

**DAMIANOVICH DE CERREDO**

# **DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD**

**BIEN JURÍDICO PROTEGIDO - HURTO - ROBO  
EXTORSIÓN - ESTAFA - DEFRAUDACIÓN  
RETENCIÓN INDEBIDA - ESTELIONATO - USURA  
USURPACIÓN - DESVÍO DE AGUAS - DAÑO**

*TERCERA EDICIÓN ACTUALIZADA*



**EDITORIAL UNIVERSIDAD**



**LAURA T. A. DAMIANOVICH DE CERREDO**

Master of Comparative Law; doctora en Derecho y Ciencias Sociales; ex profesora titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad John F. Kennedy; ex profesora adjunta ordinaria de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; ex profesora titular extraordinaria de Derecho Penal Comparado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Salvador; ex jueza de instrucción

# **DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD**

**Bien jurídico protegido - Hurto - Robo  
Extorsión - Estafa - Defraudación  
Retención indebida - Estelionato - Usura  
Usurpación - Desvío de aguas - Daño**

*Tercera edición actualizada*



RIVADAVIA 1225 - CIUDAD DE BUENOS AIRES

**FOTOCOPIAR LIBROS ES DELITO**

---

**ISBN 950-679-279-8**

© Copyright by **EDITORIAL UNIVERSIDAD S.R.L.**  
Rivadavia 1225 - Ciudad de Buenos Aires

---

Hecho el depósito de la ley 11.723. Derechos reservados.  
Impreso en el mes de septiembre del 2000,  
en los Talleres Gráficos Edigraf S.A.,  
Delgado 834, Ciudad de Buenos Aires, Argentina.



## PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN

*Todos los prólogos tienen el significado de un mensaje.*

*También el fin de establecer un diálogo cercano con el lector.*

*Mensaje y diálogo que se inscriben en el momento histórico por el que atraviesa la vida del autor y se desarrollan en las circunstancias en las que aparece la obra.*

*Por eso, en el de la primera edición evoqué mi ejercicio de la cátedra universitaria para considerar la palabra escrita como su inexcusable prolongación.*

*Hoy, cuando los compromisos profesionales me han alejado, en cambio, de esa entrañable actividad docente, debo ver en este singular esfuerzo de la Editorial, que a través de la presente edición apostó con fuerza al éxito de mi quehacer, mi exclusivo aporte actual al planteo pedagógico de temas penales.*

*Y lo hago con la misma modestia de entonces: un reconocimiento a los precursores y una pretensión de suscitar críticas y preguntas, antes que de dar respuestas.*

*El marco contemporáneo a la segunda edición fue el de reformas legislativas impulsadas bajo el signo de cambios políticos imprescindibles y bienvenidos, pero que no debían dejar una huella destructiva sobre lo que había representado sólo una necesidad de sanción jurídica, eligiéndose la derogación de normas como un modo de castigar la ilegitimidad con que los autores de esas reformas habían ejercido el poder.*

*El de esta edición tiene el sabor de algunos modestos triunfos.*

*El legislador ha advertido la grave relajación alcanzada al haberse desincriminado ciertas modalidades de algunas*

*conductas, como en el caso del delito de usurpación propia o despojo, y ha restaurado redacciones que antes fueron irreflexivamente derogadas.*

*Pero el cuerpo social no es el campo de ensayo adecuado para probar las bondades de una sucesión vertiginosa e improvisada de normas prohibitivas y desincriminatorias.*

*Las heridas quedan abiertas, se diversifican y son generadoras de otras distorsionadas respuestas.*

*Éste es —resulta lamentable— el signo bajo el que nace la nueva edición de la obra. El de una creciente criminalidad, precisamente en el área de las conductas prohibidas en el título que es materia del libro.*

*No constituye nuestro quehacer el estudio de los complejos caracteres que integran el comportamiento humano.*

*Pero dedicados sólo al análisis de la ley y de su aplicación, debemos expresar el deseo de que tanto el enunciado legislativo de los tipos legales como su interpretación judicial cumplan la finalidad que tienen en el ordenamiento de constituir una amenaza penal indirecta.*

*Así, la riqueza doctrinaria que engrandece la obra de los intérpretes tendrá su verdadera función social.*

Laura T. A. DAMIANOVICH DE CERREDO

## PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

*Cuando escribimos la primera edición de esta obra nos propusimos plantear problemas antes que resolverlos, más exactamente, replantearlos, porque transitamos un terreno recorrido como pocos por la doctrina de los autores nacionales y singularmente esclarecido por la de los intérpretes judiciales.*

*Mantenemos la convicción de que tales son los límites de nuestro quehacer, marcados por la insoslayable realidad del tema.*

*Con esa convicción, abordamos la segunda edición que tiene, empero, el signo de dos situaciones distintas.*

*Por una parte, el transcurso del tiempo, coincidente con nuevas composiciones de los tribunales, que representaron el aporte de otros magistrados, permitió la incorporación de jurisprudencia que no figuraba en la edición anterior.*

*Por otra, una lamentable sucesión de derogaciones totales y de reformas parciales de la ley penal hizo perder vigencia a preceptos cuya consagración fue el producto de una experimentada necesidad, y a fórmulas que fueron, en su momento, resultado del estudio de las anteriores y que constituyeron un progreso en el aspecto más trascendental de un ordenamiento escrito, cual es la claridad en la letra de las leyes.*

*La ley penal que hoy nos rige se parece más a un mosaico de disposiciones que a un cuerpo coherente.*

*En ella figuran, como incrustaciones del Código original, algunos preceptos que respondían a exigencias o motivos de la época de su sanción, textos que al aplicarse habían sido*

*fuente de innecesarias controversias o habían revelado esterilidad. Eran, en definitiva, perfectibles, y fueron perfeccionados.*

*La ilegitimidad constitucional del poder que sancionó esas necesarias reformas no comprometía su intrínseco valor.*

*Éste permanecía incólume, y ha sido lamentable derogarlas como un acto de repudio a aquel transitorio legislador o a cierta postura criminológica que creyó en la eficacia del incremento en el monto de las penas. La derogación debió haberse acompañado por un proyecto completo y coherente que las reemplazara y, por fin, dictado por los órganos que la República afecta a ese quehacer.*

*Es una actitud repetida durante la historia de los últimos quince años: la ley 17.567, sancionada por un poder de facto, pero introductora de anheladas, importantes y sabias reformas, fue derogada en 1973 por la ley 20.509, la que tuvo, como único mérito, el hecho de provenir de órganos legítimamente constituidos, lo que es un punto de partida insoslayable pero no bastante. La ley 21.338, sancionada por otro poder de facto, que restableció la mayoría de los textos de la ley 17.567, fue derogada en 1984 por la ley 23.077, la que exhibió también, y únicamente, ese mérito singular.*

*Completando la modestia de su aporte, ambas leyes —20.509 y 23.077— decidieron consagrar la vigencia de unos pocos preceptos pertenecientes a los textos que derogaban en su integridad, ejerciendo una elección que nunca se sabrá si estuvo guiada por la convicción, por la intuición o por el azar, pues las exposiciones de motivos no esclarecen las razones por las que éstos aprobaron el examen de aptitud y los restantes —componentes de una mayoría que la doctrina había aplaudido unánimemente en su oportunidad— sucumbieron en la síntesis derogatoria.*

*La interrupción del orden constitucional es una desgracia que los juristas sentimos más hondamente que cualquier otro sector de la comunidad, pero la destrucción de las normas jurídicas —de aquellas provistas de razón científicamente fundada y de necesidad— que creó el poder de hecho*

*durante su imperio, supone agravar aún más las consecuencias del deterioro producido.*

*Afortunadamente, estas palabras están hoy destinadas a describir hechos de la historia, pero esa historia es parte de esta segunda edición.*

Laura T. A. DAMIANOVICH DE CERREDO'





## PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

*Como numerosas, fundamentales y permanentes preséntanse siempre las posturas que pretenden explicar los grandes problemas jurídico-penales.*

*La historia del pensamiento penal recoge, así, los términos aparentemente irreconciliables, de polémicas que, concibiendo al delito y a sus elementos desde ángulos diversos, han procurado respuestas exclusivas y excluyentes.*

*El ordenamiento jurídico, como sistema que es, y la ciencia que lo estudia, ofrecen una coherencia tal que la concepción que lo fundamenta y oriente incide en todos sus aspectos y temas. Así, la influencia de aquellas posiciones se ha hecho sentir de manera implacable en la tarea creadora de los intérpretes.*

*Testigos presenciales de los enfrentamientos de hoy e historiadores de los que comenzaron hace más de un siglo, hemos visto cómo la actividad de nuestros maestros se vio enriquecida en la discusión constante y convencida y cómo nosotros también la hemos continuado y renovado.*

*El tema que es materia de esta obra es uno en el que la doctrina nacional, como en pocos, ha brindado el aporte más esclarecido; en el que los tribunales del país han rendido no sólo aquel quehacer docente que Carlos Octavio Bunge calificaba como "las positivas funciones de educación popular de los jueces", sino algo más: una verdadera obra de elaboración científica.*

*Comenzar un libro sobre delitos contra la propiedad sin rendir antes este homenaje, sería propio de apresurados transeúntes de la historia.*

*Los autores de los grandes tratados abordaron cada una de las cuestiones que se estudiarán, y lo hicieron hasta agotar virtualmente sus múltiples aspectos, a partir del dominio de las ideas generales, y, asimismo, entregó su aporte en forma especial un grande de nuestra ciencia penal contemporánea, Ricardo Núñez, en cuyas páginas siempre hemos aprendido buena doctrina y algo más: la probidad del científico dispuesto a revisar puntos de vista con la modestia que brinda el tránsito permanente por los caminos de la investigación, tan distantes de la petulancia como de la porfía.*

*¿Qué podría entonces allegarse al conocimiento de temas tan exhaustivamente tratados? Sólo un esfuerzo por sistematizar las enjundiosas nociones; un aporte a la crítica de las ideas, a veces, en total adhesión, y otras, en respetuosa discrepancia, porque el disenso no excluye el reconocimiento al mérito, y la coincidencia tampoco supone una aceptación in totum del pensamiento ajeno.*

*Sea el lector: abogado, estudiante, profesor, estudioso, en definitiva, de estos problemas penales, consciente de este reconocimiento de la autora a las obras precedentes, que permitieron ésta, en la que si se vuelven a formular algunos temas es gracias a que otros marcaron los rumbos para la investigación posterior.*

*Y si en algún caso una idea suscita la crítica o, siquiera, la inquietud para seguir considerando una materia, la vocación docente de quien ha escrito esto, materializada en ya largo y continuo ejercicio de la cátedra, pero convencida de que la palabra escrita es su prolongación inexcusable, se habrá visto colmada en cualquier tiempo que ello ocurra, y el esfuerzo editorial plenamente satisfecho, porque más que ayudarse a dar respuestas, se habrá propiciado a plantear preguntas.*

Laura T. A. DAMIANOVICH DE CERREDO

## ÍNDICE

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN .....	7
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN .....	9
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN .....	13
PRINCIPALES ABREVIATURAS .....	37

### CAPÍTULO I

#### EL BIEN JURÍDICO

1. Noción .....	39
2. El derecho de propiedad o el derecho a la propiedad .....	43
3. Diferentes facetas del bien jurídico tuteladas en cada uno de los tipos legales .....	45
a) En el hurto y en el robo .....	45
b) En la extorsión .....	46
c) En la estafa y en las defraudaciones especiales .....	47
d) En la estafa de seguro .....	49
e) En la circunvención de incapaces .....	50
f) En la estafa por uso de pesas o medidas falsas .....	50
g) En el fraude en materiales de construcción .....	51
h) En el fraude en perjuicio de la Administración Pública ..	51
i) En la apropiación de cosa perdida o de tesoro o de cosas habidas por error o caso fortuito .....	51
j) En la efectivización ilegal de la prenda .....	52
k) En la desnaturalización del cheque .....	52
l) En la usura .....	53
m) En la quiebra fraudulenta y culposa .....	53
n) En la usurpación .....	53
ñ) En el daño .....	54

## CAPÍTULO II

## EL DELITO DE HURTO

1. Descripción legal de la conducta. Sus antecedentes .....	55
2. La acción. Su significado y perfeccionamiento .....	57
a) La teoría de la esfera de custodia.....	62
b) La teoría de la disponibilidad o de la posibilidad física de disponer .....	64
c) El consentimiento del interesado .....	68
3. Elementos normativos del tipo legal. Noción de cosa mueble .....	69
a) La corporalidad .....	70
b) La posibilidad de transporte .....	71
c) El valor .....	71
4. Elementos objetivos del tipo legal. Noción de cosa ajena ...	73
5. Noción de ilegitimidad .....	74
a) Su ubicación en la estructura del delito .....	74
b) Los alcances de su significado .....	75
6. El dolo .....	76

## CAPÍTULO III

## LOS HURTOS CALIFICADOS

1. Introducción .....	79
2. Abigeato y hurto campestre .....	80
a) Descripción legal de la conducta .....	80
b) Fundamentos de la mayor tutela penal .....	80
c) Elementos objetivos del tipo legal .....	82
1) Concepto de una o más cabezas de ganado .....	82
2) Concepto de ganado mayor y menor .....	82
3) Concepto de productos separados del suelo .....	82
4) Concepto de máquinas o instrumentos de trabajo ....	83
5) Alcance de la cláusula "dejados en el campo" .....	84
6) Concepto de alambres y otros elementos de los cercos .....	84
7) Alcance de la cláusula "causando su destrucción total o parcial" .....	85
3. Hurto calamitoso .....	86
a) Descripción legal de la conducta .....	86
b) Fundamentos de la mayor tutela penal .....	87

ÍNDICE		17
c) Elementos objetivos del tipo legal .....		87
1) Concepto de incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín .....		87
2) Concepto de "cualquier otro desastre", "conmoción pública" e "infortunio particular del damnificado" ....		89
d) Elementos subjetivos del tipo legal .....		91
Aprovechamiento de las facilidades provenientes de las situaciones enumeradas en el precepto .....		91
4. Hurto mediante ganzúa o llave sustraída, hallada o re- tenida .....		92
a) Fundamento de la mayor tutela penal .....		93
b) Elementos objetivos del tipo legal .....		94
1) Concepto de ganzúa, llave falsa o instrumento semejante .....		94
2) Concepto de llave verdadera sustraída, hallada o re- tenida .....		94
5. Hurto con escalamiento .....		97
a) Descripción legal de la conducta .....		97
b) Fundamento de la mayor tutela penal .....		98
c) Elemento objetivo del tipo legal .....		98
Concepto de escalamiento .....		98
6. Hurto de cosas transportadas .....		100
a) Descripción legal de la conducta .....		100
b) Fundamento de la mayor tutela legal .....		101
c) Elementos objetivos del tipo legal .....		101
1) Concepto de mercaderías .....		101
2) Concepto de transporte por cualquier medio .....		101
3) Circunstancias de tiempo y lugar .....		102
d) Elemento normativo del tipo legal .....		103
Concepto de cosa mueble .....		103
7. Hurto de vehículos dejados en la vía pública .....		104
8. Elementos normativos del tipo legal .....		104
a) La noción de vehículo .....		104
b) La noción de vía pública o lugares de acceso público ....		105

#### CAPÍTULO IV

### EL DELITO DE ROBO

1. Descripción legal de la conducta .....	107
2. La acción: momento consumativo. Remisión .....	107
3. Elementos del tipo legal. Remisión .....	110

a) Elementos objetivos .....	110
b) Elementos normativos .....	110
c) Noción de ilegitimidad .....	110
4. Elementos objetivos específicos .....	110
a) Noción de fuerza en las cosas .....	110
b) Problemas concursales con el delito de daño. Relación de consunción entre tipos legales o concurso ideal de delitos .....	111
c) Noción de violencia física en las personas .....	112
d) Problemas concursales con el delito de lesiones leves. Relación de consunción entre tipos legales o concurso ideal de delitos .....	114
e) El tiempo en que debe ejercerse la fuerza, violencia o intimidación .....	116
f) Problemas concursales con el delito de privación ilegal de libertad .....	117
Relación de consunción entre tipos legales o concurso ideal de delitos .....	117
g) Momento consumativo .....	118

## CAPÍTULO V

## LOS ROBOS CALIFICADOS

A) Robo con homicidio .....	119
1. Descripción legal de la conducta .....	119
2. Fundamento de la mayor tutela penal .....	120
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	120
a) La causalidad descripta en el tipo legal .....	120
b) Su diferencia con el homicidio por móvil delictuoso .....	121
B) Robo con lesiones .....	124
1. Descripción legal de la conducta .....	124
2. Fundamento de la mayor tutela penal .....	126
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	126
a) La causalidad descripta en el tipo legal .....	126
b) Su diferencia con las lesiones calificadas por el móvil ..	127
4. Elementos normativos del tipo legal .....	128
Las lesiones previstas por los artículos 90 y 91 del Código Penal .....	128



C) Robo con armas o en despoblado y en banda .....	130
1. Descripción legal de la conducta .....	130
2. Fundamento de la mayor tutela penal .....	130
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	131
a) Noción de armas .....	131
b) Noción de despoblado .....	140
c) Noción de banda .....	141
D) Robo en lugar poblado y en banda .....	148
1. Descripción legal de la conducta .....	148
2. Fundamento de la mayor tutela penal .....	148
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	148
a) Noción de lugares poblados .....	148
b) Noción de banda .....	148
c) Concurrencia de los requisitos de "lugar poblado" y de "banda" .....	149
E) Robo con efracción .....	150
1. Descripción legal de la conducta .....	150
2. Fundamento de la mayor tutela penal .....	150
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	150
a) Noción de perforación o fractura .....	150
b) Noción de pared, cerco, techo, piso, puerta o ventana ...	151
c) Noción de lugar habitado o sus dependencias inmediatas .....	152
F) Remisión a otras agravantes .....	155

CAPÍTULO VI

EL DELITO DE EXTORSIÓN

Introducción .....	157
a) Extorsión documentaria .....	157
b) Extorsión mediante amenaza de imputaciones al honor o violación de secretos .....	158
c) Extorsión mediante secuestro o secuestro extorsivo .....	158
d) Sustracción de cadáveres .....	158

A) Extorsión propiamente dicha, extorsión común o genérica ..	159
1. Descripción legal de la conducta .....	159
2. La acción. Momento consumativo .....	160
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	164
a) El concepto de intimidación .....	164
b) El concepto de simulación de autoridad pública .....	168
c) El concepto de simulación de falsa orden de la autoridad pública .....	169
d) El concepto de hacer entregar, enviar, depositar o poner a su disposición .....	170
e) El concepto de dinero y de documentos que produzcan efectos jurídicos .....	170
4. Elemento normativo del tipo legal .....	171
Concepto de cosas. Remisión .....	171
B) Extorsión documentaria .....	172
1. Descripción legal de la conducta .....	172
2. La acción. Momento consumativo. Remisión .....	172
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	173
a) Noción de los mismos medios descriptos por el artículo 168, párrafo primero, del Código Penal. Remisión .....	173
b) Noción de violencia .....	173
c) Noción de documentos de obligación o de crédito .....	174
C) Extorsión mediante amenazas al honor o violación de secretos .....	176
1. Descripción legal de la conducta o chantaje .....	176
2. La acción. Momento consumativo. Remisión .....	176
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	177
a) Concepto de imputaciones contra el honor .....	177
b) Concepto de amenaza de imputaciones al honor .....	177
c) Concepto de violación de secretos .....	177
d) Concepto de amenaza de violación de secretos .....	178
D) Secuestro extorsivo .....	179
1. Descripción legal de la conducta .....	179
2. Relación entre el tipo legal del secuestro extorsivo y la figura de privación ilegal de libertad agravada por el fin del agente .....	180
3. La acción. Sus formas .....	181

a) El concepto de sustraer .....	181
b) El concepto de retener .....	182
c) El concepto de ocultar .....	182
4. La acción. El momento consumativo .....	182
5. Elementos objetivos del tipo legal .....	183
a) El concepto de persona .....	183
b) El concepto de rescate .....	183
6. Elemento subjetivo del tipo legal .....	184
El móvil de sacar rescate .....	184
7. Agravante: el logro del rescate .....	184
E) Sustracción extorsiva de cadáveres .....	186
1. Descripción legal de la conducta .....	186
2. La acción. Momento consumativo .....	187
3. Elemento objetivo del tipo legal .....	187
La noción de cadáver .....	187
4. Elementos subjetivos del tipo legal .....	188
El móvil de hacerse pagar la devolución .....	188

CAPÍTULO VII

EL DELITO DE ESTAFA

1. Estafa y defraudación. Su naturaleza. Terminología y metodología de la ley .....	189
2. Descripción legal de la conducta .....	192
3. La acción .....	193
4. El perjuicio. Su noción. Su integración en el verbo típico ..	194
5. El concepto de ardid o engaño .....	197
6. El ardid como medio. La relación causal en el tipo legal. El error .....	205
7. El concepto de error .....	211
8. El sujeto susceptible de error .....	211
9. Desdoblamiento entre el titular del error y el titular del perjuicio. El caso de la estafa procesal .....	217
10. La estafa como tipo penal abierto. Los supuestos de ardid o engaño enumerados en el tipo legal .....	224
11. Los ardid es enumerados .....	226
a) Nombre supuesto .....	226
b) Calidad simulada .....	226
c) Falsos títulos .....	227

d) Influencia mentida .....	228
e) Abuso de confianza .....	228
f) Aparentamiento de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación .....	228

## CAPÍTULO VIII

**EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN  
EN LA SUSTANCIA, CALIDAD O CANTIDAD  
DE LAS COSAS QUE SE ENTREGAN**

1. Descripción legal de la conducta .....	233
2. La acción .....	235
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	236
El concepto de sustancia, calidad o cantidad .....	236
4. Elementos normativos del tipo legal .....	237
a) El concepto de cosas .....	237
b) El concepto de contrato o título obligatorio .....	237

## CAPÍTULO IX

**EL DELITO DE RETENCIÓN INDEBIDA**

1. Descripción legal de la conducta .....	239
2. La acción: negarse a restituir o no restituir a su debido tiempo .....	242
a) Sus modalidades .....	242
b) La intimación formal a rendir cuentas .....	246
3. Elementos normativos del tipo legal .....	249
a) La noción de cualquier cosa mueble .....	249
b) La noción de depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver ..	249
4. Elementos objetivos del tipo legal .....	257
a) La noción del perjuicio .....	257
b) La noción de dinero o valores ajenos .....	258

CAPÍTULO X

EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN  
MEDIANTE SUSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS

1. Descripción legal de la conducta .....	261
2. La acción. Remisión .....	261
3. Elemento normativo del tipo legal .....	263
La noción de documento .....	263

CAPÍTULO XI

EL DELITO DE ABUSO DE FIRMA EN BLANCO

1. Descripción legal de la conducta .....	267
2. La acción .....	267
3. Elementos normativos del tipo legal .....	271
a) La noción de firma .....	271
b) La noción de documento. Remisión .....	271

CAPÍTULO XII

EL DELITO DE HURTO IMPROPIO

1. Descripción legal de la conducta .....	273
2. La acción .....	274
3. Elementos normativos del tipo legal .....	274
a) La noción de cosa mueble .....	274
b) La noción de tenencia legítima .....	275
4. Elementos objetivos del tipo legal. Perjuicio del tenedor o de un tercero .....	275
5. El sujeto activo. Tipo legal especial .....	275

CAPÍTULO XIII

EL DELITO DE OTORGAMIENTO DE CONTRATO  
SIMULADO O DE RECIBOS FALSOS

1. Descripción legal de la conducta .....	277
2. La acción .....	277

3. Elementos normativos del tipo legal .....	278
a) La noción de contrato simulado .....	278
b) La noción de falso recibo .....	278

## CAPÍTULO XIV

## EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

1. Descripción legal de la conducta .....	279
2. La acción .....	282
3. Elementos subjetivos del tipo legal .....	287
a) La noción del propósito de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido .....	287
b) La noción del propósito de causar daño .....	288
4. El sujeto activo. Las calidades que debe revestir. Tipo legal especial .....	289

## CAPÍTULO XV

EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN POR  
MUTILACIÓN DE DOCUMENTOS

1. Descripción legal de la conducta .....	295
2. La acción .....	295
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	296
La noción de "proceso o expediente". La noción de "otro papel importante". Tipo penal abierto .....	296
4. Elemento normativo del tipo legal .....	296
El concepto de documento. Remisión .....	296
5. Relaciones concursales .....	297

## CAPÍTULO XVI

## EL DELITO DE ESTELIONATO

1. Descripción legal de la conducta .....	299
2. Las acciones: vender, gravar o arrendar .....	301
3. Elemento normativo del tipo legal .....	303
El concepto de bienes litigiosos, embargados o gravados ...	303



CAPÍTULO XVII

EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN MEDIANTE  
PROMESA DE FALSA REMUNERACIÓN

1. Descripción legal de la conducta .....	307
2. La acción .....	307
3. Elemento objetivo del tipo penal .....	308
La noción de supuesta remuneración .....	308
4. Elementos normativos del tipo legal .....	308
La noción de jueces u otros empleados públicos .....	308

CAPÍTULO XVIII

EL DELITO DE DESBARATAMIENTO DE DERECHOS  
ACORDADOS A TERCEROS

1. Descripción legal de la conducta .....	309
2. La acción .....	312
3. Los medios comisivos típicos. Elementos normativos del tipo legal: cualquier acto jurídico aunque no importe enajenación. Elementos objetivos del tipo legal: remoción, retención, ocultación o daño .....	317
4. Otros elementos objetivos del tipo legal .....	320
a) El concepto de precio .....	320
b) El concepto de garantía .....	321
5. Otros elementos normativos del tipo legal .....	322
a) El concepto de obligación .....	322
b) El concepto de derecho .....	324
c) El concepto de bien .....	325
6. Relaciones concursales con otros delitos .....	326

CAPÍTULO XIX

EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN DE FONDOS COMUNES  
DE INVERSIÓN O DE LEASING

1. Descripción legal de la conducta .....	329
2. La acción .....	330
3. El sujeto activo especial .....	330
4. Mercados financieros y de capitales .....	330

a) Titular fiduciario .....	332
b) Administrador de fondos comunes de inversión .....	332
c) Dador de un contrato de leasing .....	333
5. Elemento subjetivo diferente del dolo .....	334

## CAPÍTULO XX

EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN EN LA EJECUCIÓN  
EXTRAJUDICIAL DE UN INMUEBLE

1. Descripción legal de la conducta .....	335
2. La acción .....	336
3. Sujeto activo especial .....	338

## CAPÍTULO XXI

EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN MEDIANTE  
OMISIÓN DE CONSIGNAR PAGO

1. Descripción legal de la conducta .....	339
2. La acción .....	339
3. Sujeto activo especial .....	340

## CAPÍTULO XXII

EL DELITO DE ESTAFA DE SEGURO

1. Descripción legal de la conducta .....	341
2. La acción .....	342
3. Elementos subjetivos del tipo legal .....	343
El móvil de procurar un provecho ilegal .....	343
4. Elementos normativos del tipo legal .....	343
a) La noción de seguro .....	343
b) La noción de préstamo a la gruesa .....	344
c) La noción de cosa. Remisión .....	344
5. Elementos objetivos del tipo legal .....	344
a) La noción de nave .....	344
b) La noción de carga o flete .....	344

CAPÍTULO XXIII

EL DELITO DE CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES

1. Descripción legal de la conducta .....	347
2. La acción .....	348
3. Elementos normativos del tipo legal .....	349
a) La noción de menor .....	349
b) La noción de incapaz .....	350
c) La noción de documento. Remisión .....	352
4. Elementos objetivos del tipo legal .....	354
Noción de necesidades, pasiones o inexperiencia .....	354

CAPÍTULO XXIV

EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN MEDIANTE PESAS  
O MEDIDAS FALSAS

1. Descripción legal de la conducta .....	355
2. La acción .....	355
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	356
La noción de pesas o medidas falsas .....	356

CAPÍTULO XXV

EL DELITO DE FRAUDE EN LA ENTREGA DE  
MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN

1. Descripción legal de la conducta .....	357
2. La acción .....	358
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	359
a) La noción de obra .....	359
b) La noción de materiales de construcción .....	360
c) La noción de aptitud para poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado .....	360
4. El sujeto activo. Tipo legal especial .....	361
a) La noción de empresario o constructor de obra .....	361
b) La noción de vendedor de materiales de la construcción ..	361

## CAPÍTULO XXVI

EL DELITO DE FRAUDE EN PERJUICIO DE ALGUNA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Descripción legal de la conducta .....	363
2. La acción .....	363
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	366
a) La noción de perjuicio .....	366
b) La noción de Administración Pública .....	366

## CAPÍTULO XXVII

EL DELITO DE APROPIACIÓN DE COSA PERDIDA  
O DE TESORO

1. Descripción legal de la conducta .....	369
2. La acción .....	369
3. Elementos normativos del tipo legal .....	372
a) La noción de cosa. Remisión .....	372
b) La noción de cosa perdida .....	373
c) La noción de tesoro .....	379
d) La observancia de las prescripciones del Código Civil. Su noción .....	381

## CAPÍTULO XXVIII

EL DELITO DE APROPIACIÓN DE COSAS HABIDAS POR  
ERROR O CASO FORTUITO

1. Descripción legal de la conducta .....	383
2. La acción. Remisión .....	383
3. Elementos objetivos del tipo legal .....	384
a) La noción del carácter ajeno de la cosa .....	384
b) La noción de error .....	384
c) La noción de caso fortuito .....	385
4. Elementos normativos del tipo legal .....	385
a) La noción de cosa. Remisión .....	385
b) La noción de tenencia .....	385

CAPÍTULO XXIX

EL DELITO DE APROPIACIÓN DE PRENDA

1. Descripción legal de la conducta .....	387
2. La acción .....	387
3. Elementos normativos del tipo legal .....	390
La noción de prenda. El sujeto activo especial .....	390

CAPÍTULO XXX

EL DELITO DE DESNATURALIZACIÓN DEL CHEQUE

1. Descripción legal de la conducta .....	391
2. Pérdida de vigencia del tipo legal .....	392

CAPÍTULO XXXI

EL DELITO DE USURA

1. Descripción legal de la conducta .....	395
2. La usura propiamente dicha .....	397
a) La acción. Sus formas .....	397
b) Elementos objetivos del tipo legal .....	399
1) El concepto de necesidad, ligereza o inexperiencia ...	399
2) El concepto de ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con la prestación .....	402
c) Elementos normativos del tipo legal .....	402
1) El concepto de intereses .....	402
2) El concepto de recaudos o garantía de carácter extorsivo .....	403
3. La negociación de un crédito usurario .....	404
a) La acción. Sus formas .....	404
b) Elementos subjetivos del tipo legal .....	404
c) Elemento normativo del tipo legal .....	405
4. La usura habitual .....	405
Tipo legal especial. La calidad del sujeto activo .....	405

## CAPÍTULO XXXII

## EL DELITO DE QUIEBRA FRAUDULENTA

1. Descripción legal de la conducta .....	407
2. El sujeto activo .....	408
3. El concepto de fraude a los acreedores .....	410
4. El tiempo de comisión de los actos .....	411
5. Las diferentes conductas incriminadas como quiebra fraudulenta .....	413
a) La simulación de deudas .....	413
1) La acción .....	413
2) El concepto de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas .....	414
b) La falta de justificación de la salida de bienes y sustracción de lo que corresponde a la masa .....	414
1) El tipo omisivo .....	415
i) La acción .....	415
ii) El concepto de bienes que debiera tener .....	415
2) El tipo doloso de comisión .....	416
i) La acción .....	416
ii) El concepto de "cosa que correspondiera a la masa" .....	416
c) Concesión de ventajas a acreedores .....	417
1) La acción .....	417
2) El concepto de ventajas indebidas .....	417

## CAPÍTULO XXXIII

## EL DELITO DE QUIEBRA CULPOSA

1. Descripción legal de la conducta .....	419
2. La acción .....	420
3. Elemento normativo del tipo legal .....	421
La declaración de quiebra .....	421
4. Los medios típicos. Elementos objetivos del tipo legal .....	421
5. El sujeto activo. Tipo legal especial .....	422

## CAPÍTULO XXXIV

CASO DE QUIEBRA DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL  
O PERSONA JURÍDICA

1. Antecedentes del supuesto.....	423
2. La acción. Extensión del concepto de autor .....	424
3. Los sujetos activos.....	425

## CAPÍTULO XXXV

CASO DEL DEUDOR NO COMERCIANTE  
CONCURSADO CIVILMENTE

1. Antecedentes del supuesto.....	427
2. La acción. Remisión .....	427
3. Elemento subjetivo del tipo legal. Remisión .....	427
4. El sujeto activo .....	428

## CAPÍTULO XXXVI

## EL DELITO DE INSOLVENCIA FRAUDULENTE

1. Descripción legal de la conducta .....	429
2. La acción .....	430
3. Elementos subjetivos del tipo legal .....	433
a) La exigencia de que se obre "maliciosamente" .....	433
b) La exigencia de que se obre "fraudulentamente" .....	434
4. Elementos normativos del tipo legal .....	434
a) La noción de "bienes". Remisión .....	434
b) La noción de obligaciones civiles .....	435

## CAPÍTULO XXXVII

## CASO DEL ACREEDOR EN CONNIVENCIA DOLOSA

1. Antecedentes del supuesto.....	437
2. La acción .....	437
3. Elemento objetivo del tipo legal .....	438
La noción de ventajas especiales .....	438
4. Los sujetos activos.....	438

## CAPÍTULO XXXVIII

## EL DELITO DE USURPACIÓN PROPIA O DESPOJO

1. Descripción legal de la conducta .....	439
2. La acción .....	440
3. Elementos normativos del tipo legal .....	443
a) El concepto de posesión .....	443
b) El concepto de tenencia .....	443
c) La efectiva ocupación del inmueble .....	448
d) El concepto del ejercicio de un derecho real constituido sobre el inmueble .....	452
e) El concepto de inmueble .....	454
4. Elementos objetivos del tipo legal .....	454
El concepto de los medios comisivos: violencia, engaños, abusos de confianza y clandestinidad .....	454

## CAPÍTULO XXXIX

DOS SITUACIONES FRECUENTES VINCULADAS CON LA  
TIPICIDAD Y LA ANTIJURIDICIDAD

1. Quien ingresó y permaneció lícitamente pero prolongó su tenencia más allá de lo que correspondía .....	461
2. El propietario que recupera el inmueble por las vías de hecho .....	463

## CAPÍTULO XL

EL DELITO DE DESTRUCCIÓN O ALTERACIÓN DE LOS  
LÍMITES DE UN INMUEBLE

1. Descripción legal de la conducta .....	465
2. La acción .....	465
3. Elemento subjetivo del tipo legal .....	466
La noción del propósito de "apoderarse de todo o parte de un inmueble" .....	466
4. Elemento objetivo del tipo legal .....	466
La noción de términos o límites .....	466
5. Elemento normativo del tipo legal .....	467
La noción de inmueble. Remisión .....	467



## CAPÍTULO XLI

## EL DELITO DE TURBACIÓN DE LA POSESIÓN

1. Descripción legal de la conducta .....	469
2. La acción .....	469
3. Elemento objetivo del tipo legal .....	470
Los medios comisivos: la noción de violencia y de ame- nazas .....	470
4. Elemento normativo del tipo legal .....	471
La noción de posesión y de tenencia. Remisión .....	471

## CAPÍTULO XLII

## EL DELITO DE DESVÍO DE AGUAS

1. Descripción legal de la conducta .....	473
2. La acción .....	473
3. Elementos normativos del tipo legal .....	474
a) La noción de ilicitud .....	474
b) La noción de "cantidad mayor que aquella a que tenga derecho" .....	474
4. Elementos objetivos del tipo legal .....	475
La noción de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos .....	475
5. Elemento subjetivo del tipo legal .....	475
El propósito de causar perjuicio .....	475

## CAPÍTULO XLIII

EL DELITO DE ESTORBO DEL EJERCICIO  
DE DERECHOS SOBRE AGUAS

1. Descripción legal de la conducta .....	477
2. La acción .....	477
3. Elementos normativos del tipo legal .....	478
La noción del ejercicio de los derechos sobre las aguas .....	478

## CAPÍTULO XLIV

LOS DELITOS DE REPRESAR, DESVIAR O DETENER  
AGUAS O USURPAR DERECHOS

1. Descripción legal de la conducta .....	479
2. Primer tipo legal.....	479
a) La acción: represar, desviar o detener .....	479
b) Elementos objetivos del tipo legal. Cauces de las aguas: ríos, arroyos, canales o fuentes .....	480
c) Elemento normativo del tipo legal. La noción de ili- citud .....	480
d) Elemento subjetivo del tipo legal. El propósito de causar perjuicio .....	480
3. Segundo tipo legal .....	480
a) La acción: usurpar .....	480
b) Elemento normativo del tipo legal .....	480
1) La noción de derecho referente al curso de las aguas .....	480
2) La noción de ilicitud .....	481
c) Elemento subjetivo del tipo legal .....	481

## CAPÍTULO XLV

CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LOS DELITOS  
DE DESVÍO DE AGUAS

Circunstancia agravante de los delitos de desvío de aguas .....	483
-----------------------------------------------------------------	-----

## CAPÍTULO XLVI

## EL DELITO DE DAÑO

1. Descripción legal de la conducta .....	485
2. La acción .....	485
3. Elementos normativos del tipo legal .....	486
La noción de cosa mueble e inmueble. Remisión .....	486
4. Elementos objetivos del tipo legal .....	487
La noción de cosa total o parcialmente ajena .....	487
5. Relación con otros delitos. Subsidiariedad del tipo legal ...	487
6. Relación con otros delitos. El problema del dolo .....	487

CAPÍTULO XLVII

LOS DELITOS DE DAÑOS CALIFICADOS

1. Daño agravado por el fin del autor .....	491
2. Daño agravado por el efecto en el objeto .....	491
3. Daño agravado por el medio empleado .....	492
4. Daño agravado por el lugar y el número de autores .....	492
5. Daño agravado por la naturaleza y función del objeto .....	492

CAPÍTULO XLVIII

EXCUSA ABSOLUTORIA

Excusa absolutoria .....	495
BIBLIOGRAFÍA .....	501



## PRINCIPALES ABREVIATURAS

ap. ....	apartado
art. ....	artículo
c. ....	causa
Cám.Fed. Rosario .....	Cámara Federal de Apelaciones de Rosario
cap. ....	capítulo
C.Apel. Tucumán .....	Cámara de Apelaciones de Tucumán
C.C.C. ....	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal
C.C.C. Federal .....	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal
C.C.C. Rosario .....	Cámara Federal de Apelaciones de Rosario
C.C. de La Plata .....	Cámara Tercera de Apelaciones en lo Penal de La Plata
C.C. La Pampa .....	Cámara en lo Criminal de La Pampa
C.C.1° de San Juan .....	Cámara Primera en lo Penal de San Juan
C.C.1° Salta .....	Cámara Primera en lo Criminal de Salta
C.Crim. Gualeguay .....	Cámara del Crimen de Gualeguay
C.Crim. Rosario .....	Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario
C.C. San Isidro .....	Cámara de Apelación en lo Penal de San Isidro
C.C.2° San Luis .....	Cámara Segunda en lo Penal de San Luis
C.Fed. de San Martín .....	Cámara Federal de San Martín
C.Fed. La Plata .....	Cámara Federal de Apelaciones (Sala II Penal) de La Plata
C.Fed. Resistencia .....	Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia
cit. ....	citado
CNCas. Penal .....	Cámara Nacional de Casación Penal
C.N. Comercio .....	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
C.N. Fed. ....	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal
conf. ....	confrontar
C.Penal de Santa Fe .....	Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe
C.Penal 2° Tucumán .....	Cámara Segunda de Apelaciones en lo Penal de Tucumán
C.1°Crim. Santa Rosa .....	Cámara Primera en lo Criminal de Santa Rosa
C.2°Crim. Paraná .....	Cámara Segunda en lo Criminal de Paraná
C.S.J. ....	Corte Suprema de Justicia de la Nación
"D.J." .....	Digesto Jurídico
"D.J.B.A." .....	Digesto de Jurisprudencia Penal de Buenos Aires

ed. ....	edición
"Fallos" .....	Fallos de la Cámara del Crimen de la Capital
ib .....	ibídem
inc. ....	inciso
"J.A." .....	Revista de Jurisprudencia Argentina
"L.L." .....	Revista Jurídica Argentina La Ley
p., pág. ....	página
"Rep. L.L." .....	Repertorio La Ley
S.C. Bs.As. ....	Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
S.C. de Tucumán .....	Suprema Corte de Justicia de Tucumán
sec. ....	sección
sigts. ....	siguientes
S.T. Santa Fe .....	Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe
Sup.Trib.Just. Chubut .....	Superior Tribunal de Justicia de Chubut
Sup.Trib.Just. Entre Ríos.....	Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos
t. ....	tomo
T.O.C. ....	Tribunal Oral en lo Criminal
T.O.Crim. Federal .....	Tribunal Oral en lo Criminal Federal
T.S. Córdoba .....	Tribunal Superior de Justicia de Córdoba

## CAPÍTULO I

### EL BIEN JURÍDICO

#### 1. Noción.

Ninguna conducta es arbitrariamente descripta como delito, aunque deba admitirse, porque tal es la realidad, el máximo criterio discrecional del legislador.

Sólo es incluida en el catálogo descriptivo de aquellas fulminadas con la amenaza de la pena porque se la considera atentatoria de bienes jurídicos, y ese criterio, que hemos admitido como de amplia discrecionalidad, se refleja en la valoración que hace de determinadas conductas como aptas para lesionar o, siquiera, poner en peligro esos *bienes jurídicos*.

Efectivamente, conforme a las pautas que la guían: la filosofía política del Estado; la concepción general de los fines del Derecho; las necesidades contingentes de la sociedad y hasta su propio capricho, ciertas acciones pueden ser consideradas o no como perjudiciales para aquellos bienes.

Lo que es libre, amplia, arbitraria, *es la valoración negativa de la actividad*: considera que el abandono de una persona atenta o pone en peligro la vida; que la imitación de una obra literaria o artística lesiona la propiedad; que la tenencia de estupefacientes menoscaba la salud pública.

La calificación de tales conductas como nocivas, indeseables al extremo de ser merecedoras de la amenaza penal, será siempre opinable, discutible en la más amplia gama de posibilidades que va desde la conciencia colectiva dominante en un momento histórico o en una cultura determinada, hasta los matices más sutiles de las posturas doctrinarias que explican los grandes problemas de disciplinas auxiliares de la ciencia del Derecho Penal.

Así, nadie discutirá en el mundo occidental y cristiano el carácter desvalioso del homicidio, por ser atentatorio de la vida;

nadie pondrá en duda en un Estado liberal la condición indeseable del hurto por lesionar a la propiedad, pero se discutirá si la descripción como delito de la tenencia o dación gratuita de estupefacientes es el medio más adecuado para evitar el consumo; si es o no apto para el tratamiento del drogadicto, o si la sociedad debe valerse de la pena para desalentar el tráfico de drogas.

En otras palabras, resulta *indiscutible* que *una conducta es delito porque se entiende en un momento determinado que lesiona o hace peligrar ciertos bienes jurídicos*, pero resulta, en cambio, *discutible si esa conducta es, efectivamente, lesiva en forma real o siquiera potencial para esos mismos bienes*.

De ahí la superlativa importancia que adquiere el concepto de *bien jurídico*.

Secular, por su raíz y fundamento filosófico, ha sido materia de importantes formulaciones.

Si afirmamos que la vida, el honor, la libertad o la propiedad son bienes jurídicos debemos señalar *qué son en cuanto tales*.

Ontológicamente puede establecerse que son *objetos*, pero es menester determinar si son protegidos *como objetos y por el hecho de serlos* o si, en cambio, lo que se tutela es su disponibilidad por parte de los súbditos del ordenamiento jurídico.

En un momento esta discusión puede llegar a hacerse bizantina si se la refiere a la pura contrariedad entre el delito y el bien jurídico, porque, apenas éste resulte destruido, lesionado o siquiera puesto en peligro, sufrirá su plena disponibilidad por parte del hombre que era su titular.

En cambio, seguirá teniendo vigencia y sentido para esclarecer el fundamento de los tipos legales, de las conductas descriptas en la ley como delitos.

En otras palabras, para responder a la pregunta: ¿por qué este comportamiento está previsto como delito?, puede decirse: porque afecta a un bien jurídico determinado o porque afecta el derecho de su disposición plena por parte de un hombre que es el derecho a su empleo o utilización <sup>1</sup>.

No es éste el lugar más apropiado para ahondar estas posturas polémicas y menos para tomar partido por una, sino

<sup>1</sup> En tal sentido, Zaffaroni sostiene que "en la vida social organizada por el moderno Estado social de derecho, la disposición debe entenderse como un *uso* que de ciertos objetos hacen los ciudadanos para autorrealizarse. Es decir que se dispone *usando*, y disponibilidad no sería, pues, otra cosa que *posibilidad de uso*, de empleo, de utilización... desde este punto de vista... se verá



que sólo pretendemos replantear el tema en los términos fundamentales que permitan tenerlo presente al comenzar el estudio de uno de los bienes jurídicos del ordenamiento.

En esta línea de propósitos, no queremos soslayar tampoco que nuestras categóricas aseveraciones precedentes en el sentido de que una conducta se describe como delito por entenderse que daña o hace peligrar ciertos bienes jurídicos son opuestas a opiniones minoritarias que conciben al delito como una mera violación al deber, a principios éticos o a prototipos deseables de conductas.

No pretendemos desconocer que el respeto a bienes jurídicos termina configurando un ideal de comportamiento que es el único compatible con los fines del Estado, pero ello no puede menoscabar el verdadero e inmediato fundamento de que sólo ciertas acciones sean amenazadas con la pena.

En el extremo opuesto, otros aseveran, en cambio, que en legislaciones de la índole de la nuestra, cada tipo requiere que un bien jurídico sea afectado, por ser inconstitucionales las leyes que describan comportamientos que no afecten bienes jurídicos.

Mas esa importancia vital de la noción de bien jurídico no se agota en las necesidades sustanciales de una buena doctrina general que conciba al Derecho Penal como protector de bienes jurídicos.

El bien jurídico es el criterio agrupador de los diferentes y muy distintos delitos que el ordenamiento describe <sup>2</sup>.

---

que la vida es el más disponible de todos los bienes jurídicos, porque estamos disponiendo de ella a cada momento y porque de ella dependen todos los bienes jurídicos restantes" (Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. III, 311, págs. 240 y 241).

<sup>2</sup> El orden con que se agrupan los delitos conforme al bien jurídico que afectan no es arbitrario. Resulta expresión de la filosofía política del Estado; del orden prioritario establecido por quien ejerce el derecho de reprimir determinadas conductas.

Así, Montesquieu distinguía "delitos contra la religión, contra las buenas costumbres, contra la tranquilidad y contra la seguridad" (*El espíritu de las leyes*, Libro XII, Cap. IV). El Código de Napoleón es, en cambio, modelo de una corriente de pensamiento que tutela primero al Estado, por lo que está encabezado por los delitos que afectan a éste: "delito contra la cosa pública y contra los particulares", puede leerse. La concepción liberal del hombre como titular de derechos inalienables, independientes de su consagración por parte del Estado, inspiró, por el contrario, el orden sistemático del Código de Baviera de 1813, fuente inspiradora, a su vez, de Tejedor.

Pero como criterio agrupador es sólo una pauta relativa y orientadora.

A menudo, las conductas lesionan más de un bien y, sin embargo, deben ser agrupadas bajo la denominación de uno solo de ellos: el secuestro extorsivo afecta a la libertad tanto como al patrimonio y, debiendo estar ubicado entre los delitos que atentan contra uno o contra otro, figura entre los que dañan la propiedad.

Por otra parte, no todos los bienes jurídicos ni todas las facetas de los bienes están discriminados con su correspondiente denominación en la ley penal.

El adulterio lesiona al orden de la familia antes que a la honestidad, pero aquél no es un bien especificado en el Código Penal argentino; la estafa y las defraudaciones especiales afectan al patrimonio, pero también a la buena fe en los negocios; constituyen delitos contra la propiedad en la metodología de nuestra ley penal, que no contiene, como otras, un título explícito que agrupe delitos contra la buena fe en las transacciones.

La libertad es un bien jurídico provisto de una extraordinaria riqueza en sus facetas diversas; sin embargo, en el título respectivo, tal vez una sola conducta: la reducción a servidumbre, representa su destrucción en sentido integral; la privación ilegal de la libertad sólo afecta, en cambio, al derecho de libre locomoción; la amenaza, al derecho a la tranquilidad espiritual; la violación de domicilio o de secretos, al derecho a la intimidad.

Estos aspectos deben ser desentrañados en la interpretación y estudio de las conductas porque no responden a divisiones expresas del ordenamiento positivo.

La utilidad que deriva de establecer cuál es el verdadero bien afectado resulta palmaria en los llamados "delitos de resultado o de daño", "delitos materiales" de una más antigua terminología.

Recordando que éstas son conductas que dañan al bien, *ora suprimiéndolo, ora destruyéndolo, total o parcialmente, y que, por tanto, se consuman al producirse uno de estos resultados* que constituyen un efectivo cambio en las condiciones del mundo exterior, para saber cuándo el bien ha sido destruido o lesionado, es menester antes saber cuáles son su contenido, sus contornos y sus alcances en la protección del ordenamiento penal.

Así, el *perjuicio* es la forma habitual de la lesión a la propiedad, y para establecer cuándo se ha producido aquél y, con ello, cuándo el delito se ha configurado, debe precisarse qué

es lo efectivamente protegido; en otras palabras, qué es la propiedad como objeto de la tutela.

## 2. El derecho de propiedad o el derecho a la propiedad.

Como un modo de afirmar la libertad individual, las leyes rectoras de los sistemas jurídicos consagran expresamente los derechos que salvaguardan.

Y figura entre los primeros, en la enumeración de nuestros ordenamientos liberales, *el derecho a la propiedad, como una afirmación de la potestad del hombre sobre las cosas.*

Ese significado, tan amplio como preciso, es el que enuncia la Constitución Nacional cuando prescribe que la propiedad privada es *inviolable*.

Adaptada la noción del "derecho eminente sobre la cosa", que recogían las compilaciones representativas del máximo desarrollo del derecho romano, al cambio paulatino impuesto por la evolución del pensamiento político y filosófico de Occidente, se trata del derecho a una propiedad que reconoce limitaciones, pero sólo las limitaciones que no lleguen a enervar la facultad humana de la disposición de los bienes y el derecho de proyectarse sobre las cosas.

Ése es el sentido del término "propiedad" que recoge la ley penal para su tutela como "bien jurídico", es decir, la propiedad que protege a través de la incriminación de las diversas conductas del título es el "*derecho de la propiedad*", constitucionalmente consagrado como inviolable, y *no meramente el "derecho de propiedad"* que sólo protege a través de algunas de las descripciones típicas.

Por ello, consideramos estéril la discusión acerca de una mejor denominación del título y, con el respeto debido a los eruditos argumentos que se han formulado a favor del mantenimiento de la terminología actual o de su reemplazo por la de "delitos contra el patrimonio", concebimos que, entendida la *propiedad* como el derecho constitucional, no es necesario cambiar este término por el de "patrimonio", como representativo de la objetividad jurídica tutelada.

Si se entendiera, en cambio, que protegido es el "derecho de propiedad", sería pertinente abogar para que la letra de la ley rezara: "delitos contra el patrimonio" porque no es sólo aquel limitado y concreto derecho el que encuentra protección.

El patrimonio como conjunto de bienes de una persona, según la definición del artículo 2312 del Código Civil, comprende tanto los objetos inmateriales susceptibles de valor, como las cosas.

Y conforme a la doctrina que el codificador expone en la nota, el patrimonio “es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un derecho pecuniario, es decir, como bienes”, aclarándose que aunque los derechos personales —la libertad, el honor, la patria potestad— pueden dar lugar, cuando se los viola, a una reparación que constituya un bien, y así ser la causa u ocasión de éstos, no constituyen un bien por sí mismos, porque bien es lo que puede servir al hombre para uso o placer, lo que puede emplear para satisfacer sus necesidades.

Estrictamente, la propiedad es, en cambio, el derecho que regula el Título V del Libro III del Código Civil bajo la denominación “Del dominio de las cosas y de los modos de adquirirlo”; que el artículo 2506 define como “el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”; que goza de la garantía del artículo 2511: “nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa la desposesión y una justa indemnización” y del artículo 2513: “es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”.

Que tiene los límites fijados por el artículo 2514: “el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades”; propiedad que comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentran en ella, natural o artificialmente unidos”, según el artículo 2520, y “la de los objetos que es susceptible de producir, sea espontáneamente, sea con la ayuda del trabajo del hombre; como también de los emolumentos pecuniarios que pueden obtenerse de ella”.

Si se entendiera que es éste el derecho tutelado no podría explicarse la existencia de la mayoría de las figuras del título descriptivas de conductas que no lo lesionan.

No está tutelado, por lo tanto, el patrimonio propiamente dicho ni este derecho de propiedad o dominio, el más extenso de todos los que regulan la relación entre el hombre y las cosas, sino el *derecho a la propiedad que en sus múltiples facetas*

*comprende tanto la integridad del patrimonio como el derecho de propiedad propiamente dicho.*

### **3. Diferentes facetas del bien jurídico tuteladas en cada uno de los tipos legales.**

#### **a) *En el hurto y en el robo.***

La propiedad como derecho real requiere la libre disposición de la cosa. El uso, el goce, el usufructo, se convierten en derechos vacíos de una posibilidad concreta de realización cuando no puede disponerse de la cosa sobre la que recaen; pasan a ser formulaciones abstractas.

La disposición libre supone una potestad ilimitada en la relación directa que el hombre entabla con la cosa y que se traduce en el ejercicio de un poder físico.

En el hurto y en el robo no están menoscabadas la propiedad en cuanto derecho, cuya titularidad nunca pasa, como consecuencia de la acción, al sujeto activo del delito, puesto que permanece en el sujeto pasivo, sino ese poder físico que hace posible ejercer la disposición sin la cual el derecho, como tal, se convierte en fórmula abstracta.

El ladrón nunca logra, merced al apoderamiento, que la cosa pase a ser suya, pero impide a la víctima que ejerza la disposición de aquello que sigue perteneciéndole.

Estas consideraciones tienen consecuencias en la determinación del momento consumativo de ambos delitos que, desde ya se adelanta, ha de entenderse conformado cuando se ha quebrado aquella potestad material para disponer la cosa que fue objeto de aquéllos.

El tema ha estado pleno de planteamientos y se ha sostenido que el hurto y el robo violan la *posesión del propietario* o la de quien posee legítimamente en su nombre <sup>3</sup>.

Sin embargo, no puede olvidarse que la posesión está formada por *corpus* y *animus* y que este último no puede desligarse de su origen legítimo. Así, si el propio ladrón fuera sujeto pasivo del hurto o robo de la misma cosa, él, desprovisto del *animus*, estaría, pues, desprovisto de posesión.

<sup>3</sup> C.C.C., del 21/4/25, en "Fallos", I, 525, y del 27/4/39, en "Fallos", IV, 768.

Por lo tanto, en estos delitos se vulnera el vínculo entre las personas y las cosas que aquéllas tienen consigo, vínculo absolutamente fáctico, una especie de "señorío físico" <sup>4</sup> que se manifiesta en la posibilidad real de disponer materialmente de las cosas <sup>5</sup>.

*b) En la extorsión.*

No es la propiedad, con el significado que le hemos atribuido en el punto 2, el único bien jurídico afectado.

La libertad, que en su enorme latitud comprende también la potestad del hombre de disponer a su antojo de sus derechos patrimoniales, se ve afectada cuando la coerción impuesta por el sujeto activo de este delito le impide elegir el objeto o la dirección de sus prestaciones.

Quien dispone bajo extorsión ve primordialmente menoscabado su derecho a la propiedad en la integridad del patrimonio, que se verá disminuido por la entrega determinada de que se trate, pero también sufrirá mengua la libertad del hombre que la ley penal tutela con relación a sus bienes, queriendo para él una potestad de disposición que no esté viciada por el temor o por el error: una elección plena que sólo reconozca el riesgo de su *propio temor o de su propio error, pero no de aquellos artificialmente creados*.

El dualismo de bienes protegidos es elocuente en el caso del secuestro extorsivo.

La sustracción, retención u ocultación de una persona afectada de un modo palmario a su libertad de locomoción, a su derecho de desplazarse en el espacio como le plazca y a todas sus libertades: de trabajo, de culto, de enseñanza o de aprendizaje que sean consecuencia necesaria de la existencia de aquélla, aunque el pago del rescate —que es agravante del delito— constituya, de modo también elocuente una lesión a su patrimonio, lesión que también resulta una consecuencia de prestaciones viciadas, en este caso por una de las intimidaciones más tremendas que puedan concebirse en la relación entre seres humanos.

<sup>4</sup> Jorge Frías Caballero, *Acción constitutiva del delito de hurto*, en *Temas de Derecho Penal*, Ed. La Ley, 1970, pág. 116.

<sup>5</sup> Conf. doctrina del caso "Ybías", del 6/5/70, citado por Frías Caballero en *Acción constitutiva...* cit., pág. 116.

La ley penal protege, así, el patrimonio, lesionado por esa entrega, y también la libertad de tránsito del hombre, lesionada por el siniestro medio de que se ha valido el sujeto activo para lograr las prestaciones.

A través de la incriminación a la sustracción extorsiva de cadáveres también se protege la libertad en las prestaciones patrimoniales y no sólo el derecho a la propiedad. Es éste otro caso en que la voluntad de entregar un bien, expresión de la libertad del hombre, está viciada por la violencia que la actividad del sujeto activo ha ejercido mediante la ocultación del cadáver.

La disposición patrimonial obtenida a través de este medio intimidatorio menoscaba el libre arbitrio con que el hombre debe disponer de su patrimonio.

*c) En la estafa y en las defraudaciones especiales.*

La integridad del patrimonio aparece directa y estrictamente protegida a través de la incriminación a la conducta de la estafa.

En este caso, la participación activa de la víctima, quien dispone con una voluntad viciada por el error, con un convencimiento causado directamente por el engaño del sujeto activo; convierte a su entrega en la causa eficaz para el nacimiento de un derecho a favor de este último.

A diferencia del hurto o del robo, en que la titularidad del derecho no sufre mengua, pues nunca llega a pasar al ladrón como consecuencia de su actividad, en el caso de la estafa, esa titularidad es perdida por el sujeto pasivo, quien la ha dispuesto con una voluntad que es libre, y no sólo aparentemente, a los ojos de terceros, sino también a sus propios ojos, porque él mismo así lo cree, como ocurre con todo aquel que, aun lejos de los avatares de un delito, obra engañado.

Pero, sustancialmente, esa voluntad no es libre: está viciada por el error, consecuencia del engaño desplegado por el autor del hecho, y ese error obra sobre la voluntad del hombre que —a diferencia del supuesto de la extorsión, en que elige entre dos males y opta por el que considera menos lesivo a sus intereses o afectos— efectúa convencido entregas patrimoniales a las que supone producto de una deliberación plena pues ignora que el estafador está guiando ese proceso intelectual que precede a las determinaciones.

Pero no se agota allí la tutela jurídica: unidos en un negocio, autor y víctima, ésta supone a aquél carente de maquinaciones y de engaños, lo que no responde a la realidad.

Por lo tanto, esa rectitud y buena fe del negocio jurídico aparece, asimismo, protegida penalmente pero en forma limitada.

La protección no alcanza hasta la exigencia de imponer la verdad plena e íntegra a los contratantes, sino que se tutela un negocio veraz, que admite hasta la mentira y el silencio encaminados a lograr un mejor provecho —actitudes que pueden encontrar la sanción del resarcimiento civil— pero que debe estar exento de la maquinación que tenga como objetivo provocar el error de la otra parte.

Estas consideraciones adquirirán plenitud cuando se estudien los elementos constitutivos del delito, el que sólo se configura cuando el error determinante de la prestación de la víctima reconoce como causa eficiente el despliegue del ardid o engaño, pero no cuando ha sido la consecuencia de la pura torpeza, aprovechada por el autor, o de la simple mentira formulada por éste, pero fácilmente comprobable. Y ello porque no se tutela penalmente la pureza del negocio, conforme a cánones éticos indiscutibles, *sino el negocio carente de vicios encaminados al perjuicio de una de las partes.*

Por lo tanto, se protege primariamente la integridad del patrimonio y, secundariamente, la libertad plena en la disposición patrimonial y la contratación libre de maquinaciones ardidosas —lo que ha sido llamado “libre determinación individual del comercio jurídico”—<sup>6</sup>.

Estas consideraciones son extensivas a las defraudaciones especiales, pues en todas ellas un negocio jurídico es la base de la relación en que se desarrollará la actividad del agente.

Los matices peculiares de algunas de las conductas revelan más preponderante protección a la buena fe en las contrataciones, como el estelionato, que importa el deber jurídico de decir la verdad o el desbaratamiento de derechos acordados a terceros, que supone el absoluto respeto del contrato ya celebrado con abstención de actos vulnerantes posteriores, lo que importa una

<sup>6</sup> *Derecho Penal. Parte especial*, dirigido por Ricardo Levene, Capítulo IX, “Delitos contra la propiedad”, por Laura T. A. Damianovich y Héctor F. Rojas Pellerano, pág. 333.



tutela jurídica que se extiende, junto con el patrimonio, hasta la concepción soberana del contrato que es esencia y definición de nuestro derecho privado, tal como lo concibe el artículo 1197 del Código Civil <sup>7</sup>.

*d) En la estafa de seguro.*

El *patrimonio está primordialmente protegido*, pues lo menoscaba la prestación de la víctima, que es el cumplimiento de sus deberes impuestos por los términos del contrato de seguro, ya que la real inexistencia del siniestro no la imponía.

Pero *también está atacada la libertad de la disposición patrimonial* por cuanto la víctima obra en el convencimiento de que así debe actuar por haber ocurrido el hecho pactado como condición de sus prestaciones.

Y ello es, en cambio, producto de la actividad del autor quien, usando los medios de la destrucción o del incendio, simula la pérdida fortuita prevista para el pago del seguro.

En otras palabras, también obra bajo influencia del error que produce su engaño, su falsa creencia de que debe efectuar la entrega pactada para un supuesto al que considera real y verdadero en la dimensión fortuita que se tuvo en cuenta al contratar.

*La buena fe en las negociaciones está, asimismo, presente en la tutela jurídica, que en el caso llega hasta la defensa del objeto de un contrato para evitar su desnaturalización.*

El asegurador o el dador de préstamo a la gruesa han pactado asumiendo un riesgo, y el pago frente a la producción efectiva de éste, que tiene la contrapartida de la percepción de primas, ganancia neta si el riesgo no se produce, es el objeto de estos contratos que el ordenamiento regula con un afán protector de determinadas actividades que requieren el perfeccionamiento de transacciones que tengan tal objeto.

Podría conjeturarse que, en el orden de las posibilidades absolutas, el riesgo que representa la destrucción de la cosa podría haber existido sin el quehacer del agente y que el asegurador o dador del préstamo a la gruesa tenían patrimonialmente prevista la prestación; es decir que esa álea pactada en

<sup>7</sup> "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

contratos semejantes le fuera adversa y cabría entonces preguntarse cuál es el perjuicio patrimonial.

Este razonamiento tiene validez plena en los casos en que un hecho natural o artificial —terremoto, maremoto, bombardeo o siniestro ajeno a los planes del agente— sobrevenga después de la actividad incendiaria o destrucción de éste, porque aun entonces el delito queda configurado.

Ello demuestra que no es el puro patrimonio lo que está tutelado, sino que aparece también protegida la integridad de estos contratos nominados del derecho privado.

*e) En la circunvención de incapaces.*

El patrimonio está sólo secundariamente tutelado a través de la incriminación de esta conducta, cuyo efecto es un acto jurídico que civilmente puede ser nulo.

*La libertad para contratar y la buena fe en las transacciones aparecen, en cambio, palmariamente tuteladas.*

El consentimiento logrado del menor o del incapaz abusando de sus necesidades, pasiones o inexperiencia, representa la protección a una libertad sustancial, a una determinación inteligente y libre, pues prestada por la víctima conlleva vicios intrínsecos a la personalidad de quien lo formula y que son explotados por la otra parte contratante.

La exigencia de buena fe al contratar adquiere la plenitud de su protección al incriminarse la conducta de quien abusa de calidades preexistentes de su víctima, convertida en parte contratante, que asumirá obligaciones de contenido patrimonial.

*f) En la estafa por uso de pesas o medidas falsas.*

*La protección primordial recae en el patrimonio, que sufre mengua cuando la víctima recibe una cantidad menor de aquella que debiera ser objeto de la entrega.*

Y ello, por cuanto el delito sólo se configura con la entrega menor y no con el mero uso de la pesa o medida incorrecta.

Pero, como en el caso de la estafa y de las defraudaciones especiales consideradas en punto anterior, también está secundariamente protegida *la libertad plena para disponer patrimonialmente*, por cuanto la víctima efectúa una contraprestación libre para terceros y para sí misma, pero obra engañada respecto de la cantidad entregada que no fue la prometida y la que

tuvo en mira, y una contratación libre de maquinaciones ardidosas, que en este caso tienen la forma peculiar del uso de la pesa o medida falsa.

**g) En el fraude en materiales de construcción.**

Puede afirmarse que la *seguridad común* figura en el mismo nivel de protección que el patrimonio, al incriminarse al constructor de obras o vendedor de materiales de construcción que cometiere un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado.

Siendo básicamente un supuesto que queda, en esencia, descrito por otra defraudación especial: la que se comete en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas, la aptitud del acto para poner en peligro personas o bienes, revela una voluntad del legislador encaminada hacia la tutela de un bien diferente al patrimonio de la víctima, y ello aparece corroborado por el hecho de que se aplique la pena prevista para el delito de estragos si se produce derrumbe o desmoronamiento.

**h) En el fraude en perjuicio de la Administración Pública.**

La especial calidad del sujeto pasivo, que otorga característica propia a esta conducta, demuestra que, junto al patrimonio, ciertamente menoscabado, a la libertad plena en la disposición patrimonial, al negocio libre de maquinaciones ardidosas, que se protege como en la estafa y en las defraudaciones especiales, la Administración Pública —que es, con sobrada autonomía, un bien jurídico destinatario de intensa protección en el ordenamiento— aparece tutelada.

**i) En la apropiación de cosa perdida o de tesoro o de cosas habidas por error o caso fortuito.**

Aparece primariamente protegido el patrimonio de la víctima, cuyos objetos se pretende que no salgan de su auténtica y debida titularidad, como ocurre si el agente los dispone como propios.

Sin embargo, no se agota allí la tutela penal: la *seguridad común de los bienes librados a esa suerte de custodia social en las comunidades organizadas*, aparece también protegida.

Se trata de una de las máximas latitudes del magisterio penal: la que llega a la protección de aquello que fue perdido, de lo que se tiene con ignorancia de su propiedad y de su posesión, como el tesoro, o hasta de lo que quedó en la esfera material de custodia de otro.

*Esa confianza en las instituciones del Estado y en la plena aplicación del ordenamiento jurídico, aun más allá del encuentro providencial o de los avatares bienhechores de la fortuna, aparece también protegida.*

**j) En la efectivización ilegal de la prenda.**

A través de la represión a quien vende la prenda sobre la cual prestó dinero, o se apropiare o dispusiere de ella sin las formalidades legales, *se protege el patrimonio del deudor*, que podría verse menoscabado por la actuación del sujeto activo.

Pero no es la única tutela penal ejercida en el caso: *se ampara también el ejercicio de un derecho de propiedad libre de abusos.*

**k) En la desnaturalización del cheque.**

*El patrimonio del deudor de obligación no vencida a quien se exigió o aceptó como documento, crédito o garantía un cheque o giro de fecha posterior, no es el bien protegido por cuanto no supone prestación excesiva ni indebida.*

En cambio, *lo está la fe pública* que el ordenamiento asigna al cheque en cuanto es orden y no promesa de pago.

No menos protegida está *también la buena fe en las negociaciones*, ya que la víctima siente la presión del instrumento con que se documentó la deuda, instrumento dotado de fuerza ejecutiva, como otros que sería lícito y apropiado utilizar, pero además generador de consecuencias penales en su falta de pago.

Y esa falta de pago por la obligación de vencimiento futuro, que sólo debiera engendrar los efectos civiles del ordenamiento, estará amenazada con la sanción penal restando al negocio el conocimiento cabal de los deberes y consecuencias que le han de ser inherentes; la plena libertad para los contratantes que al asumir el riesgo de una deuda saben que la pena no es su consecuencia.

**l) En la usura.**

*El patrimonio de la víctima está elocuentemente protegido al incriminarse la conducta usuraria.*

Pero, tanto como el patrimonio, *lo está la buena fe en los negocios, la lealtad exigible a los contratantes* en el transcurso de sus recíprocas relaciones con el margen admisible de la especulación y del lucro resultantes sólo del ejercicio normal de la actividad comercial y no de la explotación de situaciones particulares y adversas de la contraparte.

**m) En la quiebra fraudulenta y culposa.**

También en estos casos el *patrimonio de los acreedores resulta tan protegido como la buena fe en las actividades comerciales*, las que, en el supuesto de la bancarrota de un deudor, requieren una actuación libre de mentiras y de toda especie de especulación o lucro y la absoluta igualdad entre todos ellos, quienes van a soportar el quebranto con inicial menoscabo de sus derechos pero sobre la base de la misma pérdida.

Asimismo, la actividad comercial requiere, por su incidencia en el desarrollo económico de la sociedad, un grado de capacidad y consagración por parte de quienes la ejercen.

*Ese ejercicio responsable del comercio, libre de la notoria imprudencia, de las especulaciones desmedidas o irresponsables*, aparece tutelado a través de la incriminación a estas conductas.

**n) En la usurpación.**

La titularidad de los derechos no es lo que se tutela a través de las conductas incriminadas bajo esta denominación, los que nunca dejan de pertenecer a la víctima, *sino el efectivo goce de los derechos reales constituidos sobre inmuebles.*

Tampoco en estos casos queda allí agotada la protección penal: *la libertad de decisión del hombre está también tutelada*, lo que resulta elocuente cuando se repara en los medios comisivos, que lesionan la facultad plena que el hombre debe tener en las disposiciones patrimoniales.

*ñ) En el daño.*

El patrimonio aparece elocuente y únicamente protegido en la sanción penal a esta conducta atentatoria de bienes concretos que lo componen, sea mediante la destrucción, sea mediante el deterioro.

En este último caso debe destacarse que lo que aparece penalmente protegido es la *disminución del valor venal*.

## CAPÍTULO II

### EL DELITO DE HURTO

#### 1. Descripción legal de la conducta. Sus antecedentes.

El artículo 162 del Código Penal incrimina “al que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena”.

El panorama retrospectivo y comparativo de las legislaciones presenta una enorme variedad en la definición del comportamiento humano que se incrimina como hurto.

Así, el derecho español toma el concepto legal del derecho romano y, a través de las Partidas, adopta su definición desde el Código de 1822, con algunas variantes en el de 1848 y de 1870 hasta que, finalmente, alcanza la siguiente redacción: “Son reos de hurto: 1º) Los que con ánimo de lucrarse, y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, *toman* las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño. 2º) Los que encontrándose una cosa perdida *se la apropiaren* con intención de lucro. 3º) Los dañadores que *sustrajeren o utilizaren* los frutos u objetos del daño causado en la cuantía señalada en este capítulo” (artículo 514).

De ese modo, encontramos reunidas las conductas más heterogéneas, dependientes de acciones estructuralmente distintas y que debieran responder a agrupaciones acordes con los verbos definitorios, simplemente por adhesión a significados gramaticales en los que se ha creído ver una pobreza que contrasta con la habitual riqueza del idioma <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Muy acertada es, al respecto, la observación de Rodríguez Devesa cuando señala que, de un lado, el Diccionario de la Real Academia incluye en el hurto el robo con fuerza en las cosas y la apropiación indebida, y, por otro, da como segundo equivalente de “robar” el “tomar para sí lo ajeno o hurtar de cualquier modo que sea” (*Derecho Penal español. Parte especial*, págs. 361/362).

Divergencias idiomáticas en su traducción española ha causado, asimismo, el Código Penal alemán —parágrafo 242— cuyo verbo ha sido traducido por Finzi como “sustraer”, mientras Soler lo ha traducido como “llevar”, por lo que debe definirse el delito como “sustraer o llevar a un tercero una cosa mueble ajena con la intención de apoderarse de ella antijurídicamente” y el objeto de tal intención ha sido también cuestión divergente ya que el texto transcrito corresponde a la versión de Finzi, mientras la de Núñez es “apropiarse”<sup>2</sup>.

Definido está como “sustracción fraudulenta” de la cosa en el Código Penal francés (artículo 379).

Las leyes penales latinoamericanas ofrecen análoga diversidad.

El verbo *apoderarse* es el vocablo definitorio de una gran mayoría y, en algunos casos, con fórmulas análogas a las de nuestro derecho; tal el caso de los códigos de Bolivia y Costa Rica, que en sus artículos 326 y 208 describen la conducta como “*apoderarse* ilegítimamente de una cosa mueble ajena”, el primero, y “total o parcialmente ajena”, el segundo.

El verbo *apoderarse* con el gerundio de otro verbo que lo complementa y que en la estructura del tipo legal constituye medio comisivo, es el definitorio del Código peruano: “el que se *apoderase* ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena, para aprovecharse de ella, *sustrayéndola* del lugar en que se encuentra” (artículo 237)<sup>3</sup>.

En la misma forma es el definitorio del Código venezolano: “todo el que se *apodere* de algún objeto mueble, perteneciente a otro para aprovecharse de él, *quitándolo* sin el consentimiento de su dueño, del lugar donde se hallaba” (artículo 453).

En cambio, el verbo *apropiar* es usado por la ley chilena: “el que sin voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse *se apropia* cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si falta la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto” (artículo 432).

<sup>2</sup> Ver Jorge Frías Caballero, *Acción constitutiva del delito de hurto*, en *Temas de Derecho Penal*, Ed. La Ley, 1970, pág. 119.

<sup>3</sup> Es la conducta que se define con el nombre de “robo”, pero que elocuentemente se refiere al hurto porque en el art. 239 el texto reza: “el que para perpetrar un robo, ejerciera violencia sobre una persona o la amenazare con un peligro inminente para la vida o la salud o de otra manera la inhabilitare para resistir...”.



El verbo *sustraer* define la conducta en la ley brasileña: "*Sustraer*, para sí o para otro, cosa mueble ajena" (artículo 164); en la ley colombiana: "el que *sustraiga* una cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella" (artículo 397).

La máxima diversidad de verbos se encuentra en el Código de la Defensa Social de Cuba: "son reos de hurto los que, con ánimo de lucro y sin violencia ni intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas: 1) *toman* las cosas muebles ajenas sin la voluntad de sus dueños; 2) *sustraen* ilícitamente energía eléctrica, agua, gas o fuerza de una instalación ajena; 3) *encuentran* una cosa perdida y sabiendo quién es su dueño, se la apropian; o no la consignan siéndoles desconocido el dueño; 4) *sustraen* o utilizan los frutos u objetos del daño que causaren" (artículo 529).

La fórmula del Código Penal argentino es la que quedó consagrada en la redacción del párrafo 30 del Código Penal Tipo para América Latina: "al que se apoderare de una cosa mueble total o parcialmente ajena".

Tal diversidad no es casual. Ilustra sobre la complejidad que presenta la cabal definición del comportamiento que comenzamos a estudiar y que tiene su consecuencia en el planteo de agudos problemas para establecer cuándo llega a perfeccionarse.

También ha podido ser ejemplo de la cautela y ponderación con que las leyes deben considerar la importante tarea delimitadora que cumple el verbo núcleo al definir las acciones <sup>4</sup>.

## 2. La acción. Su significado y perfeccionamiento.

Siendo "apoderar" el verbo definitorio de la conducta en nuestro Derecho, como se ha dicho, es necesario esclarecer su significado. El lingüístico correspondiente a la acepción que nos interesa es: "*hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder*" <sup>5</sup>.

Para comprender en su cabal dimensión qué es apoderarse, resulta imprescindible establecer cuándo se ha perpetrado el

<sup>4</sup> En tal sentido, véase Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, t. III, n° 1203, págs. 802/6.

<sup>5</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 20ª edición.

supuesto apoderamiento —vocablo en el que ha creído verse a veces la mejor de las soluciones<sup>6</sup>— por lo que el esclarecimiento del momento consumativo es esencial para desentrañar la comprensión del propio verbo y éste, a su vez, tiene sustancial importancia para que el intérprete determine si la conducta se ha consumado o meramente tentado.

Al respecto, se han formulado diversas teorías explicativas:

la teoría de la *"attrectatio"*: el apoderamiento se consuma en el momento en que el objeto es tocado con las manos;

la teoría de la *"apprehensio"*: el apoderamiento se consuma en el momento en que el objeto es aprehendido con las manos;

la teoría de la *"amotio"*: hay apoderamiento cuando el objeto es removido del lugar donde se encontraba;

la teoría de la *"ablatio"*: el apoderamiento se consuma cuando el objeto es transportado de un lugar a otro;

la teoría de la *"illatio"*: hay apoderamiento cuando el objeto es eficazmente resguardado, puesto a buen recaudo<sup>7</sup>.

La tesis de la *amotio* o de la remoción de la cosa fue criterio imperante de la jurisprudencia nacional desde 1911, con la discrepancia de pocos fallos de algunos tribunales del interior.

Sin embargo, en el año 1945, un voto en disidencia dictado en una decisión de la Cámara del Crimen de la Capital fue la base de las formulaciones que posteriormente seguiría la jurisprudencia del país.

El mentado voto descartó la consumación del hurto porque el legítimo poseedor de la cosa mantuvo la posibilidad física de ejercer actos posesorios<sup>8</sup>.

En la misma época el Tribunal sentó la doctrina de que la cosa debía haber salido, aunque fuera momentáneamente, de la esfera de acción del legítimo tenedor<sup>9</sup>.

Pero el plenario del 14 de mayo de 1948 estableció, por fin, que la sola remoción de la cosa no era suficiente para que se

<sup>6</sup> En este sentido se pronuncia Alfredo J. Molinario, *Derecho Penal. Parte segunda*, ed. 1943, pág. 446.

<sup>7</sup> Estas teorías son exhaustivamente desarrolladas por Giuseppe Maggiore, quien afirma que corresponden a cada uno de los sucesivos momentos en que podría descomponerse el *iter* del hurto (*Derecho Penal. Parte especial*, Ed. Temis, 1956, t. V, n° 22 y 23).

<sup>8</sup> Voto en disidencia del doctor Ure, en "L.L.", 40-599.

<sup>9</sup> También votó en disidencia el doctor Ure, en "L.L.", 41-769.

*consumara el delito de hurto* <sup>10</sup>, terminando con una doctrina de la que dijera el doctor Beruti en su voto mayoritario, había sido observada “como criterio jurisprudencial absoluto y extremo”.

El estudio de los votos revela un examen y repaso por parte del Tribunal de las posturas doctrinarias en tan acabada síntesis, que esta resolución es verdaderamente demostrativa de la tarea creadora que, en su más alto nivel, ha llevado a cabo la judicatura del país <sup>11</sup>.

Presente en la orientación de la mayoría de la Cámara está la teoría de Pessina, que sostiene que el hurto sólo se consuma cuando el ladrón *saca la cosa de la esfera de acción, de custodia o del poder del derechohabiente*, pero consideramos fundamental la glosa de las ideas básicas que fundamentan los votos mayoritarios porque ellas constituyen la esencia de la evolución posterior y del criterio actual.

Así, el voto del doctor Beruti —verdadera pieza de buena doctrina— enseña que “sólo hay apoderamiento cuando se retira el objeto del lugar en que se encuentra *siendo el verdadero «quid» del asunto determinar... qué debe entenderse por lugar y*, en este orden, señala que *es la esfera de acción y de custodia del derechohabiente, donde se somete dicho objeto al propio señorío adquiriendo la posibilidad de ejercer sobre él actos de disposición, posibilidad que, correlativamente, se suprime para el legítimo tenedor*.”

”De modo que, mientras éste se halle en condiciones de reducir o de perturbar la posibilidad del ladrón, el apoderamiento no es perfecto, porque una cosa no puede hallarse bajo el poder excluyente y simultáneo de dos personas; el bastón que

<sup>10</sup> Causa “Tabacchi”, en “Fallos” de la Cámara del Crimen de la Capital, t. VI (reedición dispuesta por el Ministerio de Justicia de la Nación, 1980), págs. 245/49.

<sup>11</sup> No puede dejar de ponderarse la tarea crítica y el esfuerzo en la superación de las posturas, reconocido paladinamente por el doctor Vera Ocampo en su voto: “...desde mi incorporación, ya lejana en el tiempo a este Tribunal, adheri... a la doctrina sostenida invariablemente por el mismo acerca del tema motivo de este plenario. Con acabado rigor esa doctrina afirmaba que la mera remoción de la cosa ajena realiza el momento consumativo del hurto. Traída ahora a nuevo debate, una detenida revaloración de las motivaciones que hasta agotar la argumentación se han hecho valer en pro y en contra de la vieja cuestión, me lleva al convencimiento de que *la teoría de la remoción de la cosa es incompleta* y, por lo menos, de notoria insuficiencia como solución teórica del problema enunciado...”, pág. 250.

alguien pretende arrebatarme tirando de uno de sus extremos, no pasará a poder de ese alguien mientras mi mano lo tenga asido por la otra extremidad... La acción, en el hurto, consiste en el quebrantamiento de la custodia ajena y en el establecimiento de un poder propio, dice Von Liszt; y si bien no es dudoso que la *sola remoción importa un ataque al patrimonio, que la ley, en su caso, reprime como tentativa, de ello no se sigue que tal ataque entraña, por sí mismo y en todos los supuestos, el agotamiento de todo el proceso ejecutivo de este delito... Porque remover no quiere decir apoderarse...* no es posible olvidar que el derecho sigue a la vida y no la vida al derecho..., pues en el supuesto de que suceda, por ejemplo, que un ladrón sea cogido con la *res furtiva* dentro de la casa en la cual se ha introducido para robar y haya sido apresado mientras buscaba la salida para ponerse a salvo, la conciencia popular dice siempre que intentó robar pero que no robó”.

Reconoce, asimismo, “...cierto es que la naturaleza de la esfera de acción, custodia o de poder, no es meramente especial sino ideológica y que ese poder se proyecta sobre la cosa, aun salida del límite material del recinto sometido a la autoridad del dueño, y se pierde, a la inversa, en casos dados, respecto de objetos que permanecen dentro de ese límite; y que, por consiguiente, las situaciones jurídicas concretas que pueden presentarse en la realidad no se determinarán con la elemental facilidad que ofrece la tesis simplista de la sola remoción...”.

