, el autor también ha de cometer el hecho posterior para que el principal pueda tener para él algún sentido. Esto conduce a pensar que el tipo del art. 174, inc. 1º, agota el contenido material de la prohibición, en el caso propuesto, de la segunda tipicidad, de modo tal que el juicio de reproche que recaiga sobre el primer hecho refleja por completo el desvalor de los distintos momentos de la conducta, que conforman una única acción a los efectos penales.

#### § 28. *CON LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COMUN*

En estas situaciones, será menester diferenciar con cuidado el incendio y la destrucción constitutivos de las acciones típicas de la estafa de seguro, de aquellos mismos fenómenos caracterizados como “estrags”<sup>9</sup> en el art. 186 y siguientes del Cód. Penal. Aquéllos erigen un injusto que agrede a la propiedad penalmente tutelada; éstos, representan un peligro para la seguridad común<sup>10</sup>.

Sobre esta cuestión, se ha resuelto que si el incendio, aun provocado intencionalmente, no generó un peligro común para las personas o bienes, esto es, si no alcanzó las dimensiones inherentes al concepto jurídico de incendio, la califi-

<sup>9</sup> “...estrageo, dentro del Cap. I, Tít. VII, es significador de formas delictivas caracterizadas por su aptitud o capacidad de crear peligro generalizado para las personas o bienes” (Carrera, *Estrago*, en “Cuadernos del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba”, nº 116, p. 70).

<sup>10</sup> “La seguridad común, como bien protegido por este título, es el estado colectivo exento de situaciones físicamente peligrosas o dañosas para los bienes o las personas en general” (Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. VI, ps. 41-42).

cación de estrago deberá descartarse y sólo subsistirá la “estafa de seguro”<sup>11</sup>.

La posibilidad de concurrencia entre ambos delitos existe cuando el incendio producido con la finalidad del art. 174, inc. 1° del Cód. Penal, adquiere las características de un delito que afecta la seguridad pública, vulnerando el bien jurídico tutelado por el Tít. VII del Código. Esto ocurre cuando se transforma en un “...fuego de potencialidad expansiva incontrolada, en el sentido de que no tiene en sí mismo limitabilidad, aunque sea dominable por otros medios. En esa expansibilidad reside el peligro propio del fuego calificable de incendio. Por consiguiente no es necesariamente un incendio un fuego encendido en llamas, ni un fuego vasto”<sup>12</sup>.

Esta hipótesis de confluencia ha generado algunos problemas en la doctrina y en la jurisprudencia. La mayoría de los autores entiende que la figura de la estafa de seguro queda desplazada por el delito contra la seguridad común, por la mayor gravedad de las escalas penales estipuladas para estas figuras. Se sostiene además, que en el caso de consumarse la estafa, con el correspondiente perjuicio patrimonial, por el pago de la indemnización no debida realmente, dicho ilícito concurre materialmente con el delito contra la seguridad común<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> CSJN, 29/11/77, “Lázaro Schpoliansky”, *CSJN-Fallos*, 299: 219, y CNCrim. y Corr., Sala VII, caso 7759, 24/3/87, “Cruz de Masri”, *JPBA*, 63-5371.

<sup>12</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. VI, p. 44.

<sup>13</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 328; Varela, “Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, p. 131; Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. VI, p. 390; Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, t. VI, p. 93; Laje Anaya, *Derecho penal argentino*, t. II, p. 150.

La concurrencia aquí se produciría con la estafa simple, pues “la apreciación del peligro hecha por aquellas disposiciones más severas contiene (y supera) a la de dicho art. 174”<sup>14</sup>.

Los tribunales han aceptado este criterio al resolver que: “La producción intencionada de un siniestro con el objeto de cobrar el seguro que ampara el bien destruido configura la llamada ‘estafa de seguro’ del art. 174, inc. 1° del Cód. Penal, siempre que con la producción del siniestro no se provoque un peligro común para los bienes o las personas, puesto que en este caso surge la figura del estrago, en concurso real con estafa simple del art. 172 del Cód. Penal, delito éste que desplaza a la estafa especial mencionada, porque en caso contrario la razón de la agravante se computaría dos veces, una vez en la figura contra la seguridad común y otra vez, en la figura contra la propiedad”<sup>15</sup>.

Los argumentos no son convincentes y las soluciones a que conducen resultan insatisfactorias y defectuosas, y se apoyan en un manejo arbitrario del dolo del autor. Para abordar el tema de acuerdo con el esquema inicial de este capítulo, digamos que quien realiza la conducta descrita en el tipo del art. 174, inc. 1° del Cód. Penal, generando a la vez un peligro común para los bienes o las personas, permanece dentro de lo que hemos caracterizado como unidad de acción en sentido jurídico-penal. La diferencia radica en que a esta unidad de acción le son aplicables distintos tipos penales que sólo en su valoración conjunta agotan el contenido de injusto de la conducta, lo que subsume el caso en las reglas del concurso ideal, tanto si el peligro contra la seguridad común fue generado dolosa o

<sup>14</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 328.

<sup>15</sup> CNCrim. y Corr., Sala IV, 13/12/74, “Herscovich, Mario”, *LL*, 1975-A-403; en el mismo sentido: CNCrim. y Corr., 24/8/89, “S.V.”, caso 23.260.

culposamente. Demás está decir que no se dan en este supuesto las razones que nos llevaron a adoptar la solución del concurso aparente de leyes para el caso anterior. En conclusión, pensamos que siempre que el agente inicie la ejecución del delito de estafa de seguro, y el fuego adquiere luego una magnitud —querida o no—, vulnerante de un nuevo y distinto bien jurídico, la seguridad común, existirá un concurso ideal entre aquel delito y la figura correspondiente del Tít. VII del Cód. Penal, que podrá ser dolosa o culposa, si bien la hipótesis más común será la del dolo eventual, en la cual el autor realice la tipicidad del art. 174, inc. 1º, y se represente la posibilidad de la realización del tipo contra la seguridad común, contando seriamente con la posibilidad de la lesión de ese otro bien jurídico y conformándose con ella.

Creus<sup>16</sup> ha demarcado el sendero correcto sobre este punto al objetar la solución propuesta por la doctrina y la jurisprudencia. El autor postula la existencia de un concurso ideal entre el delito contra la seguridad común y la estafa de seguro, cuando el incendio y la destrucción fueron emprendidos con la finalidad requerida por el tipo del art. 174, inc. 1º, y luego derivaron en una situación de peligro común. Sustenta su posición en el hecho de que aquel “...elemento subjetivo autonomiza el hecho delictivo y no permite insertar el caso propuesto en ninguno de los principios del concurso aparente, además de que, si se tomase como criterio de consunción la mayor punibilidad nos hallaríamos con que en los casos de creación culposa de peligro común (arts. 189 y 192, Cód. Penal, por ej., en que el incendio haya adquirido una magnitud no querida), debería ser la figura del art. 174, inc. 1º la desplazante, lo que resultaría notoriamente inexacto”.

<sup>16</sup> Creus, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, p. 518.



CAPITULO VIII

---

## LA FIGURA EN OTROS CODIGOS AMERICANOS



## § 29. **BRASIL**

El Código Penal del Brasil presenta una parte general y otra Especial. Dentro de esta última, el Tít. II contempla los delitos contra el patrimonio, y en el Cap. VI denominado “Do estelionato e outras fraudes” trata la figura en cuestión. Lo hace en el art. 171, 2º, V, que reprime al que: “...destruye, total o parcialmente, u oculta una cosa propia, o lesiona el propio cuerpo o la salud, o agrava las consecuencias de la lesión o enfermedad, con la finalidad de obtener la indemnización o el valor del seguro”<sup>1</sup>.

A diferencia del Código nacional, aquí no se contempla la comisión del delito por un tercero pues las acciones típicas deben recaer sobre cosa propia, pero son aplicables las formas comunes de participación, por ejemplo, cuando un tercero provoca o agrava las lesiones del asegurado con conocimiento de la situación.

<sup>1</sup> El texto en su idioma original dice: “Art. 171... 2º: *Nas mesmas penas incorre quem: ...V. Destroi, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesao ou doença, com o intuito de haver indenizacao ou valor de seguro*” (Felippe, *Código Penal e Código de Processo Penal anotados*, p. 108).

No existe tampoco referencia al incendio como medio comisivo, abarcado por el concepto de destruir, y se precisa el alcance del término destrucción en cuanto a su magnitud, que puede ser total o parcial. Pero si la destrucción fue realizada mediante incendio o explosión que entrañen un peligro común, esta figura queda desplazada por las correspondientes a los delitos de peligro común (art. 250, 1º, o art. 251, 2º) salvo que el agente reciba la indemnización, en cuyo caso, concurrirá materialmente este delito con el de peligro común<sup>2</sup>.

Se contempla también el ocultamiento de la cosa y la lesión al propio cuerpo o la salud, y el agravamiento de las consecuencias de la lesión o enfermedad, hipótesis estas que no aparecen en el art. 174, inc. 1º de nuestro Código, pero que habían sido incorporadas al Proyecto Soler de 1960 siguiendo la orientación del Código italiano que también deja ver su influencia en esta figura.

Fragoso<sup>3</sup> entiende que se trata de un delito de peligro, pues no exige la producción del daño como momento consumativo, y admite la tentativa, si bien reconoce que es de difícil configuración. Señala también que el objeto de la tutela jurídica es el patrimonio del asegurador. Digamos, por último, que la pena fijada para este delito es la de prisión de uno a cinco años y multa.

### § 30. VENEZUELA

El Código venezolano define genéricamente a la estafa y estructura los llamados “casos demostrativos de la estafa” en el art. 465; luego, en el art. 466 incorpora “otros frau-

<sup>2</sup> Fragoso, *Licoes de direito penal. Parte especial*, p. 401 y siguientes.

<sup>3</sup> Fragoso, *Licoes de direito penal. Parte especial*, p. 401 y siguientes.

des” en diversos incisos, de los cuales nos interesa el 6° que reprime con “...prisión de dos a seis meses a quien hubiere destruido, deteriorado u ocultado cosas de su propiedad, con el objeto de cobrar para sí o para otro el precio de un seguro. Si hubiere conseguido su propósito incurrirá en las penas establecidas en el art. 464”.

La redacción sigue fielmente la orientación del viejo Código italiano de Zanardelli, art. 414. Incluye el ocultamiento de la cosa asegurada, acción que en nuestro sistema, sólo puede configurar una estafa simple, y sólo se aplica a cosas de propiedad del autor.

Entiende la doctrina, siguiendo en esto a Manzini, que se ha querido incriminar la simple preparación de un fraude estafatorio; las conductas descritas, en principio lícitas, aparecen sancionadas por el legislador en razón del peligro que representan para los intereses ajenos, dada la circunstancia de que las cosas se encuentran aseguradas<sup>4</sup>.

Si el provecho perseguido se logra, con perjuicio para el patrimonio ajeno, se configura una estafa, por lo que la figura remite a las penas establecidas en el art. 464, esto es, de uno a cinco años de prisión.

### § 31. **BOLIVIA**

El art. 338 del Código Penal boliviano (fraude de seguro) dice: “El que con el fin de cobrar para sí o para otros la indemnización de un seguro o para incrementarla por encima de lo justo, destruyere, perdiere, deteriorare, ocultare o hiciere desaparecer lo asegurado, o utilizare cualquier otro medio fraudulento, incurrirá en la pena de privación de li-

<sup>4</sup> Ver Arteaga Sánchez, *La estafa y otros fraudes en la legislación penal venezolana*.

bertad de uno a cinco años. Si lograre el propósito de cobrar el seguro, la pena será agravada en una mitad y multa de treinta a cien días”.

Sujeto activo puede ser el asegurado o un tercero, y la finalidad debe consistir en cobrar para sí o para otro la indemnización del seguro o en incrementarla por encima de lo justo. Esta última mención resulta original y contempla una situación diferente. Estamos aquí frente a un siniestro producido sin intervención del asegurado y, por ende, existe legítima obligación de indemnizar. Pero la conducta deviene penalmente reprochable cuando el autor reclama una indemnización mayor a la debida apoyando su reclamo en medios ilícitos. Las variantes pueden ser numerosas: denunciar mayor cantidad de bienes que los sustraídos; destruir o deteriorar más que los realmente afectados por el siniestro; fraguar documentación para aumentar las existencias previas al siniestro, etcétera. Estas conductas quedan así atrapadas por la figura específica, a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema, en donde, por lo general, constituirán estafas simples.

Las acciones típicas son múltiples y abarcan una amplia gama de posibilidades: destruir, perder, deteriorar, ocultar, hacer desaparecer o hacer uso de cualquier medio fraudulento, con lo cual el tipo objetivo adquiere una amplitud mucho mayor que el de nuestro Código, incluyendo supuestos que, en nuestro sistema, reiteramos, sólo serían simples estafas cometidas en perjuicio de un asegurador.