Conceptos no menos esclarecedores pueden leerse en el voto del doctor Santa Coloma: “...el momento consumativo del hurto, esto es, *el de la consolidación del propio poder, debe coincidir con la exclusión de hecho del poder del dueño o de quien por éste obtenía la cosa... «el desplazamiento» de la cosa en el espacio no es el criterio del hurto, sino el «desplazamiento» del sujeto que puede realizar actos de disposición. El hurto no está en la acción de tomar las cosas sino en la de usurpar el poder...* Supongamos que un sujeto entra a una habitación con el propósito de hurtar un reloj que sabe es guardado en un mueble por su dueño; luego de abrir el mueble, toma el reloj y después de tenerlo en sus manos se arrepiente de su acción y lo vuelve a colocar en el lugar donde se hallaba, desistiendo así voluntariamente de su propósito delictual. Es posible sostener en el caso —se pregunta— la existencia del delito consumado y negar, consecuentemente al autor, el beneficio que la ley acuerda a quien desiste voluntariamente del delito...”.

Otro pensamiento rector en la doctrina judicial está representado por el voto del doctor Oderigo: "...la palabra remoción representa tan sólo la idea de movimiento, mover una cosa de un lugar a otro, con prescindencia de la extensión del movimiento y de las circunstancias en que éste se verifica; corresponde a un hecho físico y, por lo tanto, sólo puede compararse con el hecho físico que integra la acción de apoderamiento. En tal sentido la remoción basta para consumar el delito de hurto... Contrariamente, la remoción (hecho meramente físico) no puede compararse con el resultado, pues éste excede a lo físico e implica un concepto de relación, de la cosa con el agente (sometimiento a su poder fáctico) y con su dueño (sustracción de su poder fáctico)".

El voto del doctor Ure contiene una reseña de los casos en que sus disidencias habían abierto el porvenir interpretativo que vino a concretar la doctrina del plenario y así, recuerda haber considerado tentativa de hurto "los casos de quien arrojó un fardo de un camión en marcha y fue detenido antes de que pudiera tomarlo del lugar en que cayó; de quien, con idéntico resultado, dejó caer un envoltorio por la ventana de la fábrica; de quien fue sorprendido por el principal en el momento de transvasar la nafta del automóvil; de quien no alcanzó a retirarse de la casa con el lío de ropas que había sacado de un ropero; de quien fue visto por los empleados de la tienda cuando escondía en su bolsillo el paquete tomado del escaparate, siendo detenido por aquéllos cuando ya había ganado la calle; de quien puso en marcha un triciclo de reparto pero fue detenido por el damnificado que lo persiguió sin perder contacto durante el trayecto; de quien fue sorprendido cuando acababa de sacar, por medios naturales, la rueda de un automóvil..."

Pondera la necesidad de que la cosa sea colocada "*en condiciones de ser sometida a un efectivo poder de hecho; llegar a ser de hecho, según gráfica expresión de Binding, lo que para el propietario es de derecho*". Lo que tampoco ocurrirá mientras el titular... no haya sido excluido por permanecer la cosa en su esfera de custodia..., lo que no impide que en muchas situaciones coincida en el tiempo la *amotio* con el apoderamiento, entendido este concepto en el sentido antes expuesto... la custodia... es la manifestación más sencilla y expresiva de la posesión... Es... el conjunto de las medidas de control y vigilancia destinadas a proteger y a conservar la cosa en poder del derechohabiente"<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Todos los subrayados son nuestros.

La esclarecedora doctrina de este plenario determinó, pues, el abandono de la teoría de la *amotio* o "de remoción".

La evolución posterior de la jurisprudencia permite distinguir dos grandes orientaciones para interpretar el significado del verbo *apoderar*, interpretaciones ínsitas en los conceptos precedentemente glosados.

### a) *La teoría de la esfera de custodia.*

Teniendo en cuenta que la disposición de un objeto supone siempre el ejercicio de actos que importan una ubicación de aquél en el espacio con acceso expedito a quien ejerce ese poder, el quebrantamiento de tal ubicación, que no es meramente la salida del sitio en que estaba instalado, *sino la salida de todo el ámbito donde la víctima podía ejercer los actos de disposición material*, constituye el apoderamiento.

Ese ámbito, como queda dicho, no es un puro concepto geográfico susceptible de ser medido a través de distancias rígidas *sino la situación concreta que en el espacio relaciona la cosa con aquel que la dispone*, variable, por tanto, con las modalidades de custodia que se hayan adoptado, con la capacidad de inspección y con las facultades de control que la víctima sea capaz de ejercer.

Puede el objeto haber sido trasladado a una distancia objetivamente grande del lugar donde fuera colocado, pero, si el poder de control se ejerce de manera inexorable, la esfera de custodia no está vulnerada y el hecho constituirá sólo tentativa.

En sentido contrario, la distancia puede ser muy breve pero la incapacidad para el ejercicio de esos poderes de control, motivada por las circunstancias fácticas que fueren, podrá determinar que la esfera de custodia se considere vulnerada y que, por lo tanto, el desapoderamiento se haya consumado porque los actos ejecutivos habrán de entenderse culminados.

Las graves dificultades del concepto de "esfera de custodia" ya habían sido magistralmente sintetizadas en los votos del plenario que rechazó el criterio de la remoción como suficiente para el perfeccionamiento del hurto.

Y, a poco tiempo de su dictado, una resolución de la misma Cámara de la Capital revela esa notoria complejidad: "...el procesado fue detenido en el momento en que salía del local de la fábrica en que prestaba servicios, secuestrándosele un corte de género y el Tribunal entendió que el apoderamiento se había

consumado antes, pues aquél había logrado esconderlo entre sus ropas sin que nadie lo advirtiera, vale decir que, *aun dentro del local, el objeto había salido de la esfera de custodia del dueño*, y su secuestro fue concebido como un hecho posterior que no podía incidir en la calificación legal pertinente, en el proceso ejecutivo del delito, que se calificó como hurto”<sup>13</sup>.

Así, invocándose la doctrina del comentado plenario, en la realidad era rechazada, pues esta sentencia consagra encubiertamente un criterio de remoción como pauta determinante del apoderamiento.

La pura teoría de la “esfera de custodia”, con el agregado de una voluntad inequívoca de apoderamiento, ha sido ponderada en diversas resoluciones de nuestra Cámara del Crimen para considerar que los actos dejaron de ser preparatorios y comenzaron a ser ejecutivos.

Así, se ha entendido que el ingreso al automóvil en el que estaban las herramientas *es un comienzo de ejecución, ya que allanó la esfera de custodia del propietario*, circunstancia que crea la situación real de peligro corrido por el bien jurídico, dado que existió la inminente probabilidad del apoderamiento, de no haber sido por la intervención policial<sup>14</sup>.

Y, en septiembre de 1980, la Sala I del mismo Tribunal consideró que la acción de colocar los efectos ajenos en el interior del bolso importa trasladar las cosas, *sacándolas de la esfera de actividad de quien las tiene, y excede, en el “iter criminis”, la esfera de los actos preparatorios para situarse en la de los de ejecución* toda vez que, mediante una exteriorizada manifestación de voluntad inequívoca, la autora comenzó a ejecutar el verbo típico, sacando las prendas de vestir del lugar que ocupaban en la empresa, y colocándolas entre sus pertenencias con el confesado propósito de llevárselas<sup>15</sup>.

La misma Sala entendió que “...aun cuando no fuere por más de breves instantes, si el autor tuvo las cosas sustraídas bajo su posesión y fuera de la esfera de custodia de sus propietarios, la calificación legal que corresponde es la de hurto consumado...”<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> En “L.L.”, 27/2/50.

<sup>14</sup> C.C.C., del 8/5/64, en “D.J.” del 3/6/64.

<sup>15</sup> Sala I, c. 23.796, “Drovechuk de Delgado”, del 23/9/80.

<sup>16</sup> C.C.C., Sala I, “Mendoza, Alejandro G.”, del 27/12/84, en “L.L.”, 1986-E-722, Sec. Jurisp. Agrup. 5796.

**b) *La teoría de la disponibilidad o de la posibilidad física de disponer* <sup>17</sup>.**

Debe existir una obtención real y efectiva de la cosa, que supone disponerla desde el punto de vista material impidiendo que la víctima desarrolle ese mismo poder de disposición.

El agente ha de efectuar un desplazamiento de la posibilidad de disposición física afirmando su propio poder en tal sentido y excluyendo al sujeto pasivo del delito.

Representa el poder de ejercer actos posesorios sobre la cosa durante un tiempo cualquiera, por brevísimo que sea <sup>18</sup>.

La imposibilidad de disponer que crea a la víctima no es suficiente porque el autor debe, contemporáneamente, consolidar su propia posibilidad.

Una vasta orientación de la jurisprudencia, sobre la base de la doctrina del plenario de 1948, indicativo de lo que *no* bastaba para considerar perfeccionado el apoderamiento, agregó el requisito de que la cosa debía haber estado en poder de disponibilidad por parte del ladrón <sup>19</sup>.

Poco, en medio de esta riqueza argumental que la doctrina argentina ha desarrollado sobre el tema, se ha insistido en el hecho de que, tal vez, este criterio sea el que mejor interpreta el *significado gramatical del término "apoderar", que al consistir en poner algo bajo el propio poder, entraña quitar ese poder al que lo tiene y afirmar el propio*.

Así, la opinión francamente dominante es la que basa el apoderamiento en la *posibilidad que haya tenido el agente de realizar sobre la cosa actos de disposición física con exclusión de la víctima*.

Esa riquísima elaboración jurisprudencial ha afirmado principios interpretativos verdaderamente rectores.

Ha establecido que aquella posibilidad *no nace del hecho de tener consigo las cosas*, mientras la víctima, la autoridad o un tercero que intervenga eficazmente puedan impedirselo <sup>20</sup>; que

<sup>17</sup> Emplea esta terminología Jorge Frías Caballero en *El proceso ejecutivo del delito*, Ed. Bibliográfica Argentina, 1956, págs. 313 y ss.

<sup>18</sup> Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, 1203, pág. 806.

<sup>19</sup> Ese criterio fue sustentado, entre otros, por los siguientes fallos de la C.C.C., n° 24.716, del 4/6/48, en "L.L." del 7/7/48; n° 13.071, del 23/9/66, en "J.A." del 19/10/66; n° 63.243, del 11/7/69, en "L.L." del 6/8/69; n° 64.323, del 19/8/69, en "L.L." del 26/12/69.

<sup>20</sup> C.C.C., del 6/11/59, en "J.A.", 1960-II-291.



el sitio en que el ladrón *deja el objeto suele ser una pauta para conocer*, en el proceso ejecutivo del delito, *la posibilidad de disponer de la cosa*, como cuando la guarda en lugares de su exclusivo uso <sup>21</sup>; que la consumación del hurto se integra por dos fases: pasiva —privación de la cosa a quien la tenía— y activa —toma efectiva de poder sobre ella por el agente— mediante la cual se desapodera a la víctima; *por lo que el autor debe apoderarse mediante el desapoderamiento del sujeto pasivo* <sup>22</sup>.

No menos constante ha sido la interpretación de que no interesa la duración con que, en el tiempo, se prolonga esa potestad para disponer la cosa, debiendo limitarse el intérprete a evaluarla en sí, aunque aquélla hubiera sido sólo momentánea <sup>23</sup>.

Y, en esta orientación, reiteradamente se ha declarado que si el procesado tuvo la disposición exclusiva durante cuarenta y ocho horas, lo que se reveló cuando lo ocultó por primera vez, cambiando después el sitio del escondrijo, el hurto fue consumado <sup>24</sup>.

Otros tribunales del país también han acogido esta doctrina.

Así, la Cámara Federal de Santa Fe, en su Sala 1ª ha consagrado, con citas de Núñez y de Soler, que el acto de apoderamiento se estructura, por un lado, con el acto material de la obtención de la cosa, y, por otro, con el propósito de someterla al propio poder, es decir, disponer de ella <sup>25</sup>.

La Cámara Federal de Resistencia, en el mismo sentido, ha tomado como pauta de la consumación, que la cosa sea colocada bajo el efectivo poder de hecho del ladrón <sup>26</sup>.

La Cámara del Crimen 2ª de Corrientes ha señalado que el verbo "apoderarse" es algo más que el acto material de tomar la cosa; es la acción del ladrón que consiste en ponerla bajo su dominio y acción inmediata <sup>27</sup>.

<sup>21</sup> C.C.C., del 28/7/61, en "D.J." del 25/8/61.

<sup>22</sup> C.C.C., del 5/6/60, en "L.L.", 99-206.

<sup>23</sup> C.C.C., del 30/5/67, en "J.A.", 1967-V-41, y C.C.C., del 30/4/65, en "J.A.", 1965-IV-21.

<sup>24</sup> C.C.C., Sala II, c. 25.653, "Rodríguez, Jorge", del 28/7/81, con cita de las causas "Castro, Elisa de", de la Sala V, del 13/10/67; "Fuentes, O.", de la Sala I, del 27/4/71; "Montes de Oca", de la Sala III, del 4/10/68.

<sup>25</sup> C. Penal de Santa Fe, Sala I, c. 28.530, del 7/7/78, "González, Eusebio", en "J.A.", 1979-III-60.

<sup>26</sup> C. Fed. Resistencia, del 26/9/57, en "J.A.", del 2/3/59, n° 11.

<sup>27</sup> C.C.2ª Corrientes, del 28/8/50, en "J.A.", 1951-I-190.

La Cámara del Crimen 2ª de San Luis ha declarado, asimismo, que existe consumación cuando el agente ha tenido la posibilidad de disponer o de consumir la cosa y aunque esa posibilidad haya durado muy poco tiempo o no haya hecho uso de ella <sup>28</sup>.

Que la acción de apoderarse exige no sólo la pérdida del poder por parte de la víctima sino también la adquisición del poder por el autor, ha declarado la Cámara en lo Criminal de La Pampa <sup>29</sup>.

La Cámara 1ª de Salta ha sentado análogos principios en el caso de la remoción de una bicicleta de la vía pública en que el autor fue aprehendido por una falla de ésta, por cuanto pudo disponer materialmente de la cosa, aunque sea por breves instantes <sup>30</sup>.

Dos criterios se han distinguido para establecer la pauta determinante de la posibilidad de disposición.

El que sostiene que esa posibilidad debe ser evaluada *abstractamente* <sup>31</sup> y el que afirma que la posibilidad de disponer materialmente de la cosa ha de ser *real* <sup>32</sup>.

Este último, expresado a través de la resolución que consideró que dependiendo el "hurto doméstico" de las posibilidades de disponer del objeto en forma más o menos inmediata, se ha consumado el delito si la doméstica *contó con posibilidades* para sacarlo del domicilio de su empleador, resultando intrascendente si por propia voluntad prefirió guardarlo en su poder <sup>33</sup>; de la que tuvo en cuenta si entre el lugar en que el vehículo fue sustraído y la detención del procesado con secuestro del automotor, aquél ha tenido la efectiva posibilidad de realizar actos de disposición material de la cosa <sup>34</sup>; de la que consideró que hubo sólo tentativa si el acusado fue perseguido durante tres cuadras llevando el dinero sustraído sin posibilidad de disponer de él, ya

<sup>28</sup> C.C.2ª San Luis 2ª Circunscripción, del 4/8/69, en "J.A.", res., 1970-414, n° 25.

<sup>29</sup> C.C. La Pampa, del 11/12/69, en "L.L.", 140-779, n° 24.771-S.

<sup>30</sup> C.C.1ª Salta, del 10/3/70, en "J.A.", 1970-924, n° 34.

<sup>31</sup> Seguido por la C.C.1ª de San Juan, en fallo del 5/2/60, en "Rep. L.L.", XXIII-689, s. 13, y también por la C.C. de La Plata, en fallo del 23/12/69.

<sup>32</sup> Seguido por la C.C.C., en fallo del 4/10/68, en "L.L.", 134-346, y del 18/10/68, en "L.L.", 134-960.

<sup>33</sup> C.C.C., del 4/10/68, en "L.L.", 134-346.

<sup>34</sup> C.C.C., del 19/11/68, en "J.A.", (sc), 2-455.

que fue visto en el momento de su apoderamiento, e inmediatamente perseguido y capturado <sup>35</sup>.

Ambos criterios pueden llegar a conclusiones exactamente opuestas para establecer si hubo posibilidad de ejercer actos de disposición y en el caso del ladrón fugitivo, se opone a la antes recordada resolución, otra de la misma Cámara que entendió existía, por el contrario, delito consumado cuando el autor, pese a que sufrió una persecución continua, alcanzó a esconderse detrás de un automóvil en un garaje y arrojó los efectos sustraídos debajo, pues se entendió que luego podía regresar en su busca <sup>36</sup>.

A su vez, nuestra jurisprudencia ha fijado limitaciones en la naturaleza y en el tiempo en que ha de tenerse la disponibilidad.

Ha declarado, en ese orden, que *disponibilidad no significa disfrute o aprovechamiento de la cosa, y que su recuperación no suprime el delito* <sup>37</sup>.

Ciertamente, identificar el poder de disposición con aquellos conceptos llevaría a insospechados excesos y delataría el proceso ejecutivo del delito sin apoyo alguno en la estructura típica de la conducta. Y el Tribunal Supremo de Buenos Aires ha mantenido la trayectoria jurisprudencial consagratoria de ese principio <sup>38</sup>.

El Tribunal Supremo de Córdoba, con igual orientación, ha consagrado que no es preciso que el autor persiga una ventaja económica, bastando con la acción de privar la cosa a quien la tiene sustituyéndolo sin derecho en el poder efectivo de ella <sup>39</sup>.

Por otra parte, no sólo ha de concebirse esa mera posibilidad de disposición con actos tendientes a transferir propiedad o tenencia, sino también, destrucción o escondite, porque basta la disponibilidad física <sup>40</sup>.

La Cámara Federal de la Capital, con cita de Jorge Frías Caballero, afirmó que hubo hurto en grado de tentativa, en el

<sup>35</sup> C.C.C., del 4/5/71, en "J.A." (sc), 12-563, n° 185.

<sup>36</sup> C.C.C., Sala II, c. 18.720, del 7/11/75, "Hernández Campe", en "J.A.", 1977-I, Síntesis.

<sup>37</sup> S.C. Buenos Aires, del 5/4/49, en "L.L.", 54-386.

<sup>38</sup> S.C. Buenos Aires, del 9/4/63, en "L.L.", 111-653, y del 24/9/63, en "Rep. L.L.", XXIV-754, s. 4.

<sup>39</sup> T.S. Córdoba, del 27/6/58, en "Rep. L.L.", XIX-620, s. 7.

<sup>40</sup> C.C. San Isidro, del 14/4/70, en "L.L.", 140-428.

quehacer de quienes se apoderaron de ocho neumáticos, secuestrados en el vehículo en el que circulaban, por entender que los agentes “no llegaron en ningún momento a contar con la libre disponibilidad de las cosas sustraídas” <sup>41</sup>.

Y, en la misma postura, se declaró: “...Basta que el sujeto pueda disponer de la cosa sustraída, aunque sea por una fracción de segundo, para que el hurto se consume. Y existe esa disposición —afirmó— cuando medió un ocultamiento tan eficaz que la cosa sustraída nunca apareció...” <sup>42</sup>.

Se ha llegado, así, a una coherente interpretación que concibe al apoderamiento como la *posibilidad efectiva del ejercicio de actos de poder sobre la cosa, con exclusión de esa misma facultad por parte de la víctima, durante cualquier lapso, sea que el sitio adonde el autor la lleve esté dentro o fuera de los sitios previstos por el sujeto pasivo para vigilarla.*

### c) *El consentimiento del interesado.*

La noción de apoderamiento supone vencer la resistencia del sujeto pasivo. Como se ha dicho, la afirmación del poder sobre la cosa, en que aquélla consiste, se logra a través de la exclusión de la víctima.

Aunque no existe despliegue de violencia especial alguna, la actividad del ladrón conlleva el triunfo sobre la oposición de la víctima, expresada a través del control y de la custodia de la cosa.

La falta de consentimiento no figura, pues, como expreso requisito típico, pero integra el núcleo, que lleva ínsita la noción de que el acto se ejecuta *contra la voluntad del derechohabiente.*

No hay apoderamiento que no sea “*invito domino*”.

Más recientemente, la Cámara del Crimen, con cita de Nelson Pessoa (*La tentativa. Distinción entre actos impunes y actos de ejecución de delitos*) ha declarado que la tentativa se configura desde que el sujeto se introduce en la esfera de custodia hasta que se logra efectivo poder sobre la cosa.

Por lo que consideró impune —por concebir los actos como preparatorios— el quehacer de quien ingresó con otras personas

<sup>41</sup> CNFed. en lo Crim. y Corr., Sala I, “Bonza, Julio C.; Comisi, Carlos César”, del 7/11/84, en “BJCNACCFed.”, año 1984, n° 3, pág. 755.

<sup>42</sup> C.C.C., Sala VII, “Stella, Jorge A.”, del 18/2/86, en “L.L.”, 1986-E-722, Sec. Jurisp. Agrup. 5795.

a un local simulando ser cliente y se acercó hasta la caja registradora obstaculizando la visión del empleado que allí estaba, si no se observó a raíz de dichos movimientos un avance dentro de un plan concreto para comenzar a ejecutar los elementos del tipo legal, que haya puesto en peligro al bien jurídico <sup>43</sup>.

De ese modo volvió a formular todos los principios en juego sobre el tema que reavivan en cada caso las polémicas interpretaciones antes expuestas.

En el límite entre las tentativas idónea e inidónea, con mucho acierto se aplicaron los principios generales en el caso en que el agente usó la llave original del automóvil y no pudo lograr la apertura por falta de tiempo para vencer el sistema de seguridad.

Se entendió que la maniobra fue intrínsecamente apta y que aquel sistema no transforma este carácter <sup>44</sup>.

En el capítulo dedicado al estudio del robo se citan algunas decisiones judiciales relativas al momento consumativo pues, aunque se trata de una cuestión inherente al tipo básico, que es el aquí estudiado, fueron dictadas para resolver casos de robo y no de hurto.

### **3. Elementos normativos del tipo legal. Noción de cosa mueble.**

El tipo legal del hurto contiene elementos de los llamados *normativos* en una de sus reconocidas categorías: la de los que aparecen descriptos en otras partes del ordenamiento jurídico.

La noción de cosa mueble no es, precisamente, pura descripción.

El artículo 2311 del Código Civil define a la cosa como el "objeto corporal susceptible de tener un valor" y el artículo 2318 a la clase de las que denomina "muebles" como las que pueden transportarse de un lugar a otro, "sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa".

También las que figuran en la enumeración del artículo 2319: "Son también muebles todas las partes sólidas o fluidas del suelo, separadas de él, como las piedras, tierra, metales, etc.;

<sup>43</sup> C.C.C., Sala I, "Salazar Fuñoli, J. D.", del 4/11/96, en "J.P.B.A.", 101-44.

<sup>44</sup> C.C.C., Sala VI, "Olivera, L. H.", del 27/5/97, en "J.P.B.A.", 104-45.

las construcciones asentadas en la superficie del suelo con un carácter provisorio; los tesoros, monedas y otros objetos puestos bajo del suelo; los materiales reunidos para la construcción de los edificios, aunque los propietarios hubieran de construirlos inmediatamente con los mismos materiales; todos los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos personales” como, asimismo, las que se hallen fijadas en un edificio “cuando estén adheridas al inmueble en mira de la profesión del propietario, o de una manera temporaria” (artículo 2322 del Código Civil).

Por lo tanto, para el encuadre en la descripción típica de estos elementos debe tenerse en cuenta:

*a) La corporalidad.*

La carencia de esta nota distintiva ha impedido que se considerara hurto el apoderamiento de *electricidad* hasta que resolvió el problema la reforma introducida por la ley 17.711.

La forma habitual de perpetrar el delito respecto a este elemento es la alteración en las anotaciones de los medidores y tal conducta constituye estafa por cuanto, aunque se considere “cosa” a la electricidad, *no habría apoderamiento* sino la prestación de la energía eléctrica por parte de quien obra voluntariamente pero engañado por la creencia de que le será pagado conforme a las anotaciones que, en realidad, han sido alteradas.

Habrán, en cambio, hurto en el caso de la conexión clandestina —“enganche” al cable— por cuanto en tal supuesto el fluido es objeto directo del apoderamiento. No existe prestación de la víctima sino que ésta es despojada sin entrega de ninguna especie.

Asimismo, se declaró que el gas puede ser su objeto, mediante la instalación de una cañería clandestina (C.C.C., Sala VII, del 10/10/85, “Muiño, Fernando A.”, en “Doctrina Judicial”, t. 1987-1, pág. 32, n° 15).

El agua sólo podrá ser objeto de este delito cuando esté separada del suelo, pues el artículo 2319 del Código Civil le asigna en tal situación régimen jurídico de cosa mueble, al establecer que “son también muebles todas las partes sólidas o *fluidas* del suelo, separadas de él...”.

No podrá serlo cuando sea parte fluida que integre la superficie y profundidad del suelo porque el artículo 2315 del

Código Civil le asigna en tal supuesto, el régimen jurídico de cosa inmueble.

**b) La posibilidad de transporte.**

El uso y goce de los derechos constituidos sobre inmuebles, o meramente de estos últimos, está protegido mediante la incriminación de la usurpación, por lo que el hurto y el robo, conforme a sus descripciones típicas, sólo pueden tener como objeto material los *muebles*.

Se plantea la cuestión de aquellos que están adheridos al suelo.

En tal sentido, se ha entendido que deben ser susceptibles de ser llevados de un lugar a otro, moviéndose por sí o por una fuerza externa, y sea que tengan independencia o que estén permanente o accidentalmente adheridos a otra cosa inmovilizada por sí, y de la cual el ladrón los separa <sup>45</sup>.

También la jurisprudencia ha entendido que son cosas muebles los formularios de cheques, aun cuando se trate del simple impreso sin aditamento <sup>46</sup>.

**c) El valor.**

Siendo el valor inherente al concepto de cosa e integrante de éste, conforme a la antes glosada definición de la ley civil, debe precisarse qué se entiende por tal.

Los objetos llamados *cosas* pueden tener uno de estos tipos de valor o ambos: el "*valor de cambio*" y el "*valor de uso*".

Es *valor de cambio* aquel asignado en las transacciones, fundado, por tanto, en un criterio objetivo: la valuación que terceros le atribuyen en el mercado, maguer las estimaciones particulares del propietario.

Es *valor de uso* el que fija la estimación personal del dueño. Este tipo de valor puede estar exclusivamente determinado por consideraciones de índole afectiva.

Ambos valores pueden no coincidir y, a menudo, no son coincidentes.

<sup>45</sup> C. Penal Santa Fe, Sala I, fallo 28.530, de 7/7/78, "González, Eusebio", en "J.A.", 1979-III, con cita de Núñez. En el caso se trata de tierra sustraída.

<sup>46</sup> C.C.C., Sala I, c. 28.506, del 28/2/78, "Velázquez, Rusen R.", en "J.A.", 1979-II-735.

Son autónomos y respecto a ciertos objetos sólo existe uno, como ocurre respecto a aquellos que no tienen valor en el mercado, pero están dotados de una significación afectiva para el dueño: el pañuelo deshilachado, totalmente carente de valor de cambio, pero que tuvo el padre en sus manos antes de morir, está por ello pleno de valor para su dueño.

Para que un objeto sea "cosa" basta con el "valor de uso".

Aunque algunas ilustres opiniones han sostenido que no basta con que tenga "valor pecuniario" pues no hay cosa alguna que deje de tenerlo sino que es menester que ese valor sea de cierta entidad <sup>47</sup>, la cabal idea del perjuicio que debe causar la acción típica está en las verdaderas dimensiones del bien jurídico.

Un patrimonio puede no verse disminuido por la actividad del ladrón al apoderarse de un objeto carente de ese valor de cierta entidad; sin embargo, *el perjuicio no estará en tal disminución sino en la privación de la disponibilidad de aquello que la víctima considere como materia para el ejercicio de su derecho de propiedad*, el que no se modifica por la existencia o ausencia del valor de cambio de las cosas <sup>48</sup>.

Las cosas de muy insignificante valor, como el fósforo que se ha usado, el atado de cigarrillos del que sólo queda el envase, cuando están desprovistas de valor de uso, pueden no ser objeto del hurto si se presume el consentimiento del tenedor, porque entonces la actividad no constituiría apoderamiento, conforme a lo expresado, *supra*, n° 2, c, de este capítulo.

Nuestra Cámara Federal debió estimar si veinticinco litros de nafta eran "cosa", por tener valor económico <sup>49</sup>.

Sostuvo entonces: "...el concepto de cosa, mencionado como objeto material del tipo en cuestión, debe interpretarse —en razón de la unidad del ordenamiento jurídico— de acuerdo a lo definido en el artículo 2311 del Código Civil y por ende sólo cabe excluir de él aquellos objetos que realmente carezcan de valor económico...", y con respecto a opiniones citadas en el fallo absolutorio que revisaba, referidas a supuestos en que la cosa tiene tan poco valor económico que puede reputársela derelicta, afirmó: "...En estos casos lo que no existe es el núcleo del tipo, porque la situación

<sup>47</sup> Conf. Alfredo J. Molinario, *Derecho...* cit., págs. 454/5.

<sup>48</sup> Conf. Sebastián Soler, *Derecho Penal argentino*, Tipográfica Editora Argentina, 1978, t. IV, 11, IX.

<sup>49</sup> CNFed. Crim. y Corr., Sala II, causa 3863 (militar), del 21/12/84, en "BJCNACCFed.", año 1984, n° 3, pág. 683.



conduce a pensar en un voluntario abandono del dueño de aquellos". "Por lo demás —prosiguió—, el real valor económico de la cosa hurtada debe considerarse no de acuerdo a su costo para el Estado Nacional, único usuario legítimo de ese combustible desgravado, sino frente al que tiene realmente la nafta a la que reemplaza, ya que su uso particular supone el perjuicio adicional derivado de la no percepción de los tributos correspondientes...".

#### 4. Elementos objetivos del tipo legal. Noción de cosa ajena.

El tipo del hurto sólo contiene un elemento de naturaleza puramente descriptiva: la calidad de ajena que, en forma *total* o *parcial*, debe tener la cosa respecto al agente.

Se trata de un elemento que responde a la esencia de la incriminación: no se puede desapoderar lo propio.

En consecuencia, sería atípica, respecto al tipo legal del hurto y del robo, la acción del dueño que quite la cosa a quien la tuviera legítima o ilegítimamente en su poder.

En el primer caso, la privación dará lugar al resarcimiento civil correspondiente y al delito de "hurto impropio", que es una defraudación especial; no así en el segundo.

La atipicidad quitará el carácter de delito a la acción de desapoderamiento pero, constituyendo una suerte de "justicia por mano propia", y no el ejercicio legítimo de un derecho, no será causa de justificación de otros delitos que se perpetren en el cumplimiento del objetivo de recuperar la cosa: violación de domicilio, lesiones o daño.

Cuando se es dueño de la cosa junto con otros, el apoderamiento es también delito porque "*parcialmente*" aquélla es ajena ya que el condominio supone la propiedad de partes ideales de la cosa <sup>50</sup>.

En este sentido, la falta de individualización de los propietarios no se ha concebido como inconveniente para consagrar este carácter ajeno <sup>51</sup>.

<sup>50</sup> El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble (artículo 2673 del Código Civil).

<sup>51</sup> C.C.C., Sala IV, c. 28.705 del 22/5/78, "Guldemberg, Víctor A. y otro", en "J.A.", 1979-III-561.

La noción de *cosa ajena* no sólo *se opone* a la de *cosa propia* sino también a la de *cosa perdida* que puede ser objeto del delito que describe el artículo 175, inciso 1°, del Código Penal, y a la de *cosa abandonada*, cuyo dominio puede válidamente adquirirse por apropiación <sup>52</sup>.

## 5. Noción de ilegitimidad.

### a) *Su ubicación en la estructura del delito.*

La existencia de elementos de esta índole en los tipos legales hizo formular diversos replanteos a la doctrina alemana hace unos cincuenta años.

La antijuridicidad, en sí y como elemento de una noción jurídica y estratificada del delito, está ausente en la inmensa mayoría de las descripciones típicas.

Presente en la creación legislativa del tipo, el que sólo tendrá vida si el análisis del legislador, proyectado hacia un

<sup>52</sup> Conforme al artículo 2343, "son susceptibles de apropiación privada:

1°) los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial;

2°) los enjambres de abejas, si el propietario de ellos no los reclamare inmediatamente;

3°) las piedras, conchas u otras sustancias que el mar arroja, siempre que no presenten signos de un dominio anterior;

4°) las plantas y hierbas que vegetan en las costas del mar, y también las que cubrieren las aguas del mar o de los ríos o lagos, guardándose los reglamentos policiales;

5°) los tesoros abandonados, monedas, joyas y objetos preciosos que se encuentran sepultados o escondidos, sin que haya indicios o memorias de quien sea su dueño, observándose las restricciones de la parte especial de este Código, relativas a esos objetos".

De acuerdo al artículo 2527: "Son susceptibles de apropiación por la ocupación, los animales de caza, los peces de los mares y ríos y de los lagos navegables; las cosas que se hallen en el fondo de los mares o ríos, como las conchas, corales, etc., y otras sustancias que el mar o los ríos arrojan, siempre que no presenten señales de un dominio anterior; el dinero y cualesquiera otros objetos voluntariamente abandonados por sus dueños para que se los apropie el primer ocupante, los animales bravíos o salvajes y los domesticados que recuperen su antigua libertad".

Según el artículo 2525 del Código Civil, "La aprehensión de las cosas muebles sin dueño, o abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir con el ánimo de apropiárselas, es un título para adquirir el dominio de ellas".

hipotético futuro, concluye en que la conducta a describir será desvaliosa, lesiva o atentatoria de bienes jurídicos o socialmente negativa.

Presente nuevamente frente a la conducta efectivamente observada por el hombre y ya encuadrada en aquella descripción para analizar si, aunque típica, no encuadra también en alguno de los supuestos en que el legislador entendió que era *permitido* actuar de esa manera. Suele, en cambio, estar ausente en la propia definición de la conducta descripta.

Las acciones de matar, de estafar, de falsificar, de lesionar, son antijurídicas porque si, en el caso, están permitidas o justificadas, no habrá delito, y para ello el legislador no se ha valido de la técnica que consiste en establecer en el propio tipo legal que deben serlo.

El verdugo lleva a cabo la acción típica de matar pero está justificado porque obra por mandato de la ley, y para ello, no fue necesario que el tipo legal del homicidio rezara: "el que matare ilegítimamente a otro".

Sin embargo, en unos pocos tipos legales puede leerse una referencia a la antijuridicidad de la conducta.

Los casos del hurto y del robo figuran, precisamente, entre esas escasas excepciones.

Afirmar que el apoderamiento es *ilegítimo* supone descubrir su antijuridicidad.

Como se ha dicho, es una "incrustación" de antijuridicidad en el tipo legal.

Se ha visto también la referencia a una especie de "ilegitimidad subjetiva" cuyo efecto es la exclusión de toda forma culposa y la impunidad de toda forma de error. Es la síntesis de todos los datos objetivos del hurto, tal como se ha presentado en la conciencia del autor <sup>53</sup>.

### ***b) Los alcances de su significado.***

Tratándose de una pura cuestión de técnica legislativa, puede afirmarse que aunque el tipo legal no contuviera el adverbio "ilegítimamente", no habría hurto ni robo si el autor obrara justificadamente.

Las variantes podrían reputarse, en cambio, metodológicas.

<sup>53</sup> En este sentido, Soler, *Derecho Penal argentino*, t. IV, 111, XI, pág. 201.

Suprimido este elemento en el tipo legal, después de analizar la adecuación típica de la conducta habría que estudiar su antijuridicidad, conforme al criterio material o formal que se siga <sup>54</sup>.

En cambio, figurando en el propio tipo legal, su análisis incidirá en el estudio del dolo y de la culpabilidad.

Siguiendo la concepción tradicional, tras el estudio de la acción, de la tipicidad y de la antijuridicidad, para saber si el autor del hurto es culpable se tendrá en cuenta, como elemento del juicio de reproche, si obró con dolo, y tratándose de una concepción *valorada* del dolo, deberá examinarse si tenía *conciencia de la ilegitimidad*.

Según la concepción finalista, al ubicarse el dolo en el tipo legal, como la faz subjetiva de éste y consistir en la voluntad realizadora de los elementos del tipo objetivo, el dolo implicará también el conocimiento de esta *ilegitimidad* y su voluntad de concreción pese a tal conocimiento.

## 6. El dolo.

La voluntad de apoderarse ilegítimamente de la cosa mueble que se sabe total o parcialmente ajena podría ser definida como el dolo del hurto o del robo. Es el propósito arbitrario de someter una cosa ajena al propio poder, cualquiera sea su finalidad de uso, goce, afectación o destino <sup>55</sup>.

Esa voluntad comprende necesariamente el previo conocimiento de tales elementos como integrantes de la acción del agente.

Al respecto, deberá tenerse en cuenta que el ordenamiento exigirá un conocimiento profano sobre aquellos elementos normativos que el tipo contiene: la noción de cosa mueble.

Así, no resultará válida la alegación de que no se sabía que la electricidad fuera "cosa" y, por ello, no se consideraba prohibido su apoderamiento.

<sup>54</sup> Según el criterio formal corresponderá examinar si encuadra en una norma permisiva o tipo de justificación; conforme a la concepción material se estimará si la conducta es o no socialmente dañosa.

<sup>55</sup> C.C.C., Sala V, c. 29.037, "Rovere, Enrique J.", del 2/7/77, en "J.A.", 1980-I-116.

Conforme al planteo finalista, el error que recaiga sobre cualquiera de estos elementos, reuniendo los caracteres de *esencial* e *insuperable*, tendrá por efecto suprimir el dolo.

El error sobre la condición de “cosa mueble”, de su calidad de “ajena” y de la “ilegitimidad” de la conducta —porque tales son los elementos del tipo objetivo— convertirá, pues, la conducta en atípica.

Aunque ese error no sea insuperable o invencible, la conclusión será la misma, pues estas conductas no tienen prevista una forma culposa, que es el encuadre reservado a los supuestos del error esencial que se hubiera podido superar con una razonable diligencia por parte del agente.

Si hubiera dolo pero no hubiera existido la conciencia de la antijuridicidad, la conducta será típica, pero el juicio de reproche de la culpabilidad sufrirá seria mengua.

En el planteo tradicional habrá que examinar los mismos elementos como constitutivos del dolo, pero para establecer su existencia en el juicio de reproche.

El problema queda reducido a la pura construcción del dolo sin que sea menester, en el tipo legal estructurado por la ley argentina, la concurrencia de otros elementos subjetivos, ya que no son exigidos el “ánimo de lucro” o de “apropiación” de otros sistemas.

Así, se ha entendido que el conocimiento de la ajenidad de la cosa y de la ilegitimidad del apoderamiento por la carencia de facultades de quien autorizó para utilizarla, constituye el dolo del hurto<sup>56</sup> y que no es hurto el comportamiento de quien lleva una cosa ajena con el inequívoco propósito de gastar sólo una broma porque en tal conducta está ausente el elemento subjetivo propio de lo injusto<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> C.C.C., Sala I, “Torres, Oscar A.”, del 15/5/79, en “J.A.”, 1979-IV, síntesis.

<sup>57</sup> C.C.C., Sala V, “Coronel, H. R.”, del 10/4/77, en “J.A.”, 1977-IV, síntesis, y C. Penal Santa Fe, Sala I, “Cortassa, Mario A.”, del 1/11/76, en “J.A.”, 1977-IV-225.



## CAPÍTULO III

### LOS HURTOS CALIFICADOS

#### 1. Introducción.

La intensidad con que una conducta descrita en un tipo legal determinado afecta al bien jurídico determina la clasificación de los tipos en “básicos” y “calificados”, siendo los primeros aquellos que estructuran los elementos esenciales de la conducta, mientras los segundos agregan circunstancias que pueden revestir mayor o menor gravedad. En el primer caso, serán tipos agravados, y en el segundo, privilegiados. Conforme a las categorías ordenadas por Beling, los primeros —básicos— son los verdaderos tipos legales, mientras los segundos constituyen figuras; conforme a últimas clasificaciones, aquéllos son “independientes” y éstos “subordinados”<sup>1</sup>.

En el caso de los delitos que pasan a estudiarse, el comportamiento corresponde al verbo típico ya considerado, “*apoderarse*”, y razones de una tutela más severa determinan una mayor amenaza penal cuando concurren ciertas circunstancias. Esas razones dependen de diversos motivos de política criminal y serán consideradas antes de analizar los elementos constitutivos de cada tipo. Serían tipos “subordinados” porque en el tipo del hurto antes estudiado, se agota la descripción individualizadora de la conducta, mientras que en los que serán materia inmediata de nuestro estudio, se requiere de esa individualización para precisar la propia.

<sup>1</sup> Conf. Zaffaroni, *Tratado... cit.*, *Parte general*, t. III, n° 329, págs. 292/93.

## 2. Abigeato y hurto campestre.

### a) *Descripción legal de la conducta.*

Conforme al artículo 163, inciso 1º, del Código Penal, es calificado el hurto de “una o más cabezas de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial”.

La calificación se funda exclusivamente en la naturaleza de los objetos sobre los que recae la acción típica del hurto.

La figura se compone, pues, de la descripción de tales objetos.

En los proyectos de 1891, de 1906 y de 1917 el texto rezaba: “cuando el hurto fuere de animales en rebaño o de productos separados del suelo *y dejados por necesidad en el campo*”.

El de la redacción definitiva fue el que hoy está vigente y que lo estuvo hasta su reforma por la ley 17.567, la que lo reemplazó por el siguiente: “*una o más cabezas de ganado mayor o menor* o de productos separados del suelo o máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos”.

Esta reforma rigió hasta la derogación de aquella ley en 1973 por la ley 20.509, pero el mismo texto volvió a ser consagrado en 1976 por la ley 21.338.

Al derogar a esta última en 1984, la ley 23.077 hizo recuperar vigencia a la fórmula primigenia.

La ley 23.588 <sup>2</sup>, vigente desde el 24 de agosto de 1988, volvió a la derogada redacción.

Inspirada en un proyecto de los entonces diputados Terrile, Storani y Salduna, aprobado sin modificaciones en las dos cámaras del Congreso Nacional, permitió recuperar un texto que era resultado de sabias críticas doctrinarias recogidas durante la vigencia del anterior, como dijimos en otra edición de esta obra.

### b) *Fundamentos de la mayor tutela penal.*

Las condiciones más habituales de explotación agropecuaria en el país, “a campo abierto”, dictadas fundamentalmente por

<sup>2</sup> “ADLA”, XLVIII-C, pág. 2803.



las grandes extensiones de pasturas naturales, crean una situación común de desprotección tanto para el producto de esa actividad como para los instrumentos que son menester en su ejercicio.

Sobrado fundamento adquiere, pues, la mayor tutela prodigada por la ley penal a objetos semejantes que deben permanecer constantemente lejos de la vigilancia de sus dueños o guardadores porque las ponderadas condiciones así lo imponen.

El arraigo doctrinario tradicional, que, por otra parte, recordaron los autores del Proyecto de 1891 para fundamentar la agravante, es insoslayable a través de las palabras de Carrara, quien ponderaba la situación de la cosa "de la cual deriva la necesidad de que la defensa pública se muestre más enérgica precisamente allí donde la defensa privada es menos potente"<sup>3</sup>.

Pero ello acarrea la consecuencia de que la protección especial de los objetos descriptos en el tipo legal no está basada en su naturaleza sino en su situación<sup>4</sup>.

El nombre de "abigeato", reservado tradicionalmente a esta especie de hurto, deriva de las raíces latinas *ab* y *agere*, que significa "ir hacia adelante" y es elocuentemente expresiva de la modalidad frecuente de su perpetración, que consiste en conducir a los animales hacia determinado sitio.

Corroborando el aserto sobre el fundamento de la agravante, ha declarado un Tribunal del interior: "...requiere no sólo que la sustracción tenga como objeto el ganado, sino que éste se encuentre en el campo, por lo que la razón del agravamiento no sólo atiende a la naturaleza de la cosa hurtada, sino a la necesidad de suplir el estado de indefensión material en que, debido a su ubicación natural, se encuentra la tenencia de los animales...". Y más adelante: "...La razón del considerable aumento de pena del artículo 163 del Código Penal, está precisamente en que se supone que los animales han sido dejados sin custodia, de lo cual nace la necesidad de que la defensa pública se muestre más enérgica, cuando precisamente la defensa privada es menos potente"<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Programa, 2076, citado por Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. V, 116-2, pág. 459.

<sup>4</sup> Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 112-II, pág. 207.

<sup>5</sup> C. Acusación de Córdoba, "Náñez, Ramón A.", del 2/12/83, en "L.L.", 1984-C-631.

**c) Elementos objetivos del tipo legal.**

**1) Concepto de una o más cabezas de ganado.**

Como antes señalamos, está nuevamente vigente una noción que toma en cuenta la realidad del desarrollo que la explotación pecuaria tuvo en el país y por cuya reimplantación nos habíamos pronunciado <sup>6</sup>.

La obtención de ejemplares de elevado valor, reproductores que son la base del mejoramiento de tambos y cabañas y que, pese a su elevado costo, también participan de las condiciones generales de explotación "a campo abierto", que fueron fundamento de la mayor tutela penal, justifica que la agravante esté prevista para el caso del hurto de una sola cabeza.

**2) Concepto de ganado mayor y menor.**

Se trata de animales que forman rebaño y apacientan en el campo siendo cuadrúpedos de cierta talla, por lo que se excluye a los menores, como conejos o nutrias, y a las aves <sup>7</sup>.

Son "ganado mayor" el bovino, equino, mular y asnal, mientras el ovino, porcino y cabrío son "ganado menor".

**3) Concepto de productos separados del suelo.**

Son los productos creados por el propio suelo pero cuya anexión a éste ha terminado por obra exclusiva del hombre, como el producto de las cosechas.

La ley civil formula el concepto de "frutos" a través de los artículos 2329 y 2444 del Código. El primero establece que "los frutos naturales y las producciones orgánicas de una cosa forman un todo con ella", y el segundo preceptúa la obligación que tienen tanto el poseedor de mala fe como el de buena fe de restituir los productos que hubieren obtenido de la cosa, que no entran en la clase de frutos propiamente dichos.

A su vez, la nota al artículo 2329 señala que "*frutos son los que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración ni disminución de sustancia; producto de la cosa son los objetos que se separan o se sacan de ella y que una vez separados, la cosa no*

<sup>6</sup> Segunda edición, pág. 95.

<sup>7</sup> Conf. Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 112-III, pág. 208, con cita de Malagriga, Moreno y Jofré, entre los autores nacionales, y de Carmignani en la doctrina extranjera.

*los produce, y que no se pueden separar de ella sin disminuir o alterar su sustancia*, como las piedras sacadas de una cantera, o el mineral sacado de las minas”, acotando que “ninguna distinción hay que hacer entre frutos y productos en cuanto al derecho del propietario; pero sí en cuanto al derecho del usufructuario”.

En la nota del artículo 2444 se repiten estos conceptos con cita de Demolombe: son frutos los que la cosa “*está destinada a producir por su naturaleza misma o por voluntad del propietario... los productos no son sino una porción desprendida de la sustancia misma de la cosa...*”<sup>8</sup>.

Estableciéndose, así, en el Derecho Privado tan terminante distinción entre frutos y productos, debe entenderse que *ambos* están incluidos en el elemento típico que consideramos, por cuanto no habría razón para excluir a los primeros.

Se limita el concepto a la separación que ha sido provocada por la tarea humana y no por la obra de fuerzas naturales porque es la que se concilia con la razón de la calificante, destacada en párrafos anteriores. Aunque la letra del tipo legal en sus elementos puramente descriptivos no distinga sobre el modo en que la separación del suelo hubiérase producido, parece irracional calificar el hurto de frutos caídos por un vendaval o por una tormenta.

#### 4) Concepto de máquinas o instrumentos de trabajo.

Todos los elementos que colaboran en la tarea del hombre para la realización de las actividades agropecuarias aparecen protegidos en la calificante, con la condición de que hubieran sido “dejados en el campo”.

Estos mismos instrumentos, dotados de la protección de un recinto en que estuvieran guardados, no tendrían las características que fundamentan la figura agravada que se estudia. Sólo aparece fundamentada en esa desprotección que está impuesta también por las modalidades del trabajo rural, frecuentemente impositivas de un resguardo constante de los instrumentos con que se lleva a cabo la tarea.

Asimismo, deben estar afectados a la producción, separación, cosecha o recolección de los productos del suelo, sin alcanzar a otro tipo de explotación, focalizándose en esos límites la protección de la riqueza agrícola o ganadera. Y en ese orden de

<sup>8</sup> Los subrayados son nuestros.

ideas se ha considerado que no encuadran en la agravante los panales<sup>9</sup> y sí, en cambio, el motor extractor de agua que estaba en el campo fuera de la custodia del dueño por ser máquina destinada al trabajo o tareas relacionadas con la actividad agrícola-ganadera<sup>10</sup>.

#### 5) Alcance de la cláusula "dejados en el campo".

Conforme a la redacción del precepto, debe establecerse si la exigencia de estar "dejados en el campo" se refiere sólo a las máquinas o "instrumentos de trabajo" o, en cambio, a todas las situaciones precedentes.

La puntuación consistente en una coma debe entenderse que la hace referir a todos los supuestos; el del abigeato, el de los productos separados del suelo y el de las máquinas o instrumentos de trabajo dejados en el campo, interpretación gramatical coherente con el fundamento de la más intensa protección.

Se ha descartado la aplicación de la agravante cuando los animales sustraídos no se encontraban en el campo, entendiéndose por tal todo terreno situado fuera del radio poblado y de lugar habitado o de sus dependencias o recintos inmediatos, siendo indiferente que se trate de lugares abiertos o cerrados.

Se la ha descartado, asimismo, cuando no ha mediado un mínimo de diligencia en el cuidado por entenderse que, de lo contrario, se supliría la negligencia, antes que la impotencia de los propietarios desaprensivos<sup>11</sup>.

También se la ha excluido en el caso en que el ganado fue dejado pastando por su dueño en una calle pública aunque ésta se encontrase intransitable y clausurada<sup>12</sup> o en sitio próximo a fábricas y casas de familia<sup>13</sup>.

#### 6) Concepto de alambres y otros elementos de los cercos.

Alambres y cercos, con los elementos que los acompañan, constituyen los deslindes naturales de los fundos, y su manteni-

<sup>9</sup> C.Crim. Gualaguay, "Suárez, Víctor H.", del 9/11/76, en "J.A.", 1978-IV, Síntesis.

<sup>10</sup> C.Crim. Gualaguay, "Ramírez, José P.", del 23/11/76, en "J.A.", 1978-I-23.

<sup>11</sup> C.Crim. Gualaguay, del 28/10/76, en "J.A.", 1977-IV-355.

<sup>12</sup> C.Crim. Gualaguay, del 9/4/81, c. 30.755, "Fernández, Ernesto A."

<sup>13</sup> C.Crim. Gualaguay, del 17/2/77, "Pavón, Marcelino E.", en "J.A.", 1977-IV-337.

miento resulta vital para el desarrollo de las actividades agropecuarias.

Harto razonable resulta, pues, esa más intensa protección a través de la figura calificada.

Debe tratarse de alambres instalados en su función separadora y de cercos vigentes, no de los meros componentes de tales divisiones antes de que hubieran sido armados <sup>14</sup>.

**7) Alcance de la cláusula “causando su destrucción total o parcial”.**

Esta exigencia fue suprimida por la ley 17.567 porque constituye un verdadero equívoco, ya que la destrucción, si supera un despliegue mayor que el indispensable para el apoderamiento, es constitutiva de la fuerza propia del robo, con lo que se confundiría el régimen de agravantes.

Precisamente, en ese sentido debió declararse que el abigeato cometido mediante corte de alambres no puede ser calificado como robo.

Así, señaló un Tribunal: “...basándose la agravación del abigeato en la falta de custodia y protección de los animales, no puede computarse como agravación específica y autónoma la rotura de cercos, pues ello importaría violar el principio *non bis in idem*, ya que se agravaría la pena dos veces y, contradictoriamente, suponiendo, primero, que la cosa no está defendida y afirmando, después, que existe violación de defensas... por un lado, para calificar el hurto se consideraría que los objetos dejados en el campo se encuentran en situación de menor protección; por otra, para admitir el robo, se opinaría que su destrucción significa el vencimiento de una defensa mayor que la ordinaria...” y por fin: “...si para aniquilar la tenencia del titular del vacuno y asumir correlativamente el poder de hecho sobre el mismo, se fracturó la endeble prisión que para los animales representan los perímetros alámbricos, conduciéndolo hasta el lugar donde fuera secuestrado y para ello tuvo que desplegarse fuerza, esta fuerza no es la del robo, o sea, aquella enérgica actividad irresistible dirigida al apoderamiento, sino otra fuerza distinta que no se dirige a vencer una defensa o resistencia sino a facilitar el desplazamiento de alguno o algu-

<sup>14</sup> Conf. Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. V, 116-2, pág. 466.

nos de los objetos a que el legislador se refiere en el artículo 163, inciso 1°, del Código Penal...”<sup>15</sup>.

### 3. Hurto calamitoso.

#### *a) Descripción legal de la conducta.*

Conforme al texto del artículo 163, inciso 2°, del Código Penal, es hurto calificado el cometido “...en ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado”.

La calificación se funda en la situación fáctica del medio en que se comete, concebida en relación, ora con la comunidad que lo habita, ora con la víctima.

Esta enumeración proviene del proyecto de 1891 que, a su vez, lo tomó del Código italiano de 1890.

La ley 17.567 reformó el texto conforme al artículo 208, inciso 2°, del Anteproyecto Soler de 1960, en esta forma: “cuando el hurto fuere cometido aprovechando las facilidades provenientes de un estrago, de una conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado”.

Sus autores señalaron que con los mismos elementos compusieron una fórmula menos casuística, aclarándose, además, que es necesario que el autor aproveche las facilidades que brindan estos infortunios<sup>16</sup>.

Ciertamente, la redacción lograba el doble objetivo, y así estuvo vigente hasta su derogación por la ley 20.509, que hizo recuperar validez a la original, lo que se mantuvo hasta la sanción de la ley 21.338, que volvió a consagrar el texto de la ley 17.567.

Al derogar a esta última, la ley 23.077 volvió al texto anterior, pues el precepto no figuraba entre los que consagró como excepción en su artículo 2.

La letra del texto derogado sintetizaba las razones de objetiva procedencia de la agravante, pues son descriptivas de situaciones excepcionales en las que existe ordinariamente aban-

<sup>15</sup> C. Acusación Córdoba, “Náñez, Ramón A.”, cit. en 2, b, de este Capítulo.

<sup>16</sup> Exposición de Motivos, en “ADLA”, XXVII-C, pág. 2889.

dono o mengua del cuidado que se prodiga a los bienes, mientras concurre también la necesidad de ponderar la especial peligrosidad de quien explota semejante panorama en provecho de un lucro cuyo ánimo es conmovedor por su imperturbable manifestación.

***b) Fundamentos de la mayor tutela penal.***

Una razón que podría calificarse como de naturaleza objetiva y otra que se inscribiría entre las de índole subjetiva, fundamentan la más intensa protección a los bienes de la víctima.

Por una parte, en cualquiera de las situaciones descriptas por la figura, el amparo que el damnificado puede brindar a los bienes es casi nulo; su cuidado razonablemente se presume que ha de estar desplazado por la angustia dictada por las circunstancias del medio general o particular. Tal desprotección, elocuente y presumida, es la que funda la más severa protección del magisterio punitivo.

Por otra parte, el autor de un hurto que aprovecha las facilidades provenientes de situaciones como las enumeradas revela una peligrosidad notoriamente mayor. También esa personalidad, especialmente peligrosa, ha sido tenida en cuenta en las legislaciones para establecer esta agravante, como tradicionalmente es registrada.

***c) Elementos objetivos del tipo legal.***

**1) Concepto de incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín.**

Los infortunios enumerados en el tipo legal responden cabalmente al concepto de estrago, común a todos ellos. En efecto, representan desastres que perturban la tranquilidad común, tomada como un estado general que podía reinar, efectivamente o no, a la época de producción de aquél, y que puede haber sido causado por fuerzas naturales o por la actividad humana.

Así, aunque se produzcan en una ciudad sitiada o en pie de guerra, en la que, por lo tanto, la tranquilidad común ya estaba perturbada, los enumerados encontrarían encuadre en el tipo legal que estudiamos.

También resulta intrascendente una intervención negligente que la víctima hubiera tenido en los orígenes o en las causas del estrago, ya que sólo debe evaluarse el efecto de su real producción.

Los elementos delimitadores del concepto están en la incidencia que estos infortunios tienen sobre el estado de tranquilidad general y, por ello, deben producirse en lugares próximos a las poblaciones, pueden ser de cualquier envergadura y deben trascender, en todos los casos, a personas determinadas.

Incendio, explosión e inundación son elementos objetivos de tipos legales que definen comportamientos lesivos de la tranquilidad pública.

*Incendio* es el fuego grande que abrasa lo que no está destinado a arder, con peligro común para los bienes, noción que abarca la concurrencia de la fuerza específica del fuego con la creación del riesgo general.

*Explosión* es la liberación brusca de una gran cantidad de energía encerrada en un volumen relativamente pequeño, que produce rápido y violento incremento de la presión, con desprendimiento de luz, calor y gases, estruendo y rotura violenta del recipiente que la contiene.

Igual que en el caso del incendio, debe existir una doble concurrencia de la fuerza —energía liberada— y del peligro común para los bienes.

*Inundación* es el desborde del agua que cubre terrenos y poblaciones, el desencadenamiento del poder del agua que ya no puede ser controlado por el hombre con el mismo peligro común.

*Naufragio* es la pérdida o ruina de la embarcación en mar, río o lago navegables.

Por *accidente de ferrocarril* debe entenderse todo suceso eventual o acción que alterando el orden regular de las cosas causa daño para éstas o para las personas, y tiene lugar tanto en un tren o en su locomotora, sean que estuvieran detenidos o en circulación, como fuera de ellos, con motivo de su circulación.

*Asonada* es la reunión o concurrencia numerosa para conseguir tumultaria y violentamente cualquier fin, por lo común, político. *Motín* es el movimiento desordenado de una muchedumbre, generalmente contra la autoridad constituida.

Ambos conceptos responden, pues, a la idea común de situaciones en las cuales la autoridad, legítima o ilegítima, es discutida al extremo de procurarse su reemplazo o la adopción



de ciertas medidas bajo la presión de fuerzas que no se expresan por los medios jurídicamente preestablecidos.

2) **Concepto de “cualquier otro desastre”, “conmoción pública” e “infortunio particular del damnificado”.**

1) *“cualquier otro desastre”.*

Es “desastre” la desgracia grande, el suceso infeliz y lamentable.

Efectivamente, responden a este concepto todos los hechos y situaciones que el tipo legal enumera, verdaderos y meros ejemplos de otros muchos que sería imposible enumerar.

El pronombre indeterminado “cualquier” convierte al aquí analizado en un tipo legal abierto, es decir, susceptible de ser extendido a supuestos no enumerados, debiendo ser el juez quien, tomando como patrón para considerar si el hecho concreto es el “desastre” a que alude la letra legal, resuelva al respecto.

Esto nos hace insistir en la ventaja de utilizar una fórmula como la derogada, ya que por la vía de la integración inevitable del tipo —reconocimiento a la imposibilidad legislativa de prever todos los casos posibles— se llega, tras el casuismo, a la idea de que la acción debe desarrollarse “aprovechando las facilidades provenientes” de “cualquier desastre”.

En otras palabras, la situación debe ser sólo eso: un desastre, y tener las características de tal, aunque no coincida cabalmente con alguno de los enumerados.

II) *“conmoción pública”.*

Por tal ha de entenderse una perturbación provocada por conflictos ocasionados en el seno de la sociedad, de origen interno o externo, y que sean generadores de peligro, de confusión o aun de alegría y alborozo general.

Tanto es “conmoción pública” la derrota como el triunfo en una acción bélica, la declaración de guerra como el armisticio, la pérdida como la ocupación de un territorio.

III) *“infortunio particular del damnificado”.*

Por “infortunio” ha de entenderse el estado desgraciado en que se encuentra una persona; el hecho o acontecimiento desfavorable.

La situación sólo tendrá incidencia para la víctima, quien mengua la vigilancia y control de la cosa que será objeto del delito. La enumeración de las causas que el infortunio puede reconocer resulta inocua, pues cualquiera sea ella, cualquiera su valoración y naturaleza, las facilidades provenientes de su misma existencia, aprovechadas por el autor, darán lugar al encuadre del hurto en esta figura.

Por ello, se ha entendido que no encuadra en la agravante el hurto perpetrado por la enfermera que se apodera de cosas de propiedad de un paciente con posterioridad a su deceso, pues éste no pudo ser el damnificado que sufriera el infortunio particular, considerándose que todo lo que estaba en el hospital quedaba bajo el control y responsabilidad de este último, lo que descarta la posibilidad de infortunio de quienes pasaron a ser titulares de los efectos sustraídos <sup>17</sup>.

También ha sido excluido el caso del apoderamiento de una radio de un vehículo colisionado tiempo antes, al no saber qué infortunio padecía la víctima, ya que el autor había encontrado ocasionalmente el vehículo accidentado <sup>18</sup>.

El carácter imprevisto o no del infortunio ha sido materia largamente polemizada en nuestra doctrina, adhiriendo a la opinión que no lo considera como un requisito para la procedencia de la agravante.

Efectivamente, aunque se ha dicho, con el peso de muy serias opiniones, que el infortunio derivado de enfermedades crónicas o de padecimientos congénitos permite adoptar precauciones especiales en la defensa de los bienes y que aceptar la procedencia de la figura calificada en esos supuestos sería establecer una diferencia entre las personas <sup>19</sup>, otras razones abonan la postura que estimamos correcta.

El precepto no limita al infortunio con la exigencia de que "sobrevenga" o "sea imprevisto", sino que basta con que sea sólo "infortunio particular".

<sup>17</sup> C.C.C., Sala I, "Escobar, Haydée", c. 26.843, del 24/8/76, en "J.A.", 1977-IV-78. El voto mayoritario fue del doctor Rébora.

<sup>18</sup> C.C.C., Sala I, "Larragino, Miguel Ángel", c. 19.828, del 14/6/77.

<sup>19</sup> Manzini, en la doctrina extranjera, t. VIII, pág. 189, y entre los autores nacionales, Moreno, t. V, pág. 117, citados por Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 112-VI, pág. 217. También: Oderigo, *Código Penal anotado*, nota 762, y Díaz, *El Código Penal*, pág. 313.

En el caso de que se hubieran adoptado precauciones no sería aplicable porque no existirían "facilidades para aprovechar", pero ello podría ocurrir también en el caso del "infortunio sobreviniente".

La alegada diferencia entre las personas debe existir sin que cause menoscabo a principio consagrado alguno porque no se establece la diferencia en razón de la persona, en cuanto tal, sino en virtud de la circunstancia de infortunio que atraviesa, aunque tal circunstancia se prolongue a través de su vida entera <sup>20</sup>.

Dos tribunales orales han considerado que no configura hurto calamitoso sino simple el quehacer de quienes consumaron el apoderamiento en locales cuya persiana metálica había sido antes violentada por terceros, es decir, abiertos por la acción del autor de un delito anterior <sup>21</sup>.

#### ***d) Elementos subjetivos del tipo legal.***

##### **Aprovechamiento de las facilidades provenientes de las situaciones enumeradas en el precepto.**

La acción de apoderamiento del agente no será calificada por la mera contemporaneidad con las situaciones enumeradas. No todo hurto perpetrado durante un desastre, una conmoción pública o un infortunio particular de la víctima son hurtos calificados. El autor debe haber aprovechado las facilidades que esa situación le brindó a través de una especial desprotección de la cosa.

Por lo tanto, el agente ha de conocer primero la mengua en la vigilancia del objeto y utilizarla luego en beneficio del proceso ejecutivo de su delito.

Si bien esta facilitación constituye un elemento objetivo, su aprovechamiento es un contenido subjetivo del autor, y las facilidades sin este contenido estarían vacías de un significado en el precepto que se analiza.

No es ocioso insistir: lo que se aprovecha son las *facilidades* provenientes de algunas de las situaciones estrictamente enu-

<sup>20</sup> Conf. con la doctrina del texto: Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 112-IV, págs. 217/18; Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. V, 116-3-c, págs. 168/69; Núñez, *Derecho...* cit., t. V, pág. 201.

<sup>21</sup> T.O.C. n° 29, "Caballero, J. M.", del 14/1/97; T.O.C. n° 20, "Lemos, H.", del 30/9/97, ambos en "J.P.B.A.", 101-73 y 82, respectivamente.

meradas y no de *cualquier desprotección de los bienes*, como las que resultan de un acontecimiento deportivo de vastas proyecciones, de un desfile militar, de una celebración patria o de situaciones que, en el orden individual, disminuyen el control sobre los bienes, como el sueño o la ebriedad.

#### 4. Hurto mediante ganzúa o llave sustraída, hallada o retenida.

El hurto es calificado, conforme al texto del artículo 163, en su inciso 3° *“cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de la llave verdadera que hubiese sido sustraída, hallada o retenida”*

Nuestro codificador se apartó del Proyecto Tejedor que consideraba al presente como un supuesto de robo, siguiendo, en cambio, al de Villegas, Ugarriza y García.

A su vez, contenía la cláusula *“para penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de la sustracción”*, conforme al proyecto de 1891 y a la ley de reformas en éste inspirada <sup>22</sup>.

Este texto estuvo vigente hasta que la ley 17.567 suprimió aquella restricción y extendió la conducta al supuesto de que el autor actuara con la llave que hubiera *retenido*.

Los antecedentes fueron los proyectos de Tejedor (II, I, tít. 8 #14, 3°), Villegas, Ugarriza y García (artículo 318) y de 1937 (artículo 214), entre los nacionales, y los códigos brasileño (artículo 155, 4, III); costarricense (artículo 271, 4°); cubano (artículo 521, 4°) y español (artículo 504, 4°), en la legislación comparada.

La letra así concebida estuvo vigente hasta que la ley 17.567 fue derogada por imperio de la ley 20.509, que restableció la anterior, abolida a su vez, por la que llevó el número 21.338, la que reimplantó el texto de 1968 con la intrascendente variante gramatical de *“ganzúas”* en vez de *“ganzúa”*.

La ley 24.721 <sup>23</sup> inspirada en un proyecto del senador Martínez Almudevar, que fue aprobada con modificaciones por parte de su Cámara y de la de Diputados, volvió al texto de la ley 21.338.

<sup>22</sup> Citado por Moreno, *El Código...*, t. V, págs. 118 y 119.

<sup>23</sup> “ADLA”, t. LVI-E, pág. 6099.

a) *Fundamento de la mayor tutela penal.*

El agente, en los supuestos del precepto que empezamos a estudiar, ha logrado vencer la especial protección de que la víctima ha rodeado al objeto, lo que demuestra una mayor peligrosidad, que no se agota en la esfera de su personalidad, sino que proyéctase en la más intensa sensación de inseguridad que, como reflejo, se difunde en el medio social.

Evidentemente, la confianza que la comunidad hace reposar en las instituciones para la protección de sus bienes, y que la comisión de cualquier delito hace menguar, es más lacerada aun cuando se han arbitrado medidas especiales de aseguramiento de algunos de ellos —en este caso de objetos componentes del patrimonio—, y esas medidas han fracasado por el quehacer de un individuo.

La defensa privada aparece impotente ante quienes no se detienen frente al poder restrictivo de una cerradura, es decir, de los específicos mecanismos que tienen por objeto la clausura.

Tan grave resulta, pues, el comportamiento, que la discrepancia doctrinal y legislativa de otros tiempos se planteaba entre su tratamiento como robo o como hurto.

Fundamentando la metodología imperante, los autores del proyecto de 1891 señalaban: "...Creemos que, para proceder con lógica, es necesario ser consecuentes con las distinciones que hemos fundado como características de uno y otro delito. En el uso de la llave falsa, de la llave verdadera sustraída o hallada, de la ganzúa o de cualquier otro instrumento apto para abrir una *puerta sin fractura* de la cerradura no hay propiamente *fuerza en las cosas*, y sería necesario, para considerar aquel hecho como un caso de robo, extender por una ficción el concepto de *fuerza* al caso de la llave falsa, y aun de la llave verdadera, o crear excepciones que no estarían justificadas por ninguna razón ni por ninguna conveniencia. Si se dijera que estos casos revisten una gravedad especial, y que, en razón de la gravedad, deben ser equiparados al robo, tal argumento sólo valdría para justificar un aumento de pena"<sup>24</sup>.

Si, como antes dijimos, la polémica ilustra, por sí, sobre la gravedad del comportamiento, las consideraciones transcritas marcan, a su vez, un límite interpretativo preciso.

<sup>24</sup> Citado por Moreno, *El Código...*, t. 5, pág. 120.

**b) Elementos objetivos del tipo legal.****1) Concepto de ganzúa, llave falsa o instrumento semejante.**

Se entiende por *ganzúa* el alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio con que, a falta de llave pueden correrse los pestillos de las cerraduras.

Siendo llave el instrumento con guardas que se acomodan a las de una cerradura y que sirve para abrirla o cerrarla, corriendo el pestillo, será llave falsa el instrumento de esas características que imite a la que la víctima destinó a abrir la cerradura de que se tratare.

El concepto de "instrumento semejante" constituye una cláusula común en los tipos penales "abiertos" por cuanto permite el encuadre de medios, objetos o situaciones no explicitados pero que sean semejantes a los que se enumeran en el texto, debiendo realizarse una interpretación extensiva de la ley penal.

Esta cláusula en la presente figura permite una equiparación entre los dos conceptos anteriores; equiparación sustancial, ya que formalmente guardan las diferencias antes apuntadas, y permiten que se formule una noción única válida para los tres supuestos considerados: elemento apto para abrir cerraduras y que la víctima no había destinado a la apertura de la que guardaba el objeto.

Pero el límite de la extensión es la *idoneidad del instrumento para la apertura a través del funcionamiento del cerrojo y no mediante la destrucción*, que constituirá el ejercicio de una violencia apta para encuadrar la actividad en el tipo legal del robo.

**2) Concepto de llave verdadera sustraída, hallada o retenida.**

Corresponde remitirse al concepto de llave formulado precedentemente, debiendo agregarse que se trataba de la destinada especialmente a la apertura del habitáculo en que estaba la cosa.

Mas tal llave debe haber llegado a poder del agente por medio de la sustracción, el hallazgo o la entrega voluntaria, encaminada a un fin diferente del apoderamiento de la cosa.

Queda excluida la entrega por error de la víctima. Asimilar este último supuesto al caso del hallazgo sería aplicar analógi-

camente la ley penal *in mala parte*, lo que está constitucionalmente fulminado. Quien aprovechara el error de esa entrega para hurtar, cometería hurto simple y no calificado.

Por "hallazgo" ha de entenderse, en el más estricto sentido idiomático, *el encuentro casual de la cosa*.

El caso de la llave dejada en la cerradura ha dado lugar a soluciones discrepantes pues, por una parte, se ha sostenido que es un supuesto que encuadra en la noción de "hallazgo" y, por otra, que no se cumple la razón de ser de la agravante, es decir, el despliegue de actividad de quien vence la protección especial con que el objeto había sido guardado.

Al respecto, entendemos que ese fundamento de la más fuerte protección penal es sólo una pauta interpretativa que cede ante los términos estrictos del tipo legal, pero aun aceptándola en plenitud, consideramos que el "hallazgo" no está limitado, en el texto del precepto, a situaciones determinadas en cuanto a lugar y que encuadra en su más puro significado el hecho de encontrar la llave en el sitio menos previsible, como lo es la propia cerradura.

Se ha interpretado judicialmente que la agravante concurrir si la llave no ha sido dejada negligentemente al alcance de cualquiera <sup>25</sup>, y en el mismo sentido, no se ha calificado al hurto cuando la llave del auto estaba en el lugar a la vista y alcance de quien quisiera tomarla <sup>26</sup>.

Se entendió que era, en cambio, "sustraída" y no "hallada", la que se tomó de abajo de la alfombra donde estaba escondida <sup>27</sup>.

En el caso de la sustracción, que es en sí otro delito, debe tenerse presente que se trata de una relación de consunción entre tipos legales que resuelve el concurso aparente de leyes correspondiendo aplicar sólo la figura que se estudia <sup>28</sup>.

<sup>25</sup> C.C.C., Sala V, c. 29.097, del 13/10/78, "Polito, Carlos A.", "J.A.", 1980-I-259, en que el voto mayoritario del doctor Almeyra se funda en cita de Núñez, *Delitos contra la propiedad*, pág. 163, y *Derecho... cit.*, t. V, pág. 205; Soler, *Derecho... cit.*, t. IV, 2 y 4; Fontán Balestra, *Tratado... cit.*, t. IV, pág. 473, entre otros.

<sup>26</sup> C.C.C., Sala VI, "Kajibradick, G.", c. 3701, del 13/6/78, en que se citaron las causas publicadas en "L.L.", 78-487; 51-235; "J.A.", 1962-III-52.

<sup>27</sup> C.C.C., Sala III, c. 18.038, "A., F. y otros", del 21/3/85, en "BJCACC", año 1985, n° 1, págs. 59 y 60.

<sup>28</sup> Así es el caso de quien sustrajo del tablero de un garaje la llave verdadera del auto a la que usó para apoderarse de éste (C.C.C., Sala IV, c. 23.242 del 24/7/79, "Camafreita, S. R.").

Un Tribunal Oral consideró que no configuraba la sustracción prevista por esta agravante, la conducta consistente en colocar un artificio en la ranura destinada a la introducción de la tarjeta con banda magnética de un cajero automático.

Como consecuencia de ese quehacer, se impide su lectura por parte del correspondiente sensor y se la atasca de modo tal que no puede ser recuperada por el usuario según los presupuestos del programa que gobierna al aparato, para luego extraerla con un alicate <sup>29</sup>.

Al analizar ese comportamiento y el posterior de usar la tarjeta así obtenida extrayendo dinero —además el autor espía la clave del usuario— el tribunal descartó la figura agravada fundándose en que, como la ley vigente al momento del hecho era el texto anterior a la reforma de la ley 24.721, debe ponderarse que la tarjeta *no permite penetrar al lugar donde se halla la cosa*, sino que ésta es expendida o expulsada por la máquina cuando se opera su programa y que la cerradura electrónica no es una defensa predisuelta para la custodia sino un mecanismo para brindar comodidad y seguridad a quien opera fuera de los horarios bancarios.

Entendemos que, por el contrario, cada lugar tiene sus propios mecanismos de entrada y el del cajero automático, donde sí se halla el dinero, es la tarjeta.

La redacción vigente tornaría inaplicable este fundamento a un caso semejante entendiendo que la sustracción de la mentada tarjeta debe ser considerada como un hurto agravado.

Sin embargo, debemos destacar que esta conducta ha sido calificada como estafa por otros tribunales orales <sup>30</sup>.

Ha de ponderarse que aunque existe un ardid en el mecanismo con que se logra el atasco de la tarjeta y un error en el usuario, quien cree que ésta ha sido tragada por un defecto del sistema y podrá recuperarla, lo que no perfecciona es el acto de disposición patrimonial que integra la estafa <sup>31</sup>.

<sup>29</sup> T.O.C. n° 9, "Blanco, G. J.", del 25/6/97, en que se condenó por hurto simple reiterado en dos oportunidades: el de la tarjeta y el del dinero; en "J.P.B.A.", 103-62.

<sup>30</sup> T.O.C. n° 19, "Gómez Olivella, J. A.", del 5/11/96, en "J.P.B.A.", 103-59.

<sup>31</sup> En ese sentido coincidimos con el fallo del caso "Blanco" que citó diversos artículos doctrinarios, entre otros, Bacigalupo: "Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados"; De la Mata: "Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante tarjeta sustraída a su titular"; Gil Martínez: "Algunos supuestos delictivos de tarjetas de crédito y cajeros automáticos".



La esencia de la actividad configura un quehacer definido, en cambio, por el verbo apoderarse.

También se descartó la agravante en el caso del hurto de combustible existente en el tanque de un automóvil, al que se accedió mediante una llave similar, tanto porque el lugar donde estaba la cosa no puede ser considerado recinto al que pueda penetrar una persona como por el hecho de no tener un mayor resguardo que el autor deba vencer <sup>32</sup>.

Por fin, debe elogiarse la reincorporación del supuesto de la llave retenida al tipo agravado que estudiamos.

Esa llave pudo haber sido legítimamente obtenida por el autor, como en el caso harto frecuente en que es entregada para facilitar la realización de determinados trabajos.

Sin embargo, tergiversando la causa y finalidad de la tenencia, ésta se prolonga fuera del marco de la necesidad inspiradora de la entrega, y es usada para perpetrar el apoderamiento ilegítimo de la cosa ajena.

Se trata de un supuesto en que la conducta del autor es aun más grave que en los casos del hallazgo y de la sustracción por cuanto quebrantó la confianza con que se le había hecho receptor del instrumento que permitía la apertura.

No debe confundirse esta situación con aquella en que la víctima entrega voluntariamente la llave, pero con una voluntad viciada por el engaño que provocó la argucia del agente, como en el caso en que facilitó las llaves de su automóvil a quien se hizo pasar por empleado de la playa de estacionamiento e invocó falsamente la excusa de que debía cambiar el vehículo de lugar a raíz de una pérdida de agua <sup>33</sup>.

## 5. Hurto con escalamiento.

### *a) Descripción legal de la conducta.*

El hurto cometido "con escalamiento" está calificado conforme al texto del artículo 163, inciso 4º, del Código Penal.

Constituye un agravante tradicional de la legislación española y fue introducido en nuestra legislación en su forma actual

<sup>32</sup> CNCas. Penal, Sala II, "Chichizola, R.", del 12/12/95, en "J.P.B.A.", 99-6.

<sup>33</sup> T.O.C. n° 7, "Papalardo, J. M.", del 16/7/98, en "J.P.B.A.", 106-39.

por el proyecto de 1891 —artículo 198, inciso 7º—, ya que el Proyecto Tejedor preveía el escalamiento como robo sin violencia ni intimidación en las personas, criterio seguido por el Código anterior —artículo 190, inciso 1º— y mantenido en proyectos posteriores hasta la redacción del Código de 1921, sin que fuera alterado en las numerosas reformas que le siguieron.

### ***b) Fundamento de la mayor tutela penal.***

Quien penetra a un recinto por sitio no destinado al efecto pone en seria crisis los más elementales principios de seguridad que se admiten como protección natural de las personas y también de los objetos.

Tan fundamental sentimiento es más severamente protegido a través de esta figura.

La mayor represión ha de considerar también la especial temeridad de quien, escalando, vence obstáculos protectores para llevar adelante sus planes delictivos.

### ***c) Elemento objetivo del tipo legal.***

#### **Concepto de escalamiento.**

Por tal se entiende la penetración al lugar donde se encuentra la cosa por una vía no destinada al efecto.

Lo que se tiene en cuenta, pues, es el lugar elegido por el agente para la *penetración*, siendo indiferente el que utilice para su salida del lugar. Lógicamente, ha de considerarse sólo el *ingreso*, pues es la actividad que ha quebrado la protección tendida para el objeto y presumida como estable y segura <sup>34</sup>.

La autoridad de ponderadas opiniones en contrario merece que sean evaluadas. Así, se ha entendido que la exigencia de que la actividad de escalar se lleve a cabo para “penetrar” exclusivamente, está fundada en la letra de leyes diferentes a la nuestra que así lo indican en forma expresa, como no ocurre, en cambio, con la argentina. Se ha considerado también que aceptando que el hurto no se consuma con la mera remoción de la cosa, y sólo se perpetra cuando se consolida el poder sobre la

<sup>34</sup> Ver doctrina citada en el voto mayoritario del doctor Almeyra, en causa “Masignani, Carlos R.”, del 20/5/76, en “J.A.”, 1977-II-74.

cosa, el escalamiento requerido para salir es necesario para el perfeccionamiento de la actividad <sup>35</sup>.

Debemos ponderar la solidez del último argumento y especialmente su profunda coherencia, pero no podemos desconocer el significado mismo del término *escalar* que se define como *entrada o ingreso*, no salida <sup>36</sup>.

Demanda el empleo de medios extraordinarios para vencer el obstáculo opuesto al lugar cerrado, por lo que se ha entendido que el acto de trasponer una ventana, si se lleva a cabo fácilmente y sin superación de una dificultad, no configura la agravante, pues ha de tenerse presente que se vencerán obstáculos que exijan esfuerzo, actividad o artificio, en otras palabras, un reparo preconstituido <sup>37</sup>.

Se ha descartado la aplicación de la agravante en caso de haberse sorteado sólo un muro <sup>38</sup>.

La jurisprudencia actual es pacífica en la exigencia de esa redoblada actividad del agente en la derrota de los obstáculos protectores.

Así, se resolvió que hubo escalamiento en el caso de quien penetró a un vehículo de transporte público de pasajeros por las ventanillas, entendiendo que éstas "...por su ubicación a una altura apreciable y sus características, exigen un esfuerzo considerable o una agilidad especial para penetrar por tal vía al interior..." <sup>39</sup>.

Y también en otro interesante caso en que el procesado superó una valla de altitud opuesta por el dueño, aunque faltaba un vidrio. Afirmó entonces el Tribunal: "No importa que la

<sup>35</sup> Conf. Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 112-VIII, pág. 225.

<sup>36</sup> Conf. Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. V, 116-5, pág. 477; Núñez, *Derecho...* cit., t. V, pág. 211.

<sup>37</sup> C.C.C., Sala V, "Medina, Dardo S.", c. 27.341, del 29/10/76, en "J.A.", 1978-II-235. El voto del doctor Scimé cita la doctrina de Núñez, que exige el empleo de "otra forma que caminando o con simples saltos o descensos, carentes de habilidad o potencia extraordinaria..." (*Delitos contra la propiedad*, pág. 174) y la del doctor Almeyra, anterior jurisprudencia del Tribunal (C.C.C., en "L.L.", 98-63), como también doctrina de Núñez y de Soler y pondera la falta de coincidencia entre el sentido gramatical y el verdadero concepto del escalamiento.

<sup>38</sup> C.C.C., Sala V, "Massignani, Carlos R.", c. 26.374, del 20/5/76, con voto mayoritario del doctor Almeyra.

<sup>39</sup> C. Acusación Córdoba, "Gómez, Carlos O.", del 7/3/85, en "L.L.", 1985-C-565.

falta de un vidrio superior en el comercio indique negligencia por parte de su dueño porque el escalamiento es comparable con todo resguardo aunque no sea sólido que exija ser superado por ascenso o descenso...”<sup>40</sup>.

Asimismo, se consideró hurto por escalamiento el perpetrado por quien subió al techo del supermercado encontrando después una escalera apoyada contra la pared del patio interno, ubicación que, entendió el tribunal, aunque facilitaba el descenso no suponía renuncia alguna por parte del propietario a la mayor defensa que significaba la alta pared medianera que el autor debió previamente sortear<sup>41</sup>.