La consumación del delito ocurre con la sola realización de las conductas descritas aunque no se produzca el perjuicio al asegurador<sup>5</sup>, pero si éste se produce, por lograrse cobrar la indemnización, la pena se aumenta en la mitad,

<sup>5</sup> Ver Harb, *Código Penal boliviano*.

siguiendo en ésto al modelo italiano que diferencia las escalas penales aplicables según que se haya o no conseguido el propósito perseguido.

### § 32. *URUGUAY*

Este delito aparece legislado en el art. 349 del Cód. Penal uruguayo que lo denomina “destrucción maliciosa de cosa propia, o mutilación maliciosa de la propia persona”, y lo configura en los términos que siguen: “El que con el fin de obtener el precio de un seguro o algún otro provecho indebido, destruyese, deteriorare u ocultare una cosa de su propiedad, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría. La misma pena se aplicará al que, inducido por idénticos propósitos, se infiriese o se hiciese inferir una lesión personal”. Cita como antecedentes Cód. Penal 89, art. 383, originario del Proyecto Zanardelli art. 381, modificado conforme al Cód. Penal italiano, art. 642, incs. 1º y 2º con diferencias.

En comparación con nuestro sistema, la primera gran discrepancia surge de la misma ubicación de esta figura. Aparece en el Cap. III del Tít. 13 denominado “Delitos contra la propiedad mueble, mediante engaño”, por lo que solamente resultaría aplicable cuando las conductas descritas recaigan sobre cosas muebles. Nuestro artículo, con mejor criterio, no hace distinción alguna al respecto, con lo que el objeto se amplía abarcando tanto cosas muebles como inmuebles. En rigor, la limitación carece, para nosotros, de fundamentos pues no existe razón para excluir a los bienes inmuebles como posibles objetos de este ilícito.

Se incluye también aquí el ocultamiento de la cosa y se incorpora la acción de inferirse o hacerse inferir una lesión, con el mismo propósito, novedad tomada del nuevo art. 642 del Cód. Penal italiano.

### § 33. *PARAGUAY*

La conducta en estudio carece, en la legislación penal paraguaya, de una tipificación de la especialidad característica en casi todas las legislaciones americanas. Sin embargo, queda atrapada por la redacción, más general, del art. 399 del Cód. Penal que reprime al que: "...con el fin de procurarse una ganancia ilegítima para sí o para otro, destruyere o deteriorare por cualquier medio, una cosa de su propiedad".

La acción típica se circunscribe a la destrucción o deterioro por cualquier medio, lo que excluye otras conductas tales como la ocultación o la desaparición de la cosa. Los objetos deben ser de propiedad del autor, y la finalidad específica, la de procurar para sí o para otro una ganancia ilegítima, expresión genérica que permite incluir en ella el supuesto del pago de un siniestro ilícitamente obtenido. En materia de pena, remite al art. 396 que diferencia la escala aplicable de acuerdo con el monto del perjuicio producido.

### § 34. *COLOMBIA*

El Código Penal colombiano reprime este accionar en el art. 417 que reza: "El que con el fin de obtener para sí o para un tercero el precio de un seguro u otro provecho ilícito destruya, oculte o deteriore objetos asegurados de su propiedad, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y en multa de veinte a dos mil pesos. El que con el fin expresado se cause a sí mismo una lesión personal o agrave voluntariamente las consecuencias de las que sin intención o culpa le hubieren sobrevenido, incurrirá en la mitad de tales sanciones".

El elemento subjetivo se amplía en esta descripción, pues a la finalidad de obtener para sí o para un tercero el

precio de un seguro se agrega "...u otro provecho ilícito". Los bienes asegurados deben ser de propiedad del autor, aunque el beneficio sea para un tercero, y se contempla la ocultación de la cosa asegurada y la autolesión.

A la pena de prisión se agrega, en este caso, una pena pecuniaria, y ambas sanciones se reducen a la mitad en los supuestos de autolesión del asegurado y agravamiento voluntario de las lesiones producidas sin su intención o culpa.

### § 35. *PERU*

Configura este ilícito, el Código Penal peruano, en el art. 245, ubicado en el Tit. IV bajo el acápite de "Estafas y otras defraudaciones", en estos términos: "Será reprimido con prisión no mayor de seis años ni menor de un año: 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 préstamos a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada, o cuya carga o flete estén aseguradas o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa...".

La redacción no difiere de la del art. 174, inc. 1º de nuestro Código, salvo en lo que respecta al monto de la pena que tiene un mínimo de un año de prisión frente a los dos años del Código argentino.

Sin embargo, en el sistema peruano, esta figura también revela un agravamiento de la pena con respecto a la estafa simple que regula en el art. 244 y que tiene un mínimo de un mes de prisión. Por otro lado, el art. 247, refiriéndose a todos los supuestos de los arts. 245 y 246 establece que si el culpable fuere empleado público sufrirá además inhabilitación especial perpetua.

### § 36. *COSTA RICA*

El art. 220 de su Código Penal expresa: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con treinta a cien días multa, el que, con el propósito de lograr para sí mismo o para otro el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal, destruyere, dañare o hiciere desaparecer una cosa asegurada. Si lograre su propósito, la pena será la contemplada en el art. 223. Iguales penas se aplicarán al asegurado que con el mismo fin se produjere una lesión o agravare las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio”.

Discrepa con nuestra figura, pues discrimina la escala penal aplicable según que el autor logre o no su propósito. Además, incluye el rubro de infortunios personales al sancionar el supuesto de autolesión y de agravamiento de las consecuencias de las lesiones producidas por un infortunio, y la acción de hacer desaparecer la cosa asegurada.

### § 37. *PANAMA*

Trata la cuestión en el capítulo destinado a “La estafa y otros fraudes”, art. 361: “El que para obtener para sí mismo o para un tercero el valor de un seguro u otro provecho indebido, destruye, dispersa o deteriora, de cualquier manera, cosas que le pertenecen, incurrirá en reclusión por ocho días a ocho meses, y si realizare su propósito, se le aplicarán las disposiciones del artículo que precede”.

El artículo citado, 360, reprime al que por medio de artificios o de astucias encaminadas a engañar o sorprender la buena fe de alguno, o induciéndolo a error, se procure o procurare a otro un provecho ilícito, con perjuicio de tercero, y establece una pena de reclusión de dos meses a dos años y multa de diez a doscientos balboas, aumentándose

la escala punitiva —reclusión de dos meses a tres años—, para el caso de que el delito sea cometido por abogados, apoderados o administradores en el ejercicio de sus funciones, o si se comete en perjuicio de la administración pública o de un establecimiento de beneficencia.

Surge del texto que las cosas deben ser de propiedad del asegurado, aunque el beneficio resulte para otro. No contempla la ocultación de la cosa ni los supuestos de infortunios personales.

La pena sorprende por su levedad —reclusión de ocho días a ocho meses—, teniendo en cuenta la magnitud del daño que se puede causar. Ello aun para el caso de que se consiga el propósito, supuesto en que la pena se eleva de dos meses a dos años de reclusión.

### § 38. *GUATEMALA*

Se denomina a esta figura en el Código de la materia, “Estafa mediante destrucción de cosa propia”, descrita en el art. 265, que reprime a “...quien para obtener el pago de un seguro o algún provecho indebido en perjuicio de otro, destruyere, deteriorare u ocultare, total o parcialmente, un bien propio, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de cien a cinco mil quetzales”.

Se precisa el alcance de la destrucción (total o parcial), que debe recaer sobre bienes propios del autor, y se incluye el ocultamiento de la cosa.

### § 39. *EL SALVADOR*

La conducta aparece descrita en el inc. 5° del art. 243 del Cód. Penal, que castiga el: “Cobro indebido de un segu-

ro mediante destrucción, daño o desaparecimiento de la cosa asegurada, o cuando el asegurado se produjere una lesión o agravare los daños o las lesiones sufridas en un infortunio”.

No exige que los bienes sean de propiedad del autor. Incluye los supuestos de ocultación de la cosa y de autolesión del asegurado.

#### § 40. *NICARAGUA*

Incluye el supuesto en el art. 283 de su Código Penal que dispone que comete delito de estafa el que con ánimo de lucro y en perjuicio del patrimonio de otro verifica con éste un convenio o realiza actos valiéndose para ello de cualquiera de los siguientes métodos: “...12) Destruyendo, ocultando o deteriorando una cosa de su propiedad con el fin de obtener para sí o para un tercero el precio de un seguro o algún otro provecho ilícito, infiriéndose o haciéndose inferir con el mismo objeto una lesión personal, o agravando voluntariamente las consecuencias de las que sin su intención o culpa le hubieren sobrevenido”.

Requiere que las cosas sean de propiedad del autor e incluye tanto las lesiones personales como la ocultación de la cosa.

#### § 41. *MEXICO*

Dispone en el art. 399 que: “Cuando por cualquier medio se causen daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de tercero, se aplicarán las sanciones del robo simple”.

Equipara esta acción, en cuanto a la pena, con el robo simple. Sólo concibe la destrucción o deterioro como accio-

nes típicas que pueden recaer sobre bienes propios o ajenos, pero con perjuicio de un tercero, encuadrando en esa calidad el asegurador de la cosa siniestrada.

#### § 42. *HONDURAS*

Su Código Penal carece de una descripción específica que contemple las conductas de las que nos venimos ocupando, cometidas en perjuicio de un asegurador. Sin embargo, se refiere a la cuestión al tratar las figuras de incendio. Allí, en el art. 554 establece: “Si las cosas incendiadas pertenecieran exclusivamente al incendiario, se le impondrá la pena de reclusión menor en su grado medio, si el incendio hubiere sido causado con propósito de defraudar los derechos de tercero o de causarle perjuicio, o si aún sin este propósito se le hubiere realmente causado, o bien si la cosa incendiada hubiere sido un edificio en lugar poblado”.

Las cosas deben ser de propiedad del autor. El aspecto subjetivo se satisface con el propósito de defraudar los derechos de tercero o de causarle perjuicio, supuesto que engloba los derechos del asegurador de la cosa incendiada. Pero el delito se configura aun cuando sin el propósito referido el perjuicio se haya realmente causado.

Se cita también, con relación a este artículo, el decr. 24, que dice: “El Congreso Nacional, decreta: Art. 1º: Para la aplicación de las penas que correspondan con arreglo al art. 554 del Cód. Penal, se presume autor del incendio en propiedad asegurada, al dueño del edificio o establecimiento asegurado, mientras no se pruebe lo contrario. Art. 30: En los casos de incendio a que se refiere el art. 554 del Cód. Penal, se juzgará a los culpables tanto por este delito como por el de estafa que hubiere tenido por objeto el incendio. Art. 40: A ninguna solicitud para percibir el valor del seguro se

dará curso sin que el juicio criminal haya sido fenecido y el asegurado haya demostrado su inculpabilidad”.

Se consagra así una presunción de responsabilidad en contra del dueño del edificio o establecimiento asegurado, con inversión de la carga de la prueba, pues queda a su cargo demostrar que no fue autor del incendio. Es claro que esta solución no podría tener cabida en nuestro Derecho, pues desconoce la presunción de inocencia de que todo imputado goza, por imperativo constitucional, hasta tanto se lo declare culpable por sentencia firme. Con un similar sistema de presunciones *juris tantum* legisla esta figura el Código Penal chileno.

#### § 43. *ECUADOR*

En el capítulo denominado “Del incendio y otras destrucciones, de los deterioros y daños”, el Código Penal del Ecuador enumera casuísticamente, en los arts. 388 y 389, una serie de bienes cuyo incendio reprime, y en el párr. 2º del art. 389 establece que: “...Si estos objetos pertenecieran exclusivamente a los que los han incendiado, y el fuego se pusiere con intención fraudulenta, los culpados serán reprimidos, en los casos no comprendidos en el artículo anterior, con prisión de uno a cinco años y multa de cuarenta a ciento sesenta sucres...”.

Es necesario que los bienes sean de propiedad de quien causó el incendio y que éste actue con intención fraudulenta, lo que incluye la finalidad de obtener ilícitamente el cobro de un seguro.

#### § 44. *CHILE*

Legisla sobre el particular el Código Penal chileno en el art. 483 que establece que: “Se presume responsable de

un incendio al comerciante en cuya casa o establecimiento tiene origen aquél, si no justificare con sus libros o documentos u otra clase de prueba que no reportaba provecho alguno del siniestro. Se presume también responsable de un incendio al comerciante cuyo seguro sea exageradamente superior al valor real del objeto asegurado en el momento de producirse el siniestro. En los casos de seguros con póliza flotante se presumirá responsable al comerciante que, en la declaración inmediatamente anterior al siniestro, declare valores manifiestamente superiores a sus existencias. Asimismo, se presume responsable si en todo o en parte ha disminuido o retirado las cosas aseguradas del lugar señalado en la póliza respectiva, sin motivo justificado o sin dar aviso previo al asegurador. Las presunciones de este artículo no obstan a la apreciación de la prueba en conciencia”.