## 6. Hurto de cosas transportadas.

### a) Descripción legal de la conducta.

El inciso 5° del artículo 163 del Código Penal califica el hurto cuando “fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiera entre el momento de su carga y el de su destino o entrega o durante las escalas que se realizaren”.

Este precepto fue incorporado por el artículo 1 de la ley 23.468<sup>42</sup>.

El tipo legal no reconoce antecedentes en la legislación nacional, pues el hurto de objetos de viajeros previsto en la anterior redacción del mismo precepto no guarda semejanza en el texto ni en la *ratio legis*. Tampoco en la legislación comparada pueden encontrarse ejemplos de la modalidad tipificada, salvo, tal vez, el Código Toscano<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> C.C.C., Sala IV, “Burgos, José A.”, del 8/5/86, en “L.L.”, 1986-E-722, Sec. Jurisp. Agrup., caso 5797.

<sup>41</sup> C.C.C., Sala I, “Ama, M. C.”, del 17/6/97, en “J.P.B.A.”, 104-61.

<sup>42</sup> “ADLA”, XLVII-A-102. Se originó en un proyecto del diputado Cortese considerado y aprobado con modificaciones por la Cámara de Diputados en sesión del 30/7/86 y por la de Senadores en la del 31/10/86.

<sup>43</sup> Citado por Jorge E. Buompadre, *El hurto de cosas transportadas*, en “L.L.”, 1987-C-828.

### **b) *Fundamento de la mayor tutela legal.***

Los objetos están entregados generalmente a la custodia del transportador y algunas veces a la de su dueño o a la de quien los posea en su nombre o en razón de cualquier acto jurídico.

El tránsito ha de suponer para el legislador una mayor desprotección.

Esta norma reconoció como finalidad inspiradora la de castigar más severamente a la llamada "piratería del asfalto" cuyo lamentable desenvolvimiento supone un principio de organización delictiva, con cualquier grado de complejidad que fuere.

Tuvo en cuenta la extensión del país, con vastas zonas despobladas, y la necesidad del transportista de dejar el vehículo en las escalas sin vigilancia directa.

Sin embargo, el tipo agravado que incorporó al ordenamiento tiene una amplitud comprensiva de mercaderías o cosas transportadas por cualquier medio, movilidad que conlleva un riesgo durante todo el trayecto y en sus puntos extremos.

### **c) *Elementos objetivos del tipo legal.***

#### **1) *Concepto de mercaderías.***

No es, precisamente, feliz la inclusión de este elemento en la descripción típica. Resulta innecesario, tanto por su intrínseco significado como por la apertura que la propia redacción efectúa a "otras cosas muebles".

Debe considerarse que *mercadería es cualquier cosa mueble* que se hace objeto de trato o venta (conf. *Diccionario de la Lengua Española*, 20ª ed.).

Y si el objeto debe ser mercadería u otra cosa mueble, era suficiente un texto que rezare: "cualquier cosa mueble transportada".

#### **2) *Concepto de transporte por cualquier medio.***

Los objetos deben ser transportados en el momento en que el autor se apodera de ellos.

Es decir, deben ser llevados de un lugar a otro, estar en ese tránsito.

La naturaleza de los vehículos y, en consecuencia, de los ambientes por los que transitan es intrascendente. La tierra, el agua o el aire pueden ser sus escenarios de circulación.

### 3) Circunstancias de tiempo y lugar.

El transporte supone un itinerario con partida, desarrollo y fin.

La conducta típica debe desplegarse en cualquiera de los momentos de ese trayecto.

La carga es su principio.

Por tal ha de entenderse el momento en que es puesta en el vehículo para su traslado.

Este punto inicial es el límite del comienzo del hurto calificado, pues el apoderamiento efectuado en el depósito donde las mercaderías están a la espera de ser colocadas en el medio de transporte no estaría comprendido en el tipo legal que estudiamos. Sin embargo, lo estaría una vez colocadas en aquél, aunque no hubiera iniciado la marcha.

Esta incoherencia de castigar más severamente a quien se apodera de la cosa ya instalada en el camión y por ese solo hecho, que a quien lo hace en el momento inmediato anterior, resulta de una redacción que no circunscribió la mayor tutela *al trayecto del viaje*, que es cuando la protección privada puede ser menor.

El fin del itinerario para la más fuerte protección penal es el "destino o entrega", términos que tampoco son, ciertamente, felices.

El destino no tiene por qué coincidir con la entrega pues pueden estar separados en el tiempo y también en el espacio, como en los casos en que el transporte llega hasta determinado sitio desde donde se avisa al interesado para que busque la mercadería.

Pareciera que, entonces, la protección debe llegar hasta el que resulte último, que sería la entrega.

Cabe preguntarse, entonces, ¿para qué se incluyó el "destino" en la descripción típica?

El desarrollo del itinerario supone o puede suponer, "escalas". Aunque, según la acepción idiomática del término, escala es el paraje o puesto adonde tocan de ordinario las embarcaciones entre el puerto de origen y aquel donde van a rendir viaje, la extensión que el tipo legal efectúa a todos los medios de transporte, fundamenta la idea de que comprende parajes distintos a los puertos que dentro del plan del viaje cumplan la misma función, esto es, la de ser lugar adonde el vehículo se detiene para continuar su trayecto.

La Cámara Nacional de Casación Penal entendió que se había configurado la agravante en el caso del apoderamiento de sacas conteniendo monedas de curso legal que eran trasladadas en el camión perteneciente a una empresa transportadora de caudales contratada por un banco privado con destino al depósito del Banco Central de la República Argentina.

El apoderamiento fue perpetrado por dos individuos integrantes del personal del porteador que, previo a la entrega de los valores, forzaron el precinto de uno de los tambores, lo que les permitió remover la tapa del tanque y sustraer tres bolsas con monedas.

La condena por este hurto agravado que dictó el Tribunal Oral número 19, fue materia del recurso de casación interpuesto por la defensa sobre la base de una interpretación de la ley apoyada en la voluntad del legislador, concretamente, su finalidad de incriminar a las bandas que asaltan camiones en las rutas y no al ladrón de mercaderías en vehículos dotados de especial protección.

Fue materia del interesante voto emitido por el doctor Fégoli, en que se ponderaron los alcances del tipo legal, en cuanto no requiere la existencia de una organización, protege el traslado de carga por cualquier medio de transporte y tiene un ámbito de aplicación temporal que abarca desde la carga hasta la entrega <sup>44</sup>.

En este mismo orden, se aplicó la agravante cuando el apoderamiento de la mercadería transportada tuvo lugar aprovechando la detención del camión de transporte en un semáforo <sup>45</sup>.

#### ***d) Elemento normativo del tipo legal.***

##### **Concepto de cosa mueble.**

Corresponde remitirse a cuanto dijimos en el Capítulo II, punto 3.

<sup>44</sup> CNCas. Penal, Sala II, "Juárez, L. O.", del 12/11/98, en "J.P.B.A.", 107-402.

<sup>45</sup> T.O.C. n° 25, "Donayre, M. A.", del 30/9/96, en "J.P.B.A.", 100-80. El delito quedó en grado de tentativa porque la acción fue advertida por un testigo que dio aviso a la policía.

## 7. Hurto de vehículos dejados en la vía pública.

La ya mencionada ley 24.721 incorporó como inciso sexto el siguiente texto:

*“Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público”.*

No puede soslayarse la elocuente importancia que el vehículo tiene en la vida del hombre contemporáneo, habitante de comunidades que, sean urbanas o rurales, lo requiere como un elemento casi indispensable para su desplazamiento y, con ello, para la realización de sus actividades cotidianas, de la más diversa índole.

Harto razonable es el criterio que inspira a la agravante dada esa trascendencia de los bienes que son su objeto como, asimismo, la desprotección en que se encuentran cuando están en la vía pública, sitio que es, por otra parte, inherente a su habitual destino y al uso que, en su consecuencia, ha de dárseles.

## 8. Elementos normativos del tipo legal.

### *a) La noción de vehículo.*

Es todo medio de transporte de personas o cosas, cualquiera sea el dispositivo por el que sea accionado.

El artículo 2 de la ley 24.721 derogó, entre otros, el artículo 38 del decreto-ley 6582/58 ratificado por ley 14.467 que reducía la especial protección a los automotores.

De esa manera ha sido consagrado un coherente criterio de aplicación de agravantes en razón de la especie del bien y de su mayor desamparo.

Ninguna razón existe para que el medio de tracción mecánica tenga una protección más extensa que aquellos que actúan por la actividad de la persona transportada y cumplen la misma finalidad.

Así, fue expresamente comprendida la bicicleta <sup>46</sup>.

<sup>46</sup> C.C.2ª de Santa Rosa, causa 9497, del 19/11/97, en “J.P.B.A.”, 104-145.



**b) La noción de vía pública o lugares de acceso público.**

Ha de entenderse que corresponde aplicar la agravante cuando el sitio pertenece a todo el pueblo, puede ser usado por cualquier persona, sin someterse a requisitos como el pago de un canon o la pertenencia a determinado grupo o asociación, ni a especiales controles o limitaciones.

La interpretación judicial ha considerado que no es un sitio que pueda ser equiparado a un lugar de acceso público un lugar de estacionamiento sometido al cuidado de, por lo menos, una persona que controla la entrada y salida de autos, cobra por la guarda, y otorga comprobante <sup>47</sup> ni el taller donde se entrega el automóvil para su reparación <sup>48</sup>.

En cambio, se ha aplicado la agravante cuando el hurto se cometió en un pasillo que conduce a una farmacia en la Asistencia Pública de una ciudad del interior y a la que se ingresa a través de la playa <sup>49</sup>.

El vehículo debe haber sido *dejado*, en sus significados idiomáticos de que la cosa ha sido *soltada*; que su guarda se ha retirado o apartado de ella.

Por ello es que la Cámara Nacional de Casación Penal, al revisar una sentencia que aplicaba esta agravante, entendió que no era procedente si el delito consistió en el hurto de una camioneta mientras estaba siendo descargada por quien la tenía a su cargo <sup>50</sup>.

<sup>47</sup> T.O.C. n° 7, "Papalardo, J. M.", ya citado.

<sup>48</sup> C.C.C., Sala IV, "Megri, J. E.", del 8/4/97, en "J.P.B.A.", 100-51.

<sup>49</sup> C.C.2ª de Santa Rosa, causa 9497, citada.

<sup>50</sup> CNCas. Penal, Sala I, "Felizzola, M. R.", del 26/11/97, en "J.P.B.A.", 102-265.



## CAPÍTULO IV

### EL DELITO DE ROBO

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 164 del Código Penal repite la descripción de la conducta del hurto con el agregado de medios comisivos determinados que son la fuerza en las cosas y la violencia física en las personas.

El esquema rector del comportamiento corresponde al tipo legal del hurto porque está definido con los mismos términos que este último: "apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena".

En la estructura de nuestra ley penal, el robo es, por lo tanto, una *figura* respecto al *tipo legal* que es el hurto, esquema en el que están definidos los elementos de la acción. Los dos medios antes ponderados otorgan peculiaridad a la acción descrita, acción que, en virtud de tales medios, está precisamente reprimida de modo más severo que el hurto, pues el robo en cuanto figura que es, como acaba de decirse, resulta *figura agravada*.

Corresponde, pues, una remisión a todos los elementos de la descripción típica y un estudio independiente de los elementos propios de la figura.

#### 2. La acción: momento consumativo. Remisión.

Como acaba de expresarse, la acción típica es la misma definida por el artículo 162 del Código Penal: *apoderarse*, por lo que corresponde la remisión al Capítulo II, ap. 2, en cuanto a su significado y estudio del momento consumativo.

El hurto y el robo permanecieron durante largo tiempo indiferenciados en el Derecho Romano, y su separación durante

la Edad Media corresponde a influencia germánica, aunque al fin del período de la República comenzaron a establecerse ya algunas distinciones.

La *Lex Cornelia de Sicariis*, de la época de Sila, consideraba *crimen publicum* a la “rapiña” —robo con violencia o intimidación en las personas— sólo cuando el autor llevara armas fuera de su casa con intención de atacar a una persona o de apoderarse de la propiedad ajena, alcanzando especialmente al ladrón de caminos *grassator*.

En la época imperial los delitos contra la propiedad a mano armada pasan a ser delitos contra las personas, en su mayoría, y si no se causaba lesión se trataban como hurtos agravados <sup>1</sup>.

En cambio, en el derecho germánico el robo era la sustracción violenta, mientras el hurto se distinguía por la clandestinidad.

Este criterio es el que persiste en el Medievo con la generalizada convicción de que el robo es más grave que el hurto por cuanto entraña un atentado a la persona.

Mas en esta distinción se introdujo una categoría intermedia que en España dio lugar al robo con fuerza en las cosas y en Alemania e Italia fueron tradicionalmente considerados como hurto calificado, tales los perpetrados con armas mediante efracción o con llave falsa.

En el derecho español las dos formas de agravar el robo, por la fuerza en las cosas o por la violencia física en las personas, han dado lugar a diferentes figuras de robo, y aunque el artículo 500 del Código, cuyo texto corresponde a la redacción de 1870, las incluya en la misma definición, su tratamiento es absolutamente independiente.

Así el artículo 501 reprime el perpetrado con violencia o intimidación, previéndose luego las agravantes correspondientes del robo con homicidio; del robo con violación, mutilación o secuestro; con lesiones, con violencias innecesarias; con uso de armas y otros medios peligrosos y en cuadrilla.

En cambio, el artículo 504 prevé que son reos de robo con fuerza en las cosas los que ejecutaren el hecho concurriendo escalamiento, fracturas o uso de llaves falsas.

Entre los antecedentes legislativos nacionales, el Proyecto Tejedor distinguía las dos formas de robo, pero el que se carac-

<sup>1</sup> Mommsen efectúa esta prolija evolución traducida por Rodríguez Devesa, *Derecho... Parte especial*, págs. 376/77.

terizaba por la fuerza en las cosas comprendía el escalamiento, la fractura de puertas, el uso de ganzúa, el perpetrado durante la noche y el cometido con simulación de autoridad.

Tal fue el sistema del Código de 1887, sistema en el que no toda fuerza era tomada en cuenta para considerar al apoderamiento como robo y, a su vez, algunos supuestos no representaban el despliegue de una verdadera violencia.

En el Proyecto de 1891 se consideró a la fuerza en las cosas y a la violencia o intimidación en las personas como la base de la distinción entre el hurto y el robo.

Fue la idea central del Código de 1921, cuyo artículo 164 describe la conducta de quien "se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad", pero la ley preveía la misma escala penal para los dos supuestos considerados, quedando librada a la graduación de la pena la posibilidad de distinguir entre las situaciones así contempladas.

El Anteproyecto Soler, en su artículo 210, preveía las dos formas con diferentes penas y en la nota el autor señalaba que en el texto reconocía la mayor gravedad ordinaria del robo que se ejecuta con violencia o intimidación en las personas.

Asimismo, incluía el término "intimidación" que, según entendía, fue erróneamente sustituido para evitar una confusión con la extorsión, que es incomprensible, dada la notoria diferencia entre ambos delitos.

Por otra parte, preveía la extensión al caso en que la fuerza hubiera sido empleada después del hecho, pero inmediatamente.

Tales fueron las ideas esenciales recogidas por la ley 17.567, la que citó, además de los antecedentes a que nos hemos referido, los proyectos de 1881 y de 1941, como también los códigos uruguayo, brasileño, cubano, chileno, griego, suizo, alemán, italiano y español, respecto a la distinción de las dos formas de robo, de diferente gravedad. Incluía a la intimidación, de la que decían los autores: "debe entenderse como amenaza de violencia o mal físico inminentes para la víctima; en la extorsión el mal amenazado puede ser otro género y supone cierto intervalo temporal entre la amenaza y su cumplimiento".

Aclaraba, por fin, que "el empleo de la fuerza o de la violencia posterior debe tener lugar inmediatamente".

El texto así consagrado por dicha ley perdió vigencia por imperio de la ley 20.509 y la recuperó mediante la ley 21.338.

Al ser derogada ésta por la ley 23.077, la letra originaria del Código de 1921 vuelve a tener vigor, con lo que los medios comisivos tienen la misma amenaza penal, y la intimidación no está prevista.

### 3. Elementos del tipo legal. Remisión.

*a) Elementos objetivos.*

*b) Elementos normativos.*

*c) Noción de ilegitimidad.*

En el Capítulo II se han estudiado estos elementos, correspondiendo también remitirse a las conclusiones allí expuestas.

### 4. Elementos objetivos específicos.

*a) Noción de fuerza en las cosas.*

La "fuerza en las cosas", que da peculiaridad al robo, consiste en el despliegue de una energía *distinta en modalidad o mayor en cantidad* que aquella que implica en sí el quehacer del apoderamiento.

Efectivamente, apoderarse de la cosa supone un cierto despliegue de fuerza sin el cual resultaría simplemente inconcebible.

Ese despliegue tiende a destruir defensas de la cosa que unas veces son naturales pero otras son ocasional o deliberadamente artificiales, pues dicho despliegue puede recaer tanto sobre la propia cosa como también sobre las defensas predisuestas o de contención casual que tiene la cosa en el momento en que se desarrolla la acción ejecutiva.

Esta conclusión de tanta amplitud se funda en que el texto del precepto no distingue sobre qué debe recaer la fuerza.

Esta liberación de energía, que es la fuerza, debe tener una cierta exuberancia con relación a la requerida para cualquier traslado de la cosa. Y la que es semejante a la que el tenedor hubiera empleado para ello, queda integrada en la acción constitutiva del hurto.

No ha de ser la fuerza demandada por la cosa para ser llevada en razón de su propio peso, sino en razón de su colocación respecto a otras.

Con toda razón se ha declarado que lo contrario importaría calificar el hecho de hurto o robo, según el peso de la cosa o la fuerza del objeto. "Llevar una cosa pesada no importa ejercer fuerza en las cosas, según lo exige la ley", declaró en vigorosa síntesis un Tribunal de Córdoba <sup>2</sup> al encuadrar en el artículo 164 del Código Penal el apoderamiento de objetos que estaban en el interior de un auto al que se le bajaron los vidrios desde el exterior.

Siempre la acción destructiva se opone a una resistencia que podría no haberse preordenado como defensa.

Y, a su vez, el empleo de la fuerza es el medio no sólo para la comisión del apoderamiento, sino también para su facilitación y para el logro del fin propuesto o de la impunidad.

**b) Problemas concursales con el delito de daño.  
Relación de consunción entre tipos legales o concurso ideal de delitos.**

El despliegue de la fuerza en las cosas, sea que recaiga directamente sobre éstas o sobre sus defensas, puede ocasionar un resultado de destrucción, inutilización o deterioro de la cosa.

La acción de causar tales efectos es descripta por el tipo legal del artículo 183 del Código Penal como delito de daño.

Cuando una actividad típica está subsumida en la descripta por otro tipo legal no existe una efectiva concurrencia entre los tipos, sino que, por la relación de *consunción*, uno desplaza al otro siendo el concurso sólo *aparente*.

Tal lo que comúnmente ocurre entre el daño y el robo con fuerza en las cosas: se comete un solo delito, que es el de robo, por cuanto el efecto dañoso queda absorbido, por ser ínsito al despliegue de la fuerza, y el encuadre típico es sólo uno.

Empero no es descartable que en algún caso el autor quiera apoderarse de la cosa y, además, causar daño; en tal supuesto, el hecho único encuadraría en los dos tipos legales, siendo aplicable la norma del artículo 54 del Código Penal, pues se trataría de un efectivo concurso.

<sup>2</sup> C. Acusación Córdoba, "Blasco, Domingo A.", del 1/10/84, en "L.L.", 1985-C-398.

Deben aplicarse estrictamente los principios generales que rigen la construcción jurídica del delito y tener en cuenta la coincidencia entre los aspectos objetivo y subjetivo del tipo legal.

Por lo tanto, para que exista concurso ideal entre los delitos de robo y de daño debe existir un dolo —en el tipo o en la culpabilidad— coincidente con ambos. Si ese dolo ha sido sólo de robo, habrá concurso aparente por relación de consunción.

Nuestra jurisprudencia ha entendido así que se configura el delito de robo con fuerza en las cosas si el procesado, luego de romper los vidrios del comercio, se apoderó de diversos objetos que había en el interior y que luego tiró a la calle <sup>3</sup>, ya que se apoderó y dispuso de éstos.

Y, recientemente, quien sustrajo un automóvil poniéndolo en marcha tras cortar el cableado del arranque uniéndolo como puente <sup>4</sup>.

### *c) Noción de violencia física en las personas.*

A menudo, la cosa que es objeto de la acción típica guarda, en el momento del hecho, una relación espacial muy estrecha con la víctima, y el despliegue de energía inevitable para el apoderamiento supone el ejercicio de violencia en la persona de aquélla.

Así, el tirón al brazo para llevar la cartera, o a la muñeca para arrebatar la pulsera, son ínsitas en el propio apoderamiento porque el traslado de esos objetos sería imposible de otra manera.

Empero, estas mismas situaciones ejemplificadas como supuestos de hurto, pueden constituir la violencia física del robo cuando la víctima pone énfasis en su resistencia y el agente se obstina en vencerla.

También en el caso debe existir una exuberancia en el despliegue de la fuerza necesaria, que ha de recaer sobre la persona o ser distinta de la requerida para el traslado del objeto.

La jurisprudencia ha entendido que la calificante que tradicionalmente ha dado lugar a la figura de la rapiña descansa no sólo en el peligro del daño para el cuerpo, sino también en

<sup>3</sup> C.C.C., Sala III, "Marinero, Vicente", del 9/9/80.

<sup>4</sup> C.C.C., Sala VII, "Palazzo, C. J.", del 6/3/98, en "J.P.B.A.", 102-69.



que tienda a anular su voluntad sin que sea del caso tener en cuenta, a los fines de la subsunción, la intensidad de los medios empleados <sup>5</sup>.

Un tribunal oral condenó por robo, entendiéndolo perpetrado con violencia en las personas, a quien introdujo su mano en el bolsillo de un transeúnte y fugó tras extraerle la billetera mientras un tercero pateaba el pie de la víctima haciéndole caer para impedir la persecución <sup>6</sup>.

En un interesante caso en que las víctimas —hombres— eran sometidas a amenazas verbales para ingresar a un ámbito alejado de la calle donde estaban mujeres dispuestas a alternar con los visitantes y personal que servía bebidas, para después requerirse dinero por un consumo no efectuado, nuestra Cámara del Crimen tuvo oportunidad de precisar una vez más los alcances del concepto de violencia física.

Dijo entonces que por tal se entiende no sólo la *vis* absoluta, aquella totalmente independiente de la voluntad de la víctima, sino también toda forma de *vis* compulsiva, consistente en la amenaza presente e inmediata de empleo de violencia, aquella que quebranta o paraliza la voluntad <sup>7</sup>.

También fue condenado por robo cometido a través de violencia en las personas quien ingresó a un local y luego de solicitar lápiz y papel a su propietaria, escribió: “dame la plata de caja, no grites, te mato” <sup>8</sup>.

Estableciendo la diferencia entre el robo y la extorsión, un tribunal oral condenó por el primero de estos delitos a quien interceptó a un transeúnte en la vía pública y previa exhibición de una supuesta credencial le vació sus bolsillos <sup>9</sup>.

Entendió que la intimidación producida por la amenaza de un daño o la simulación de ser autoridad pública —extorsión— debe ser sólo una compulsión moral que no implique ya el despliegue de lo amenazado, o de una energía física ni derivar en un acontecimiento violento.

<sup>5</sup> C.C.C., Sala V, “Fernández, Enrique A.”, del 12/10/79, decisión en la que consideró cometido el delito del artículo 164, inciso 2°, en grado de tentativa en el caso de quien arrancó de un manotón, en plena vía pública, la cadena que pendía del cuello de una persona y fue detenido cuando pretendía huir.

<sup>6</sup> T.O.C. n° 4, “Contreras Poblete, I. A.”, del 3/10/97, en “J.P.B.A.”, 101-79.

<sup>7</sup> C.C.C., Sala VII, “Sobrino, A. D.”, del 24/11/98, en “J.P.B.A.”, 107-42.

<sup>8</sup> T.O.C. n° 25, “Romero, C. J.”, del 18/11/96, en “J.P.B.A.”, 100-84.

<sup>9</sup> T.O.C. n° 7, “Cisneros, A. V.”, del 1/9/97, en “J.P.B.A.”, 106-101.

*d) Problemas concursales con el delito de lesiones leves. Relación de consunción entre tipos legales o concurso ideal de delitos.*

El ejercicio de la violencia física en las personas puede producir un daño en el cuerpo o en la salud, efecto cuya acción productora está descripta por el artículo 89 del Código Penal.

Debe entonces establecerse si tal efecto queda absorbido en el apoderamiento con violencia, que es el robo, o si, en cambio, concurre con el delito de lesiones leves, en los términos del artículo 54 del Código Penal.

Las consideraciones efectuadas en el apartado *b* son estrictamente aplicables al caso y a ellas nos remitimos. Es en la completa integración del tipo y de la culpabilidad donde está la solución del problema.

La entidad del daño causado puede ser sólo una pauta, casi un indicio de hecho, para el encuadre de la conducta en uno solo o en dos tipos legales.

Así, la hemorragia que el más leve rasguño produjo a un hemofílico víctima de un robo no fundamentaría la conclusión de que hubo en el caso concurso ideal si el dolo, además de coincidir con la acción de robar, no coincidió también con la de lesionar.

Debe evaluarse si se integra en una única acción y si, por sus caracteres, no adquiere autonomía.

Así, la jurisprudencia ha declarado que el delito de privación ilegal de la libertad no concurre formalmente con el de robo si el hecho se acompañó de un breve encierro impuesto a las víctimas después del apoderamiento y en un mismo contexto de acción, porque la medida estuvo orientada a procurar la impunidad y constituyó una forma de violencia personal que queda absorbida por la figura del robo.

El pretense atentado a la libertad no es más que un segmento que troca el hurto en robo, por lo que hay una apariencia de concurso <sup>10</sup>.

Con rigor interpretativo, se entendió que en caso en que el ladrón retuvo a la empleada doméstica contra su voluntad en el departamento "...en todo momento su conducta que fue única...

<sup>10</sup> C.C.C., Sala de Cámara, "Alvarado, Ramón V.", del 27/7/76, fallo 34.454-S, en "L.L.", del 4/1/78, pág. 3. También en este sentido: C.C.C., Sala VI, "Sarmiento, J. D.", c. 6099, del 22/8/80.

se halló enderezada inequívocamente al desapoderamiento, núcleo vital del tipo de robo con el agravante del arma usada para perpetrarlo..." (C.C.C., Sala IV, del 29/4/86, "Mulletti, Juan G.", en "Doctrina Judicial", t. 1987-2, pág. 192, n° 39).

En caso en que el ladrón, estando todavía en el interior de una peluquería a la que había asaltado, comenzó a disparar el revólver que llevaba, a fin de evitar ser detenido por su ocasional aprehensor, nuestra Cámara del Crimen sostuvo por mayoría que el quehacer configuró el delito de resistencia a la autoridad, conforme a la doctrina del plenario "Palienko", interpretativa de este tipo legal.

Entendió que, por lo tanto, tal delito concurre idealmente con el robo agravado por su comisión con armas, en grado de tentativa.

Consideramos que la correcta interpretación está en el voto de la minoría del doctor Madueño, quien así razonó: "...Resulta claro que la presencia armada del prevenido en el teatro de los hechos tenía como propósito intimidar a sus víctimas y, si disparó contra sus aprehensores, lo hizo para lograr su impunidad, por lo que la resistencia tuvo lugar en el proceso ejecutivo del robo, integrándolo con la nota de violencia que lo caracteriza...". Por ello consideró que se trataba de un concurso aparente y que el autor debía responder por robo agravado en grado de tentativa <sup>11</sup>.

En cambio, se consideró que la privación ilegal de la libertad lograda, como el apoderamiento del dinero que la víctima llevaba consigo mediante el uso de armas "...formó parte del contexto de la acción desplegada por el procesado, llevando al apoderamiento ilegítimo en forma de concurso aparente" <sup>12</sup>.

El plenario "Winiarsi, M.", del 30 de diciembre de 1949, había establecido que las lesiones leves causadas con motivo de un robo concursan idealmente con éste.

Tal doctrina, muy opinable por cierto, ha sido lisa y llanamente dejada de lado en reciente decisión.

En efecto, la Sala V de nuestra Cámara del Crimen, con el voto rector del doctor Tozzini, en caso en que el procesado causó lesiones leves a la víctima al intentar arrancarle la cadena que

<sup>11</sup> C.C.C., Sala V, c. 17.698, "Peley, J. A.", del 22/3/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 1, págs. 63 y 64.

<sup>12</sup> C.C.C., Sala VI, c. 11.347, "Gómez, R. E.", del 14/2/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 1, págs. 65 y 66.

llevaba al cuello, declaró que aquéllas "...se encuentran absorbidas por la violencia de robo, toda vez que la inclusión de las lesiones graves y gravísimas en el artículo 166, inciso 1º, del Código Penal, como causas de agravación, demuestra bien a las claras que las lesiones menores concurren en forma aparente con el robo violento...".

Debe apuntarse que el voto disidente de la doctora Catucci se fundó en el acatamiento a dicha doctrina plenaria <sup>13</sup>.

Si bien no compartimos la postura de inconstitucionalidad en que funda el doctor Tozzini su apartamiento del fallo plenario, estimamos que ése, en algún caso, debe ser materia de revisión mediante el recurso de inaplicabilidad de ley porque responde a un momento en que aún no estaba sólidamente difundido el esclarecimiento de las relaciones en que se funda el concurso aparente o concurrencia de tipos legales entre sí.

***e) El tiempo en que debe ejercerse la fuerza, violencia o intimidación.***

El agente puede desplegar los medios enumerados antes del hecho, durante su comisión o después de cometido para lograr el fin propuesto o la impunidad, conforme al artículo 164, parte final, del Código Penal.

Cuando ha cesado la acción ejecutiva, y el agente despliega la fuerza física, ésta puede prolongarse por un lapso que no está regido por límites temporales sino que está limitado por una exigencia: lograr el fin propuesto o asegurar la impunidad.

En este orden, es frecuente que el ladrón encierre a su víctima para evitar la persecución o la denuncia, configurándose, así, otro efecto cuya acción está descripta en un tipo legal distinto, el del artículo 141 del Código Penal, que incrimina a quien privare ilegalmente a otro de su libertad personal, y cuyas relaciones con el robo son estudiadas en apartado siguiente.

La otra limitación es la impuesta por el móvil que guía al autor: lograr el fin propuesto o asegurar la impunidad del hecho, pues otros móviles, como la vejación o la venganza, no tendrían la eficacia requerida para que el delito se tipifique como robo, pero podrían concurrir si encuadran en otros tipos legales.

<sup>13</sup> C.C.C., Sala V, "Díaz, Roberto M.", del 11/12/86, en "L.L.", 1987-B-428.

Antigua y reiterada jurisprudencia considera integrante de la violencia del robo a los actos del ladrón contra comisiones policiales <sup>14</sup>.

En un interesante caso, el ladrón —pintor letrista contratado en una peletería— fue descubierto por el dueño del negocio donde habíase apoderado de un abrigo de piel, quien lo encerró determinando que, para huir, rompiera de un puntapié el vidrio de la puerta.

Nuestra Cámara del Crimen revisó, con voto rector del doctor Tozzini, la calificación de robo.

En la oportunidad, el magistrado estimó, con cita de Moreno, Díaz, Gómez y Núñez, que la fuerza configurativa del robo es la que se ejerce durante el proceso ejecutivo del apoderamiento mismo, si se aplica sobre objetos, y que la que tiene por fin asegurar la impunidad no transforme el hurto en robo (C.C.C., Sala V, del 4/8/86, "Olivera, Julio", en "Doctrina Judicial", t. 1987-2, pág. 714).

#### *f) Problemas concursales con el delito de privación ilegal de libertad.*

##### **Relación de consunción entre tipos legales o concurso ideal de delitos.**

El encierro es una forma de violencia física que habitualmente se convierte en medio necesario o, por lo menos, altamente favorecedor de la actividad incriminada.

Empero, ese medio puede, en algunos casos, tanto por sus modalidades como por su exceso, trascender la violencia propia de la figura que se estudia.

Tampoco la solución puede apartarse del criterio expuesto en los casos anteriores, a los que volvemos a hacer inevitable remisión, pues aquellas circunstancias casuísticas de modo y duración deben ser evaluadas en relación con el contexto general del hecho.

<sup>14</sup> "L.L.", 13-8 y 19-331, citados por Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 113-III, pág. 255, nota n° 58, y más recientemente: Sala de Cámara, "Bandoret, Hugo E. D. y otro", c. 6063, del 10/12/76, con disidencia de los doctores Gómez y Vera Ocampo.

*g) Momento consumativo.*

La Cámara Nacional de Casación Penal ha discurrido respecto al momento consumativo de un robo con violencia física en las personas.

El autor dejó inconsciente a la víctima con un golpe de martillo vedándole de cualquier oportunidad de obstaculizar el apoderamiento y tuvo la oportunidad de dejar confundir el dinero sustraído con el propio, o de consumirlo, al extremo de abordar un taxi.

Por ello el tribunal entendió que pese a la interrumpida persecución, el agente tuvo un poder de disponibilidad que, aunque breve, fundamenta el aserto de que el delito se consumó <sup>15</sup>.

También la tuvo quien pudo disponer de un vehículo del que se había apoderado por los medios comisivos del robo por sólo tres cuadras tras las cuales se puso en funcionamiento el dispositivo de seguridad <sup>16</sup>.

En cambio, se entendió que no tuvo un dominio efectivo del bien sustraído quien fue apresado con éste en las cercanías del lugar del hecho <sup>17</sup>.

Por falta de esa mínima disponibilidad, también un tribunal oral consideró, en cambio, tentado el delito en el caso de quien rompió los envoltorios de diversos discos compactos para quitar los códigos de seguridad activados con sensores instalados en la puerta de acceso del local, siendo interceptado por el personal <sup>18</sup>.

Por el contrario, cuando los ladrones recorrieron en un rodado una importante cantidad de cuadras llegando a arrojar uno solo de los objetos sustraídos, se consideró que el robo había sido consumado <sup>19</sup>.

<sup>15</sup> CNCas. Penal, Sala IV, "Soldini Cáceres, A.", del 6/5/97, en "J.P.B.A.", 101-18.

<sup>16</sup> C.C.C., Sala VII, "Otamendi, R.", del 27/10/98, en "J.P.B.A.", 105-65.

<sup>17</sup> C.C.C., Sala IV, "Barrios, C.", del 27/5/97, en "J.P.B.A.", 103-49.

<sup>18</sup> T.O.C. n° 3, "De Cristófano, A.", del 28/7/97, en "J.P.B.A.", 100-83.

<sup>19</sup> C.C.C., Sala VI, "Gamara, S.", del 19/7/96, en "J.P.B.A.", 102-67.

## CAPÍTULO V

### LOS ROBOS CALIFICADOS

#### A) ROBO CON HOMICIDIO

##### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 165 del Código Penal prevé la pena privativa de libertad temporal más severa del ordenamiento —diez a veinticinco años de reclusión o prisión— para el caso de que “con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio”.

Fue introducida en la legislación nacional por el Proyecto de 1891, en cuya Exposición de Motivos puede leerse: “se refiere la disposición al caso de que el homicidio fuese un resultado accidental del robo; no al caso en que el homicidio fuese medio de consumir el robo, o de prepararlo u ocultarlo o de asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para los cooperadores o por no haberse obtenido el resultado propuesto” <sup>1</sup>.

El Código de 1886 había tomado la disposición del Código español de 1850: “será condenado a muerte si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio” (artículo 425, inciso 1°).

La evolución del derecho español es ilustrativa.

Hasta el Código de 1870, el parricidio, el homicidio y el asesinato eran títulos independientes por lo que cuando la ley hacía referencia a robo con homicidio, este último debía entenderse como homicidio simple o calificado pero nunca en sentido amplio, sistema mantenido en aquel Código, aunque refunde aquellos delitos con la rúbrica de homicidio. Mas, seguían siendo títulos de imputación independiente, lo que mantuvo la reforma de 1932.

<sup>1</sup> Citada por Soler, *Derecho...* cit., t. IV, XX, 114-I, pág. 256, nota 2.

Comentaristas del Código Penal español afirman que la finalidad que anima al legislador es la de una mayor severidad, finalidad agravatoria que sólo se cumple cuando se le da a la expresión homicidio un sentido estricto, y no se trata de incluir, pues, a los homicidios calificados; que el robo con homicidio es un delito complejo, formado por la reunión de robo y homicidio con un nexo entre sí cuya esencia está en el verbo "resultar", que siempre se refiere a una relación de causalidad en la cual el robo es la causa y el homicidio el efecto o resultado. Siendo el robo, desde el punto de vista natural, un complejo de actos, el homicidio puede enlazar causalmente en cualquier elemento de ese complejo <sup>2</sup>.

## 2. Fundamento de la mayor tutela penal.

La intensa gravedad del resultado acaecido en el acontecer causal creado con la actividad del agente, fundamenta el incremento de la tutela penal de un modo que también es singularmente intenso.

## 3. Elementos objetivos del tipo legal.

### a) *La causalidad descripta en el tipo legal.*

No es habitual que en los tipos dolosos la causalidad aparezca descripta como, en cambio, lo está de modo inexorable en los tipos culposos.

<sup>2</sup> Rodríguez Devesa, *Derecho... Parte especial*, págs. 383/85. Merecen transcripción estos esclarecedores párrafos del autor por su trascendencia en la interpretación de la ley argentina, de igual texto: "...las palabras «con motivo u ocasión» han venido a convertirse casi en uno de los logogrfos de la parte especial. Homicidio con *motivo* de robo es aquel que entra en la línea de la violencia ejercida para conseguir el apoderamiento: se maltrata brutalmente a la víctima para que revele dónde tiene el dinero, y muere a consecuencia de los malos tratos sufridos. Homicidio con *ocasión* del robo es aquel que aparece en la periferia de la conducta: un vecino acude en auxilio del robado, el ladrón le da muerte para conseguir el apoderamiento. Pero siempre, obsérvese, en relación de causalidad con él, pues las palabras «con motivo u ocasión» sólo vienen a matizar, concretándolo, en nexo causal entre ambos delitos, que no puede faltar sin que desaparezca el complejo: robo con homicidio".



El quehacer del agente se ha encauzado exclusivamente hacia el apoderamiento, y la muerte ha "resultado".

Esta desafortunada redacción haría suponer que el evento tiene una producción fortuita, lo que corroborarían las expresiones "con motivo u ocasión".

Sin embargo, si bien en los planes delictivos del autor no ha figurado tal evento ni ha constituido el medio directo para el desarrollo de su quehacer, su producción no ha sido ajena a la propia actividad. Y ello está afirmado en la letra del precepto: *lo que "resulta" no es la muerte sino "un homicidio", que es la muerte como producto de la acción ilegítima del hombre, es decir, la suma de la actividad y de su efecto.*

Quedan así excluidos el supuesto de mera contemporaneidad entre la muerte y el resultado más grave, porque el caso fortuito no es la consecuencia de una conducta humana en sí mismo. Pero encuadrarán aquellos resultados que, aunque no hubiesen figurado en la planificación del autor, sean consecuencias *previsibles* del despliegue de la actividad.

Así, se ha considerado como encuadrado en la figura el caso de quien robó una camioneta llevándose al damnificado que murió a raíz del choque con otro vehículo <sup>3</sup>.

Como, asimismo, se entendió que el precepto se ha querido referir a situaciones que pudieran presentarse por el sujeto pasivo o por cualquier otra persona, debiendo responder el autor por el resultado; lo que se ha resuelto cuando éste, al huir, disparó contra la víctima obligándola a repeler la agresión, causando ésta la muerte de un tercero <sup>4</sup>.

### ***b) Su diferencia con el homicidio por móvil delictuoso.***

La conducta de quien mata para "preparar, *facilitar, consumir* u ocultar otro delito..." está descripta por el artículo 80, inciso 7º, del Código Penal.

Como en el caso que estudiamos, el agente mata.

El dolo con que obra, empero, en cada supuesto, es distinto. La voluntad está orientada hacia la realización de las respectivas conductas: apoderarse en la descripta por el artículo 165 y

<sup>3</sup> C.C.C., Sala VI, c. 5759, "Juárez, M.", del 25/4/80.

<sup>4</sup> C.C.C., Sala de Cámara, "Torres, Juan C.", del 8/8/75.

matar en la del artículo 80, inciso 7º, siendo el apoderamiento, en cambio, el mero móvil de esa voluntad orientada a la finalidad de matar.

Preconcebido o resultante de un acontecer imprevisto, para que haya *homicidio calificado por el móvil de robar*, el autor debe haberlo perpetrado como *medio*, mientras que el *robo agravado* que estudiamos supone que *lo ha perpetrado en el transcurso de su acción de apoderarse*.

El latrocinio descrito por el artículo 80, inciso 7º, tiene un elemento subjetivo, que se suma al dolo, el propósito especial del autor: "facilitación, consumación, ocultación", propósito que fundamenta la agravante respecto a la acción de matar.

En cambio, la figura que estudiamos está desprovista de elementos subjetivos de índole alguna; tampoco los tiene de naturaleza volitiva: no se prevén propósitos ni fines determinados respecto a la acción de robar. Este resultado, ajeno a su habitual culminación, no constituía un objetivo del comportamiento.

Como ha declarado la jurisprudencia, la acción en el delito que aquí estudiamos, tanto subjetiva como objetivamente, tiende al robo y no al homicidio <sup>5</sup>.

Y, recientemente, el artículo 165 contempla los casos en que no es dable afirmar si se está en presencia de la intención de matar, incluyendo los hechos de resultado preterintencional <sup>6</sup>.

El asalto a un ómnibus de pasajeros perpetrado por un solo individuo dio lugar al análisis de este tipo agravado por parte de un tribunal oral.

El autor disparó cuatro veces, impactando la primera bala contra una ventanilla, la segunda contra el piso, la tercera cerca de uno de los pasajeros y cuando otro de ellos logró abalanzarse sobre aquél para quitarle el arma, se pudo escuchar un cuarto disparo; el conductor frenó en forma brusca y abrió la puerta saliendo despedidos sobre el asfalto tanto el asaltante como tres asaltados envueltos en la gresca.

Uno de éstos murió a consecuencia de las lesiones recibidas.

Un tribunal oral entendió entonces que el delito que estudiamos se consuma aunque el robo quede en grado de conato

<sup>5</sup> C. Penal de Santa Fe, Sala I, "Frissone, Eduardo E. y otro", del 23/3/76, en "J.A.", 1976-IV-226.

<sup>6</sup> C.C.C., Sala V, "Tomier, P. A.", del 21/4/98, en "J.P.B.A.", 105-66.

porque el tipo sólo requiere que el homicidio resulte con motivo u ocasión de aquél.

Afirmó entonces que el tipo sólo admite como elemento normativo el homicidio doloso —sea el dolo directo, indirecto o eventual— descartando el culposo y el preterintencional porque los topes mínimos con que estos delitos están amenazados no se compadecen con el de diez años del artículo 165 <sup>7</sup>.

Con el criterio opuesto, la Cámara Nacional de Casación Penal entendió que estando probado el robo y que el homicidio es atribuible al menos a título de culpa, la conducta debe ser encuadrada en este tipo legal.

Señaló en esa oportunidad que el legislador ha utilizado el verbo “resultare la muerte”, lo que indica que no ha querido remitirse a las reglas generales del concurso de delitos y ha buscado crear un tipo complejo en el que la muerte producida involuntariamente, pero “resultante” del riesgo propio de la violencia del robo, también queda comprendida en la figura especial <sup>8</sup>.

<sup>7</sup> T.O.C. n° 29, “Casas, J. R.”, del 12/9/97. La doctrina corresponde a la de la mayoría del Tribunal que impuso dieciocho años de prisión, mientras que la minoría postuló la calificación de homicidio simple en concurso real con robo con armas tentado. En “J.P.B.A.”, 101-81.

<sup>8</sup> CNCas. Penal, Sala I, “Sánchez, D.”, del 14/8/98, en “J.P.B.A.”, 104-6. Citó “Guardia, H. C.”, de la Sala III, del 15/9/95.

## B) ROBO CON LESIONES

### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 166 del Código Penal agrava en su primer inciso el delito "si por las violencias ejercidas para realizar el robo se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91".

La ley 17.567 suprimió esta figura con el confesado propósito general de modificar y simplificar el sistema de agravantes del robo, y particular de dar lugar a la aplicación del artículo 92 o, en su caso, a las reglas del concurso.

La supresión había sido propuesta en el Anteproyecto Soler de 1960, cuyo autor enfatizó en su obra la incoherencia que introducía en el sistema.

Al respecto enseñaba que, según la interpretación emanada de la comisión de 1891, aunque la redacción de la ley era muy distinta al caso del robo con homicidio, también procedería aplicar la figura sólo cuando entre el robo y las lesiones existiera una conexión meramente ocasional, mientras que cuando éstas fueran inferidas *para* robar o *para* procurar la impunidad por el robo, correspondería aplicar el artículo 92, lo que conducía a aplicar penas más graves a los casos más leves y viceversa, entendiendo que la solución lógica era la aplicación de los principios generales del concurso <sup>9</sup>.

El precepto recuperó su vigencia por imperio de la ley 20.509, que derogó a la 17.567.

La ley 21.338 no siguió a esta última en el presente caso, manteniendo la agravante, aunque con modificaciones, pues su texto preveía pena de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión "si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91" (primer párrafo) y reclusión o prisión de cinco a quince años "en el caso de que fueran de las previstas en el artículo 90" (segundo párrafo, inciso 1°).

En una interesante decisión, la Cámara del Crimen de la Capital resolvió como concurso ideal entre robo y homicidio

<sup>9</sup> Soler, *Derecho...* t. IV, § 114, págs. 260 y 261.

culposo a la actuación de los procesados que, tras cometer el primero de estos delitos, dejaron a la víctima tirada en el suelo "...atado, solo y sin ninguna posibilidad de pedir auxilio, muriendo poco tiempo después, lo que configura —resolvió— los delitos de robo y homicidio culposo en concurso ideal..."

Así se razonó: "...dado que en tal circunstancia la previsibilidad del resultado era posible y descartándose que hayan querido la muerte del asaltado, deben cargar con responsabilidad por ella a título de culpa, porque es notoriamente imprudente que hayan abandonado a su suerte al occiso en las condiciones referidas, poniendo un elemento determinante que, operando sobre las características personales del sujeto pasivo, llevaron al resultado muerte acaecido.

No existe en autos —prosiguió el tribunal— hilación posible entre las lesiones comprobadas, que tienen toda la apariencia de ser no más que la expresión de la violencia física para perpetrar y configurar el robo, y la muerte de la víctima, que permita culminar en un juicio de reprochabilidad para los enjuiciados que contenga este último efecto como elemento que reconozca notas de conciencia y volición dirigidas a esta específica consecuencia, ni aun por la vía de poner a su cargo las derivaciones letales de lesiones queridas, como en la figura del homicidio preterintencional, puesto que si se admitiera que se produjeron lesiones que significaron un plus sobre la fuerza ejercida sobre el cuerpo de la víctima, la insuficiente relación causal entre las lesiones queridas y el óbito posterior hace que vincular esos resultados en cabeza de los encartados redundaría en una clara atribución de responsabilidad objetiva, que el Código Penal no recepta ni podrá recoger..."<sup>10</sup>

Más allá de la confusa redacción del fallo, puede entenderse que el tribunal consideró que:

- a) las condiciones en que la víctima fue abandonada tras el robo excedían la violencia en las personas prevista en la descripción típica;
- b) los autores del robo no quisieron el resultado muerte, por lo que no se les puede achacar éste como causado con dolo directo;
- c) tampoco ese resultado autoriza a subsumir el comportamiento posterior en el tipo del homicidio preterintencional

<sup>10</sup> C.C.C., Sala III, c. 18.330, "Rodríguez Do Carmo, M.", del 28/2/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 1, págs. 64/65.

porque no es clara la relación causal entre las lesiones queridas y aquél.

Entendemos que estas conclusiones, que antes que leerse se deducen, son absolutamente correctas.

Sin embargo, la original conclusión del concurso ideal entre el robo y el homicidio culposo supone desconocer los elementos estructurales de un tipo culposo.

Éste no se agota en la falta de voluntad para causar el resultado —aspecto subjetivo de la culpa que consiste en la imprevisión de lo previsible o, en su efectiva previsión, con razonable confianza en poder evitarlo— sino que en la faz objetiva consiste *en la torpe ordenación de los medios, violatoria de deberes de cuidado que conciernen al agente, para alcanzar un fin penalmente intrascendente.*

Los autores del hecho examinado apuntaban a un fin ilícito descrito en un tipo legal doloso, cual es asegurar la impunidad del robo y lo hicieron con una exuberancia tal de medios que, aun no queriendo la muerte como consecuencia, *la han previsto perfectamente con indiferencia a su producción eventual.*

La figura que analizamos era la aplicable al caso porque el abandono de la víctima en las condiciones que el tribunal pondera hacen perfectamente previsible la muerte.

## **2. Fundamento de la mayor tutela penal.**

Tal como en el caso de la figura precedentemente estudiada, el resultado más grave, lesivo de bienes jurídicos que son jerárquicamente superiores a la propiedad, cuyo menoscabo está en los fines iniciales del autor, está fundamentando la mayor protección del magisterio penal.

## **3. Elementos objetivos del tipo legal.**

### ***a) La causalidad descrita en el tipo legal.***

A diferencia de la figura estudiada en el apartado anterior, la que ahora se analiza tiene perfectamente descrita la causalidad que, también de modo excepcional, aparece explicitada en el propio tipo legal.

La violencia en las personas, que es el medio comisivo en cuyo transcurso puede observarse la conducta agravada, debe haber sido la oportunidad en cuyo ejercicio el agente produjo el resultado.

Pero, precisamente, esa más perfecta descripción del nexo causal acarrea los problemas de identificación con la agravante del artículo 92, identificación por la que fue suprimida en la reforma de 1967.

Efectivamente, en el caso de la figura que estudiamos *el autor causa lesiones por la violencia ejercida para realizar el robo*, y en el de las lesiones calificadas *el autor causa lesiones para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito*, pues han de concurrir, según el texto, algunas de las circunstancias enumeradas en el artículo 80.

Asimismo, se ha entendido que corresponde aplicar la calificante aunque el apoderamiento no se haya consumado, si, en cambio, se han consumado las lesiones como consecuencia de las violencias empleadas para robar, aunque el fin furtivo que perseguía no haya sido alcanzado por circunstancias ajenas a su voluntad <sup>11</sup>.

#### ***b) Su diferencia con las lesiones calificadas por el móvil.***

El artículo 92 del Código Penal califica el delito de lesiones cuando concurre alguna de las circunstancias del artículo 80, es decir, cuando se han perpetrado "para preparar, *facilitar, consumir* u ocultar un robo".

Es evidente que en el caso de la figura que ahora analizamos, el agente que lesiona por las violencias ejercidas para cometer el robo, lo hace también *para consumir* otro delito, con lo que los límites entre ambos tipos vuelven a tornarse sumamente confusos.

Nuevamente es en la estructura típica en la que podemos encontrar las pautas para resolver la adecuación de las conductas.

En el caso del artículo 92, la producción de los resultados lesivos para el cuerpo o la salud son los medios de que se vale el

<sup>11</sup> T.S. Córdoba, Sala Penal, "Bassola, Ricardo D. y otros", del 16/8/78, en "J.A.", 1979-IV, síntesis.

autor para la comisión del hecho; el autor *lesiona en la faz objetiva como actividad y como efecto y quiere tanto la acción como el resultado en la faz subjetiva.*

En el caso del artículo 166, inciso 1º, el autor *se apodera de la cosa lesionando en la faz objetiva y quiere sólo el apoderamiento en la faz subjetiva*, aunque ese resultado más grave que califica su conducta figura no sólo en su previsión sino también en su asentimiento.

Pese a que la diferencia radica en el dolo, la muy grave duda que suscitan todas las pautas delimitadoras hace aconsejable la supresión de una de las dos agravantes para evitar incoherencias en el sistema represivo.

La jurisprudencia ha declarado que no queriendo los delinquentes lesionar para robar, sino robar aun a costa de un previsible resultado de lesiones, la acción debe tipificarse como robo agravado sin necesidad de recurrir al artículo 92, que contempla una hipótesis general de preordenación de las lesiones, aplicable para todos los delitos <sup>12</sup>.

#### 4. Elementos normativos del tipo legal.

##### *Las lesiones previstas por los artículos 90 y 91 del Código Penal.*

Se trata de un elemento explicado en otra parte del ordenamiento, del propio ordenamiento jurídico-penal.

Las lesiones deben ser estrictamente las que producen “una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o hubieren puesto en peligro la vida del ofendido, le hubieren inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubieren causado una deformación permanente del rostro”. Tales los resultados descriptos por el artículo 90 del Código.

<sup>12</sup> C. Crim. Gualeguay, “Sejas, Orlando R. y otro”, del 15/2/77, en “J.A.”, 1978-IV-262, caso en el que en uno de los hechos investigados los procesados decidieron asaltar cualquier casa con el propósito de procurarse dinero y penetraron así en un chalet que les pareció indicado, pero, ya en el interior, sorpresivamente se encendió la luz y apareció una mujer, lo que los asustó e hizo huir, pero a uno de ellos al alzar la mano se le escapó un tiro que lesionó a la moradora.



O las lesiones habrán producido “una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o un miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir”, conforme al texto del artículo 91 del Código.

Ningún efecto lesivo para el cuerpo o la salud, por grave que fuere, pero que no figure entre los enumerados, podría permitir el encuadre del robo en la agravante que estudiamos.

### C) ROBO CON ARMAS O EN DESPOBLADO Y EN BANDA

#### 1. Descripción legal de la conducta.

Es agravado el robo que se perpetra “con armas o en despojado y en banda”, conforme al texto del artículo 166, inciso 2º, del Código Penal. La autonomía del empleo de armas como calificante del robo había sido consagrada por el Proyecto Tejedor con una fórmula muy feliz, “empleando armas”.

Pero el Código de 1887 combinaba los elementos agravantes *banda, poblado, despoblado y armas* describiendo como robo calificado los cometidos en *despoblados y en banda*.

De ese modo se seguía una antigua tendencia que reprimía más severamente el hecho cometido en lugares alejados de los poblados, pero, sin razón valedera, no encuadraba en la misma agravante el robo en poblado y con armas, pese a la suficiente entidad que debe tener el empleo de éstas, cualquiera sea el lugar de perpetración del hecho.

#### 2. Fundamento de la mayor tutela penal.

La indefensión de la víctima en cualquiera de las circunstancias que enumera la figura calificada es mucho mayor, y con ella se incrementa también la desprotección de los bienes, lo que fundamenta, sobradamente, la mayor intensidad de la tutela penal.

Evidentemente, al aumentar el poder agresivo del agente por la posesión de instrumentos destinados a ello, o por su pluralidad, o por la disminución de las posibilidades de auxilio por parte de terceros, la víctima tiene notoriamente mermadas sus facultades de defensa de las cosas. Tal lo que ocurre cuando el autor emplea armas, se agrupa o aprovecha el despoblado.

### 3. Elementos objetivos del tipo legal.

#### a) *Noción de armas.*

Por tal ha de entenderse todo instrumento que incremente el poder agresivo del hombre.

Para que sea incluida en la agravante, no es necesario que hubiese sido preparada con esa finalidad, como tampoco su portación, pues el uso del arma casualmente encontrada en el desarrollo de la actividad comisiva también queda adecuada a la descripción típica.

Pero, *si, es menester un empleo efectivo, que puede consistir tanto en el ejercicio de su específica función como en la exhibición o el amago*, empleo para el que no alcanza la tenencia oculta a la víctima <sup>13</sup>.

Se consideró "arma" a un cortaplumas, "cualquiera sea su dimensión", por entenderse que lo decisivo es establecer si el objeto aumenta o no la capacidad vulnerante del individuo, pues aunque no pueda calificarse como arma propia, no puede desconocerse su entidad como impropia (C.C.C., Sala III, "Magno, Hipólito", del 13/3/84, en "Doctrina Judicial", t. 1985-1, pág. 223, n° 16).

Y, en cambio, se descartó a una tijera empleada con finalidad estrictamente intimidatoria, desprovista de una asunción intencional de su potencia vulnerante (C.C.C., Sala IV, del 5/5/87, "Mendoza, Samuel D.", en "Doctrina Judicial", del 13/4/88, pág. 798; con disidencia del doctor Campos, quien sostuvo como "meridianamente claro" el propósito del legislador de aplicar la agravante con independencia del designio de hacer uso del arma ante resistencia u oposición de la víctima).

<sup>13</sup> Así, la S.C. de Bs. As. ha declarado que si no surge de la causa la utilización del arma blanca que portaba uno de los acusados, en la comisión del robo, el hecho debe ser encuadrado en el artículo 164, inciso 2°, Código Penal ("Achával Rodríguez, Carlos Alberto y otros", del 13/11/79, en "J.A.", 1980-IV, síntesis). En la causa "Silva, Felipe R. y Aguilar, Jorge A." no se encuadró en la agravante, aunque el arma se llevaba a la vista, entendiéndose que dadas las circunstancias particulares del caso no era intimidación contra quien pueda oponerse a la preparación, consumación o impunidad del robo (Sup. Trib. Just. Entre Ríos, Sala Penal, del 22/5/79, en "J.A.", 1980-II, síntesis). La Sala III de la C.C.C. señala que la correcta denominación de este delito es "robo agravado" por el uso de armas, pues no basta con llevar éstas o portarlas en forma oculta sino que deben ser *empleadas, usadas o utilizadas* para intimidar o violentar a otro ("Altamirano, Carlos", del 28/7/81, c. 14.339).

Se ha declarado que la situación intermedia entre “llevar el arma” —como reza el Código Penal italiano— y blandirla, apuntando con ella a las víctimas, *es la portación ostentosa* —no la mera portación— y queda aprehendida en la conducta descrita por el artículo 166, inciso 2º <sup>14</sup>.

Si bien la expresión “empleo de armas” es más precisa que el mero uso de la preposición “con”, tampoco puede perderse de vista la referencia al verbo, pues el hecho debe “cometerse” con las armas, y la tenencia oculta de éstas no permite, precisamente, la comisión de un hecho que exige el empleo de la violencia o de la intimidación.

Las armas deben haber sido empleadas en su función para que el autor ejerza violencia y, por lo menos, portadas en forma visible o exhibidas para que ejerza intimidación.

El empleo efectivo del arma ha sido exigido por la Cámara Nacional de Casación Penal, sin que sea suficiente la mera portación <sup>15</sup>.

Recientemente han sido comprendidos en la agravante: el cuchillo de uso doméstico por cuanto posee entidad suficiente para aumentar el poder ofensivo del agente y es idóneo para inferir daño, a poco que se repare en las características de su filo, punto y longitud de hoja susceptible de causar lesión grave e, incluso, la muerte <sup>16</sup>; también la navaja <sup>17</sup>; la barra metálica <sup>18</sup>; un clavo de ocho centímetros por ser indudable su aptitud para lastimar <sup>19</sup>; un trozo de alambre colocado alrededor del cuello, por su aptitud para estrangulamiento <sup>20</sup>; un destornillador <sup>21</sup>; un trozo de vidrio con una punta aguda y longitud considerable <sup>22</sup>.

Ha sido encuadrado en esta agravante el uso de un arma conocida —el cuchillo— acompañado de una amenaza novedosa

<sup>14</sup> C.C.C., Sala I, “Andina, Walter”, del 28/12/79, c. 22.909.

<sup>15</sup> CNCas. Penal, Sala I, “Dugo, P. O.”, del 9/9/98, en “J.P.B.A.”, 104-12.

<sup>16</sup> C.C.C., Sala V, “Escobar, D.”, del 23/4/98, en “J.P.B.A.”, 105-71.

<sup>17</sup> C.C.C., Sala I, “Escudero, J.”, del 11/5/98, en “J.P.B.A.”, 105-72.

<sup>18</sup> C.C.C., Sala IV, “Caminos Garfunkel, M.”, del 19/11/98, en “J.P.B.A.”, 105-69.

<sup>19</sup> C.C.C., Sala V, “Aramela, J. L.”, del 29/8/97, en “J.P.B.A.”, 105-70.

<sup>20</sup> C.C.C., Sala V, “Sanabria, M. A.”, del 1/7/97, en “J.P.B.A.”, 105-68.

<sup>21</sup> C.C.C., Sala VI, “Auscarrriaga, M.”, del 21/5/98, en “J.P.B.A.”, 103-51.

<sup>22</sup> T.O.C. n° 3, “Ospina Mau, M. A.”, del 20/2/98, en “J.P.B.A.”, 107-57.

—el contagio del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)— en un caso en que el agente exhibió el cubierto a la víctima acercándolo a su rostro, junto con su mano ya herida, y el deleznable anuncio de que le inocularía la sangre infectada<sup>23</sup>, y en otro en que el instrumento fue una jeringa cargada con sangre, mientras se anunciaba a la víctima la transmisión de la misma enfermedad<sup>24</sup>.

Se descartó, en cambio, al alicate en un caso en que la víctima no se amedrentó por su portación<sup>25</sup>; la llamada “pistola plástica réplica” que dispara pelotitas de material plástico<sup>26</sup>; el uso de un arma de juguete<sup>27</sup>.

Cuando el robo es perpetrado mediante un arma de guerra, la Cámara de Casación ha entendido que concurren materialmente la agravante del inciso 2º y el delito de tenencia de armas de ese tipo, que describe el artículo 189 bis del Código Penal, independiente de esta modalidad agravada y que exige un estudio objetivo y subjetivo propio a los efectos de su configuración<sup>28</sup>.

Muchas veces, el instrumento utilizado por el agente *simula ser un arma pero en realidad no lo es*. Tal, el empleo habitual en los robos de *las armas de juguete*, las que tienen distintos grados de imitación de las armas verdaderas. Ese empleo ha generado dos posturas interpretativas del correcto encuadre de la conducta: una que postula la aplicación del agravante, y otra que sostiene la adecuación del caso al robo con intimidación cuando este medio estaba incluido en la descripción del artículo 164.

La primera se funda en que, verdadera o no, es la imagen del arma lo que desprotege a la víctima, quien en el desarrollo del hecho no tiene aptitud para examinar la intrínseca eficacia del instrumento y cede su protección de la cosa ante esa imagen, que produce los efectos deseados por el agente.

La segunda, en cambio, se basa en que el fundamento de la agravante es el uso de un *arma* en el sentido estricto del térmi-

<sup>23</sup> C.C.C., Sala VII, “Irazusta, M.”, del 10/9/97, en “J.P.B.A.”, 105-67.

<sup>24</sup> C.C.C., Sala VII, “Utello, S. M.”, del 7/4/98, en “J.P.B.A.”, 102-71.

<sup>25</sup> C.C.C., Sala VI, “San Jines Vig, A. J.”, del 20/11/96, en “J.P.B.A.”, 102-

70.

<sup>26</sup> C.C.C., Sala VII, “Araujo, J.”, del 13/11/97, en “J.P.B.A.”, 102-72.

<sup>27</sup> T.O.C. n° 25, “Simonelli, R. A.”, del 22/8/96, en “J.P.B.A.”, 100-85.

<sup>28</sup> CNCas. Penal, Sala IV, “Salazar, R. F.”, del 20/2/98, en “J.P.B.A.”, 102-8.

no, pues la desprotección de la víctima ha de ser real y no sólo por ella imaginada, por muy fundada que sea la imagen, y el despliegue de los medios intimidatorios está reprimido ya severamente en la figura del robo.

Expresamos nuestra adhesión a esta última postura porque *quien emplea un arma de juguete intimida pero no usa arma*; su poder agresivo no está incrementado, y su tarea se ve facilitada por el efecto del temor infundido a la víctima, pero tal situación corresponde a la conducta del robo con violencia y no a la figura que estudiamos.

Profundamente esclarecedor es el análisis de algunos de los votos formulados en el plenario "Scioscia, Carlos A." de nuestra Cámara del Crimen <sup>29</sup>, que sentó la doctrina *de que encuadra en el concepto de arma de la agravante que se estudia el uso de una descargada, apta para disparar*.

El voto del doctor Ledesma pondera tres premisas:

a) *que la ley se refiere genéricamente a armas y no a armas de fuego*, por lo que, indudablemente, se ha agravado el delito sobre el contenido conceptual de "arma", considerada la locución, en términos generales, como el instrumento que aumenta el poder ofensivo e intimidatorio de una persona creando el correlativo peligro sobre la integridad física del atacado.

El significado de "arma" debe extraerse de su propia idoneidad como elemento material, ofensivo, vulnerante o contundente.

En cambio, no es arma la simulación de violencia armada o el instrumento que no es apto para lesionar de algún modo, como el revólver de juguete de material plástico, que sólo sirve para intimidar al menos subjetivamente a la víctima, como ocurre en el robo simple, pero que carece de poder contundente, como exige el esquema típico de la agravante, por lo que, a diferencia de ello, es arma un revólver auténtico descargado, aunque no sea apto para disparar;

b) *que el uso del arma es factor compulsivo e intimidatorio y no lesivo*. Por ello, debe existir empleo efectivo y no portación oculta, porque se sanciona en forma agravada el apoderamiento derivado del peligro corrido por la víctima ante el ostensible empleo de un instrumento contundente;

c) *que la ley no admite graduaciones sobre la peligrosidad del arma para individualizarla como tal*, por lo que se tiene en

<sup>29</sup> Del 10/12/76, en "J.A.", 1977-I-431.

cuenta la disminución notoria en las posibilidades de defensa de la víctima, a fin de que quede sometida a la voluntad de quien la esgrime.

Ponderando los mismos aspectos y llegando a idéntica conclusión, el voto del doctor Scimé señala que es muy difícil que la víctima enfrente a una persona con su brazo armado y, menos aún, pueda calcular si tiene proyectiles, tratándose de un objeto cuyo poder ofensivo es harto conocido en el medio social y eminentemente temido.

Por otra parte, considera que el arma propia puede ser empleada como arma impropia eventualmente y cuando el asaltado, por intrepidez, enfrenta al asaltante podrá utilizarla como arma impropia y así no ha dejado de ser arma. Asimismo, el atacado no puede entrar a discernir si el arma está o no cargada, sino que la ve y siente el efecto invencible que provoca su exhibición y que en manos de otro puede destruir su vida.

El voto del doctor Gómez reflexiona acerca de las más graves situaciones de peligro en que se coloca a la víctima en supuestos en que no se han empleado armas —mujer-arrastrada desde un tren en marcha junto con la cartera que se le pretendió arrebatar; víctima sometida al boxeador experto o intimidada por dos sujetos de similar poder físico— para concluir que el fundamento de la agravante no es el peligro para la vida o integridad de las personas, riesgo que caracteriza todas las acciones constitutivas de robo, sino que debe encontrarse *en la magnitud del factor intimidante*, ya que el arma obra en función de una mayor cantidad de amenaza para la víctima.

Los sabios votos de la minoría han evaluado otros fundamentos para la agravante.

Así, el doctor Díaz Reynolds señala que el efecto intimidatorio es el que la ley represiva ha tenido en cuenta para llevar el apoderamiento del hurto al robo simple no debiéndose encontrar la solución en una diferencia cuantitativa, y el empleo de un arma descargada, aun como objeto contundente, no crea una situación de real peligro que justifique el agravamiento del delito perpetrado en esas condiciones.

El del doctor García Berro considera la pluralidad de bienes jurídicos que la conducta daña o pone en peligro, entendiendo que en el caso de esta figura agravada son tanto la propiedad como la vida o integridad física de la víctima, por lo que la razón que el legislador debió haber tenido en miras era el daño a la propiedad acompañado de dicho peligro.

Por otra parte, pondera que, tratándose de un delito doloso, el conocimiento del sujeto activo debe abarcar todos los elementos del tipo legal correspondiente, por lo que el medio de que se vale debe ser no sólo un arma para la víctima sino también para él.

La doctrina del plenario "Scioscia" fue derogada por la del plenario "Costas" de octubre de 1986<sup>30</sup>.

A diez años de vigencia de aquel plenario, el tribunal fue nuevamente convocado, a instancias de los integrantes de la Sala III, cuya opinión era disidente con la doctrina sentada teniendo en cuenta la modificación casi total de la composición del tribunal.

La doctrina del nuevo pronunciamiento —*el uso de un arma descargada apta para disparar no califica el uso*— coincide con la postura a la que adherimos desde la primera edición de esta obra y que hoy reiteramos.

El voto del doctor Bonorino Peró sostuvo: "...injusto me parece castigar con la misma pena al delincuente que agravia a la sociedad dispuesto a matar, a aquel que sólo lo hace con un poder que aunque intimidatorio resulta inocuo... el fundamento de la calificante se halla, no tanto en la amedrentación que se pueda hacer objeto a la víctima a través de la presencia del arma, sino... en la posibilidad real de un riesgo para su integridad física o en su propia vida...".

Con cita en el debate legislativo que precedió a la sanción de la ley 20.642, a la Exposición de Motivos de ésta y a los antecedentes de la legislación nacional, el doctor Madueño afirmó que la línea de pensamiento del legislador "...está enderezada a contemplar las razones del agravamiento en la situación de peligro e indefensión por la que transita la víctima ante la posibilidad de que el arma sea utilizada en el transcurso de la acción, y por el poder vulnerante que surge de su propia naturaleza...".

Muy lógicas razones fundamentan el voto del doctor Ouviña, quien afirmó: "...la aplicación del tipo calificado al robo cometido con un arma descargada, se aparta de la concreta prueba de un dato de la realidad..." y ese dato, sostuvo, no puede ser sustituido por una presunción ni por una subjetivización distorsionada

<sup>30</sup> CNCrim. y Correc., en pleno, "Costas, Héctor y otro", del 15/10/86, en "L.L.", 1986-E-376.



del caso que a menudo se apoya unas veces en el temor de la víctima que, al ver un arma, la supone cargada, y otras, en la mayor peligrosidad que revela el ladrón.

Así plantea hipótesis en las cuales estos supuestos no existan. En este orden, señala certeramente: "...El dolo no puede construirse sobre un dato objetivo inexistente —arma de fuego descargada—, y tal imposibilidad no puede sustituirse con el temor de la víctima, por mayor y por más respetable que se lo considere. La medida jurídica de esa intimidación no es la arbitraria aplicación de un tipo penal que se adecua, ni objetiva ni subjetivamente, a la conducta del agente.

La repercusión de este injusto padecimiento del damnificado también tiene cabida en la sabia previsión del legislador, pues el mismo artículo 41 en su inciso 1° ha señalado los efectos que debe tener la consideración de los medios empleados para la ejecución del delito, y la extensión del peligro corrido en cada ocasión..."

En la postura de la minoría se destaca el voto de la doctora Catucci, quien sostuvo: "De no interpretarse que una pistola descargada —aun independientemente de su aptitud o no para disparar— pueda ser considerada «arma» se llegaría al absurdo de que mientras un arma «impropia», una tijera, por ejemplo, sería siempre «arma» en los términos del artículo 166, inciso 2°, del Código Penal; la propia cuando fuera usada como impropia perdería tal condición..."

Sin embargo, el reconocimiento a la reflexión a que invita el argumento discrepante, no impide ponderar que el arma impropia de su ejemplo puede aumentar el poder ofensivo de quien la esgrime y hacerlo en su específica función, como no puede hacerlo, en cambio, el arma destinada a disparar, al estar descargada.

Por fin, el rigor analítico del voto del doctor Tozzini, en las aguas del ya glosado del doctor Ouviaña, debe hacernos meditar en el acierto de la tesis que el plenario impuso. Dijo así: "...dolo de hecho es la voluntad de realizar la conducta prohibida en el tipo, con conocimiento actual de las circunstancias objetivas de tal hecho prohibido. Por tanto, el agente que comete un robo con un arma que sabe descargada, está evidenciando una voluntad de ejercer una mera violencia física sobre la víctima —tipificante del robo simple—, todo lo contrario a querer robar con un «arma»".

En cambio, la Cámara Penal de Rosario ha dictado una decisión plenaria consagratoria del principio de que la utilización de arma de fuego sin balas configura la calificante del artículo 166, inciso 2°<sup>31</sup>.

Esta doctrina ha sido seguida por otros tribunales del interior.

Así, la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos ha declarado que el sujeto pasivo no está en condiciones de determinar o suponer que el arma con que se lo intimida está o no cargada y que la circunstancia, ignorada por la víctima, de no tener carga de proyectiles, ni estar el arma en condiciones de funcionamiento, deja intacto su poder intimidatorio<sup>32</sup>.

Las ideas vertidas resultan esclarecedoras para considerar el problema que plantea el empleo de arma de juguete.

Sin embargo, profunda es la divergencia jurisprudencial sobre el tema<sup>33</sup>.

Las decisiones que han resuelto negativamente el encuadre en la agravante han ponderado, por una parte, que un arma de juguete, aun aparentando ser real por su similitud con la verdadera, no deja de ser tal —juguete—; pues si el arma no es verdadera, conceptualmente no es arma; por otra, que no es apta para ser utilizada como “arma impropia”, aunque se haya intimidado a la víctima y logrado con la exhibición del juguete la entrega de la cosa<sup>34</sup>.

No menos divergente es la jurisprudencia relativa al uso del *arma impropia*, es decir, *las que no fueron construidas específicamente para el ataque o defensa de las personas, sino las transformadas en arma por el empleo que se ha hecho de ellas*.

<sup>31</sup> “Moglia, Jorge y otros”, del 11/4/80.

<sup>32</sup> “Salazar, Juan E.”, del 13/6/80, en “J.A.”, 1980-IV-497.

<sup>33</sup> La C.C.C., Sala Especial de Cámara, estableció que no encuadra en la agravante en causa “Domínguez, Abelardo y otros”, del 30/4/76, c. 6091; que debe considerarse configurado sólo el artículo 164, inciso 2°, entendió la Sala de Feria en causa “Corral, Marta Susana”, del 18/1/77, c. 90, con cita de la causa “Vigil, M. A.”, de la Sala Especial de la Cámara del 27/2/70.

<sup>34</sup> C.C.C., Sala V, “Figueyra, Américo”, del 9/9/77, en “J.A.”, 1980-I-169; respecto del arma de utilería la Sala V resolvió en el mismo sentido, con voto del Dr. Almeyra, que citó el caso precedente, en “Hermida, Pablug”, del 10/11/78, en “J.A.”, 1980-II-594. En el mismo sentido, la S.C. de Bs. As., “Arteazaran, Carlos María”, del 20/11/79, en “J.A.”, 1980-II, síntesis.

El poder vulnerante y la eficacia intimidatoria han sido ponderados para considerar robo agravado al cometido con el empleo de un destornillador<sup>35</sup> y para no encuadrar en la agravante el uso de una pequeña pinza, dado el modo como fue utilizada, ya que no disminuyó las posibilidades de defensa porque, al estar la víctima de espaldas, no pudo ser intimidada por su visión<sup>36</sup>.

*El uso de arma de funcionamiento anormal* ha sido excluido de la agravante por entenderse que ésta no se asienta en la mayor capacidad para intimidar sino en la real situación de peligro que sufre la propia víctima y que el *plenario "Scioscia"*—cuando estuvo vigente— *se limitó al caso del arma descargada apta para el disparo*<sup>37</sup>.

También se ha entendido que la ley penal atiende, para agravar el robo, al peligro real que para la integridad física de otra persona importa la utilización de un arma y no al hecho de que los elementos utilizados sean armas en el concepto vulgar y surtan, por ello, efecto intimidatorio en las víctimas, pues dicho efecto, facilitador del despojo, hace que el desapoderamiento constituya un robo, pero no basta para estructurar el tipo penal calificado del artículo 166, inciso 2º<sup>38</sup>.

Pero en otros casos se ha consagrado que *es arma* la que en el momento de su uso era inepta<sup>39</sup> y que el uso de *toda arma* agrava el robo porque la norma penal no distingue las condiciones que debe revestir el objeto que gramaticalmente se ha denominado arma<sup>40</sup>.

El uso del arma impropia, como tal, ha sido un matiz especialmente evaluado.

<sup>35</sup> C.C.C., Sala VI, "García, Ricardo", c. 6891, del 13/2/81.

<sup>36</sup> C.C.C., Sala VI, "Ávila, M. J.", c. 7513, del 11/9/81.

<sup>37</sup> C.C.C., Sala V, "Giancaglini, Miguel A.", del 16/5/80. El voto del doctor Madueño citó la causa 10.390, "Sánchez, Jorge M.", del 25/7/78, y sus citas; "Tebes", del 7/2/78, en "J.A.", 1979-IV, índice 120-5; "Almada, M. A.", del 3/7/79; el voto, en el mismo sentido, del doctor Almeyra citó: "Figueyra, Américo", del 9/9/77, en "J.A.", del 16/1/80, fallo 29.061 y concordantes puntos de vista en la S.C. Bs. As., año X, t. 39, pág. 6, fallos 7732 y 7733 y en otros tribunales del interior (Cám. 3ª Crim. Córdoba, en "J.P.B.A.", año X, t. 39, fallo 7750).

<sup>38</sup> T.S. Córdoba, Sala Penal, "Avendaño, Gregorio B. y otros", del 15/2/79, en "J.A.", 1980-II, síntesis. También "Utrilla, Jorge A. y otros", del 28/2/77, en "J.A.", 1977-III-432. En el mismo sentido, S.C. Bs. As., "Cejas, Felipe M. y otros", del 19/9/78, en "J.A.", 1979-IV-470.

<sup>39</sup> C.C.C., Sala III, "Bertolini, Luis", c. 14.594, del 25/9/81.

<sup>40</sup> C.C.C., Sala IV, "Estratti, Juan", c. 25.731, del 4/9/81.

Se ha declarado que un revólver que no se encuentra en condiciones de ser accionado no es un arma porque carece de la aptitud necesaria para cumplir el fin para el que fue fabricado y que, *si no se empleó como arma impropia*, no ha aumentado real y objetivamente el poder agresivo del ladrón, pues el solo poder intimidante es el que transforma el hurto en robo, pero no da al medio empleado el carácter de arma requerida por el tipo legal calificado <sup>41</sup>.

Si el arma descargada o inepta no fue esgrimida para agredir a la víctima del atraco, el robo no se considera calificado conforme a tal criterio <sup>42</sup>.

### *b) Noción de despoblado.*

Es, según su acepción estricta, “desierto, forma o sitio no poblado, y, especialmente, el que en otro tiempo ha tenido población”.

La estrictez idiomática que corresponde a esta noción no es la que concilia con el significado de la agravante.

Debe considerarse que la característica del lugar ha de ser *la carencia de la posibilidad de apoyo de personas en el momento determinado en que la acción se lleva a cabo*.

El más poblado de los sitios se puede convertir en despoblado a ciertas horas o en cierta época.

Precisamente, tal carencia es la que el agente aprovecha para el ejercicio de su actividad, facilitada, de esa manera, con la mayor garantía a su propia impunidad y la más intensa indefensión de la víctima.

Así, se ha entendido que, como concepto legal, es objetivo, y que impone, como extremo, que el suceso acontezca en un lugar donde no hay población, tomando este término en el sentido de ciudad, villa o aldea; no supone, en cambio, descampado, porque la calificante está determinada en función de que el sujeto activo obre aprovechando la soledad del lugar de que se trate <sup>43</sup> en la disminución de las posibilidades de defensa,

<sup>41</sup> T.S. Córdoba, Sala Penal, “Oliva, Marcelo R. y otro”, del 19/11/76, en “J.A.”, 1977-III-496.

<sup>42</sup> C.Penal Santa Fe, Sala I, “Valdez, Rodolfo A.”, del 14/11/75, en “J.A.”, 1977-II, síntesis, y “Acosta, Juan A. y otros”, del 19/11/76, en “J.A.”, 1977-IV-571.

<sup>43</sup> C.Penal Santa Fe, Sala I, “Méndez, Miguel P. y otros”, del 18/12/78, en “J.A.”, 1980-I-26.

derivada de la dificultad de recibir auxilio inmediatamente, criterio que no se somete a reglas fijas ni puede medirse con patrones determinados, no enervando la calidad de "despoblado" el hecho de que alrededor del lugar se encuentren viviendas, pues, de todas maneras, el auxilio de la víctima por terceras personas se torna dificultoso <sup>44</sup>.

Resulta insoslayable señalar los inconvenientes prácticos de aplicación de la agravante, tradicional entre las calificaciones del robo a través de los ordenamientos penales que desde el Derecho Romano reprimían más severamente a los ladrones de los caminos.

Estas razones movieron a los autores de la ley 17.567 a suprimir esta agravante combinada con la de la banda.

### c) *Noción de banda.*

Conforme a su estricta acepción, es la "porción de gente armada".

El número mínimo de integrantes requerido está pacíficamente establecido en *tres*, pues nunca la comisión por más de dos personas se podría haber expresado a través del término "banda".

Los integrantes de la banda deben "tomar parte" en el hecho, cualquiera sea la tarea que ejecuten, habiéndose considerado que deben haberse encontrado en la escena del delito, con una subjetiva integración al grupo y habiendo querido el resultado como obra propia <sup>45</sup>.

Dos corrientes interpretativas pueden ser distinguidas: la que identifica el concepto de "banda" de la agravante con los requisitos de la reunión de tres o más personas que configura la asociación ilícita, y la que considera distintos los elementos conceptuales de cada una de esas nociones.

La primera, que entiende que para la procedencia de la calificante que estudiamos debe concurrir el designio de perpetrar delitos indeterminados y el carácter permanente de la sociedad, se apoya en los antecedentes histórico-legislativos que han

<sup>44</sup> Sup. Trib. Just. Chubut, "Miola, Raúl P. y otro", del 6/3/75, en "J.A.", 1976-II-87. En el caso, el desapoderamiento se consumó en las afueras de Trelew, sobre la ruta nacional n° 3.

<sup>45</sup> C.C.C., Sala de Cámara, "Iglesias, Mario E. y otros", del 5/12/75, en "J.A.", 1976-IV-78.

equiparado el concepto de banda con el del tipo legal descrito por el artículo 210, único que describe una asociación ilícita <sup>46</sup>.

Conforme a esta postura se incriminaría la asociación de los ejecutores en una banda <sup>47</sup>, ponderándose la técnica correcta de interpretación de la ley penal conforme a la cual, si una palabra tiene una acepción técnica y otra vulgar, prevalece la primera sobre la segunda <sup>48</sup>.

Estos desarrollos argumentales han estado rigiendo permanentemente la interpretación del concepto "banda" en algunos tribunales superiores del país, como la Suprema Corte de Buenos Aires <sup>49</sup>.

La segunda se apoya en que las exigencias de la agravante se agotan en la concurrencia de tres o más personas con acuerdo, aun circunstancial, para robar, y convergencia intencional hacia ese resultado apetecido <sup>50</sup>.