La disposición contempla cuatro hipótesis distintas y, en todos los casos, consagra un sistema de presunciones invirtiendo la carga de la prueba, depositando en cabeza del imputado la necesidad de demostrar su inocencia.

En el primer caso, deberá demostrar que el siniestro no le reporta ningún provecho para eximir su responsabilidad por el incendio ocurrido en su casa o establecimiento. En los dos siguientes, la presunción funciona cuando el valor del seguro supera notablemente el del objeto asegurado al momento del siniestro y, en caso de póliza flotante, cuando se declaren valores muy superiores a las existencias. En el último, se prevé el retiro o la disminución de las cosas del lugar señalado en la póliza.

Como señalamos al tratar la legislación de Honduras, estos sistemas de presunciones con inversión de la carga probatoria no resultan aplicables en nuestro Derecho, pues contrarían la presunción constitucional de inocencia.



CAPITULO IX

---

LA ESTAFA (ART. 172, COD. PENAL) EN LOS SEGUROS



## § 45. *INTRODUCCION*

Hemos señalado ya que la especie delictiva que reprime la figura de la “estafa de seguro”, del art. 174, inc. 1º del Cód. Penal no agota, ni por asomo, el espectro de posibles conductas defraudatorias susceptibles de ser cometidas en el ámbito del vínculo asegurador.

Las particulares modalidades comisivas que requiere aquella figura excluyen de su órbita de aplicación a otro tipo de fraudes en los cuales la ausencia de las acciones típicas de incendio o destrucción de la cosa asegurada, impide su encuadre en el tipo objetivo del citado artículo, por lo que su investigación y juzgamiento deberán llevarse a cabo a la luz de la figura genérica de la estafa que legisla el art. 172 del Cód. Penal.

En los casos a los que ahora aludimos, las conductas delictivas involucran el despliegue de variados ardidés ejecutados con la intención de defraudar los derechos del asegurador mediante la simulación o producción fraudulenta del siniestro. Este accionar, al generar falsamente las condiciones que hacen nacer —o tornar más gravosa—, en cabeza del asegurador la obligación de indemnizar el siniestro denunciado, origina el engaño y el error que determinará, eventualmente, el acto de disposición patrimonial

perjudicial constituido por el pago de la indemnización no debida en realidad, o de una mayor a la que correspondía, de acuerdo con la magnitud real del daño provocado por el siniestro.

No es este el lugar para efectuar un estudio de la figura de la estafa simple, sobre la cual existe bibliografía específica. Será útil, en cambio, señalar algunas diferencias que la distinguen del tipo de la estafa de seguro del que nos hemos venido ocupando en los capítulos precedentes.

#### § 46. *DIFERENCIAS CON LA “ESTAFA DE SEGURO”*

##### a) *En el tipo objetivo*

##### 1. *Acciones típicas*

Vimos al tratar la “estafa de seguro”, que el tipo objetivo estaba determinado por las acciones típicas de incendiar o destruir.

En la estafa del art. 172 del Cód. Penal, que reprime al que “...*defraudare a otro...*”, el medio comisivo “...se construye sobre la base del verbo ‘defraudar’ que entraña un acto de desapoderamiento que significa la obtención de una disposición patrimonial ajena e injusta lograda con engaño o ardid, o más bien, la inducción a una disposición patrimonial injusta”<sup>1</sup>. Por lo común, se entiende que, en el delito de estafa, debe existir una relación de causalidad entre el fraude de que se vale el autor, en sus distintas formas (ardid o engaño, por acción o por omisión), y el error de la víctima generador de la disposición patrimonial perjudicial. De este modo, la doctrina tradicionalmente ha estructurado este delito en base a cuatro elementos autónomos:

<sup>1</sup> Rojas Pellerano, *El delito de estafa y otras defraudaciones*, t. I, p. 15.

el ardid o engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio. Estos elementos aparecen vinculados estrechamente por una doble relación de causalidad: el ardid o engaño debe haber provocado el error de la víctima, el que, a su vez, debe ser causa del desplazamiento patrimonial ruinoso. El sujeto pasivo, entonces, dispone voluntariamente en su perjuicio, pero con una voluntad viciada por el error.

Y si bien se enuncian en el artículo casuísticamente las modalidades más corrientes (nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza, o aparentando bienes, crédito, empresa o negociación), la nómina no es taxativa y contempla la defraudación “...*valiéndose de cualquier otro ardid o engaño*”, lo que amplía notoriamente el campo de aplicación de la norma respecto de los límites con que fue concebido el art. 174, inc. 1° del Cód. Penal, ya que, en definitiva, estafar no es más que defraudar valiéndose de cualquier ardid o engaño.

Por otro lado, dijimos antes<sup>2</sup> que, en la figura específica, la simulación debe recaer sobre las condiciones en que el siniestro se produce y no sobre su existencia, pues éste debe ser real. A diferencia de ello, el tipo genérico comprende todas aquellas conductas mediante las cuales se simula la ocurrencia misma del siniestro, por ejemplo, cuando se oculta la cosa asegurada y se denuncia la sustracción de ella.

## 2. Objeto

El objeto de la “estafa de seguro”, de acuerdo con lo ya antes expresado, está constituido por los conceptos de cosa asegurada, nave asegurada y carga o flete asegurados.

<sup>2</sup> Ver Cap. IV, § 14.

En la estafa simple, su objeto material admite un concepto de propiedad entendido en su más amplia acepción. Este delito puede recaer, como dice Núñez<sup>3</sup>, sobre cualquiera de los contenidos posibles de la propiedad, incluyendo la tenencia, posesión o dominio de una cosa mueble, ventajas económicas, etcétera.

### 3. *Consumación*

La consumación en la “estafa de seguro” fue tratada extensamente en el Cap. V, al que remitimos. Debemos recordar aquí en lo fundamental, que ese delito se consuma en el momento y en el lugar en el que se producen el incendio o la destrucción de la cosa asegurada, con la finalidad específica de la figura, sin importar si el sujeto activo consiguió el provecho ilegal con el consiguiente perjuicio de la víctima.

Por el contrario, la estafa simple —delito material e instantáneo— se consuma en el momento en el que se produce el acto de disposición patrimonial por parte de la víctima, esto es, con la entrega de la cosa, instante en el que se materializa el menoscabo a la propiedad ajena, y la restitución de aquella o el resarcimiento patrimonial al sujeto pasivo, posteriores a la consumación, resultan penalmente irrelevantes y no extinguen las consecuencias del delito<sup>4</sup>. Se trata, por tanto, de un delito de daño efectivo y no de peligro de daño o daño potencial. No es necesario, en cambio, que el autor obtenga el beneficio económico busca-

<sup>3</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 287.

<sup>4</sup> Conf. Rojas Pellerano, *El delito de estafa y otras defraudaciones*, t. I, ps. 332-333.

do, pues la estafa no es un delito de enriquecimiento, bastando con el perjuicio causado a la víctima aunque el autor no pueda aprovechar de él.

Se sigue de ello que, para tener por configurado este ilícito, resulta imprescindible acreditar la existencia de un perjuicio patrimonial efectivo sufrido por la víctima, o, cuando menos, que éste se ha intentado y no se logró por causas ajenas a la voluntad del autor (por ej., por haberse descubierto la maniobra).

Es por eso que, en el ámbito de los fraudes a los seguros, por lo general, el reclamo ante la compañía aseguradora por parte del agente, constituirá el comienzo de ejecución típico de la tentativa de estafa, y el pago de la indemnización, ardidosamente obtenido, consumará el delito. La conducta anterior, en cambio, que involucra la decisión relativa a la selección de los medios ardidosos y la realización de ellos, en el marco del plan del autor, resultará meramente preparatoria —e impune—, hasta tanto se materialice el reclamo aludido.

Esta solución proyecta además consecuencias en materia de competencia territorial ya que, de ordinario, aquella estará determinada por el lugar en el que se produce el acto dispositivo patrimonial ruinoso o, para el caso de la tentativa, el lugar en el que se efectúa el reclamo del pago de la indemnización, careciendo de relevancia el lugar en el que se llevó a cabo el ardid (desaparición, abandono, ocultación de la cosa asegurada, etcétera).

#### 4. *Elemento normativo*

En otro orden de ideas, debe tenerse presente que en la figura básica de la estafa no aparece el elemento “seguro” como ingrediente normativo del tipo, a diferencia de lo que

ocurre con la figura específica. Ello determina que la prueba del contrato de seguro ya no resultará aquí una exigencia contenida en el tipo legal, sino que será materia de prueba, al igual que los demás hechos del proceso, con la amplitud que contemplan los respectivos códigos de procedimientos.

Sin perjuicio de ello, no puede desconocerse la importancia de la póliza de seguros como instrumento probatorio por excelencia a los fines de acreditar la existencia del vínculo asegurador, requisito éste ineludible para encadenar causalmente la disposición patrimonial perjudicial a la conducta ardidosa generadora del error en el sujeto pasivo.

Por último, debe decirse que, para la configuración de este delito, el contrato de seguro debe encontrarse vigente, pues de lo contrario no existirá posibilidad de ocasionar perjuicio al asegurador. Por el mismo motivo, el ardid debe ser suficientemente apto como para que el hecho en cuestión configure una causal de indemnización de acuerdo con las disposiciones de la ley 17.418 y las condiciones generales y particulares de la respectiva póliza.

b) *En el aspecto subjetivo*

El dolo, como núcleo del elemento subjetivo del injusto, ya ha sido caracterizado.

A diferencia de lo que ocurre con la figura del art. 174, inc. 1° del Cód. Penal, la estructura típica de la estafa simple no requiere otros elementos subjetivos distintos del dolo, tal como obtener un beneficio ilegal o un ánimo de lucro. Sin embargo, la expresión “defraudar” adoptada por la figura lleva ínsita la intención lucrativa del autor constituida por la finalidad de obtener en provecho propio o de tercero la disposición patrimonial de la víctima. En este caso, la intención de defraudar “presupone que el autor conoce de

manera positiva los hechos y las circunstancias estructurantes del engaño, así como que el manejo es contrario a la verdad”<sup>5</sup>, lo que excluye la comisión de este ilícito por culpa o dolo eventual.

#### § 47. *ALGUNOS CASOS PARTICULARES DE ESTAFA EN LOS SEGUROS Y LA JURISPRUDENCIA*

Las peculiaridades que pueden adoptar las conductas en estudio, vistas a la luz de la figura del art. 172 del Cód. Penal, conforman un catálogo poco menos que inagotable, nunca cerrado y siempre dinámico y cambiante de actividades tendientes a defraudar los derechos del asegurador en el marco del vínculo asegurativo. De allí que realizar un estudio pormenorizado de todas ellas constituya una tarea que excede los límites aquí propuestos y sería quizás sobreabundante, pues en la solución de los casos serán siempre aplicables los principios generales que emanan de la propia estructura típica de la figura de la estafa.

Proponemos, en cambio, pasar revista en lo que sigue a *algunas pocas modalidades delictivas agrupadas en tres grupos característicos*, reseñando, en los casos en que ello es posible, el tratamiento jurisdiccional que se ha brindado a tales cuestiones.

##### a) *Estafa y falsa denuncia*

Si bien la jurisprudencia existente en general en esta materia es escasa, lo que se explica por las dificultades que conlleva la investigación y comprobación de este tipo de ilícito.

<sup>5</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 307.

bitos, puede decirse que uno de los supuestos de más frecuente consumación es aquel en el cual el asegurado sustrae, oculta o hace desaparecer la cosa asegurada para luego efectuar una denuncia de hurto o robo ante la autoridad policial y con ella presentarse ante la compañía aseguradora demandando el pago de la indemnización convenida.

El autor del delito es, entonces, el propio asegurado, quien simula la ocurrencia del siniestro. La sustracción, ocultamiento o desaparición del bien asegurado constituyen aquí el ardid que, eventualmente, generará el error en el asegurador respecto de la realidad del siniestro denunciado y de su obligación de indemnizar.

La conducta descrita implica además la comisión del delito de falsa denuncia, del art. 245 del Cód. Penal, que reprime al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad. Objetivamente, este último delito se configura cuando "...el hecho que se dice sucedido no ha ocurrido, sea que no exista hecho alguno, o que el sucedido sea esencialmente diferente del denunciado o con circunstancias esencialmente distintas a las denunciadas"<sup>6</sup>. El aspecto subjetivo se conforma con el conocimiento de las condiciones objetivas mencionadas y la voluntad de realización del tipo objetivo —denunciar— a sabiendas de la falsedad.

Se plantea, de este modo, en el caso propuesto, un problema de confluencia de figuras que ha merecido soluciones dispares en la jurisprudencia.