Se ha fundado en el hecho de que sólo tienen carácter de interpretación auténtica contextual las disposiciones expresamente destinadas a delimitar los significados de conceptos empleados por la ley, como en los casos de los artículos 77 y 78 del Código Penal y no aquellos destinados a tipificar conductas en particular; que no debe concederse desmesurado valor a la voluntad del legislador de 1921; que el empleo de las expresiones diferentes, *asociación ilícita* y *banda*, resultaría indicativo de conceptos también distintos <sup>51</sup>.

El análisis de dos fallos plenarios de la Cámara del Crimen de la Capital señala la evolución de una jurisprudencia inter-

<sup>46</sup> Conf. Gómez, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, pág. 149.

<sup>47</sup> Conf. Núñez, *Derecho...* cit., t. V, pág. 235; autor que se apoya en la interpretación de la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores, revisora del Proyecto de 1917 de la Cámara de Diputados, en que expresamente se lee: "La Comisión... cree que, a fin de evitar repeticiones, podría suprimirse del artículo 78 la definición de banda en razón de que está con toda precisión en el artículo 210 del Proyecto...".

<sup>48</sup> Soler, *Derecho...* cit., 1968, t. IV, págs. 283/86.

<sup>49</sup> S.C. Bs. As., "Barreyro, Jorge S. y otros", del 15/7/75, en "J.A.", 1976-III-111, en que se citaron los precedentes de ese tribunal, como también C.A. en lo C. de Tucumán, en "L.L.", 85-103; C.A. de Rosario, en "Jurisprudencia de Santa Fe", 17-93, entre otros.

<sup>50</sup> C.Penal de Santa Fe, Sala II, "Vázquez, Miguel J. y otros", del 20/11/76, en "J.A.", 1977-II-289.

<sup>51</sup> C.Penal de Santa Fe, "López, Juan A.", del 6/10/75, en "J.A.", 1976-III-186, en que es ilustrativo el erudito voto del doctor Creus.

pretativa del concepto de *banda*, tan erudita como sincera en el replanteamiento de los mismos interrogantes y en la necesaria rectificación de las posturas.

La doctrina del plenario "Mouzo", del 28 de julio de 1944, declaraba que para que la banda funcione como calificante de los delitos de robo y de daño, debe reunir los elementos de la asociación ilícita o banda del artículo 210 del Código Penal <sup>52</sup>.

Fundados en la interpretación histórica del precepto, los votos de la mayoría llegaban a la conclusión de la paridad entre ambos conceptos, que también sentaban criterios sistemáticos y lógicos de interpretación: en el artículo 210 se describe un delito que por los términos del texto se ha denominado de "asociación ilícita o banda", lo que hace indiferente el empleo de una u otra denominación, por lo que nada hace sospechar que, en el caso de las calificantes del robo o del daño, se hubiera querido dar un alcance diferente al vocablo.

Tal fue la jurisprudencia obligatoria de la Cámara y de los tribunales inferiores de la Capital hasta que el plenario "Coronel, R. A.", del 7 de junio de 1963, reemplazó esa doctrina por la que establecía que, a los fines de la aplicación de las agravantes en los delitos de robo y de daño, es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte en la "ejecución del hecho" —empleada esta expresión en el sentido del artículo 45 del mismo Código— sin necesidad de que tales partícipes integren, a su vez, una asociación ilícita de las que describe el artículo 210 del citado texto legal <sup>53</sup>.

El voto mayoritario del doctor Cabral entendió que la doctrina del plenario "Mouzo" partía del error de entender que el artículo 210 del Código Penal define lo que es "banda", cuando define otra cosa, lo que es asociación ilícita, como "asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos", con lo que no ha excluido la posible existencia de una banda destinada a cometer un solo delito que, señala, si se hubiera mantenido el primitivo texto del artículo 78, que rezaba: "se entiende por banda la asociación de dos o más individuos para cometer delitos indeterminados", el concepto de banda en las agravantes del robo y del daño no hubiera admitido otra interpretación posible.

<sup>52</sup> "Fallos Plenarios de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal", t. I, pág. 86.

<sup>53</sup> "Fallos Plenarios..." cit., t. I, pág. 102.

Pondera, asimismo, que si banda y asociación ilícita quisieran decir lo mismo, significaría que serían delitos complejos, es decir, contruidos sobre la reunión de dos o más figuras delictivas autónomas, y en esa clase de delitos las figuras que los integran son absorbidas por el tipo complejo.

El voto del doctor Ure, que en el plenario "Mouzo" había sostenido la paridad de los conceptos, destaca que el estudio de numerosos casos lo convenció de que ese criterio no respondía a las necesidades de la realidad social, llegando a la solución contraria.

Así, pondera que la concurrencia de tres o más personas en la ejecución del hecho, mengua la defensa privada, infunde mayor temor a las víctimas y el atentado se vuelve más odioso y fácil, siempre que el concurso de personas sea simultáneo en el momento del hecho, y que tal es el verdadero significado de la agravante.

El voto del doctor Prats Cardona destaca la necesidad de que el concepto "banda" se tome en el claro sentido semántico que el propio lenguaje común le acuerda y surge de las fuentes tradicionales: refiere al hecho de perpetrarse el robo o el daño por una pluralidad de sujetos, cuyo número mínimo señala, precisamente, el artículo 210 del mismo Código, pero sin que ello importe identificarla con la asociación ilícita que como figura autónoma sanciona el mencionado dispositivo desde que si ésta supone siempre una "banda", no toda banda alcanza, en cambio, a constituir una asociación ilícita.

De ese modo, la tarea revisora e interpretativa de la jurisprudencia plenaria había reemplazado el criterio de la equiparación entre los dos conceptos, por el que afirmaba su diferencia, con lo cual la noción de banda se ensanchaba.

Está dividida la jurisprudencia de nuestra Cámara del Crimen respecto de la vigencia del plenario "Coronel".

Así, por una parte, se ha sostenido que al haberse sancionado el decreto-ley 4778/63 después del dictado del plenario "Coronel", la doctrina de éste perdió su fuerza obligatoria, aunque el texto legal que el mencionado plenario interpretaba haya recuperado luego su vigencia al derogar la ley 16.648 a las disposiciones de aquel decreto-ley 4778<sup>54</sup>.

Se ha dicho también, en esta línea de argumentos, que desde la sanción de la ley 21.338, que hizo regir la calificante del

<sup>54</sup> C.C.C., Sala V, "Martínez, Sergio A.", del 31/8/81, c. 14.141.



concurso de tres o más personas —en función del inciso 9° que ésta había incorporado al artículo 163— independientemente de la “banda”, recobró vigencia la necesidad de identificar los conceptos de “banda” y “asociación ilícita” por la necesidad de distinguir en forma nítida el significado de ambas clases de agravantes y porque así lo impone también la armonía lógica entre el artículo 210 y aquellos tipos que incluyen a la banda como uno de sus extremos objetivos <sup>55</sup>.

Por el contrario, también se declaró durante la vigencia de la ley 21.338 que las modificaciones que ésta introdujo no llegaban a descartar la aplicación del plenario “Coronel”, polémica que en este momento carece de rigurosa actualidad, aunque no debe ser olvidada para una eventual y futura reforma.

Se declaró después que “nada se opone a que no por la fuerza vinculante sino por la fuerza convictiva de las razones dogmáticas explicitadas en el mismo se aplique la misma solución jurídica que en el fallo plenario se arbitró” y así resolvióse en causa “García Heredia”, del 22/4/86, con el voto mayoritario del doctor Rivarola a quien pertenecen estas palabras (“Doctrina Judicial”, t. 1987-1, pág. 953).

Se ha concebido como integrada a la banda con la participación de un menor en calidad de “campana” por entenderse que su aporte reviste el carácter de participación primaria, dada la seguridad que su actuación representa para los autores materiales <sup>56</sup>.

La “banda” ha sido jurisprudencialmente definida por la Cámara de Casación Penal como “conjunto de personas que en ciertos delitos asume por sí sola una especial gravedad que la ley debe computar en contra del delincuente por la mayor magnitud del peligro que implica esa participación conjunta

<sup>55</sup> C.C.C., Sala VII, “Luna, Abel”, del 28/7/81, c. 1049. Acorde con estas ideas, dicha Sala, en el mencionado caso y también en el caso “Bence, Juan”, del 16/9/81, c. 1106, con cita del caso “Luna” y del caso “Martínez, Sergio” de la Sala V, resolvió que la reunión de tres o más personas en la perpetración del robo no habilita para considerar que se trata de la banda prevista por el artículo 167, inciso 2°, pues debe revestir las inequívocas características de la asociación ilícita, debiendo, en cambio, encuadrarse la actividad en el inciso 4° del mismo artículo 167 —en función del artículo 163, inciso 9°—, pues el robo se cometió con la intervención *lisa y llana* de tres o más individuos.

<sup>56</sup> C.C.C., Sala de Cámara, “Alfaro, Julio F. y otros”, del 13/3/76, en “J.A.”, 1977-I, síntesis.

para los bienes jurídicos en juego, aumentando así el contenido del injusto”<sup>57</sup>.

El plenario “Cejas” de la Cámara del Crimen<sup>58</sup> sentó la doctrina de que es aplicable la agravante de la banda aun cuando se emplee fuerza sobre las cosas y sin la presencia del sujeto pasivo al tiempo de la comisión.

Los votos de la mayoría se asentaron, por una parte, en que la razón de ser de la agravante es el mayor peligro que suscita el número de intervinientes y consecuente vulnerabilidad del bien jurídico.

Por otra, en el hecho de que en los tipos agravados deben estar presentes los elementos constitutivos del tipo básico, resultando indiscutible, en el caso del robo simple, que resulta intrascendente que el apoderamiento se lleve a cabo por fuerza en las cosas o por violencia física en las personas.

El voto del doctor Tozzini incorporó interesantes reflexiones sobre la inevitable intervención de las bandas en hechos que, como el de los “boqueteros” —que construyeron un túnel de cincuenta metros de longitud bajo la calle hasta llegar a la bóveda de un banco— serían inconcebibles sin la existencia de estas organizaciones.

El voto de la minoría, representado por la solitaria postura del doctor Navarro, se fundó, en cambio, en que el sustento de la agravación reside en el peligro para la integridad física o la vida de la víctima, que no existe en los casos en que la actividad de los autores se limita a ejercer fuerza en las cosas.

Igual doctrina, y carente de nuevas alternativas, sentó unos meses después el plenario “Haedo” de la misma Cámara<sup>59</sup>.

Un tribunal oral condenó como coautor de robo en poblado y en banda a quien, junto con otros dos sujetos, actuó conforme a un plan preconcebido, señalando a la víctima y dirigiendo el accionar de los demás indicando que le pegaran a aquélla.

Ello porque la comisión del robo por tres o más personas es coautoría aunque se trate de una mera presencia expectante y alerta para vencer cualquier escollo en orden al logro del obje-

<sup>57</sup> CNCas. Penal, Sala IV, voto del doctor Hornos en la causa “Beart Carrasco, Juan S. y otros”, en “J.P.B.A.”, 98-12.

<sup>58</sup> C.C.C., *en pleno*, “Cejas, W. A.”, del 18/11/97, en “J.P.B.A.”, t. 100, págs. 183 y sigs.

<sup>59</sup> C.C.C., *en pleno*, “Haedo, C. O.”, del 20/3/98, en “J.P.B.A.”, 105-73.

tivo ilícito común, ya que no rige el principio de la accesoriedad que gobierna la participación criminal <sup>60</sup>.

La integración de la banda con inimputables no enerva la existencia de ésta en el sentido de la agravante pues su irresponsabilidad penal se debe a la falta de culpabilidad, mas no de intervención en el hecho <sup>61</sup>.

<sup>60</sup> T.O.C. n° 4, "Palacio, R. O.", del 1/4/98, en "J.P.B.A.", 104-66. En forma contraria se pronunció la Sala VII en "Pascal, M. R.", del 21/4/98, en "J.P.B.A.", 104-58.

<sup>61</sup> C.C.C., Sala I, "Monzón, R. O.", del 26/2/97, en "J.P.B.A.", 104-59, y T.O.C. n° 25, causa 354, del 24/2/98, en "J.P.B.A.", 103-67; C.C.C., Sala I, "Lettieri, G.", del 12/3/98, en "J.P.B.A.", 106-84. También C.C.C., Sala VI, "Zarza, D. S.", del 24/2/98, aunque con la disidencia del doctor Elbert, quien sostuvo que una de las notas típicas de la banda es la imputabilidad y libertad de decisión de quienes aparecen integrándola. En "J.P.B.A.", 106-82.

## D) ROBO EN LUGAR POBLADO Y EN BANDA

### 1. Descripción legal de la conducta.

El inciso 2° del artículo 167 del Código Penal califica el robo perpetrado “en lugares poblados y en banda”.

### 2. Fundamento de la mayor tutela penal.

Si bien la presencia de la banda disminuye la aptitud de defensa de la víctima y esa mayor desprotección de los bienes daría a esta agravante el mismo fundamento de la anterior, a ello debe agregarse la peligrosidad revelada por quienes obran en lugar poblado, agrupados frente a una resistencia eventual de quienes auxiliaren a la víctima.

### 3. Elementos objetivos del tipo legal.

#### *a) Noción de lugares poblados.*

Ha de entenderse por tal todo sitio en el que la víctima pueda contar con el apoyo eventual y previsible de otras personas.

No es necesario que pueda calificarse como villa, villorrio o ciudadela. Es suficiente que por sus características en el momento del hecho pudiera haberse contado con ese auxilio.

Gravita, *a contrario sensu*, la noción ya expuesta de “despoblado”.

#### *b) Noción de banda.*

Corresponde efectuar una remisión a las consideraciones formuladas en el apartado anterior al estudiarse el delito de robo en despoblado y en banda.

**c) *Concurrencia de los requisitos de "lugar poblado" y de "banda".***

Como en la agravante estudiada precedentemente, los dos elementos deben concurrir en el caso en forma absolutamente contemporánea. La existencia de uno solo de ellos, o de ambos en forma sucesiva, determina el encuadre en la figura del robo simple.

## E) ROBO CON EFRACCIÓN

### 1. Descripción legal de la conducta.

Conforme a la letra del artículo 167 del Código Penal, en su inciso 3º, es robo calificado el cometido “con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas”.

Se ha señalado que la palabra “efracción” con que se designa a este robo, no pertenece a nuestro idioma, y con ella se designan ciertas formas específicas de fuerza en las cosas, que por su gravedad son puestas de resalto para tipificar un robo agravado<sup>62</sup>.

### 2. Fundamento de la mayor tutela penal.

La actividad del agente es particularmente atentatoria del derecho a la intimidad de la víctima, la que no sólo es despojada de la cosa, sino vulnerada en el recinto en que desarrolla su vida íntima. La fuerza propia de la figura del robo se ejerce en los límites del lugar que habita, del sitio donde proyecta su personalidad lejos de las miradas de terceros.

Esa agresión al ámbito de la residencia está fundamentando que la tutela penal sea más intensa para las cosas que en él se encuentran.

### 3. Elementos objetivos del tipo legal.

#### a) *Noción de perforación o fractura.*

Por “perforación” ha de entenderse la acción y el efecto de agujerear una cosa atravesándola totalmente o en algunas de sus capas, y por “fractura” la acción y el efecto de romper o quebrar con esfuerzo una cosa.

Se ha entendido que concurre la agravante cuando se corta, rompe, demuele, fuerza o destruye el medio defensivo destinado

<sup>62</sup> Eusebio Gómez, *Leyes penales anotadas*, t. III, pág. 98.

a ofrecer resistencia a la acción del sujeto activo, como cuando se arrancan los palos que formaban la pared de la vivienda provocando su rotura y dejando un boquete que permitió el acceso del ladrón <sup>63</sup>.

No es exigida una solidez particular de los medios defensivos, sino que ha de tratarse de cosas dotadas de alguna resistencia, que cierren o delimiten un ambiente y cumplan esa función de manera evidente e intencional <sup>64</sup>.

Se ha requerido sólo una *notoria estructura defensiva* —con un “*minimum*” de validez— en función de cierre o deslinde de un ambiente <sup>65</sup>.

**b) *Noción de pared, cerco, techo, piso, puerta o ventana.***

La tarea destructiva del agente deberá recaer sobre las partes enumeradas del recinto que constituyen, precisamente, sus delimitaciones físicas, los confines que reconoce en el espacio.

La actividad será encuadrada en la agravante aunque después de la destrucción se efectúe la penetración por el sitio naturalmente destinado al acceso.

La fuerza puede ejercerse sobre cualquiera de las partes que componen estos elementos <sup>66</sup>.

En un caso en que las víctimas habían dejado entreabierta la puerta para facilitar la circulación de aire colocando una cadena de seguridad con uno de los extremos sujeto al marco interior de madera y la fuerza ejercida por el autor produjo la rotura de este último, la Cámara Nacional de Casación Penal

<sup>63</sup> Sup. Trib. Just. Entre Ríos, Sala Penal, “Ojeda, Alejo y otro”, del 11/5/78, en “J.A.”, 1979-I-515. El voto del doctor Gemegnani cita a Manzini, quien formula los conceptos de “despedazar, destruir, desgarrar, vencer, romper, frangir, desmenuzar, cortar, doblar dañando, etc.”.

<sup>64</sup> Se calificó así el robo en que se rompió parte del vidrio que tenía una puerta (C.Penal de Santa Fe, Sala I, “González, Manuel”, del 30/12/74, en “J.A.”, 1976-II-43. Con cita de jurisprudencia de ese mismo Tribunal y de la S.C. Bs. As., del 9/9/59, en “J.A.”, 1959-III-165).

<sup>65</sup> C.C.C., Sala Especial de Cámara, “Madrado, Luis Alberto”, del 14/12/76, en c. 6475. En el caso se entendió que constituía agravante la fractura de los cristales de los locales, pero no se la aplicó por otras razones.

<sup>66</sup> Así se encuadró en la agravante la fuerza ejercida sobre la cerradura de la puerta (C.C.C., Sala VI, “Grisafi, José”, del 4/11/80, c. 6553).

señaló que el concepto jurídico de “puerta” es más amplio que el que cabe otorgarle gramaticalmente <sup>67</sup>.

Conforme a éste, es el armazón de madera, hierro u otro material semejante que cierra una abertura, pero la significación jurídica es extensiva a todos los elementos que esa armazón lleva incorporados o que lo protegen y que tienen como destino una función de defensa o resguardo de los lugares habitados o sus dependencias inmediatas, aumentando su invulnerabilidad.

Así, tanto el armazón como el sistema de cadena y los marcos y contramarcos a que aquél se halla adherido, conforman esa garantía de solidez y refugio que la ley tiene en cuenta en el tipo del robo agravado por efracción.

La Suprema Corte de Buenos Aires ha declarado, asimismo, que a los fines de esta agravante no es posible efectuar una separación conceptual entre el cerramiento en sí mismo y el elemento dispuesto para impedir que esa defensa se trasponga sin esfuerzo.

Y ante la alegación de que los vidrios traspuestos eran comunes y no blindados, el alto tribunal concibió como inadmisibles establecer que el concepto “fractura” se halle integrado por la calidad o cantidad de la fuerza ejercida, pues no sólo sería imposible cuantificarla sino que ello introduciría en el tipo un requisito no contemplado <sup>68</sup>.

Nuestra Cámara del Crimen ha declarado que el vidrio constituye el cuerpo material de una ventana, más allá de su fragilidad y, por lo tanto, representa una defensa colocada por su propietario para impedir la intromisión de extraños <sup>69</sup>.

### ***c) Noción de lugar habitado o sus dependencias inmediatas.***

Dentro del ordenamiento jurídico-penal existe una noción de “lugar” o “recinto habitado”, que es la que integra el tipo legal descriptivo de la violación de domicilio —artículo 150 del Código Penal— y es la misma noción que compone la figura en estudio.

<sup>67</sup> CNCas. Penal, Sala IV, “Rafasquino, E. J.”, del 30/9/98, en “J.P.B.A.”, 105-13.

<sup>68</sup> S.C.B.A., “Cousiño, R. A.”, del 15/7/97, en “J.P.B.A.”, 100-5.

<sup>69</sup> C.C.C., Sala VI, “Fonseca, R.”, del 10/4/97, en “J.P.B.A.”, 101-51.



Por tal ha de entenderse aquel que tenga el destino de servir para morada o albergue de las personas, aun cuando éstas no se hallaren en el momento de comisión del delito <sup>70</sup>.

Las casas destinadas a residencia temporaria, como las de veraneo, tienen esa función y finalidad, que no pueden enervarse por el hecho de que la habitación sea más o menos transitoria porque la agravante dependería de una circunstancia que podría también aplicarse a cualquier recinto destinado a habitación: la frecuencia de la estadía de sus moradores <sup>71</sup>.

Se ha sostenido la postura contraria sobre el argumento de que "lugar habitado" no es "lugar habitable" y si está permanentemente deshabitado no puede considerarse el que tuvo en cuenta la agravante que, al contrario, contempla el supuesto de las casas "permanentemente habitadas" y "ocasionalmente deshabitadas" <sup>72</sup>.

La noción de "dependencia" ha sido materia de exhaustiva elaboración doctrinaria y jurisprudencial en el análisis del tipo legal de la violación de domicilio a través de cuya descripción la ley penal extiende la tutela hasta las "dependencias" del recinto habitado.

"Dependencia" es la cosa accesoria de otra principal.

Resultan de relativa orientación las pautas doctrinarias y jurisprudenciales que han pretendido fijar ese concepto como elemento integrante del tipo legal de la violación de domicilio <sup>73</sup>.

Así, se ha declarado que son «dependencias» las que reúnen las condiciones mínimas para ser respetadas como la parte del edificio que más habitualmente ocupa el morador porque forman un todo con él" <sup>74</sup>.

Citando la doctrina de Groizard, se ha dicho que son dependencias "solamente aquellas partes que están destinadas a sa-

<sup>70</sup> C. Penal de Santa Fe, "Monnier o Mounier, Miguel A.", del 12/5/78, en "J.A.", 1979-II-634.

<sup>71</sup> En este sentido se ha pronunciado la S.C. Bs. As., fallo del 21/7/53, en "L.L.", 71-684; del 3/2/53, en "D.J.B.A.", 38-149; la C. Apel. Tucumán, del 14/10/55, en "J.A.", 1957-II-16.

<sup>72</sup> Del voto en disidencia del doctor Rodríguez Berca, en caso "Monnier o Mounier, Miguel A.", ya citado.

<sup>73</sup> Ver Laura T. A. Damianovich, *Evolución jurisprudencial del concepto penal del domicilio*, en "Rev. de Derecho Penal y Criminología", n° 4, octubre-diciembre 1969.

<sup>74</sup> C.C.C., "Steimberg, H.", del 6/6/59, en "J.A.", 1959-V-122.

tisfacer las necesidades, comodidades y esparcimientos de la vida doméstica; que se relacionan con la manera de vivir del dueño dentro del recinto de la casa habitada, de los límites materiales que constituyen el círculo propio de la defensa de su hogar..."<sup>75</sup>.

La subordinación a la actividad de la morada o establecimiento principal ha sido otro de los criterios formulados, como también la unidad determinada por el destino o utilidad.

Empero, la figura que ahora estudiamos restringe esa noción por cuanto limita la dependencia que puede ser escenario de la conducta, a las "inmediatas".

Se trata de un concepto para cuya determinación deben considerarse las características concretas de cada ámbito.

Si bien idiomáticamente es "inmediato" aquello contiguo o muy cercano a otra cosa, ello puede conjugarse de maneras muy distintas.

Se ha descartado la aplicación de la agravante cuando el robo se perpetró en local de comercio en el que no había sereno, ni estaba ligado o conexo a dependencias habitadas<sup>76</sup>.

Por ello ha de entenderse que la calidad de "inmediato" califica al recinto, pero primordialmente debe establecerse que ese recinto sea, en efecto, "dependencia", para lo cual tienen gravitación los criterios expuestos.

Cuando el hecho encuadra en dos agravantes diferentes, entendemos que deben aplicarse las reglas del concurso ideal<sup>77</sup>.

No es el criterio seguido por algunos tribunales, que han entendido que debe aplicarse el principio de especialidad para elegir uno<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> S.T. Santa Fe, "Quiroga, L.", del 29/10/47, en "L.L.", 48-663.

<sup>76</sup> C.C.C., Sala Especial de Cámara, "Machado, Luis Alberto", del 14/12/76, c. 6475.

<sup>77</sup> Coincidimos con el criterio expuesto por el doctor Chamot, en voto minoritario en el caso "Torrez, S. N.", resuelto por el T.O.C. n° 18, el 6/10/98, en "J.P.B.A.", 106-102. El voto mayoritario de las doctoras Cárcamo y Camiña entendió que el uso de armas desplaza a la agravante de la banda, sin que exista regla concursal entre ambas.

<sup>78</sup> C.C.C., Sala IV, "De León, C. A.", del 20/3/97, en "J.P.B.A.", 100-62. Se entendió que la modalidad elegida para lograr el ingreso es más amplia y adecuada ya que en ella el número de autores carece de relevancia.

## F) REMISIÓN A OTRAS AGRAVANTES

Las circunstancias que califican el delito de hurto, a través de los cinco incisos del artículo 163, es decir, la condición de ganado o la calidad campestre de los objetos; el aprovechamiento del desastre o del infortunio; el empleo de determinados medios, o el hecho de que se trate de una cosa mueble transportada, constituyen también agravantes del robo.

Esta calificación está dispuesta por el inciso 4° del artículo 167, correspondiendo remitirse a la interpretación efectuada de cada una en el capítulo pertinente.



## CAPÍTULO VI

### EL DELITO DE EXTORSIÓN

#### Introducción.

Diferentes conductas responden a la denominación legislativa y doctrinaria de “extorsión”, descritas en los artículos 168 a 171 del Código Penal.

La extorsión propiamente dicha, llamada también “común” o “genérica”, descrita por el artículo 168, párrafo primero, del Código Penal, consiste en obligar a otro a efectuar actos de entrega o depósito de cosa, valores o documentos productores de efectos jurídicos usando los medios descritos por el propio tipo legal.

Pero bajo esa misma denominación, tanto la ley como la doctrina agrupan también las siguientes conductas:

#### *a) Extorsión documentaria.*

Actividad consistente en obligar a otro a suscribir o destruir documentos crediticios por los mismos medios enumerados en el tipo básico o por medio de la violencia.

Por lo tanto, siendo la suscripción o destrucción de documentos de esa índole una mera forma de obtener el provecho patrimonial, del que son también variantes la entrega de cosas, dinero o documentos con efectos jurídicos, y debiendo el agente emplear los mismos medios ya previstos en aquel tipo básico con el probable agregado de la violencia, la conducta constituye una verdadera especie de la extorsión genérica; en términos más estrictos, figura legal frente a un delito-tipo.

**b) *Extorsión mediante amenaza de imputaciones al honor o violación de secretos.***

Verdadera especie de la extorsión genérica, pues a los elementos sustanciales de la descripción típica de ésta responde la actividad del agente, quien emplea fórmulas especiales de violencia moral para el ejercicio de su acción. Es la conducta descrita por el artículo 169 del Código Penal.

**c) *Extorsión mediante secuestro o secuestro extorsivo.***

Pretensión de obtener una ventaja patrimonial privando de su libertad a una persona. Es la conducta descrita por el artículo 170 del Código Penal respondiendo a una estructura típica absolutamente distinta y cuya ubicación metodológica entre los delitos contra la propiedad es tradicional, aunque resulta elocuente el doble daño inferido a los bienes jurídicos libertad y patrimonio.

**d) *Sustracción de cadáveres.***

Pretensión de pago por la devolución de un cadáver ilegítimamente sustraído, conducta subordinada también a una estructura típica distinta y que describe el artículo 171 del Código Penal.

Por lo tanto, aunque la llamada extorsión documentaria y mediante amenazas al honor o a la privacidad son verdaderas especies de la extorsión propiamente dicha, si se tiene en cuenta la constitución de las correspondientes descripciones típicas, pueden encontrarse notas comunes entre estas actividades y las del secuestro extorsivo y sustracción de cadáveres.

Al igual que en las anteriores, la prestación patrimonial es el resultado de una entrega de la víctima, quien obra coaccionada por el despliegue de la actividad del autor y pretendiendo que aquella entrega ponga fin a esta última.

En otras palabras, mediante cualquiera de estas conductas se obliga a otro a producir un provecho patrimonial para sí o para terceros, al que la víctima no estaba legítimamente obligada.

Siguiendo el ordenamiento legal vigente, se estudiará en forma independiente cada uno de los tipos legales precedentemente mencionados.

A) EXTORSIÓN PROPIAMENTE DICHA, EXTORSIÓN  
COMÚN O GENÉRICA

1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 168, párrafo primero, del Código Penal describe la conducta de quien, “con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos”.

Inalterable en la descripción típica desde la redacción del Código de 1921, sólo se han registrado variantes en la escala penal.

Debe reconocerse la bondad de un sistema en el que, como no ocurre en otras legislaciones, las figuras están nítidamente diferenciadas de las formas del robo.

También, a través de la evolución legislativa argentina se advierte cómo se ha superado la identificación con los delitos contra la libertad, con los que guarda estrecho vínculo como reflejo de un criterio ordenador que toma preponderantemente en cuenta el bien jurídico lesionado, salvo cuando el delito, que es, a su vez, medio comisivo, supere considerablemente la gravedad del que constituye su fin <sup>1</sup>.

Respecto a otros delitos contra la propiedad, debe tenerse presente que la *propia víctima realiza el desprendimiento patrimonial con una voluntad viciada por el temor* que le hace optar entre aquélla y el mal amenazado por el agente.

Así se diferencia del robo, aun en la forma en que se perpetra mediante intimidación en las personas, pues este medio *sólo facilita el apoderamiento, que es una conducta exclusivamente desarrollada por el sujeto activo*.

Se diferencia de la estafa, en la cual, a semejanza con la extorsión, *la víctima también es la realizadora de su desplazamiento patrimonial, pero no a raíz del temor sino del error producido por el engaño del agente*.

<sup>1</sup> Criterio de Carrara, invocado por Soler, en *Derecho...* cit., t. IV, 115, pág. 272.

Por ello, se ha declarado que para determinarlo es decisivo averiguar la situación que vivió el damnificado a fin de verificar si su voluntad se vio viciada por coacción o por error <sup>2</sup>.

El mal que anuncia el agente debe ser un daño y ofensa que *va a causar, lo que no equivale a la reparación por el daño y ofensa ya causados*.

De acuerdo con este criterio, se entendió que era atípica la exigencia que los directivos de un banco habían formulado a su cliente para que se rectificasen los informes erróneos suministrados por la entidad a las autoridades del Banco Central.

Éstos habían sido el motivo de la inhabilitación de aquél para ser titular de cuentas y operar en el mercado provocándole pérdida de crédito y consecuente ahogo financiero.

Se consideró que, cualesquiera que sean sus posteriores derivaciones perjudiciales, no se evidencia una amenaza futura y que pretender que una negociación se sujete a determinadas condiciones no constituye el daño.

Éste ya estaba causado porque, en caso de que se efectivizara la renuncia a las acciones, la entidad sólo se comprometía a comunicar sus errores y solicitar la rehabilitación, sin garantizar el resultado de la gestión <sup>3</sup>.

## 2. La acción. Momento consumativo.

La actividad típica se define con el verbo "obligar", es decir, mover o impulsar o hacer cumplir una cosa.

Por lo tanto, debe entenderse que el delito se consuma cuando la víctima *ha efectuado la actividad que el autor le ha impuesto*, cuando el uso de los medios descriptos en el tipo legal

<sup>2</sup> C.C.C., Sala I, "Lisa, Mario M.", del 27/8/76, en "J.A.", 1977-III-271. En el caso, el agente había dirigido una misiva que exigía a la víctima la entrega de dinero a cambio de hacerle saber la fecha en que se llevaría a cabo un supuesto secuestro de su hijo. Se calificó el hecho como estafa y no como extorsión porque el damnificado no debió actuar por temor sino por conveniencia pues decidió, por error, adquirir información.

<sup>3</sup> C.C.C., Sala VII, "Scheeps, D.", del 30/6/98, que confirmó el sobreseimiento dictado por el Juez de Instrucción en una decisión firme por cuanto la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal no abrió el recurso interpuesto por la querrela, en "J.P.B.A.", 106-56.



ha causado el efecto que era su finalidad orientadora y la prestación de la víctima puede reconocer, así, en el despliegue de aquéllos, a su causa determinante.

La actividad *no es intimidar o simular autoridad para obligar a determinada prestación sino obligar a ésta mediante la intimidación o simulación de la autoridad*. Y se perfecciona cuando el sujeto pasivo efectúa la prestación como acto unilateral, sin necesidad de que haya llegado al poder del sujeto activo o de quien éste hubiera designado como agente receptor, lo que supone un lapso cuando se trata de enviar, depositar o poner a disposición de otro.

En cambio, el uso de los medios típicos tendientes a obtener el provecho patrimonial de que se trate pero que no alcanza su finalidad orientadora, constituirá tentativa.

En la propia estructura de la acción plantéase, pues, el problema de la *idoneidad de los medios*, ya que la actividad incriminada consiste en lograr el efecto mediante su expreso uso, lo cual implica que los medios *hayan sido idóneos* por cuanto la imposición de prestaciones debidas por la víctima por otros medios: la intimación del ejercicio de acciones judiciales; la citación de profesionales; el envío de cobradores y cualesquiera otros que no sean los descriptos por el tipo legal, es perfectamente legítima.

Como todo delito de resultado, la relación causal entre la acción y el efecto típico debe tener una fluida configuración, lo que, a veces, complica el encuadre de ciertas conductas en el tipo legal que estudiamos, en los casos en que la víctima estaba legalmente obligada a actuar como el agente le impuso.

El pago de una deuda vencida mediante entrega de una suma de dinero o de un valor cualquiera, que el acreedor obtenga por intimidación, simulación de autoridad pública o falsa orden de ésta, configura el delito sin que obste a ello el hecho de que la víctima estuviera obligada a actuar como lo hizo. Pero *si la razón determinante de su entrega no fue la actividad del agente sino su propio deber legal, no podría afirmarse que se le obligó mediante el uso de aquellos medios*. Por lo tanto, la actividad no constituiría extorsión aunque aquel agente que ha intimidado a otro o ha simulado ser autoridad pública o portador de sus órdenes inexistentes puede haber cometido otros delitos con esas conductas. Si llega a acreditarse que la causa de la prestación fue la conciencia del deber por parte de la víctima

o el temor a las sanciones legales, y que el despliegue de los medios típicos existió sin haber obrado como causa, la conducta deberá ser atípica respecto a la extorsión.

A estas conclusiones no obsta la adopción de la teoría de la "*conditio sine qua non*" o de la "equivalencia de las condiciones" para resolver el problema de la causalidad, porque en la hipótesis planteada el uso de los medios intimidatorios no habría determinado a la víctima ni siquiera en una mínima medida.

El caso en que el intérprete debe apoyarse en una válida explicación del problema causal y la adopción de criterios diversos puede fundamentar soluciones distintas, es aquel en que la víctima obra, en parte, por la gravitación de sus deberes legales o por el temor a las sanciones del ordenamiento y, en parte, por el ejercicio de la actividad del agente. En tal supuesto, la teoría de la *conditio sine qua non*<sup>4</sup> haría concluir en la configuración del delito, ya que, suprimida la actividad del agente, la presión ejercida en su ánimo por la existencia de las sanciones legales, tal vez no hubiera sido suficiente para determinar su prestación. En cambio, conforme a las teorías individualizadoras deberá establecerse cuál fue la verdadera causa de la actividad patrimonial desarrollada por la víctima.

En síntesis, deben distinguirse las siguientes situaciones:

a) *cuando la víctima no estaba legítimamente obligada a efectuar la prestación*, caso en el que sólo deberá establecerse si la actividad del agente la provocó, indagándose la causalidad como se hace en cualquier delito de resultado;

b) *cuando la víctima estaba legalmente obligada a efectuar la prestación y la realizó en virtud de ese deber legal, aunque contemporáneamente el agente hubiera desplegado los medios descriptos por el tipo legal* que estudiamos. En este caso, no se configura extorsión pero debe analizarse si el empleo de esos medios no constituye otro delito;

<sup>4</sup> Esta teoría, que había sufrido la implacable crítica de todas las posturas individualizadoras que distinguían entre causas para establecer, conforme a diversos criterios, cuál tenía jerarquía de tal, ha sido rescatada en sus méritos por la teoría finalista, cuyos sostenedores entienden que es la única explicación correcta del nexo causal y que el inconveniente apuntado de la sucesión infinita de causas y efectos por el que se haría responder al autor de una queda solucionado con la ubicación del dolo en el tipo legal.

c) *cuando la víctima estaba obligada legalmente a efectuar la prestación y la realizó tanto en virtud de ese deber legal como de la eficacia de los medios típicos.* En este caso, dependerá de la teoría que se acepte para resolver el problema del nexa causal: habrá extorsión conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones y podrá haberla o no, conforme al criterio en que se funde la teoría individualizadora que se adopte. En caso negativo, también el despliegue de los medios típicos podría constituir otro delito.

Constituye un caso muy habitual el de la víctima que recurre a la autoridad para tender una celada al extorsionador, tras la fingida aceptación de sus condiciones, convirtiendo ya la actividad posterior en el llamado "delito experimental".

Dividida como está la doctrina en la materia entre quienes sostienen que, en el caso, existe tentativa o tentativa de delito imposible, nos inclinamos por la primera de las posturas porque consideramos que los actos del autor han constituido un verdadero comienzo de ejecución interrumpido por la oportuna conjunción de dos actividades: la de la víctima y la de la autoridad, las que frustraron, como en cualquier supuesto de tentativa, una actividad ejecutiva que fracasó en esa concreta realidad pero que no era sustancialmente inidónea por una suerte de intrínseca ineficacia, como ocurre, en cambio, en los casos de tentativa de delito imposible. No parece convincente el argumento de que si la víctima buscó a la autoridad es porque no creyó en la efectividad del mal amenazado —si de intimidación se tratare— o en la veracidad de la pretendida imagen de autoridad pública o de orden por ella emanada —si se diera este supuesto—, porque toda tentativa simple representa el fracaso de la actividad ejecutiva que se frustra por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. La eficacia de los procedimientos desplegados por el agente en su intrínseca fuerza intimidatoria es la que debe ser evaluada, y el requerimiento de la presencia policial es el claro índice de que la víctima se atemorizó <sup>5</sup>.

Cuando habiéndose tendido una celada no se dejó de vigilar un instante a víctima y a victimario, quien recibió el dinero pero no tuvo poder de disposición interrumpiéndose el nexa

<sup>5</sup> C. Penal de Santa Fe, Sala II, "Aressi, Agustín A. y otros", del 3/5/76, en "J.A.", 1977-II-651.

causal entre amenaza y entrega, hubo tentativa, según se ha declarado <sup>6</sup>.

Es decir, la sola búsqueda de los auxilios de la autoridad no tiene por qué ser reveladora de una intrínseca ineficacia de los medios. Mas, a veces, los medios son intrínsecamente ineficaces, al margen de que la víctima busque o no a la autoridad, como si la intimidación fuera de un mal que no es tal para su destinatario, sino todo lo contrario, o que le causa gracia por su notoria imposibilidad de concreción, o si la simulación de autoridad o de orden de autoridad fueran tan burdas que ni un niño sería capaz de creerlas. En estos supuestos puede contemplarse el encuadre de la conducta en la tentativa de delito imposible, sujeta, por tanto, a las previsiones del artículo 44, *in fine*, del Código Penal.

En otras palabras, debe analizarse la eficacia de los medios típicos y, en tal tarea, pueden darse los siguientes supuestos:

a) *falta de logro del resultado por uso de medios en los que la víctima no creyó o por los que no se atemorizó*. Habrá *tentativa simple*, recurra o no a la autoridad para tender una celada;

b) *falta de logro del resultado por uso de medios en los que la víctima no creyó o por los que no se atemorizó, dada su intrínseca y notoria ineficacia*. Habrá *tentativa de delito imposible*, también con independencia de su demanda por los auxilios de la autoridad para tender una celada.

### 3. Elementos objetivos del tipo legal.

#### a) *El concepto de intimidación.*

*Intimidar es amedrentar, infundir miedo, acobardar, atemorizar, arredrar, amilanar.*

La propia noción de la conducta lleva ínsita la idea de un poder intrínseco en la amenaza, de una aptitud potencial y razonable de realización, porque si tal eficacia está ausente no habrá intimidación y el miedo usado dejará de ser típico.

Así, la conocida frase "te voy a matar" sólo puede considerarse intimidatoria cuando está pronunciada en el contexto de

<sup>6</sup> C.C.C., "Casas, R.", del 9/11/76; en disidencia, el doctor Fox votó por extorsión consumada.

circunstancias que la hagan verosímil porque su mera alegación no podría entenderse como anunciadora de un verdadero homicidio ni creíble por sí misma.

La capacidad de ser creída, que otorga a cualquier anuncio amenazante la calidad de intimidación, puede surgir de las circunstancias más diversas: de las condiciones de quien las profiere; de las modalidades de vida permanentes o circunstanciales de la víctima; de múltiples episodios, informaciones o hechos que en el caso concreto permitan razonablemente presumir su veracidad, siquiera posible.

Así, se ha declarado que basta que se ofrezca un mal que puede determinar a la víctima a hacer lo que se le indique con el objeto de evitarlo, por lo que las falsas imputaciones pueden constituir el medio idóneo, ya que lo protegido es el patrimonio, que puede ser menoscabado en salvaguarda del honor objetivo y por el temor a perder la honra frente a la maledicencia prometida, aunque no sea verdadera y hasta resulte poco creíble <sup>7</sup>.

El mal amenazado debe ser, obviamente, futuro, pero debe establecerse cuáles han de ser los límites temporales que a ese futuro le atribuye el autor de la intimidación.

Si bien el tipo legal no fija esos límites, se entiende que, aunque no deba tener la exigencia de ser inminente, es decir, estar en el futuro más inmediato, en el que está por convertirse en tiempo presente, ha de revestir un grado razonable de proximidad porque el mal que figure en un futuro alejado no llega a intimidar por la posibilidad cierta de conjurarlo.

Quien pretenda las prestaciones típicas amenazando con hacer un escándalo en la recepción de casamiento del hijo de la víctima, recién nacido, no intimidaría porque la distancia temporal permite al sujeto pasivo prever con tanta holgura sus mecanismos protectores que la intimidación perdería su nota característica de infundir miedo, acobardar. Tampoco intimida quien amenaza con no reparar el daño u ofensa que ya ha causado <sup>8</sup>.

<sup>7</sup> C.Crim. Gualaguay, "Gómez, Ricardo A. y otros", del 12/4/77, en "J.A.", 1978-II-472.

<sup>8</sup> Compartimos, en tal sentido, la disidencia parcial del doctor Almeyra en el caso "Ruiz, C. N. y otro", del 21/7/81, c. 13.910, en que el ladrón exigió telefónicamente a la víctima una suma de dinero para restituirle los documentos de que se había apoderado en el interior de un vehículo, en que el mencionado magistrado, citando el caso "Thomas, Héctor Martín", de la misma Sala V, en "Fallos", t. II, 2ª serie, pág. 188, y la doctrina de Núñez, *Tratado...*,

La víctima debe encontrarse en un estado en que elegirá entre dos males: el que constituye el contenido de la amenaza y el representado por la prestación patrimonial que se le impone.

Entonces, si bien opta por uno y por ello obra voluntariamente, su voluntad aparece viciada porque la opción ilegítima en que se la ha colocado no es libre. Pero no debe identificarse con el concepto de coacción supresiva de la culpabilidad que regula el artículo 34, inciso 2°, del Código Penal<sup>9</sup> porque en ésta no puede reprochársele la elección efectuada por el coacto, a quien obra, a su vez, antijurídicamente.

La víctima de la extorsión, intimidada, se limita a cumplir la prestación patrimonial impuesta porque la amenaza *le ha atemorizado, aun sin razón ni sentido* y sin las exigencias requeridas para estimar si la conducta merece reproche penal.

La gravedad y la seriedad constituyen notas invariables, en cuanto a su presencia, pero variables en cuanto a la falta absoluta de reglas para evaluarlas, ya que son conceptos aplicables al caso singular, en que *juegan* las calidades también singulares de los sujetos activo y pasivo en la relación que entre ellos se haya enablado y conforme a las circunstancias en que se debatan.

De allí la muy relativa importancia que pueda asignarse a lo que se ha llamado "idoneidad in abstracto", que tiene en cuenta el efecto que la amenaza de que se trate hubiera producido en ese prototipo que se ha dado en llamar "hombre medio" porque su destinatario podría ser un individuo que no respondiera a las cualidades atribuidas a ese prototipo sino, al contrario, ser su negación.

---

t. V, págs. 256 y 257, señaló que el delito es la "amenaza con un daño u ofensa a causar por el autor", que no es lo mismo que "no reparar el daño u ofensa ya causado", con lo que ese tramo de conducta no es susceptible de ser adecuado a tipo legal alguno. Empero, comparte la opinión de la mayoría en cuanto calificó como tentativa de extorsión ese comportamiento porque el imputado también profirió amenazas contra una de las hijas de la víctima.

<sup>9</sup> Soler lo ejemplifica con cita de Giurati y Manzini, con el caso de la amenaza de los *claqueurs* al artista, amenaza que es la intimidación del artículo 168 del Código Penal, pero no la coacción, porque no podría excusarse al actor si ejecuta un crimen para librarse de la silbatina (*Derecho...* cit., t. IV, 115, pág. 75).

Gravitan las circunstancias sociales, las de lugar, tiempo, modo o aun personales: anunciar un secuestro en momentos en que ese delito es frecuentemente cometido puede tener una eficacia intimidatoria que no tenía en las épocas de su rara comisión; anunciar la producción de un siniestro a quien vio destruir su casa por un hecho semejante tiene una idoneidad frente a esa víctima, idoneidad de que está carente respecto a otras <sup>10</sup>.

El análisis que en el apartado anterior se ha efectuado sobre la acción y su momento consumativo, está entrañablemente vinculado al tema que ahora se estudia, porque, como se dijo, los medios se compaginan con la actividad descrita por el verbo típico, integrándola.

La ineficacia intrínseca de algunos medios que diera lugar a la conclusión de la tentativa de delito imposible, tampoco toma en cuenta ese criterio llamado de "idoneidad in abstracto", sino que es la evaluación de que no sólo a la víctima sino a ningún hombre hubiera podido intimidar una amenaza tal, así como a ningún hombre hubieran podido matar las gotas de agua que el homicida entregó creyendo que era cianuro.

En cuanto al *contenido* del mal amenazado, se ha declarado que no constituye extorsión requerir una suma de dinero para no formular denuncia, pues sólo se está advirtiendo que se piensa hacer uso de las vías legales, derecho reconocido a todos los habitantes, cualquiera sea la razón que les asista <sup>11</sup>. Que el fin perseguido debe ser injusto, pues, de lo contrario, no se hace más que ejercer un derecho y, aunque se intimide por ello, no hay delito por no existir perjuicio patrimonial <sup>12</sup>. Que la iniciación de una acción judicial es un derecho reconocido a todos los habitantes por la Constitución Nacional, cualquiera sea la razón que asista a su titular, por lo que no es extorsión la amenaza de promover una querrela <sup>13</sup>.

<sup>10</sup> José Severo Caballero considera que puede ser intimidante —nota al caso "Lisa, Mario M."— la exigencia de dinero a la víctima a cambio de hacerle conocer la fecha en que se secuestraría al hijo en épocas en que los secuestros eran frecuentes ("J.A.", 1977-III-271).

<sup>11</sup> C.C.C., Sala III, del 29/5/81, "Fernández, Elsa".

<sup>12</sup> C.C.C., Sala II, "Chaia, Ricardo Oscar", 3/8/79, en "J.A.", 1980-III, síntesis.

<sup>13</sup> C.C.C., Sala I, "Majos, Francisco", del 16/9/75, en "J.A.", 1976-III, síntesis.

Pero el daño amenazado puede ser justo, puede consistir en la ejecución de actos que puedan ser ejecutados lícitamente, pues lo que convierte en intimidación extorsiva es que con tal amenaza se exige una prestación indebida como precio a la omisión de su ejercicio, por lo que debe atenderse a la licitud del reclamo.

Recientemente se ha entendido —con cita de Soler— que es suficiente que el autor haya logrado *hacerse temer* aunque, en sí misma, la amenaza sea vaga o de importancia relativa <sup>14</sup>.

También se ha desechado la tentativa inidónea cuando las amenazas revelaron ser suficientemente intimidantes a través del silencio de la víctima durante diecisiete días —que tardó para formular la denuncia— y el pago de parte de lo exigido <sup>15</sup>.

Por fin, la entrega de una suma de dinero exigida al damnificado para no dar a conocer una presunta defraudación que habría estado cometiendo, si bien reviste aptitud de amenaza contra el honor, fue concebida como apta para infundir temor frente a la conminación penal de un proceso capaz de comprometerlo judicialmente <sup>16</sup>.

#### **b) El concepto de simulación de autoridad pública.**

El otro medio típico consiste en que el agente simule ser autoridad pública.

Por tal ha de entenderse la conducta de fingir la calidad de que no está investido el sujeto activo.

El concepto de autoridad pública es, ciertamente, muy amplio, y en el caso se encuadra *la simulación de desempeñar la función pública aunque no se trate del ejercicio de poderes de gobierno*.

Está limitado a la “autoridad pública” que podría válidamente exigir la prestación, por lo que este supuesto gravita casi exclusivamente en los casos en que la víctima está legalmente obligada a rendir la prestación que, en vez de exigírsele por los

<sup>14</sup> C.C.C., Sala de FERIA “A”, “Ling Jiang”, del 30/1/98, en “J.P.B.A.”, 105-46.

<sup>15</sup> C.C.C., Sala IV, “Cunningham, H.”, del 6/5/97. El tribunal efectuó una inobjetable interpretación de la tentativa inidónea al señalar que existe sólo cuando los medios empleados, evaluados *ex ante*, resultan absolutamente ineficientes. En “J.P.B.A.”, 101-39.

<sup>16</sup> C.C.C., Sala VII, “Zamorano, J. H.”, del 12/5/98, en “J.P.B.A.”, 104-39.



medios que el ordenamiento prevé, se le impone por los medios típicos. Por lo tanto, debe tratarse de aquella autoridad que pudiera imponerle el cumplimiento de la prestación: un inspector, agente de retención, supervisor, también encuadran en el concepto.

Así, se ha concebido el caso de quien empleaba una credencial adulterada del Ministerio de Bienestar Social, exigiendo sumas bajo amenaza de imponer severas multas por supuestas irregularidades encontradas en libros de registro de empleados<sup>17</sup>, como la del agente policial suspendido en sus funciones que las pide para poner fin a una detención ilegítima<sup>18</sup>.

Se ha declarado que la diferencia radical entre la estafa y la extorsión por simulación de autoridad pública consiste en que en la primera el medio comisivo es un engaño, y en la segunda la víctima entrega por "un engaño, más un temor", y que el sujeto pasivo de la extorsión accede a lo que no podría exigirle ni siquiera la autoridad legítima y lo hace para evitar un daño (C.C.C., Sala IV, del 12/6/86, "Milos, Marciano", en "Doctrina Judicial", t. 1987-2, pág. 105).

**c) *El concepto de simulación de falsa orden de la autoridad pública.***

La forma con que puede revestir el agente a la falsa orden es indiferente por cuanto no está definida en el propio tipo legal; sólo es trascendente que resulte el nexos causal entre la orden y la prestación; es decir que ésta sea rendida en cumplimiento de la supuesta orden.

La autoridad pública investida con el cargo adecuado para hacer cumplir la prestación a que la víctima estuviera obligada puede ser sujeto activo de este delito tanto como quien no revistiera dicha calidad porque la orden verdadera sería el resultado de un procedimiento no observado en el caso.

<sup>17</sup> C.C.C. Federal, Sala II, "Fariás, Justo C. y otros", del 20/10/78, en "J.A.", 1979-III-62.

<sup>18</sup> Se descartó que se hubieran cometido exacciones ilegales, porque para ello debe *tenerse autoridad* (C.C.C., Sala I, "Casabó, Mario Raúl y otro", del 24/9/77, en "J.A.", 1978-III, síntesis).

**d) *El concepto de hacer entregar, enviar, depositar o poner a su disposición.***

El cumplimiento de la finalidad del agente ha de ser cualquiera de estos actos por parte de la víctima, y el delito se consuma cuando esta última obra llevando a cabo cualquiera de ellos.

La más amplia latitud de su actividad está definida por el acto de "poner a su disposición", que puede revestir variadas formas, según el acuerdo entre las partes del ilícito convenio, pudiendo, inclusive, mediar actos notariales.

Se *entrega* cuando se pone la cosa en poder de otro. Se *envía* cuando se la manda. Se *deposita* cuando se la coloca en sitio determinado. Se la *pone a disposición* cuando se la deja en condiciones de que ejerza poder de hecho sobre ella.

Estas acciones *son comportamientos de la víctima* que obra bajo coacción, a diferencia de la víctima del robo que debe tolerar sólo cuanto hace el agente.

**e) *El concepto de dinero y de documentos que produzcan efectos jurídicos.***

El concepto de *dinero* ha de entenderse como un elemento objetivo del tipo legal; *cualquier moneda nacional o extranjera de curso corriente*, pues la que no tiene curso legal sería "cosa".

Los *documentos*, en cambio, si bien pueden ser diversos en su forma y calificación, deben revestir una calidad: *la de producir efectos jurídicos*, y por tal ha de entenderse una *prestación de índole patrimonial inmediata o a cualquier plazo que fuere*.

Y se entenderá por "*documento*" *cualquier manifestación de voluntad destinada a servir de prueba*.

La lesión patrimonial puede ser eventual, es decir, potencialmente resultante del documento exigible en su mérito, aunque, en la realidad, no hubiera sido exigido ni siquiera intentada su ejecución.

La mera suscripción del documento consumaría el delito.

Es suficiente con que el documento sea hábil para crear obligaciones u otorgar derechos que puedan ser apreciados pecuniariamente.

Siendo los llamados "*documentos nulos de nulidad absoluta*", inhábiles para generar estos efectos con independencia de la maniobra intimidatoria con que se los ha obtenido, su suscripción resulta atípica.

Conforme a la ley civil se entenderá por tales a los que se enumeran en los artículos 1041 del Código Civil, que reza: "Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria"; 1042, que dice: "Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez, o de un representante necesario"; 1043, cuyo texto es: "Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare", y 1044, que establece: "Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos".

Tales supuestos podrían constituir una tentativa de delito imposible.

#### **4. Elemento normativo del tipo legal.**

##### ***Concepto de cosas. Remisión.***

El concepto de "cosas" ha de ser entendido como elemento normativo del tipo legal por cuanto está descrito en otra parte del ordenamiento jurídico que es la ley civil, siendo válidas a su respecto las pertinentes consideraciones que explicando este mismo concepto hemos dado en el Capítulo II, n° 3, para el delito de hurto, y a las que corresponde remitirse.

## B) EXTORSIÓN DOCUMENTARIA

### 1. Descripción legal de la conducta.

La conducta de *obligar* a otro por los mismos medios descritos en el delito precedentemente estudiado “o con violencia a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito” está descrita por el artículo 168 del Código Penal, en su segundo párrafo.

### 2. La acción. Momento consumativo. Remisión.

La acción descrita es “obligar a suscribir o destruir documentos...”.

Todo cuanto se dijo anteriormente respecto al momento consumativo es aplicable al caso, pues no se modifica la estructura típica intrínseca: se trata de la misma conducta, que es obligar a otro a causarse un perjuicio patrimonial mediante el despliegue de determinados medios, variando sólo las modalidades de la actividad impuesta a la víctima.

Por lo tanto, las consideraciones formuladas sobre el momento consumativo y las formas que puede asumir la causalidad en este delito de resultado, que es la extorsión, son aplicables a la figura que estudiamos.

Varía, en cambio, el contenido de la exigencia y, con ello, de la actividad impuesta al sujeto pasivo, que en el caso, puede consistir sólo en “suscribir”, o sea, en firmar obligándose a prestaciones de índole patrimonial, o en “destruir”, o sea, inutilizarlo o deshacerlo con lo que se hace desaparecer rompiéndolo total o parcialmente o suprimiendo sus partes esenciales.

En este último supuesto la conducta pareciera también descrita por el artículo 294 del Código Penal que reprime al que “suprimiere o destruyere, en todo o en parte, un documento de modo que pueda resultar perjuicio”.

En el delito que estudiamos es la víctima, como en toda extorsión, quien actúa, mientras que la conducta del artículo 294 está exclusivamente a cargo del agente.

Con ello se plantea una respetuosa discrepancia con ilustrados autores de la doctrina nacional, que sostienen, ora la aplicación de las reglas del concurso ideal <sup>19</sup>, ora la relación de especialidad que hacía siempre aplicable el tipo legal que se estudia <sup>20</sup>, ora la del artículo 168 cuando se trata de documentos públicos <sup>21</sup>.

Simplemente, la estructura de los tipos legales es distinta: cuando *el autor destruye o suprime el documento comete el delito reprimido en el capítulo de las falsedades; cuando obliga a hacerlo a la víctima por la violencia, la conducta encuadra en el delito que se analiza* sin que existan relaciones concursales de índole alguna.

### 3. Elementos objetivos del tipo legal.

#### a) *Noción de los mismos medios descriptos por el artículo 168, párrafo primero, del Código Penal. Remisión.*

Afirmando su condición de figura legal frente a un delito tipo, la que es ahora materia de estudio, señala que los medios del agente han de ser "los mismos", refiriéndose a los de la descripción precedente, es decir, a los mencionados por el propio artículo en su primer párrafo.

Por lo tanto, corresponde remitirse a cuanto se dijo en la explicación de éstos <sup>22</sup>.

#### b) *Noción de violencia.*

A los medios que se describen en el párrafo primero del artículo 168 del Código Penal, el párrafo segundo agrega la *violencia*.

Debe precisarse su naturaleza. Entendemos que comprende *toda fuerza física o moral*, aunque ponderamos que el agregado de este medio, a los enumerados en el párrafo anterior, pareciera apuntar al ejercicio de una actuación diferente por

<sup>19</sup> Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. V, 119-III-3, pág. 538.

<sup>20</sup> Núñez, *Delitos contra la propiedad*, pág. 292, pero el autor modificó su opinión, *Derecho...* cit., t. V, pág. 268, nota 72.

<sup>21</sup> Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 115-VII, pág. 289.

<sup>22</sup> Ver *supra*, A, 3, a, b y c.

parte del agente, e importando aquéllos una violencia de índole moral, podrá inferirse que en éste se refiere a la física <sup>23</sup>.

*c) Noción de documentos de obligación o de crédito.*

Lo que la víctima ha de suscribir o destruir son, conforme al texto del tipo legal, documentos de obligación o de crédito.

Ha de entenderse por tales cualesquiera que produzcan el efecto de crear obligaciones o generar derechos.

Con ello, queda reducido el ámbito de aplicación a los documentos que sean jurídicamente válidos porque los demás no son documentos en el sentido estricto del término. Quedan, así, los nulos, pero no los anulables o nulos de nulidad relativa <sup>24</sup>.

Por lo tanto, la forma en que ejercita su exigibilidad, es decir, si dejan expedita la vía ejecutiva o meramente pueden hacerse valer mediante acciones ordinarias, es indiferente, pero su exigencia mínima es que sean susceptibles de obligar a su librador, aunque sea en el orden de las llamadas "obligaciones naturales".

En el caso en que se trate de un documento firmado en blanco deben tenerse en cuenta las prescripciones de la ley civil al respecto.

La posibilidad de obligarse dando la firma en blanco está consagrada por el artículo 1016 del Código Civil <sup>25</sup>, pero, como una restricción al ejercicio irresponsable de la confianza en los negocios jurídicos, el artículo 1017 impone limitaciones probatorias <sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Soler entiende que se trata de violencia "tácita" porque es imposible obtener por la violencia física la firma de un documento, acto que es voluntario, con lo que resulta inadecuado afirmar que sólo se quiere expresar violencia física (*Derecho... cit.*, t. IV, 115, pág. 280).

<sup>24</sup> Son anulables, según el artículo 1045 del Código Civil, los actos jurídicos cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen, para su validez, de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

<sup>25</sup> "La firma puede ser dada en blanco antes de la redacción por escrito. Después de llenado el acto por la parte a la cual se ha confiado hace fe siendo reconocida la firma".

<sup>26</sup> "El signatario puede, sin embargo, oponerse al contenido del acto, probando que las declaraciones u obligaciones que se encuentran en él no son

Tales limitaciones no tienen vigencia para acreditar el perfeccionamiento del delito que se estudia.

La doctrina está dividida sobre el encuadre de la conducta consistente en obtener la suscripción del documento en blanco, mientras no se lo llene.

Discrepamos con la opinión que descarta el delito por entender que una firma en blanco no produce efectos jurídicos, ya que, según las disposiciones precedentemente citadas de la ley civil, tales efectos existen porque no puede válidamente considerarse que los enerva una prudente limitación probatoria<sup>27</sup>, y también con la que considera que tal es un supuesto de delito consumado porque la firma en blanco siempre se obtiene para extender sobre ella un documento<sup>28</sup>, ya que el documento podría no ser de los descriptos por el tipo legal, es decir, "de obligación o de crédito".

Por lo tanto, entendemos que ha de considerarse cometido el delito en grado de tentativa *cuando sea válido inferir conforme a las circunstancias del caso, que iba a extenderse uno de aquellos documentos*, ya que el acto de obligar a otro a haberlo suscripto es un elocuente comienzo de ejecución.

---

las que ha tenido intención de hacer o de contratar. Esta prueba no puede ser hecha con testigos".

Esta limitación, empero, no rige para el caso en que se hubiese tratado de "sustracción fraudulenta" habiéndose llenado por un tercero, conforme al artículo 1019.

<sup>27</sup> Eusebio Gómez sostiene esta opinión, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, pág. 178.

<sup>28</sup> Molinario, *Derecho Penal*, pág. 510, citado por Fontán Balestra, *Derecho...* cit., t. V, 119-III-3.

### C) EXTORSIÓN MEDIANTE AMENAZAS AL HONOR O VIOLACIÓN DE SECRETOS

#### 1. Descripción legal de la conducta o chantaje.

Conforme al texto del artículo 169 del Código Penal, está incriminado quien obliga a la víctima a realizar alguno de los actos estudiados anteriormente mediante amenaza de imputaciones contra el honor o violación de secretos.

Esta conducta es doctrinariamente conocida como "chantaje", encontrando su descripción en el artículo 400 del Código Penal francés de 1863, cuyo texto no fue adoptado por Tejedor ni tampoco por el Código de 1887, pero sí por la Ley de Reformas 4189 y ya se encontraba en el Proyecto de 1891.

Dado que en el concepto de "intimidación", como medio comisivo de la extorsión, puede perfectamente encuadrar el despliegue de éste que específicamente prevé la figura, resulta muy opinable la necesidad de su estricta previsión en el ordenamiento.

No precisándose cuál debe ser el objeto de la intimidación, en cuanto a la naturaleza del mal con que el autor amenaza a la víctima, el mal previsto en esta figura se convierte, así, sólo en una variante o supuesto específico.

#### 2. La acción. Momento consumativo. Remisión.

Siendo la acción descrita en la figura la de obligar a la realización de cualquiera de los actos descritos en el tipo legal de la extorsión o en la figura de la extorsión documentaria, a través de los medios descritos por el precepto, es aplicable cuanto se dijo respecto al momento consumativo y a la relación causal entre el despliegue de esos medios y el comportamiento de la víctima esperado por el agente, correspondiendo efectuar una remisión a lo dicho en aquella oportunidad.



### 3. Elementos objetivos del tipo legal.

#### a) *Concepto de imputaciones contra el honor.*

Dado que imputar es atribuir algo a alguien, la atribución debe ser lesiva del honor que, como bien jurídico, reviste dos aspectos igualmente tutelados: por una parte, su faz objetiva, la reputación o estima que cada uno, como miembro de una comunidad, merece en el medio determinado en que actúa, y, por otra, su faz subjetiva, que es la estima que cada uno tiene de sí.

El medio típico es la amenaza de hacer tales atribuciones que, por lo tanto, pueden ir dirigidas a cualquiera de estos aspectos o a ambos.

Es indiferente la verdad o falsedad de la imputación, pues, tanto las imputaciones verdaderas como las falsas afectan o pueden afectar los aspectos ponderados del honor, y el agente impone un precio para no causar esa lesión.

#### b) *Concepto de amenaza de imputaciones al honor.*

Siendo el medio descrito por el tipo legal la amenaza de la imputación, y no la propia imputación, porque es, precisamente, la conducta que usa el agente para lograr su propósito de ilícito provecho patrimonial, debe establecerse cuáles son las características que debe revestir esa amenaza.

Resulta indiferente su forma, su modo de manifestación —verbal o escrita— y las formalidades con que se le hace conocer a la víctima: en forma directa o a través de un tercero; pero resulta fundamental que *la amenaza haya sido recibida por ésta*, porque, de lo contrario, no podría reunir el otro requisito *de ser la razón determinante de la prestación*.

Cuanto se dijo respecto a la idoneidad de los medios comisivos de la extorsión es aplicable a la figura que se estudia, por lo que corresponde efectuar una remisión.

#### c) *Concepto de violación de secretos.*

El ordenamiento tutela el derecho a la intimidad como una expresión de la libertad del hombre.

El secreto puede ser de cualquier índole, y lo que le convierte en objeto de tutela es el interés de la víctima de mantener el hecho, circunstancias o características dentro de la esfera de su

intimidación, y no la evaluación por parte de un tercero —que puede ser el propio juzgador— del perjuicio que esa divulgación causa.

El secreto en que la víctima quisiera mantener una enfermedad padecida en la infancia debe ser protegido, aunque cualquier persona distinta de la víctima entienda que no causa menoscabo haber sufrido ese padecimiento.

El sujeto activo puede haberse enterado del secreto y no sólo en razón de su estado, cargo o profesión.

*d) Concepto de amenaza de violación de secretos.*

Como en el caso de las imputaciones contra el honor, en el que ahora consideramos, el medio típico es amenazar con violar un secreto. Por lo tanto, cuanto se dijo respecto a la amenaza de aquellas imputaciones es aplicable, correspondiendo efectuar una remisión a los anteriores conceptos respecto de las características y notas distintivas de tal amenaza.

No es ocioso insistir en que la regla interpretativa para encuadrar el medio usado en el descrito por el tipo legal *es que haya sido la razón determinante de la prestación de la víctima. Resulta intrascendente la valoración que pueda hacerse de su escasa entidad objetiva si para el sujeto pasivo tuvo tal importancia que lo determinó a otorgar el provecho ilícito al agente.*

## D) SECUESTRO EXTORSIVO

### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 170 del Código Penal incrimina a quien “sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate”, elevando la pena en el caso de que el autor logre su propósito.

Su ubicación metodológica entre los delitos contra la propiedad ha sido constante en nuestros antecedentes legislativos: estaba descripto como una especie del robo en el artículo 2, inciso 4º, del apartado 11, libro 1, título VIII del Proyecto Tejedor; en el artículo 189, inciso 2º, del Código de 1887, y como una extorsión calificada en el artículo 205 del Proyecto de 1891.

De esa tradición se apartó, empero, el Proyecto Peco de 1941, que describió la conducta como una calificante del delito de secuestro y lo hizo en un capítulo denominado “Delitos contra la libertad física” (artículo 166, último párrafo).

Pero la ley 11.179, conforme a los antecedentes que hemos ponderado, había descripto la actividad en el capítulo de la extorsión, como “detener en rehenes a una persona para sacar rescate”. Este precepto refleja como pocos la intensidad de las reformas legislativas de nuestra historia más reciente.

La ley 17.567, además de aumentar la pena prevista para el delito, que era en el texto original prisión de tres a diez años, a la de reclusión o prisión de cinco a quince años, modificó la redacción del tipo legal, el que quedó concebido en estos términos: “el que secuestrare a una persona para sacar rescate” y consideró como agravante, el caso de que el autor lograre su propósito tomando como fuente de esta redacción al Proyecto Soler de 1960 entre los antecedentes nacionales —artículo 213— y al Código Penal italiano —artículo 629— en la legislación comparada.

No puede soslayarse el hecho de que en la Exposición de Motivos, dicha ley proclama que el aumento de la pena se hace “en consonancia con la agravación de escalas de los delitos contra la libertad”, corroborando así la íntima relación entre los bienes jurídicos de la libertad y de la propiedad que aparecen lesionados a través de la conducta en estudio.

La ley 18.701, vigente a partir del 2 de junio de 1970, derogó en su artículo 11 el texto que acaba de glosarse, pero el artículo 2 de la ley 18.953 derogó la ley 18.701, con lo que aquél recuperó su vigencia.

Pero sólo hasta el 5 de junio de 1973, en que entró en vigencia la ley 20.509, cuyo artículo 2 derogó, a su vez expresamente, a la ley 17.567 y de ese modo recuperó vigencia el texto del artículo 170 del Código Penal, conforme a la redacción de la ley 11.179.

Manteniendo, empero, la misma pena prevista por la ley 17.567, la ley 20.642 modificó en su artículo 12 sustancialmente la redacción del tipo legal describiendo la conducta en los términos hoy vigentes glosados al comienzo.

Como en realidad este delito constituye, asimismo, una de las formas delictivas más frecuentes en la sociedad actual, muy alejados, por cierto, de aquella otra que ponderaba Pacheco cuando, comentándolo entre los previstos por el Código Penal español de 1848, decía: "...ha sido en otros tiempos vulgar y diario en las sociedades europeas. Hoy no lo es. Como todas las obras de violencia y grosería van desapareciendo ante la moderna cultura... Estos atentados, tan comunes en los siglos pasados, son muy raros en las presentes circunstancias..."<sup>29</sup>.

## 2. Relación entre el tipo legal del secuestro extorsivo y la figura de privación ilegal de libertad agravada por el fin del agente.

La ley 18.953 agregó, como agravante del delito de privación ilegal de la libertad, una figura que contemplaba la conducta de quien cometiere el hecho "para compeler a la víctima, o a otro a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no está obligado".

Derogado como quedó, en virtud del imperio de esta ley, y como dijimos en el apartado precedente, el artículo 170 del Código Penal, materia de nuestro estudio, con buen fundamento se sostuvo que la conducta del secuestro extorsivo se encuadraba en la figura que acaba de glosarse<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> *El Código Penal concordado y comentado*, 5ª ed., 1881, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, t. II, pág. 244, comentario a los artículos 405 y 406.

<sup>30</sup> Carlos J. Rubianes, *Código Penal. Su interpretación jurisprudencial*, t. IV, pág. 229.

Recuperada la vigencia del artículo 170 del Código Penal, y prevista como agravante de la privación ilegal de la libertad, en el artículo 142 bis un texto semejante al que al principio fuera glosado, cabe establecer la relación que guardan estos tipos entre sí.

Es evidente que “sustraer, retener u ocultar” a una persona son modalidades de una privación ilegal de su libertad, la que, por otra parte, sólo puede ejecutarse a través de cualquiera de ellas. No menos evidente que hacerlo “para sacar rescate”, supone privarlo de su libertad para que “haga algo a lo que no está obligado”.

*En la modalidad del elemento subjetivo, representado por el motivo concreto del autor, está la diferencia: el móvil de obtener rescate constituye el móvil de imponer a la víctima algo que no está obligada a hacer, pero este último es más amplio y puede comprender otras imposiciones ilegítimas diferentes del rescate, como obligarle a reconocer un hijo extramatrimonial; a formular una declaración infamante contra sí o un cargo contra una persona de su familia. Si la obligación que el autor tuvo en mira imponer a la víctima fue el pago del rescate, la conducta se encuadrará en el tipo del secuestro extorsivo, para lo cual es menester precisar muy cuidadosamente qué ha de entenderse por rescate, lo que se hace en apartado siguiente.*

### 3. La acción. Sus formas.

#### a) *El concepto de sustraer.*

Por tal ha de entenderse *apartar o separar a la víctima del medio o del sitio adonde se encontraba o hacia donde se dirigía.*

Esta acción ha de considerarse *consumada* cuando la víctima *llega a estar bajo el poder efectivo del agente.* El mero contacto físico, una suerte de *aprehensio*, no podrá considerarse suficiente a los fines de su configuración, aunque, interrumpida en ese momento la actividad por causas ajenas a la voluntad de quien la ejerce, constituiría tentativa. Es esencial que haya una *sujeción impeditiva del libre desplazamiento de la víctima hacia los destinos que ella fije a su arbitrio en ese momento.*

Queda consumada en el momento en que esa sujeción se haya producido, siendo, por tanto, instantáneo en esta forma comisiva, pues toda prolongación en el tiempo de este estado ya

constituiría la retención. El acto consumativo es el primero de "privación de libertad"<sup>31</sup>.

**b) *El concepto de retener.***

Por tal ha de entenderse la acción *de conservar, de guardar en sí, de impedir que la víctima se separe del sitio al que ha sido llevada por la acción del sujeto activo.*

Es la permanencia del estado de sujeción de la víctima al poder físico del agente, que le impide su libre desplazamiento en el espacio hacia los destinos que se propone a su antojo.

Por su naturaleza, se prolonga en el tiempo, y su continuidad representa una comisión constante que sólo termina con la liberación de la víctima y que convierte en legítimo cualquier acto de repulsa a la agresión mientras ésta se perpetúe.

**c) *El concepto de ocultar.***

Por tal ha de entenderse la acción *de esconder a la víctima.*

Como la de retener, esta actividad, por su naturaleza, también se prolonga en el tiempo, ubicando al delito en la categoría de los que se denominan permanentes, ya que cesa sólo cuando la víctima es liberada.

Toda ocultación es una retención, aunque no toda retención conlleva necesariamente las características de la ocultación; es decir, quien oculta, retiene, pero no todo el que retiene, debe ocultar.

**4. La acción. El momento consumativo.**

El delito se consume cuando la víctima ha sido sustraída, retenida u ocultada, con los alcances que hemos establecido para los tres verbos típicos, y cuando lo ha sido en cumplimiento del concreto móvil de obtener rescate.

El logro de este móvil es una agravante y no la pauta para la consumación del delito, que es instantáneo en su forma de sustraer y permanente en sus formas de retener u ocultar.

<sup>31</sup> Conf. S.C. Bs.As., del 7/4/81, "Daglio, Jorge O. y otros", en "L.L.", del 25/9/81, fallo 80.125.

En tal sentido, se ha declarado que el tipo legal del artículo 170 no quedó excluido al renunciar los procesados a poner precio a la cesación del cautiverio de la secuestrada, ya que, al exteriorizarse esa decisión, la acción cumplida por aquéllos se ajustaba a los respectivos datos dogmáticos, pues la concreción del desprendimiento patrimonial por parte del sujeto pasivo de la extorsión, determina la agravación del delito <sup>32</sup>.

La agravación del segundo párrafo —“cuando el autor lograre su propósito”— excluye toda posibilidad lógica de admitir la impunidad de la tentativa desistida en su última etapa de consumación, porque, obtenga el autor su lucro procurado, o no lo alcance, siempre la conducta ejecutada está prevista y descrita en la ley <sup>33</sup>.

## 5. Elementos objetivos del tipo legal.

### a) *El concepto de persona.*

Por tal ha de entenderse *todo ser humano viviente*. Quedan incluidos los nacidos con vida, tengan o no viabilidad, y excluidos quienes han muerto, pues los cadáveres pueden ser objeto material de otro delito que se estudiará más adelante.

Siendo contemporánea la polémica sobre el concepto de la muerte, que reclama soluciones al Derecho Penal en el tratamiento de otros problemas, vuelve al primer plano de la controversia ante la necesidad de establecer los límites convencionales de la existencia humana cuando ésta es objeto material y directo de la comisión de un delito.

Aunque se hubiera operado la llamada “muerte cerebral” o “cese irreversible de la función cerebral”, subsistiendo las funciones respiratoria y circulatoria, consideramos la prolongación de la vida y la atribución de la calidad de persona.

### b) *El concepto de rescate.*

Por tal ha de entenderse *el precio que se impone como contraprestación para recuperar a la víctima*, convertida en el vil objeto que el agente supedita así a una suerte de comercio.

<sup>32</sup> Causa “Daglio”, ya citada.

<sup>33</sup> Del voto ampliatorio del doctor Peña Guzmán en el caso “Daglio”.

*El precio ha de ser siempre una prestación de índole patrimonial, no estando limitado a la entrega de una suma de dinero.*

Lo que define su naturaleza es el carácter y contenido patrimoniales.

Si la prestación exigida fuera una declaración carente de ese significado patrimonial, como tal declaración no podría considerarse "rescate", la conducta debiera ser encuadrada en una privación ilegal de la libertad calificada por el móvil de compeler a la víctima a hacer algo a lo que no está obligada.

## 6. Elemento subjetivo del tipo legal.

### *El móvil de sacar rescate.*

El móvil del autor —sacar rescate— es un verdadero elemento subjetivo del tipo legal que puede existir en cualquiera de los momentos en que se prolonga la acción cuando se ejecuta en las formas que la convierten en permanente; la actividad puede haberse iniciado con otro móvil, pero apenas el agente tiene el rescate como motivo orientador de su quehacer, la conducta debe encuadrarse en el tipo legal que estudiamos. Éste ha de ser el motivo que la anima, un motivo diferente del dolo, que consiste en la voluntad de sustraer, retener u ocultar a la víctima.

La privación de la libertad, con toda la gravedad que tiene, es sólo tenida por el delincuente como un medio extorsivo <sup>34</sup>.

## 7. Agravante: el logro del rescate.

El delito ya consumado, como dijimos en apartado anterior, merece pena más grave *si el autor logra su propósito*.

Por tal ha de entenderse la percepción del rescate, que es lo que configura la agravante prevista.

Es intrascendente su efectivo aprovechamiento, y ya la conducta encuadrará en esta agravante cuando el rescate haya sido recibido, y si un seguimiento posterior permite que la autoridad lo recupere antes de que sea dispuesto, la consumación del delito es un hecho pasado.

<sup>34</sup> S.C. Bs.As., caso "Daglio, Jorge", cit.



No lo entendió así nuestra Cámara del Crimen cuando descartó la agravante por el hecho de que el procesado fue detenido y secuestrado el rescate, considerando que "no logró el propósito que se impuso al tomar como rehenes a las damnificadas" (C.C.C., Sala VII, del 9/6/86, "Rodríguez, J. C.", "Doctrina Judicial", t. 1987-2, pág. 192, n° 41).

## E) SUSTRACCIÓN EXTORSIVA DE CADÁVERES

### 1. Descripción legal de la conducta.

La sustracción de un cadáver para hacerse pagar su devolución es la conducta descrita por el artículo 171 del Código Penal.

Estando vigente el Código Tejedor en agosto de 1891, la banda de los "Caballeros de la noche" sacó del sepulcro de la familia Dorrego, en el cementerio de la Recoleta, el cadáver de un miembro de esa familia, exigiendo de ésta una suma cuantiosa por su devolución.

La Cámara de Apelaciones consideró que la conducta debía calificarse como amenaza de un mal que no constituía delito.

Este hecho fue el origen del precepto, que en el Código anterior correspondía al artículo 195, en el título de robos y hurtos, habiendo merecido la justa observación de que esta redacción se opone a la noción esencial del robo, ya que el cadáver no es una cosa que está en el comercio <sup>35</sup>.

El antecedente de su actual ubicación en el capítulo destinado a la descripción de las diversas formas de extorsión está en el Proyecto de 1891 con una descripción semejante a la del texto vigente (artículo 206).

La ley de Reformas 4189 también previó este delito como una variante del de extorsión, pero en el Título de los "Delitos contra las Garantías Individuales" (artículo 20, inciso e).

<sup>35</sup> Rodolfo Rivarola, quien señala: "Liga a los vivos un sentimiento de respeto y afecto hacia los restos de los que fueron seres queridos, y es la *libertad* de tener ese sentimiento y ese afecto lo que la ley penal debe garantir con su sanción. Es, pues, incorrecto hablar de robo de *cadáveres*: y si esto está bueno para el lenguaje vulgar no lo está para el legal. El atentado a la propiedad aparece por la exigencia de dinero, mediante la coacción que se impone por la violación de aquel respeto y de aquel afecto" (*Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, t. II, Félix Lajouane Editor, 1890, págs. 311 y 312).

## 2. La acción. Momento consumativo.

El verbo definitorio de la conducta típica es "sustraer". Por tal ha de entenderse *tanto el liso y llano apoderamiento como el apoderamiento fraudulento con una amplitud que comprende los medios y modos violentos y engañosos de comisión.*

Por su naturaleza, la acción encuadra en la categoría de los permanentes, que se perfecciona cuando el apoderamiento, por cualquiera de esos medios o modos, ha tenido lugar y cuyos efectos se prolongan mientras el cadáver no sea restituido.

Se consuma, empero, cuando el acto de apoderamiento está acompañado del móvil que se analiza en el apartado siguiente.

Ello importa la consideración del caso en que la sustracción reconociera otro propósito: una broma, una venganza, un morboso placer personal.

En tal supuesto se replantearía la polémica del caso de los "Caballeros de la noche" sobre la calidad de *cosa* del cadáver, a los fines de un posible encuadre de la conducta en el tipo legal del hurto o del robo.

## 3. Elemento objetivo del tipo legal.

### *La noción de cadáver.*

Por tal ha de entenderse *el cuerpo muerto.*

No han de establecerse diferencias, a los fines de la adecuación típica de la conducta, en cuanto a la forma en que se encuentre ese cuerpo: íntegro, destrozado, reducido a expresiones mínimas, sigue siendo cadáver.

Debe reflexionarse sobre los supuestos de las cenizas o de los cadáveres ya reducidos de los que queda un conjunto de huesos.

No podría válidamente, frente a la absoluta estrictez del tipo legal y de la exigencia emanada de los principios de legalidad y de reserva, considerarse que en esos supuestos se ha sustraído *un cadáver*, ya que el precepto se refiere a tal y *no a restos de un muerto o de un cadáver.*

Es perfectamente concebible, empero, que se perpetre la sustracción de cenizas o de cadáveres reducidos con la mira de hacerse pagar su devolución.

En tal caso la conducta encuadraría en el tipo legal del artículo 168 del Código Penal, ya estudiado, en grado de tentativa, pues la sustracción señalada constituiría una verdadera intimidación, la que, si llegara a ser efectivamente determinante de un pago, constituiría la extorsión consumada, pero efectuada meramente con esas miras no concretadas, configuraría la tentativa de ese delito.

#### 4. Elementos subjetivos del tipo legal.

##### *El móvil de hacerse pagar la devolución.*

El motivo de la conducta es obtener un pago por devolución del cadáver, móvil que configura, pues, un elemento subjetivo del tipo legal perfectamente diferenciado del dolo, que es la voluntad de sustraer el cadáver.

El pago que el agente tiene en miras debe consistir en una prestación de índole patrimonial, que no requiere ser indefectiblemente dinero; en el caso de que sólo aspirara a obtener una declaración de la víctima, sin contenido ni significado de esa naturaleza, no cometería este delito.

El móvil, coexistiendo con la conducta de la sustracción, determina la consumación, sin que sea necesario que haya efectivo pago, es decir, que el móvil que animó la conducta tenga éxito.

## CAPÍTULO VII

### EL DELITO DE ESTAFA

#### 1. Estafa y defraudación. Su naturaleza. Terminología y metodología de la ley.

Resulta impostergable para una cabal comprensión del grupo de delitos que estudiaremos en el presente capítulo, formular algunas observaciones acerca de su naturaleza, de la terminología empleada por la ley y de su ubicación metodológica.

El capítulo IV del Título que se estudia en la presente obra se denomina: "Estafas y otras defraudaciones". Tal denominación convierte en inobjetable el aserto de la doctrina nacional de que los delitos descriptos son "defraudaciones" y que, entre éstas, figura la "estafa"; en otras palabras, que la defraudación es el género y la estafa la especie <sup>1</sup>.

Coherente con esta terminología, el tipo legal de la estafa reconoce como verbo núcleo "defraudar".

Y es nota común a todos los delitos previstos en el capítulo el hecho de que la prestación patrimonial que constituye el perjuicio sea obtenida sin violencia por el despliegue de medios y de modos de actividad que, ora responden a un plan inicialmente doloso, ora a un designio doloso sobreviniente en el transcurso de un negocio jurídico cuyo signo inicial fue la licitud y hasta la buena fe de ambos contratantes.

Una transacción a la que concurre la víctima con su presencia activa, su voluntad determinante y el aporte de su propio comportamiento es la otra nota distintiva de los delitos que son materia del capítulo.

La violencia está erradicada entre las modalidades posibles con que actúa el agente, quien recibe una prestación que siem-

<sup>1</sup> Conf. Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 116, pág. 294; Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, 120, pág. 25.

pre le es entregada y nunca él busca a través del dominio de la fuerza, sea ella física sobre objetos o protecciones que guardan a éstos, o moral mediante la intimidación que coloca a la víctima en la opción artificial entre resistirse a la pretensión injusta sufriendo la pérdida amenazada, o efectuar la prestación requerida <sup>2</sup>.

Salvando las distancias de las particularidades que dan individualidad a cada conducta tipificada en el capítulo, todas reconocen las características precedentes: una entrega patrimonial efectuada en forma voluntaria en el transcurso de una transacción legal, lograda unas veces con un engaño que fue determinante de esa dirección de la voluntad, y otras sin él, pero haciéndose variar indebidamente la situación jurídica a la que se habían comprometido uno o varios de los contratantes de aquel negocio.

En estos conceptos generales hemos encuadrado también las características de la apropiación indebida que, conforme a ciertas doctrinas, tienen notas más comunes con el hurto que con las defraudaciones <sup>3</sup>, doctrina con la que respetuosamente discrepamos porque la ausencia de dolo inicial es una circunstancia que no puede imponerse a la realidad de las acciones típicas definidas por verbos de una naturaleza sustancialmente distinta, como que uno —apoderarse— supone vencer una resistencia tácita del tenedor, y el otro —apropiarse— importa hacer propio lo que se tiene por una situación jurídica con signo diferente pero pleno de licitud, como lo es cualquiera de los títulos que podrían haberla generado.

La ley argentina define a la estafa con un criterio que se comentará en apartado posterior y a otras diversas defraudaciones, a las que considera “casos especiales” y que se definen con distintos verbos típicos.

Por lo tanto, tales casos, reprimidos con la misma pena de la estafa, no son figuras respecto a determinado delito-tipo, sino verdaderos delitos-tipo, cada uno de ellos en el sentido técnico-jurídico del estudio.

<sup>2</sup> Así se ha entendido que hubo estafa y no hurto en el caso en que el procesado, simulando auxiliar a la víctima, requirió a ésta su cartera consiguiendo la entrega porque la última creía que iba a ser ayudada para salir del mal trance (C.C.C., Sala V, “Montiel, J.”, c. 5267, del 19/10/79).

<sup>3</sup> Merkel, citado por Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, t. VI, 120-2, pág. 26.

Efectivamente, el origen de la ordenación sistemática del capítulo está en el Proyecto Tejedor, que distinguía en 17 párrafos: la estafa propiamente dicha, consistente en defraudar a otro mediante ardid o engaño; defraudar en la sustancia, cantidad o calidad; falsas pesas; venta de humo; apropiación indebida; defraudación, haciendo suscribir con engaño un documento; abuso de firma en blanco; apropiación de cosa perdida; fraude en escritura pública; hurto de cosa propia; simulación; defraudación mediante destrucción de documento; venta de cosa ajena; circunvencción de incapaces; falso postor en subasta; apropiación de prenda; plagio intelectual <sup>4</sup>.

Este sistema está inspirado en el Código español de 1822, que bajo la rúbrica “de estafas y engaños” castigaba al que “con algún artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante perjudicare a otro en sus bienes” —artículo 766—; al jugador que por trampa hubiere ganado malamente alguna cantidad —artículo 767—; al que hubiere engañado a otro a sabiendas, vendiéndole, cambiándole o empeñándole una cosa por otra de diferente naturaleza que habiendo contratado sobre alguna cosa, la sustrajere y cambiare por otra de menor valor antes de entregarla, o hubiera vendido o empeñado una cosa como libre sabiendo que estaba empeñada o vendido un animal con enfermedad, defecto o resabio —artículo 770—; al que abusando de la debilidad o pasiones de un menor o de un interdictado hubiere conseguido hacerle firmar una escritura de descargo por razón de préstamo, o percibido de estas personas alguna cosa vendida, empeñada, cambiada, alquilada o depositada sin intervención de autoridad legítima (artículo 771) <sup>5</sup>.

Este capítulo se conserva en la legislación española a través de las reformas de 1848 y 1850. En la de 1932 el abuso de las pasiones o impericia de un menor pasó al capítulo de la usura; en la de 1944 se formó una sección con la apropiación indebida. En la de 1963 se suprimieron las defraudaciones de la propiedad intelectual e industrial.

<sup>4</sup> Citado por Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 116, pág. 294.

<sup>5</sup> Citado por Rodríguez Devesa, *Derecho...* cit., *Parte especial*, pág. 442.

## 2. Descripción legal de la conducta.

El artículo 172 del Código Penal define con estos términos el delito de estafa: "El que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño".

Esta descripción legal representa un sistema intermedio entre el criterio enumerativo de las modalidades y medios posibles que, iniciados en la legislación moderna por el Código Napoleón, ha sido seguido por el español de 1822 y por todos los que siguieron las aguas de éste, por una parte, y el del Código austríaco, seguido por el alemán, que adoptaron la fórmula genérica y comprensiva del estilo de modalidades que son esencia de la estafa, por la otra.

La lectura de los textos correspondientes a estos dos grupos de legislaciones es más ilustrativa que cualquier comentario.

Ya nos hemos referido a la definición del Código Penal español de 1822.

En el segundo grupo de sistemas legislativos figura el Código suizo, que describe la conducta de quien, para procurar para sí o para un tercero un enriquecimiento ilegítimo, con astucia induce en error a una persona valiéndose de afirmaciones falsas o disimulando las verdaderas o explotando con astucia el error en que una persona se encuentra para determinarla a actos perjudiciales para sus intereses pecuniarios o los de un tercero.

También el italiano, para el cual comete estafa quien, al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto con perjuicio ajeno <sup>6</sup>.

Puede afirmarse que la enumeración de medios comisivos es puramente enunciativa y, por tanto, ociosa, ya que la fórmula con que termina el texto: "o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño", fórmula que convierte al precepto en un tipo penal abierto, permitiría definir la conducta como: "defraudar a otro valiéndose de cualquier ardid o engaño".

Éste es el significado de las fórmulas de algunos proyectos posteriores que abandonaron toda enumeración casuística y

<sup>6</sup> Citados por Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, 120-3, pág. 28.



formularon descripciones globales. Tales, el Proyecto Peco de 1941: “el que por cualquier medio fraudulento indujere a alguno a error, para procurarse un injusto beneficio a sí mismo o a otro en perjuicio ajeno” —artículo 151—, y el Anteproyecto Soler de 1960: “el que, con propósito de lucro, mediante ardid o engaño, consiguiera que otro tome por error una disposición patrimonial perjudicial para él mismo o para un tercero” (artículo 214) <sup>7</sup>.

Es la misma fórmula del proyecto elevado al Poder Ejecutivo en el año 1979: “el que, con propósito de lucro, mediante ardid o engaño, obtuviere que otro, por error, tome una disposición patrimonial perjudicial para él mismo o para un tercero”.

### 3. La acción.

Como dijimos en apartados precedentes, el verbo definitivo es “defraudar”, por lo que resulta imprescindible esclarecer su significado. La idea del *fraude* como medio y modo exclusivo de actividad es consustancial a ese significado, cuyas versiones idiomáticas son: engaño, inexactitud consciente, abuso de confianza que produce o prepara un daño.

*Defrauda*, pues, quien emplea *fraude*. Y aquellas versiones de la lengua son ínsitas a otra idea que debe ser rectora desde los inicios del estudio de este tema: la *variedad*, si no infinita, al menos inasible en enumeraciones que pretendan ser completas, *de las formas que puede revestir*. La confesión de esa enorme dificultad está revelada por el legislador que, como hemos señalado precedentemente, ha evolucionado desde el casuismo hasta las fórmulas genéricas, las que no son más que el reconocimiento de la insuficiencia de aquél.

Efectivamente, afirmar la infinidad de esas formas puede ser una exageración, suponer la posibilidad cierta de enumerarlas en forma completa, una vanidad.

Por ello, el verbo que define la conducta debe estar complementado con una modalidad que lo integre en la estructura y es la referencia *a las características del medio que debe emplearse antes que al propio medio*.

Tal el sistema de las definiciones genéricas, que al usar un vocablo como “engaño”, “artificio” o “maquinación” permiten el

<sup>7</sup> Citados por Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, 120-6, pág. 30.

encuadre de formas que son una mera aplicación de prototipos o pautas que aquéllos, en sí, entrañan.

Partidarios, pues, de este modo de legislar sobre la estafa, debemos, por una parte, señalar que es, en esencia, el de la ley argentina, como antes dijimos, y por otra, resignarnos, como corresponde a un estudio dogmático, a conocer también los medios ejemplificativa y ociosamente enumerados en el texto.

Pero, una vez más, debe repetirse que la acción en nuestro ordenamiento *es defraudar valiéndose de cualquier ardid o engaño*.

#### 4. El perjuicio. Su noción. Su integración en el verbo típico.

Es unánime la opinión doctrinaria y jurisprudencial que considera al perjuicio un elemento imprescindible para que se configure el delito de estafa por ser éste uno que lesiona a la propiedad.

Ello no merecería más extensas consideraciones, dada la elocuencia de tan pacífico argumento, y obligaría sólo a centrar los esfuerzos en el perfecto esclarecimiento de la noción de *perjuicio*.

Sin embargo, sólo queremos añadir que en términos de una estricta construcción técnico-jurídica, *si no hay perjuicio no se ha defraudado*, porque *defraudar es una acción que al definirse conlleva el efecto, y ese efecto es, precisamente, el perjuicio*.

Aunque pareciera innecesario formular tales consideraciones pues fundamentan la misma solución: falta de configuración del delito, las expresamos en primer lugar, porque muchas veces la correcta solución sería la *atipicidad de la conducta*. Y, por lo tanto, *la falta de encuadre típico determina que no haya estafa consumada y tampoco tentativa de estafa* como, en cambio, se resuelve en algunos supuestos, y ello *porque la tentativa ha de serlo siempre de una conducta típica y no de una conducta atípica*.

En segundo lugar, porque ello encuentra también su aplicación en el tema que analizaremos más adelante, de la eficacia del medio empleado, que la doctrina extensa e intensamente ha tratado siempre bajo la denominación de "idoneidad del ardid" y que quedaría reducido a los supuestos en que objetivamente podía producirse un perjuicio, ya que sólo en ellos, también

objetivamente, podía observarse la conducta típica de “defraudar”. Y, en consecuencia, *las soluciones que sostendrían la existencia de una tentativa de delito imposible deben ser reemplazadas por las soluciones que afirman la atipicidad de la conducta.*

Así, ilustrando la primera conclusión, quien se valiera de un engaño para obtener de otro la entrega del bien inmueble del que ya su apoderado había suscripto la escritura traslativa de dominio, no cometería estafa ni tentativa de estafa ni tampoco tentativa de delito imposible porque esa inexistencia absoluta de un perjuicio hace que no se defraude, ya que defraudar es privar a otro de lo que jurídicamente le corresponde; que no se comience a ejecutar la defraudación porque el *iter criminis* sólo comenzó a recorrerse en la idea y en la voluntad del agente, no en el mundo real donde el resultado no existía, siquiera, como hipótesis, y que tampoco haya inidoneidad de medios sino inexistencia de objeto material, objeto cuya destrucción debe ser el efecto de la conducta definida en el verbo típico.

Ilustrando la segunda conclusión, quien mediante engaño pretendiera hacer comprar a otro un animal sin *pedigree*, como el toro premiado en la última exposición, cuyo pago debiera hacerse efectivo tras la certificación de esa invocada calidad por parte de un instituto, observa una acción atípica porque la confusión entre los animales no es un evento que dependa del azar, de la idoneidad de un argumento o de circunstancias fortuitas, ni de un hecho para el que la actividad del autor ha sido sustancialmente ineficaz, sino que el objeto no existía.

En síntesis, allí donde *no hay perjuicio por inexistencia de la posibilidad de su producción, la conducta es atípica porque no puede ser encuadrada en el verbo “defraudar”; donde no lo hay por falta de su efectiva producción será tentativa si no se concretó por circunstancias ajenas a la voluntad del autor que hiciera fracasar al medio en el caso concreto, o tentativa de delito imposible si lo fue por una intrínseca ineficacia de los medios desplegados, cualesquiera fueran las características de dicho caso.*

Corresponde ahora señalar qué ha de entenderse por “perjuicio”.

*Perjuicio es daño o menoscabo.*

Sin embargo, puede tener diferentes naturalezas, cuya enumeración resultaría fatalmente incompleta y discutible, por lo que vamos a soslayarla para indicar que pueden reconocerse

dos: *las de indole patrimonial y las que no lo son*, entendiendo por las primeras todas *aquellas susceptibles de integrar el patrimonio, de tener cabida en él, con los alcances que para esta noción hemos formulado en el Capítulo I.*

El más importante menoscabo que no tuviera correlato en este orden y que causara el agente a través de una prestación lograda a la víctima mediante engaño, no sería “defraudación”. Queda afuera de esta noción de perjuicio que aquí analizamos, el llamado “daño moral” regulado por el artículo 1078 del Código Civil <sup>8</sup>.

Es importante la distinción entre lo que se ha llamado “perjuicio material” y “perjuicio potencial” y que, con el respeto debido a las destacadas opiniones que la han sustentado, preferimos dejar de lado.

Si se entiende por “potencial” el perjuicio que hubiera podido producirse a raíz de la actividad del agente pero que no se produjo efectivamente, habrá tentativa de estafa, y entendemos que la terminología “perjuicio potencial” complica el planteamiento. Si, en cambio, se entiende que es un perjuicio hipotético, posible de imaginar en abstracto pero no en concreto, simplemente allí no habrá perjuicio posible y, conforme a lo que dijimos, la acción es atípica, por no ser susceptible de definirse como “defraudar”. También en ese caso la terminología puede complicar la noción, porque decir que hay “perjuicio potencial” en la acción de apuñalar a un cadáver en cuanto si aún hubiera habido vida se la habría destruido, constituye el empleo de una terminología innecesariamente confusa, porque en el caso *no hubo perjuicio posible, ya que el objeto que debe ser dañado conforme a la acción típica no existía, y es el caso lo que interesa en la etapa de la tipicidad.*

No debe identificarse la noción de perjuicio con la existencia de un beneficio efectivamente obtenido por el autor. Es suficiente con que se lo hubiera propuesto como sentido o dirección del engaño desplegado <sup>9</sup>.

La jurisprudencia ha excluido los casos en que, existente una deuda, ha pretendido saldársela con documentos que no

<sup>8</sup> “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima...”.

<sup>9</sup> Conf. C.C.C., Sala I, c. 24.943, “Tórtora Morales”, del 21/8/81.

eran susceptibles de cobro por entenderse que aquélla subsiste<sup>10</sup>.

La omisión fraudulenta del pago del precio debido fue considerada como detrimento patrimonial defraudatorio en el caso en que el procesado usó un transporte aéreo comercial por el que abonó una tarifa notoriamente inferior a la que correspondía, a consecuencia del error que provocó el ardid instrumentado consistente en la adulteración del billete<sup>11</sup>.

También el uso de credenciales falsas para obtener descuentos del 75% en pasajes ferroviarios<sup>12</sup>.

El tema de las liberalidades ha preocupado a la doctrina y a la jurisprudencia.

Al respecto deben aplicarse los principios fundamentales antes expuestos, lo que impone descartar la mentira que, aun cargada de importante poder persuasivo, ha provocado la donación que fue crédula en la existencia de los motivos invocados<sup>13</sup>.

Así se ha entendido que no cometieron estafa quienes se hicieron pasar por recolectores de residuos haciendo circular tarjetas de salutación con motivo de la Navidad, con lo que obtuvieron propinas, al considerarse que no es fraude el llamamiento a la espontánea liberalidad ajena<sup>14</sup>.

## 5. El concepto de ardid o engaño.

*Ardid* es el artificio, el medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento, en despliegue de una falsa apariencia.

<sup>10</sup> C.C.C., Sala V, "Mariño, Manuel", del 5/10/79, en "J.A.", del 12/5/80, pág. 7.

<sup>11</sup> C.C.C., Sala II, c. 29.450, "Martínez, Dardo E.", del 7/2/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 1, pág. 27.

<sup>12</sup> CNFed. en lo Crim. y Correc., Sala II, "Quiroga, Víctor Hugo", del 2/10/84, en "BJCNACCFed.", año 1984, n° 3, págs. 647 y sigs. Atento a la naturaleza del sujeto pasivo, se encuadró en el artículo 174, inciso 5°, C.P.

<sup>13</sup> Carrara decía que "la mendicidad era meramente una contravención, pero podía ser un verdadero delito cuando va unida a una maquinación mendaz que tienda a excitar la piedad de los cristianos con falsos certificados de que se ha sido víctima", citado por el doctor Almeyra en el voto mayoritario del caso "Minervino, Héctor Omar y otro, s/estafa", del 15/12/78, en "L.L.", 7/2/79, pág. 12.

<sup>14</sup> Caso "Minervino" citado. El voto en disidencia del doctor Scimé señala, en cambio, que hay estafa porque si alguna sospecha anida en el espíritu de los dadores, la propina fracasa, y así se emplean medios engañosos para viciar la voluntad y obtener una entrega que, de otro modo, no hubiera sido posible.

*Engaño* es la falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer; consiste en dar a la mentira apariencia de verdad.

El despliegue de las aseveraciones o actitudes mentidas, tendenciosamente encaminadas a causar el error en la víctima, constituye el medio previsto por el tipo legal.

Ardid y engaño son dos modos de perjudicar creando apariencias falsas.

Siendo el medio empleado un elemento objetivo del tipo legal, debe precisarse de modo estricto su significado. Tanto el ardid como el engaño *tienen la esencia de la mentira, pero son algo más que ésta.*

Suponen un esfuerzo persuasivo con orientación final hacia el error de su destinatario, quien forma la convicción por la fuerza de aquel despliegue.

Éste puede componerse de argumentos, de actitudes, de pruebas artificialmente encaminadas a ese fin; en otras palabras, de cualquier manifestación de la conducta que trascienda la mera atestación falsa en que una mentira consiste.

La mentira con cierto respaldo objetivo se transforma automáticamente en engaño, y al tener una entidad análoga a los enunciados en la ley coincide con una de las dos formas del fraude, como cuando la manifestación mendaz se vierte en un contexto fáctico que le confiere autenticidad aparente, sin posibilidad elemental de inspección <sup>15</sup>.

Se consideró que tal contexto no existía en el caso en que el procesado había prometido falazmente matrimonio y fingido una solvencia económica inexistente, pues sólo habíase limitado a mentir y a aprovecharse del crédito que la damnificada dio a su palabra <sup>16</sup>.

En el caso de quien se hizo pasar por empleado de E.N.T.E.L. recibiendo una suma de dinero para lograr la conexión de la línea telefónica, una de las Salas de nuestra Cámara del Crimen hizo el siguiente razonamiento:

"...Para sostener que la *mentira* sirve como ardid idóneo, es necesario admitir previamente dos supuestos. El primero de ellos que el bien jurídico protegido en el delito de estafa, además de la propiedad es la fe pública, o el derecho a la verdad. El segundo supuesto sería desde otra óptica, afirmar que existe

<sup>15</sup> Conf. C.C.C., Sala VII, c. 324, "Kalinecz, Tiberio A.", del 30/3/81.

<sup>16</sup> C.C.C., Sala VI, "Winograd Messing, J. L.", c. 1829, del 11/2/77.

una norma que obliga a las personas a decir la verdad en el tráfico comercial o si se quiere contractual. Luego, a los fines de que se cumpla dicha norma, se tipifica el delito de estafa; o sea que dicha construcción falta en el derecho argentino, tanto en los autores que mantienen una u otra posición, con las excepciones del caso...”.

En el supuesto sometido a la decisión del Tribunal entendiéndose que la pretendida víctima “...buscó ventajas fuera de las vías normales existentes, pues no se puede afirmar —dijo—, luego de las gestiones realizadas para obtener teléfono, que no se advirtió que no se estaba en presencia de un trámite normal, no pudiendo el derecho proteger ese tipo de conductas que corren con el riesgo propio de la operación, cargando el actor con su propia torpeza (artículo 929 del Código Civil)...”<sup>17</sup>.

Se descartó como ardid propio de la estafa la actuación de quien se hizo pasar por encargado de la playa obteniendo de cuatro personas la entrega de dinero en calidad de pago aunque el estacionamiento era gratuito.

El Tribunal consideró que “...faltaría adicionar a la simple mentira de que se valió, la comprobación de la existencia de algún artificio apto para engañar, como el uso de alguna vestimenta específica o el empleo de talonarios de boletos, o sea, una *mise en scene* que llevaba a creer a los automovilistas que abonaban lo que correspondía...” (C.C.C., Sala II, del 19/12/85, “Negro, Miguel A.”, “Doctrina Judicial”, 1987-1, pág. 31, n° 7).

Otra Sala del mismo Tribunal y en la misma época declaró, en cambio, que estafó quien logró sacar un automóvil ajeno de un estacionamiento arguyendo que perdió su comprobante y firmando uno nuevo con aprovechamiento de la tarea propia de los encargados.

Entendiéndose que, por así actuar, “el procesado protagonizó... situaciones todas que llevan a que no estemos en presencia de una mentira sin sustento de actos externos...” y se afirmó “...no es necesaria la teoría de la *mise en scene*, porque en nuestro derecho no sólo se protege la propiedad, sino además la buena fe en el tráfico contractual...” (C.C.C., Sala VI, del 29/11/85, “Cororio, D. R.”, en “Doctrina Judicial”, t. 1987-1, pág. 31, n° 8).

<sup>17</sup> C.C.C., Sala VI, c. 12.583, “Spera, H.”, del 25/9/85, en “BJCNACC”, año 1985, n° 3, pág. 174.

En caso en que el prevenido logró una suma para la entrega de un auto inexistente suscribiendo convenio ante una escribana se consideró que el comportamiento trascendió la mera mendacidad.

El doctor Bonorino Peró declaró entonces: "...si bien no existen mentiras ardidosas, pueden presentarse bajo la apariencia de tales en relación hacia quien se dirigen..." (C.C.C., Sala I, del 8/4/86, "Gerardi, Oscar R.", "Doctrina Judicial", t. 1987-2, pág. 881).

Una de las manifestaciones concebibles de la conducta que busca el error determinante de la prestación patrimonial es *el silencio*. Si el agente actúa omisivamente, y éste sería un caso de omisión impropia, la solución del problema es la aplicación de las reglas del tipo doloso de omisión. El silencio podría constituir el ardid o engaño, pero, para eso, quien lo observa tendría que tener una posición de garante emanada de la ley o del contrato<sup>18</sup> que hubiera creado deberes jurídicos de actuación positiva.

Ello, sin perjuicio de la tipificación de ese silencio en circunstancias dadas, como ocurría en el caso de la conducta que las leyes 17.567 y 21.338 habían descripto como inciso 9° del artículo 173, pues, en tales supuestos, se trataba de omisiones propias.

El agente puede observar la conducta de la estafa engañando con su silencio en múltiples situaciones: imaginemos los supuestos en que se hubieran contratado servicios para investigar las cualidades de productos o determinar la mejor oportunidad de ciertas operaciones, y quien estuviera así contractualmente obligado a prestar ese servicio fuera también quien vende a la víctima silenciando la veracidad de las condiciones de la entrega.

El intérprete debe alejarse del riesgo, siempre próximo en este tipo de situaciones, de encuadrar en el silencio engañoso que el tipo legal permite subsumir, aquel que es mera expresión de su inmoralidad e incorrección puesta al servicio de un desigmo lucrativo, violando así el deber de lealtad y veracidad que debe regir el lenguaje de las transacciones, por cuanto la rectitud en el comportamiento no es fuente de deberes jurídicos.

<sup>18</sup> O de la actuación precedente, es decir, la que crea en el contexto social la expectativa de que la conducta va a ser culminada, para quienes aceptan esa fuente de deberes jurídicos.



Se ha declarado que configura delito de estafa ofrecer en venta un departamento de dos ambientes cuando en realidad contaba con uno, dado que el otro era una mejora no autorizada, construida en uno de los patios cuya destrucción había sido intimidada. Que la acción de ocultar la construcción no autorizada se convierte en un ardid o engaño que lleva a error al adquirente, que opera sobre las verdaderas condiciones del inmueble motivando su acto voluntario de disposición patrimonial, el que difícilmente se hubiera concretado de conocer la realidad de la situación <sup>19</sup>.

Se ha polemizado acerca del alcance que tiene la noción de ardid en cuanto a la naturaleza activa u omisiva de los actos que comprende, pero también la ley prevé el engaño, expresión de mayor amplitud que válidamente podría abarcar una conducta de plena omisión en que el silencio pueda ser interpretado como afirmación de una falsedad.

Mas, en ese orden, debe establecerse escrupulosamente cuándo existía el deber de expresarse y, al respecto, sólo hay omisión cuando el ordenamiento jurídico ha creado la expectativa del comportamiento activo <sup>20</sup>, y tal expectativa puede nacer de las disposiciones más diversas del propio orden legal, como también de las relaciones entre las partes o de una conducta anterior que se vincula con el silencio actual creando el deber de una actividad positiva.

Muy ilustrativo es el caso resuelto por nuestros tribunales, que entendieron se consumó la estafa cuando el funcionario que prestaba servicio en la Municipalidad presentó un certificado falso del título de bachiller, sin intención de estafar ni posibilidad de obtener una prestación patrimonial ilegítima, pero varios años después de esa presentación, la Municipalidad dictó una resolución que dispuso el pago de bonificaciones al personal que hubiese obtenido ese título y aquel funcionario comenzó a percibir <sup>21</sup>.

El voto mayoritario del doctor García Torres señaló que entre los casos en que la buena fe y las relaciones determinadas

<sup>19</sup> C.C.C., Sala V, c. 14.071, "Cehrer, B. C.", del 22/9/81.

<sup>20</sup> Conf. Norberto Eduardo Spolansky, *Estafa por omisión y nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo*, en "J.A.", t. 1980-III, pág. 538.

<sup>21</sup> C.C.C., Sala VI, "Lacivita, Horacio E.", del 9/2/79, en "J.A.", t. 1980-III, pág. 535.

de confianza exigen romper el silencio, está el examinado, porque existe un deber jurídico de suprimir el error de la víctima, y dice, con cita de Metzger, "...lo que realiza el tipo no es el aprovechamiento, como tal, del error, sino la omisión contraria al deber de la aclaración..."<sup>22</sup>.

Nuestra Cámara del Crimen entendió que configuraba estafa la conducta del vendedor de un auto que ocultó el gravamen del vehículo al comprador, lo que impidió a éste realizar la transferencia. Declaró entonces:

"...En este punto es necesario observar que si bien el problema de la omisión de informar estaba discutido antes de la reforma del inciso 9° del artículo 173, en este caso funciona esa obligación por la especial circunstancia del contrato que lo lleva al encausado a posición de garante..."<sup>23</sup>.

La impecable interpretación del Tribunal nos obliga a precisar que, efectivamente, el tipo de la estafa, como cualquier tipo legal de comisión, es susceptible de que sea llevado a cabo por omisión impropia, es decir, dejando de actuar el agente cuando está obligado a hacerlo porque se convirtió en garante del bien jurídico, deber que asumió en virtud de la ley o del contrato que es, en definitiva, también parte integrante del orden jurídico por la asimilación que efectúa el artículo 1197 del Código Civil.

Se consideró que si el sujeto pasivo —que recibió promesa de venta de un inmueble con "títulos perfectos" pero gravado con hipoteca y dos embargos— no llevó a cabo diligencias de control que le eran exigibles, las reclamaciones posteriores eran intempestivas, al menos en sede penal (C.C.C., Sala VII, del 21/2/84, "Goldberg de Aloi", en "Doctrina Judicial", t. 1985-1, págs. 190 y 191, n° 21).

Debe abordarse el tema concerniente a las *características que debe reunir el ardid o engaño*, más exactamente, establecer si fuera de las que son ínsitas a su propia naturaleza, son exigidas algunas calidades especiales.

<sup>22</sup> Norberto Spolansky, comentando el caso, señala que el deber jurídico en que se funda la sentencia condenatoria entra en colisión con la regla constitucional según la cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo porque cumplir el deber de dar cuenta del verdadero estado de las cosas implicaba confesar un delito (artículo cit.).

<sup>23</sup> C.C.C., Sala VI, c. 12.331, "Santín, H. J.", del 23/9/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 3, págs. 170 y 171.

De ese modo, la doctrina ofrece extensas e importantes consideraciones acerca de la llamada "*idoneidad del ardid*".

Entendemos que si el concepto de ardid es el de un medio empleado con habilidad, con maña o con astucia, asociado intrínsecamente a las ideas del ingenio y del tacto, e irreconciliable con las de la fuerza y de la prepotencia, conlleva la idoneidad, en cuanto ésta es *aptitud* para alcanzar los fines propuestos por el autor. *Si no conlleva esa aptitud, simplemente no es ardid.*

Así, se entendió que había cometido delito de estafa quien logró que se le otorgara una tarjeta de crédito valiéndose de dos elementos de juicio que, como dijo el Tribunal, "...son decisivos en el mercado comercial a la hora de conceder crédito: un domicilio real y una fuente de ingresos segura", acotando que sobre este último extremo presentó una certificación lo suficientemente equívoca como para inducir al decisivo error de hacer creer que el imputado tenía un sueldo regular y de buen nivel, a lo que se agregó una extralimitación consciente en el uso de la tarjeta <sup>24</sup>.

Pero siendo propósito del autor que el ardid cause engaño suficiente para determinar la prestación, si no produce el efecto buscado, habrá fracasado el proceso ejecutivo del delito, tratándose de un caso de tentativa, que es, en definitiva, el fracaso de la finalidad, por una circunstancia ajena a la voluntad del agente.

Si el ardid no convenció, es porque fracasó, y, según las características de la actividad llevada a cabo, habrá o no comienzo de ejecución.

Tan claro planteo nunca hubiera dado lugar a la riquísima doctrina desarrollada acerca del tema que ahora nos ocupa si no fuera que, en algunos casos, ha creído verse un fracaso del ardid porque éste era tal que hubiera fracasado siempre, en todos los casos y respecto a cualquier víctima, o era tal que resultaba absolutamente inepto para esa víctima concreta, dada cualquier circunstancia fáctica.

Entendemos que *cuando existe esa supuesta ineficacia intrínseca de ciertos ardidés estamos en presencia de meras mentiras pero no de ardidés y que la solución no está en exigir que*

<sup>24</sup> C.C.C., Sala VI, "M., N. E.", del 31/7/85, en "L.L.", t. 1987-A, pág. 655 (37.507-S).

*el ardid sea idóneo sino en establecer si el medio empleado era, efectivamente, un ardid.*

En otras palabras, que en una correcta formulación del concepto de ardid está el meollo de la cuestión, porque si ardid es maniobra habilidosa y la maniobra es la definición de la estupidez y de la falta de habilidad, no será ardid sino mentira, marginada del tipo legal, como antes hemos manifestado.

Se ha distinguido la importancia que el asunto tiene, según que el delito haya sido consumado o que se hubiera interrumpido en los actos ejecutivos, y entendemos que si alguien efectuó una prestación en virtud de una mentira o falacia que no revestía las características del ardid que venimos sosteniendo, habrá efectuado una liberalidad, pero no será víctima del delito de estafa. Ello resta importancia superlativa a la distinción entre el supuesto del delito tentado y el del delito consumado <sup>25</sup>.

En cuanto a la aptitud del ardid para ser superado con la diligencia de la víctima, se ha dicho que no es dable exigir a ésta una conducta que exceda la costumbre, ni sea proporcional a la "viveza" del autor, pues la tutela penal no se restringe a los casos en que venza la astucia del más inteligente o del más prudente <sup>26</sup> pero sí ha de requerirse que el damnificado no actúe con desidia, como lo hizo el empleado de un banco que no verificó que el solicitante de una cuenta hacía figurar en el formulario los datos de su padre en vez de los propios, pero suscribiéndolo con firma auténtica <sup>27</sup>.

Vinculada con este tema está la existencia de operaciones financieras en que las víctimas están movidas por el afán de obtener mayores beneficios a través de la colocación del dinero, incluso soslayando reglamentaciones cambiarias vigentes, y

<sup>25</sup> Coincidimos con la disidencia parcial del doctor Sandro en causa "Ávalos, Juan V.", n° 1124, de la C.C.C., Sala VII, del 30/9/81, en que se calificaba la conducta del procesado que usó un cheque carente de las mínimas condiciones literales necesarias para presumir autenticidad. La mayoría resolvió que el hecho fue una tentativa de estafa porque la previa denuncia de robo del formulario de cheque fue la circunstancia ajena a la voluntad del autor que enervó el éxito de la maniobra.

Empero, la disidencia sostuvo que esa carencia de condiciones mínimas representa un comportamiento absolutamente ineficaz, lo que constituye estrictamente un caso de atipicidad objetiva, y la conducta carece de aptitud para afectar el bien jurídico protegido.

<sup>26</sup> C.C.C., Sala V, "Torok, J. C.", citado.

<sup>27</sup> C.C.C., Sala IV, "Marín, J. A.", del 9/12/97, en "J.P.B.A.", 106-32.

aceptan que se encubran entregas a determinados plazos para obtener importantes intereses.

Estos movimientos de fondos de las comúnmente llamadas "mesas de dinero" que conllevan un alto riesgo económico asumido por los propios inversores, como contrapartidas de sus mayores rendimientos, impiden que pueda concebirse el despliegue de un ardid por parte del autor <sup>28</sup>.

## 6. El ardid como medio. La relación causal en el tipo legal. El error.

El agente ha de *valerse de ardid o engaño*, conforme a la redacción del precepto, con elocuente referencia al nexo causal entre aquéllos y la defraudación, acción que comprende el resultado, como antes dijimos.

Sin embargo, hay una etapa inevitable, un eslabón no mencionado, pero imprescindible en la relación causal; sin él no podría el agente "valerse", en los términos típicos del ardid o del engaño. Esta etapa es el *error de la víctima que vicia la voluntad de la prestación* porque la relación causal no se entabla entre el ardid y la prestación, en forma directa, sino entre el ardid, cuyo efecto es la producción del error, y este último, que es el motivo y la fuente de la entrega patrimonial.

Vuelve a plantearse, así, el tema de la eficacia del ardid para ser generador del error en la primera y directa etapa de la relación de causalidad. No sería ocioso repetir nuestra oposición a la postura que sostiene que cuando el ardid logró el propósito inspirador de provocar el error hubo estafa, ya que muchas veces la víctima es engañada por puras y simples mentiras, y entonces su error tiene los alcances de la liberalidad, siendo atípica la conducta. La persona de un medio económico pudiente, poseedora de una casa bien instalada, que en un momento dado creyera que la finísima porcelana que le ofrece el vendedor es irrompible, como le afirma, y pagara el precio correspondiente a ambas calidades, se ha equivocado, y por ello ha pagado, pero ha sido una suerte de liberalidad porque en la mera alegación de aquel disparate no hay ardid, sólo hay mentira.

<sup>28</sup> En ese sentido, C.C.C., Sala I, "Busson, A. R.", del 2/2/96, en "J.P.B.A.", 101-27.

Cuando este primer paso de la relación causal no llega a concretarse y la víctima no yerra, debe analizarse la índole de las circunstancias que lo impidieron: si fueron ajenas a la voluntad del agente, habrá tentativa; si fue la índole del ardid desplegado intrínsecamente, la conducta será atípica porque no se habrá tratado de un ardid; si fue la ineficacia de aquél en las circunstancias dadas que determinan *ab initio* ese fracaso, será tentativa de delito imposible.

Así, quien oferte un cuadro de Goya, que sabe falsificado, a un precio excesivamente caro para su auténtica realidad aportando certificaciones de conocidos expertos, también falsas, será autor de tentativa de estafa si el ofertado se apoya en el consejo de sus propios expertos, que desmienten esas opiniones, o busca a uno de los firmantes de los certificados falsos, desbaratando la maniobra; será autor de una conducta atípica si pretende la venta con la sola afirmación de la autenticidad, lo que es absolutamente inusual en operaciones de esa índole, y será autor de tentativa de delito imposible si pretende la venta con los certificados falsos a uno de los propios expertos cuyas firmas se falsificaron.

Entendemos que el intérprete debe también alejarse del peligro de evaluar esta relación causal entre la actividad del agente y el error con una autonomía excluyente de la totalidad del tipo legal y, al configurarse tal relación, concluir sin más en la tipicidad de la conducta, porque, *muchas veces el error es generado, como ya dijimos, por la simple mentira y ésta no es ardid.*

*La relación causal debe ser entre ardid y error; no entre cualquier falsedad y error.*

Un fraude que no opere a través del error no puede tener por efecto un acto dispositivo de propiedad patrimonialmente perjudicial.

Así, se ha entendido que al no existir ese error que determina a una persona a realizar la disposición patrimonial, es atípica la conducta consistente en utilizar un aparato automático de juegos electrónicos haciéndolo funcionar con una ganzúa y discos de plomo, en vez de utilizar las fichas respectivas<sup>29</sup>.

Se ha considerado que la conducta de quien, haciéndose pasar por policía, interceptó e interrogó en la vía pública al

<sup>29</sup> C.C.C., Sala II, c. 25.765, "Muñoz, J. C.", del 23/10/81, con cita de Núñez, t. V, pág. 294.

damnificado solicitándole los documentos —que no portaba—, requiriéndole entonces una suma para llegar a un “arreglo”, creó el efecto engañoso causa del error en el sujeto pasivo, constituyendo el astuto despliegue de los medios ardidosos que configura la estafa <sup>30</sup>.

El voto mayoritario del doctor Ure en el plenario “Ruzzolini, J. L.” descarta la estafa en el caso que un tercero —que no es el empresario ni el usuario— mediante la obstrucción maliciosa del conducto por el que se recuperan las monedas de un teléfono público, retira en su provecho las que quedaron *por no haberse obtenido la prestación del servicio porque ese inculpado no había inducido en error a quienes, sin su intervención y con voluntad no viciada por el engaño, utilizaron el teléfono*, sino que pasivamente aprovechó el fracaso de algunas llamadas para luego, con un procedimiento astuto, apoderarse de las monedas que quedaron retenidas en el interior del aparato <sup>31</sup>.

En caso en que el sujeto activo entregó póliza de empeño como garantía por la falta de pago de dos cheques rechazados por cuenta cerrada y luego denunció la pérdida de aquéllos rescatando los efectos, a los que nuevamente pignoró, resolvióse que no había cometido estafa por no haber mediado ardid o engaño previo a la maniobra de constitución de la garantía, sino desbaratamiento de derechos acordados <sup>32</sup>.

En cambio, cuando se obtuvo la entrega de un bien por la dación de cheques pertenecientes a una cuenta que fue cerrada luego de la operación, se consideró configurada la estafa <sup>33</sup>.

Se la consideró también cuando el vendedor a comisión presentó documentación espuria que indujo al empleador a liquidar las comisiones <sup>34</sup>.

A menudo, el ardid desplegado puede constituir otro delito; más exactamente podría estar descrito en otro tipo legal, con lo que se impone la necesidad de establecer si hay una concurrencia de tipos, bajo la forma de un concurso ideal —en que el hecho se subsume en ambos pero se aplica, a los fines de la pena, sólo el que prevé la mayor, según la regla del artículo 54— o, en

<sup>30</sup> C.C.C., Sala II, c. 25.678, “González, Juan C.”, del 14/8/81.

<sup>31</sup> “Ruzzolini, J. L.”, del 11/7/61, en “Fallos Plenarios de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal”, 1970, t. II, pág. 58.

<sup>32</sup> C.C.C., Sala III, c. 12.782, “López, Carlos A.”, del 25/4/80.

<sup>33</sup> C.C.C., Sala II, c. 24.265, “Molinero, Víctor”, del 27/6/80.

<sup>34</sup> C.C.C., Sala II, c. 20.566, “Wilchen, Ramón”, del 3/6/77.

cambio, tal concurso es sólo aparente en virtud de la relación de consunción pues uno de los tipos —siempre el de la estafa— llega a absorber al otro.

Así, se declaró que configura únicamente el delito de estafa, la acción de la procesada que mediante la falsificación de una boleta de extracción de fondos de caja de ahorros de un banco, retiró dinero de la cuenta, descartándose la comisión del delito de falsedad de instrumento privado.

Entendió el Tribunal no haberse comprobado que "...la boleta de retiro de fondos haya sido imprescindible para engañar al empleado del banco y perjudicar al damnificado. De manera, pues, que la confección y uso de tal documento falso es sólo integrativo de la maniobra estafatoria, de destino dirigido únicamente al empleado bancario que debía ser engañado, no habiendo fe pública agredida..."<sup>35</sup>.

También se consideró cometido sólo el delito de estafa por quien, sin ser abogado, otorgó recibos para gastos de juicio en papel membretado de estudio jurídico con su nombre pues, según dijo el Tribunal: "...no media en el caso un concurso ideal con el delito de usurpación de títulos, ya que el procesado no se abrogó un título, sino que *creó o se valió de un equívoco que llevó a la víctima a creer que era abogado...*"<sup>36</sup>.

Por el contrario, se resolvió que hubo concurso ideal con el delito de usurpación de autoridad en el supuesto de quien ejerció públicamente la función de inspector sin nombramiento alguno valiéndose de una credencial apócrifa, con la que logró entrega de diversas sumas<sup>37</sup>.

También en el caso en que el procesado cobró cheques que previamente había falsificado confeccionando texto y firma libradora imitativa de la del titular<sup>38</sup>.

Como, asimismo, en el caso de quien, utilizando una tarjeta de crédito que no le pertenecía y que obtuvo por medios ilegíti-

<sup>35</sup> C.C.C., Sala III, c. 18.438, "Luppoli de Pierro", del 5/2/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 1, págs. 26 y 27. En el mismo sentido, c. 18.903 de esa Sala III, "Giacobbo de Molero, S.", del 30/9/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 3, pág. 184.

<sup>36</sup> C.C.C., Sala VI, c. 11.239, "Tarragona, R. N.", del 1/2/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 1, pág. 26. El subrayado es nuestro.

<sup>37</sup> C.C.C., Sala VI, c. 11.938, "Cao, Daniel", del 9/8/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 3, pág. 175.

<sup>38</sup> C.C.C., Sala V, "Mileto, Oscar", del 23/4/86, en "L.L.", t. 1986-D, pág. 39.



mos, a la que había sometido a un proceso de planchado y regrabación, en noventa y dos oportunidades diferentes, efectuó compras y usó servicios <sup>39</sup>.

La misma relación de concurso ideal afirmóse en el caso de quien encontró en un taxi una tarjeta de crédito y la presentó en un comercio para efectuar una compra, propósito que no se concretó por cuanto el vendedor se comunicó telefónicamente con la firma donde se le informó que se había efectuado una denuncia de extravío.

El voto del doctor Tozzini ponderó que "...la previa apropiación de la cosa ajena toma cuerpo, como efectivización de dominio, y se injerta en el delito único como ardid estafatorio necesario, ya que recién adquiere sentido apoderativo del valor representado..." <sup>40</sup>.

Se consideraron configurados estos elementos estructurales de la estafa en el caso de un comerciante que falsificó los formularios de crédito correspondientes a distintas tarjetas haciendo figurar ventas inexistentes con datos de supuestos compradores, haciéndolos rubricar por terceros y de su puño y letra las restantes grafías, los que así confeccionados hizo descontar por otro que le adelantó un precio inferior al consignado <sup>41</sup>.

Afirmó entonces el Tribunal: "...se valió de una ardidosa maquinación con la que trató de dar visos de legitimidad a los cupones con los que consiguió que Escanderini (la víctima) le adelantase sumas de dinero y poniendo de tal forma en circulación tales documentos previamente falsificados, ocasionándole perjuicio por valor de los montos que inscribiera como precio de las inexistentes compras; es decir, sostuvo que estuvieron presentes los tres elementos que hacen al delito de estafa: ardid, engaño y perjuicio, los tres en íntima vinculación, concretándose aquel delito mediante la puesta en circulación de los documentos falsificados..."

En el caso del empleado de Entel que debía restituir una suma al usuario por reintegro de pulsaciones sobrefacturadas y,

<sup>39</sup> C.C.C., Sala I, c. 4987, "Castellanos, Luis María", del 4/2/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 1, págs. 66 y 67. Se resolvió que hubo concurso ideal de estafa y falsificación de instrumento privado reiterado.

<sup>40</sup> C.C.C., Sala V, "Zinder, Saúl J.", del 12/3/86, en "L.L.", t. 1986-C, pág. 516.

<sup>41</sup> C.C.C., Sala III, "Buch, Carlos H.", del 10/9/85, en "L.L.", t. 1986-B, pág. 61.

en cambio, le entregó un monto inferior, se consideró cometida una retención indebida y no estafa, pues no hubo ardid determinante de error (C.N.Fed. Crim. y Correc., Sala I, 23/6/87, "Marengo de Arcieri, Ángela y otros", en "L.L.", del 29/12/87, págs. 5 y 6).

El vínculo causal fue materia de estudio de una decisión en que nuestra Cámara Federal descartó la comisión de estafa.

El procesado usó un boleto mensual cuya fecha estaba adulterada para hacer un viaje en ferrocarril pero lo exhibió *después de efectuarlo* cuando le fue requerido en el andén.

El voto rector del doctor Arslanian entendió que el comportamiento fue atípico. En ese orden declaró: "...La estafa constituye una disposición patrimonial, generada por el error a causa de un ardid o engaño. Y cada uno de estos términos de la descripción del tipo objetivo se vinculan en una relación de causalidad, la que integra o forma parte, también, de esa tipicidad... el enjuiciado —continúa— no burló en momento alguno el control que la empresa estatal debió necesariamente efectuar antes de prestar el servicio mañosamente logrado... En tales condiciones se hace evidente que la relación causal se verificó no entre un ardid idóneo y la disposición patrimonial sino ante la falta de control previo por parte de la víctima y aquella" (C.N.Fed. Crim. y Correc., Sala I, del 10/5/84, "Martín, Enrique H.", con nota de Víctor Adolfo Yáñez, quien descarta, derechamente, la existencia de ardid en el caso, "Doctrina Judicial", t. 1985-1, pág. 161).

El *aprovechamiento del error de la víctima* ha sido considerado configurante de estafa cuando el autor se valió sustancialmente de la equivocación que aquella tuvo confundiénolo con su hermano, titular de un reconocido prestigio en la misma actividad comercial en que se desarrolló el negocio <sup>42</sup>.

Esta opinable interpretación supone identificar el despliegue del comportamiento ardidoso que *debe ser provocador del error* con la mera explotación de una circunstancia favorable <sup>43</sup>.

<sup>42</sup> C.C.C., Sala VI, "Pernicone, V.", del 23/9/97, en "J.P.B.A.", 106-34. La doctrina corresponde a la mayoría del tribunal integrada por los doctores Elbert y González.

<sup>43</sup> Compartimos el criterio de la minoría del tribunal, representado por el doctor Escobar, quien consideró como exigencia típica que la conducta del agente induzca a error a la víctima, lo que no es equivalente a aprovechar el error preexistente, al que fue ajeno.

## 7. El concepto de error.

Por error ha de entenderse el falso conocimiento de algo y la opinión o el juicio contrario a la verdad.

No debe confundirse el error con el desinterés de la víctima por el destino final de una prestación.

Así, se ha considerado que cometió estafa quien obtuvo la entrega de una suma de dinero para publicar avisos comerciales en una revista inexistente, aunque a la sociedad damnificada no le interese la efectiva publicación de aquélla y entregue el dinero como colaboración, dado que, aun en ese caso, resulta engañada en cuanto al destino final de lo abonado, pues la prestación no se hubiera efectivizado de haberse sabido que el dinero iba a parar al bolsillo del encausado <sup>44</sup>.

## 8. El sujeto susceptible de error.

El concepto antes formulado de error supone la existencia de un sujeto apto para desarrollar el juicio crítico y hacerlo culminar con un resultado satisfactorio, es decir, con un sujeto idóneo para el ejercicio del proceso intelectual que importa el razonamiento y la formulación de un juicio que coincida con la verdad y que, por injerencia de determinados factores en ese proceso, éste ha sido desviado hacia la culminación de un juicio que sea opuesto a la verdad.

Por lo tanto, sólo un sujeto pensante puede cometer error porque sólo él puede ser sujeto de ese proceso intelectual.

Otras personas que el Derecho ha creado pero que no son físicas, como las personas jurídicas, no pueden cometer error; sí pueden cometerlo sus representantes en la transacción en que la prestación patrimonial hubiera tenido lugar.

Pero, lejos de ser ajeno a la preocupación de los autores argentinos, el tema ha inspirado una prosa plena de argumentos.

Y, en este orden, pueden señalarse los puntos de vista que han elaborado distinciones sobre la calidad de la víctima o han aceptado una especie de prototipo de hombre diligente con respecto al mínimo de diligencia que era exigible en situaciones que también respondían a esquemas prototípicos.

<sup>44</sup> C.C.C., Sala I, c. 20.755, "Gómez, Alberto B.", del 7/4/78.

Por una parte, la consideración de la eficacia del ardid respecto a una víctima concreta; por otra, la consideración de la eficacia del ardid respecto a una víctima razonablemente diligente.

Entendemos que si éstas van a ser las pautas de que se valga un intérprete para establecer cuándo la actividad del agente ha sido concretamente ardidosa o no, pueden resultar tan válidas como cualquier otra, pero no han de constituir por sí la regla interpretativa que permita establecer una exigencia especial, la exigencia de que el ardid, por ejemplo, debe ser tal que venza la diligencia de un sujeto medio ideal.

Ciertamente, lo que puede ser ardid para una víctima puede no serlo para otra, según el desarrollo intelectual o conocimientos especiales del caso, *pero ello no conmueve la regla de que en el tipo legal y en el concepto de ardid está la solución del problema, sino que la confirma.*

Así, se ha entendido que el enajenante de un inmueble que había suscripto boleto de compraventa, una de cuyas cláusulas aseguraba que la cosa estaba libre de todo gravamen, cuando en realidad tenía uno anterior, que había originado una ejecución, había cometido un embuste y un incumplimiento contractual de la promesa que formulara cuando, contando con el dinero recibido, no canceló el gravamen. Que, empero, no existía obligación legal de denunciar la hipoteca, pues el boleto no es una venta y sólo llegado el momento de escriturar debe revelarse la verdadera disponibilidad del bien y, aunque el proceder es incorrecto, no caben reproches penales. Que la mentira no ha escalado los peldaños que la convierten en engaño, pues no tiene aptitud fraudatoria, convirtiéndose en causa suficiente del despojo pues existe en el caso una verdadera orfandad de artificios. Que el adquirente, asimismo, tenía oportunidad de cerciorarse, en la medida habitual, lógica y acorde al caso, de las condiciones de disponibilidad del bien y hubiera bastado la elemental diligencia, medianamente exigible en operaciones de tal envergadura, con fines de previsión, cual es aquella que se traduce en el requerimiento del título dominial, a fin de ilustrarse acerca de la verdadera situación del inmueble. No cabe el derecho de deducir lesión patrimonial delictuosamente producida cuando el adquirente no se condujo con esa mínima precaución y diligencia, pues tratándose de una persona avisada, ha obviado los indispensables recaudos

en operaciones del tipo de la que iniciara. El engaño debe llevar la fuerza necesaria para vencer la credulidad de la persona elegida, al representar una fuerza superior a los medios de defensa individual <sup>45</sup>.

La Cámara Nacional de Casación Penal entendió que se había configurado el delito de estafa en el caso de un abogado que intervino después de celebrado un boleto por el cual el enajenante había prometido en venta un inmueble silenciando un embargo y simuló su cancelación, como también el otorgamiento de una escritura —falsa— idónea para lograr que el comprador pagase el saldo de precio <sup>46</sup>.

La conducta de quienes recaudan dinero con propósitos cuyo cumplimiento saben imposible desde el comienzo constituye un modo habitual de comisión de este delito.

Así, el caso del representante legal de una agencia de turismo cuando no ha realizado las reservas hoteleras y de pasajes y recibe dinero para la compra de los llamados “paquetes” y billetes requeridos por sus clientes y luego cierra las puertas de su local <sup>47</sup>.

En la misma actividad, fue condenado quien montó una agencia de viajes ficticia mediante alquiler de local, contratación de empleados, publicación de avisos, impresión de recibos con falsos números de inscripción tributaria, y así obtuvo sumas en carácter de reserva de paquetes turísticos <sup>48</sup>.

Se consideró que había cometido el delito quien se comportó como vendedor autorizado de una empresa percibiendo sumas por la suscripción de la solicitud de adhesión a un plan de ahorro previo para la compra de automóviles y las retuvo para sí <sup>49</sup>.

Fue condenado quien montó una agencia de automotores para engañar a los clientes que se presentaban, atraídos por la

<sup>45</sup> C.C.C., Sala VII, “Ricardi, Marcelo O.”, del 31/10/80, en “J.A.”, 1981-III-315.

<sup>46</sup> CNCas. Penal, Sala I, “Serra, R. J.”, del 3/2/99, en “J.P.B.A.”, 106-11.

<sup>47</sup> C.C.C., Sala VII, “Jackson Travel S. A.”, del 12/3/98, en “J.P.B.A.”, 104-23.

<sup>48</sup> T.O.C. n° 4, “Moya, J. L.”, del 24/9/97, en “J.P.B.A.”, 102-86. El caso tuvo la particularidad de que la agencia fue montada por el lapso del receso invernal con el fin de engañar a los interesados en viajar durante esa época para la que se ofrecían precios más bajos que los de plaza, por lo que se entendió que hubo asociación ilícita cuyo requisito de permanencia fue, así, satisfecho.

<sup>49</sup> C.C.C., Sala IV, “Sartres, A. P.”, del 4/2/98, en “J.P.B.A.”, 106-35.

publicidad gráfica, y se les vendía planes de financiación completamente falsos, quedándose con el dinero que aquéllos dejaban en concepto de reserva y, según el caso, con automóviles proporcionados en parte de pago, dilatando las entregas debidas hasta finalmente desaparecer<sup>50</sup>.

Se entendió que configuraba el ardid de este delito el desplegado por el jefe de contabilidad de la Sección Inversiones de un banco que convenció a conocidos suyos para que efectuaran inversiones en títulos públicos muy redituables entregando luego certificados con firmas apócrifas de operaciones en desuso y, por lo tanto, inexistentes, obteniendo para sí la disposición patrimonial que constituía el perjuicio para los inversores<sup>51</sup>.

Fue condenado por un tribunal oral como autor de estafa quien presentándose como gestor influyente ante las autoridades del Fondo Nacional de la Vivienda ofreció su intervención para lograr que se adjudicara un crédito obteniendo una suma de dinero con ese fin, pues tal prestación patrimonial fue determinada por aquel engaño cuya eficacia estuvo reforzada por la previa recomendación de un profesional y la presentación del propio agente como allegado a ámbitos de decisión política y hasta la exhibición de planos y folletos<sup>52</sup>.

Otro tribunal oral condenó a quien, en su condición de ganadero y empresario de gran solvencia, se ganó la confianza de su víctima de avanzada edad y lo interesó para que comprase un inmueble que no tenía facultades para vender, amén de que estaba gravado y sometido a juicio, y por el que percibió una importante suma.

Ponderaron entonces los sentenciantes que toda la maquinación constituyó la *mise en scene* del ardid estafatorio<sup>53</sup>.

Fue, asimismo, condenado como autor de estafa quien, a partir de la relación de confianza que tenía con la víctima, suscribió un boleto por el que le vendía a ésta un automóvil, recibiendo una parte del precio en ese momento y manifestándole mendazmente después que el rodado le fue sustraído por lo que nunca se lo entregó<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> T.O.C. n° 7, "Montero, A. R.", del 3/11/98, en "J.P.B.A.", 106-96.

<sup>51</sup> C.C.C., Sala V, "Torok, J. C.", del 11/3/97, en "J.P.B.A.", 103-28.

<sup>52</sup> T.O.C. n° 6, "Campero, M. A.", del 22/4/97, en "J.P.B.A.", 104-63.

<sup>53</sup> T.O.C. n° 25, "García Baena, R. S.", del 5/3/96, en "J.P.B.A.", 100-72.

<sup>54</sup> T.O.C. n° 3, "Gauthier, C. A.", del 2/6/98, en "J.P.B.A.", 107-53.

Se consideró configurada estafa en concurso ideal con falsedad ideológica la conducta de quien hizo suscribir una escritura hipotecaria como garantía de un mutuo a una mujer a la que hizo pasar como su esposa, de modo que los acreedores no pudieron ejecutar el bien porque la firma era apócrifa <sup>55</sup>.

También la de quien denunció el robo ciertamente cometido de un automotor pero con fecha falsa, lo que motivó el pago del asegurador por entender que estaba dentro del plazo habilitado para la denuncia <sup>56</sup>.

Los ardidés desplegados para obtener extracciones bancarias dan materia a gran cantidad de casos.

Un tribunal oral condenó también a quien presentó ante un banco cartas falsas como emanadas de una empresa cliente de la entidad —suscriptas con firmas imitativas de las allí registradas— y así obtuvo la transferencia de una suma de la cuenta de aquélla a la suya personal, de la que extrajo los fondos el mismo día <sup>57</sup>.

Otro, a la funcionaria del propio banco a cargo de las cajas de una sucursal, que mediante una boleta de extracción adulterada se apropió de una suma allí depositada <sup>58</sup>.

Uno menos frecuente fue el de quien registró en la entidad bancaria una firma cuya grafía difería de la que utilizaba normalmente en la institución y efectuó diversas extracciones de su cuenta, utilizándola para efectuar luego diversos reclamos por los faltantes <sup>59</sup>.

El indebido uso de la tarjeta de crédito ajena es una fuente de numerosos casos jurisprudenciales.

Se ha considerado que configura estafa la sustracción que el agente hizo de dicha tarjeta —junto con el documento de identidad— a una persona amiga, con la que efectuó diversas compras, quedando abarcada en el ardid la simulación de la firma estampada en cada uno de los cupones <sup>60</sup> y también el de

<sup>55</sup> C.C.C., Sala I, "Iglesias, J. J.", del 13/4/98, en "J.P.B.A.", 107-32.

<sup>56</sup> C.C.C., Sala VI, "Miguelez, E. H.", del 10/4/97, en "J.P.B.A.", 101-25.

<sup>57</sup> T.O.C. n° 29, "Paparella, S. A.", del 20/10/97, en "J.P.B.A.", 101-63.

<sup>58</sup> T.O.C. n° 25, "B. I.", del 27/11/97, en "J.P.B.A.", 102-87.

<sup>59</sup> T.O.C. n° 20, "Peri, M. A.", del 19/11/97, en "J.P.B.A.", 101-62. El Tribunal condenó por el delito en grado de tentativa ya que la maniobra no se concretó por la diligencia de los empleados del banco y descartó la aplicación del artículo 44.

<sup>60</sup> C.C.C., Sala VII, "Dziad, M. J.", del 16/7/97, en "J.P.B.A.", 105-30.

quien encontró una tarjeta y la usó para adquirir mercadería, consistiendo el despliegue ardidoso en aparentar solvencia <sup>61</sup>.

Por fin, en el marco del crédito, se ha declarado que configura el delito de estafa la conducta de quien, por una declaración de quiebra, estaba legalmente imposibilitado de cumplir los compromisos adquiridos y continuaba operando en el mercado, donde ocultaba su verdadero estado financiero y patrimonial <sup>62</sup>.

El principio de insignificancia o bagatela es ajeno a nuestro ordenamiento.

Así, se ha declarado que en nuestra legislación sólo en materia tributaria existen normas que establezcan montos para tipificar un determinado comportamiento o no y, no siendo de esa naturaleza el delito de estafa, el importe del perjuicio no obsta a su incriminación <sup>63</sup>.

Empero, un análisis más amplio de la cuestión puede llevar a su aceptación cuando se entiende que no existe afectación del bien jurídico.

Sin embargo, este peligroso criterio es generalmente descartado por nuestros tribunales.

Así, se lo desechó en el caso del taxista que dispuso conectar cables a una plaqueta a fin de enviar por este medio pulsos al reloj taxímetro y alterar su marcha para incrementar artificiosamente el valor del viaje cada vez que se oprimiera un pulsador <sup>64</sup>.

Respecto al momento consumativo, la Cámara Nacional de Casación Penal, en decisión dividida, resolvió con acertado criterio, a través del voto de los doctores Berraz de Vidal y Hornos, que se configuró estafa en grado de tentativa en el caso en que el agente desplegó una maniobra ardidosa encaminada a despertar la confianza del prestador del crédito, aparentando ser una persona diferente poseedora de una solvencia que le permitiría afrontar la deuda que se pretendía contraer <sup>65</sup>.

<sup>61</sup> T.O.C. n° 25, "Díaz Calle, C. A.", del 14/5/96, en "J.P.B.A.", 100-67. Se condenó por estafa en concurso con apropiación de cosa perdida.

<sup>62</sup> C.C.C., Sala VI, "Narváez Delmas, M.", del 26/5/98, en "J.P.B.A.", 107-33.

<sup>63</sup> C.C.C., Sala IV, "Bongiovanni, H. C.", del 30/11/98, en "J.P.B.A.", 107-31.

<sup>64</sup> C.C.C., Sala I, "D'Aversa, O.", del 18/10/96, en "J.P.B.A.", 102-22.

<sup>65</sup> CNCas. Penal, Sala IV, "Silveira, M. O.", del 12/2/99, en "J.P.B.A.", 107-10.



Para ello, usó un documento nacional de identidad ajeno y adulterado, exhibió recibos de sueldo que no le pertenecían, suscribió formularios con datos espurios con la intención de ser favorecido con un crédito que no era posible a su respecto.

En el caso hubo la misma disparidad de criterios de la Sala interviniente que en el caso “Ruisánchez Laures, Ángel”<sup>66</sup> unos tres años anterior, pues la doctora Capolupo de Durañona y Vedia entendió que la actividad del imputado constituía sólo un conjunto de actos preparatorios pues el comienzo de ejecución, según su punto de vista, empieza a partir del error cometido por el destinatario del ardid.

### **9. Desdoblamiento entre el titular del error y el titular del perjuicio. El caso de la estafa procesal.**

Como dijimos, la relación de causalidad que prevé el tipo legal de la estafa debe entablarse entre el ardid y el error como determinante de la prestación.

Siendo ésta el fundamento, la materialización y el objeto del perjuicio, debe establecerse si quien efectúa la prestación con la voluntad viciada por el error es también quien resulta perjudicado con ella; en otras palabras, si quien se equivoca engañado debe ser el mismo perjudicado.

La respuesta ha de ser negativa.

El nexo causal se entabla entre el ardid, el engaño y la prestación en cuanto son éstas actuaciones de los protagonistas del negocio en cuyo transcurso se comete el delito, pero el patrimonio efectivamente lesionado puede tener otro titular.

Tal es el caso de la estafa a las personas jurídicas, titulares del patrimonio afectado por la prestación que ha decidido su representante o habilitado para el negocio concreto, a raíz del error provocado por el ardid del autor.

También es el caso de la denominada “estafa procesal”, en que el agente despliega el ardid en un juicio destinado a provocar el error del juez, quien ordenará a la víctima, en su condena de dar, una prestación que menoscabe su patrimonio.

La Cámara Nacional de Casación Penal ha caracterizado la estafa procesal como un caso de desdoblamiento entre la víctima

<sup>66</sup> CNCas. Penal, Sala IV, citado en el punto siguiente.

del fraude y el ofendido por la defraudación; la víctima del fraude es el juez y el ofendido por la defraudación es la persona a la que afecta la sentencia o resolución judicial dispositiva de propiedad, que sería el eventualmente perjudicado por la disminución de su patrimonio <sup>67</sup>.

Requiere que la demanda se acompañe de artificio apto para inducir a engaño al órgano jurisdiccional, hipótesis inexistente cuando el actor obra en connivencia con el propio juez <sup>68</sup> pero presente cuando se invocan certificados de ingresos por importes notoriamente superiores a fin de obtener un pronunciamiento favorable en sede laboral <sup>69</sup>.

A su vez, ha entendido que para apreciar la idoneidad fraudulenta de la conducta debe atenderse a su propia calidad engañosa, sin que sea determinante la posibilidad de que el engaño se evite mediante un concienzudo contralor procesal por parte del juez o por la defensa o prueba de la contraparte <sup>70</sup>.

Ha sido descartada cuando no se ha presentado documentación supuestamente apócrifa y sí, en cambio, sólo existen términos a los que se denuncia como erróneos o falaces, extremos que serían materia de controversia a dilucidar en el propio expediente por los medios procesales pertinentes <sup>71</sup>.

También cuando hubo intimaciones mediante cartas-documento al domicilio constituido en el boleto de compraventa pues si era incorrecto debe ponderarse que la víctima aceptó voluntariamente lo que allí se consignaba habiendo podido cambiar ese domicilio mediante una notificación idónea a su contraparte, lo que no hizo <sup>72</sup>.

En cambio, un tribunal oral condenó a quien valiéndose de la copia de una cédula con fecha de recepción adulterada, que notificaba una regulación de honorarios, pidió la revocatoria del

<sup>67</sup> CNCas. Penal, Sala IV, "Andruchow, J.", del 17/2/98, en "J.P.B.A.", 102-5. En el caso se consideró que configuraba estafa procesal la conducta de un abogado —letrado apoderado de la parte actora— que presentó escritos de allanamiento a la demanda con firma falsificada de los demandados y, tras esa presentación, solicitó el dictado de sentencia.

<sup>68</sup> C.C.C., Sala IV, "Embon, P.", del 29/10/96, en "J.P.B.A.", 102-25.

<sup>69</sup> C.C.C., Sala VI, "Greco, F.", del 30/4/98, en "J.P.B.A.", 107-36.

<sup>70</sup> C.C.C., Sala IV, "Saráchaga de Landó, J. J.", del 11/5/98, en "J.P.B.A.", 106-12.

<sup>71</sup> C.C.C., Sala IV, "Zosso, J. A.", del 12/12/97, en "J.P.B.A." 106-38.

<sup>72</sup> C.C.C., Sala V, "D'Aquila, R. J.", del 21/10/98, en "J.P.B.A.", 106-39.

auto que rechazó por extemporánea la apelación interpuesta contra aquélla.

Lo hizo entendiendo que el delito había quedado en grado de tentativa ya que el juez, ante la presentación del escrito, compulsó las planillas de la Oficina de Notificaciones pudiendo constatar la adulteración y rechazando, consecuentemente, la revocatoria <sup>73</sup>.

El ardid debe reunir las mismas calidades precedentemente ponderadas.

Así, no lo constituye la pretensión del cobro de lo no debido, ni la de cobrar lo ya satisfecho o intentar el cobro de una suma mayor a la adeudada o la iniciación de acciones judiciales, aun cuando se sustentaren en inexactitudes, afirmaciones mendaces o hechos inexistentes <sup>74</sup>.

En el mismo sentido, se ha afirmado que no es estafa procesal demandar judicialmente lo que no se debe ni oponerse al pago de lo que se debe, pues, siendo tan sólo una modalidad de la estafa, reclama la existencia del astuto despliegue de medios engañosos, ausente en el caso en que la querellada se limitó a haber recibido la totalidad de los pagos que el actor adujo haberle realizado <sup>75</sup>, exceptuándose el caso en que se presenten pruebas falsas que puedan llevar al magistrado a dictar un pronunciamiento erróneo <sup>76</sup>.

Se ha considerado que el delito se configuró en el caso en que la procesada que contrajo segundo matrimonio sin estar disuelto el primero y adoptó una niña inscribiéndola como hija propia, se presentó a la sucesión con la partida de matrimonio ideológicamente falsa en procura del acervo hereditario <sup>77</sup>, como también

<sup>73</sup> T.O.C. n° 9, "Birritella, F.", del 21/5/97, en "J.P.B.A.", 101-64.

<sup>74</sup> Conf. C.C.C., Sala I, c. 24.929, "Sola, Miguel A.", del 29/9/81. En el caso se declaró que no configuraba ardid o engaño en los términos del artículo 172, Cód. Penal, la circunstancia de que en la demanda laboral se hubiera silenciado la actuación que le cupo a un apoderado que habría percibido parte del crédito ni que se hubiera avalado la reclamación con el contenido de un telegrama intimidatorio sin transcribir el nombre de su remitente; se citaron los siguientes casos: Sala I, c. 24.284, del 10/3/81, 24.852, del 10/3/81, y 24.853, del 11/9/81, y los fallos citados por Carlos J. Rubianes en el *Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, t. II, págs. 991, y ss.: n°s 200, 203, 205, 206, 208 y 210; t. IV, pág. 310, n° 206, y t. V, págs. 347 y ss.: n°s 200, 203, 204 y 207.

<sup>75</sup> C.C.C., Sala II, c. 25.885, "Chiarini de Fasce", del 9/10/81.

<sup>76</sup> C.C.C., Sala III, c. 14.882, "Lovari, Gerardo", del 30/10/81.

<sup>77</sup> C.C.C., Sala V, c. 13.865, "Soko, Aída E.", del 25/8/81.

cuando el procesado promovió dos juicios ejecutivos sobre la base de títulos en que el origen de la deuda aparece espurio; se han falsificado firmas de actores en varios escritos, intervenía el mismo procesado como martillero con el único fin de lograr el remate de dos inmuebles en perjuicio de su esposa <sup>78</sup>.

También en los tiempos más recientes es unánime el correcto criterio que descarta la configuración de la estafa procesal cuando sólo se pretende el cobro de lo no debido, sin que haya falsedad en la base misma de la prueba capaz de inducir a error al magistrado <sup>79</sup>, o una suma mayor que la debida, como cuando se presentaron fotocopias auténticas de una sentencia dictada en sede laboral y de liquidaciones consentidas y fue precisamente el demandado quien omitió agregar un recibo, por lo que no puede alegar su torpeza <sup>80</sup>.

Asimismo se consideró atípico el quehacer cuando no se comprobó la falsificación del título que se pretendía ejecutar porque la falsedad es el presupuesto necesario <sup>81</sup> o cuando se desconoció el recibo acreditante del pago en un pedido de quiebra <sup>82</sup>.

Una singular aplicación de los principios pacíficamente admitidos sobre la relación causal entre el ardid, el error y el perjuicio en el tipo legal de la estafa, con posible desdoblamiento entre la víctima del error y la del perjuicio, efectuó nuestra Cámara Federal en el caso en que la hija de la encargada de un edificio donde funciona un juzgado, aprovechando su facilidad de ingreso, efectuó diversas llamadas telefónicas a otro país suministrando a la operadora un falso nombre <sup>83</sup>.

El voto rector del doctor Arslanian señaló: "...Hay consenso en nuestra doctrina... que para la configuración del delito de estafa debe mediar una relación causal entre el ardid o engaño, el error generado por éste y la disposición patrimonial perjudicial que se deriva del vicio de la voluntad...".

Y refiriéndose al caso: "...la enjuiciada no se valió de ardid o engaño alguno ni, consecuentemente, produjo error en quien

<sup>78</sup> C.C.C., Sala V, c. 12.603, "Aguilar Zubelza", del 26/8/80.

<sup>79</sup> C.C.C., Sala VI, "Darriba, W.", del 20/8/98, en "J.P.B.A.", 104-25.

<sup>80</sup> C.C.C., Sala IV, "Plana, R.", del 19/2/98, en "J.P.B.A.", 102-20.

<sup>81</sup> C.C.C., Sala VI, "Ferdkin, J.", del 20/2/97, en "J.P.B.A.", 103-29.

<sup>82</sup> C.C.C., Sala VI, "Susini, H.", del 3/9/96, en "J.P.B.A.", 101-29.

<sup>83</sup> CNFed. Crim. y Correc., Sala I, "Wilson, Mónica L.", del 8/6/84, en "L.L.", t. 1985-A, pág. 134.

debía efectuar la prestación del servicio. Se limitó tan sólo a utilizar —bien que indebidamente— los aparatos telefónicos para requerir las llamadas, sin necesidad de artificio alguno ni de engaño típicamente relevante... No es posible, pues, atribuir la prestación del servicio a error alguno por parte de la empresa telefónica...”

Concluye en la imposibilidad de encuadrar el comportamiento en el hurto —lo que le resultaría inaceptable porque la comunicación telefónica no es una cosa mueble— y, en definitiva, en tipo legal alguno, por lo que lo consideró atípica.

Expresamos nuestro absoluto disenso con el razonamiento.

Entendemos que existe el despliegue de un ardid, el mismo de quien se sienta a la mesa de un restaurante y se hace servir o se hospeda en un hotel y a su salida paga con un cheque librado en formulario ajeno o con una tarjeta de crédito acompañada con un falso documento de identidad.

*El despliegue del ardid consiste en requerir el servicio*, lo que hace presumir la existencia de medios para oblarlo, porque así como no se puede pretender que el dueño de un restaurante exija solvencia al cliente antes de hacerle servir la comida, tampoco se le puede requerir a la empresa prestadora del servicio telefónico —sujeto pasivo del error— que consulte la identidad de quien pide la comunicación para establecer si es el usuario a quien se la va a cobrar o alguien por él autorizado o, en cambio, el impostor que utilizó la facilidad del acceso al inmueble. Su diligencia sólo puede limitarse a la que observa: comprobar que el llamado se efectúa desde línea habilitada para saber quién es el deudor del servicio (sujeto pasivo del perjuicio).

Pedir una comunicación desde determinada línea es, a nuestro juicio, un ardid por la presunción de uso debido de aquella, presunción que no puede materialmente ser destruida por indagación fehaciente alguna.

Similar objeción nos merece otro decisorio del mismo Tribunal, en que tampoco entendió que hubiera estafado quien efectuó una conexión clandestina para utilizar un servicio telefónico ajeno <sup>84</sup>.

El voto mayoritario del doctor Gil Lavedra señaló que los tres elementos que componen el delito de estafa: ardid, engaño

<sup>84</sup> CNFed. Crim. y Correc., Sala I, “Ferrari, Oscar”, del 8/6/84, en “L.L.”, t. 1985-A, pág. 137.

y perjuicio "...deben estar enlazados por una particular e íntima vinculación, que no debe confundirse con la mera relación causal física... La conexión subrepticia que efectuó el procesado para usar el servicio telefónico de otro —afirmó— no ocasionó en el caso ningún error típico en la damnificada que, por el contrario, ignoraba la existencia de esa maniobra. Aun cuando se considere que sufrió una lesión patrimonial al pagar la factura... dicha señora pagó voluntariamente sin saber que Ferrari le estaba utilizando el servicio, pero no lo hizo en virtud o como consecuencia de la conducta de éste..."

Las afirmaciones del fallo nos parecen inaceptables pues la empresa telefónica entiende que quien usa el servicio es el titular de la línea o las personas a quien ésta autoriza: la conexión clandestina, ardidosamente, así se lo hace entender y por eso a aquél le impone el pago.

Resulta, pues, casi irritativo afirmar, como lo hace el Tribunal, que "no se hace como consecuencia de la conducta" del temerario agente, correspondiendo preguntar, entonces, a consecuencia de qué se hace.

Lo cierto es que el singular criterio de la Cámara Federal de la Capital se aplicó en otros casos con apoyo en las decisiones glosadas <sup>85</sup>.

Se entiende que la estafa procesal queda consumada en el momento en que el juez es inducido a error en la sentencia por el ardid impreso por los litigantes <sup>86</sup>.

También en esta materia, la Cámara Nacional de Casación Penal ha analizado el comienzo de ejecución atendiendo a los elementos constitutivos del delito y a la presente modalidad de perpetración usando el órgano jurisdiccional del Estado.

Así, en el caso "Ruisánchez Laures, A." <sup>87</sup> los votos divididos de los integrantes de la Sala IV ponderaron dos aspectos diferentes.

El de la mayoría, integrado por los doctores Berraz de Vidal y Hornos, sostiene que quien efectúa la presentación tendiente

<sup>85</sup> CNFed. Crim. y Correc., Sala I, "Galván, Oscar M.", del 28/2/86, en que el encargado del edificio alteró las líneas de la caja terminal del inmueble logrando que las llamadas efectuadas desde la línea instalada en un departamento desocupado fueran registradas en la cuenta del titular de otro ("L.L.", t. 1986-C, pág. 214).

<sup>86</sup> C.C.C., Sala II, c. 23.120, "Zeinta, Manuel", del 2/11/79.

<sup>87</sup> CNCas. Penal, Sala IV, del 26/6/96, en "J.P.B.A.", 107-9.

a engañar al juez hace lo necesario para procurar un daño y provecho completando la consumación subjetiva por lo que, si no lo logra por causas ajenas a su voluntad, la estafa queda en grado de conato. Que el delito requiere un fraude en los elementos que deben motivar la decisión judicial respondiendo al esquema técnico de la estafa que descansa en tres pilares: el fraude, la inducción a error a través de aquél y una disposición patrimonial desvaliosa consecuencia de la activación del primero y de la "sumersión" <sup>88</sup> en el segundo.

El de la minoría <sup>89</sup> entendió que, aunque el error integra el engaño, es el elemento subjetivo que posibilita la disposición patrimonial, por lo que todos los actos anteriores son preparatorios, los subsiguientes integran la tentativa, mientras el delito sólo se consuma con la entrega del objeto material.

Como consecuencia de tal criterio, la jueza opinante consideró que la sola presentación de un engaño —a través de un documento falso— por más agresivo que sea, sin el correlativo error, sólo sería un acto de esa categoría impune.

Concebimos inadmisibles trasladar el comienzo de ejecución al momento en que el juez yerra a raíz del engaño desplegado por el autor.

Ello supone olvidar que comienza a ejecutarse cuando los actos pueden ser definidos por el verbo que es núcleo del tipo legal.

Cuando el sujeto pasivo del ardid comete el error ordenando la disposición patrimonial a la víctima, el perjuicio está producido porque el agente ha obtenido un título que menoscaba el patrimonio de aquélla constituyendo una obligación que lo grava aun antes de hacerse efectivo.

En otro orden, entendemos que un inobjetable criterio interpretativo de esta modalidad de la estafa es el que descarta su configuración cuando quien aporta el documento falso no es el actor al iniciar el juicio, sino el demandado como argumento defensivo en procura de enervar una deuda preexistente <sup>90</sup>.

<sup>88</sup> El término fue usado en el voto, según reproducción en "J.P.B.A." citada.

<sup>89</sup> Representada por la doctora Ana María Capolupo de Durañona y Vedia.

<sup>90</sup> C.C.C., Sala I, "La Rosa, J.", del 22/10/97, en "J.P.B.A.", 102-27. Se citó "Guezugutichian, Esteban", del 30/10/95, en "J.P.B.A.", 97-25.

El criterio opuesto ha sustentado, empero, algunas decisiones judiciales, como en el caso del ejecutado en un juicio hipotecario que presentó recibos falsos provocando la suspensión del proceso e interrumpiendo, así, su trámite normal con grave perjuicio para la actora que se vio privada de reencontrarse con el monto de su crédito <sup>91</sup>.

Consideramos que concebir como estafa procesal estos supuestos de defensas basadas en instrumentos apócrifos importa formular un juicio de tipicidad apoyado sólo en los efectos del comportamiento y descuidando el análisis de los componentes que deben reconocerse en la descripción objetiva.

La estafa procesal es, ante todo, una estafa y para que se configure deben estar presentes sus elementos integrantes: ardid, inducción a error mediante su despliegue y perjuicio patrimonial que sea su consecuencia.

Cuando el demandado opone al progreso de la acción instrumentos falsos, *quiere engañar al juez para que no lo condene al cumplimiento de la obligación, no para lograr la disposición patrimonial que menoscabe a otro.*

Y esta última integra el delito.

#### **10. La estafa como tipo penal abierto. Los supuestos de ardid o engaño enumerados en el tipo legal.**

Como ya dijimos, la enumeración de ardid es meramente ejemplificativa en el tipo penal que estudiamos, el que tiene la estructura propia de los tipos penales abiertos.

En éstos, la descripción de la conducta responde perfectamente a las exigencias emanadas de los principios constitucionales de legalidad y de reserva por la precisión con que están definidos todos sus elementos, sin fórmulas genéricas que dejen librados al capricho del intérprete la subsunción de un comportamiento.

Esto sería fulminado como consecuencia del principio de reserva, al no poderse conocer con precisión qué es lo que está prohibido y, por lo tanto, hasta dónde llegan los confines de la libertad individual.

<sup>91</sup> C.C.C., Sala VI, "Rodríguez Casal, O.", del 25/6/97, en "J.P.B.A.", 104-24.



Pero, a diferencia de la mayoría de los tipos legales, que son “cerrados” porque no admiten posibilidad de apertura hacia situaciones que no sean minuciosamente enumeradas, en los llamados “tipos legales abiertos”, *una cláusula permite su extensión a casos semejantes a los enumerados, siempre que sea posible su adecuación a los elementos estrictos de esa cláusula de apertura.*

Así, “cualquier otra condición análoga” —a la servidumbre— en el caso del artículo 140 del Código Penal, constituye ejemplo de cláusulas de esta índole en tipos legales que definen estrictamente los comportamientos amenazados con la pena.

“Cualquier otro ardid o engaño” importa que la maniobra pueda ser cualquiera, parecida a las enumeradas, pero no la que se le antoje al intérprete calificar como tal, sino la que sea “ardid o engaño”.