En algunos casos, se ha resuelto que: "La conducta del imputado consistente en afirmar falsamente ante la autoridad policial y luego en la compañía aseguradora con la cual había contratado un seguro sobre automóvil, el hurto

<sup>6</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. VII, p. 52.

del vehículo, con el manifiesto propósito de cobrar la respectiva póliza, lo que no pudo hacerse efectivo por razones ajenas a la voluntad de aquél, configura los delitos de falsa denuncia y estafa en grado de tentativa, en concurso material”<sup>7</sup>.

En esta misma línea, en otro caso se fundamentó la consunción material en que el delito de falsa denuncia es de carácter instantáneo y se consuma con la mera presentación, la cual no constituye comienzo de ejecución típico de la tentativa de estafa (éste se producirá con la denuncia o reclamación del pago ante el asegurador), y si bien media entre ambos delitos una relación de medio a fin, los hechos resultan separables material y jurídicamente (independientes, en el sentido del art. 55, Cód. Penal)<sup>8</sup>.

Otra corriente jurisprudencial ha postulado la concurrencia ideal (art. 54, Cód. Penal) entre ambos delitos. Para ello, se tuvo en cuenta que la falsa denuncia de sustracción del automotor sólo fue el paso inicial para procurar consumir la estafa de seguro, por lo que la ejecución del hecho total ya se había iniciado con la consumación de la denuncia falsa. Sostuvo, además, que los hechos no resultaban separables, por lo que, y al no existir dos efectos independientes sino uno solo, debían concurrir idealmente<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> CNCrim. y Corr., 6/7/71, “Czesinski”; Rubianes, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, t. IV, p. 312.

<sup>8</sup> CNCrim. y Corr., Sala III, 3/10/69, “Zanni, José”, *LL*, 137-603. Con la misma solución concursal puede consultarse: CNCrim. y Corr., Sala V, caso “Santamarina”, 15/10/68, *JPBA*, 18-2195-182.

<sup>9</sup> CNCrim. y Corr., Sala I, 13/8/87, caso 32.305, “Notarfrancesco, J.”. En la misma dirección pueden consultarse: CNCrim. y Corr., 20/10/68, “López”; Rubianes; *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, t. IV, p. 312; CNCrim. y Corr., Sala I, 10/8/89, caso 23.815, “Ferreya, A.”, *JPBA*, 73-9677; CNCrim. y Corr., Sala V, 16/5/91, caso 26.860, “Stobrino, Roberto”.

Recientemente se entendió que si la falsa denuncia se hubiera efectuado con anterioridad al reclamo de un siniestro ante el asegurador, constituiría el ardid esencial para la conducta de conato de estafa y, en tal sentido, se trataría de un concurso ideal porque integra una única conducta. Pero si la denuncia posterior significa el intento de ocultar su propio delito, por razón de especialidad, queda atrapada en la figura de la estafa como un concurso aparente de leyes<sup>10</sup>. La distinción no resulta convincente y no se vislumbran los fundamentos que podrían sustentar la solución del concurso aparente. En este sentido ha recibido acertada crítica<sup>11</sup>.

Dentro del acápite es dable encontrar una modalidad delictiva similar a la anterior y que, creemos, admite el mismo encuadramiento. Es aquella en la cual la falsedad puesta de manifiesto ante la autoridad policial y luego en la compañía aseguradora, se refiere a la fecha de ocurrencia del siniestro. Se trata, en general, de casos en los que resultan sustraídos o destruidos bienes que carecen de cobertura, y en los cuales, a fin de paliar las consecuencias de esta situación, se gestiona una póliza sobre esos bienes para luego efectuar la denuncia policial falseando la fecha en que se produjo el siniestro, reclamando finalmente la indemnización convenida.

Es claro que, en estos hechos, como en muchos otros, la inspección previa efectuada por la compañía aseguradora sobre los bienes cuya cobertura garantiza, se revela como el medio preventivo más eficaz para eliminar o reducir las posibilidades de comisión de este tipo de ilícitos.

<sup>10</sup> CNCrim. y Corr., Sala VI, 29/10/92, "Alanis, G. J."

<sup>11</sup> Litvak, Alejandro A., *Las relaciones concursales entre los delitos de falsa denuncia y estafa*, LL, 1994-B-470.

b) *Estafa y falsificación de documento*

Pueden citarse como integrativos de este grupo de conductas, a guisa de ejemplo, aquellas maniobras caracterizadas por el uso de documentación falsificada tendiente a aumentar fraudulentamente el valor de los bienes asegurados y denunciados como siniestrados, o a simular la existencia de mayor cantidad de ellos en el lugar siniestrado que los que realmente allí se encontraban.

Se diferencian de las mencionadas en el punto anterior en que, por lo común, en estos casos estaremos en presencia de un siniestro que es real —no causado por el asegurado—, y la maniobra tendrá como finalidad llevar a engaño al asegurador con respecto al monto de la indemnización que realmente debe. Lo pagado en exceso constituye el perjuicio patrimonial exigido por la figura.

En estos supuestos, en los cuales la falsificación de documento privado (art. 292, Cód. Penal) es el medio utilizado para obtener en forma fraudulenta un beneficio patrimonial indebido, la estafa —consumada o meramente tentada—, concurrirá idealmente con aquel delito. Esta es la opinión judicial dominante, según Núñez<sup>12</sup>.

Sin embargo, deben efectuarse algunas precisiones. En este sentido, habrá que considerar en cada caso si los comprobantes presentados revisten el carácter de “documento” en sentido jurídico-penal. Al respecto, debemos decir que un sector de la doctrina y la jurisprudencia nacional, siguiendo una antigua corriente, considera “documento” en el sentido indicado a aquellos que presentan las formas preestablecidas por la ley civil (arts. 973 a 1036, Cód. Civil), por lo que, de no llenarse esas formas, la conducta no

<sup>12</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 327.

será punible a la luz del Tít. XII del Cód. Penal<sup>13</sup>, ello sin mengua de que pueda ser considerada como integrativa del ardid desplegado en la maniobra defraudatoria.

Otra tendencia otorga un sentido más amplio al concepto “documento”. En esta línea, señala Creus que: “Como criterio general puede sostenerse que, en cuanto objeto material de los delitos que trataremos a continuación, es documento todo el que, con significación de constancia atinente a una relación jurídica, observa las formas requeridas por el orden jurídico como presupuesto para asignar valor de acreditación del hecho o acto que le da vida, modifica o extingue”<sup>14</sup>. Agrega más adelante este autor, respecto del problema de concurrencia de figuras, que cuando se trate de “...delitos en que la falsedad aparece como uno de los tantos procedimientos engañosos a los que el agente puede acudir... no habrá razón alguna que justifique descartar la falsedad documental, en su autónoma tipicidad, como aplicable también a la conducta, aunque, claro está, el concurso así generado será ideal (art. 54, Cód. Penal)”<sup>15</sup>.

Se ha resuelto, en cambio, que no incurre en el delito de estafa en grado de tentativa en concurso ideal con falsificación de documento privado quien adultera el presupuesto de reparaciones de su automotor aumentando ficticiamente la cantidad, pues la falsificación del art. 292 del Cód. Penal requiere que el instrumento cause perjuicio o lleve ínsita la posibilidad de causarlo y, en este supuesto, a la aseguradora le resulta en principio indiferente el im-

<sup>13</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. VII, p. 211; Gómez, *Tratado de derecho penal*, t. VI, p. 111; CNCrim. y Corr., Sala II, 11/12/90, causa 27.728, “Melgar, Néstor”; CNCrim. y Corr., Sala I, 29/5/90, causa 36.876, “Sotelo, E.”; CNCrim. y Corr., Sala I, 6/9/90, causa 37.427, “Peñalva, A.”.

<sup>14</sup> Creus, *Falsificación de documentos en general*, p. 14.

<sup>15</sup> Creus, *Falsificación de documentos en general*, p. 106.

porte inserto en un presupuesto que el asegurado trae a su consideración, pues no está obligada al pago que, sólo efectuará si está de acuerdo con lo que ella estima —luego de las inspecciones de rigor—, que es el justo valor del siniestro, siendo indiferente que el presupuesto haya sido abultado por el propio taller de reparaciones, que en realidad cobró una suma menor, o por el asegurado<sup>16</sup>.

c) *Pluralidad de seguros: un caso de “engaño omisivo”*

Consideramos bajo este acápite el caso de quien asegura el mismo interés y el mismo riesgo con más de un asegurador para, luego de ocurrido el siniestro, reclamar el pago en cada una de las compañías aseguradoras por el monto total de las pólizas, con la intención de obtener una suma superior a la que resulta del daño sufrido, en desmedro del patrimonio de los respectivos aseguradores.

Es sabido que, de conformidad con las disposiciones de la ley de seguros, es posible, bajo ciertas condiciones, asegurar un mismo interés y riesgo con varios aseguradores. El asegurado deberá entonces notificar sin dilación a cada uno de ellos los demás contratos celebrados, con indicación del asegurador y de la suma asegurada, bajo pena de caducidad, y en caso de siniestro, cada asegurador contribuye proporcionalmente al monto de su contrato, hasta la concurrencia de la indemnización debida, considerando los contratos vigentes en ese momento, salvo estipulaciones especiales en el contrato o entre los aseguradores (art. 67, ley 17.418). Se establece también que el asegurado no puede pretender en el conjunto, una indemnización que supe-

<sup>16</sup> CNFed. Crim. y Corr., 16/4/74, “Scarfielo, Luis N.”, LL, 155-49.

re el monto del daño sufrido, y se prescribe la nulidad de los contratos si el seguro plural se celebró con la intención de un enriquecimiento indebido (art. 68, ley 17.418).

En materia penal, la cuestión del silencio como medio comisivo de la estafa ha generado desde antaño un debate doctrinario aún inconcluso. Pese a ello, es válido afirmar que se acepta hoy en general que el ardid y el engaño pueden llevarse a cabo tanto por acciones como por omisiones, constituyendo el último supuesto un caso de comisión de una estafa por omisión, al que le son aplicables las reglas generales de los delitos impropios de omisión, y que “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”<sup>17</sup>. Se señalan tradicionalmente como fuentes de la obligación de manifestar, la ley, las convenciones, y la conducta precedente. Esta postura ha encontrado también eco en la jurisprudencia<sup>18</sup>.

La doctrina referida resulta enteramente aplicable, a nuestro criterio, al caso más arriba propuesto. En efecto,

<sup>17</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 301; Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 287 y ss.; Spolansky, *La estafa y el silencio*, p. 71.

<sup>18</sup> CNCrim. y Corr., Sala I, 31/7/89, causa 35.565, “Trotta”, *JA*, 72-175. Se tuvo por configurado el delito de estafa a raíz de la suscripción de un boleto de compraventa de un inmueble en el cual el vendedor, si bien denuncia la existencia de una hipoteca, calla la existencia de diversos embargos y una inhibición general, percibiendo parte del precio pactado sin entrega de la posesión. El doctor Donna, preopinante, dice: “De lo que se trata en este caso es que el sujeto omite cuando estaba obligado a decir la verdad. Y estaba obligado atento la naturaleza del contrato, y porque ocupa en el momento en que firma el contrato un papel de garante. No sería desde este punto de vista una omisión simple, sino una omisión impropia, que causa sin dudas el error que lleva el perjuicio patrimonial”.

En otra oportunidad se resolvió que: “quien solicita la apertura del proceso sucesorio, omitiendo deliberadamente decir al juez de la causa que no es heredera, ya que el hermano fallecido estaba casado y tenía una hija, ha hecho entrar en error al juez, a los efectos de que dictara una de-

existe una disposición legal que, en forma expresa, establece como carga para quien contrata este tipo de seguros, la obligación de notificar a cada asegurador la totalidad de los contratos realizados, colocándolo en este aspecto en posición de garante. Surge entonces con evidencia, que se origina a su respecto el mentado deber de manifestar derivado de una ley en sentido estricto, y su silencio en esta cuestión, supuestos los demás requisitos de la figura, puede configurar el delito de estafa en la modalidad de comisión por omisión.

La jurisprudencia y la dogmática alemanas han tratado supuestos similares fundando la posición de garante ya no en un deber jurídico expreso de manifestar, sino *en una "especial relación de lealtad"*. Así lo hace Welzel, al tratar el tipo del delito de omisión impropia doloso, cuando afirma: "Un último subcaso de este deber de garante proveniente de relaciones especiales de lealtad, son los deberes de aclaración desarrollados por la jurisprudencia en el ámbito de relaciones comerciales estrechas, en los cuales una parte depende en especial de la honradez de la otra. Este es el caso... en las relaciones de seguros (RG 70.225)..."<sup>19</sup>.