Se trata de casos en que el legislador debe dar una idea de la gravedad de un comportamiento que admite graduación, y como ello depende de circunstancias peculiares, teme a la pura fórmula generalizadora.

El intérprete deberá cerrar el tipo en el caso concreto, pero recurre a la vía del ejemplo para que la norma sea cabalmente representativa.

Se puede discutir si es correcto encuadrar a este tipo de la estafa entre los tipos legales abiertos, los que no resultan descripciones deseables a luz de las severas interpretaciones de los principios de legalidad y de reserva <sup>92</sup>.

Éstos, como fundamento de la función garantizadora del tipo legal, imponen una técnica descriptiva de las conductas amenazadas con la pena, que se distingue por la mayor minuciosidad en la letra definitoria del comportamiento prohibido, lo que conlleva el ideal de los tipos absolutamente cerrados.

Empero, nadie discute que en el caso de la estafa, haya razones diferentes de la exigencia apuntada que expliquen y justifiquen esta estructura hartamente repetida en las legislaciones.

<sup>92</sup> Verdadero ejemplo de tipo penal abierto es, en nuestra ley penal, el del artículo 140 del Código Penal: “...el que redujere a una persona a servidumbre, o a otra condición análoga...”, y los tipos culposos en que no se describe la acción sino los modos torpes de ejecutarla y que se cierran con la norma de cuidado propia de cada actividad.

## 11. Los ardidés enumerados.

Nos referimos, empero, brevemente a cada uno de los ardidés enumerados como ejemplo, con los alcances que acaban de analizarse.

### a) *Nombre supuesto.*

Es el uso, por parte del autor, de un nombre que no es el propio.

Mas debiendo considerarse que el “nombre supuesto” debe constituir un “ardid o engaño”, no es el mero cambio del nombre el que lo constituye, sino que ello ha de responder a la atribución que la víctima pueda hacer de calidades determinadas al nombre falso porque esas calidades van a ser el artificio causante del engaño.

La doctrina apunta que el uso del propio nombre puede constituir este ardid cuando se hace creer a la víctima que se trata del homónimo cuyas calidades inspiren una especial confianza o cuyas funciones o posibilidades permitan la adopción de determinada medida o actitud <sup>93</sup>.

Así, si Augusto Keng, homónimo del intendente de la ciudad, que ése es su verdadero nombre, convenciera de que se trata de este último funcionario afirmando que es quien va a establecer el área de expropiaciones para persuadir a la víctima de que compre un inmueble que la opinión pública sabe que va a ser objeto de la medida, actuaría con ese ardid.

En cambio, el hecho de que Juan Carlos Fuertes se presente como Daniel Sierra, siendo ambos desconocidos a la víctima y no vinculándose con la razón eficiente de una prestación, constituiría una mentira respecto a la identidad de quien así obra, intrascendente como fundamento de la prestación de otro, que la hubiera efectuado por igual a Sierra que a Fuertes.

### b) *Calidad simulada.*

Siendo *calidad el conjunto de las características que distingue a una persona*, ese contexto se evalúa en la relación entre el individuo y el grupo en que actúa.

<sup>93</sup> Conf. Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 117; Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, 121-9.

Al simularse esa calidad no tiene por qué tratarse de la totalidad de aquellas cualidades, sino que sólo interesan las que sean trascendentales para determinar la prestación de la víctima.

El sujeto activo no debe tener esa concreta cualidad que invoca y de cuya titularidad convence a la víctima en el momento en que lo hace, por lo que se subsumirá en este ardid tanto aquel que así actúa, aunque la hubiera tenido en el pasado, como quien tuviera perspectiva cierta de tenerla en el futuro.

Se ha declarado que comete estafa quien simulándose general de brigada exonerado obtiene repetidamente de su novia dinero para las gestiones de reincorporación, mediando, junto a la mentira, actos positivos que la refuerzan <sup>94</sup>.

También quien obtuvo dinero de la víctima, pues ésta lo creía abogado ya que le otorgaba recibos para gastos de juicio en un papel membretado de estudio jurídico en el que aparecía impreso su nombre.

Entonces declaró el Tribunal: "...Y si bien esto no significa autotitularse abogado, lo cierto es que genera un equívoco. El ardid no necesariamente consiste en su variante de calidad simulada —señaló— en ostentar un título, *sino que basta con crear una situación en que la calidad se descuenta por usual...*" <sup>95</sup>.

### c) *Falsos títulos.*

Un título, en cuanto certificación de estar habilitado para ejercer determinada actividad de cualquier índole que sea, constituye una cualidad especial de la persona que se integra en ese contexto de la *calidad simulada* a que antes nos hemos referido.

También, si se trata de obtener una prestación para la cual el título de médico, de abogado o de ingeniero resultan indiferentes, y cualquiera sea el que realmente tuviera el agente, la prestación hubiérase efectuado de la misma manera, la invocación falsa de aquéllos no constituirá el ardid que se ejemplifica.

Debe tratarse de un título que haya sido el fundamento y la razón eficientes de la prestación rendida por la víctima.

<sup>94</sup> C.C.C., Sala V, c. 7509, "Pérez Arenas, Enrique D.", del 8/7/76.

<sup>95</sup> C.C.C., Sala VI, c. 11.239, "Tarragona, R. N.", ya citada en este Capítulo, punto 6.

**d) *Influencia mentida.***

La influencia de que ha de valerse el agente en su tarea persuasiva sobre la víctima es la existencia de cualquier poder, valimiento, autoridad con relación a otras para obtener algo que aquélla tenga interés en lograr, y que, en realidad, no tenga como lo anuncia.

**e) *Abuso de confianza.***

La actividad del agente ha de consistir en inspirar a la víctima un sentimiento que le haga depositar en aquél la seguridad de una actuación para la que no requiere adoptar mayores cuidados o diligencia.

El error que determine su prestación debe estar fundado en ese sentimiento que el autor ha de saber forjar.

**f) *Aparentamiento de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación.***

En el caso, lo que el agente causa es el *aspecto exterior* provocador de una verosimilitud o probabilidad haciendo que parezca existir lo que verdaderamente no existe.

Pero ello determina que la actividad esté alejada de las puras alegaciones verbales, y la opinión equivocada de la víctima ha de ser la consecuencia de actos o de circunstancias provocadas que hagan suponer la falsa solvencia.

Los objetos de la apariencia enumerados por la ley comprenden tanto las cosas como las actividades generadoras de recursos económicos o las posibilidades ciertas de obtenerlos.

Se ha considerado que se aparentó bienes, consiguiendo de la víctima una disposición patrimonial perjudicial viciada por error o engaño, cuando se entregó un cheque falsificado en pago de mercaderías adquiridas y de servicios prestados <sup>96</sup>.

El uso de servicios genera la presunción de que se tienen los medios para pagarlos porque es habitual que no pueda requerirse la prueba de la solvencia momentánea del usuario para sufragar los gastos que causa.

Así se consideró configurado el delito de estafa, también llamada doctrinariamente "estafa de servicios" o "defraudación

<sup>96</sup> C.C.C., Sala I, c. 24.943, "Tórtora Morales", del 21/8/81.

de servicios o alimentos” o “petardismo” en el caso de quien suscribió un cheque perteneciente a una libreta ajena, estampando en él su firma, dándolo en pago del hospedaje que adeudaba.

Dijo entonces el Tribunal: “...se aprovechó de la circunstancia de que los servicios prestados son de naturaleza tal que la práctica hace que no se cobren por adelantado, sino después de haber sido obtenidos...”<sup>97</sup>. Y en el mismo sentido, se declaró:

“El alojamiento en un hotel conlleva la virtual afirmación, atribuible al que utiliza los servicios, de que tiene el propósito de pagar éstos y posee los medios suficientes para hacerlo. Si, en cambio —sostuvo el Tribunal— el pasajero se retira subrepticamente dejando la cuenta sin cancelar, su conducta puede ser constitutiva del delito de estafa...”<sup>98</sup>.

El llamado “petardismo” ha sido recientemente objeto de decisiones incriminatorias que lo consideraron configurante del delito de estafa.

Así se lo concibió en el caso de quien intentó pagar con cheque espurio la comida que había consumido en un restaurante y se dio a la fuga ante la negativa del dependiente a recibirlo<sup>99</sup>; o en el de quien, por consumo de bebidas, entregó otros rechazados por denuncia de robo y por cuenta cerrada.

Con indiscutible acierto, se descartó la defensa de que se hubiera otorgado crédito para saldar la deuda<sup>100</sup>.

También en el de quien meramente se fue sin abonar la consumición efectuada en el festejo de un cumpleaños.

Entonces el tribunal oral interviniente ponderó que los usos y costumbres hacen presumir que cuando un grupo de personas ingresan a un restaurante para festejar su cumpleaños su intención es abonar la cuenta, no siendo exigible que un comerciante se asegure previamente de la efectiva capacidad de pago e intención de hacerlo<sup>101</sup>.

El mismo tribunal interviniente llegó a igual conclusión en un caso en que el agente usufructuó los servicios de un hotel

<sup>97</sup> C.C.C., Sala III, c. 19.422, “Chalabe, I.”, del 17/9/85, en “BJCNACC”, año 1985, n° 3, pág. 175.

<sup>98</sup> C.C.C., Sala VII, “Rodríguez, Bernardo”, del 26/3/86, en “L.L.”, t. 1986-C, pág. 312.

<sup>99</sup> C.C.C., Sala VII, “Ferreyra, A.”, del 21/4/98, en “J.P.B.A.”, 104-19.

<sup>100</sup> C.C.C., Sala I, Calderón, S. F.”, del 17/7/97, en “J.P.B.A.”, 105-28, con cita del fallo plenario “Franco, Roberto C.”, publicado en “J.P.B.A.”, 83-169.

<sup>101</sup> T.O.C. n° 25, “Ferrari, E. D.”, del 27/6/96, en “J.P.B.A.”, 100-68.

aparentando solvencia económica a través de la entrega, en pagos parciales, de cheques de terceros <sup>102</sup>.

Una generalizada interpretación jurisprudencial sostiene que el pago con cheque de fecha diferida en relación a la obligación que se cancela no configura estafa por no haber mediado apariencia de bienes y porque en esas condiciones la aceptación de tal documento importa la concesión de un crédito. Empero se ha declarado que este principio cede en aquellos casos en que el lapso entre la transacción y la fecha del cheque es muy breve y también cuando en pocos días se concretan numerosas compras de mercadería a crédito procediendo luego a llevarse lo adquirido o el producto de las ventas y a cerrar aceleradamente el negocio <sup>103</sup>.

En cambio, quien entrega cuatro cheques en pago de mercaderías, con conocimiento de que no podían ser cobrados por hallarse la cuenta cerrada, estafa porque una entrega en esa situación constituye el ardid que indujo en error a la damnificada, produciéndose el perjuicio patrimonial con la entrega de la mercadería.

No corresponde aplicar el artículo 302, pues su texto indica que será aplicable en tanto no concurren las circunstancias del artículo 172, dándose una relación subsidiaria entre ambos.

Tal lo declarado por nuestra Cámara en sabia decisión fundada en un razonamiento a menudo olvidado, que ha convertido a esta conducta estafatoria en una de las más frecuentes con vasta incidencia en la actividad comercial del país (C.C.C., Sala II, del 7/5/85, "Díaz, Manuel", en "Doctrina Judicial", t. 1986-1, pág. 704, n° 32).

Con este mismo criterio, se consideró estafa la entrega y canje por dinero efectivo de un cheque librado por terceros contra un Banco del exterior, incobrable por falta de fondos (C.C.C., Sala IV, del 19/6/86, "Szmulewicz, Jorge F.", "Doctrina Judicial", t. 1987-2, pág. 188, n° 14).

No es generalmente admitida la llamada "estafa de crédito", habiéndose considerado, empero, que el delito se configuró en los casos en que aparentó solvencia ante una entidad crediticia en procura de un préstamo sólo cuando las firmas falsas

<sup>102</sup> T.O.C. n° 25, "Livello, M. F.", del 21/12/96, en "J.P.B.A.", 100-69.

<sup>103</sup> C.C.C., Sala I, "Felicciotti, Fortunato M.", del 11/10/79, en "J.A.", 1980-III-611.

del endosante, avalista o codeudor, insertas en la respectiva obligación son las que han movido al sujeto pasivo a desprenderse del bien <sup>104</sup>.

El eje de la cuestión radica en establecer si el cheque, materia de la maniobra supuestamente ilícita, ha sido o no determinante de la contraprestación.

Si tenía fecha posdatada o se otorgó tiempo después, la víctima había concedido implícitamente un crédito por lo que el comportamiento resulta encuadrable en el artículo 302, entendiéndose en la mayoría de estos casos que no hubo despliegue de ardid acerca del real estado patrimonial en la cuenta sino que, por el contrario, al suscribir los cheques con fechas posteriores, el librador ponía en evidencia que los fondos de aquélla eran por entonces insuficientes, por lo que necesitaba un plazo de espera <sup>105</sup>.

Se consideró estafa la entrega de cheques a cambio de mercaderías, a sabiendas de que serían rechazados porque la cuenta estaba a la orden conjunta de dos personas y sólo fueron librados por una, sin que la falta de cuidado de la víctima enerve esa conclusión <sup>106</sup>.

También la de quien denunció falsamente el extravío de cheques y así obtuvo el libramiento de otros en su reemplazo poniéndolos en circulación en su totalidad <sup>107</sup>; y la de quien entregó otros apócrifos por operaciones efectuadas ocultando las irregularidades de la cuenta, que no estaba a nombre del librador y había sido renovada suplantando la identidad del titular <sup>108</sup>.

A la misma conclusión se llegó en uno de los casos, harto frecuentes y envilecedores de las relaciones comerciales, en que se obtienen cantidades de dinero con conocimiento previo de que no se pagarán pues el mismo día el librador efectúa ante la policía una denuncia de extravío y da orden de no abonar el cartular <sup>109</sup>.

<sup>104</sup> C.C.C., Sala V, "Carrera, Julio R.", del 23/11/79, en "J.A.", 1980-I-219.

<sup>105</sup> C.C.C., Sala I, "Biondi, J.", del 3/7/97, en "J.P.B.A.", 105-29; Sala VII, "Ferrari, R. H.", del 21/10/97, en "J.P.B.A.", 103-25; Sala VI, "Larraburu, J.", del 23/2/98, en "J.P.B.A.", 104-20; Sala VI, "Goyeneche, T.", del 18/6/98, en "J.P.B.A.", 105-23.

<sup>106</sup> C.C.C., Sala I, "Ledesma, D. R.", del 5/7/96, en "J.P.B.A.", 102-21.

<sup>107</sup> C.C.C., Sala VII, "Paissanidis, S. J.", del 17/7/98, en "J.P.B.A.", 105-31.

<sup>108</sup> C.C.C., Sala VI, "Cosenza, N.", del 29/8/97, en "J.P.B.A.", 105-27.

<sup>109</sup> C.C.C., Sala VII, "Naspleda de Cordano, H.", del 3/11/98, en "J.P.B.A.", 105-30/31.

La repetición de esta conducta, verdadero hábito de una cantidad de contratantes que esgrimen los argumentos de la necesidad y de las dificultades del crédito bancario para cumplir sus compromisos, representa ni más menos que la reiteración del delito de estafa.

Lamentablemente, pocos tribunales siguen el sabio criterio de que la entrega de cheques, sabiéndolos incobrables, no es un mero incumplimiento de contratos civiles sino el delito que estudiamos porque constituye el ardid idóneo para perjudicar a las víctimas obteniendo una prestación a cambio <sup>110</sup>.

<sup>110</sup> C.C.C., Sala I, "Borda, D. D.", del 10/10/96, en "J.P.B.A.", 102-23.



## CAPÍTULO VIII

### EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN EN LA SUSTANCIA, CALIDAD O CANTIDAD DE LAS COSAS QUE SE ENTREGAN

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El primero de los casos especiales de defraudación descrito por la ley es el de quien “defraudare a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio” (inciso 1° del artículo 173 del Código Penal).

Constituye uno de los preceptos que no ha sufrido modificaciones en la evolución histórica de nuestra ley penal.

Descrito en el Proyecto Tejedor con una fórmula que sólo reconocía diferencia en las fuentes de la entrega, pues estaba previsto sólo “el título obligatorio”, agregóse “el contrato” en el Proyecto de 1891.

Tejedor reconocía, a su vez, su fuente en el Código Penal español de 1848, que en la rúbrica “Estafa y otros engaños” preveía la conducta en términos muy semejantes a los usados por nuestro codificador.

Y en la legislación española ha pasado sin variantes a constituir la redacción del actual artículo 528, que sólo prevé el “título obligatorio”. Señala las penas de presidio mayor, presidio menor y de arresto mayor, según el monto del perjuicio causado por el delito.

Sin embargo, la otra fuente del Proyecto Tejedor, el Código del Perú, ha sufrido una modificación semejante a la de nuestra ley, y actualmente el artículo 245, inciso 1°, del Título VI, “Estafas y otras defraudaciones”, tiene una redacción igual a la del Código Penal argentino, es decir, expresa “en virtud de contrato o de un título obligatorio”.

En el párrafo 8, "Estafas y otros engaños", del Código Penal de Chile —artículo 467— se describe la conducta como en el Código Penal español de 1848 y en el Proyecto Tejedor, es decir, previéndose sólo "un título obligatorio", fijándose tres penas de diferente gravedad, según el monto de lo defraudado.

Idéntica fórmula es también seguida por el Código de Defensa Social de Cuba —artículo 549, del capítulo V, "Estafa, chantajes y otros engaños"—, el que, como el Código chileno, establece penas con tres órdenes de gravedad creciente, según el monto del perjuicio.

Enorme latitud, en cambio, se observa en la fórmula del Código Penal del Brasil, cuyo artículo 171 en su apartado IV —fraude en la entrega de la cosa— reprime con la misma pena prevista para el estelionato a quien "defrauda sustancia, cualidad o cantidad de cosas que debe entregar a alguien" <sup>1</sup>.

Los términos estrictos en la descripción de esta conducta resultan notoriamente beneficiosos porque, tal como se insistirá al analizarse la acción definitoria, las pautas han de alejar al intérprete de los límites —que a veces pueden ser confusos— con el puro incumplimiento contractual.

No puede dejar de destacarse ese criterio que con alguna frecuencia se observa en la legislación comparada, especialmente en códigos latinoamericanos, como los mencionados, que fijan la pena conforme a la cuantía del perjuicio, criterio que reconoce su fuente en el Código Penal español de 1848. Comentaristas de la ley española señalan que teniendo la distribución de los bienes de consumo en la época de redacción originaria del precepto, caracteres muy distintos de los que tiene en la actualidad, en que una sociedad de masas tiene acceso a los que antes estaban reservados a una minoría, por la vía de pequeñas mermas de peso o calidad se cometen fabulosas defraudaciones, lo que impondría el recurso represivo de fuertes sanciones pecuniarias e inhabilitaciones <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El mencionado precepto figura en el capítulo VI, "Del estelionato y otros fraudes".

<sup>2</sup> José María Rodríguez Devesa, *Derecho... Parte especial*, pág. 451, con cita de Antón Oneca, en cuanto éste afirma que el delito que analizamos es una de las estafas más frecuentes y menos perseguidas.

## 2. La acción.

El verbo definitorio es *defraudar*, es decir, el mismo verbo que define la acción de la estafa, por lo que correspondería remitirse al estudio formulado en el Capítulo VII, 3.

Esta remisión resultaría suficiente si no fuera por la imperiosa necesidad de insistir en el aserto de que lo que se incrimina no es la entrega de sustancias, cantidades o calidades diferentes de las prometidas, lo que sería el mero incumplimiento de las prestaciones debidas para el que está reservada la sanción civil.

Mientras la estafa consiste en *privar infielmente de algo a la víctima obteniendo su prestación mediante el ardid o engaño*, la conducta que nos ocupa consiste en efectuar *la misma modalidad infiel de privación obteniendo la prestación mediante la entrega diferente de la pactada, la que se convierte, así, en una verdadera forma de engaño*.

La víctima efectúa el pago de un precio por error, como en la estafa, mas aquél está *provocado* no ya por cualquier ardid o engaño sino *por la convicción que le ha creado el agente sobre la verdadera condición o cantidad de lo que entrega*.

*Sin el despliegue, pues, de una actividad defraudatoria, es decir, de prestación obtenida con ejercicio de habilidad encaminada al error de la víctima, no se configura la actividad definida por el verbo.*

Podría decirse que cuando se pacta la entrega de una cosa por precio, el pago de éste siempre tiene como razón determinante la exacta entrega de lo prometido y que la entrega de lo que fuera diferente causa un perjuicio patrimonial, pero tal afirmación importaría dar al medio comisivo el valor de la acción definida por el núcleo del tipo.

En la actividad bilateral en que están vinculados el agente y la víctima, como ocurre en todas las defraudaciones, siempre se paga lo que se había entendido comprar, pero sólo es delito la fraudulenta maquinación que se vale de la entrega distinta y no la pura dación de algo diferente a lo comprado y pagado.

Por lo tanto, no habrá defraudación si se prometen toneladas de un cereal de cierta calidad por las que se paga determinado precio y se entregan de una calidad inferior, pero sí, en cambio, la habrá cuando en el depósito en que se efectuaba la entrega se había recubierto la mercadería con varias capas

superiores del cereal de la calidad prometida. Esta actividad es *defraudatoria mediante la entrega de una calidad diferente en la cosa* <sup>3</sup>, y no la habrá cuando se anuncia que el casimir es inglés siendo nacional, pero sí cuando se ha impreso una leyenda que lo anunciaba <sup>4</sup>.

Se ha declarado, asimismo, que cometió este delito el médico acusado de cobrar ingentes sumas por aplicar y prescribir a los pacientes una supuesta droga de origen sueco afirmando mentidamente su aptitud para curar el cáncer <sup>5</sup>.

No compartimos la observación de un sector de la doctrina en el sentido de que en este delito se invierten los términos ordinarios de la estafa porque el sujeto activo y no la víctima es quien efectúa la entrega <sup>6</sup>, ya que la actividad defraudatoria es el *logro del pago del precio* como contraprestación a la que el sujeto activo efectuó fraudulentamente y aquel pago es realizado por la víctima.

Se ha de entender como momento consumativo aquel en que la víctima paga el precio, que es la prestación provocada por el error consistente en suponer, a raíz de la maniobra fraudulenta, que lo entregado era lo que había efectivamente comprado.

### 3. Elementos objetivos del tipo legal.

#### *El concepto de sustancia, calidad o cantidad.*

*Sustancia es el ser, esencia o naturaleza de las cosas.* Defrauda en la sustancia quien entrega una cosa fabricada en aleación de metales cuando debiera ser de oro o de plata, o arena volcánica en vez de carbón.

*Calidad es la propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa que permiten apreciarla con relación a las demás de su especie.*

Defrauda en la calidad quien entrega leche mezclada con agua; nafta de densidad diferente o impura; agua potable en vez de agua destilada.

<sup>3</sup> Cám. Fed. Rosario, cit. por Rubianes, *Código Penal...* cit., t. II, pág. 1005, h.

<sup>4</sup> C.C.C. Federal, "J.A.", 1952-I-436.

<sup>5</sup> C.C.C., Sala II, "Galvagno Pereyra, Guillermo N.", del 12/10/77, en "J.A.", 1978-II, síntesis.

<sup>6</sup> Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal*, t. II, pág. 857.

*Cantidad es la capacidad de número y medida que en la comparación con una unidad puede dar a la cosa los atributos de mayor o menor.*

Defrauda en la cantidad quien entrega menos, sea en peso o en unidades.

Tanto la sustancia, como la calidad o la cantidad *habrán sido alteradas en sus apariencias verificables*<sup>7</sup>, pues sólo así se podrían desarrollar las únicas maniobras compatibles con la naturaleza del verbo típico, al que nos referimos en apartado anterior.

Toda la publicidad consiste en una exaltación generalmente mentirosa de las calidades de un producto. Una compra determinada por esa exaltación, contrastante con la realidad, nunca podría ser defraudación; sí, en cambio, la ardidosa colocación de los signos de determinada marca que tiene la publicidad en cuyo mérito la pretende la víctima, acertada o equivocadamente.

Cuando la defraudación se comete en la cantidad y ésta se mide por *peso* hay que tener en cuenta el supuesto en que el agente se vale de pesas o medidas falsas. En tal caso no se cometerá el delito que se estudia sino el que será materia del Capítulo XXIV, figura agravada de la estafa.

Por lo tanto, la defraudación en la cantidad de la cosa, cuando ésta es medida por unidades de peso, ha de valerse de cualquier maniobra ardidosa menos de la que consiste en el uso de las pesas o medidas falsas.

#### **4. Elementos normativos del tipo legal.**

##### **a) *El concepto de cosas.***

Sólo corresponde hacer una remisión a cuanto hemos expresado acerca de este concepto en el Capítulo II, 3.

##### **b) *El concepto de contrato o título obligatorio.***

El Código Civil establece que hay contrato “cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos” (artículo 1137 del

<sup>7</sup> Conf. Sebastián Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 118, II.

Código Civil, con nota en que el codificador cita a Savigny y a Freitas, a Maynz y a Domat). A su vez, la misma nota, citando a Aubry y Rau, distingue entre convención y contrato, definiendo a la primera como el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, mientras que contrato es la convención en que una o varias personas se obligan hacia otras a una prestación cualquiera, estableciendo, así, que todo contrato es una convención pero no toda convención un contrato.

La prolija regulación a que la ley civil somete a los contratos en los seis capítulos del Título I de la Sección Tercera del Libro II, resuelve los problemas interpretativos que puede presentar este elemento normativo del tipo legal.

Sin embargo, la mayor amplitud conceptual está en el elemento "un título obligatorio".

Un contrato hace nacer obligaciones exigibles, pero a veces éstas reconocen fuentes que no son contratos y se trata de las que describe el tipo legal que se estudia.

## CAPÍTULO IX

### EL DELITO DE RETENCIÓN INDEBIDA

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 173, inciso 2º, del Código Penal describe la conducta de quien, “con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver”.

Ubicada en la especie de los llamados “abusos de confianza” porque la víctima no efectúa una prestación provocada por el error que le causara el ardid o engaño del autor, sino en el transcurso de un negocio jurídico en que confía el cumplimiento de la obligación pactada, esta descripción, que corresponde al texto de la ley vigente, ha sufrido intensas modificaciones.

El Proyecto de Tejedor preveía el caso de quien *negara haber recibido, se apropiara o distrajere dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le hubiese dejado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.*

Esta descripción, que tenía tres verbos definitorios de la conducta y enumeraba en forma ejemplificativa los títulos que “producen la obligación de entregar o devolver”, es decir, los negocios jurídicos en cuyo cumplimiento ha confiado la víctima para efectuar la entrega, se mantuvo en el antiguo código y no fue modificada por el Proyecto de 1891.

El Proyecto de 1906 definía la acción con los siguientes verbos: “negar haber recibido”, “negar a restituir” o “no restituir a su debido tiempo” y el primero de estos verbos fue suprimido por el Proyecto de 1917, con lo que la conducta fue “negarse a restituir” o “no restituir a su debido tiempo”.

La ley 17.567 reemplazó la fórmula por la siguiente: “el que con perjuicio de otro se apropiare, no entregare o no restituyere a su debido tiempo, cosas muebles, dinero o valores ajenos, que tuviera bajo su poder o custodia por un título que produzca obligación de entregar o devolver”.

La Exposición de Motivos, con cita de los proyectos de 1941 y de 1960, entre los antecedentes nacionales más próximos, y de abundante legislación latinoamericana y europea, señaló que las modificaciones tendían a aclarar que “el delito ya se comete apropiándose, así como también no entregando o devolviendo el objeto que se tiene”. Indicó que se sustituyó la enumeración ejemplificativa de las fuentes de la obligación de entregar o devolver, por una fórmula genérica <sup>1</sup>.

La ley 20.509 hizo recuperar vigencia al texto anterior, pero la 21.338 —que la derogó— consagró el mismo texto de la ley 17.567, que así estuvo vigente hasta su derogación por la ley 23.077, con lo que recobró vigor la letra original.

La colocación de este delito entre las defraudaciones ha sido duramente criticada en la doctrina de otros países por no encontrársele nada de común con aquéllas, salvo el perjuicio causado al sujeto pasivo, argumento notoriamente insuficiente que llevaría a considerar en el mismo grupo todos los delitos contra la propiedad <sup>2</sup>.

El contenido del precepto que comenzamos a estudiar estaba distribuido en dos tipos legales del Código Penal español de 1848.

Por una parte, cometía hurto “el que con ánimo de lucro negare haber recibido dinero u otra cosa mueble que se le hubiese entregado en préstamo, depósito o por otro título, que obligase a restitución o devolución” (artículo 426, párrafo 2°).

Por otra parte, cometía estafa “el que en perjuicio de otro se apropiare o distrajere dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiere recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produjera obligación de entregarla o devolver” (artículo 441, n° 1).

Las críticas, en muchos aspectos convincentes, formuladas por los comentaristas de este Código, especialmente por Pacheco,

<sup>1</sup> “ADLA”, t. XXVII-C, pág. 2891.

<sup>2</sup> En tal sentido José Rodríguez Devesa, *Derecho...* cit., pág. 351, y bibliografía por él citada.



fueron el antecedente de que se suprimiera en la reforma de 1870 todo el párrafo segundo del artículo 426 <sup>3</sup>.

En el estudio de los antecedentes de la legislación española no puede dejar de mencionarse, porque representa un esfuerzo por esclarecer los límites de este delito, que en la reforma de 1928 se agregaron los verbos “enajenar o pignorar” y también que “no verificándose por título alguno traslativo de la posesión, la entrega de dinero o efectos muebles a los criados o dependientes asalariados de todas clases, por sus respectivos amos, principales o superiores, ya se trate de persona natural o jurídica, el hecho de apropiarse de tales cosas o numerario que hayan recibido, o tengan a su disposición o alcance por razón de su oficio o cargo, se castigará estimando la defraudación como delito continuo...” (artículo 725, último párrafo).

Entre las leyes penales latinoamericanas puede encontrarse el sistema de nuestro Código en los de la Defensa Social de Cuba <sup>4</sup> y Chile <sup>5</sup> entre otros, mientras que la independencia de la apropiación indebida frente a la estafa y a otras defraudaciones es sustentada por los de Venezuela <sup>6</sup>, México <sup>7</sup> y Brasil <sup>8</sup> entre otros.

<sup>3</sup> Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal...*, Madrid, 1ª ed., 1848, t. III, pág. 323, en que reflexiona sobre “la incoherencia que supone tener por autor de hurto a quien recibe una cantidad en préstamo y la usa pues en ese caso usa cosa suya”.

<sup>4</sup> En el capítulo V, “Estafa, chantaje y otros engaños”, el artículo 550, inciso 4º, describe la conducta de “el que en perjuicio de otro se apropiare o distrajere dinero, valores, efectos o cualquier otro objeto mueble que hubiere recibido en administración, depósito o comisión por disposición legal o, mandato de la autoridad pública o de funcionario competente o por otro título cualquiera que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negare haberlos recibido” del Título XIII, “Delitos contra la propiedad y contra la economía nacional y popular”.

<sup>5</sup> En el párrafo 8, “Estafas y otros engaños”, del Título IX, “Crímenes y simples delitos contra la propiedad”, el artículo 470, inciso 1º, reprime “a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla”.

<sup>6</sup> El Capítulo del Título X, “De los delitos contra la propiedad”, se denomina “De la apropiación indebida” y está descrita por el artículo 468: “el que se haya apropiado, en beneficio propio o de otro, alguna cosa ajena que se le hubiere confiado o entregado por cualquier título que comporte la obligación de restituirla o hacer de ella un uso determinado...”. Así es elocuente su independencia con respecto al Capítulo anterior que lleva el epígrafe “De la estafa y otros fraudes”.

<sup>7</sup> El Capítulo II del Título vigésimo segundo, “Delitos en contra de las personas en su patrimonio”, lleva el epígrafe “Abuso de confianza”, y su primer

La objetable metodología de las leyes que, como la argentina, agrupan el delito como una especie de las defraudaciones ha sido paliada por la rica doctrina nacional que estudia el supuesto como un caso de abuso de confianza, reconstruyendo, con verdadero rigor científico, un sistema que toma como pauta la naturaleza de las conductas incriminadas.

## 2. La acción: negarse a restituir o no restituir a su debido tiempo.

### a) *Sus modalidades.*

La falta de devolución es una conducta omisiva, que quebranta la norma imperativa que manda devolver aquello que se ha recibido por un título que así lo impone.

El delito se consume con el comienzo de la conducta omisiva y se trata de un tipo legal permanente pues la acción típica se prolonga en el tiempo y deja de cometerse cuando se hace efectiva la restitución que había sido negada.

Como en cualquier tipo de omisión propia, el precepto describe la conducta *esperada* del agente, en el caso, *restituir* lo que se le entregó por un título generador de esa obligación, no aquella que concretamente observa.

Resulta indiferente, entonces, que disponga de la cosa, la destruya o la oculte; basta con que no la restituya, como le manda el título por el cual la recibió, el que se convierte, así, en la fuente del deber jurídico de obrar.

Así lo entendió nuestra Cámara Federal con cita de Núñez <sup>9</sup>.

---

precepto, el artículo 382, reza: "...al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio...". Este capítulo es, pues, independiente del siguiente que se denomina "Fraude", en el que se describen estafa y otras defraudaciones.

<sup>8</sup> El Capítulo V del Título II, "De los crímenes contra el patrimonio", tiene el epígrafe "De la apropiación indebida" y define el delito en el artículo 168 en estos términos: "apropiarse de cosa ajena mueble, de la cual el autor tiene la posesión o tenencia". Se aumenta la pena en un tercio cuando el autor recibió la cosa: en depósito necesario; en calidad de tutor, curador, síndico, liquidador, albacea testamentario o depositario judicial; en razón de su oficio, empleo o profesión.

<sup>9</sup> CNFed. en lo Crim. y Correc., "Rodríguez, Héctor", del 12/11/84, en "BJCNACCFed.", año 1984, n° 3, pág. 742.

Por ello, disentimos con la doctrina que descarta el acto de disposición como consumativo del delito.

En ese orden, el caso del empleado de una sociedad que se apropió de dinero y valores que correspondían al giro comercial de ésta, abusando de la confianza que se le otorgó por entenderse que "...la defraudación contemplada en el artículo 173, inciso 2º, Código Penal, es estrictamente lo que se ha dado en llamar una omisión de restituir defraudatoria, dado que el encausado no tenía nada que restituir al damnificado, a quien sí debía rendirle cuenta de lo percibido, lo que resulta ajeno al delito en cuestión..."<sup>10</sup>.

Cabe replicar que si bien el procesado no tendría nada que *restituir*, sí tenía que *entregar* porque el dinero y los valores le habían sido dados por otros *para la sociedad y porque actuaba en nombre de ésta, no para sí*.

En cambio, la Cámara Federal resolvió que el delito fue cometido por el cajero de una sucursal de ENCOTEL<sup>11</sup>.

Ponderó, entonces: "...La naturaleza y forma de la función... le otorgaban un poder de custodia sobre los valores ingresados con la obligación de restituirlos diariamente a su empleadora, cosa que en el caso no ocurrió...". Señaló que el dinero defraudado se encontraba *ab initio* legítimamente entre sus manos por lo que la actividad defraudatoria fue desplegada con respecto a una situación jurídica preexistente.

En cuanto a la reiteración del comportamiento, entendió que era menester "...consultar el tiempo en que debía cumplir con la obligación de restituir o devolver. En el caso analizado, tal deber —sentenció— se formalizaba mediante retenciones o apropiaciones correspondientes a un mismo día, que configuran un solo hecho, dado que lo que hizo fue presentar en un mismo acto las copias de los recibos vinculados a la rendición diaria, perpetrando así una defraudación por cada día que debía rendir. Tal quehacer importa una única conducta, que no se multiplica ni por la cantidad de instrumentos que usaba en una sola y misma oportunidad, ni por la cantidad de recibos que rendía cada vez..."

<sup>10</sup> C.C.C., Sala III, c. 18.893, "White, Roberto", del 23/7/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 3, pág. 170.

<sup>11</sup> CNFed. en lo Crim. y Correc., Sala I, "Giménez, Luis M.", del 26/12/84, en "BJCNACC", año 1984, n° 3, pág. 629.

Sin embargo, la misma Sala del Tribunal, al calificar las conductas de un teletipista y un mensajero de una sucursal de ENCOTEL, que se apoderaron de diversas sumas de dinero entregadas por los usuarios en las ventanillas, entendió que "...los desapoderamientos se efectuaron aprovechando las facilidades provenientes de la función que cumplían, y no porque ésta tuviera como presupuesto la preexistencia de un título que produjera la obligación de entregar o devolver..."

Consideró que "...el dinero permaneció, bien que bajo el simple manejo material del acusado, dentro de la esfera de custodia del titular. Con ello queda claro —afirmó— que la extracción de los fondos en tales condiciones, tiene la significación jurídica prevista en el tipo del artículo 162 del Código sustantivo..."

"Tampoco existe —dijo— fraude en los términos del artículo 172 del Código Penal, pues la remisión de la cosa, el dinero, no se obtuvo por engaño o por el uso de maniobras fraudulentas. Como no hubo voluntad viciada y la entrega de recibos espurios se efectuó con el propósito de ocultar desapoderamiento, las conductas atribuidas constituyen, como lo adelantara, hurto..."<sup>12</sup>

Deben distinguirse los supuestos en que la devolución esté pactada para ser cumplida en un momento preciso o cuando se cumpla determinada condición o concurra cierta circunstancia, de aquellos en que no surja ese límite preciso en el negocio jurídico que vinculó originariamente al agente y a la víctima.

En los primeros casos, la época o fecha establecida; el cumplimiento de la condición o la concurrencia de la circunstancia señalarán en el tiempo cuál fue el momento consumativo, si hubo inactividad del agente.

En cambio, en el segundo grupo de supuestos, debe establecerse cuál es el "debido tiempo".

En relación con esta exigencia se han desarrollado posturas que imponen o aceptan para la configuración del delito la previa intimidación, a la que nos referiremos a continuación.

La Cámara Nacional de Casación Penal ha dado una reciente formulación de la conducta incriminada diciendo que *consiste siempre —se trate de la negativa a restituir o de la no restitución— en no entregar o devolver oportunamente una cosa cuya tenencia se ha recibido legítimamente mediante una con-*

<sup>12</sup> CNFed. en lo Crim. y Correc., Sala I, "Gómez, Héctor", del 10/10/84, en "BJCNACCFed.", año 1984, n° 3, pág. 685.

*vencción no traslativa de dominio, en perjuicio del propietario de la misma, sea o no quien la entregó.*

Respecto a los modos y a los medios, el alto tribunal de la jurisdicción penal declaró que son indiferentes: consumo, alienación, distracción, retención propiamente dicha, con tal que sean idóneos o inequívocos, es decir que revelen la intención de tener la cosa para sí, a fin de convertirla en su provecho o en el de un tercero, considerándola como propia, y se consuma en el momento en que los hechos exteriores demuestran dicho ánimo.

Dijo también que debe mediar una efectiva entrega del bien porque de otra forma no tendría sentido el verbo "restituir" que describe la acción típica.

Esa entrega habrá tenido lugar —sentenció— por cualquiera de los títulos que la ley enumera en forma meramente enunciativa por lo que, entiende —con cita de Oderigo y de los autores que éste menciona— que alcanza a todo acto que, como "causa fuente" de un negocio lícito, produzca la obligación de restituir la cosa, de la que se transfiere voluntariamente la tenencia pero no la propiedad <sup>13</sup>.

Por fin, ante la ausencia de un plazo previamente convenido consideró necesario que se intime la restitución, pero una vez efectuada se transforma en ilícita la continuación de la tenencia <sup>14</sup>.

Recientemente, han sido encuadrados en el tipo legal de la defraudación por retención indebida los casos de quien notificado de su obligación de restituir los bienes que estaban en el inmueble cuyo desalojo se notificó, los removió y llevó a otra morada <sup>15</sup>; también el de quien, habiendo recibido en locación el automóvil para trabajarlo como taxi, hizo suya la documentación, placas identificatorias y reloj abandonándolo y denunciando mendazmente que fue asaltado <sup>16</sup>; y el de quien, en la misma situación inicial, le efectuó cambios al rodado y confeccionó un boleto de compraventa en que figuraba como adquirente <sup>17</sup>.

<sup>13</sup> CNCas. Penal, Sala III, "Cash, A.", del 31/3/99, en "J.P.B.A.", 107-11.

<sup>14</sup> C.C.C., Sala I, "Zakarian, J. J.", del 7/7/97, en "J.P.B.A.", 106-41. En el caso se trató de un automóvil entregado por diez días para efectuar un viaje.

<sup>15</sup> T.O.C. n° 25, "Gil, C. A.", del 27/3/96, en "J.P.B.A.", 100-74.

<sup>16</sup> T.O.C. n° 4, "Carlino, C. D.", del 7/2/97, en "J.P.B.A.", 101-65. Se condenó por defraudación en concurso ideal con falsa denuncia.

<sup>17</sup> T.O.C. n° 7, "Leal, E. H.", del 11/3/97, en "J.P.B.A.", 101-66.

Asimismo, el del abogado que no restituyó ni rindió cuentas de su gestión respecto de los pagarés que recibió de su cliente para promover el cobro judicial<sup>18</sup>; el de quien retuvo la documentación del consorcio de propietarios, en particular, el libro de actas de asamblea<sup>19</sup> y el del cónyuge divorciado que no denunció ese carácter y continuó percibiendo los importes de salario familiar por asignación por cónyuge, cuyo monto —independiente del que debe abonar por el contrato alimentario— no entregó a su esposa ni devolvió a la Caja<sup>20</sup>.

### *b) La intimación formal a rendir cuentas.*

La mora en el cumplimiento de la obligación pactada de entregar o de devolver cuando *no existen términos, condiciones ni circunstancias que fijen el comienzo temporal del deber jurídico de actuar* que se ha concertado al comienzo de la relación, *se produce necesariamente con la intimación.*

Así, algunos de los títulos por los cuales el agente tenía la cosa bajo su poder o custodia son contratos cuya regulación jurídica entraña esa obligación. El mandato es un acabado ejemplo, ya que, según el artículo 1909 del Código Civil, “el mandatario *está obligado a dar cuenta de sus operaciones*”.

Esta intimación no tiene por qué revestir determinados requisitos formales y sólo afirmamos que debe ser fehaciente, no a los fines de su acreditación, porque ello corresponde al lenguaje de las pruebas, sino porque sólo en esas condiciones podría sostenerse que *no se ha restituido al debido tiempo.*

La respuesta de quien había recibido la cosa, es decir, la rendición de cuentas de su gestión ante los fueros pertinentes, civil o comercial, no constituye una cuestión prejudicial, sino que puede rendirse en el sumario penal, lo que es coherente con el aserto que acabamos de formular, ya que, como resultado del circunstanciado balance de su gestión, podría resultar que la aparente negativa no es tal o que, siéndolo, aparecen causas que la justifican convirtiéndola en legítima.

La intimación de rendir cuentas *no es una exigencia que se agregue al tipo objetivo, sino que, en casos determinados, resulta*

<sup>18</sup> CNCas. Penal, Sala II, “Goodbar, J. A.”, del 10/11/97, en “J.P.B.A.”, 101-6.

<sup>19</sup> C.C.C., Sala VII, “Rodríguez, R. O.”, del 21/4/98, en “J.P.B.A.”, 104-26.

<sup>20</sup> C.C.C., Sala VI, “Arce, L.”, del 5/8/98, en “J.P.B.A.”, 104-27.

*insoslayable para que la restitución sea temporalmente exigible en un momento determinado*, por eso está circunscripta a los supuestos en que el término no es cierto y en que no han existido actos anteriores de apropiación, pues entonces el delito ya se habría consumado.

La retención ejercida en virtud de un derecho que la autoriza corresponde a la teoría general de la justificación en razón de que se efectúa en virtud de normas permisivas.

Al respecto, el artículo 3939 del Código Civil establece que “el derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de la misma cosa”.

En la nota pertinente, el codificador señala que son necesarias tres condiciones para el derecho de retención: 1º) posesión de la cosa de otro por un tercero; 2º) obligación de parte del propietario respecto del poseedor; 3º) conexión entre la cosa retenida y el crédito del que la retiene.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que la simple afirmación de la existencia de un derecho de retención sobre una suma entregada con destino a la satisfacción de un fin determinado no basta para descartar la figura que se estudia si no se explica cuáles son los créditos a que se refiere y en qué condiciones ello autorizaría al mandatario a negarse a restituir la suma entregada <sup>21</sup>.

Se ha entendido que el abogado que retuvo de su cliente una suma por presuntas deudas derivadas de intervenciones anteriores y no honorarios o gastos correspondientes al negocio concreto para el cual estaba destinada, se ha colocado en una situación que no se compadece con el principio general del artículo 3939 del Código Civil, pues lo debido no lo es por razón de la misma cosa retenida <sup>22</sup>.

Como también se ha considerado que es título que produce esa obligación el de quien suscribió un boleto de compraventa de un departamento en el que existían como accesorios una cocina

<sup>21</sup> C.S.J., “Politis, Pablo Edgardo”, del 5/2/81, en “J.A.”, 1981-III, síntesis.

<sup>22</sup> C.C.C., Sala II, “G. F.”, c. 24.054, del 15/4/80. En el mismo sentido, C.C.C., Sala IV, “Sarilate Bengolea”, c. 25.957, del 30/10/81, con cita de C.1º Tucumán, “Guaítimalt, H.”, en “J.A.”, 1977-III-47; Ure, *El delito de apropiación indebida*, pág. 137.

y un calefón, y obligado por sentencia a restituir el inmueble y dichos accesorios, sólo devuelve el primero <sup>23</sup>.

Ya desaparecido del tipo legal el verbo "apropiarse" por imperio de la última reforma, como ya dijimos, se resolvió que el acto de disposición consume el delito.

Efectivamente, en caso en que el procesado había recibido un bien en custodia, nuestra Cámara del Crimen entendió que al disponerlo "...se configura el delito de defraudación por retención indebida, que por razones de benignidad debe quedar tipificado en la figura acuñada por el artículo 173, inciso 2º, Código Penal, versión ley 23.077, pues el delito se consume con la disposición, sin que sea requisito indispensable la intimación formal de su restitución" <sup>24</sup>.

Se declaró configurado el delito por parte del encargado de cobranzas de una institución que distrajo en su provecho el importe de varias cuotas que le fueran abonadas por los socios, sin entregarlo a su empleadora en la fecha en que debía hacerlo.

El tribunal declaró: "...siendo el «debido tiempo» una cuestión de hecho librada a las modalidades del mandato, pues para que se configure el delito inculcado en el artículo 173, inciso 2º, Código Penal, la ley no exige intimación previa, y a falta de especiales estipulaciones contractuales se supone que el encargado de cobranzas debe hacer entrega de las sumas percibidas al término inmediato de aquéllas, sin necesidad de previo requerimiento de rendición de cuentas y en el caso de autos surge que la rendición debía efectivizarse los jueves..." <sup>25</sup>.

Y, en el mismo sentido, nuestra Cámara del Crimen consideró: "...No tiene caso la discusión respecto al momento consumativo del delito del artículo 173, inciso 2º, Código Penal, cuando la acción del procesado demuestra claramente que se apropió de la cosa, que actuó como su dueño al venderla y percibir el precio. De allí que no importa —concluyó— si era el tiempo debido de devolución y si fue o no puesto en mora, ya

<sup>23</sup> C.C.C., Sala IV, "Tbieta Cortés, A.", del 23/11/79, c. 23.799.

<sup>24</sup> C.C.C., Sala V, c. 17.687, Castellano, A. E., del 19/3/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 1, pág. 22.

<sup>25</sup> C.C.C., Sala II, c. 29.987, "González, Julio", del 24/9/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 3, págs. 167 y 168.



que la imposibilidad de devolver es clara por los actos precedentes del acusado..."<sup>26</sup>.

Una singular interpretación del momento de la devolución hizo nuestra Cámara del Crimen en caso también singular en que el procesado —abogado— estuvo varias veces involucrado en cuestiones penales relativas al delito de defraudación. Sostuvo que, teniendo en cuenta los antecedentes como elemento de prueba, "...no podía en lo más mínimo llamarse a engaño respecto del momento en que debía cumplir con su obligación o devolver el dinero..." (C.C.C., Sala I, del 6/3/85, causa 28.858, "Doctrina Judicial", t. 1986-1, pág. 316, n° 25).

La intimación previa se consideró innecesaria en el caso en que las primas de seguro fueron retenidas indebidamente<sup>27</sup>.

### 3. Elementos normativos del tipo legal.

#### a) *La noción de cualquier cosa mueble.*

A fin de no reiterar conceptos ya expresados, remitimos al Capítulo II, 3.

#### b) *La noción de depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.*

En todos los casos, la obligación devolutiva debe ser concomitante al acto mismo de la receptación del bien, nunca provenir de situaciones fácticas o jurídicas sobrevinientes a aquel momento.

Así, se descartó su configuración en el caso de negativa a pagar una deuda preexistente en bienes muebles, máxime cuando ese deudor no los recibió sino que siempre los tuvo<sup>28</sup> o en el del empleado que se negó a la revisión técnico-mecánica del automóvil entregado por la empresa empleadora porque en ese momento no se materializó obligación jurídica alguna<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> C.C.C., Sala VI, "Edi, Yamil", del 5/11/85, en "L.L.", 1986-E-719, Sec. Jurisp. Agrup., caso 5763.

<sup>27</sup> C.C.C., Sala VI, "Carreño, J.", del 4/3/97.

<sup>28</sup> C.C.C., Sala IV, "De Luca de Alarcón, Y.", del 26/2/98, en "J.P.B.A.", 102-31.

<sup>29</sup> C.C.C., Sala IV, "Pérez, H.", del 10/3/98, en "J.P.B.A.", 102-30.

Abandonada la redacción que había simplificado el tipo legal por esa suerte de magia de las derogaciones precipitadas, es menester analizar ahora cada uno de los títulos ejemplificativos que la letra actual enumera y cuyo abandono ponderó unánimemente en su momento la doctrina nacional.

El contrato de *depósito* está definido en el artículo 2182 del Código Civil en estos términos: “El contrato de depósito se verifica, cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa”, noción que complementa el artículo 2186 al establecer: “No habrá depósito sin contrato, ley o decreto judicial que lo autorice. El que se arrogase la detención de una cosa ajena, no será considerado depositario de ella, y queda sujeto a las disposiciones de este Código, sobre los poseedores de buena fe”.

Diversas especies de depósito están, asimismo previstas por la ley civil, la que, por una parte, distingue entre el depósito “voluntario” cuando la elección del depositario dependa meramente de la voluntad del depositante, y “necesario” cuando se haga por ocasión de algún desastre, como incendio, ruina, saqueo, naufragio, u otros semejantes, o de los efectos introducidos en las casas destinadas a recibir viajeros (artículo 2187).

A su vez, distingue dos clases de depósito voluntario. Así, el artículo 2188 establece que es “regular” en los siguientes casos: “1º) cuando la cosa depositada fuere inmueble, o mueble no consumible, aunque el depositante hubiere concedido al depositario el uso de ella; 2º) cuando fuere dinero, o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante las entregó al depositario en saco o caja cerrada con llave, no entregándole ésta; o fuere un bulto sellado, o con algún signo que lo distinga; 3º) cuando representase el título de un crédito de dinero, o de cantidad de cosas consumibles, si el depositante no hubiere autorizado al depositario para la cobranza; 4º) cuando representase el título de un derecho real, o un crédito que no sea de dinero”.

Mientras, el artículo siguiente lo considera “irregular” en estos supuestos: “1º) cuando la cosa depositada fuere dinero, o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario el uso de ellas, o se las entrega sin las precauciones del artículo anterior nº 2, aunque no le concediere el uso y aunque se lo prohibiere; 2º) cuando representare crédito de dinero, o de cantidad de cosas consumibles, si el depositante autorizó al depositario para su cobranza”.

Es necesario, ante tal regulación normativa del contrato previsto en el tipo legal, establecer si todas las especies de depósito están involucradas o no; en otras palabras, si cada vez que un depositario se niega a restituir o no restituye a su debido tiempo, observa una conducta típica, cualquiera fuese la especie del depósito o, en cambio, deben distinguirse los distintos supuestos.

Para ello recordaremos que la enumeración de los contratos —con tanto acierto suprimida en las reformas anteriores, y con tanta irreflexión restablecida en la ley vigente— es, como dijimos al comienzo, meramente ejemplificativa de los títulos que producen obligación de entregar o devolver y es ese criterio el que ha de prevalecer.

Por lo tanto, debemos preguntarnos si en el caso de que se trate, el depositario, en virtud de las modalidades legales del contrato, *tiene o no tal obligación respecto de la cosa mueble que le fue dada*.

Y como tal pregunta encuentra respuestas diferentes, conforme a los preceptos de la ley civil resulta que cuando el depósito es irregular, lo que el depositario recibió son cosas de naturaleza fungible, es decir, susceptibles de ser reemplazadas por otras de la misma calidad en igual cantidad.

Asimismo, el artículo 2220 del Código Civil preceptúa: “Si el depósito fuere irregular, de dinero o de otra cantidad de cosas, cuyo uso fue concedido por el depositante al depositario, queda éste obligado a pagar el todo y no por partes, otro tanto de la cantidad depositada, o a entregar otro tanto de la cantidad de cosas depositadas, con tal que sean de la misma especie”.

Cuando el uso hubiera sido prohibido, tal veda tampoco haría típica la falta de restitución del depositario porque, por la naturaleza de lo entregado, puede devolver cosas similares y, corroborando el aserto, el artículo 2222 del Código Civil prevé que “si el uso del depósito hubiese sido prohibido, y el depositario se constituyere en mora al entregarlo, debe los intereses desde el día del depósito”.

En consecuencia, el depositario que falta al deber de restituir *no comete el delito que estudiamos si el depósito es irregular porque éste no es un título generador de la obligación de entregar o devolver la misma cosa dada en virtud de un contrato*. Así, nuestros tribunales declararon que la custodia gratuita de títulos al portador comporta la calidad irregular del contrato de depósito, pues, por su falta de individualización, aquéllos ad-

quieren el carácter de consumibles y el depositario irregular sólo está obligado a devolver otro tanto de la cantidad de las cosas depositadas, por lo que no puede originar la defraudación del artículo 173, inciso 2º, del Código Penal<sup>30</sup>. Que el depósito de cosas consumibles sin individualización especial, es irregular, y no es título del que surja obligación de devolver la misma cosa sino cantidad similar de la misma cosa, que no es lo mismo<sup>31</sup>.

Cuando el depósito es regular, el depositario debe restituir, por el contrario, la cosa que le fue entregada y no otra.

Tal la solución, sea que se trate de un depósito voluntario o necesario porque prevalece la obligación antes que su causa. Sea ésta el contrato, el desastre o el destino del lugar donde los objetos se dejan (según el artículo 2187, antes transcripto), su obligación es devolver *lo que se le dio y tal como se le dio*. Ello resulta tanto de la naturaleza de lo entregado como de la prescripción expresa del Código Civil, que reza: "El depositario debe restituir la misma cosa depositada en su estado anterior con todos sus accesorios y frutos, y como ella se encuentre, sin responder de los deterioros que hubiese sufrido sin su culpa" (artículo 2210).

Aunque el depósito regular puede recaer sobre un inmueble, entendemos que queda excluida la posibilidad de que la negativa a restituir del depositario encuadre en el tipo legal que estudiamos por cuanto el objeto está circunscripto a las "cosas muebles", como antes dijimos.

En síntesis, el depositario que falta al deber de restituir *comete este delito si el depósito es regular porque está legalmente obligado en esta especie a entregar o devolver la misma cosa que recibió*.

Un fallo plenario de la Cámara del Crimen del 3 de noviembre de 1994 declaró que este delito no se tipifica cuando lo que se debe es dinero ya que el depósito debe ser regular para incluirse en esa figura<sup>32</sup>.

Acorde con ese criterio, distintas salas del mismo tribunal han decidido que la percepción de dinero que el mandatario no entrega a su mandante no consuma este delito pues la obliga-

<sup>30</sup> C.C.C., Sala V, "Fernández Rey, Marcelo C. M.", del 25/7/78, en "J.A.", 1979-IV, síntesis.

<sup>31</sup> C.C.C., Sala IV, "Carrera, Cayetano", c. 19.387, del 14/5/76. En el caso se había depositado oro y el depósito era gratuito.

<sup>32</sup> C.C.C., en pleno, "Brondolo de Ortelli, Beatriz", del 3/11/94, en "J.P.B.A.", 88-198.

ción de restituir ha de referirse a cosas que no admiten sustituto configurando, en cambio, defraudación por administración fraudulenta <sup>33</sup>.

Sin embargo, sustentando una posición diferente, recientes decisiones de tribunales orales de la Ciudad de Buenos Aires —no obligados, ciertamente, por la doctrina de un plenario dictado por la Cámara de la misma jurisdicción— han condenado por este delito a cobradores que efectuaron percepciones de cheques por las que otorgaron recibo y, en vez de rendirlos a su principal, los cobraron a través de interpósitas personas <sup>34</sup>, y a asesores impositivos que falsificaron los talones de las boletas de pago bancario destinadas al contribuyente depositando en verdad sumas menores y apropiándose de las diferencias <sup>35</sup>.

Siendo la *comisión* otro de los elementos normativos del tipo, debe buscarse su explicación en el Código de Comercio que la regula como una forma del mandato comercial (Título II del Libro Segundo), del que, dice: “se llama especialmente mandato, cuando el que administra el negocio obra en nombre de la persona que se lo ha encomendado” (artículo 222, primer párrafo) y “se llama comisión o consignación, cuando la persona que desempeña por otros, negocios individualmente determinados obra a nombre propio o bajo la razón social que representa” (artículo 222, segundo párrafo).

Se entendió que comete este delito el comisionista que por deudas por trabajos anteriores no existiendo verdadera cuenta corriente, se apropia de lo percibido, puesto que para poder ampararse en el derecho de retención debe previamente rendirse detallada cuenta de las cantidades percibidas, o en su defecto, reintegrar el sobrante que resultara a favor del comitente, pudiendo solamente sobre el saldo, invocarse dicha protección <sup>36</sup>.

El supuesto previsto por el artículo 256 del Código de Comercio, en que el comisionista, además de la comisión ordinaria, percibe otra llamada “de garantía”, ha sido objeto de una reciente decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal.

<sup>33</sup> C.C.C., Sala I, “Galzusta, G. D.”, del 26/2/97, en “J.P.B.A.”, 100-32, y C.C.C., Sala V, “Pini, A. L.”, del 22/8/97, en “J.P.B.A.”, 106-43.

<sup>34</sup> T.O.C. n° 25, “B., I.”, del 8/4/97, en “J.P.B.A.”, 102-88.

<sup>35</sup> T.O.C. n° 3, “Ruiz Torres, E. A.”, del 21/8/97, en “J.P.B.A.”, 100-73.

<sup>36</sup> C.C.C., Sala I, “Fredes, Ricardo H.”, del 12/6/84, en “L.L.”, t. 1986-A, pág. 633 (37.130-S).

El responsable de la Casa Lanusse —Pedro y Antonio Lanusse S. A.— fue querellado por diversos comitentes a quienes no entregó el importe de las ventas que por su encargo aquella intermediaria había efectuado.

El tribunal consideró que, como excepción al principio según el cual el comisionista no responde por el incumplimiento del tercero, por el caso fortuito ni por la fuerza mayor, la ley autoriza a pactar la llamada “comisión de garantía” por la que corren a su cargo los riesgos de la cobranza debiendo satisfacer el saldo en los mismos plazos estipulados como si hubiese sido el comprador.

De allí dedujo que se trata de una venta condicional, según la cual el comisionista pasa a ser comprador a condición de que venda, quedando ante el comitente como deudor del precio, lo que engendra meramente una acción resarcitoria <sup>37</sup>.

La *administración* está regulada en el contrato de mandato que definen los códigos Civil y Comercial. El primero en estos términos: “El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza” (artículo 1869). El segundo lo hace en esta forma: “El mandato comercial, en general, es un contrato por el cual una persona se obliga a administrar uno o más negocios lícitos de comercio que otra le encomienda” (artículo 221).

La prolija regulación de las obligaciones del mandatario incluye en el artículo 1909 del Código Civil la de “entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aunque lo recibido no se debiese al mandante”, y precisándola aún más, establece en el artículo 1911 que “comprende todo lo que el mandante le confió y de que no dispuso por su orden; todo lo que recibió de tercero, aunque lo recibiese sin derecho; todas las ganancias resultantes del negocio que se le encargó; los títulos, documentos y papeles que el mandante le hubiese confiado, con excepción de las cartas e instrucciones que el mandante le hubiese remitido o dado”. A su vez, esta obligación se extiende hasta las ganancias ilícitas que resultaren por abuso del mandatario en el ejercicio de un mandato lícito, según el artículo 1912.

<sup>37</sup> CNCas. Penal, Sala III, “Lanusse, R.”, del 28/12/98, en “J.P.B.A.”, 106-13.

Los enumerados son *“títulos que producen la obligación de entregar o devolver”*. Mas cualquier “otro” puede también producirla: el comodato, la consignación, los contratos innominados, es decir, los que no están designados bajo una denominación especial, según el artículo 1143 del Código Civil, o una simple convención. Se trata, en todos estos casos, de negocios jurídicos.

Cuando nos hemos referido a negocio jurídico no excluimos las situaciones fácticas, también transmisoras de custodia, sino que, antes bien, nos referimos *a una relación absolutamente legítima en que se vinculó la víctima con una voluntad plena y válida, completamente alejada de la violencia que entraña el hurto, como de los vicios del consentimiento, propios de la extorsión y de la estafa porque no la ha impulsado la intimidación ni tampoco el engaño.*

Se ha declarado que si la procesada recibió la cosa a prueba para adquirirla o devolverla, no se trata de un supuesto de consignación sino de venta a satisfacción del comprador, reglado por los artículos 1336, 1365, 1377 y 455 del Código de Comercio, no habiendo retención indebida si enajenó el bien en esas condiciones sin haber abonado el precio <sup>38</sup>.

En cambio, se ha entendido que la consignación es título que genera obligación de entregar y que la existencia de una cuenta entre las partes no cambia la naturaleza de las cosas cuando no se trata de una de aquellas a que se refiere el artículo 771 del Código de Comercio, sino de las que menciona el artículo 772 del mismo cuerpo, pues una cuenta simple o de gestión no hace suponer que las remesas son transmitidas en plena propiedad <sup>39</sup>.

<sup>38</sup> C.C.C., Sala III, “Scherini, Clara D.”, del 9/5/78, en “J.A.”, 1979-IV-435.

<sup>39</sup> Efectivamente, el artículo 771 del Código de Comercio establece que la “cuenta corriente es un contrato bilateral y conmutativo, por el cual una de las partes remite a la otra, o recibe de ella en propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a empleo determinado, ni obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente, pero a cargo de «acreditar» al remitente por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez hasta la concurrencia del «débito y crédito», y pagar el saldo”; mientras el artículo 772 prescribe: “Las cuentas que no reúnan todas las condiciones enunciadas en el artículo anterior, son cuentas simples o de gestión, y no están sujetas a las prescripciones de este título”.

El caso glosado es “Penoucos, R. L.”, de la C.C.C., Sala V, c. 13.900, del 12/6/81, habiéndose citado: Oderigo, *Código Penal anotado*, 3ª ed., pág. 260, nota 837 y sus citas; Rubianes, *Código Penal...*, t. II, pág. 1039. Respecto de la cuenta corriente mercantil y de la cuenta simple o de gestión se citaron: C.N.Com., “E.D.”, t. 58, pág. 365; Argeri, *Cuenta corriente mercantil*, “L.L.”,

Se consideró que hubo retención indebida del comodatario que se negó a entregar los objetos recibidos en comodato o préstamo de uso por cuanto según el artículo 2278 del Código Civil el comodatario no puede retener la cosa prestada por lo que el comodante le deba aún por las expensas en que hubo de incurrir (C.C.C., Sala VI, del 8/3/86, "Mariani, José", "Doctrina Judicial", t. 1987-2, pág. 503).

En un interesante caso, se analizó la situación de quien recibe mercadería como locador de servicios, exactamente tela, con el encargo de confeccionar camisas, pero la procesada no entregó las camisas ni devolvió la tela <sup>40</sup>.

El voto rector del doctor Tozzini sostiene, con cita de Núñez, que entre los títulos no enumerados del artículo 173, inciso 2°, se incluyen el alquiler, el transporte, el remate y la prenda.

"...Con otras palabras —dice el magistrado—, los contratos ejemplificatorios del tipo penal implican, todos ellos, obligaciones de las llamadas *do ut des*, es decir, «doy para que des», en cuyo caso el reintegro debe ser de la misma cosa que se entregó.

"El caso bajo juzgamiento, en cambio —continuó—, desde el punto de vista de su esencia jurídica, nos muestra un contrato de locación de servicio, cuyo centro lo constituye una obligación *do ut facias*, esto es, «doy para que hagas», y cuyo cumplimiento resulta, así, sólo posible mediante restitución o entrega de cantidades de cosas... En distintos términos, la querella entregaba tela para que la imputada hiciese camisas y, luego, le entregase las unidades así confeccionadas..."

El razonamiento se apoya, asimismo, en que, en supuesto tal, se transfiere la tenencia de la cosa al extremo de que la locataria podría, a su vez, válidamente ponerla en manos de un tercero para cumplir una o varias etapas del proceso de producción, para concluir en que "...la omisión en la entrega de cantidades de cosas elaboradas, y diferentes de las entregadas como materia primaria, resulta atípica desde el punto de vista penal,

---

1978-C, Sec. doctrina, pág. 1064 y esp. 1065, 2° columna. Sobre el contrato de depósito y cuenta corriente mercantil se citaron: C.C.C. Rosario, Sala II, "L.L.", t. 122, pág. 949; Cám. Civil San Luis, en "L.L.", t. 134, pág. 233; C.N.Com., Sala B, en "L.L.", t. 141, pág. 352, y *Cuenta de gestión y cuenta corriente mercantil; criterio de distinción*, nota de F. M., en "L.L.", del 16/8/72.

<sup>40</sup> C.C.C., Sala V, "Sánchez de Serra, Ángela O.", del 26/8/86, en "L.L.", 1987-B-81.



sin perjuicio de los derechos que otorga al querellante el artículo 608 del Código Civil. De otro modo —afirma—, la extensión analógica del tipo... para abarcar supuestos de «apropiación indebida» como forma de omisión de restituir defraudatoria, lleva directamente a la prisión por deudas...”.

También se consideró atípica la conducta del empleado de una empresa que no restituyó los cheques que clientes de ésta le entregaron en pago de mercaderías por entenderse que “...ahora la única forma comisiva del delito... es la omisión de restituir lo que obviamente *implica alguna forma de entrega anterior del damnificado al autor...*” (el subrayado es nuestro) (C.C.C., Sala III, del 11/3/86, “Fernández, Héctor H.”, “Doctrina Judicial”, t. 1986-2, pág. 890).

La redacción legal no autoriza conclusión semejante. Lo que el autor no restituye es algo que “*se le ha entregado por un título que produce la obligación de entregar o devolver*”, pero la letra legal *no restringe la entrega a quien deba ser el receptor*. Para ello usa el dativo “se”. Si la interpretación jurisprudencial que glosamos fuera correcta el texto no debiera contener esa declinación.

El contrato de “leasing”, definido por el artículo 27 de la ley 24.441, ha sido considerado como un título que produce la obligación de restituir los objetos recibidos tras la constitución en mora por falta de pago.

Ello en virtud de que la Cámara del Crimen de la Capital no lo concibió como una compraventa sino como un contrato que involucra una locación de cosas y una opción final de venta <sup>41</sup>.

#### 4. Elementos objetivos del tipo legal.

##### a) *La noción del perjuicio.*

El perjuicio es un elemento típico, exigencia que se concilia con el bien jurídico tutelado.

Obviamente, el perjuicio ha de tener contenido patrimonial y ser efectivo, no hipotético y probable, lo que no debe confundirse, como se ha resuelto en numerosos casos jurisprudenciales,

<sup>41</sup> C.C.C., Sala I, “Serigos, P.”, del 5/3/99, en “J.P.B.A.”, 106-42. En el mismo sentido, C.C.C., Sala IV, “Del Valle, J. A.”, del 29/3/97, en “J.P.B.A.”, 100-33, y C.C.C., Sala VI, “Said, M. H.”, del 1/7/97, en “J.P.B.A.”, 102-32.

con *daño o lesión inmediata*, pues el criterio rector es la efectividad de la lesión y no la proximidad en el tiempo.

Se ha considerado, así, que no se configura el delito en el caso de entrega de entradas no vendidas en boletería que se conceden en canje de publicidad o con variados fines de promoción del espectáculo, uso conocido bajo el nombre de “expolio” y que se aplica en la mayoría de las salas donde se exhiben espectáculos públicos, entendiéndose, asimismo, que la situación sería diferente si para disminuir la recaudación de los derechos de autor se recurriera al ardid de documentar menor número de boletas de acceso que las cobradas realmente, pues, en tal supuesto, se configuraría *prima facie* el delito de estafa <sup>42</sup>.

#### b) *La noción de dinero o valores ajenos.*

El objeto material de la conducta incriminada puede recaer, además de las cosas muebles, sobre “dinero” o “valores ajenos”.

“Dinero” es la moneda corriente, es decir, el signo representativo del precio de las cosas, a los fines del cambio y de las contrataciones. Puede tratarse del signo acuñado y adoptado por el propio Estado, así como también por otros Estados.

Cuando el título generador de la obligación de devolver o entregar es un préstamo o mutuo y su objeto es dinero, el supuesto merece consideraciones especiales. La omisión de restituir lo entregado es una deuda civil pero no constituye la comisión del delito que se analiza.

Ya los comentaristas del Código Penal español de 1870 rechazaban la posibilidad de que se considerase delito a la negativa de haber recibido dinero en préstamo porque habíase, en tal caso, recibido *la propiedad de la cosa con obligación de devolver otro tanto* <sup>43</sup>.

En nuestro derecho, el concepto de mutuo de la ley civil fundamenta sólidamente la postura de los antiguos comentaristas españoles. “Habrà mutuo o empréstito de consumo —reza el artículo 2240 del Código Civil— cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que *esta última está autorizada a*

<sup>42</sup> C.C.C., Sala VII, “Ibarreta, María y otros”, c. 1214, del 11/3/81.

<sup>43</sup> Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Madrid, 1897, t. VII, págs. 181 a 185.

*consumir*, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad”, y el artículo 2241 del mismo Código señala que “la cosa que se entrega por el mutuante al mutuario debe ser consumible, o fungible aunque no sea consumible”.

No se trata, pues, de tener el objeto, en este caso, el dinero, bajo su poder o custodia; el título en que el mutuo consiste otorga el derecho a su consumo, que es inherente, en cambio, a la propiedad, haciendo nacer una contraprestación cuyo incumplimiento encuentra el marco de la sanción adecuada entre las del ordenamiento civil.

Faltaría, pues, encuadre típico a la conducta de quien luego no devuelve el dinero prestado.

En cambio, el dinero es objeto material de esta conducta en los innumerables supuestos en que se lo entrega en custodia como una situación derivada de relaciones laborales o societarias; tal el caso de cajeros, vendedores, cobradores o socios con facultad de percibir, aunque no tengan la de administrar porque entonces podría configurarse un acto propio del delito de administración fraudulenta.

También lo es cuando ha sido materia de depósito necesario o de depósito voluntario y regular, mas no cuando lo fue de depósito irregular por los motivos señalados, en el punto 3, b.

Por fin, entendemos que “efectos” serán cualesquiera bienes, enseres o muebles.



## CAPÍTULO X

### EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN MEDIANTE SUSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El inciso 3º del artículo 173 del Código Penal reprime a quien “defraudare haciendo suscribir con engaño algún documento”.

Es posible reconocer la fuente del precepto en el Código Penal español de 1848 —artículo 452, inciso 3º— a través de Tejedor, habiendo mantenido sus términos hasta el texto vigente.

Pertenciente a la especie de las defraudaciones, consiste, como ésta, en la *obtención del perjuicio mediante maniobra astuta o habilidosa que, en el caso, es la suscripción con engaño de un documento, y no cualquier engaño como en la estafa.*

Es elocuente su parentesco con la estafa: el documento suscripto tiene una indiscutida autenticidad y es la expresión de la voluntad de la víctima, pero de una voluntad que no está impulsada por la intimidación, como en la extorsión, sino viciada por el engaño.

La fuerza de esta identidad estructural es tan elocuente que los antiguos comentaristas españoles consideraban ocioso este precepto por entender que la conducta descrita está comprendida en la estafa <sup>1</sup>.

#### 2. La acción. Remisión.

El verbo definitorio es “defraudar”, por lo que corresponde hacer una remisión a cuanto se dijo en el Capítulo VII, ya que se trata de un tipo legal subordinado o de una mera figura en la

<sup>1</sup> Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, t. VII, págs. 196 y 197, Madrid, 1897.

que la circunstancia que le da peculiaridad es la forma especial que adquiere el engaño, que *no es cualquiera sino la suscripción de un documento*.

Ese verbo definitorio tiene, pues, un complemento: "hacer suscribir con engaño". El agente provoca la actividad de la víctima, la forma de prestación que consiste en la suscripción del documento, la que, como la prestación de la estafa —de forma diversa, no descripta en el tipo legal— es rendida en forma voluntaria pero con una voluntad viciada por el engaño.

Siendo, pues, la conducta definida como "defraudar haciendo suscribir con engaño", no debe perderse de vista que el verdadero núcleo es *defraudar*. Ello tiene trascendencia en la determinación del momento consumativo, que sería el instante en que la víctima suscribe el documento si éste fuera el núcleo, lo que no ocurre conforme al estricto texto legal <sup>2</sup>.

El delito ha de entenderse consumado, pues, cuando se defrauda, es decir, *cuando se causa el perjuicio mediante el engaño que movió a suscribir el documento, momento que temporalmente, a veces, puede coincidir, pero que, a menudo es posterior*. Efectivamente, en ocasiones suscribir el documento constituye un acto de disposición patrimonial, como cuando se renuncia a un crédito o a un derecho cualquiera de esa misma naturaleza pero, frecuentemente, el uso posterior causa la lesión al patrimonio.

El peligro que la suscripción entraña no es bastante para el perfeccionamiento del delito, correspondiendo remitirse a cuanto se dijo sobre el perjuicio en la estafa <sup>3</sup>.

Por esas consideraciones, antes que por el hecho de que, en ese caso, sería ocioso el precepto que describe la falsificación de documentos, es que consideramos que siempre el delito se consuma en el momento en que la víctima es perjudicada por el documento <sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Sin embargo, así lo entienden: Malagarriga, *Código Penal*, t. II, pág. 405; Rodolfo Moreno, *El Código Penal...* cit., t. V, n° 187, pág. 204; Octavio González Roura, *Derecho Penal*, t. V, pág. 266.

<sup>3</sup> Conf. Capítulo VII, ap. 4.

<sup>4</sup> Al respecto señalamos respetuosa disidencia con Soler —*Derecho...* cit., t. IV, 119, II— porque en la falsificación el agente realiza la actividad descripta de hacer en todo o en parte el documento falso, mientras que en el delito que estudiamos, como en todas las estafas, actúa el agente por mano de la víctima y, asimismo, la actividad creadora e imitativa de la falsificación está ausente en esta defraudación.

No interesa sobre qué aspecto recae el engaño: sobre la naturaleza, sobre el contenido, sobre el significado o sobre los alcances <sup>5</sup>. *Sólo es trascendental que la creencia errónea sea la determinante de su suscripción porque se trata de una defraudación en la que debe configurarse la trilogía de la estafa: engaño, error, prestación, en el caso, suscripción de documento.*

Por ello, para que se cumpla esa relación causal, expresada en esta defraudación no mediante la voz “valiéndose” sino mediante el gerundio “haciendo”, el engaño ha de recaer sobre cuestiones sustanciales referentes a la suscripción del documento: el error sobre cuestiones accidentales que no sean la naturaleza exigible de la obligación, su fuerza ejecutiva, los términos de su exigibilidad, resultaría intrascendente porque la víctima, sin la actividad engañosa del agente, hubiera igualmente suscripto el documento.

Incide sobre la tentativa, cuya posibilidad es elocuente por las consideraciones que se efectúan en apartado posterior respecto a documentos nulos y anulables.

### 3. Elemento normativo del tipo legal.

#### *La noción de documento.*

Por *documento* ha de entenderse *todo instrumento destinado a comprobar hechos o actos jurídicos y del que emerjan derechos y obligaciones de índole patrimonial.*

Encuadra en el tipo legal que estudiamos la suscripción de cualquier documento, sea público o privado, con la sola exigencia de que la suscripción tenga significado patrimonial. Están encuadrados, pues, los que corresponden a la enumeración del artículo 979 del Código Civil <sup>6</sup>, como todos aquellos que, estando

<sup>5</sup> Rodríguez Devesa cita el caso jurisprudencial en que se hizo otorgar una escritura de venta en la creencia de que era un poder (sent. 20/3/1908, en *Derecho... Parte especial*, pág. 452, nota 46).

<sup>6</sup> El artículo 979 del Código Civil prescribe: “1º) las escrituras públicas hechas por escribano público en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley; 2º) cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en las formas que las leyes hubieren determinado; 3º) los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio; 4º) las actas judiciales, hechas en los

fuera de esa enumeración, responden a las exigencias del título V, libro II, sección segunda, del Código Civil.

Es decir, ha de *tener firma*, ya que ésta es “condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada” y “no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos” (artículo 1012 del Código Civil). Si contienen convenciones perfectamente bilaterales “deben ser redactados en tantos originales, como partes haya con un interés distinto” (artículo 1021 del Código Civil).

Sujetos a las minuciosas regulaciones de la ley civil, hay documentos nulos, y debe establecerse cuáles son los efectos de la nulidad sobre el encuadre típico del comportamiento que se estudia.

Efectivamente, al principio general del artículo 1040 de la ley civil, que afirma la condición impostergable de su otorgamiento por “persona capaz de cambiar el estado de su derecho”, sigue la escrupulosa precisión de los casos en que tal requisito está ausente, con su expresa consecuencia: la nulidad del acto.

Así, son expresamente fulminados con la nulidad los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria —artículo 1040 del Código Civil— o por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez, o de un representante necesario —artículo 1042—; o personas a quienes el Código prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare —artículo 1043—; o cuando los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, o cuando no tuviese la forma

---

expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron; 5°) las letras aceptadas por el gobierno o sus delegados, los billetes o cualquier título de crédito emitido por el tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales, autorizadas por el encargado de llevarlas; 6°) las letras de particulares dadas en pago de derechos de aduana con expresión o con la anotación correspondiente de que pertenecen al Tesoro público; 7°) las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales; 8°) las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad a sus estatutos; 9°) los billetes, libretas, y toda cédula emitida por los bancos, autorizados para tales emisiones; 10°) los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros”.



exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese, para su validez, de la forma instrumental y fuesen nulos los respectivos instrumentos (artículo 1044).

Y la consecuencia de esa declaración de nulidad es volver "las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado".

En cambio, son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen, para su validez, de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos.

Tales actos se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase, conforme al principio del artículo 1046 del Código Civil.

Por lo tanto, si el ordenamiento considera a ciertos actos como inexistentes, el documento carece absolutamente de aptitud perjudicial; jamás podrá defraudarse, en consecuencia, haciéndolo suscribir con engaño. Entendemos que ésa debe ser la conclusión válida cuando se trata de documentos nulos.

En cambio, si el documento es, simplemente, de los que corresponden a la categoría de los anulables, deberá establecerse si se perjudicó o no mediante su suscripción, teniendo en cuenta el período de validez que la ley civil consagra para aquéllos.

Empero, entendemos que si se trata de documentos nulos o de documentos anulables, la actividad consistente en haberlos hecho suscribir mediante engaño *constituye siempre tentativa y no tentativa de delito imposible en el caso de los primeros*, porque, pese a esa ineptitud para causar perjuicio, no puede perderse de vista que, conforme al artículo 1047 del Código Civil, puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés de hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida y puede pedirse por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley.

En consecuencia, podría no haberse alcanzado la declaración judicial de nulidad, pues, aunque proceda de oficio, haberla advertido es un evento que puede o no ocurrir, una circunstancia ajena a la voluntad del agente en los términos del artículo 42 del Código Penal, antes que una inidoneidad intrínseca del medio.

## CAPÍTULO XI

### EL DELITO DE ABUSO DE FIRMA EN BLANCO

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El inciso 4º del artículo 173 del Código Penal describe la conducta de “cometer alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dió o de un tercero”.

El precepto tenía ya esta redacción en el Proyecto Tejedor, que cita como fuentes el Código español de 1848 y el Código francés, aunque ambos corresponden a concepciones distintas en la descripción de la conducta. Para el primero se ha de requerir el efectivo perjuicio patrimonial, mientras que el segundo figura en la corriente de aquellas leyes penales que consideran configurado el hecho aunque sólo exista mera posibilidad de perjuicio.

#### 2. La acción.

La acción se define como “cometer una defraudación abusando de la firma... o extendiendo con ella algún documento”.

Es ésta también una defraudación porque el núcleo de la actividad típica es “cometer alguna defraudación”, pero en vez de emplear un engaño para provocar la actuación equivocada de la propia víctima, el agente continúa actuando por sí, y el medio de que se vale para actuar, como lo define aquel núcleo, es el abuso de la firma en blanco o la extensión del documento.

Mas el hecho no ha de considerarse consumado —así lo entendemos— con la nueva extensión del documento porque *ésta es la modalidad o forma del comportamiento defraudatorio, pues la actividad definida por el verbo típico es defraudar, actividad que entraña, como se dijo oportunamente, el efecto del perjuicio en el patrimonio de la víctima.*

Sin embargo, estas modalidades de la conducta, que dan peculiaridad a la especie de defraudación, merecen consideraciones muy especiales.

La ley civil prevé el supuesto en que una persona dé la firma en blanco antes de la redacción por escrito, estableciendo en el artículo 1016 del Código que "después de llenado el acto por la parte a la cual se ha confiado, hace fe reconocida la firma". Prevé, asimismo, el caso en que el signatario se oponga al contenido del acto probando que las declaraciones u obligaciones que se encuentren en él, no son las que ha tenido intención de hacer o de contratar, prueba que no puede ser hecha con testigos (artículo 1017) y que la nulidad de esas declaraciones que el juez decretare no tendrá efecto respecto de terceros que por el acto escrito hubiesen contratado de buena fe con la otra parte (artículo 1018).

Cabe establecer si son éstos los supuestos que corresponden a la conducta descrita por el tipo legal que se estudia.

Entendemos que puede tratarse o no del comportamiento incriminado a través de este inciso 4°.

El disenso sobre la inteligencia de lo que se quiso estipular, con imputación de abuso por parte del signatario es una situación que está, pues, prevista por la ley civil y encontraría en el marco de sus sanciones el adecuado corolario.