Esta línea es seguida en nuestro país por Núñez, quien, refiriéndose a la estafa del art. 172 del Cód. Penal dice: "El deber de manifestar, cuya violación conduce al engaño defraudatorio, puede, igualmente, contraerse por una convención expresa ... o de una manera implícita, si deriva del objeto del pacto, según sucede, *verbi gratia*, con la obliga-

---

claración de herederos que fue perjudicial para la auténtica heredera, dado que se logró el cobro de un seguro, constituyendo ese accionar el delito de estafa procesal" (CNCrim. y Corr., Sala I, 15/12/89, causa 36.400, "Cosenza, C.").

<sup>19</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, 12ª ed., p. 300.

ción del asegurado de manifestarle al asegurador su condición de autor del siniestro... ”<sup>20</sup>.

En España, admitió la jurisprudencia que se cometía el delito de estafa por omisión impropia por sentencia del 6 de diciembre de 1974<sup>21</sup>, al no declararse el accidente para cubrirlo, al suscribir el seguro.

No son casuales estas menciones relativas a las relaciones asegurativas asociadas con modalidades defraudatorias cometidas por omisión impropia. Las especiales características que presenta el contrato de seguro brindan un campo fértil para el despliegue de este tipo de conductas (ver, por ej., las posibilidades existentes en materia de reticencia en la declaración del asegurado al momento de formarse la relación contractual). Ellas deberán ser estudiadas en cada caso en particular a los efectos de determinar si implican la comisión del delito de estafa por omisión impropia, o si permanecen dentro del ámbito contractual. Para ello habrá que considerar, entre otras cosas, las obligaciones que establece la Ley de Seguros y las pólizas correspondientes en cabeza del asegurado.

Volviendo ahora al caso del acápite, en rigor de verdad, la mera omisión de denunciar los contratos, considerada aisladamente, constituye una conducta preparatoria, impune en sí misma, pero que adquiere relevancia penal al producirse el comienzo de ejecución de la tentativa con la presentación de los reclamos a los distintos asegurados por el monto total de los contratos, efectuada con la intención de defraudar a aquellos al obtener un enriquecimien-

<sup>20</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. V, ps. 302-303.

<sup>21</sup> Citada por Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, nota en p. 600.

to indebido —prohibido por la ley—, en menoscabo del patrimonio asegurador.

Desde este punto de vista, el silencio constituye aquí el ardid generador del engaño que determinará causalmente el error, y la consiguiente disposición patrimonial injusta —frente al reclamo de la indemnización—, con la que se consumará el delito. No se tratará entonces del aprovechamiento de un error ya existente, sino de una omisión que induce y provoca el error en la víctima en el momento inicial de la formación de la relación jurídica, pues es, en ese momento, que nace la obligación jurídica de manifestar (conf., art. 67, ley 17.418).

Esto se advierte claramente, a poco que se piense que, empleando la terminología de Rojas Pellerano, ese “engaño omisivo” o “reticencia”, entendido como manifestación tácita de voluntad puesta en juego para defraudar<sup>22</sup> es lo que determina las particulares condiciones de la relación jurídica en cuestión, cuyo contenido hubiera sido fundamentalmente distinto de haber cumplido el sujeto activo con la conducta esperada por la ley, esto es, manifestar.

<sup>22</sup> Rojas Pellerano, *El delito de estafa y otras defraudaciones*, p. 135.



CAPITULO X

---

## EL DELITO DE OMISION DE ENTREGA DE PRIMAS



## § 48. INTRODUCCION

Hemos denominado de este modo a una figura delictiva que no ha recibido atención por parte de la doctrina penal y de cuya acogida jurisprudencial no se tienen noticias. Se trata de la figura contenida en el art. 60 de la ley 20.091, “De los aseguradores y su control” —promulgada en 1973 y en vigencia desde 1977—, disposición poco conocida, pero que se encuentra plenamente vigente y no ha sufrido modificaciones desde su entrada en vigor.

La norma aparece redactada en estos términos: *“Los productores, agentes y demás intermediarios que no entreguen a su debido tiempo al asegurador las primas percibidas, serán sancionados con prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación por doble tiempo de la condena”*.

Es lo que hemos dado en llamar el delito de “omisión de entrega de primas”. Preferimos esta denominación a la de “retención indebida de primas” por resultar más ajustada al texto legal y porque, desde un punto de vista dogmático, revela de inmediato su naturaleza, esto es, que se trata de un delito de omisión.

En relación con el origen de esta figura se ha escrito que: “El art. 60 prevé un supuesto de inconducta que se ha creído necesario prever y sancionar especialmente, ante la in-

terpretación del art. 173 del Cód. Penal, que podrá adecuarse a otros supuestos, pero que en materia de los intermediarios del seguro —decía Halperín—, ha contribuido no poco a la corrupción del comercio del seguro y a su desprestigio entre los asegurados”<sup>1</sup>.

La queja no carece de fundamento, pues es dable suponer que las dificultades interpretativas que ha planteado desde antiguo la figura del art. 173, inc. 2º del Cód. Penal hayan determinado en la práctica que las conductas antes descritas no recibieran adecuación típica a la luz de dicha norma. Con el paso del tiempo, al advertir el legislador esta carencia, y por estimar que la sanción que recibe esa conducta disvaliosa desde otros ámbitos del orden jurídico resulta insuficiente o inadecuada, intenta cubrir este déficit sancionatorio elaborando otra norma que asegure una efectiva tutela penal al bien jurídico que se quiere proteger.

El propósito de este trabajo consiste en rescatar del olvido la norma en cuestión, cuya utilidad, en punto a purificar el funcionamiento del sistema asegurador de prácticas que lo perjudican, ha sido subestimada.

#### § 49. *EL BIEN JURIDICO*

Al estudiar figuras delictivas insertas en el Código Penal resulta fácil determinar el bien jurídico penalmente tutelado en cada caso, pues la sistemática de ese cuerpo legal agrupa los tipos penales de acuerdo con los bienes jurídicos preponderantes susceptibles de ser afectados.

Cuando se trata, en cambio, de figuras legisladas fuera de ese texto, en leyes penales especiales u otros cuerpos nor-

<sup>1</sup> Halperín, *Seguros*, t. I, p. 218.

mativos integrantes de diversas ramas del Derecho, sólo el análisis del tipo nos permitirá conocer el bien jurídico protegido y las circunstancias en que su afectación exigirá la protección penal.

En este sentido, explica Zaffaroni que: "...al bien jurídico lo conocemos por la norma y a la norma por la ley (el tipo penal). O sea, que estamos siguiendo el camino exactamente inverso al seguido por el legislador: el juez debe desandar la senda legislativa para llegar al bien jurídico.

El legislador parte de la valoración de un ente (bien jurídico) y la pone de manifiesto en la norma que lo tutela (norma prohibitiva) que se efectiviza a través de una ley (tipo); el juez (o el dogmático) parte de una ley para averiguar la norma y a través de ella el bien jurídico"<sup>2</sup>.

En esta línea de razonamiento, partiendo del texto del art. 60 de la ley 20.091, puede verse, como es característico en este tipo de delitos, que existe una norma de mandato que impone un deber de obrar, en el caso, entregar en debido tiempo al asegurador las primas percibidas, y a través de esa norma se infiere en última instancia que el bien jurídico penalmente protegido es aquí la propiedad, entendida ésta en el más amplio sentido que le otorga el art. 17 de la Constitución Nacional, según interpretación de nuestra Corte Suprema<sup>3</sup>.

Este bien jurídico "propiedad" aparece entonces como valor preponderante en la figura, pero no puede negarse que, desde un punto de vista teleológico, la norma tiende a proteger también el funcionamiento del sistema asegurador en su conjunto.

<sup>2</sup> Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, p. 223.

<sup>3</sup> *CSJN-Fallos*, 145: 307.

§ 50. *NATURALEZA*

Dentro de la categoría correspondiente a los delitos de omisión, consideramos a esta figura como un delito propio de omisión. Seguimos así una sólida corriente doctrinaria que, en gruesa caracterización, establece la diferencia entre los delitos propios e impropios de omisión, en que los primeros se encuentran tipificados legalmente bajo la forma de una omisión a un deber de obrar establecido expresamente por una norma de mandato contenida en el tipo, mientras que los impropios de omisión no aparecen acuñados por la ley penal y se caracterizan por la omisión de evitar un resultado injusto por parte de quien se encuentra, respecto del bien jurídico amenazado, en una especial relación de garantía, llamada por la doctrina contemporánea “posición de garante”<sup>4</sup>.

Es, además, como ocurre con algunas figuras comisivas, un delito de autor calificado, categoría ésta que resulta enteramente aplicable a ambas formas de tipificación —comisiva u omisiva— de la ley penal<sup>5</sup>.

Desde otro punto de vista, la figura en estudio ha sido concebida como una defraudación, y más específicamente, una defraudación por abuso de confianza. Debemos distinguir este abuso de confianza del que resulta característico

<sup>4</sup> Novoa Monreal, *Los delitos de omisión*, “Doctrina Penal”, 1983, año 6, p. 28; Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, p. 384 y su cita; Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 277; Baumann, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, p. 137; Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 281.

En distinto sentido pueden consultarse: Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, p. 290; Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. II, p. 1146; Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, p. 458.

<sup>5</sup> Novoa Monreal, *Los delitos de omisión*, “Doctrina Penal”, 1983, año 6, p. 28.

en la figura de la estafa del art. 172 del Cód. Penal, el cual aparece dirigido a motivar el engaño y el error en la víctima para que ésta, actuando sobre sus bienes, realice el acto de disposición patrimonial que la perjudica. El abuso a que aludimos ahora se materializa por un omitir del agente en relación con bienes ajenos en cuyo poder ha entrado legítimamente por un título o negocio jurídico anterior, y consiste en no dar a esos bienes el destino al cual se obligara en virtud de ese título o negocio jurídico, ya sea porque se le dio un destino distinto o porque no se le dio ninguno en absoluto. En otras palabras, no realizar la conducta indicada por la norma o realizar una distinta de la ordenada.

## § 51. *SUJETOS DEL DELITO*

### a) *Sujeto activo*

Sólo pueden ser autores de este delito los “...*productores, agentes y demás intermediarios...*” mencionados en el artículo. Se trata pues, de uno de los llamados delitos de autoría especial o delitos especiales propios, que sólo pueden ser cometidos por quien reúne las condiciones o se encuentra en la situación exigida por la figura.

Estas condiciones personales constituyen elementos del tipo, por lo cual resulta imprescindible acreditar su existencia para tener por configurado el delito, y el error al respecto debe ser considerado como un error de tipo. Habrá que precisar entonces quiénes se encuentran comprendidos dentro del círculo de posibles autores determinado por el texto legal, recurriendo a las normas que rigen en el ámbito asegurador.

La Ley de Seguros 17.418, en sus arts. 53 a 55, y designando indistintamente a productores o agentes, regula la intervención de auxiliares en la celebración de contratos

de seguro. La ya mencionada ley 20.091 señala a los productores, agentes e intermediarios, a quienes impone la obligación de desempeñarse conforme a las disposiciones legales y a los principios técnicos aplicables a la operación en la cual intervienen y a actuar con diligencia y buena fe (art. 55).

Pero es la ley 22.400 la encargada de regular específicamente la actividad de los productores asesores de seguros y de proporcionar el marco normativo dentro del cual debe desarrollarse la actividad de intermediación en la concertación de seguros. En ella se establecen dos modalidades de actuación: a) los productores asesores directos, personas físicas que realizan las tareas indicadas en el art. 1° de la ley, esto es, la actividad de intermediación, promoviendo la concertación de contratos de seguro asesorando asegurados y asegurables; b) el productor asesor organizador, persona física que se dedica a instruir, dirigir o asesorar a los productores asesores que forman parte de una organización. Agrega el art. 4° de la ley que para ejercer la actividad en cualquiera de las dos categorías referidas, el interesado deberá estar inscripto en el registro de productores asesores de seguros, y cumplir con los requisitos mencionados en el mismo artículo.

De este modo, si bien en la actual regulación la actividad de intermediación en la contratación de los seguros recae sobre las citadas categorías, el tipo penal resulta más amplio, pues agrega a los “demás intermediarios”, vale decir, a todo aquel que intermedie en la actividad. La mención no carece de importancia, pues permite atrapar en ella el supuesto del productor o intermediario no matriculado. En efecto, no obstante la falta de inscripción en el registro, si el autor realiza la actividad de intermediación en la concertación de seguros, se encuentra en la situación exigida por la figura y encuadra en la expresión “demás intermediarios”

que ella utiliza; a más de ello, sufrirá las consecuencias que para el caso establece el art. 7º, de la ley 22.400 (no tendrá derecho a percibir comisión o remuneración alguna). Sostener lo contrario implicaría dejar sin contenido posible a la referida expresión del texto legal, a la vez que colocar en peor situación a quien cumple con todos los recaudos legales, beneficiando al que ejerce una actividad reglamentada en violación a las normas regulatorias vigentes.

b) *Sujeto pasivo*

Son los aseguradores o empresas de seguro. Estos son los entes organizados de acuerdo con alguno de los tipos societarios autorizados por el art. 2º de la ley 20.091, con el objeto exclusivo de realizar operaciones de seguro (art. 7º), y que cuenten con la autorización previa de la autoridad de control para operar (art. 2º).