En tal caso, pese al encuadre en el tipo objetivo, la conducta estaría carente de dolo.

Pero este mismo supuesto de la ley civil puede ser el escenario de la conducta típica que se estudia cuando el autor actúa con dolo.

En otras palabras, el hecho de que esté prevista por el ordenamiento civil no significa que pueda constituir, además, el delito que se estudia, para lo que será decisivo establecer la existencia del dolo.

Estas reflexiones deben hacernos meditar respecto al significado que hemos de dar al comportamiento de "defraudar *abusando* de firma en blanco".

*Abusar es usar indebidamente una cosa*; la acción entraña un disvalor intrínseco, inseparable de la idea de lo incorrecto, de lo indeseable; por ello, hemos afirmado que en algunos supuestos la previsión de la ley civil será conducta que deba encuadrarse en el tipo que estudiamos y en otros no, ya que las declaraciones insertas en el documento pueden no coincidir con el

verdadero significado de la estipulación, tanto por una divergencia conceptual o de entendimiento entre las partes, como por un designio de usar en forma indebida la firma ya estampada; en el primer caso, podrá ser anulado sin trascendencia penal porque la conducta no se encauzaba a defraudar mediante aquel uso incorrecto; en el segundo, sí, se tratará de la defraudación que analizamos.

Ello ha movido a la doctrina a exigir que la entrega de la firma haya sido determinada por una relación de confianza<sup>1</sup> reparando en otro razonamiento diferente al nuestro: la inspiración de la ley penal francesa e italiana cuyos textos exigen que el documento en blanco "...haya sido confiado".

Pero sólo el concepto de lo que ha de entenderse por "firma en blanco" permite, asimismo, precisar los alcances de su abuso.

En nota al artículo 1019 del Código Civil, nuestro codificador, con cita de Toullier y de Aubry y Rau, afirma que en el caso de que *otra persona* que aquella a quien se ha confiado el acto abuse con la firma en blanco es un delito de falsedad cuyas consecuencias no puede soportar el signatario en blanco, pues no se trata de un mandato que él hubiese dado.

De este razonamiento, referido al caso en que el documento hubiese sido "fraudulentamente sustraído y llenado por un tercero" —artículo 1019 del Código Civil—, se infiere que ha de considerarse al documento dado en blanco como un verdadero mandato para extenderlo.

Ello, a su vez, importa que están en juego los límites y términos de cualquier mandato de los que son esencia *la coincidencia entre las instrucciones del mandante —signatario en blanco, en el caso— y su cumplimiento por el mandatario —tenedor del documento— en los aspectos esenciales del acto que prueba el instrumento.*

Sin embargo, el mero desacuerdo entre las instrucciones y su cumplimiento, quebrantamiento del deber primordial de todo mandatario, no tendría trascendencia a los fines del encuadre de la conducta en el tipo legal que estudiamos *si no conlleva un perjuicio al signatario en blanco porque entonces no sería defraudación.*

La ley civil también prevé el supuesto en que el documento firmado en blanco "hubiese sido fraudulentamente sustraído a

<sup>1</sup> Conf. Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 119-I-VI, pág. 333.

la persona a quien se hubiese confiado y llenándose por un tercero contra la voluntad de ella” —artículo 1019 del Código Civil—, el que establece que, en tal caso, la prueba de la sustracción y del abuso de la firma en blanco puede ser hecha por testigos.

Este supuesto no es el del delito que se estudia sino que la sustracción constituirá hurto o robo, según los casos, y el acto de llenarse el documento constituirá una falsificación a la que se agregará, con el uso del documento, el delito de uso de documento falso.

Pero en el caso que contempla la ley civil no es el autor quien ha recibido el documento firmado en blanco y defrauda al signatario abusando de esa firma, sino que el documento es buscado por medios que en sí configuran un delito y usado en condiciones que encuadran en otros tipos legales, debiendo sólo resolverse problemas concursales.

Sin embargo, estas previsiones de la ley civil han tenido trascendencia a los fines de las medidas de prueba que se consideran admisibles en los sumarios penales en que se investigan defraudaciones por abuso de firma en blanco.

La restricción probatoria del ordenamiento civil se inspira en la necesidad de evitar que se tornen discutibles aun los documentos auténticos poniéndose en crisis toda presunción de certeza, y constituye una advertencia de cuidado a quienes libran documentos en esas condiciones peligrosas.

Pero es discutible si la restricción debe trasladarse al terreno penal porque mientras, por una parte, en la investigación de un delito la amplitud probatoria ha de ser plena, por otra, el mero cambio de jurisdicción permitiría violar una restricción expresa en el lenguaje de las pruebas.

Así, diversos tribunales han negado la admisibilidad de la prueba de testigos cuando no se ha argüido la sustracción fraudulenta del documento <sup>2</sup>, y algunos han descartado, asimismo, la de presunciones <sup>3</sup>.

*Extender con la firma un documento significa tanto redactarlo íntegramente como llenar atestaciones que representen una*

<sup>2</sup> Suprema Corte de Buenos Aires, “Bombini, Santiago vs. José Malufud S. A.”, del 30/11/76, en “J.A.”, 1978-III, síntesis y jurisprudencia citada por Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, 122-II-5.

<sup>3</sup> Cám. Apelaciones de Trenque Lauquen, “Barrena, Walfrido”, del 28/8/79, en “J.A.”, 1979-IV-532.

*dolosa contradicción de las instrucciones del signatario*. Por lo tanto, la redacción ha de referirse a elementos esenciales que sean representativos de un perjuicio de contenido patrimonial; diferente cantidad, plazo, forma de ejecución son apenas ejemplos de los múltiples supuestos a través de los cuales la inserción de cláusulas en un documento firmado en blanco puede constituir este delito.

Se ha declarado que llenar la fecha de vencimiento del documento no constituye este delito, sino que se trata *de uso de un documento* que ha de entenderse como extendido a la vista <sup>4</sup>.

Nuestros tribunales declararon: "...Es condición necesaria para la existencia del mencionado delito que la firma haya sido confiada voluntariamente por el signatario al agente, o sea que no se acredite fraude, violencia o caso fortuito, intimidación o error excusable..." (C.C.C., Sala IV, del 18/9/84, "Cairo, Pascual", en "Doctrina Judicial", t. 1985-2, pág. 574, n° 13, con citas anteriores).

### 3. Elementos normativos del tipo legal.

#### a) *La noción de firma.*

Si bien la ley civil no define a la *firma*, consideramos que ésta es un elemento normativo y no objetivo del tipo legal, por cuanto el artículo 1012 del Código Civil establece que "la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos". Por lo tanto, por *firma* ha de entenderse el *nombre y apellido de una persona con o sin rúbrica escrito de mano propia o ajena con la limitación que indica la ley civil, por cuanto es sólo esta grafía la que otorga al documento que con ella se extiende el alcance de ser generador de obligaciones de índole patrimonial.*

#### b) *La noción de documento. Remisión.*

Corresponde hacer una remisión a cuanto hemos dicho en el Capítulo anterior.

<sup>4</sup> C.C.C., Sala V, "Peroni, A. L. y otros", del 14/12/76, en "J.A.", 1977-III, síntesis.





## CAPÍTULO XII

### EL DELITO DE HURTO IMPROPIO

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 173 del Código Penal en su inciso 5° reprime al “dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero”.

El texto reconoce su fuente en el Proyecto Tejedor que, a su vez, la había tomado del Código Penal español de 1848, y que se mantuvo en los Códigos de 1886 y de 1921.

La ley 17.567 lo reemplazó por el siguiente: “El dueño de una cosa mueble que privare de ella a quien la tuviera legítimamente en su poder, la dañare o inutilizare, frustrando así en todo o en parte el derecho de éste. La misma pena será aplicable a un tercero que obrare en beneficio del propietario o en connivencia con éste”.

Los autores de la reforma dijeron que se propusieron ampliar el contenido para comprender los casos de daño e inutilización, basándose para ello en los proyectos de 1937 y de 1960<sup>1</sup>.

Fontán Balestra, uno de los autores de la reforma de 1967, explica que el propósito fue resolver los problemas planteados sobre el significado del verbo “sustraer” de la antigua redacción, y hacer extensiva la responsabilidad al tercero que actúa en connivencia con el autor. Señala también la relativa similitud que guarda la nueva figura legal con el delito que describe el inciso 11° del artículo 173 del Código Penal, pues en ambos casos la acción recae sobre la cosa propia y con ello se perjudican derechos ajenos, pero en el delito que comenzamos a estudiar la

<sup>1</sup> “ADLA”, t. XXVIII-C, pág. 2891.

cosa está en poder del titular del derecho que resulta frustrado y únicamente puede tratarse de cosas muebles <sup>2</sup>.

Si bien los trastornos interpretativos que causa el verbo "sustraer" son ponderados y daban fundamento suficiente a su reemplazo por otro u otros, no coincidimos con la extensión al tercero, cuya situación consideramos perfectamente comprendida y resuelta por las previsiones de la participación criminal.

## 2. La acción.

Si bien el verbo definitorio de la conducta coincide así en una de sus acepciones idiomáticas como en la redacción de numerosas leyes penales, con el comportamiento que doctrinariamente se llama "hurto", no es éste su único significado y entendemos que debe concebirse a través de esa variedad conceptual.

En efecto, sustraer, no es solamente "hurtar" sino también apartar, separar, extraer y "robar fraudulentamente" (conf. *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima edición).

Por lo tanto, el comportamiento comprende el acto del dueño de apoderarse —verbo éste elegido en nuestra ley para definir el hurto— como también cualquier otro por el que la cosa salga del efectivo poder de quien sea su legítimo tenedor.

Como técnicamente el hurto sólo puede serlo de la cosa propia, bien apuntaba Gómez que identificar al verbo que estudiamos con este significado, como lo hizo una célebre decisión de nuestra Cámara del Crimen, sería afirmar que "el Código habría previsto una hipótesis imposible" <sup>3</sup>.

La actividad del agente consistirá, pues, en privar a quien la tenga del ejercicio del poder sobre la cosa mediante el despliegue de cualquier medio. El ocultamiento, la remoción, el engaño, y aun la destrucción, son meros ejemplos.

## 3. Elementos normativos del tipo legal.

### a) *La noción de cosa mueble.*

Remitimos a lo manifestado en el Capítulo II, 3.

<sup>2</sup> Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, 123-IV-2, pág. 135.

<sup>3</sup> Gómez, *Tratado...* cit., t. IV, pág. 275.

### **b) La noción de tenencia legítima.**

La víctima ha de tener la cosa mueble “legítimamente en su poder”, es decir, su tenencia ha de reconocer legitimidad o, en otras palabras, provenir de un título que no sea prohibido por el ordenamiento jurídico, regulado por éste o no.

Entre los primeros figuran todos los que transmiten la tenencia pero no el dominio: la prenda, el depósito, la locación, el comodato, y entre los segundos las situaciones de hecho toleradas expresamente por el dueño de la cosa; las convenciones y los contratos innominados.

El ejercicio del derecho de retención, es decir, “la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa”, conforme a la regulación genérica de los artículos 3939 y sigs. del Código Civil y a la específica que éste prevé en diversos contratos, como el depósito o el mandato, es fuente de legítima tenencia.

También deben mencionarse los casos que suponen mandatos de la autoridad o meros ejercicios de un derecho, como los depósitos judiciales, embargos, derechos de retención.

En todos los supuestos hay tenencia legítima y, para que ella sea marco de la actividad típica, debe estar vigente.

#### **4. Elementos objetivos del tipo legal. Perjuicio del tenedor o de un tercero.**

Remitimos a lo que hemos manifestado en el Capítulo VII, 4.

#### **5. El sujeto activo. Tipo legal especial.**

En el delito que estudiamos el sujeto activo debe estar revestido de una calidad especial: la de *dueño de la cosa*. Sólo él puede ser autor. Se entiende por tal quien ejerza *la propiedad* de la cosa.



## CAPÍTULO XIII

### EL DELITO DE OTORGAMIENTO DE CONTRATO SIMULADO O DE RECIBOS FALSOS

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 173 del Código Penal, en su inciso 6º, reprime al que “otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado o falsos recibos”.

Sin alteraciones se ha mantenido este texto en nuestros antecedentes legislativos, pues ya estaba descripta esta conducta en el Proyecto Tejedor, aunque limitada al caso de otorgamiento de contrato simulado, citándose como fuente el Código Penal español de 1848. El supuesto de otorgamiento de falsos recibos fue previsto en el Código anterior.

No responde a la especie de las defraudaciones en cuanto a la estructura típica fundamental y atendiendo al verbo definitorio de la acción. Sin embargo, la naturaleza de esta actividad entraña siempre una maniobra ardidosa en la que se persuade a la víctima de la veracidad intrínseca de los instrumentos que se otorgan, lográndose así engañarla, con el consecuente perjuicio patrimonial.

#### 2. La acción.

La actividad del agente consiste en el *otorgamiento en perjuicio de otro* del instrumento indicado en el tipo legal.

El mero otorgamiento no configura la actividad, la que sólo puede consumarse con el efectivo perjuicio a la víctima.

*Otorgar*, en la inteligencia del precepto, es *suscribir*, y las partes que concurren al acto son los autores y no meros cooperadores de quien dirija la actividad en perjuicio de la víctima porque el comportamiento descripto consiste en “otorgar”.

### 3. Elementos normativos del tipo legal.

#### a) *La noción de contrato simulado.*

La simulación de los actos jurídicos es materia de prolijas regulaciones por parte de la ley civil, cuyo artículo 955 la define en estos precisos términos: “la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”.

Asimismo, el artículo 956 establece dos tipos de simulación: absoluta, cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa, cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter.

La simulación que no causa perjuicio ni tiene fin ilícito está admitida por el artículo 957 del Código Civil.

Por lo tanto, el contrato simulado no puede ser el que regula y admite el Código Civil en este precepto sino el que prevé en su artículo 959, cuyo texto reza: “los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación”.

Ambas partes contratantes —autores, como antes dijimos— deben concurrir a la simulación de un acto que no tiene existencia verdadera, y cuyo aparentamiento, a través del instrumento, responde al designio de causar el perjuicio patrimonial a la víctima.

Sobre la propia noción de contrato corresponde remitirse a cuanto hemos expresado en el Capítulo VIII, 4, b.

#### b) *La noción de falso recibo.*

Por *recibo* ha de entenderse *toda constancia escrita de entrega de cosas, valores o dinero.*

Esa constancia no ha de ser tal, es decir, no ha de responder a la realidad de una entrega efectivamente realizada y es la causa del engaño que determina el perjuicio patrimonial.

## CAPÍTULO XIV

### EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

#### 1. Descripción legal de la conducta.

En su inciso 7º, el artículo 173 del Código Penal describe la conducta del que, “por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos”.

En la reforma de la ley 17.567 se encuentra el origen del precepto en nuestro Derecho.

Efectivamente, el Código de 1921 reprimía al “comisionista, capitán de buque o cualquier otro mandatario que cometiere defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho”, precepto cuyo origen estaba en el Proyecto de 1881, que se refería sólo a los “comisionistas”, como su confesado modelo, el Código Penal chileno de 1874, pero el Proyecto de 1891 lo extendió a “los capitanes de buque y agentes de comercio”, antecedentes que, a su vez, provienen del delito de “baratería marítima” del Código Penal toscano, comentado por Carrara.

Posteriormente, el Proyecto de 1906 amplió la fórmula a “cualquier otro mandatario”.

La reforma de 1968 invocó como antecedentes los códigos suizo, griego y alemán reformado, lo que impone el conocimiento de tales leyes.

El Código suizo denomina al delito “gestión desleal” y lo describe en el artículo 159 en estos términos: “el que por disposición de la ley o contractualmente tenga la obligación de velar

intereses patrimoniales ajenos y los haya perjudicado”, agravándose la sanción en caso de que se hubiera obrado con propósito de lucro.

El Código griego llama “abuso de confianza”, en su artículo 390, a la conducta así descrita: “el que intencionalmente causa perjuicio a los bienes de otro del cual tenga (en todo, en parte o por un solo acto concreto) la administración o la gerencia en virtud de la ley o de un acto jurídico”.

A su vez, el artículo 266 del Código alemán establece: “será castigado por abuso de confianza con pena de prisión y multa el que haya abusado voluntariamente de la facultad que le ha sido otorgada por la ley, por la autoridad o un acto jurídico, para disponer de bienes ajenos u obligar a otro, o lesiona el deber que le incumbe en virtud de la ley, la autoridad o negocio o de una relación de fidelidad de cuidar intereses patrimoniales ajenos y de esta manera haya perjudicado a la persona cuyos intereses patrimoniales debe atender”. Debe destacarse que el precepto prevé también la posibilidad de pérdida de los derechos cívicos.

Muy diferentes latitudes en la definición de este comportamiento se encuentran en las leyes penales noruega, finlandesa, sueca, australiana y polaca, también citadas en la Exposición de Motivos de la ley 17.567.

Así, es amplia la fórmula empleada para precisar la calidad del sujeto activo en el Código noruego: “el que tenga la administración o vigilancia de los intereses” pero precisada la conducta a través de la modalidad “abuso de confianza” y del elemento subjetivo “propósito de provecho para sí, para otros o de daño” —artículo 275—.

La misma amplitud que para la condición del agente prevé el Código polaco: “el que en virtud de una disposición legal o contractual se ocupe de los negocios materiales de otros” pero acompañada de una no menos amplia descripción típica: “obre en su perjuicio” (artículo 269).

La ancha fórmula “perjudicar los intereses confiados” está en el Código finlandés —Capítulo XXXVIII, 1—, y los elementos restrictivos del “propósito de lucro” y del “abuso consciente” están, en cambio, en el Código austríaco (artículo 205, letra c).

Es evidente que, con un ponderado criterio, la ley argentina se ha apartado del riesgo de la fórmula amplísima que podría acarrear la incriminación para cualquier administración mala y perjudicial a los intereses confiados y no sólo ha seguido la



orientación frecuente en los modelos considerados de introducir elementos subjetivos en el tipo legal sino también medios comisivos especiales, tal la violación de deberes.

Para los autores que distinguen entre las defraudaciones y los abusos de confianza, el delito que comenzamos a analizar revista, elocuentemente, entre los últimos.

Recientes decisiones judiciales se han apoyado expresamente en las doctrinas desarrolladas por los intérpretes del Código Penal alemán del que proviene este tipo legal.

En ese orden, con cita de Binding, quien formuló, como explicativas de la norma, las teorías del abuso y del quebrantamiento, se ha dicho que cometió este delito el productor independiente de seguros que no entregó a la compañía el dinero recibido de los damnificados, no habiéndose conformado la póliza, ya que la violación de su deber lo convierte en autor del delito de infidelidad patrimonial que trata de la relación interna entre el administrador y el dueño del patrimonio lesionado <sup>1</sup>.

Se han formulado diversas distinciones entre la administración fraudulenta y la retención indebida, debiendo considerarse que en la primera el perjuicio patrimonial se perfecciona a través del manejo de los intereses de la víctima, quien no ha efectuado necesariamente entregas materiales, como ocurre, en cambio, en la segunda. En la administración fraudulenta se confía en el cuidado de los intereses y en la fidelidad con que serán manejados; en la apropiación indebida, en cambio, en el cumplimiento del deber nacido del negocio jurídico que motivó la entrega.

El mayor volumen de la relación mercantil que se debate en los casos de administración fraudulenta que pondera como distintivo Millán <sup>2</sup> es una realidad ciertamente frecuente, pero no la consideramos decisiva para establecer una distinción de índole conceptual porque pueden darse casos de administración fraudulenta en que los volúmenes no sean tan grandes, como

<sup>1</sup> C.C.C., Sala I, "Solnik", del 17/6/97, en "J.P.B.A.", 104-48.

<sup>2</sup> Alberto S. Millán, *Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados*. El autor cita el fallo de la C.C.C.: "...un ciclo operativo de volúmenes de mercaderías muy considerables que hace indispensable un ajuste final, lo que excluye el asunto del manejo más limitado de la retención indebida, al que sólo puede referirse si se omite toda rendición de cuentas o la misma se relaciona con alguna negociación más o menos aislada".

suele ocurrir en los supuestos de mandatos otorgados para una operación de poca importancia económica.

Se ha declarado que el núcleo de la figura descripta por el artículo 173, en su inciso 2º, se reduce a una acción negativa en cualquiera de los dos aspectos: negativa a restituir o falta de entrega al debido tiempo, no sin antes tomar en cuenta la naturaleza del contrato por el cual el bien está en poder del agente, lo que no ocurre en el caso de la administración fraudulenta<sup>3</sup>.

Antes que requisito típico, la rendición de cuentas es indispensable para establecer la materialidad de la comisión del delito.

Así, nuestra Cámara del Crimen entendió que no podía responsabilizarse a la cajera, no obstante haberse comprobado una diferencia entre lo que cobró y lo que debió cobrar, si no se hizo la rendición de cuentas de todo lo recaudado por la empleada al cierre de la caja ya que —proclamó— sólo con la rendición de cuentas podrá determinarse la existencia del saldo.

“...La circunstancia de haberse impedido el retiro de los efectos comprados —continuó— no lleva a obviar la constatación del saldo diario de la cuenta de caja, dado que se trata de un elemento del tipo elegido, el cual también rige para las formas ampliadas de adecuación. Y bastaría suponer por vía de hipótesis que la rendición de cuentas hubiera tenido un saldo igual o mayor que el importe de los efectos secuestrados, para descartar no sólo la defraudación consumada, sino también su tentativa”<sup>4</sup>.

## 2. La acción.

El tipo legal, complejo, tiene definidas dos acciones: *perjudicar los intereses confiados u obligar abusivamente al titular de éstos; en cualquiera de los dos casos, violando sus deberes.*

El medio comisivo de la acción es ineludible en ambos supuestos y es la expresión de un designio que se compatibiliza con el propósito de un autor que tiene el signo del dolo.

<sup>3</sup> C.C.C., Sala V, “Verón, S.A.”, del 9/11/77, c. 9404. En disidencia: Almeyra.

<sup>4</sup> C.C.C., Sala VII, c. 5041, “Guerra de Ojeda, Nélida”, del 20/3/85, en “BJCNAC”, año 1985, n° 1, págs. 16 y 17.

Las situaciones jurídicas diversas que permiten al agente el manejo de intereses ajenos son fuente de deberes específicos en cada caso. Violarlos supone infringirlos, desconocerlos, apartarse deliberada e infundadamente de ellos.

La cita de ejemplos sería ociosa, habida cuenta de la inmensa gama de deberes que hace aún más compleja la enorme y complicada variedad de formas que revisten las contrataciones actuales y la administración de vastas operaciones para cuya comprensión se puede tener idea pensando en la complejidad de las sociedades de ahorro y préstamos para fines determinados; o en la formación de grupos o círculos destinados a la adjudicación de préstamos o de bienes conforme a las pautas pactadas.

Y bien, los deberes de quienes administran el dinero de los suscriptores, que confían en el cumplimiento de esas obligaciones comprometidas en los llamados "contratos-tipo", tienen tantas formas de violación que su enunciado, fatalmente incompleto, resultaría estéril.

El quebrantamiento de deberes puede constituir una conducta omisiva, pero el intérprete debe alejarse del peligro de considerarla configurada por meras faltas reglamentarias.

En ese orden, cuando se analizó el comportamiento de funcionarios jerarquizados de un Banco, imputados de haber aceptado comisiones para conceder créditos sin adoptar los recaudos fijados por la institución para asegurar razonables probabilidades de devolución, nuestra Cámara declaró necesario acreditar "...que la omisión sea dolosa, trascendiendo la mera actitud negligente o la complacencia con el cliente como medio para aumentar el volumen de los negocios" (C.C.C., Sala I, del 28/2/85, "Romay Vidal", "Doctrina Judicial", t. 1986-1, pág. 316, n° 24).

Lo importante es que, en el caso, a través de su quebrantamiento, se hayan perjudicado los intereses confiados. Y, a su vez, este perjuicio ha de ser la consecuencia de la violación de los deberes.

La acción, por lo tanto, queda consumada con la producción de ese perjuicio a los intereses confiados y no con la violación de los deberes, que es su medio comisivo.

Resulta innegable que la acción de obligar abusivamente al titular de los intereses confiados es una mera forma del perjuicio patrimonial inferido a la víctima porque esa obligación es un

perjuicio, aunque éste puede revestir, también, otras muy variadas formas.

Consiste en comprometer los intereses confiados más allá de la necesidad, de la conveniencia o de la posibilidad real.

Forma comisiva de frecuente reiteración en los últimos tiempos es la del llamado “vaciamiento de empresas”, que consiste en el gravamen de los bienes de una empresa por montos que cubren o superan el valor de éstos, tras lo cual se transfiere la empresa a sociedades insolventes y casi siempre ficticias. En otras ocasiones, se hace desaparecer materialmente el activo de la empresa o se lo enajena real o ficticiamente. Otras veces se simulan importantes deudas o por la emisión ilegal de acciones en tal cantidad que bajan alarmantemente los valores de las que poseen los accionistas de buena fe. Resultan víctimas de estas maniobras en las sociedades anónimas los accionistas, los acreedores, los clientes, los empleados y el Estado <sup>5</sup>; pero, a los fines de la conducta que se analiza, sólo los primeros pueden ser víctimas porque son los directores de la sociedad quienes manejan sus intereses <sup>6</sup>.

La causación efectiva del perjuicio señala el momento consumativo del delito, que muchas veces coincide con la perpetración de la conducta, pero otras no. Así, la celebración de ciertos contratos que lesionan el patrimonio en el acto de su suscripción, dadas las modalidades ejecutivas que prevén; el libramiento de documentos que instrumenten la obligación abusiva al titular de los intereses administrados como tantos otros, constituyen casos en los que la perpetración del acto descrito por el tipo legal importa la consumación y *ello porque el perjuicio se perfecciona con su celebración*, pero, cuando ello no es así, sólo el uso, patrimonialmente lesivo al administrado, de esos instrumentos, o la consecuencia de los comportamientos observados por los administradores determinará la consumación del delito.

<sup>5</sup> Millán, *Los delitos...* cit., págs. 42 y 43.

<sup>6</sup> Muchos de los muy interesantes casos de la jurisprudencia de los Estados Unidos que transcribe Millán no podrían válidamente ser encuadrados en el tipo legal que estudiamos porque no se trata de un *perjuicio al titular de los intereses confiados* sino a terceros, a través de la sociedad (*in re* “Higgins v. California Petroleum and Asphalt Co. et al.”, 1905, 147; cal. 363, 81 Pac. 1070, caso en el que se estimó que una transferencia de un derecho de explotación minera entre tres sociedades afectaba al titular del crédito por arrendamientos —propietarios de los fondos— por una presunción legal de fraude).

Ese perjuicio debe asumir carácter patrimonial; no lo constituye la frustración de una mera expectativa.

Vinculado con el problema del momento consumativo está el de la rendición de cuentas cuando es previamente demandada en la sede pertinente.

Se ha declarado que cuando se entabló la cuestión en el fuero comercial, es en esa sede donde deben ventilarse todas las cuestiones concernientes a aquélla y de las que podría resultar la existencia del delito de administración fraudulenta, cuando su determinación requiere complejas operaciones que no cabe sustraer a la justicia competente y sin que ello signifique establecer cuestiones prejudiciales extrañas a la ley <sup>7</sup>.

Esta categórica afirmación de que la rendición de cuentas no constituye una cuestión prejudicial ha sido afirmada por otros tribunales que han consagrado el principio de que no puede establecerse por ella y desde allí el momento consumativo del delito <sup>8</sup>.

Aunque se admita la necesidad de agotar en otra sede la investigación de los hechos que configurarían el delito que se estudia, una vez esclarecidos, el momento consumativo será el de la producción anterior del perjuicio a raíz de la actividad infiel del agente.

En este delito se tiene en miras la total gestión del mandatario en el manejo de un patrimonio, por lo que el perjuicio surge de la liquidación de dicha gestión, cuyos exactos términos son alterados, sin que dicha conducta pueda ser confundida con los concretos y determinados fraudes que hubiera cometido el mandatario, aunque ellos se dirijan contra el patrimonio administrativo, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de considerar que todas y cada una de las maniobras que puedan perjudicar al mandante, a pesar de su individualidad, importan siempre el delito mencionado <sup>9</sup>.

Se ha entendido como delito consumado en el caso en que el imputado recibió el primer pago por la venta de una embarcación y omitió entregar al propietario la parte que le correspondía <sup>10</sup>.

<sup>7</sup> C.C.C., Sala IV, "Pérez, Daniel O.", del 2/9/77, c. 20.890.

<sup>8</sup> C.2<sup>o</sup> Crim. Paraná, "Luna, Urbano D.", del 22/5/79. Y más recientemente, C.C.C., Sala VI, "Pirillo, V.", del 30/4/98, en "J.P.B.A.", 107-37.

<sup>9</sup> C.C.C., Sala I, "De Santos, Osvaldo F.", del 21/4/80, en "J.A.", 1981-I-síntesis.

<sup>10</sup> C.C.C., Sala I, "Berasategui, G.", del 26/8/98, en "J.P.B.A.", 105-35.

Las diferencias entre lo que las partes entienden que les corresponde conforme a sus acuerdos y las liquidaciones que reflejan la postura de alguna de ellas con las correspondientes impugnaciones de la otra constituyen el marco en que se desarrolla este comportamiento.

Debe existir un verdadero despliegue fraudulento por parte del agente y no una mera omisión en consignar algunas sumas efectivamente percibidas; la asignación de un pago por servicios en un porcentaje superior al pactado o la deducción de gastos que no tienen documentación respaldatoria cuando sólo reflejan desacuerdos respecto a la manera de liquidar los intereses de cada parte <sup>11</sup>.

En cambio, se entendió perfeccionado el delito en la actuación del encargado de un local comercial que confecciona los formularios a mano para disfrazar las ventas al contado como si fueran a crédito y distraer los respectivos fondos <sup>12</sup>.

En otro orden, se resolvió que *prima facie* era defraudación por administración fraudulenta la conducta del abogado que retiró del expediente un sobrante de dinero que su representado dio a embargo y lo aplicó *motu proprio* a honorarios suyos pues debían ser reintegrados para solicitar luego el pago e iniciar las acciones legales pertinentes ante una eventual negativa <sup>13</sup> o la del letrado que retuvo en concepto de honorarios las cuotas mensuales que eran también imputables a capital, intereses y gastos, ocultándolas a su mandante <sup>14</sup>.

En la dirección de las sociedades anónimas los actos fraudulentos adquieren múltiples formas.

Fue condenado el presidente del directorio y otro accionista que aguaron el capital accionario del tercer socio al punto de tornarlo prácticamente inexistente, para lo cual realizaron una asamblea ordinaria y extraordinaria, a la que fueron únicos asistentes, en cuyo transcurso decidieron aumentar siete veces el capital social, suscribiéndolo íntegramente ese mismo día.

La víctima ignoró la realización de tal asamblea y no pudo ejercer sus derechos porque, apartándose del manejo social que

<sup>11</sup> C.C.C., Sala VII, "P., E. F.", del 3/11/98, en "J.P.B.A.", 106-49. Era la liquidación entregada por el letrado apoderado judicial a su mandante.

<sup>12</sup> C.C.C., Sala I, "Vitorangeli, F. A.", del 11/3/98, en "J.P.B.A.", 106-47.

<sup>13</sup> C.C.C., Sala I, "S. I.", del 22/6/98, en "J.P.B.A.", 106-48.

<sup>14</sup> C.C.C., Sala VII, "Butlow, D. E.", del 6/3/98, en "J.P.B.A.", 102-36.

durante ocho años habían realizado —comunicación directa entre los tres y celebración unánime—, los actos en este caso sólo fueron publicados en el Boletín Oficial proporcionándoles sólo una formal apariencia de publicidad <sup>15</sup>.

En este mismo sentido fue condenado por este delito el presidente de la sociedad anónima dedicada a la explotación de un restaurante que negó al socio radicado en el exterior, poseedor del setenta y cinco por ciento de las acciones, la titularidad de éstas impidiéndole ejercer sus derechos societarios y así transfirió el único activo de la sociedad, que era el fondo de comercio, a otra ficticia, desapoderando a aquélla <sup>16</sup>.

Por fin, debe precisarse la modalidad intrínseca de la actividad incriminada. Consiste en una cadena de ilicitudes inspirada en un propósito único, por lo que esa pluralidad de episodios no multiplica, ciertamente, la comisión del delito.

Esta realidad a veces es alterada en situaciones en las que el administrador infiel observa conductas que son escindibles porque obedecen a determinaciones independientes y pueden adecuarse a diversos tipos legales <sup>17</sup>.

### 3. Elementos subjetivos del tipo legal.

#### a) *La noción del propósito de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido.*

Como ya dijimos, la ley argentina se ha apartado del peligro de las fórmulas amplísimas, introduciendo en el tipo legal elementos subjetivos que limitan el ámbito de la conducta penalmente incriminada para evitar, así, la represión a un incumplimiento de deberes contractuales.

Por ello, al dolo *se agrega* la exigencia de un designio especial en el autor: *el de procurar lucro indebido para sí o para terceros.*

Como elemento subjetivo se configura con la propia existencia de este contenido volitivo, sin que sea menester su efectiva materialización, para lo cual tiene plena validez la opinión unánime de la doctrina nacional en el sentido de que el delito se

<sup>15</sup> T.O.C. n° 18, "Petrillo, M. I.", del 3/7/98, en "J.P.B.A.", 107-54.

<sup>16</sup> T.O.C. n° 25, "Arias, R. A.", del 25/8/98, en "J.P.B.A.", 107-55.

<sup>17</sup> C.C.C., Sala IV, "Fernández, L.", del 5/12/97, en "J.P.B.A.", 106-41.

consume con *el perjuicio de la víctima y no con el beneficio del autor o de un tercero.*

Siendo habitual en los negocios un grado de temeridad al que contractualmente no se le podría fijar la justa regla del grado más adecuado de conveniencia, la operación riesgosa cuyo fin fuera obtener, precisamente, una ventaja mayor para el titular del interés confiado, que luego ocasiona el efecto contrario, es decir, el perjuicio, no configuraría el delito que se estudia.

***b) La noción del propósito de causar daño.***

Lo que expresamos precedentemente con respecto al otro propósito descrito en el tipo legal es extensivo a éste, en cuanto a su intrínseca naturaleza y configuración.

El daño que el agente se propondrá causar puede ser o no de contenido patrimonial. El daño de índole afectiva que, a través de su comportamiento, se proponga causarle a la víctima, sería configurativo de este elemento subjetivo del tipo legal.

Estos propósitos del agente se descartan cuando el quehacer provocó beneficio al pretendido sujeto pasivo aunque aquél hubiera variado el destino de fondos o efectos.

Así, en caso en que el procesado dio a los fondos otorgados por el Poder Ejecutivo Nacional en donación a un instituto, un destino diferente al establecido por el donante, pero en beneficio del mismo instituto, afrontando el pago de deudas preexistentes, se entendió que no había cometido el delito de defraudación por cuanto no se apropió de los fondos ni se benefició con los dineros ajenos a un tercero, ni dañó en forma alguna los intereses del instituto cuyo directorio presidió<sup>18</sup>.

Tampoco se entendió que lo había cometido el presidente de una sociedad anónima que en su condición de tal constituyó gravámenes hipotecarios a favor de dos entidades financieras sobre un inmueble de la firma.

En el caso, había inducido a los demás directores a aceptar créditos en cuenta corriente. El Tribunal consideró que: "...no hubo extralimitación funcional del encausado, pues tenía poder amplio para actuar como lo hizo y por lo demás, contó con la autorización expresa del directorio en cada oportunidad, no

<sup>18</sup> C.C.C., Sala VII, c. 4876, "Vila, Héctor", del 15/3/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 1, pág. 17.



existiendo en autos evidencia alguna que tales hipotecas garantizasen créditos irreales, ni que los créditos proviniesen de maquinaciones personales del procesado. Dado que el delito de administración fraudulenta —prosiguió el Tribunal— es doloso, y que el núcleo de la figura es el acto administrativo infiel, debe probarse, como exigencia típica, que el administrador actuó «con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño», lo que no se acreditó en autos, debiéndose arribar a un pronunciamiento absoluto, dado que la comprobación del perjuicio ocasionado no es suficiente, pues la figura no admite la forma culposa...”<sup>19</sup>. Sí, en cambio, lo cometió el gerente técnico comercial de una empresa del Estado que utilizó para sí sumas de dinero que estaba facultado a disponer por la naturaleza de sus funciones<sup>20</sup>.

La ineficiencia, la desprolijidad y el desorden contable no encuadran en este delito.

Es menester el propósito de lucro o daño<sup>21</sup>.

#### **4. El sujeto activo. Las calidades que debe revestir. Tipo legal especial.**

Las calidades que la ley exige al sujeto activo de este delito están así expresadas: “tener a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico”.

Debe analizarse, en primer término, cuáles son las facultades que el agente debe tener con relación a los bienes o a los intereses pecuniarios, y, en segundo lugar, cuáles pueden ser las fuentes de esas facultades, pues ambos aspectos están detallados en el propio tipo legal.

En cuanto a las facultades, han de ser las de “manejo”, “administración” o “cuidado”.

La administración, acción de gobernar, regir, aplicar, servir o ejercer ministerio o empleo, supone el manejo y el cuidado,

<sup>19</sup> C.C.C., Sala IV, c. 29.683, “Caillon, Miguel”, del 12/9/85, en “BJCNACC”, año 1985, n° 3, págs. 166 y 167.

<sup>20</sup> CNFed. en lo Crim. y Correc., Sala I, “García, Luis A.”, del 17/2/86, en “L.L.”, t. 1986-D, pág. 659 (37.400-S).

<sup>21</sup> C.C.C., Sala IV, “Di Lello, J.”, del 26/8/97, en “J.P.B.A.”, 101-32, y “Capria, B.”, del 19/12/97, en “J.P.B.A.”, 106-46.

pero éstas pueden existir sin una estricta administración que sería sólo la forma jurídica de confiar a otro el manejo y el cuidado reglamentando las atribuciones de que goza para el cumplimiento de esos cometidos.

Los alcances de sus atribuciones han de ser tales que constituyan el marco natural para el desarrollo de la conducta típica porque, si así no fuera, no existirían “intereses confiados” para que el agente los vulnerara.

La extensión a todo supuesto de “manejo” o “cuidado” hace coincidir al tipo delictivo descrito por la ley argentina con el de “gestión desleal” del Código suizo, cuya fórmula antes hemos glosado <sup>22</sup>.

*En definitiva, sólo puede ser autor quien tiene la atribución de llevar a cabo actos de disposición o de obligar al representado.*

*En cuanto a las fuentes de donde provienen esas facultades, son la ley, la disposición de la autoridad o el acto jurídico.*

En la Exposición de Motivos se expresa la voluntad de que el precepto sea comprensivo de la actuación de quienes integran los órganos de personas colectivas, sobre todo sociedades anónimas y cooperativas.

La ley civil contempla numerosos supuestos en que la administración de los bienes queda a merced de personas diferentes del titular de aquéllos: en los casos de tutela testamentaria —artículo 383 del Código Civil—, de tutela legítima —artículo 389—, de tutela dativa —artículo 392—, de tutela de menores —artículo 397—, de curatela de cónyuges incapaces —artículo 476—, entre otros. Las funciones de los albaceas testamentarios, regidos por los artículos 3844 y 3874, son también ejemplos.

En otros casos, la autoridad competente, jueces o quienes ejerzan cualquiera de los tres poderes públicos o el poder municipal, encomiendan la tarea de administrar bienes a determinado individuo, como el supuesto de los administradores judiciales designados en juicio.

También el contrato y las convenciones pueden asignar estas funciones a determinadas personas.

Los actos jurídicos del derecho común resultan, pues, la otra fuente que reconoce el ejercicio de estas facultades.

De esos actos jurídicos puede resultar que alguien administra bienes ajenos y también propios, como en el caso de quienes

<sup>22</sup> Ap. 1 de este Capítulo.

desempeñan los órganos directivos de las sociedades, pero ello no mengua su calidad de administradores de bienes ajenos, a los fines del encuadre de la conducta en el precepto que estudiamos.

Se ha declarado que, a los fines de la individualización del sujeto activo del delito incriminado en el inciso 7° del artículo 173, es presupuesto de la acción descripta el hecho de que aquél disponga de facultades de administración y, así, el empleado que no está investido de tales facultades en forma expresa o tácita y que debe ceñirse a la ejecución del trabajo asignado —en el caso, vendedor para realizar descuento— no puede identificarse, pese a esa discrecionalidad con el administrador, que tiene poderes de administración, manejo o cuidado de bienes ajenos.

En cambio, el voto en disidencia del doctor Almeyra ponderó que el delito que se estudia tiene un ámbito que va más allá de la administración *stricto sensu*, debiendo ser su sujeto activo quien tiene a su cargo pertenencias de otro, y pudiendo responder el encargo desde una rigurosa administración hasta el simple cuidado, entendiéndose por cuidado la diligencia, atención y solicitud que una persona debe poner respecto de los intereses de otra en la medida en que se le ha confiado.

Si el empleado legitimado por su principal para efectuar descuentos en las compras de menudeos hasta un tanto por cierto determinado, daña conscientemente los intereses patrimoniales de su empleador, concediendo quitas o descuentos que exceden de aquel límite en violación de las directivas que le fueron impuestas y disimulando, además, la pertinente facturación, incurre en el delito, que no se multiplica por el número de episodios in fieles, pues sólo debe tomarse en cuenta la gestión fraudulentamente considerada <sup>23</sup>.

El criterio de la mayoría en el caso precedente es el que encuentra más amplia acogida jurisprudencial.

Así se ha afirmado que el delito supone la conducta de un sujeto que tenga efectivo poder de administración y que abuse de éste, lo que *sólo se concibe en cierto tipo de representante o mandatario, mas no en un simple dependiente que carece de autonomía respecto de las cosas de un empleador que pasan por sus manos* <sup>24</sup>.

<sup>23</sup> C.C.C., Sala V, caso "Verón", ya citado.

<sup>24</sup> C.C.C., Sala I, "Ibarrola, Roberto", del 15/2/77, en "J.A.", 1978-II-síntesis.

En cambio, entendemos que la más acertada interpretación está en el análisis intrínseco de la actividad de que se trate y con relación a bienes concretos; en el sentido, que alguna decisión ha afirmado, de que el delito se configura en cuanto los actos del procesado representan manejo de fondos ajenos y actos de administración pura, pues realiza gestiones insertas en un poder general, que no requieren mandato especial —artículos 1879, 1880 y 1881 del Código Civil—, se llame “jefe de administración” o como se denomine su empleo, *pues lo que importa es su actividad consentida por quien tiene interés en ella, sea o no empleado a la vez que mandatario* <sup>25</sup>. Se consideró sujeto activo al cajero de un banco porque tenía a su cargo los intereses pecuniarios ajenos y carecía de poder para disponer de ellos <sup>26</sup>.

También el titular de la firma inmobiliaria que se niega a restituir el importe correspondiente a la reserva entregada por el interesado en una operación no concretada <sup>27</sup>.

En interesante caso, fue asimismo tipificada como esta defraudación que estudiamos, y no robo, la conducta de los empleados que cargaron la mercadería desde el puesto de venta de su principal, a través de un mandato conferido para su venta, existiendo un obrar fraudulento dentro de la autonomía dada por la relación laboral preexistente <sup>28</sup>.

En el caso de quien estaba comisionado a vender pasajes por cuenta de un tercero a quien, en sustitución de aquéllos, entregó cheques que resultaron incobrables, entendiéndose que el mandato para la venta y percepción de importes, pero no para disponer de éstos, es todo lo contrario al mandato que autoriza la realización de actos de administración <sup>29</sup>.

Se entendió configurado este delito en el caso de quien recibió sumas de dinero en moneda del país para invertir en dólares y acciones y que no devolvió como tampoco entregó las supuestas ganancias, en su condición de persona conocedora del manejo financiero y bursátil, con una libertad acorde con esa experiencia.

<sup>25</sup> C.C.C., Sala IV, “Suárez, Guillermo”, c. 24.974, del 4/11/80.

<sup>26</sup> C.C.C., Sala VII, “Vera, H. J.”, del 9/9/79, en “J.P.B.A.”, 105-36.

<sup>27</sup> C.C.C., Sala I, “Abascal, G.”, del 24/6/97, en “J.P.B.A.”, 100-39; T.O.C. n° 15, “Viale, L. C.”, del 28/11/97, en “J.P.B.A.”, 101-69.

<sup>28</sup> C.C.C., Sala V, “Pacheco, R. A.”, del 11/4/96, en “J.P.B.A.”, 100-35.

<sup>29</sup> C.C.C., Sala IV, “Landauer, Germán J.”, del 10/6/80, en “J.A.”, 1981-II-626.

El Tribunal consideró que se había desarrollado entre el damnificado y la procesada una relación de mandato "...en cuya virtud a ésta se le había confiado el manejo del dinero recibido de modo tal que no era su obligación la de devolver propia de un depósito, sino la de administrar con lealtad y arreglo a su deber esos bienes ajenos que había recibido para que con independencia ejerciera sobre ellos el poder dispositivo que fuera menester..." (C.C.C., Sala III, del 26/8/86, "Alba, Noemí", "Doctrina Judicial", t. 1987-2, pág. 741).

En su modalidad de quebrantamiento de la fidelidad, se entendió que había cometido este delito el administrador del consorcio que se apoderó de los fondos recibidos para el pago de servicios <sup>30</sup>.

<sup>30</sup> T.O.C. n° 20, "Álvarez Luchía, C. A.", del 15/8/97, en "J.P.B.A.", 101-68; T.O.C. n° 29, "Vaccaro", del 14/11/95, en "J.P.B.A.", 93-83, y T.O.C. n° 25, "Vitale, A.", del 9/11/95, en "J.P.B.A.", 96-33.



## CAPÍTULO XV

### EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN POR MUTILACIÓN DE DOCUMENTOS

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El inciso 8° del artículo 173 incrimina al que “cometiere defraudación, sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante”.

Se trata de un precepto que se ha mantenido sin variantes en nuestros antecedentes legislativos, pues, proviniendo del Proyecto Tejedor, que lo tomó del Código español de 1848 —artículo 453— y del Código peruano —artículo 317— se mantuvo en el antiguo Código y en los proyectos siguientes, como también se mantuvo en sus modelos, correspondiendo sólo acotar que está hoy descripto por el artículo 245, inciso 6°, del Código peruano vigente.

Atendiendo a la estructura típica y conforme al verbo definitorio, es una especie de defraudación cuyo engaño consiste en la sustitución, ocultación o mutilación de las piezas enumeradas en el precepto.

#### 2. La acción.

La actividad típica consiste en “defraudar mediante sustitución, ocultamiento o mutilación”.

Estos últimos son los medios específicos, los engaños concretos que producirán el error determinante de la entrega de la víctima en la que consistirá el perjuicio y, con ello, el momento consumativo del delito que no debe confundirse, como en ninguna de las defraudaciones que se vienen estudiando, con su propio despliegue, el que tiene sólo el valor de medio.

*Sustituir es poner una cosa en lugar de otra; ocultar es esconder, poner la cosa en sitio donde no sea vista ni encontrada, y mutilar es quitarle una parte o porción.*

Cualquiera de estas acciones habrá hecho incurrir a la víctima en un error determinante de una prestación patrimonial.

### 3. Elementos objetivos del tipo legal.

*La noción de “proceso o expediente”. La noción de “otro papel importante”. Tipo penal abierto.*

El delito que estudiamos tiene la estructura propia de un tipo penal abierto, correspondiendo remitirse a cuanto hemos manifestado en el Capítulo VII, apartado 10, sobre los tipos de esta clase.

Efectivamente, la noción de “otro papel importante” reconoce como pauta la que surge de los ejemplos citados en el tipo: “proceso”, “expediente” o “documento”.

Hay acuerdo entre los autores nacionales en que la importancia sólo puede ser de índole patrimonial, es decir, de la aptitud que tenga para generar efectos patrimoniales <sup>1</sup>.

Por “proceso” ha de entenderse el conjunto de actuaciones de cualquier causa judicial o que tramite en sede administrativa o en tribunales especiales.

Por “expediente” ha de entenderse el conjunto de actuaciones concerniente a un asunto que tramite en las mismas sedes en las que tramita el proceso.

### 4. Elemento normativo del tipo legal.

*El concepto de documento. Remisión.*

El único elemento normativo del tipo legal es el concepto de “documento” respecto al que corresponde efectuar una remisión a lo expresado en el Capítulo X, 3, con los alcances que, por su carácter de tipo legal abierto, corresponde asignarle al que estudiamos, como precedentemente quedara dicho.

<sup>1</sup> Conf. Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 119, V; Núñez, *Derecho...* cit., t. V, pág. 342; Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, 122, II, 4.



## 5. Relaciones concursales.

Quien suprime en todo o en parte un documento de modo que pueda resultar perjuicio observa la conducta descrita por el artículo 294 del Código Penal.

La mutilación es, precisamente, una supresión del documento, con lo que cabría establecer cuáles son las diferencias entre ambos tipos legales.

Si a través de esa supresión se defrauda a otro, se habrá cometido el delito que estudiamos en el presente Capítulo, el que concurrirá con el delito del artículo 294 en forma ideal —artículo 54 del mismo Código—; cuando, en cambio, a través de la mutilación no llegue a defraudarse, tal comportamiento, que podría ser tentativa del delito que ahora consideramos, configuraría el delito consumado descrito por el artículo 294 del Código Penal, atento a la previsión expresa de este acto ejecutivo como comportamiento incriminado a título de delito contra la fe pública.

La misma relación existe entre este delito previsto por el inciso 8° del artículo 173 y el incriminado por el artículo 255 en cuanto castiga la “sustracción, ocultamiento, destrucción o inutilización de... registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona en el interés del servicio público”.



## CAPÍTULO XVI

### EL DELITO DE ESTELIONATO

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El inciso 9° del artículo 173 del Código Penal describe la conducta de quien “vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos”.

El propio nombre de este delito —proveniente del vocablo “estelion”, un animal de colores variados e indefinibles a los rayos solares, que inspiró a los romanos esta denominación para delitos contra la propiedad que se cometían mediante formas falsarias o ardidosas, como también de las propias del hurto, pero que no gozaban estrictamente de las características de uno u otro delito— refleja las modalidades de la conducta incriminada.

La idea del estelionato, como sinónimo del perjuicio patrimonial obtenido por medios fraudulentos, perdura en la denominación que usan ciertas legislaciones. Así, el Código Penal brasileño denomina al Capítulo VI del Título II —De los crímenes contra el patrimonio— *“Del estelionato y otros fraudes”*, capítulo cuyo tipo legal básico tiene el siguiente texto: “obtener para sí o para otro, ventaja ilícita en perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a alguien en error, mediante artificio, ardid o cualquier otro medio fraudulento” y, en figuras independientes, las conductas de quien “vende, promete vender, permuta, da en pago o garantía, cosa ajena como propia” —parág. 1°, I— y de quien “vende, promete vender, permuta, da en pago o en garantía, cosa propia inalienable, gravada o litigiosa o un inmueble que prometió vender a tercero silenciando cualquiera de esas circunstancias”.

La descripción de nuestra ley penal contiene elementos comunes a los del delito civil de estelionato a los que se refieren los artículos 1178 y 1179 del Código respectivo en estos térmi-

nos: "El que hubiese contratado sobre cosas ajenas como cosas propias, si no hiciere tradición de ellas, incurre en el delito de estelionato, y es responsable de todas las pérdidas e intereses". "Incorre también en el delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses quien contratare de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas, o embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiera aceptado la promesa de buena fe".

La ley 17.567 hizo un ensanche del tipo legal que quedó concebido en estos términos: "El que, recibiendo una contraprestación, vendiere, gravare o arrendare bienes litigiosos, embargados o gravados, callando u ocultando la condición en que se encuentran".

Clara resulta la voluntad del legislador a través de la Exposición de Motivos: "la idea central del nuevo texto —puede leerse— consiste en exigir en el sujeto activo el deber positivo de informar la condición en que la cosa se encuentra, cuando recibe una contraprestación por el trato que a ella se refiere. El silencio y la ocultación juegan, pues, como el ardid propio de una estafa, ya que son directamente determinantes de un pago que no se haría si se supiera la verdad. La estafa queda consumada, entonces, porque se transmite sólo la apariencia de un derecho..."<sup>1</sup>.

De ese modo, el enajenante quedaba en posición de garante frente al adquirente.

El silencio, como omisión al deber de veracidad nacido de ciertas transacciones, fue materia de análisis en ciertos votos del plenario "Barredo, A." de la Cámara del Crimen de la Capital del 28 de julio de 1967.

El doctor José F. Argibay Molina ponderaba que el vendedor, firmante de un boleto de compraventa, que había recibido la totalidad del precio entregando la posesión, revelaba la existencia de un dolo inicial pues "...con su silencio acerca de la existencia del gravamen, había obtenido el precio íntegro, que sólo habría sido entregado parcialmente porque el resto se habría reservado para saldar la hipoteca..."<sup>2</sup>.

Con motivo de la reforma introducida por la ley 17.567, nos habíamos preguntado si no habría llegado para el Derecho

<sup>1</sup> "ADLA", t. XXVII, pág. 2893.

<sup>2</sup> En "L.L.", t. 127, pág. 996.

Penal argentino aquel momento, vaticinado por los redactores del Código alemán de 1927, en que el ordenamiento eleva a la categoría de deberes jurídicos, aquellos deberes que al principio tan sólo aparecen como morales<sup>3</sup>.

Esa elocuente ampliación en la esfera de los deberes jurídicos fue consagrada en el tipo legal que estuvo vigente hasta la derogación de la ley 17.567 por la ley 20.509, que volvió a la redacción primigenia, hasta que la ley 21.338 reimplantó el texto de 1967, el que volvió a perder vigor por imperio de la ley 23.077, con lo que la letra actual es la originaria.

## 2. Las acciones: vender, gravar o arrendar.

La *venta*, conforme a la definición del artículo 1323 del Código Civil, existe cuando “una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero”.

Cuando tiene por objeto un bien inmueble, su forma está regida por la prescripción del artículo 1184, inciso 1º, del Código Civil que impone la obligación de que se hagan en escritura pública “los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles...”.

El delito no se perfecciona al suscribirse un boleto de compraventa porque es una mera promesa de venta.

Así, se ha entendido que el mero consenso de partes —artículo 1323 del Código Civil— no constituye la venta necesaria para la realización del tipo penal, ya que la promesa de venta de un inmueble no es jurídicamente venta, mientras no se cumpla la formalidad exigida por la ley civil, debiéndose sólo establecer si hubo estafa<sup>4</sup>.

También la ley civil brinda un concepto de “trueque o permutación” en el artículo 1485 del Código Civil, conforme al cual ese contrato tiene lugar “cuando uno de los contratantes se obligue a transferir a otro la propiedad de una cosa, con tal que éste le dé la propiedad de otra cosa”. La identidad de tratamientos que este contrato y el de compraventa tienen en la regula-

<sup>3</sup> Laura T. A. Damianovich, *El valor penal del silencio*, en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, n° 2, abril-junio 1970, pág. 158.

<sup>4</sup> C.C.C., Sala VII, c. 474, “Vacas, Alfredo y otros”, del 12/12/80. En el mismo sentido: C.C.C., Sala V, c. 13.077, “Godoy de Vandermotel”, del 5/9/80.

ción del ordenamiento civil —no se puede permutar lo que no puede venderse ni pueden permutar quienes no pueden comprar ni vender, según los artículos 1490 y 1498 del Código Civil— explica suficientemente que el deber jurídico de ser veraz en una compraventa también existe en una permuta constituyendo delito su quebrantamiento.

Es menester establecer cuál es el momento en el que se perfeccionan ciertas ventas.

En el caso de los automotores, operación en la que hay frecuentes imputaciones de estelionato, se ha declarado que se concreta mediante simple recibo, aunque no se haya suscripto el formulario de estilo —08— exigido para su inscripción en el Registro de la Propiedad del Automotor.

En este orden, un tribunal oral ha aplicado recientemente el mismo criterio que sentó la Cámara Nacional de Casación Penal respecto a la compra y venta de inmuebles (en causas “Ferreyra” del 28 de diciembre de 1994 y “Bellinaso” del 14 de junio de 1996, ambas de la Sala I, como también “Munbach” del 14 de diciembre de 1995, de la Sala III).

Así, entendió que la firma del transmitente, debidamente autenticada, es equiparable a la escritura pública exigida por el artículo 1184 del Código Civil respecto a la transmisión del dominio de los bienes inmuebles pues con esos instrumentos las partes agotan su obligación de hacer, que consiste en transferir, aunque sus efectos se extiendan sólo a las partes, requiriéndose la publicidad registral para que alcance a terceros.

Considerando, pues, que deben aplicarse las normas relativas a los contratos en general, tratándose de uno bilateral, consensual, oneroso y conmutativo, que no requiere formalidad alguna y para el que rige el principio de prueba por escrito —artículos 1137, 1138, 1139, 1140, 1193 y 1323 y siguientes del Código Civil— la mayoría de ese tribunal entendió que el automotor se vendió en el momento en que se suscribió el recibo de venta.

El voto en disidencia del doctor Cataldi descartó, en cambio, la configuración del delito, basado en que la efectiva transferencia del dominio de un automotor sólo se opera con la inscripción del respectivo contrato en el respectivo Registro existiendo sólo hasta ese momento una promesa de venta <sup>5</sup>.

<sup>5</sup> T.O.C. n° 14, “Maiorano, M.”, del 26/3/99, en “J.P.B.A.”, 106-97.

*Gravar un bien significa constituir sobre él un derecho real afectándolo.*

La locación está definida por el artículo 1493 del Código Civil. Conforme a su texto, habrá arriendo “cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero”.

La Suprema Corte de Buenos Aires declaró: “El silencio guardado por los vendedores al suscribir el boleto de compraventa acerca de una hipoteca que gravaba el inmueble, si bien pudo tener relevancia penal según el artículo 173, inciso 9º, del Código Penal anterior al correspondiente según ley 23.077, que captaba la conducta de callar u ocultar el gravamen, actualmente... no basta en tanto el texto reimplantado requiere el concreto elemento de atribuir al bien gravado apariencia de libre...”, y más adelante puntualiza: “...deberá constituir un concreto modo de atribuir al bien gravado apariencia de libre...”<sup>6</sup>.

### 3. Elemento normativo del tipo legal.

#### *El concepto de bienes litigiosos, embargados o gravados.*

La noción de *litigio* ha de entenderse en sentido estricto. Por lo tanto, el dominio o las condiciones de éste han de ser el objeto de una acción judicial. El mero reclamo extrajudicial, aun formalizado en actas notariales y efectuado bajo apercibimiento de dichas acciones, no es suficiente. La situación ha de ser de formalizado juicio, sin que interese la instancia o el estado procesal de éste.

Cabrían sólo algunas reflexiones cuando se ha decretado la perención de la instancia. Entendemos que, aunque hubiérase declarado la caducidad en primera o única instancia, el bien tenía carácter litigioso por cuanto, si está operada en ese estado del proceso, no extingue la acción, la que podrá ejercitarse en un nuevo juicio, ni perjudica las pruebas producidas, las que podrán hacerse valer en aquél, conforme el artículo 318, primer

<sup>6</sup> S.C. Buenos Aires, “Caro Caro, León y otra”, del 5/3/85, en “L.L.”, t. 1986-B, pág. 619 (37.240-S).

párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Distinta es la solución si la caducidad se hubiera operado en instancias ulteriores y la pretensión del actor contra los derechos alegados por quien ahora vende, permuta, grava o arrienda la cosa, hubiera sido rechazada en segunda instancia, porque esa caducidad acuerda fuerza de cosa juzgada a la resolución recurrida, conforme al mismo artículo 318, primer párrafo, de la ley procesal. En tal supuesto, la cosa habría perdido el carácter litigioso.

También lo habría perdido si durante el juicio terminado con la declaración de caducidad de instancia hubiera operado la prescripción de la acción porque entonces no podría volver a intentarse.

*El embargo es una medida cautelar dispuesta judicialmente que tiene formalidades reguladas por las leyes procesales y que son diferentes según se trate de inmuebles o de muebles.* En el caso de los inmuebles o de los muebles registrables, para hacerse efectivo basta su anotación en el Registro, debiendo librarse los respectivos oficios o exhortos dentro de las 48 horas de la providencia que lo ordenara, según el artículo 538 del Código Procesal Civil y Comercial.

Empero, entendemos que ésta es la exigencia para *hacerlo efectivo*, pero la ocultación o silencio de que ha sido decretado, cuando ello es sabido por quien celebra el acto jurídico enumerado en el tipo es suficiente para la configuración del delito porque ha de entenderse que la cosa está "embargada", aunque para que la medida se haga efectiva sea menester la formalidad de la anotación.

En el caso de los bienes muebles no registrables es necesaria la diligencia de embargo cuando el decreto no los individualiza, como en el caso en que se ordena el de todos los que se encuentren en tal domicilio hasta cubrir determinadas sumas, y es entonces, en el transcurso de esa diligencia, cuando se va a establecer sobre cuáles recae la medida cautelar. Pero distinto es el caso en que el decreto individualizara el bien, pues desde ese momento está embargado.

Son bienes *gravados los que están afectados por un derecho real*. El gravamen ha de estar vigente al tiempo en que el agente efectúa la operación, por lo que quedan excluidos los casos en que no se han renovado las inscripciones de ciertos gravámenes.



Se ha declarado que el silencio u ocultamiento de gravámenes anteriores puede configurar el delito que se estudia pese a que la prenda constituida sobre los bienes sea flotante, porque aunque quede autorizada su disposición, no significa el poder de gravar sin restricciones las mercaderías ya afectadas por el anterior contrato, puesto que quedaría vulnerado el derecho del nuevo acreedor de ejercer el privilegio que consagra el artículo 3 del decreto-ley 15.348/46, ratificado por ley 12.962 <sup>7</sup>.

El silencio referente al gravamen del vehículo vendido y que impidió la transferencia se consideró constitutivo de este delito por entenderse que existió obligación de informar, pues el contrato llevó al procesado a posición de garante (C.C.C., Sala VI, del 23/9/85, "Santín, H. J.", "Doctrina Judicial", t. 1986-2, pág. 381, n° 11).

Se descartó el estelionato en el caso en que se suscribió un boleto de compraventa cuyo objeto eran lotes "sobre la base de títulos perfectos y libre el bien de todo gravamen", en canje por cartulares que documentaban una deuda anterior <sup>8</sup>.

El gravamen debe ser oponible a la víctima, por lo que no se configura en el caso de un contrato de prenda no registrado, aunque el imputado —vendedor de un automóvil— conociera su existencia y también las razones de su demora en inscribirse <sup>9</sup>.

Para que se configure el delito, el embargo que grava el automotor debe haber sido notificado al vendedor antes de la enajenación informal —documentada en el recibo de su precio— pues aunque lo hubiera conocido después de ese momento, pero antes de suscribir la solicitud de transferencia (formulario 08) el bien jurídico protegido por el tipo legal había sido ya afectado en aquel momento donde el autor obró sin dolo, mientras que al suscribir dicho formulario sólo intentó cumplir con una obligación que le había sido impuesta <sup>10</sup>.

<sup>7</sup> C.C.C., Sala III, c. 14.410, "Crush, S.A.", del 26/6/81.

<sup>8</sup> C.C.C., Sala V, "Lichtenstein, D. L.", citado.

<sup>9</sup> C.C.C., Sala IV, "Bianconi, M.", del 29/10/96. Se resolvió por mayoría de votos que la conducta configuraba estafa. En "J.P.B.A.", 101-26.

<sup>10</sup> C.C.C., Sala V, "Pardo, R. R.", del 3/12/98, en "J.P.B.A.", 106-50. La disposición tuvo lugar en un juicio por alimentos y la propia querrelante había solicitado en el juicio el levantamiento de la medida.



## CAPÍTULO XVII

### EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN MEDIANTE PROMESA DE FALSA REMUNERACIÓN

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 173 del Código Penal, en su inciso 10°, reprime a quien defraudare con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos.

El texto tiene su origen en el Proyecto Tejedor, que confiesa como a su fuente al artículo 451, inciso 3°, del Código Penal español de 1848, habiéndose mantenido inalterable en los textos legislativos posteriores.

#### 2. La acción.

El verbo definitorio de la conducta es *defraudar*.

Correspondiendo, pues, este delito a la especie de las defraudaciones, su estructura típica es la característica de éstas.

El engaño concreto de que se vale el agente para determinar el error en la víctima, que será determinante de su prestación patrimonial, es la dádiva a los funcionarios mencionados en el precepto.

El *pretexto no es una influencia*, pues en tal caso se trataría de una estafa, debiendo recordarse que la "influencia mentida" constituye uno de los ardidés enumerados por el artículo 172 del Código Penal, *sino una remuneración*.

Se consuma, pues, con la efectiva prestación, que es el momento en que toda defraudación se perfecciona.

Se ha declarado que la conducta de quien, enterado de ciertas irregularidades cometidas en el instituto de enseñanza, usando una credencial del Ministerio de Educación mediante sugerencia de cerrar el establecimiento, obtiene una suma de

dinero, configura este delito, pues la víctima creyó que regularizaría la situación del instituto mediante una supuesta remuneración a un jefe del Ministerio de Educación, según lo dejó entrever su fingido representante <sup>1</sup>.

### 3. Elemento objetivo del tipo penal.

#### *La noción de supuesta remuneración.*

Por *remuneración* ha de entenderse *cualquier recompensa, pago o retribución*.

Pero será el objeto de la promesa del autor, de su pretexto para determinar la prestación de la víctima; en otras palabras, será el destino que promete para la prestación de la víctima. Siempre ha de entenderse "supuesta", porque si se hiciera efectiva, trataríase de un cohecho.

### 4. Elementos normativos del tipo legal.

#### *La noción de jueces u otros empleados públicos.*

El pretexto formulado por el agente convertirá a un "juez" o a un "empleado público" en destinatarios de la supuesta remuneración.

Por "juez" ha de entenderse *el funcionario que ejerce la función judicial como órgano del poder correspondiente en el orden nacional o provincial y en cualquiera de los fueros, como, asimismo, a los jueces del Tribunal de Faltas y a cualquier otro que deba resolver en casos que conciernen o interesen a la víctima*, porque no debe perderse de vista que en la estructura típica el pretexto de esa remuneración es el engaño eficaz que decide al sujeto pasivo a efectuar su prestación patrimonial.

La noción de "empleado público" está formulada en la interpretación auténtica del artículo 77 del Código Penal, que lo define como *"todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, por elección popular o por nombramiento de autoridad competente"*.

<sup>1</sup> C.C.C., Sala II, c. 25.745, "Guarracino, Guillermo", del 20/10/81.

## CAPÍTULO XVIII

### EL DELITO DE DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS A TERCEROS

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El inciso 11° del artículo 173 del Código Penal describe la conducta de “tornar imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía”.

La ley 17.567 introdujo el precepto en nuestro ordenamiento jurídico-penal, uno de los muy escasos que sobrevivió a la derogación general de la ley 20.509, pues el inciso 1° del artículo 4 de esta última lo exceptuó en forma expresa.

El crecimiento de un problema económico-social constituye la historia reciente de un precepto cuya oportunidad de consagración legislativa hace unos años ponderáramos <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Laura T. A. Damianovich, *Desbaratamiento de derechos acordados a terceros*, en “L.L.”, del 9/12/1976. Se reflexionaba, con motivo del delito que comenzamos a estudiar, acerca de la progresiva e implacable penetración de la amenaza penal al terreno de las obligaciones contraídas a través de la convención entre particulares, porque la intensidad con que cierto tipo de contrataciones se efectúa en momentos determinados, la mayor debilidad en que a veces cree encontrarse a una de las partes contratantes, motiva la reacción de encontrar vacíos en la ley penal a la que empieza a suponerse inadecuada para responder a lo que se supone descubrir como “necesidad de una época”. Y, en el caso de este precepto, sus anchos límites desbordaron el fin que fuera su razón originaria: proteger al firmante de boletos de compraventa, pues una ley tiene vida propia, independiente de la voluntad del legislador y de las motivaciones sociales que fundaron su sanción; trasciende a éstas porque se integra a un sistema y se aplica a situaciones futuras que

La escasez de vivienda, el desarrollo del régimen de la propiedad horizontal y la relativa facilidad que brindaba la compra de estas unidades, especialmente en construcción, comenzó a ser marco adecuado para el despliegue de la maniobra consistente en firmar boletos de compraventa percibiendo pagos en consecuencia, ora con personas distintas, ora constituyendo después una hipoteca sobre la totalidad del inmueble.

Dos fallos plenarios de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital declararon que la conducta no constituía estafa si la constitución de hipoteca, posterior a la firma del boleto y sin consentimiento del adquirente, y el perjuicio de la víctima no resultaban del despliegue de maniobras ardidosas<sup>2</sup>.

El Anteproyecto Soler de 1960 preveía bajo el epígrafe: "estelionato", en su artículo 215, inciso 20°, una conducta cuya descripción es casi textualmente la del texto vigente: "tornar imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente al mismo, acordados a otro por un precio o como garantía, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, ocultándolo o dañándolo"<sup>3</sup>.

Soler caracteriza el caso señalando que se desbarata un derecho prometido mediante el otorgamiento ulterior a otra persona de un derecho mejor, concepto que es elocuentemente descriptivo de la situación a que alude el tipo legal que se estudia. Y que, asimismo, señala con absoluta precisión la diferencia con el delito descrito por el inciso 9°, que estudiáramos precedentemente, en que la relación temporal es inversa: el mejor derecho existía antes del contrato y no tenía que ser producto de actos realizados por el propio agente; sólo que éste los conocía, aunque no hubiese sido su protagonista, y los ocultaba a la víctima. Las aclaraciones de la nota de Soler señalan que en este tipo legal pueden encuadrarse también todos los incumplimientos a los deberes impuestos, por los contratos de prenda fija.

---

encierran convicciones imprevisibles y modalidades insospechadas, de modo que el límite histórico es traspasado por la interpretación lógica, y el precepto, autónomo, independiente de una voluntad humana creadora, ha de aplicarse a la extensión ínsita en el propio texto.

<sup>2</sup> *In re* "Cusel", en "L.L.", 121-419; *in re* "Barredo", en "L.L.", 127-896.

<sup>3</sup> Edición oficial del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación, Subsecretaría de Justicia, pág. 106.

En la reforma de 1963 —artículo 11 del decreto-ley 4778— se describe el delito denominado “defraudación de compraventa precontratada” cuya descripción reza “el que habiendo firmado boleto de venta de una cosa, mueble o inmueble, y recibido total o parcialmente un precio, durante la vigencia de aquél y por acto voluntario, imposibilitare la transferencia del dominio en las condiciones establecidas en el mismo”<sup>4</sup>.

Este texto, que apuntaba concretamente a la fulminación penal para la conducta de suscripción simultánea de varios boletos de compraventa o constitución posterior de hipoteca, fue derogado por la ley 16.648.

La Exposición de Motivos de la ley 17.567 señala que, además del caso de quien imposibilita la transferencia del dominio en las condiciones pactadas en el boleto de compraventa, se contemplan las enajenaciones o gravámenes posteriores al boleto; el alquiler ulterior a un compromiso de entrega; la frustración de créditos documentarios mediante operaciones relacionadas con la mercadería, entre otros supuestos. En la nota se citan como fuentes, además del Proyecto de 1960, los códigos de México, Cuba, Guatemala, Costa Rica y Noruega.

Sin embargo, sólo en este último podría reconocerse una fuente del precepto incorporado por la ley 17.567. Su texto reza: “quien hace sufrir a otro un daño o pérdida, o expone a otro a un daño o pérdida disponiendo ilícitamente, por acto jurídico de una cosa, después que otra persona ha obtenido el derecho de propiedad o de uso sobre dicha cosa, o después que un tal derecho de propiedad o de uso sobre la cosa ha sido prometido a otro mediante pago parcial o total de una contraprestación, o quien de la misma manera dispone de un crédito cuya transferencia ha sido efectuada a otra persona, o de un reconocimiento de deuda que está cancelada en todo o en parte, o quien contribuye a ello”.

No puede, pues, advertirse una inspiración del precepto que se estudia en el texto mexicano, que dice: “el que venda a dos personas una misma cosa sea mueble o raíz y reciba el precio de ambas”, en el costarricense, que junto con la descripción del estelionato reprime “al que vendiere a diversas personas una misma cosa”<sup>5</sup>, en el de Guatemala, que, junto con la

<sup>4</sup> Código Penal de la Nación Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 2ª ed., bajo la supervisión del doctor Mario I. Chichizola, pág. 144.

<sup>5</sup> Redactada en el año 1941, artículo 282, inciso 9º.

misma descripción, prevé la conducta de quien “venta separadamente una cosa a dos o más personas con perjuicio de terceros”<sup>6</sup>, o en el de la Defensa Social de Cuba, de igual inspiración que los anteriores en un tipo legal de enfática precisión: “el que habiendo vendido o de cualquier otro modo enajenado por actos entre vivos un inmueble o derecho real y recibido el precio del negocio o parte del mismo, lo vendiere o enajenare nuevamente, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) que por consecuencia de la inscripción de la segunda venta o enajenación, fuera imposible escriturar la primera; b) que no siendo posible legalmente la inscripción de la segunda venta, por hallarse inscrita la primera, hubiere satisfecho el segundo comprador el precio del inmueble o derecho real o parte de él. El que destruyere o deteriorare las cosas que le pertenezcan afectadas al derecho de un tercero con el propósito de defraudar a éste”<sup>7</sup>.

Ciertamente, no podría reconocerse con facilidad en estos preceptos el comportamiento descrito por el tipo legal que se estudia.

Polémicas opiniones suscitó en la mejor doctrina nacional este tipo legal, digna materia de las mejores consideraciones, tanto en lo concerniente a los fundamentos reconocidos a la antijuridicidad del comportamiento como a la propia descripción típica.

Así, mientras se propuso un texto más estricto: “el que maliciosamente frustrare total o parcialmente o dificultare la efectividad de un derecho concertado u otorgado a otro por precio o como garantía sobre un bien”<sup>8</sup>, otros comentaristas ponderaban una redacción en que la enumeración de los modos y medios del comportamiento permitía, a su criterio abarcar todos los supuestos que se querían aprehender<sup>9</sup>.

## 2. La acción.

Los tres núcleos de tipo legal reconocen los verbos definitorios “tornar incierto”, “tornar imposible” y “tornar litigioso” a

<sup>6</sup> Redactado en el año 1936, artículo 423.

<sup>7</sup> Redactado en el año 1936, artículo 550, inciso 12°.

<sup>8</sup> Ricardo C. Núñez, *La reforma del Código Penal*, en “L.L.”, 129-1199.

<sup>9</sup> Alberto S. Millán, *Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados*, pág. 69.



través de los siguientes medios: "celebración de un acto jurídico, remoción, retención, ocultamiento o daño".

El comportamiento, definido como la acción de tornar o convertir en incierto, imposible o litigioso, reconoce medios de dos naturalezas sustancialmente diversas: la modificación jurídica de las situaciones y el cambio impuesto por las circunstancias puramente fácticas.

Esta conducta así definida sigue en el orden temporal al pacto, al compromiso previo que constituyó la fuente de su deber jurídico que, en el caso, es una norma prohibitiva, que le impide usar la libertad de disposición que antes tenía sobre la cosa.

Tornar *imposible* el cumplimiento de obligaciones o el ejercicio de derechos sobre un bien constituye un comportamiento que *sólo puede perfeccionarse mediante el despliegue de algunos de los medios enumerados en el tipo, fundamentalmente el daño.*

Tornar *incierto* es, en cambio, una conducta compatible con el despliegue de cualquiera de los medios típicos y *abarca a la conducta de tornar litigioso, porque remitir la consagración de un derecho a una decisión futura dictada en un juicio es un modo de hacerlo incierto, pues sólo adquirirá certeza con el dictado de la resolución definitiva.*

Tornar *litigioso* es *provocar mediante el medio empleado* —uno de los descriptos por el tipo legal— *que una decisión judicial consagre el derecho que había nacido del pacto celebrado con el agente.*

Precisamente, es éste el comportamiento que merece las más extensas consideraciones, por cuanto todo incumplimiento contractual remite a la suerte de un litigio la observancia de los deberes que para la contraparte nacieron con el contrato incumplido. Los límites, pues, están en el uso del medio típico.

Se ha entendido que trocó en litigiosos los derechos acordados quien para frustrar o entorpecer una escritura ejecutó judicialmente un falso pagaré por una cantidad muy elevada obteniendo el embargo del bien y llegando hasta la orden de subasta <sup>10</sup>.

Dado que cualquiera de estos tres comportamientos deben observarse *después* del contrato y, con ello, del nacimiento de las reglas que imponía el deber de abstenerse de realizar estos actos —actos que hubieran sido penalmente intrascendentes

<sup>10</sup> C.C.C., Sala III, c. 11.106, "Motalli, Eduardo", del 19/10/79.

antes de la celebración de aquél—, deben contemplarse situaciones diversas que rigen en el ordenamiento civil algunos supuestos de incumplimiento contractual previendo la situación recíproca de las partes.

Así, el artículo 1021 del Código Civil establece que “los actos, sin embargo, que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales, como partes haya con un interés distinto”. Por lo tanto, si el acreedor no cumple sus obligaciones una vez que ha sido puesto en mora, el deudor puede disponer del bien y si el primero demanda luego el cumplimiento del contrato, se le podría oponer la excepción prevista por aquel precepto (*exceptio non adimpleti contractus*).

Así, no pagando el saldo de precio de una compraventa, su reclamo por la escrituración sería enervado por la mentada excepción.

Pero debemos preguntarnos si, en vez de oponer esa excepción o de reclamar la rescisión del contrato, vende nuevamente el bien o lo grava, actúa dentro del ámbito que marca el juego de estos principios del derecho privado disponiendo de lo que fue materia de un contrato incumplido por la contraparte. La respuesta es negativa; la celebración de esos actos jurídicos o la remoción, ocultación, retención o daño del bien constituyen actos irreversibles que impiden cumplir con sus propias obligaciones aunque la contraparte no haya cumplido con las suyas <sup>11</sup>.

Los artículos 1203 y 1204 del Código Civil establecen que si en el contrato se hubiere hecho un pacto comisorio, por el cual cada una de las partes se reservase la facultad de no cumplir el contrato, si la otra no lo cumpliera, el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo. Este pacto es prohibido en el contrato de prenda —artículo 1203—; asimismo, en los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes.

No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no

<sup>11</sup> C.C.C., “Esquivel”, en “L.L.”, 152-539 (30.770-S).

inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios.

Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto, la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver.

La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución (artículo 1204).

Así contratada la facultad de resolver las recíprocas obligaciones de las partes, uno de los comportamientos que se analizan no podría constituir delito por cuanto, aunque encuadrada la conducta en el tipo legal, quedaría justificada al representar el ejercicio legítimo de un derecho.

Distinto sería el supuesto en que no se hubiera hecho uso del derecho a ejecutar el pacto comisorio dentro del plazo en que la inactividad lo hace caducar o en que se hubiese renunciado a él por haberse requerido el cumplimiento de las obligaciones de la contraparte. No habría justificación para el caso en que, después de haber obrado de esa manera, se observara uno de los comportamientos que se estudian porque *antes ya había desaparecido la fuente de la justificación, que era el pacto comisorio*.

En materia de ventas a crédito, las de cosas muebles están regidas por el artículo 1429 del Código Civil, que reza: "si el comprador no pagase el precio de la cosa mueble comprada a crédito, el vendedor sólo tendrá derecho para cobrar los intereses de la demora, y no para pedir la resolución de la venta".

Tratándose de inmuebles, en cambio, rige el artículo 1432 del Código Civil, cuyo texto reza: "si el comprador no pagase el precio del inmueble comprado a crédito, el vendedor sólo tendrá derecho para cobrar los intereses de la demora y no para pedir

la resolución de la venta, a no ser que en el contrato estuviese expresado el pacto comisorio”.

A su vez, la ley 14.005 establece la nulidad del pacto comisorio cuando, tratándose de terrenos vendidos en lotes, se ha pagado el 25 % del precio o se han hecho construcciones equivalentes al 50 % de éste. Por lo tanto, la observancia de uno de los comportamientos que se estudian, frente a un comprador que estuviera en alguno de estos supuestos, no sería justificada, porque el pacto comisorio es inexistente.

El artículo 1373 del Código Civil dispone: “la venta con cláusula de poderse arrepentir el comprador y vendedor, se reputa hecha bajo una condición resolutoria, aunque el vendedor no hubiese hecho tradición de la cosa al comprador. Habiendo habido tradición, o habiéndose pagado el precio de la cosa vendida, la cláusula de arrepentimiento tendrá los efectos de la venta bajo pacto de *retroventa*, si fuese estipulada en favor del vendedor; o tendrá los efectos del pacto de *reventa*, si fuese estipulada en favor del comprador”.

Esta cláusula, que consagra el derecho a arrepentirse de la operación, si existe a favor de ambas partes o sólo del vendedor otorga a éste la justificante que haría lícita su conducta en caso de que observara uno de los comportamientos que se estudian.

En el análisis que merece al juzgador el encuadre de una conducta en cualquiera de estos verbos típicos ha de tenerse presente que la negativa a cumplir del contratante, como tampoco la modificación perjudicial de lo convenido, que convierten en incierto o litigioso el derecho o el cumplimiento de lo que fuera oportunamente acordado, constituyen el delito, que es de comisión.

El delito se consuma en el momento en que el derecho se ha convertido en efectivamente imposible, incierto o litigioso y no en el momento en que el agente ejerce el medio comisivo típico. La consecuencia de ello es que nunca el momento consumativo del delito puede ser anterior al de la exigibilidad del derecho nacido del pacto preexistente, pudiendo, a veces, coexistir con la actividad del agente destinada a desbaratar<sup>12</sup>.

Mas si la acción ha consistido en “tornar litigioso”, no es con el resultado final del litigio que el delito se consuma sino que

<sup>12</sup> Conf. Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, 123-III-2, pág. 132. El autor recalca certeramente que es un delito de daño material.

basta su promoción, aunque el momento consumativo no está señalado por este episodio sino por la frustración del derecho a raíz de la existencia del litigio, en el momento en que aquél se hubiera hecho exigible.

Efectivamente, constituido un gravamen sobre el inmueble prometido en venta podría cancelárselo antes de escriturar al comprador firmante de boleto o podría allanarse a las pretensiones del actor que lo ha ejecutado y poder cumplir, así, con el compromiso contraído al firmar el boleto.

En todos los casos, se ha declarado que la negativa a acordar el derecho absteniéndose de otorgar la escritura traslativa de dominio, sea cual fuere el pretexto alegado, no encuadra en el tipo legal <sup>13</sup>.

El *perjuicio*, siempre de naturaleza patrimonial, está ínsito en la acción típica que encierra un resultado porque la imposibilidad o la incertidumbre o la remisión a decisiones judiciales de derechos sobre bienes materiales constituye un perjuicio de signo patrimonial, dado que aquéllos tienen que haber sido acordados por un precio o como garantía.