§ 52. **EL TIPO OBJETIVO**

**EN EL DELITO PROPIO DE OMISION**

a) *Estructura*

La descripción típica en los delitos de omisión difiere de la correspondiente a las figuras comisivas, en cuanto en esta forma de legislar se describe una acción cuya factura se prohíbe, de modo tal que cuando la acción producida coincida con la descripta en el tipo ella será típica. En los delitos propios de omisión, en cambio, se estructura la no realización de una conducta como núcleo del tipo objetivo, y de él se extrae a *contrario sensu*, un mandato de obrar, por lo que la tipicidad resultará cumplida cuando la conducta desplegada por el autor no sea la mandada por la norma. Queda así evidenciado que en los delitos propios de omisión existe siempre una violación a una norma que im-

pone un deber de obrar. Precisamente en la inobservancia de ese mandato de obrar radica el injusto en su aspecto formal, mientras que en su faz material, se origina en el peligro o lesión del bien jurídico provocado por una fuerza que, si bien resulta ajena al agente, éste tenía el deber de detener mediante la realización de la acción debida<sup>6</sup>.

Esta omisión de obrar debe ser considerada en sentido normativo o valorativo, siempre a nivel de tipicidad, y resulta abarcativa tanto de una situación de inactividad absoluta, bastante excepcional, por cierto, como de aquella en la cual el agente realiza una conducta distinta de la contenida en la norma de mandato<sup>7</sup>.

Desde este punto de partida, pueden distinguirse en el tipo objetivo de los delitos propios de omisión, tres elementos cuya comprobación nos conducirá a formular un juicio de verificación de tipicidad; ellos son: la situación típica generadora del deber de obrar, la no realización de la acción mandada por la norma, y la posibilidad fáctica de realización de la acción mandada<sup>8</sup>, elementos éstos que estudiaremos a continuación, con especial referencia a la figura que constituye el objeto de esta investigación.

#### b) *La situación típica generadora del deber de obrar*

Esta situación típica u objetiva es la situación de hecho que describe la ley y que da origen al deber de realizar la acción concreta y específica contenida en la norma de man-

<sup>6</sup> Novoa Monreal, *Los delitos de omisión*, "Doctrina Penal", 1983, año 6, p. 36.

<sup>7</sup> Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, p. 450; Novoa Monreal, *Los delitos de omisión*, "Doctrina Penal", 1983, año 6, p. 34.

<sup>8</sup> Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, p. 386.

dato, situación que implica además la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

En la figura del art. 60 de la ley 20.091, la situación típica consiste en haber percibido, los sujetos mencionados en la figura, los importes correspondientes al pago de las primas. Pero esta mera descripción resulta insuficiente para determinar el real contenido de la situación, pues para ello habrá que establecer el alcance de los términos “tiempo debido” y “prima” utilizados por la ley. Estos constituyen elementos normativos en la estructura del tipo para cuya cabal comprensión deberá recurrirse a las legislaciones que específicamente regulan la materia.

### 1. *El tiempo debido*

Para determinar el “tiempo debido” en el cual la entrega de las primas al asegurador debe materializarse, debemos acudir a la ley que reglamenta la intervención de intermediarios en la concertación de seguros. La ley 22.400 prevé dos supuestos en su Cap. VI, art. 10, en el que trata de las funciones y deberes de los productores asesores directos y productores asesores organizadores:

*“...f) Cobrar las primas de seguro cuando lo autorice para ello la entidad aseguradora respectiva. En tal caso deberá entregar o girar el importe de las primas percibidas en el plazo que se hubiese convenido, el que no podrá exceder los plazos fijados por la reglamentación.*

*g) Entregar o girar a la entidad aseguradora (cuando no esté expresamente autorizada a cobrar por la misma) el importe de las primas recibidas del asegurado en un plazo que no podrá ser superior a setenta y dos (72) horas...”*

De este modo, cuando no exista autorización de la aseguradora para percibir las primas, la entrega deberá efec-

tuarse antes de vencidas las setenta y dos horas. Si la autorización existe, y el plazo se estableció convencionalmente, a él deberá estarse. En caso contrario, el problema debe solucionarse de acuerdo con los principios generales del Derecho civil (art. 509, Cód. Civil y su nota), y así, habrá que constituir en mora al agente mediante interpelación judicial o extrajudicial.

## 2. *El concepto de prima*

Si bien la noción de prima no aparece definida expresamente en la ley de seguros, es indudable que el concepto requiere ser captado a través de una valoración que establezca su significación jurídica de acuerdo con las normas que regulan su funcionamiento.

Tratan el tema los art. 1º y 27 a 35 de la ley 17.418 que disponen que 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 (art. 1º), y que regulan las circunstancias relativas a su pago. Por otro lado, la ley 20.091 pone en evidencia su importancia para el funcionamiento del sistema de seguros al disponer que las primas deben resultar suficientes para el cumplimiento de las obligaciones del asegurador.

Siguiendo las enseñanzas de Halperín, diremos entonces que: “La prima es el precio del seguro, la remuneración del asegurador por las obligaciones que asume; es decir, la contraprestación del asegurado”<sup>9</sup>. Se distinguen dos clases: a) la prima neta, pura, teórica o estadística, que es el valor del riesgo calculado según una hipótesis estadística

<sup>9</sup> Halperín, *Seguros*, t. I, p. 390.

y una financiera; b) la prima bruta, comercial, cargada o de tarifa, que comprende el recargo para subvenir a los gastos y beneficios de la empresa<sup>10</sup>. Ambas subespecies resultan atrapadas por el concepto de prima que utiliza el tipo penal en estudio.

c) *La no realización de la acción mandada por la norma*

Supuesta ya la situación típica que genera el deber de obrar, el siguiente paso consiste en comprobar si aquellos sujetos contenidos en el círculo de posibles autores han cumplido o no con el mandato de obrar contenido en la norma, o lo que es lo mismo, si han realizado la acción impuesta o, por el contrario, han producido una conducta distinta de la debida.

En el caso en estudio, la acción debida consiste en entregar a su debido tiempo al asegurador las primas percibidas, y el procedimiento de verificación de la tipicidad, en este segundo estadio del análisis, consistirá en comparar esta acción debida descrita por la norma con la acción exteriorizada por el agente, de modo tal que si ambas difieren, el juicio de tipicidad será positivo.

d) *La posibilidad fáctica de realización de la acción mandada*

Sólo existirá omisión, en el sentido de no realización de la conducta mandada por la norma, cuando el autor, en el caso concreto, haya tenido la posibilidad física o capacidad de hecho de llevar a cabo la conducta debida. No puede con-

<sup>10</sup> Halperín, *Seguros*, t. I, p. 392 y siguientes.

cebirse que el Derecho imponga un reproche penal a quien no tuvo la posibilidad de realizar la conducta ordenada por la norma, de modo que si este requisito no se cumple la conducta efectivamente ejecutada, distinta de la ordenada, será atípica.

§ 53. *EL TIPO SUBJETIVO EN EL  
DELITO PROPIO DE OMISION*

Es sabido que en los delitos de comisión el dolo consiste en la voluntad de realización del tipo objetivo, es decir, de realizar la acción descrita en el tipo. La circunstancia de que en los delitos de omisión el tipo se estructure en base a la no realización de una conducta ha llevado a afirmar que, en estos casos, no existe el dolo propiamente dicho —como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo—, identificable con el de los tipos comisivos, proponiéndose en su lugar un concepto distinto investido de una especificidad propia, al que se ha dado en llamar “cuasi-dolo”<sup>11</sup>.

Este dolo reformulado o cuasi-dolo exige que el autor haya tenido el efectivo conocimiento de la situación típica generadora del deber de obrar, pues no resulta suficiente el “mero tener que conocer”<sup>12</sup>, y el conocimiento de que le es posible exteriorizar la conducta mandada por la norma.

En nuestro caso, el conocimiento de la situación típica que da origen al deber de obrar implica no sólo saber que se han recibido las primas, sino también conocer las circunstancias atinentes al tiempo debido en el cual aquellas debían ser entregadas al asegurador, y que le era posible entregar las primas a tiempo.

<sup>11</sup> Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, p. 395.

<sup>12</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 282.

En materia de error, deben distinguirse dos situaciones. Cuando éste recaiga sobre las circunstancias que conforman la situación típica generadora del deber de obrar, de modo que ésta no le es reconocible al agente, estaremos en presencia de un error de tipo (error que recae sobre los elementos del tipo objetivo).

Pero cuando el sujeto conoce la situación típica (le es reconocible) y su error recae sobre el deber de obrar que aquella origina o su contenido, tendremos un error de prohibición o “error de mandato” que deberá ser tratado a nivel de culpabilidad.

#### § 54. *CONSUMACION*

El delito se consuma en el momento en que fenece el tiempo debido para realizar la entrega de las primas al asegurador, sin que ésta se concrete, vale decir, cuando se produce la mora. Para fijar ese momento habrá que tener especialmente en cuenta las consideraciones precedentes respecto del tiempo debido. Antes de la constitución en mora, el delito no puede consumarse, y tampoco resulta admisible la tentativa.

Una vez producida la mora, esto es, consumado el delito, de acuerdo con los principios generales, los convenios sobre el pago de los daños o reparación de los perjuicios carecen de aptitud relevante de la punibilidad y sólo podrán tener virtualidad en el ámbito civil.

No resulta necesario, para la configuración de este delito, la previa intimación a rendir cuentas, pues ella no constituye una cuestión prejudicial por no encuadrar en ninguna de las hipótesis del art. 1104 del Cód. Civil. Además, la figura no impone el requerimiento previo como ingrediente típico ni como condición objetiva de punibilidad.

### § 55. *EL PERJUICIO*

Cierto es que todo tipo penal requiere que se produzca la afectación de un bien jurídico, ya sea en forma de lesión efectiva o de puesta en peligro de ese bien, lo que no puede confundirse con el resultado material.

El tipo que denominamos como omisión de entrega de primas, no individualiza un resultado material en especial, a diferencia de lo que ocurre con la figura, similar, del art. 173, inc. 2º del Cód. Penal —“*el que con perjuicio de otro...*”—. Ello sugiere que se trata de un delito de peligro, más precisamente, de peligro concreto, aunque potencial, a la propiedad. No puede decirse aquí que la mera omisión produzca el resultado típico, a la manera de los denominados delitos de desobediencia, pues ello sería, a nuestro modesto entender, llevar la protección penal demasiado lejos en un delito contra la propiedad. De lo dicho se sigue que no será menester que el sujeto pasivo acredite la efectiva producción de un perjuicio patrimonial para tener por configurado el delito, perjuicio que podría concebirse concretizado como 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 poder; tal privación temporal constituye ya una lesión patrimonial”<sup>13</sup>.

### § 56. *LA PENA DE INHABILITACION*

Junto con la pena de prisión de uno a seis años que establece la figura para el autor del delito, dispone la aplicación de la pena de inhabilitación por doble tiempo de la condena.

Se trata de una inhabilitación especial a aplicarse en forma conjunta con la pena de prisión, y es temporal ya que só-

<sup>13</sup> Creus, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., t. I, p. 506.

lo puede extenderse hasta el doble del tiempo fijado para la pena de prisión impuesta en la sentencia en el caso concreto. El hecho de que se la aplique en forma conjunta con la de prisión no significa que se trata de una pena accesoria. La pena de inhabilitación tiene siempre carácter de pena principal<sup>14</sup>, salvo que expresamente se establezca lo contrario en la ley. Confirma esta conclusión lo dispuesto por el art. 26 del Cód. Penal en cuanto a que no procede la condena condicional para la pena de inhabilitación, de modo que aunque la pena de prisión recaída en el proceso sea de ejecución condicional, la pena de inhabilitación será siempre de cumplimiento efectivo, lo que evidencia la independencia funcional de ambas especies de pena. La finalidad de esta pena es "...proteger a la sociedad frente a aquellas personas que en el ejercicio de su actividad profesional cometen hechos antijurídicos que representan un abuso de su profesión u oficio o una grave infracción de sus deberes profesionales"<sup>15</sup>. La inhabilitación especial aparece reglada por el art. 20 del Cód. Penal que determina que su aplicación producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena.

No caben dudas de que dentro del concepto de "profesión" aquí utilizado queda incluida la actividad de intermediación en la concertación de seguros, reglamentada por la legislación específica. La pena resulta aplicable aun cuando, tratándose de una actividad reglamentada, el autor carezca de la autorización correspondiente que lo habilite para el ejercicio regular de la actividad<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Conf. Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. V, p. 240; Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 431.

<sup>15</sup> Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 290.

<sup>16</sup> CNCrim. y Corr., en pleno, 16/6/25, "Burlando de Zanón, V.", *Fallos*, III-295; Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. V, p. 242.

El contenido específico de la pena de inhabilitación especial, esto es, su aplicación al caso concreto, es materia que, en gran medida, queda en manos del juzgador, quien deberá precisar al dictar sentencia los derechos del condenado que resulten afectados por la inhabilitación, derechos éstos que deberán guardar una cierta vinculación con el hecho por el cual se condena.

### § 57. *CONCLUSION*

Creemos que el estudio de una figura delictiva no puede limitarse a la sola disección y descripción de los elementos que la componen, sino que debe realizarse recurriendo a las herramientas y los marcos teóricos que proporciona la dogmática penal. Esto por dos razones: *a)* resulta muy difícil, y es a veces imposible, encarar un estudio profundo de un tipo penal sin adoptar algunos marcos conceptuales previos en materia de teoría del delito que, además, marcarán el camino del posterior análisis; *b)* este tipo de estudios contribuye a acortar la distancia, cada vez mayor, que separa a los estudios “dogmáticos” de los llamados “de la parte especial” del Derecho penal, en detrimento de la elaboración de un sistema normativo coherente y funcional, tanto en sus presupuestos teóricos como en su aplicación práctica. Este esfuerzo enmarca en dicha línea de trabajo y, como dijimos antes, busca sacar a la luz una figura poco difundida, pero de indudable utilidad y actualidad, en momentos en que el sistema asegurador se ve sistemáticamente atacado por actitudes fraudulentas que, con sus múltiples ropajes y diversas modalidades, lo colocan al borde de su propia subsistencia.

No pretende haber agotado los variados y complejos problemas que plantean tanto la figura como el marco dogmático escogido, sino abrir una línea para la discusión y la crítica de ellos.

**FALLOS DE SEGUNDA INSTANCIA  
Y DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION**

**a) Estafa de seguro —art. 174, inc. 1º, Cód. Penal—**

1.— “...Que atento lo dispuesto por los arts. 3º, inc. 3º de la ley 48, 43 de la ley 13.998 y 1º de la ley 14.180, la justicia nacional en lo penal especial es la competente para conocer de la tentativa de estafa desde que, en el supuesto de que existiera, se habría cometido en perjuicio del patrimonio de una empresa del Estado Nacional (*CSJN-Fallos*, 227: 86 y los allí citados entre otros). Que el juzgamiento de tal delito se halla subordinado, necesariamente, al resultado del proceso sobre incendio, pues de que éste sea declarado o no doloso depende la existencia de la tentativa de estafa imputada. Que si a ello se agrega, que según los arts. 38 y 42 del Cód. Proc. Criminal y 2º de la ley 14.180, corresponde a la justicia nacional en lo penal especial fallar con prioridad la causa de su competencia promovida por la denuncia del Instituto Nacional de Reaseguros, es patente que los límites de la simple conexidad aparecen aquí superados por la indivisibilidad del caso, que exige someterlo al conocimiento del juez designado por la ley para los supuestos en que están en juego los intereses del Estado Nacional”. [*CSJN*, 19/8/54, “José Otero”, *CSJN-Fallos*, 229: 595].

2.— “Conforme lo dispuesto en el art. 183 del Cód. Aeronáutico y en los arts. 37 y 42 del Cód. Proc. Criminal, corresponde a la justicia nacional del lugar donde ha ocurrido el incendio o destrucción de la cosa asegurada conocer de la causa por defraudación, consistente en el incendio intencional de un avión para cobrar el importe del seguro contratado sobre el mismo, y por la estafa cometida al percibir el seguro de mercaderías cuyo embarque fue simulado... Dictamen del procurador general doctor Sebastián Soler: “Los hechos que se imputan a los procesados en esta causa son dos: 1) cobro del seguro contratado con la compañía A.D.A sobre el avión particular LV-RII incendiado intencionalmente en un campo de la localidad de Asamblea, Pdo. de Bragado, Prov. de Buenos Aires; y 2) cobro del seguro por riesgo aéreo contratado con la Compañía Argentina de Seguros La Estrella, sobre una partida de 15.000 ampollas de vacuna antiaftosa cuyo embarque a bordo del citado avión fue simulado. El primero de estos he-

chos configura, sin duda, el delito previsto en el art. 174, inc. 1° del Cód. Penal, cuyo momento consumativo es aquél en que se realiza la acción de incendiar o destruir la cosa asegurada. El segundo, en cambio, constituye un delito distinto. En efecto, resultando que fue simulado el embarque de la mercadería asegurada, es evidente que no ha mediado en el caso el efectivo incendio o destrucción de la cosa exigido en la disposición antes citada para que pueda hablarse de la que en doctrina recibe el nombre de 'estafa de seguro'. El cobro fraudulento del seguro contratado con la compañía La Estrella, es una simple estafa contemplada en la norma general del art. 172 del Código, consistiendo el ardid empleado para llevar a cabo el propósito de lograr un beneficio indebido en la simulación del embarque de la mercadería asegurada a bordo del avión que iba a ser incendiado, lo que se logró mediante la presentación del documento falsificado obrante a fs. 37...". [CSJN, 7/11/55, "Enrique Kolvicka y otros", *CSJN-Fallos*, 233: 170].

3.— "Corresponde a la justicia en lo penal de la Capital Federal y no a la penal especial, conocer del proceso por incendio de un bien asegurado que no resulta haber sido el medio de cometer una estafa en perjuicio del Instituto Nacional de Reaseguros, que tampoco lo ha pretendido. Dictamen del procurador general doctor Sebastián Soler: "En rigor de verdad, en el estado actual de estas actuaciones, resulta prematuro afirmar que se haya intentado cometer el delito previsto en el art. 174, inc. 1° del Cód. Penal en perjuicio de una compañía de seguros, puesto que no está acreditada la existencia de las pólizas mencionadas... Aunque efectivamente se estuviera en presencia de una estafa de seguro, la circunstancia de que el asegurador de los bienes destruidos se encuentre a su vez reasegurado en la empresa del Estado creada por la ley 14.152, no resultaría suficiente para concluir que el delito ha tendido a defraudar las rentas de la Nación. El patrimonio directamente atacado o puesto en peligro por el hecho de autos sería en todo caso el de La Franco Argentina S.A y no el del Instituto Nacional de Reaseguros, que sólo en forma eventual e indirecta podría llegar a hacerse cargo del quebranto sufrido por la primera, pero sin asumir por ello el carácter de sujeto pasivo del delito". [CSJN, 16/8/56, "Dominga Busceti de Cotroneo", *CSJN-Fallos*, 235: 857].

4.— "Resuelve cuestiones de hecho, prueba y de derecho común insusceptibles de revisión en la instancia extraordinaria, la sentencia que, sin arbitrariedad, decide que para configurar el delito del art. 174, inc. 1° del Cód. Penal, no es indispensable que la carga asegurada se encuentre a bordo de la nave destruida, bastando para ello con que se simule su existencia en la misma a fin de aparentar cumplidas las condiciones que determinan el pago del seguro; como tampoco lo es que se intente su cobro, siendo suficiente que se lleven a cabo el incendio o la destrucción". [CSJN, 21/6/88, "Toculescu", *CSJN-Fallos*, 271: 79].

5.— "El encuadramiento de una conducta en el art. 174, inc. 1° del Cód. Penal, supone que el incendio no genere peligro común para los bie-

nes, pues si se presenta esta situación son aplicables las disposiciones del Tít. VII, Cap. I de ese cuerpo legal. La conducta descrita en el capítulo concurre materialmente con la posible tentativa de estafa que puede configurarse por la pretensión de hacer valer comprobantes falsos para acreditar el monto del perjuicio". [CSJN, 29/11/77, "Lázaro Schpoliansky", *CSJN-Fallos*, 299: 219].

6.— "La previsión del art. 174, inc. 1º del Cód. Penal, requiere que la acción material de destrucción intencional recaiga sobre la cosa asegurada, extremo que no se cumple en el caso emergente, si la mercadería objeto del seguro había sido dolosamente desembarcada antes del hundimiento de la nave. En tal caso la acción dolosa comprobada es susceptible de encuadrar en la previsión general del art. 172 del mismo Código en grado de tentativa, propósito frustrado de obtención de un provecho indebido en daño del patrimonio de un tercero". [CNFed. Crim. y Corr., 30/7/63, "Toculescu, Esteban y otros", *BICCC*, 1963].

7.— "No es requisito legal para la existencia del delito de estafa de seguro (art. 174, inc. 1º, Cód. Penal), el hecho de que la carga asegurada se encuentre a bordo de la nave destruida. No es necesario intentar el cobro del seguro, para que se consume el delito, es decir, no interesa si el delincuente consiguió el objeto que tenía en vista". [CNFed. Crim. y Corr., 17/2/67, "Toculescu, Esteban y otros", *BICCC*, 1967].

8.— "El delito imputado (art. 174, inc. 1º, Cód. Penal) no es una figura calificada de daño o de incendio sino un tipo de defraudación; por lo tanto, cualquiera que sea el lugar de la destrucción 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". [Cám. Crim. Rosario, 29/9/69, *JA*, 1970-357, nº 14].

9.— "La producción intencionada de un siniestro con el objeto de cobrar el seguro que ampara el bien destruido, configura la llamada estafa de seguro del art. 174, inc. 1º del Cód. Penal, siempre que con la producción del siniestro no se provoque un peligro común para los bienes o las personas, puesto que en este caso surge la figura del estrago, en concurso real con estafa simple del art. 172 del Cód. Penal, delito éste que desplaza a la estafa especial mencionada porque en caso contrario la razón de la agravante se computaría dos veces, una vez en la figura contra la seguridad común y otra vez en la figura contra la propiedad". [CNCrim. y Corr., Sala IV, 13/12/74, "Herscovich, Mario", *BICCC*, 1974].

10.— "La estafa de seguro del art. 174, inc. 1º del Cód. Penal se consume con la destrucción de la cosa asegurada concretada con el fin de procurar un provecho ilegal, no interesando si el delincuente consiguió el objetivo que tenía en vista". [CNCrim. y Corr., Sala V, 25/2/77, "Viola, Héctor F.", *BICCC*, 1977].

11.— “Corresponde descartar la calificación de estrago, si el fuego (no obstante su indudable origen intencional) no alcanzó las dimensiones inherentes al concepto jurídico de incendio (art. 186, Cód. Penal). La calificación del hecho a tenor del art. 174, inc. 1º del Cód. Penal requiere (por imperio del art. 207, Cód. Proc. Crim.) no sólo acreditar el incendio de las cosas, sino que éstas estaban aseguradas, pues se trata de una exigencia del tipo penal —cosa asegurada— que necesariamente debe ser demostrada o probada con la agregación de las pólizas, pues se refiere a un elemento normativo del objeto sobre el cual recae la acción típica —incendiar— y como tal, interpretada sobre la base de las reglas jurídicas de la ley comercial (art. 11, ley 17.418). La falta de tal demostración no puede ser suplida por indirectas referencias de los representantes de la aseguradora y de la empresa a la que aquella acostumbra encomendar las inspecciones de rutina cuando tiene noticia de un siniestro”. (Se absolvió a la procesada). [CNCrim. y Corr., Sala VII, 24/3/87, caso 7795, “Cruz de Masri N.”, *BICCC*, 1987].

12.— “Incurrió en estafa de seguro (art. 174, inc. 1º, Cód. Penal) y no en su tentativa, quien en horas de la madrugada, prendió fuego al costado de una ruta, a un automóvil de su propiedad que estaba asegurado, declarando luego ante la autoridad policial y en la compañía aseguradora que el incendio se originó accidentalmente en el motor de su automóvil. Se configura una estafa —y no únicamente su tentativa—, si la infracción no consiste en causar un perjuicio o intentar causarlo, sino en el hecho de procurarse a sí mismo un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador. Entonces, una vez incendiada la cosa asegurada, no pone ni quita, a los efectos de la tentativa, los pasos posteriores del justiciable frente a la compañía aseguradora, en razón de estar ya consumado el delito”. [Cám. 9ª Crim. Córdoba, 7/6/88, “Maccari, Julio”, inédito].

13.— “Constituyendo el núcleo de la acción punible del art. 174, inc. 1º del Cód. Penal, 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 delito”. [CNCrim. y Corr., Sala VII, 13/5/91, caso 14.955, “Priolo, Vicente”, *BICCC*, 1991].

### **b) Estafa simple —art. 172, Cód. Penal—**

1.— “Corresponde a la justicia nacional en lo criminal de instrucción y no a la justicia provincial —que sobreseyó provisionalmente en cuanto al delito de incendio— conocer de la tentativa de estafa contra los aseguradores que se pretendió consumir mediante documentación fraguada, con la que se aumentaba fraudulentamente el valor de las mercaderías existentes en el local incendiado, si la reclamación del pago del seguro tuvo lugar en la Capital Federal”. [CSJN, 28/9/72, “Hilanderías Santa Rosa”, *CSJN-Fallos*, 284: 290].

2.— “Corresponde a la justicia nacional en lo criminal de instrucción y no a la criminal y correccional federal, conocer del proceso por defraudaciones reiteradas contra una compañía de seguros, aunque ésta esté reasegurada en el Instituto Nacional de Reaseguros, que sólo indirectamente podría resultar perjudicado”. [CSJN, 25/9/74, “Carlos Federico Ruckauf”, *CSJN-Fallos*, 289: 489].

3.— “No hay estafa en perjuicio de la aseguradora del automotor, si a ésta no se le notificó la numeración del motor con posterioridad a la celebración del correspondiente contrato”. [CNCrim. y Corr., Sala de Cámara, 29/12/67, “Otaño”, *LL*, 129-1071, 16.940-S].

4.— “El delito de falsa denuncia, consistente en la mendaz manifestación vertida ante la autoridad policial sobre la sustracción de un automotor del compareciente, para después cobrar la correspondiente indemnización a la compañía aseguradora, concurre materialmente con el delito de estafa”. [CNCrim. y Corr., Sala V, 15/10/68, “Santamarina”, *JPBA*, 18-2195-182; *LL*, 135-1142, 21.125-S].

5.— “No cabe admitir lo expuesto por el procesado en su descargo, ante la imposibilidad de que la denuncia hecha ante la compañía de seguros de la sustracción del vehículo, puesta en conocimiento de la autoridad policial, se hubiera originado en su ignorancia y buena fe, habida cuenta que conocía que no había existido tal sustracción y que no podía desconocer que su presentación a aquella compañía tenía que tener por resultado el pago de la póliza al acreedor, con lo que él se beneficiaría al quedarse con el automotor y al no tener que pagarle nada a aquél a quien se le habría satisfecho su crédito. Corresponde condenar al imputado por el delito de estafa en grado de tentativa en concurso ideal con el delito de falsa denuncia”. [CNCrim. y Corr., 20/12/68, “López”, Def. Crim. 4<sup>a</sup>, citado por Rubianes, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, t. IV, p. 312].

6.— “El delito de falsa denuncia es de carácter instantáneo y se consuma con la mera presentación de la denuncia. La denuncia del propietario del vehículo formulada a la Caja Nacional de Ahorro Postal con el designio de cobrar el seguro, concreta el comienzo de ejecución de la tentativa de estafa, pues la consumación del delito de falsa denuncia (de carácter instantáneo y que se consuma con la mera presentación de la denuncia) no importa comienzo de ejecución típico de la tentativa de estafa, y aunque medie entre ambos una relación de medio a fin (vinculación suficiente para caracterizar un concurso ideal), se trata de hechos perfectamente separables, material y jurídicamente, y por tanto, de delitos ‘independientes’ en el sentido del art. 55 del Cód. Penal”. [CNCrim. y Corr., Sala III, 2/10/69, “Zanni, José J. V.”, *BICCC*, 1969].

7.— “La conducta del imputado consistente en afirmar falsamente ante la autoridad policial y luego en la compañía con la cual había contra-

tado un seguro sobre automóvil el hurto de este vehículo, con el manifiesto propósito de cobrar la respectiva póliza, lo que no pudo hacerse efectivo por razones ajenas a la voluntad de aquél, configura los delitos de falsa denuncia y estafa en grado de tentativa en concurso material". [CNCrim. y Corr., 6/7/71, "Czeskinki", Def. Crim. 3ª, citado por Rubianes, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, t. IV, p. 312].

8.— "No comete el delito de tentativa de defraudación en concurso ideal con falsificación de documento privado, quien adulterando el presupuesto de reparaciones de su automotor le agrega un número '1' a la izquierda de la cifra original, con lo cual se ve ficticiamente aumentado en la cantidad de mil pesos, pues para la existencia del delito de falsificación o adulteración de documento público o privado previsto en el art. 292, Cód. Penal es requisito indispensable que dicho instrumento cause perjuicio o lleve ínsita la posibilidad de causarlo. A la aseguradora le resulta en principio indiferente el importe en más o en menos inserto en un presupuesto que el asegurado trae a su consideración, pues no está obligada al pago que, en condiciones normales, sólo efectuará si está de acuerdo con lo que ella estima (luego de las inspecciones de rigor) que es el justo valor del siniestro". [CNFed. Crim. y Corr., 16/4/74, "Scarfiello, L. N.", *BICCC*, 1974].

9.— "Dado que la falsa denuncia de sustracción del automotor sólo fue el paso inicial para procurar consumir la estafa de seguro al haber iniciado los trámites ante la compañía de seguros para obtener el pago del siniestro, ambos delitos (la falsa denuncia y la tentativa de estafa) concurren idealmente, art. 54 del Cód. Penal, y no realmente, al no existir dos efectos independientes sino uno solo. [CNCrim. y Corr., Sala I, 13/8/87, "Notarfrancesco, J.", *BICCC*, 1987].

10.— "La acción del procesado que denunció falsamente la desaparición del vehículo que había vendido hacía más de tres meses antes a la querrela, intentando cobrar su seguro, configura el delito de falsa denuncia, estafa en grado de tentativa y desbaratamiento de derechos acordados, todos en concurso ideal entre sí". [CNCrim. y Corr., Sala I, 10/8/89, "Ferreyra, A.", *BICCC*, 1989].

11.— "Corresponde declarar penalmente responsable al procesado por el delito de incendio, en concurso ideal con lesiones leves, en concurso real con tentativa de estafa, en atención a la abundante prueba presuncional: el aumento del monto del seguro poco tiempo antes, la presencia del encausado en el comercio siniestrado el día del hecho en horas impropias y previas al incendio, etcétera". [CNCrim. y Corr., Sala V, 24/8/89, "C., L.A.", *BICCC*, 1989].

12.— "El intento de cobro de una póliza de seguro sobre un automóvil por parte de quien falsamente denunció su sustracción, encuadra en los

delitos de falsa denuncia en concurso ideal con estafa en grado de tentativa (arts. 54, 45, 172 y 245, Cód. Penal)". [CNCrim. y Corr., Sala V, 16/5/91, "Stobrin, Roberto", *BICCC*, 1991].

13.— "Si la falsa denuncia de un siniestro se realizó con anterioridad al reclamo al asegurador, constituye parte del ardid de la estafa, siendo posterior y destinado a ocultar el delito, por razón de especialidad, queda atrapada en la figura de la estafa como un concurso aparente de leyes. [CNCrim. y Corr., Sala VI, 29/10/92, "Alanis, G. J.", *BICCC*, 1992].

**c) Omisión de entrega de primas —art. 60, Ley 20.091—**

1.— "La acción del procesado que en su condición de promotor de una compañía de seguros, en vez de entregar a la compañía aseguradora el dinero a él dado por un asegurado, se quedó con el mismo, no constituye el delito de retención indebida sino el de administración fraudulenta, pues al tratarse de dinero entregado en las condiciones del art. 2189 del Cód. Civil —depósito irregular—, lo que debía entregar a la compañía aseguradora, no era ese mismo dinero percibido de los clientes, sino una cantidad igual de ese género de bienes. Que en el interregno, o sea entre el cobro del dinero y su liquidación, el encausado quedó al cuidado de intereses pecuniarios ajenos". [CNCrim. y Corr., Sala I, 14/6/89, "Suzanne, O.", *BICCC*, 1989].

2.— "Comete el delito de administración fraudulenta, por infidelidad, el productor de seguros que por cuenta de una firma aseguradora, recibió de los dueños de un garage las cuotas de un seguro contratado, las cuales no entregó a su representada, a causa de lo cual, producido el siniestro, los beneficiarios hallaron que su contrato había caducado por falta de pago". [CNCrim. y Corr., Sala III, 19/3/92, "Miranda, N.", *BICCC*, 1992].



## BIBLIOGRAFIA GENERAL

---

- Arteaga Sánchez, Alberto, *La estafa y otros fraudes en la legislación penal venezolana*, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1971.
- Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- *Estafa de seguro; retención indebida*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971.
- Baigún, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Depalma, Buenos Aires, 1967.
- Baigún, David - Bergel, Salvador Darío, *El fraude en la administración societaria*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- Bajo Fernández, M., *Manual de derecho penal. Parte especial*, vol. II, "Delitos patrimoniales y económicos", Ed. Ceura, Madrid, 1987.
- Barbato, Nicolás H., *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2ª ed., 1988.
- Baumann, Jurgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, Depalma, Buenos Aires, 1981.
- Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal. Parte especial*, Ed. Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1991.
- Carrera, Daniel, *Estafa de seguro: Consumación*, JA, 1988-III-604.
- *Estrago*, "Cuadernos del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba", n° 116.
- Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2ª ed., 1993.
- *Falsificación de documentos en general*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
- Damianovich de Cerredo, Laura, *Delitos contra la propiedad*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2ª ed., 1988.
- Darritchon, Luis, *Cómo es el nuevo proceso penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., 1992.
- Díaz, Emilio, *Código Penal argentino*, Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1942.
- Escriva Gregori, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976.

- Felippe, Donald J., *Código Penal e Código de Processo Penal anotados*, Julex Livros, Sao Paulo, 1ª ed., 1992.
- Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 5ª ed., 1965, t. II.
- Finzi, Conrado A., *La estafa y otros fraudes*, Depalma, Buenos Aires, 1961.
- Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, ts. III y VI.
- Fragoso, Heleno Claudio, *Licoes de direito penal. Parte especial*, Ed. Forense, Río de Janeiro, 7ª ed., 1983.
- Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, ts. IV, V y VI.
- González Roura, Octavio, *Derecho penal*, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1922, t. III.
- Gutiérrez Francés, María Luz, *Fraude informático y estafa*, Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- Halperín, Isaac, *Seguros*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2ª ed. actualizada por Juan Carlos Félix Morandi, 1983, ts. I y II.
- Harb, Benjamín Miguel, *Código Penal boliviano*, Ed. Los Amigos del Libro, La Paz, 2ª ed., 1983.
- Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, 3ª ed., trad. y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, vols. I y II.
- Laje Anaya, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, t. II.
- Litvak, Alejandro A., *Las relaciones concursales entre los delitos de falsa denuncia y estafa*, LL, 1994-B-470/472.
- Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Temis, Bogotá, 1956, t. V.
- Malagarriga, Carlos, *Código de Comercio*, Lajouanne Cía. Editora, Buenos Aires, 1920, ts. II y VII.
- *Código Penal argentino*, Ed. Julio Suárez, Buenos Aires, 1927.
- Manigot, Marcelo, *Código Penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4ª ed., 1978.
- Manzini, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1919, t. VIII.
- *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, UTET, Torino, 1938, t. IX.
- Matienco, José Nicolás - Piñero, Norberto - Rivarola, Rodolfo, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, Taller Gráfico de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 2ª ed., 1898.
- Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, trad. de la 4ª ed. alemana por Conrado Finzi.
- Molinario, Alfredo, *Derecho penal*, La Plata, 1943.

- Moras Mom, Jorge R., *Manual de derecho procesal penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., 1992.
- Moreno, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, H.A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923, t. V.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 3ª ed., 1979.
- Novoa Monreal, Eduardo, *Los delitos de omisión*, en "Doctrina Penal", 1983, año 6.
- Núñez, Ricardo, *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Anotado*, 2ª ed., Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1992.
- *La acción civil en el proceso penal*, 2ª ed., Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1982.
- *Manual de derecho penal*, Ed. Lerner, 2ª ed., 1986, Córdoba.
- *Tratado de derecho penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1978, ts. V, VI, VIII y IX.
- Oderigo, Mario, *Código Penal anotado*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 3ª ed., 1965.
- Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 2ª ed., actualizada por Carlos García Valdéz, Madrid, 1976, t. II.
- Rojas Pellerano, Héctor F., *El delito de estafa y otras defraudaciones*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1983, t. I.
- Rubianes, Carlos J., *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1965-1968.
- Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1967, t. IV.
- *El Proyecto de Código Penal del doctor Sebastián Soler y sus antecedentes*, Ed. Instituto de Ciencia Penal y Criminología, Cuadernos de Ciencia Penal y Criminología n° 6, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1965.
- Spolansky, Norberto Eduardo, *La estafa y el silencio*, Ed. Jorge Alvarez, Buenos Aires, 1967.
- Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, Edersa, Madrid, 1976, t. 1.
- Tiedeman, Klaus, *Poder económico y delito*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985.
- Varela, Bernardo C., "Defraudación por incendio o destrucción de cosa asegurada u objeto de préstamo a la gruesa", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI.
- Vázquez Iruzubieta, Carlos, *Código Penal comentado*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1969/1971, t. III.
- Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 12ª ed., 3ª ed. castellana, 1987.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1983, ts. III, IV y V.