### **3. Los medios comisivos típicos. Elementos normativos del tipo legal: cualquier acto jurídico aunque no importe enajenación. Elementos objetivos del tipo legal: remoción, retención, ocultación o daño.**

La noción de *acto jurídico* es un elemento normativo por antonomasia porque los actos jurídicos son materia de la más prolija regulación de la ley civil.

Su definición es la de "actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas: crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".

La totalidad de los actos así definidos encuadran en este elemento típico, que es uno de los medios comisivos.

Pero esos actos jurídicos están limitados a los que sean relativos al bien respecto al cual se constituyó el derecho o se debían cumplir las obligaciones.

Por ello es que la inhibición general de bienes, que recae sobre las personas y no sobre bienes determinados, no está

<sup>13</sup> C.C.C., Sala V, "Bevacqua, P.", del 12/9/80, en "J.A.", 1981-IV-síntesis.

encuadrada en el tipo legal que se estudia, y ello constituye la inhibición pedida por terceros, como la voluntaria requerida por el propio sujeto respecto a quien se dicta.

Cuando un embargo es trabado sobre un bien por un juez en un proceso penal o por un juez a pedido de parte, sea con medida cautelar —embargo preventivo regulado por los artículos 209 y ss. y concs. del C.P.C.C.— o en ejecución de sentencia —embargo ejecutivo por los artículos 531 y ss. y concs. del C.P.C.C.—, jamás constituiría medio comisivo del delito que estudiamos, aunque la conducta torpe o descuidada de quien había pactado hubiese provocado la medida.

Sin embargo, en el supuesto de connivencia dolosa entre embargante y embargado o en el caso de que voluntariamente, para evitar la medida sobre otros bienes, el deudor hubiera ofrecido el que había comprometido por el pacto anterior, podría configurarse el medio comisivo del delito que se estudia.

Los medios más frecuentes son la enajenación y la constitución de hipotecas posteriores, tratándose de inmuebles.

Pero para que la constitución del gravamen configure este delito, aquél debe obstar al cumplimiento de la obligación de hacer que emane del derecho de compraventa, pues sólo así se lo torna incierto o litigioso <sup>14</sup>.

Se ha declarado que cuando la acción mediante la cual el agente desbarata asume la forma de un acto jurídico consistente en otorgar a un tercero un derecho que prevalecerá sobre el anterior, el delito queda consumado por la validez del acto jurídico <sup>15</sup>.

Se ha declarado recientemente que cometió el delito quien, tras recibir un préstamo en dinero, suscribió un boleto por el que comprometía en venta un inmueble a favor de su acreedor y al mes siguiente lo hipotecó a favor de un banco mediante las correspondientes escrituras públicas que permitieron iniciar la ejecución judicial ante la falta de cancelación de la deuda.

Dijo entonces el tribunal que el vendedor había asumido un compromiso jurídico que violó unilateralmente, frustrando o tornando al menos litigioso el derecho concedido a la contraparte, siendo indiferente que el boleto se hubiera suscripto en

<sup>14</sup> C.C.C., Sala VI, c. 7857, "Romero, C.", del 4/12/81.

<sup>15</sup> CPenal 2° Tucumán, "Arévalo, Ramón L.", del 24/11/80, en "J.A.", 1981-II-532.

garantía o no del mutuo y la realización voluntaria de las acciones frustrantes satisfacen las exigencias del dolo <sup>16</sup>.

En cambio, se lo ha descartado en el caso de los fiadores solidarios de un contrato de locación que vendieron y gravaron inmuebles pese a que se habían comprometido en aquel acto a no hacerlo.

El tribunal consideró que se trataba de una garantía personal que no origina un *ius persecuendi* sobre la cosa y consiste en acumular la obligación de otra persona a la del deudor, diferente de las reales en que una cosa queda afectada al cumplimiento mismo de la obligación.

Por el contrario, entendió —a nuestro criterio correctamente— que es elemento de este tipo legal una obligación de “dar” y no de “hacer” <sup>17</sup>.

Interesante supuesto es el del boleto de compraventa con cláusula de rescisión unilateral.

Se ha resuelto que tal cláusula no es óbice para la consumación de este delito cuando se transmitió el dominio del inmueble a terceros de buena fe y a título oneroso si la damnificada había abonado casi la totalidad del precio pactado por el mismo inmueble.

El tribunal ponderó que no es óbice el posible saldo deudor una vez que está pagado el porcentaje necesario para dar comienzo a la ejecución del acto, ni el hecho de que la situación jurídica de los inmuebles esté controvertida porque es menester una sentencia judicial que habilite a desprenderse válidamente de ellos <sup>18</sup>.

También se consideró consumado el delito en caso en que se firmó un formulario 08 a sabiendas de que el automotor estaba prendado y no se había cancelado toda la deuda, por cuanto el acreedor prendario supeditó la efectividad de sus derechos a las resultas de un litigio obligándolo a ejercer acción reipersecutoria contra el tercero adquirente <sup>19</sup>.

<sup>16</sup> C.C.C., Sala IV, “Resta, C. A.”, del 30/11/98, en “J.P.B.A.”, 107-38.

<sup>17</sup> C.C.C., Sala I, “Casoli, I.”, del 14/7/97, en “J.P.B.A.”, 105-41. Se citó de la misma Sala “Rodríguez, Claudio”, del 14/3/95. En sentido absolutamente contrario se pronunció más recientemente la Sala VII en “Malberti, M. M.”, del 13/8/98, en “J.P.B.A.”, 106-51.

<sup>18</sup> C.C.C., Sala V, “Lucioni, C. A. E.”, del 19/7/96, en “J.P.B.A.”, 100-461.

<sup>19</sup> C.C.C., Sala VI, “Barlerri, M. M.”, del 8/3/96, en “J.P.B.A.”, 100-41. Se citó “Gorsse, Enrique A.”, del 7/3/69, de la Sala IV.

La *remoción* es el *traslado o mudanza de una cosa de un lugar a otro, traslado que sólo tendrá trascendencia en cuanto sea el medio para tornar imposible, incierto o litigioso el derecho sobre el bien*; tal el caso del desplazamiento del bien prendado cuando tiene el efecto señalado. Por lo tanto, un desplazamiento que está ínsito en la naturaleza de ciertos bienes, como los automotores, no encuadrará, por sí, en la conducta descripta, aunque contravenga las estipulaciones contractuales formales.

La *retención* es la *conservación o guarda de la cosa que sirve de instrumento para no efectivizar el derecho acordado en el pacto, violando así su promesa de transferencia*. Esta última es, precisamente, eso, una obligación de *dar la cosa*, nunca una obligación de *hacer* <sup>20</sup>.

La *ocultación* consiste en *esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista la cosa, sin que ello sea efectivo por destrucción total porque ésta sería la hipótesis del daño*. Tampoco ha de perderse de vista la calidad de medio que la conducta tiene para tornar imposible, incierto o litigioso, el derecho acordado.

El *daño* es el *detrimento, perjuicio, menoscabo* que se puede causar a la cosa, tanto en su propia integridad como en sus funciones, y ello a través de una destrucción parcial o total. Cuando el daño es la consecuencia del despliegue de cualquiera de los medios precedentemente enumerados, no surge problema interpretativo alguno: el autor habrá tornado imposible el ejercicio del derecho o el cumplimiento de la obligación relativa al bien por *remoción, retención u ocultación*, de las que resulta daño, pero no por éste, dándose una relación de indiferencia entre los medios que es intrascendente a los fines del encuadre típico.

#### 4. Otros elementos objetivos del tipo legal.

##### a) *El concepto de precio.*

El derecho o la obligación deben haber sido acordados *por precio*, según reza el precepto que se estudia.

*Precio es el valor pecuniario en que se estima una cosa.*

<sup>20</sup> Conf. Norberto Eduardo Spolansky, *El delito de desbaratamiento y el contrato de locación*, en "L.L.", 1975-B-797.



No basta con que el precio haya sido pactado; es necesario que haya sido recibido por el agente porque la norma prohibitiva que condiciona su conducta a partir del contrato nace con la percepción de ese beneficio y su conducta, violatoria de aquella norma, causará perjuicio económico, precisamente por la entrega de ese precio y no por la frustración que un incumplimiento de obligación contractual representa.

Un caso jurisprudencial resuelto cuando el tipo legal que estudiamos tenía sólo un año de vida es más ilustrativo que cualquier comentario. En un convenio el vendedor se obligaba a transferir a una sociedad —empresa constructora— el 80 % indiviso de un inmueble, libre de todo gravamen, y la sociedad se obligaba a construir a su costa un edificio. Se establecía, asimismo, que “el precio de adquisición queda establecido en un porcentaje sobre el valor total del edificio a construirse que se estipuló de común acuerdo en un veinte por ciento sobre dicho valor total, de modo que al término de la construcción el Sr. Borrazás —vendedor— resultará dueño de un veinte por ciento del terreno y edificaciones levantadas, y Brunetta S. A. —comprador— del ochenta por ciento restante”.

El juez de instrucción, al dictar auto de prisión preventiva, señaló que no era necesario que el precio se evaluara en dinero, pues aquellos porcentajes establecían claramente un precio. La Cámara del Crimen de la Capital, con el voto de los doctores Munilla Lacasa y Rébora, declaró que para la configuración del delito de desbaratamiento de derechos tiene que haberse pactado un precio, y éste tiene que haberse recibido mientras que el pactado en ese contrato es una contraprestación futura <sup>21</sup>.

### b) *El concepto de garantía.*

En el caso en que el derecho o la obligación hubieran sido acordados como garantía, no es menester que si se trata de un derecho real hubiera sido inscripto, pues es éste un acto que sólo le atribuye validez *erga omnes*, oposición a terceros <sup>22</sup>.

<sup>21</sup> C.C.C., “Borrazás, Francisco y otro”, del 19/9/72, reproducida, en todas las resoluciones y memoriales de la defensa, por Mario A. Oderigo, *Por precio*, Buenos Aires, 1972.

<sup>22</sup> Conf. C.C.C. Federal, Sala II, “Ortiz, Ernesto L.”, del 21/11/78. El procesado había vendido el bien prendado —un auto— antes de que la acreedora hubiera inscripto la prenda. En el mismo sentido, C.C.C., Sala I, “Groicesmán, Rubén D.”, del 18/9/79.

Se entendió que el delito fue cometido, en razón de haberse tornado imposible el cumplimiento del derecho acordado como garantía, por quien entregó en nota a una Cooperativa de Crédito facturas correspondientes a una licitación pública, que debían ser abonadas por Ferrocarriles Argentinos, para que quedaran en prenda como garantía especial para responder al pago de un crédito. El procesado las cobró —en vez de la Cooperativa— valiéndose de la falta de notificación al cedido.

El Tribunal declaró entonces: "... La nota por la cual el procesado entregó a la Cooperativa de Crédito las facturas de referencia, configuró, no una simple oferta carente de aceptación, sino un verdadero acuerdo de voluntades, un contrato comercial de prenda común, pues la aceptación de aquélla se formuló de manera tácita conforme a las prescripciones del artículo 1146 del Código Civil, otorgándosele como garantía de un crédito no cambiario, siendo innecesario el doble ejemplar para la validez de los contratos bilaterales..."<sup>23</sup>

También la Corte Suprema de Justicia declaró que la omisión del deudor prendario de poner a disposición del juez el bien gravado para su posterior venta por parte del acreedor torna inciertos los derechos que, sobre el bien de su propiedad y en garantía de la deuda contraída, aquél acordó<sup>24</sup>.

## 5. Otros elementos normativos del tipo legal.

### a) *El concepto de obligación.*

Igual que el derecho, la obligación ha de ser *referente al bien*, constituyendo los dos aspectos de la misma relación contractual porque la obligación que contrae una de las partes hace nacer un derecho a favor de la otra.

Mas, conforme al artículo 495 del Código Civil, las obligaciones son de dar, de hacer o de no hacer.

Cualquiera de ellas podrá ser una de las obligaciones a que se refiere el tipo legal que se estudia.

Sin embargo, es menester formular algunas precisiones:

<sup>23</sup> C.C.C., Sala II, c. 29.195, "A., T. A.", del 26/2/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 1, págs. 19 y 20.

<sup>24</sup> C.S., "Grimberg, Argentino", del 25/10/84, en "L.L.", t. 1986-A, pág. 617 (37.075-S).

Dado que “no hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”, según el artículo 499 del Código Civil; con cita de Ortolan, debe distinguirse que *sólo tendrán trascendencia a los fines de este tipo legal las que nacen de los actos lícitos*, debido a que otros elementos típicos son el acuerdo y el pago del precio o constitución de la garantía.

Quedan, en cambio, excluidas las llamadas “obligaciones naturales” que, según la definición del artículo 515 del Código Civil, son “las que, fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas”.

Pueden constituir el elemento típico que estudiamos las “principales” y “accesorias”, que lo son “cuando la una es la razón de la existencia de la otra” —artículo 523 del Código Civil—; las “puras” —“cuando su cumplimiento no depende de condición alguna”—, según el artículo 527; las “condicionales” —“cuando en ellas se subordinare a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido”—, según el artículo 528, y sea que se trate de condición suspensiva “la que debe existir o no existir, según que un acontecimiento futuro e incierto suceda o no suceda” —artículo 545— o resolutoria “cuando las partes subordinaren a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido” (artículo 553).

Mas nunca podría ser la obligación a que se refiere el tipo legal una que estuviera sujeta a “la condición de una cosa imposible contraria a las buenas costumbres o prohibida por las leyes” pues “deja sin efecto la obligación”, conforme al artículo 530 del Código Civil <sup>25</sup>.

Asimismo, están excluidas las obligaciones de dar cosas inciertas —artículo 601— o de dar cantidades de cosas —artículo

<sup>25</sup> El artículo 531 del Código Civil establece: “Son especialmente prohibidas las condiciones siguientes: 1ª) habitar siempre un lugar determinado, o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero; 2ª) mudar o no mudar de religión; 3ª) casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo, o no casarse; 4ª) vivir célibe perpetua, o temporalmente, o no casarse con persona determinada, o divorciarse”.

lo 606—, o sea, cosas que consten de número, peso o medida, a menos que en uno o en otro caso las cosas queden individualizadas, o de dar cosas fungibles que, según la definición del artículo 2324 del Código Civil, son “aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad”. En todos estos casos existe obligación pero *no es referente a un bien*.

### b) *El concepto de derecho.*

Al referirse el tipo legal a “derecho sobre un bien” puede entenderse que están comprendidos sólo los derechos reales o que también lo están los personales con la limitación de que *se ejerzan sobre ese bien* <sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Millán brinda la siguiente enumeración de los derechos comprendidos (págs. 93/94):

- “Derechos y contratos que pueden dar lugar al desbaratamiento:
- ”Posesión, artículos 2351 y siguientes del Código Civil.
- ”Tenencia, artículo 2460 ib.
- ”Dominio, artículos 2506 y sigts. ib.
- ”Condominio, artículos 2673 y sigts. ib.
- ”Usufructo, artículos 2807 y sigts. ib.
- ”Cuasi usufructo, artículo 2811.
- ”Uso y habitación, artículos 2948 y sigts. ib.
- ”Servidumbres onerosas, no así las gratuitas, artículos 2970 y 2977 ib.
- ”Hipoteca, artículos 3108 y sigts. ib.
- ”Prenda, artículos 3204 ib., y 580 y sigts. del Código de Comercio.
- ”Anticresis, artículos 3239 y sigts. del Código Civil.
- ”Locación de cosas muebles e inmuebles, artículos 1499 y sigts. ib.
- ”Locación de obra con entrega de la cosa al locador, artículo 1629 ib.
- ”Compraventa, artículos 1323 y sigts. ib.
- ”Permuta, artículos 1485 y sigts. ib.
- ”Cesión de créditos, artículos 1434 y sigts. ib. solamente cuando es por precio y sobre uno o más bienes determinados, artículos 1435 y 1444 ib.
- ”Contrato real de mutuo, pero solamente el oneroso, artículos 2240, 2242 y 2243 ib., y si el mutuuario pagó por adelantado todo o parte del precio.
- ”Depósito comercial, artículos 465 y 572 del Código de Comercio.
- ”Sociedades civiles, artículos 1648 y sigts. del Código Civil, y sociedades comerciales, ley 19.550. Por acción del socio capitalista que contrajo una obligación sobre un bien que formaba parte de su aporte social y desbarata el derecho emergente de esa obligación”.

Y entiende que, en cambio, están excluidos (pág. 94): “Los derechos personales que no se refieren a un bien.

”Las relaciones de familia, por la naturaleza propia de las mismas.

*c) El concepto de bien.*

El artículo 2312 del Código Civil define a los bienes como "los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas" mientras éstos son, a su vez, definidos por el artículo 2311 como "los objetos corporales susceptibles de tener un valor", por lo que deben considerarse incluidas tanto las cosas muebles como las inmuebles, los derechos reales como los personales.

---

"Sin perjuicio de que en las relaciones patrimoniales rijan en plenitud las exenciones de responsabilidad penal del artículo 185, pero ésta es otra cuestión, independiente del tema.

"La sociedad conyugal, artículos 1217 y sigts. y la ley 11.357, aunque se trate de bienes. Ello por la naturaleza especial de esta sociedad, en la que, por encima del interés patrimonial, están los vínculos de afección y el recíproco respeto de los cónyuges.

"Locación de servicios, artículo 1623 del Código Civil.

"Locación de obra, sin entrega al locador del bien sobre el que recaerá la obra, artículo 1629 del Código Civil.

"Cesión de créditos cuando no se hace por precio y cuando comprende bienes indeterminados, como sería la cesión de derechos hereditarios sin especificación de los bienes, porque el artículo 173, inciso 11, alude a bienes determinados, como señalamos al ocuparnos de lo que debe entenderse por bien. Por el artículo 1445 del Código Civil tampoco pueden ser materia de cesión las acciones fundadas sobre derechos inherentes a las personas o que comprendan hechos de igual naturaleza.

"Comodato, porque es un derecho real gratuito, artículo 2255 del Código Civil.

"Mandato, artículos 1869 y sigts. y 1904 y sigts. del Código Civil, por ser un contrato personal, en el que no se contraen obligaciones entre las partes sobre los bienes administrados sino, en todo caso, se otorgan facultades para disponer o administrar bienes con relación a terceros. El mandante no acuerda derechos patrimoniales sobre sus bienes al mandatario. A su vez, la infidelidad de éste origina el delito de retención indebida, del artículo 173, inciso 2°, o de administración fraudulenta del artículo 173, inciso 7°, del Código Penal.

"El contrato de fianza, artículo 1986 del Código Civil, que sólo podría engendrar el delito de insolvencia fraudulenta de la segunda parte del artículo 179 si el fiador se insolventare durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria.

"La evicción, artículo 2089 del Código Civil, porque es una consecuencia de la transmisión de bienes o de derechos y no originada en un acto del que transmitió, sino de un tercero o de la ley.

"El mutuo civil, artículo 2240 ib., por ser gratuito.

"La donación, artículo 1789 ib., por ser gracioso.

"El depósito civil, artículo 2182, por la misma razón.

"El contrato oneroso de renta vitalicia, artículos 2070 y sigts. ib., porque el que entrega dinero u otra cosa es el que recibe la renta.

"La cuenta corriente mercantil, artículo 771 del Código de Comercio, porque es una relación creditoria no ceñida a bienes concretos".

Tales bienes deben estar perfectamente individualizados, cualquiera sea su número, pues el derecho o la obligación serán, respectivamente, *sobre un bien o referente* a éste, lo que rechaza la idea de bienes que sean susceptibles de ser confundidos los unos con los otros o que sean inciertos<sup>27</sup>. Por estas consideraciones es atípica la disposición de los bienes garantizados con una prenda flotante —artículo 14 del decreto-ley 15.348/46, ratificado por ley 12.962—, ya que está legalmente prevista la automática desafectación y afectación a la garantía sobre los bienes cuando se transforman, reemplazan o adquieren, de manera que se trata de un volumen preciso, con un valor determinado pero fungible<sup>28</sup>.

Cuando se trate de un cheque, las acciones desbaratadoras están descriptas por el artículo 302, inciso 3°, que es el tipo legal aplicable porque el cheque no se entrega por precio ni como garantía. En el primer caso, la frustración de su pago constituiría estafa y en el segundo, el delito de desnaturalización de cheque, que describe el artículo 175, inciso 4°, del Código Penal.

## 6. Relaciones concursales con otros delitos.

La retención indebida de sumas o la adulteración o falsificación de documentos constituyen conductas a través de las cuales frecuentemente se perpetra el delito que estudiamos, como también a través de abuso de firma en blanco; de suscripción engañosa de documentos; de otorgamiento de contratos simulados o de falsos recibos; de supresión de documentos; de estelionato; de supuesta remuneración a funcionarios.

Nos pronunciamos por la existencia, en tales casos, de un concurso ideal de delitos porque consideramos que se trata de un hecho único en los términos del artículo 54 del Código Penal.

Sin embargo, en el caso del balance falso descrito por el artículo 300, inciso 3°, del Código Penal, se ha declarado que, como este delito no requiere la concurrencia de perjuicio, ni la posibilidad de que se produzca, y cuando el perjuicio se ha producido para los accionistas, los balances o informes falsos

<sup>27</sup> Conf. C.C.C., Sala V, "Secalley de Pichuel, Isabel", del 24/10/78, en "J.A.", 1979-I-581, caso en que se afirmó que el extremo de la individualidad está ausente en la obligación de entregar cantidades de cosas.

<sup>28</sup> C.C.C., Sala III, c. 12.047, "Gauras, U.", del 7/8/79.

son desplazados por la defraudación por infidelidad o abuso mediante un concurso aparente <sup>29</sup>.

Disentimos con esta solución, entendiendo que en el contexto de un solo comportamiento el agente despliega ambas conductas, no vislumbrándose relación de alternatividad, de consunción, de subsidiariedad ni de especialidad entre ambos tipos legales.

<sup>29</sup> C.C.C., Sala V, "Ferrando, Julio y otros", c. 8600, del 12/4/77.





## CAPÍTULO XIX

### EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN DE FONDOS COMUNES DE INVERSIÓN O DE LEASING

#### 1. Descripción legal de la conducta.

La ley 24.441, vigente desde el 16 de enero de 1995 <sup>1</sup>, verdadera conglobación de materias diversas pues comprendió en sus regulaciones a los regímenes del fideicomiso, del contrato de leasing y de las letras hipotecarias, como también a los créditos hipotecarios para viviendas, al corretaje y a la ejecución de hipotecas, vino, asimismo, a constituir un venero de tipos legales.

Pocos ordenamientos estuvieron ajenos a sus reformas, las que llegaron al Código Civil, a la ley de fondos comunes de inversión, al Código Procesal Civil y Comercial, a las leyes impositivas y hasta al Código de la Edificación. No estuvo al margen, por cierto, el Código Penal, al que agregó los incisos 12°, 13° y 14° al catálogo de las conductas descriptas en su artículo 173 <sup>2</sup>.

El texto de su inciso 12° es el siguiente:

*“El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes”.*

La nueva defraudación impone al intérprete algunas importantes consideraciones.

<sup>1</sup> “ADLA”, LV-A, pág. 297.

<sup>2</sup> Artículo 82 de la ley.

## 2. La acción.

El comportamiento incriminado consiste en *defraudar los derechos de los cocontratantes mediante la disposición, el gravamen o el perjuicio de los bienes* entregados por algunos de los títulos que se enumeran.

La redacción de la conducta así definida es, ciertamente, criticable.

El verbo *perjudicar*, que figura en la enumeración como uno de los medios por los que el agente puede defraudar, convierte al que analizamos en un tipo legal abierto.

En efecto, la disposición y el gravamen son apenas dos formas que el perjuicio puede adquirir, pero no las únicas.

Es razonable que el legislador haya usado esta técnica para incriminar el comportamiento porque las modalidades de que puede valerse el autor desde las diversas posiciones del mercado financiero son múltiples y casi imposibles de ser previstas, realidad que es fundamento de la existencia de los tipos legales abiertos.

Consecuentemente, los actos de gravar y de disponer son meros ejemplos de perjuicio y en tal carácter ha de concebirse los.

## 3. El sujeto activo especial.

El sujeto activo especial que el tipo describe impone la necesidad de conocer las diferentes modalidades de intermediación que distingue el sistema financiero.

La propia ley que consagra el nuevo delito contiene la estricta definición de cada uno de los supuestos —fideicomiso, fondos comunes de inversión y contrato de leasing—, lo que los convierte en verdaderos elementos normativos del tipo legal recientemente incorporado.

Sin embargo, es menester recordar cuáles son los modos de operar a que responden, y aun antes que ello, cuál es el sector de la economía en el que desarrollan su peculiar actividad.

## 4. Mercados financieros y de capitales.

Sin pretensiones de enunciar un concepto universalmente válido para todas las concepciones económicas, puede afirmarse

que *mercado financiero* es un conjunto de instituciones que mediante distintos mecanismos de transferencia de instrumentos actúan intermediando en la negociación de los activos financieros.

Se trata de un mercado sumamente complejo y diversificado que presenta intrínsecas dificultades al inversor individual.

El conocimiento de sus proteicas características requiere una verdadera consagración, ciertamente inalcanzable para quien es ajeno a sus complicados misterios.

Pueden distinguirse dos categorías de intermediarios financieros: los que tienen capacidad para crear dinero, pues sus activos financieros son generalmente aceptados como medios de pago, llamados *bancarios*, y los que emiten activos que no son dinero en sentido estricto, denominados *no bancarios*.

Así, mientras el Banco Central, la banca oficial y privada, las cajas de ahorro, las compañías financieras, las sociedades de ahorro y préstamo responden a la primera categoría, las compañías aseguradoras o las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones pertenecen a la segunda.

Los intermediarios de esta última categoría captan fondos mediante la emisión de cuotapartes, que son certificados de participación representativos de una porción del patrimonio total, e invierten los recursos así obtenidos en títulos de renta, cuyo valor fluctúa según las cotizaciones del mercado.

Ciertamente, esta modalidad de captación de fondos permite el acceso del pequeño ahorrista al mercado de valores y, de ese modo, posibilita al poseedor de sumas que no son necesariamente significativas vincularse con la cambiante suerte de los valores asignados a los títulos adquiridos con su dinero.

Pero convertido en una especie de inversor cautivo, el ahorrista pasará a tener un capital dependiente del acierto o del desacierto con que el administrador invierta sus fondos, medido en términos del resultado que obtenga en las inversiones emprendidas.

Los dos primeros supuestos del nuevo tipo legal: los casos en que el agente es titular fiduciario o administrador de fondos comunes de inversión, apuntan elocuentemente a la protección de quien ha efectuado inversiones documentadas en papeles transmisibles sujetos a alternativas a cuyo manejo no sólo es ajeno, sino que está distanciado por la ignorancia e imprevisibilidad de las circunstancias, las que, a menudo, resultan la eficaz excusa de los defraudadores.

Sin embargo, fuerza es señalar que, aun reconociendo ese ponderado propósito legislativo, tanto el titular fiduciario como el administrador de fondos comunes de inversión que perjudican los intereses confiados, observan una conducta que puede encuadrar perfectamente en el tipo legal de la defraudación por administración fraudulenta, descrita por el inciso 7° del artículo 173.

Una vez más, un tipo legal viene a sumarse a la nómina de los existentes sin otro motivo que la candorosa idea de que su mera formulación va a constituir prevención de un comportamiento que describe y ya está comprendido en otro vigente.

Lo cierto es que los nuevos tipos legales desplazan al del artículo 173 en su inciso 7° conforme a las reglas de la relación de especialidad.

Corresponde ahora remitirse a las regulaciones que fijan los conceptos correspondientes a estas calidades del sujeto activo.

#### *a) Titular fiduciario.*

La definición de fideicomiso está en el artículo 1 de la ley 24.441, concebida en estos términos:

*Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.*

A su vez, la misma ley define al llamado "fideicomiso financiero" como aquel en que *el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.*

El sujeto activo del delito es el titular de certificados o de títulos.

#### *b) Administrador de fondos comunes de inversión.*

La ley 24.083 <sup>3</sup>, modificada por la ya mencionada 24.441, define al fondo común de inversión, cuyo régimen legal estable-

<sup>3</sup> "ADLA", LII-C, pág. 2754.

ció derogando, a su vez, la que llevaba el número 15.885, con estas palabras:

*“Se considera fondo común de inversión al patrimonio integrado por valores mobiliarios con oferta pública, metales preciosos, divisas, derechos y obligaciones derivados de obligaciones de futuro y opciones, instrumentos emitidos por entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, y dinero, perteneciente a diversas personas a las cuales se les reconocen derechos de copropiedad representados por cuotas partes cartulares o escriturales”.*

En su parte final, este concepto, definido por su artículo 1, señala: *Estos fondos no constituyen sociedades y carecen de personería jurídica.*

Tal característica no es intrascendente porque marca el difuso ámbito de desprotección en que se encuentra sumido el inversor que habrá sido la *ratio legis* de la amenaza penal a los comportamientos que lo perjudican.

### ***c) Dador de un contrato de leasing.***

El artículo 27 de la ley 24.441 prescribe que *existirá contrato de leasing cuando al contrato de locación de cosas se agregue una opción de compra a ejercer por el tomador y se satisfagan los siguientes requisitos: a) que el dador sea una entidad financiera, o una sociedad que tenga por objeto la realización de este tipo de contratos; b) que tenga por objeto cosas muebles individuales compradas especialmente por el dador a un tercero o inmuebles de propiedad del dador con la finalidad de locarlas al tomador; c) que el canon se fije teniendo en cuenta la amortización del valor de la cosa, conforme a criterios de contabilidad generalmente aceptados, en el plazo de duración del contrato; d) que el tomador tenga la facultad de comprar la cosa, mediante el pago de un precio fijado en el contrato que responda al valor residual de aquélla, ejercitada a partir de que el tomador haya pagado la mitad de los períodos de alquiler estipulados, o antes, si así lo convinieron las partes.*

A diferencia de los dos casos anteriores, el dador viola los deberes impuestos por el contrato, y aunque su conducta parece también coincidente con otra, la del desbaratamiento de derechos acordados a terceros que describe el inciso 11° del artículo 173, la posibilidad de que el perjuicio al bien —cláusula de apertura del tipo, como antes dijimos— se lleve a cabo a través

de medios que no sean los taxativamente enumerados en aquél, otorga peculiaridad al supuesto.

##### **5. Elemento subjetivo diferente del dolo.**

En su aspecto subjetivo, el nuevo tipo legal no se agota en el dolo sino que es asimétrico, exige que el comportamiento sea desplegado *en beneficio propio o de un tercero*.

## CAPÍTULO XX

### EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN EN LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE UN INMUEBLE

#### 1. Descripción legal de la conducta.

La mencionada ley 24.441 incorporó como inciso 13° del artículo 173 al siguiente tipo legal:

*El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutare en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial.*

El nuevo delito está directamente relacionado con las previsiones contenidas en los títulos III y V de dicha ley respecto a las llamadas letras hipotecarias y a la fijación de un régimen especial con acuerdo de las partes para la ejecución de hipotecas cuando se hubieran emitido tales letras.

Efectivamente, en la constitución de hipotecas en primer grado, el deudor puede emitir letras hipotecarias, las que se transmiten por endoso nominativo, con cupones que instrumentan las cuotas de capital o el servicio de intereses; que son inscriptas en el correspondiente Registro de la Propiedad Inmueble y cuya inscripción se cancela con la constancia de su pago en la letra o presentación de los cupones (artículos 35 a 49 de la ley 24.441).

El régimen de ejecución que en el caso de haberse emitido letras puede pactarse, faculta al acreedor, en caso de mora en el pago del servicio de amortización o de intereses a intimar al deudor por medio fehaciente para que pague íntegramente la suma en un plazo mínimo de quince días bajo apercibimiento de remate por la vía extrajudicial.

La falta de pago a esa intimación faculta al acreedor a solicitar la tenencia del inmueble al juez competente, quien

dará traslado por cinco días al deudor. Éste sólo podrá enervar la desocupación y la subasta acreditando verosímilmente que no está en mora; que no ha sido intimado de pago; que no se ha pactado esa vía o que existieron graves vicios en la publicidad.

En un trámite *inaudita parte*, el escribano actuante puede requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y poner los muebles en depósito oneroso, a costa del deudor mientras el acreedor podrá solicitar directamente al Registro de la Propiedad un informe sobre condiciones de dominio y gravámenes, la expedición de un segundo testimonio del título, la liquidación de las deudas dentro de diez días hábiles bajo apercibimiento de subasta como si el bien estuviese libre.

La venta en remate público no tiene intervención judicial; exige avisos durante tres días hasta con una anticipación no mayor de dos días a la fecha fijada para el remate en un diario oficial y dos de gran circulación, uno al menos en el lugar de ubicación del inmueble, y notificación al deudor por medio fehaciente con siete días hábiles de anticipación <sup>1</sup>.

Las singulares potestades conferidas al acreedor hipotecario, con la finalidad de asegurar la satisfacción del crédito y, en definitiva, estimular su otorgamiento, fundamentan la idea de que resultan insuficientes las sanciones procesales y aun el resarcimiento por los perjuicios resultantes en caso de usarse de mala fe tan privilegiado procedimiento.

De ahí que, aun con opinable criterio, se haya dotado de amenaza penal a conductas procesalmente temerarias semejantes a otras que, desplegadas en diferentes procesos ejecutivos, sólo generan consecuencias de derecho privado.

## 2. La acción.

El comportamiento es complejo.

Puede consistir en ejecutar extrajudicialmente el inmueble hipotecado a sabiendas de que el deudor no se encuentra en mora.

Puede consistir también en la omisión del cumplimiento de los recaudos establecidos para la subasta mediante aquel procedimiento especial.

<sup>1</sup> El Título V de la ley, bajo el epígrafe "Régimen especial de ejecución de hipotecas", regula este excepcional procedimiento en sus artículos 52 a 67.



La primera de las conductas no merece mayores consideraciones.

Dado que el agente debe saber la inexistencia de la mora del deudor, fundamento de la ejecución, el error dotado de las notas requeridas para que suprima el dolo, es decir, esencial e insuperable, puede convertir la conducta en atípica.

En caso de que se hubiera podido superar con una razonable diligencia, perduraría la consecuencia de la atipicidad porque no existe un tipo culposo en el que pudiera encuadrarse el quehacer de quien promovió la ejecución habiendo podido extremar las precauciones para averiguar si la mora se había operado o no.

Especiales consideraciones merece la segunda de las conductas incriminadas.

El incumplimiento de los recaudos ha de apuntar, verosímilmente, a impedir la defensa del deudor ejecutado.

Antes de ordenada la subasta, la artimaña más común es una notificación en un domicilio que no existe, que es meramente formal, pertenece o está vinculado al acreedor y, sobre todo, desvinculado del deudor.

Dado que el domicilio es especial y se constituye en la propia escritura hipotecaria, la atribución y aun aceptación por parte del deudor de uno que no es el propio, no constituiría por sí este delito porque en el transcurso de la relación podría no operarse la mora y, con ello, la circunstancia que fundamenta la ejecución especial. Una vez promovido el trámite suele advertirse que estaba en el programa inicial del autor.

Después de ese momento, el requisito esencial es la adecuada publicidad del remate. Para ello, la ley fija requisitos que han de entenderse como mínimamente asegurativos de ese propósito. Configuraría este delito la deficiente publicidad destinada a impedir un aumento en el precio de venta.

Nuevamente, en este supuesto el tipo subjetivo no se abatece solamente con el dolo sino que exige un elemento diferente que permite la adecuada delimitación entre una formal inobservancia procesal y la conducta que aquí se incrimina.

Del contexto en que se desarrolló la actuación del agente, debe resultar el cercenamiento de los derechos del deudor ejecutado y no un mero defecto de índole procesal.

### 3. Sujeto activo especial.

El sujeto activo debe tener una especial calidad: *estar autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble*.

Los supuestos que lo colocan en tal situación figuran en la misma ley.

Se trata del *portador de la letra hipotecaria o de algunos de sus cupones cuando estuviere convenido ese procedimiento*, según el artículo 45.

Tal portador puede coincidir o no con el primigenio acreedor hipotecario, que contrató con quien pasa a ser el sujeto pasivo de este delito, ya que las letras pueden transmitirse por endoso nominativo sin necesidad de notificación al deudor (artículo 40 de la ley 24.441).

## CAPÍTULO XXI

### EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN MEDIANTE OMISIÓN DE CONSIGNAR PAGO

#### 1. Descripción legal de la conducta.

Como una consecuencia más del establecimiento de tan especial régimen de ejecución de hipotecas con emisión de letras hipotecarias, el artículo 82 de la ley 24.441 incorporó como inciso 14° del artículo 173 del Código Penal a la siguiente conducta:

*“El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos”.*

#### 2. La acción.

El comportamiento descrito en este inciso constituye un tipo legal de omisión propia.

La norma es imperativa y manda consignar en la letra o en los cupones los pagos que se hubieran efectuado.

El artículo 41 de la ley establece que las letras hipotecarias tendrán cupones para instrumentar las cuotas de capital o servicio de intereses y consagra el derecho de quien efectúe el pago para que se le entregue el cupón correspondiente como único instrumento válido acreditativo.

Ese precepto establece, asimismo, que si la letra fuera susceptible de amortización en cuotas variables, podrá omitirse la emisión de cupones y el deudor tendrá derecho a que los pagos parciales se anoten en el cuerpo de la letra.

A fin de precisar el alcance de aquella norma que viola la conducta típica, es importante considerar que la parte final de dicho artículo 41 reza: “sin perjuicio de lo cual serán oponibles

aun al tenedor de buena fe los pagos documentados que no se hubieren inscripto de esta manera”.

Entendemos que el tipo legal sólo alcanza a la conducta de quien *omitiere documentar el pago de cualquier forma*.

Ello porque la conducta diferente de la que impone la norma debe llevarse a cabo *en perjuicio del deudor o de terceros*.

Y, precisamente, siendo válida una constancia que esté fuera del título, ésta no le causaría el menoscabo que es menester para que el delito se configure.

### 3. Sujeto activo especial.

Sólo puede ser autor de este delito el *tenedor* de letras hipotecarias.

Es razonable suponer que su comportamiento apunta a posibilitar la ejecución especial en perjuicio del deudor.

Si fuera autor de esta conducta —descrita por el inciso 13°— ella absorbería la anterior, convertida en acto preparatorio.

Si, en cambio, debido a la posibilidad de transmitir las letras por endoso, el ilícito ejecutante fuese una persona distinta, regirían los principios generales de la participación criminal y quien hubiese omitido consignar los pagos se convertiría en partícipe primario del delito de ejecución extrajudicial indebida del inmueble.

## CAPÍTULO XXII

### EL DELITO DE ESTAFA DE SEGURO

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 174 del Código Penal reprime en su inciso 1° al 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, incendiara o destruyera 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”.

Se trata de un texto original del antiguo Código que no ha sufrido modificaciones en la historia de nuestras reformas legislativas.

Los elementos típicos de la defraudación están ínsitos en este tipo legal, descriptivo de una conducta en la que no es menester la efectiva entrega de la prestación a que el asegurador está obligado cuando se produce el siniestro, como veremos en el apartado siguiente.

Mas el incendio o destrucción de la cosa asegurada están encaminados a provocar el error del asegurador, quien creará en la existencia del siniestro y, con ello, de las condiciones en las que debía hacer efectivas las obligaciones asumidas en el contrato de seguro; en otras palabras, creará en la producción fortuita de esas circunstancias, condición suspensiva de aquellas obligaciones.

En las demás defraudaciones, el camino recorrido por el autor, que se inicia con el despliegue de los medios destinados a provocar el error de la víctima, continúa con éste y culmina con la prestación que es su consecuencia *en el caso de este delito, queda interrumpido en la primera etapa*, y la exigencia de elemento subjetivo de índole volitiva, que es el motivo de procurar provecho, apunta elocuentemente al destino final de ese error.

La destrucción de la cosa es la forma concreta que reviste el engaño provocador del error, pero apenas es llevado a cabo con ese fin, el delito queda consumado <sup>1</sup>.

Nada de habilidoso tiene este quehacer en su ínsita naturaleza y pareciera la negación de la maniobra astuta e inteligente que es el factor provocador del error en las defraudaciones, pero, a poco que se analice, podrá verse que, pactada la destrucción como una condición de las prestaciones a cargo del asegurador, resulta ardidosa la artificiosa producción de tales circunstancias.

## 2. La acción.

Los verbos definitorios de la conducta incriminada son "incendiar" o "destruir".

Consistiendo el primero en poner fuego a una cosa que no está destinada a arder, constituye una verdadera forma de la segunda acción, es decir, la de deshacer, arruinar o asolar una cosa. La expresa inclusión del incendio, empero, que es común en las legislaciones, se debe a que es habitual la contratación de seguros para el expreso supuesto de incendio.

Repetimos, el delito se consuma con el perfeccionamiento de estas acciones, sin que sea menester el intento de cobro del seguro <sup>2</sup>.

La conducta podría definirse como destruir o incendiar para defraudar, antes que como defraudar mediante destrucción o incendio.

<sup>1</sup> Conf. C.C.C., Sala V, "Viola, Héctor F.", del 25/2/77, en que se citó a Eusebio Gómez, *Tratado...*, t. IV, pág. 293; Soler, *Derecho...*, t. IV, pág. 389; Fontán Balestra, *Tratado...*, t. VI, pág. 90; Núñez, *Derecho...*, t. V, pág. 388; Levene, *Manual de Derecho Penal*, pág. 346; Ramos, *Curso...*, 3ª ed., t. VI, pág. 120; Moreno, *El Código Penal*, t. V, pág. 221; Cámara Federal del 17/2/67, en "L.L.", t. 131, pág. 568, y Rubianes, *Código*, t. IV, pág. 34.

<sup>2</sup> Soler, *Derecho...*, t. IV, 118; Fontán Balestra, *Tratado...*, t. VI, 122, 6-1 y doctrina por ellos citada.

### 3. Elementos subjetivos del tipo legal.

#### *El móvil de procurar un provecho ilegal.*

Mientras el dolo consiste en la voluntad de destruir la cosa asegurada, el agente ha de estar animado, además, por un móvil determinado, que es, técnicamente hablando, un elemento subjetivo diferente de aquél.

Ese móvil es el de “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”.

La acción típica carente de este propósito constituye delito de incendio.

Es intrascendente que este móvil esté presente en el momento de la contratación del seguro o sea posterior al acto jurídico, pero sí resulta determinante de la conducta de destruir o de incendiar.

### 4. Elementos normativos del tipo legal.

#### *a) La noción de seguro.*

La cosa, la nave o la carga o flete de ésta deben estar asegurados.

El contrato de seguro está regulado por el Título VI del Código de Comercio bajo el epígrafe “De los seguros”, del que la ley 17.418<sup>3</sup> derogó los artículos 492 a 577, y en su artículo 1 lo define en estos términos: “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”.

La misma regulación legal establece causas de nulidad; así, el artículo 3 la prevé si al tiempo de celebración el siniestro se hubiera producido o desaparecido la posibilidad de que se produjera; y el artículo 5, la que resulta de toda declaración falsa o reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el

<sup>3</sup> “ADLA”, XXVII-B, 1677, con modificaciones introducidas por la ley 20.091 en cuanto a la actividad de los aseguradores, y por la ley 20.299 en lo referente al régimen de seguro de crédito a la exportación.

contrato o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo.

En caso de que el contrato estuviera viciado por estas causas de nulidad, dado el efecto general que produce la nulidad de los actos jurídicos, no podría afirmarse que la cosa está asegurada.

Por lo tanto, tampoco concurriría la exigencia típica que analizamos.

***b) La noción de préstamo a la gruesa.***

El incendio o destrucción de la carga o flete sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa con el móvil antes ponderado también configura este delito.

***c) La noción de cosa. Remisión.***

Corresponde remitirse a cuanto se ha expresado en el Capítulo II respecto a esta noción.

**5. Elementos objetivos del tipo legal.**

***a) La noción de nave.***

Ha de ser considerada un elemento objetivo y no normativo del tipo legal, pues lo que el Código de Comercio define es el "buque", como "toda construcción flotante destinada a navegar por agua" y el "artefacto naval" como "cualquier otra construcción flotante auxiliar de la navegación pero no destinada a ella, aunque pueda desplazarse sobre el agua en cortos trechos para el cumplimiento de sus fines específicos" <sup>4</sup>.

Sin embargo, el concepto puede estar definido en esos términos, que comprenden la idea de cualquier embarcación.

***b) La noción de carga o flete.***

Por *carga* ha de entenderse la *cosa o mercadería transportada*.

<sup>4</sup> Libro Tercero del Código de Comercio, según ley 20.094, Título I, "Disposiciones preliminares".



Consideramos la noción de flete un elemento objetivo del tipo legal y que éste asimila al concepto de carga en una sinonimia expresada por la conjunción disyuntiva "o" y que coincide con el significado gramatical porque, efectivamente, en una de sus acepciones, "carga" es la cosa transportada en cualquier vehículo.

En cambio, la noción jurídica es sustancialmente distinta pues "flete" es, en el contrato de fletamento a tiempo, la suma pagada para que el armador ponga el buque a disposición de otra persona realizando los viajes que ésta disponga dentro del término y en las condiciones previstas (artículo 227 del Código de Comercio) o, en los contratos de fletamento total o parcial, la misma suma para que el fletante ponga a disposición del fletador todos los espacios útiles o algunos determinados para transportar personas o cosas (artículo 241 del mismo Código).



## CAPÍTULO XXIII

### EL DELITO DE CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 174 del Código Penal describe en su inciso 2º la conducta de quien “abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un incapaz declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo”.

Se trata de un precepto que mantiene el texto original del Código de 1921 cuya redacción representó, en cambio, importantes modificaciones respecto del Proyecto Tejedor y del Código anterior, para cuyas previsiones la conducta consistía en privar al menor de los bienes muebles de que podía disponer o en hacerle suscribir obligaciones bajo cualquier forma que fuere.

El abuso en que el delito consiste *es de la calidad de una persona —a menudo, sujeto pasivo— calidad preexistente a la actividad del agente, no de circunstancias que hubieran sido especialmente creadas por éste para luego valerse de ellas.*

Esta estructura otorga al tipo legal que analizamos una verdadera autonomía y peculiaridad respecto a las defraudaciones en que el autor provoca el error de la víctima con el ejercicio de su conducta.

En este caso, en cambio, *explota un error cuya génesis está en situaciones o en tendencias que conciernen al abusado —frecuente, aunque no excluyentemente, sujeto pasivo—, quien, a diferencia de lo que ocurre en el caso de abusos de confianza, tampoco tiene que haber entablado una relación preexistente con el autor que le haga confiar en su recta actuación.*

## 2. La acción.

El verbo definitorio es “abusar”.

Por lo tanto, el agente aprovecha o explota, impropia e injustamente, las necesidades, las pasiones o la inexperiencia del incapaz.

Esta actividad típica no debe retrotraerse al momento en que las pasiones o necesidades aparecieron y tampoco es necesario que exacerbe las existentes.

Pero el quehacer del agente, explotando la situación que la víctima presenta, ha de ser la causa de la suscripción del documento, que es el acto que determina el momento consumativo del delito.

La preposición “para” resulta equívoca, pues tanto podría ser interpretada como el elemento subjetivo que señala la motivación del autor, como el ligamen entre la conducta de éste y la que observa el incapaz en consecuencia <sup>1</sup>.

Entendemos que este último es el correcto significado porque, de lo contrario, no habría contenido en la descripción del tipo objetivo, ya que el abuso terminaría convirtiéndose en una actitud anímica del agente.

Un caso en que el imputado, conviviente de la víctima, gestionó para su compañera tres créditos con cuyo producto se benefició junto con ella, fue el marco para el desarrollo de un sustancial análisis del núcleo típico.

El voto rector del doctor Zaffaroni señaló entonces que “...el tipo requiere un elemento subjetivo diferente del dolo, que es el elemento del ánimo implícito en «abusar». «Abusar» —recalcó— no implica simplemente saber de la incapacidad y llevar adelante un negocio o trato, pese a ese conocimiento y pese a saber que no es precisamente beneficioso para el incapaz. «Abusar» implica una particular dirección del ánimo que reduce el alcance del tipo, del mismo modo que en la alevosía o en el hurto calamitoso es un elemento que en la doctrina contemporánea se llamaría «disposición interna»...”.

Refiriéndose ya al abusado, así se expresó: “esa debilidad mental no excluye la posibilidad de que esa misma persona trabe una relación afectiva con otra y decida beneficiarla con los gastos de la convivencia...”.

<sup>1</sup> En uno de sus significados, junto con un verbo, la preposición denota la proximidad o inmediatez para hacer aquello que el verbo define.

Y respecto a esta concreta situación: "...«Abusar» significa «explotar», manipular a la persona incapaz, en tanto, que vivir con un nivel de vida superior al de los propios medios, en virtud de la fortuna de la persona incapaz con la cual se convive, no es un indicio de «abuso»..."<sup>2</sup>.

En cambio se consideró configurado en el caso de quien aprovechando la demencia senil de la víctima dispuso del inmueble de su propiedad<sup>3</sup>.

Y también un tribunal oral consideró a quien, abusando de la debilidad psíquica padecida por quien sufría profunda depresión potenciada por cirrosis se quedó a su lado con la excusa de cuidarlo y acompañarlo y le hizo suscribir un testamento que consolidó con la celebración de su matrimonio<sup>4</sup>.

### 3. Elementos normativos del tipo legal.

#### a) *La noción de menor.*

Se considera tal a la persona que no hubiera cumplido veintiún años, conforme a la definición del artículo 126 del Código Civil, sean impúberes —menores de catorce— o adultos, es decir, de la edad comprendida entre los catorce y los veintiún años, según la distinción del artículo 127.

Dado que el ordenamiento civil también prevé los supuestos de emancipación, cabe preguntarse si el menor emancipado está incluido en el supuesto del tipo legal.

Al respecto, debe considerarse que desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo las normas del derecho laboral, y ejercer por cuenta propia una profesión sin necesidad de autorización previa en caso de haber obtenido título habilitante.

En ambos supuestos puede administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> C.C.C., Sala VI, "Rauch, R.", del 8/3/86, en "Doctrina Judicial", 1987-2-561.

<sup>3</sup> C.C.C., Sala VII, "Mansilla, M. A.", del 1/4/98, en "J.P.B.A.", 904-31.

<sup>4</sup> T.O.C. n° 5, "Gil, M. L.", del 7/10/96, en "J.P.B.A.", 100-77.

<sup>5</sup> Del artículo 128 del Código Civil, según texto de la ley 17.711.

A su vez, los menores al contraer matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil, salvo para aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito y afianzar obligaciones <sup>6</sup>. Pero adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes aunque sólo tendrán la administración de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación necesitando autorización judicial para disponerlos, salvo acuerdo de ambos cónyuges para disponerlos siendo uno de ellos mayor de edad <sup>7</sup>.

También está prevista la emancipación por habilitación de edad desde los dieciocho años mediante decisión de quien ejerza sobre ellos la patria potestad o a pedido del tutor, previa información sumaria sobre su aptitud <sup>8</sup>.

El régimen establecido para estos casos de emancipación deroga, pues, el principio general de la incapacidad. Frente a tan especial sistema no podría razonablemente entenderse que el menor comprendido en uno de dichos supuestos, por el solo hecho de su edad cronológica, esté abarcado por el elemento normativo del tipo legal que estudiamos.

Hemos de tener en cuenta que la minoridad, que era el único supuesto del Proyecto Tejedor, en cambio, resulta en la redacción legal sólo un caso de incapacidad, y no sería concebible la protección a quien es parcialmente capaz.

Por ello, ha de entenderse que en tales hipótesis sólo se perfeccionará el delito si se trata de actos correspondientes a la esfera en la que el menor emancipado no tiene facultades, v.gr., la donación de bienes adquiridos a título gratuito.

### ***b) La noción de incapaz.***

Según la ley civil, "las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces" (artículo 52), mientras que, conforme al artículo 54, tienen incapacidad absoluta: las personas por na-

<sup>6</sup> Artículos 131 y 134 del Código Civil, según texto de la ley 17.711.

<sup>7</sup> Artículo 135 del Código Civil, según texto de la ley 17.711.

<sup>8</sup> Artículo 131, párrafo tercero, del Código Civil, según texto de la ley 17.711.

cer; los menores impúberes; los dementes; los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, mientras los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar <sup>9</sup>.

Aunque el incapaz puede o no haber sido declarado como tal, el elemento que estudiamos no pierde por ello su naturaleza normativa, porque sólo esos preceptos de la ley civil podrán guiarnos para establecer si se está o no en presencia de un incapaz en cada una de las categorías previstas. Así, el significado de demencia, trascendente a los fines de incluir a alguna persona en el elemento que consideramos, es suministrado por el artículo 141 del Código Civil: "se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes" <sup>10</sup>.

Sólo este criterio podría ser tomado en cuenta y no el que cualquier escuela psiquiátrica pueda forjar en un momento dado y en el cual un individuo sea susceptible de encuadrarse.

Conforme al tipo legal no es necesario que esa declaración de demencia haya sido declarada judicialmente, condición, en cambio, inexcusable para que una persona sea tenida por demente a los efectos determinados en el Código Civil, como tampoco lo es en el caso de los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, extremo, por el contrario, imprescindible para proveer a su representación.

También ha de considerarse incapaces a quienes podrá inhabilitarse judicialmente, conforme al artículo 152 del Código Civil, es decir, "a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; a los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código —demencia— el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio; a quienes por su prodigalidad en los

<sup>9</sup> Artículo 55 del Código Civil, según texto de la ley 17.711, que reemplazó al texto original, el que atribuía incapacidad relativa a los menores adultos y a las mujeres casadas.

<sup>10</sup> Texto según la ley 17.711, pues el originario declaraba dementes a "individuos de uno u otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial".

actos de administración y disposición de sus bienes “expusieren a su familia a la pérdida del patrimonio...”, en el caso de que “tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiese dilapidado una parte importante de su patrimonio” (artículo 152 bis).

El suscriptor del documento ha de encontrarse en inferioridad para resistir la voluntad del agente cuando lo induce a hacérselo firmar <sup>11</sup>.

Es menester que el autor tenga conocimiento de esa incapacidad, la que ha de trascender para ello a terceras personas, y no constituir un estado que se debate en una intimidad inaccesible a los demás o al círculo íntimo <sup>12</sup>.

### c) *La noción de documento. Remisión.*

Sólo corresponde remitirse a lo dicho en el Capítulo X, 3, respecto a la noción de documento.

Es absolutamente elocuente que puede tratarse de cualquier documento, con la única condición de que importe efectos jurídicos dañosos para quien lo suscribe o para terceros.

Por ello es que el sujeto pasivo del delito no coincide necesariamente con el propio incapaz. A veces es una persona diferente y en otras oportunidades puede concurrir con aquél.

Así, se ha declarado que el heredero del incapaz, sea legítimo o testamentario, es el “otro” que puede resultar ofendido por el delito, en razón de la disminución del acervo que el abuso implicaría <sup>13</sup>.

Tal daño ha de ser de contenido y significado exclusivamente patrimoniales.

El daño de esa naturaleza es el efecto que surge del propio documento, está ínsito en la obligación asumida por el suscrip-

<sup>11</sup> En este orden, se ha entendido que era un incapaz en el sentido típico quien tenía ideas delirantes, aplanamiento afectivo, incoherencia y trastornos del juicio, que son rasgos típicos de los estados paranoides, portador de una enfermedad que, por su estado evolutivo, le impedía comprender el acto negocial que celebraba. C.C.C., Sala II, “Manchego, D.”, del 18/10/91, en “J.P.B.A.”, 78-35.

<sup>12</sup> Conf. CCrimen 2º Santa Rosa, “R. H. A. y O. A. S.”, del 26/5/87, en “J.P.B.A.”, 63-5524, en que se descartó la incapacidad en caso en que después del hecho investigado la supuesta víctima otorgó poder ante un escribano, quien certificó que era hábil.

<sup>13</sup> C.C.C., en pleno, “Guichandut, Carlos Mario”, del 9/4/87, en “J.P.B.A.”, 80, pág. 308.



tor. La de cualquier otro carácter que sea, distinto al patrimonial, no encuadra en este tipo legal.

Por ello fue descartado el caso del acta de matrimonio, cuyo significado se circunscribe al estado civil que modifica, con una proyección de signo económico sólo indirecta <sup>14</sup>.

Vinculado con este tema, debe señalarse que el momento consumativo es el de la firma del documento, sin interesar que el daño haya acontecido o no y ni siquiera su posterior destrucción obsta a que se haya consumado <sup>15</sup>.

Sin embargo, aunque la efectiva producción del daño no señale el perfeccionamiento del delito, el contenido perjudicial del acto resulta insoslayable.

Un documento que no tenga aptitud para generar esas probadas consecuencias —las que pueden acaecer recién mucho tiempo después— no está comprendido en este tipo legal.

Por ello es que, tratándose de ventas de inmuebles, se ha considerado circunvencción de incapaces el caso en que el precio fue en un cincuenta por ciento inferior al valor de plaza <sup>16</sup> y se la ha descartado, en cambio, por falta de perjuicio patrimonial cuando resultó medianamente correcto, aunque pueda interpretarse como un mal negocio <sup>17</sup>.

El aserto de que cualquier documento generador de efectos patrimoniales dañosos que sea suscripto por el menor o incapaz, abusando de su condición, encuadra siempre en el tipo legal, se funda en que, conforme a la descripción típica, es intrascendente que el acto sea civilmente nulo.

Entendemos que la nulidad a que se refiere no se vincula con la edad o incapacidad del otorgante, pues resultaría inocuo aclarar en el texto de la ley penal una verdad tan evidente, tratándose de supuestos que conllevan la nulidad para la ley civil.

Se trata de una cláusula emparentada con la *ratio legis* del precepto: proteger con la amenaza de la pena a quien cause perjuicio patrimonial abusando de las necesidades, pasiones o inexperiencia de personas a las que sabe débiles para ejercer

<sup>14</sup> C.C.C., Sala IV, "Suaya, E.", del 12/6/91, en "J.P.B.A.", 77-39. En contra: T.O.C. n° 15, "Gil", citado.

<sup>15</sup> C.C.C., Sala VII, "Gómez de O." del 21/10/91, en "J.P.B.A.", 78-34.

<sup>16</sup> C.C.C., Sala II, "Manchego, D.", ya citado.

<sup>17</sup> CCrimen 2° de Santa Rosa, "R. H. A. y O. A. S.", ya citado.

una adecuada defensa de sus intereses y no limitar ese amparo a la sanción de nulidad civil y sus consecuencias permitiendo la impunidad de la conducta por el argumento de que esta última sanción enmienda los efectos perniciosos del acto<sup>18</sup>.

#### 4. Elementos objetivos del tipo legal.

##### *Noción de necesidades, pasiones o inexperiencia.*

Por *necesidades* han de entenderse tanto los impulsos que mueven a operar en determinado sentido como todo aquello que se torna irresistible: la falta de lo que se considera indispensable para la vida o un riesgo que requiere auxilio.

Por *pasiones* se entenderán todos los contenidos volitivos, sentimientos exacerbados, inclinaciones o aficiones vehementes.

Por *inexperiencia* ha de entenderse la falta de los conocimientos que se adquieren con la práctica.

El trance en que consisten las primeras, los contenidos anímicos que constituyen las segundas y la situación derivada de la calidad de la víctima, que es la tercera, resultan *notas distintas de la propia incapacidad que distingue a la víctima porque no es esta incapacidad, en cuanto estado, lo que el agente explota*. Al respecto, debe destacarse que la ley no menciona a la inmadurez, calidad presumida en el caso de los menores y real en las restantes incapacidades.

Distintas concepciones se han brindado sobre cada una de estas situaciones o carencias.

Así, respecto a la necesidad se ha ponderado que puede ser material o inmaterial, elemental o superflua, ocasional, transitoria o permanente; la pasión, un estado que se traduce en entusiasmo y sintetiza intensidad de los afectos, mientras la inexperiencia se refiere a los conocimientos que proporciona la *vida cotidiana, propia del menor pero no exclusiva de él*, pues algunos mayores la padecen sobre determinada actividad, como la bursátil<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> En contra opina Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 119, VI.

<sup>19</sup> C.C.C., Sala VII, "Darielli, M. A.", del 10/4/92, en "J.P.B.A.", 79-60.

## CAPÍTULO XXIV

### EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN MEDIANTE PESAS O MEDIDAS FALSAS

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 174, en su inciso 3º, describe la conducta del “que defraudare usando de pesas o medidas falsas”.

Estaba así descrita en el Proyecto de Tejedor, se mantuvo el texto en el anterior Código y se reprodujo en el de 1921.

El verbo definitorio la ubica en la especie de las defraudaciones, consistiendo, a su vez, en una subespecie de otra ya estudiada, la de defraudar en la cantidad de las cosas que se entregan en virtud de contrato o de un título obligatorio <sup>1</sup>, delito éste que puede ser cometido a través de esta modalidad, pero también de otras.

Compartimos la opinión que fundamenta la agravante que este delito supone respecto al estudiado antes, en la indefensión que significa el uso de estos elementos como medio comisivo, pues *elocuentemente* sólo una diligencia que linda con un cuidado patrimonial poco común puede impedir el error <sup>2</sup>.

#### 2. La acción.

La conducta típica está definida como *defraudar mediante el uso*.

Con ello el ardid, provocador del error, determinante, a su vez, de la prestación de la víctima, que en la estafa es cualquiera y que tiene matices diversos en las demás defraudaciones es-

<sup>1</sup> Ver Capítulo VIII.

<sup>2</sup> Conf. Núñez, *Derecho Penal argentino*, t. V, pág. 398.

tudiadas, consiste, en el caso de ésta, en el uso de las pesas y medidas falsas.

Como defraudación que es, su momento consumativo es el de la prestación provocada por el error que produce suponer que la cantidad entregada por el agente está bien pesada y medida, conforme a lo pactado.

Tal estructura típica plantea problemas para deslindar la conducta que se estudia de la infracción que reprime la ley 845 de Pesas y Medidas, pues no es válido exigir un ardid adicional sino que el ardid consiste, como acaba de decirse, en tal uso.

Al respecto corresponde sostener que el empleo de dichas pesas o medidas con el conocimiento de su falsedad constituye el ardid defraudatorio, por lo que el solo uso será infracción si constituye un mero comportamiento negligente o si el conocimiento de su existencia está acompañado por una reparación del perjuicio porque se complementa lo que falta.

La fabricación o compra de la pesa o medida no es requerida para la configuración de la conducta; sólo se incrimina el uso como medio para defraudar.

### 3. Elementos objetivos del tipo legal.

#### *La noción de pesas o medidas falsas.*

Por "pesas" ha de entenderse las piezas de determinado peso destinadas a servir de patrones para fijar el peso de las cosas.

Por "medidas" ha de entenderse los instrumentos destinados a determinar la cantidad de una cosa, como también a igualarlas y compararlas entre sí.

La falsedad consiste en la falta de coincidencia entre el valor que el agente les atribuye en su contratación con la víctima y el verdadero.

## CAPÍTULO XXV

### EL DELITO DE FRAUDE EN LA ENTREGA DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El inciso 4° del artículo 174 describe la conducta del “empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere, en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado”.

El precepto proviene del Proyecto de 1891, que ponderaba el peligro potencial que este comportamiento entrañaba.

La ley 18.953 incorporó los siguientes párrafos: “Si se hubiere producido desmoronamiento o el derrumbe del edificio se aplicará lo dispuesto en el artículo 187. Las mismas penas se impondrán a todos los que hubieren omitido vigilar o controlar debidamente la ejecución de la obra estando obligados a ello por convenio o reglamentación”.

La Exposición de Motivos señalaba que la reforma “...enfoca el problema del derrumbamiento de edificios, para evitar dificultades interpretativas existentes por el carácter específico del inciso y su exigencia de peligro común, que lo vincula al capítulo que contempla los estragos. Cuando el estrago se produce —continúa— no hay duda que debe apelarse a las mismas escalas que para estos casos existen, pues no se trata de un caso de culpa. En la misma situación que quien realiza el acto de construcción peligrosa se coloca a los que tienen la concreta obligación de vigilar que ello no suceda”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> “ADLA”, t. XXXI-A, pág. 114.

Al ser derogada por la ley 20.509, los agregados perdieron vigencia pero la recuperaron a través de la ley 21.338 para perder nuevamente vigor a través de la ley 23.077.

El comportamiento incriminado es, sustancialmente, uno de los que están previstos por el artículo 173 del Código en su inciso 1°, al que se agrega el peligro potencial que esa entrega fraudulenta reviste para la seguridad común. Pertenece, así, a la especie de las defraudaciones y a la subespecie de las que se desarrollan en la entrega de las cosas debidas por contratos o por un título obligatorio.

## 2. La acción.

Como dijimos anteriormente, trátase de una defraudación, cuyo verbo definitorio es "*cometer un acto fraudulento*" o sea la definición de defraudar usando el sinónimo de acto fraudulento, pocas veces empleado en la terminología de nuestra ley penal, pero harto frecuente en el derecho comparado.

Y, ya se trate del acto de entrega, independiente de la propia ejecución, o de esta última, como un acto distinto, *siempre es la entrega* el marco en el que la conducta se perfecciona.

A fin de establecer el momento consumativo debe tenerse presente que el núcleo del tipo legal es la defraudación, correspondiendo remitirse a cuanto se ha dicho sobre la consumación de este delito, es decir, la exigencia del perjuicio cuya producción lo perfecciona porque está ínsito en su propio concepto.

Cuando tiene lugar la entrega fraudulenta, se comete, sin más, el delito descrito por el artículo 173 en su inciso 1°, pues la razón determinante de la prestación —precio pagado— es la errónea creencia de que se están entregando los materiales cuya sustancia, cantidad y calidad es la pactada.

Recién se habrá consumado el delito que estudiamos cuando, a raíz de esa entrega, aparezca el peligro para la seguridad.

La creación del peligro y la entrega de los materiales pueden ser absolutamente contemporáneas, pero en algunos supuestos ello no es así, como en el caso donde el porcentaje de cierto material de una mezcla sólo incidirá en la seguridad de la construcción según la distribución que se haga de algunos elementos o la cantidad de ellos que se coloque.

No se perfecciona la conducta típica si el fraude en la entrega se refiere a materiales de construcción intrascendentes

para la seguridad, como los revestimientos o los sanitarios. En tales casos, sólo se habrá cometido el delito previsto por el artículo 173, en su inciso 1°.

No puede desconocerse la opinión contraria de Rodolfo Moreno, especialmente válida, no sólo por su indiscutible prestigio sino, en este caso, por cuanto comentaba el primitivo texto del Código, al que corresponde la redacción actual. Según el erudito comentarista del Código de 1921, el uso o provisión de los materiales consuma el delito <sup>2</sup>.

Entendemos que ello importaría retrotraer el momento consumativo de un modo que sólo es válido hacer en los tipos legales de peligro, que no es el caso del presente: una defraudación, característico *delito de daño más severamente penado que ésta sólo por la producción de un peligro común*.

### 3. Elementos objetivos del tipo legal.

#### a) *La noción de obra.*

Ha de entenderse por "obra" *toda construcción nueva o reparo que se hace en una antigua, cualquiera fuera su destino.*

Abona esta afirmación sobre la intrascendencia del destino el hecho de que el tipo legal se refiere al "constructor de una obra cualquiera".

La limitación a la especie de las obras surge de la exigencia de que el acto defraudatorio ponga en peligro la seguridad de personas, de bienes o del Estado. Así, la pintura de un inmueble es una obra en el sentido que hemos dado al vocablo, pero el fraude en la entrega de los materiales que le están destinados, o en su ejecución, resultaría intrascendente para el encuadre en el tipo legal que se estudia porque no tiene aptitud para crear el peligro común. Por lo tanto, *la obra puede tener cualquier envergadura y estar afectada a cualquier destino, pero debe ser tal que su construcción sea capaz de crear un peligro común.*

<sup>2</sup> Rodolfo Moreno (h.), *El Código Penal argentino y sus antecedentes*, t. V, 201, pág. 224.

**b) La noción de materiales de construcción.**

Ha de entenderse por tales *todos los elementos o materiales aptos para la ejecución de una obra.*

La misma limitación fijada al concepto de obra es extensiva al de materiales de construcción.

Sólo podrán encuadrarse en este elemento típico aquellos que conciernan a la seguridad de la construcción y no a su mera decoración, salvo cuando tenga excepcionalmente incidencia en dicha seguridad, v.gr., los revoques. Así, entregar una cerámica de procedencia nacional como si fuera importada, usando una maniobra defraudatoria, podrá ser el delito del artículo 173, inciso 1º, pero si la adherencia de una o de otra es diferente ante mezclas iguales, produciendo un peligro de desprendimiento, podría constituir el delito que estudiamos.

**c) La noción de aptitud para poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado.**

El peligro creado para la seguridad común *debe ser una consecuencia* de los materiales entregados o de los usados en la ejecución de la obra.

Ello no equivale a defectos en los materiales empleados o en la ejecución, lo que será, en cambio, materia de incumplimiento contractual o del delito de defraudación reprimido por el inciso 1º del artículo 173.

El peligro que sea meramente contemporáneo al uso de los materiales indebidos, pero proveniente de otra causa, convierte en intrascendente su empleo a los fines del tipo legal que estudiamos.

Sin embargo, la aparición de alguna circunstancia que en el curso causal determine la concreción del peligro, es intrascendente, mientras el uso de aquellos materiales será delito.

Así, el empleo de una mezcla con menor cantidad de cemento para levantar paredes es capaz de crear el peligro común, y la aparición de viento a una velocidad inusitada nada agrega a la capacidad de crear peligro que tenía el uso de aquella mezcla.

Destinatarios de ese peligro han de ser las personas, los bienes o el Estado.

Entre los dos primeros, el peligro puede recaer sobre el propio sujeto pasivo de la conducta defraudatoria, sin que sea



necesario que se trate de un peligro para sujetos o bienes indeterminados, como debe entenderse, en cambio, en el supuesto de peligro para el Estado.

#### 4. El sujeto activo. Tipo legal especial.

Tratándose de un tipo especial, debe analizarse cuál es la calidad que ha de revestir el sujeto activo del delito.

##### a) *La noción de empresario o constructor de obra.*

Ambas calidades pueden coincidir en la misma persona, como pueden también ser revestidas por personas distintas.

*Empresario de la obra* es quien *aporta* el servicio de su *dirección y trabajo personal o de terceros*, así como la *provisión de materiales* para la ejecución de la obra.

*Constructor de la obra* es quien *la dirige y/o ejecuta* los trabajos en consecuencia.

Tanto en el caso del empresario como en el del constructor no pueden perderse de vista los principios generales de la responsabilidad penal.

Hay que preguntarse quién perpetró el acto fraudulento capaz de crear el peligro, porque no existen responsabilidades penales reflejas ni objetivas derivadas de una dirección debida, declarada o pactada pero no real, la que tendrá, en cambio, plena validez para los efectos civiles resultantes de la comisión del delito, pero no para imputar la autoría de éste.

En la práctica de la construcción es habitual la subcontratación y en cada caso habrá que establecer quién fue el autor real de la conducta. Para ello habrá que considerar no sólo las estipulaciones contractuales sino el efectivo *modus operandi* empleado.

##### b) *La noción de vendedor de materiales de la construcción.*

Se entenderá por tal *aquel que ha enajenado los materiales, sin que sea trascendental que estas operaciones constituyan o no su actividad habitual.*

La enajenación puede haberse realizado directamente al dueño de la obra, como el empresario o el constructor que, en

este caso, pasarían a ser los sujetos pasivos del delito, sin perjuicio de que se conviertan también en sujetos activos cuando, advirtiendo la maniobra defraudatoria del vendedor, usen esos materiales en la ejecución de la obra.

## CAPÍTULO XXVI

### EL DELITO DE FRAUDE EN PERJUICIO DE ALGUNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 174 del Código Penal, en su inciso 5º, sanciona al “que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública”.

Se trata de un texto que corresponde al original del Código de 1921 y que comprende la comisión de cualquiera de los delitos descriptos por los artículos 172, 173 en todos sus incisos, y 174 en los cuatro primeros, pero teniendo como excluyente sujeto pasivo a “una administración pública”.

#### 2. La acción.

La acción está definida como “cometer fraude”, lo que ha de entenderse por “defraudar”, es decir, la comisión de cualquiera de las conductas descriptas en los artículos anteriores y en los incisos precedentes del mismo artículo.

Dado que el sujeto pasivo es una persona de existencia ideal o jurídica, la actividad del agente provocará el error en quienes actúan en representación de tal persona, error determinante de la prestación que afectará, en cambio, a la representada, Administración Pública.

Así, en indiscutible interpretación, se consideró configurado el delito cuando el agente de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires perjudicó a ésta confeccionando una declaración jurada con datos falsos para percibir un salario familiar que también percibía en una empresa, con una mendacidad que asumía visos de verosimilitud capaces de embaucar <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> C.C.C., Sala II, c. 25.146, “Roitman, Mauricio”, del 10/3/81.

Asimismo, en el caso de un empleado de la Caja de Ahorro y Seguro que falsificó los certificados de reembolso logrando inducir a un error que le permitió extraer mayor cantidad de dinero que la depositada en la cuenta y causando el perjuicio representado por esta disposición patrimonial<sup>2</sup> o en el de quien insertó en un documento administrativo con su firma la prestación de un servicio adicional que, en verdad, no cubrió<sup>3</sup>.

Sin embargo, la tenencia de los bienes de la Administración, que inevitablemente está en manos de sus agentes, como así también la compleja trama de regulaciones que rige la actividad de aquélla, constituyen el ámbito en que se debaten las dudas sobre el encuadre de los comportamientos incriminados en este tipo legal.

De ese modo, se entendió que constituía este delito en grado de tentativa, y no el de malversación de caudales públicos, la acción de la cajera que intentó quedarse con el dinero con que los contribuyentes pagaban los impuestos, pues la custodia de los caudales públicos que le eran circunstancialmente confiados a ella, en virtud de la calidad que revestía, permite concluir que no posea la facultad de disponerlos, a pesar de haber entrado legítimamente en su tenencia.

“...La precaria tenencia —concluyó el tribunal interviniente— es la que hace a la diferencia entre el peculado (artículo 261) y la defraudación a la Administración Pública...”.

El voto en disidencia del doctor Escobar entendió, en cambio, que la adecuación típica era otra. Consideró que: “...La encausada, desarrollando su menester —manejo de sumas dinerarias apropiadas dentro de la sede de la institución de que se trata— no tuvo en modo alguno la posesión corporal autónoma, requisito ineludible para la integración del tipo descrito en la figura defraudatoria que los colegas proponen...”. “Sólo tuvo —dijo con cita de Ricardo Núñez<sup>4</sup>— un gobierno precario, en condición de mantenedor de la tenencia ajena y bajo la vigilancia y control de su empleador, quien, en tal virtud, no llegó a desprenderse de la tenencia de los bienes. En resumidas cuentas —dijo el magis-

<sup>2</sup> C.C.Fed., Sala II, “González, R.”, del 14/11/91, en “J.P.B.A.”, 83-52.

<sup>3</sup> CFed. de La Plata, Sala II, “Gutiérrez, R.”, del 10/4/92, en “J.P.B.A.”, 81-135. Se lo calificó en grado de tentativa y en concurso con falsedad ideológica de documento público entendiéndose que el ardid pudo tener éxito si personal diligente no hubiera advertido la maniobra sospechosa.

<sup>4</sup> *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, pág. 375.

trado disidente— el dinero permaneció, bien que bajo el simple manejo material de la acusada, dentro de la esfera de custodia del titular. Con ello queda en claro que la extracción de los fondos en tales condiciones tiene la significación jurídica prevista en el tipo del artículo 162 del Código sustantivo, modelo por el cual deberá responder la prevenida...”<sup>5</sup>.

Corresponde también diferenciar la conducta descripta en el tipo legal que estudiamos de la del peculado, en que los caudales deben ser públicos<sup>6</sup>.

A su vez, la Cámara Federal declaró que “no se debe confundir la evasión impositiva tratada en la ley que rige la materia con la defraudación a la Administración Pública, pues ésta es una abusiva privación de lo que ya es propiedad de una persona, mientras que aquélla es una omisión del deber de contribuir para la formación de las rentas...”<sup>7</sup>.

En sentido opuesto, otro tribunal ha considerado que el menoscabo no sólo se produce por extracción sino también cuando no ingresa al patrimonio algo que debió ingresar, lo que no se identifica con el hecho de dejar de pagar algo, y así calificó como consumativo de este delito el despliegue de maniobras ardidosas para evadir el pago del impuesto a los vinos<sup>8</sup>.

En sentido semejante, se ha declarado también que es fraude a la Administración Pública el quehacer de quienes instauraron un mecanismo de gestión para el aprovechamiento ilícito de los beneficios del régimen de promoción industrial transfiriendo los créditos fraudulentamente obtenidos y compensando deudas<sup>9</sup> o la solicitud de reintegro del impuesto al valor agregado (IVA) para compensar deudas, simulando, a tal fin, diversas compras<sup>10</sup>.

Disentimos con esta interpretación.

<sup>5</sup> C.C.C., Sala IV, c. 29.652, “Puyella, M.”, del 21/3/85, en “BJCNACC”, 1985, n° 1, págs. 20 y 21.

<sup>6</sup> En ese sentido, la Cámara Federal de San Martín consideró que había cometido fraude en perjuicio de una Administración Pública el empleo de ENCOTEL que retuvo para sí el dinero proveniente de reembolsos, contrarreembolsos y cuotas de planes de ahorro de la Caja de Ahorro y Seguro porque las sumas retenidas tenían como origen la actividad netamente comercial de la empresa. “Padín, A. R.”, del 2/4/90, en “J.P.B.A.”, 79-220.

<sup>7</sup> CNFed. en lo Crim. y Correc., Sala I, “Donega, Stella M. y otro”, del 23/4/85, en “L.L.”, t. 1986-E, pág. 719, Sec. Jurisp. Agrup., caso 5764.

<sup>8</sup> CFed. de Mendoza, Sala A, “denuncia López”, del 24/4/92, en “J.P.B.A.”, 83-126.

<sup>9</sup> OFed. de San Martín, “Peressini”, del 9/3/93, en “J.P.B.A.”, 83-394.

<sup>10</sup> C.C.C.Fed., Sala II, “Coke, E.”, del 14/7/98, en “J.P.B.A.”, 104-75.

Todos los delitos tributarios, entre los que se encuentran la evasión, el aprovechamiento indebido de subsidios y la obtención fraudulenta de beneficios fiscales, como también los relativos a los recursos de la seguridad social y los fiscales comunes, indiscutiblemente atacan contra el patrimonio del Estado.

Sin embargo, las respectivas conductas están descritas por la ley 24.769<sup>11</sup>, cuyos tipos legales han de desplazar al que aquí estudiamos conforme a la relación de especialidad entre tipos legales.

### 3. Elementos objetivos del tipo legal.

#### a) *La noción de perjuicio.*

La conducta del agente debe causar un perjuicio patrimonial; el que sólo tuviera por efecto un menoscabo a la reputación o al prestigio de un organismo no podría encuadrarse en este tipo legal.

#### b) *La noción de Administración Pública.*

Sólo pueden ser sujeto pasivo de este delito el Estado nacional, las provincias, los municipios, las entidades autónomas o autárquicas; en otras palabras, entidades de derecho público<sup>12</sup>.

Fueron considerados como sujeto pasivo de este delito: el Instituto Municipal de Obras Sociales, organismo autárquico con personalidad de carácter público —artículos 33 del Código Civil y 2 de la ley 20.382—, pues el tipo legal incluyó a la administración estatal indirecta, con total prescindencia de la naturaleza y del origen de su patrimonio como también de la finalidad a que está destinada<sup>13</sup>; SEGBA, sociedad anónima cuyo capital mayoritario era propiedad del Estado, según decreto 8140/61 y su "status" jurídico el de empresa estatal<sup>14</sup>; el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, cuyos fondos se obtienen

<sup>11</sup> Vigente desde el 15 de enero de 1997 y que derogó en su artículo 24 a la anterior 23.771. "ADLA", LVII-A, pág. 55.

<sup>12</sup> Ver C.S.J., "Fallos", t. 223, pág. 25.

<sup>13</sup> C.C.C., Sala VII, c. 1185, "Cabral, Olga R.", del 16/9/81; se citó, entre otros, Núñez, *Tratado...* cit., t. V, pág. 406.

<sup>14</sup> C.C.C., Sala VI, c. 2598, "Antonio, T. R.", del 29/7/77.

a través de sus funciones y pertenecían a la entonces Municipalidad de esa ciudad, siendo en consecuencia, públicos<sup>15</sup>; el sistema jubilatorio<sup>16</sup>; el Poder Judicial, cuando un empleado acompañó certificados médicos con firma apócrifa para certificar sus inasistencias y lograr el pago de los salarios<sup>17</sup>; el Consejo Nacional del Menor y la Familia, frente a quien obtuvo una beca presentando falsos certificados de estudios<sup>18</sup>.

Se ha consagrado que es necesario distinguir entre las sociedades anónimas, en que el Estado es simple tenedor de acciones, aunque representen el 51% o más del capital, pero en cuya fundación no ha intervenido, y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, en cuya fundación ha mediado aquél en dicha proporción.

Mientras las primeras —se ha dicho— no modifican su condición jurídica, la que continúa rigiéndose por las disposiciones de derecho común, las segundas son sociedades del Estado, que pueden someterse en su constitución y funcionamiento a las normas que regulan las sociedades anónimas, pero en ningún caso pueden aceptar la incorporación de capitales privados<sup>19</sup>.

Descartóse, en cambio, a una sociedad anónima intervenida por ley nacional y cuyo interventor fue designado por el Poder Ejecutivo porque el patrimonio de la empresa seguía perteneciendo a sus originales propietarios, quienes, ante una posible manobra fraudulenta de aquél, verían disminuido el activo<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> C.C.C., Sala II, c. 23.744, "Brito, Orlando", del 22/2/80; el voto del doctor Madariaga pondera que, conforme a la Carta Orgánica —decreto-ley 9372/63 y ley 19.642—, además de las operaciones comunes, la actividad bancaria cumpla funciones de agente financiero de la Municipalidad y recaudador de impuestos y tasas, depositario de bienes muebles embargados, secuestrados o decomisados por orden judicial.

<sup>16</sup> El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 condenó a quien percibió los haberes de su madre, ya fallecida, invocando el carácter de apoderado que tenía: "Mastrazzi, A. R.", del 24/6/98, en "J.P.B.A.", 103-88.

<sup>17</sup> T.O.Crim. Federal n° 5, "Candia, T.", del 18/3/98, en "J.P.B.A.", 103-86.

<sup>18</sup> T.O.Crim. Federal n° 3, "Fernández, K. del C.", del 25/3/97, en "J.P.B.A.", 103-87.

<sup>19</sup> C.C.C., Sala VI, c. 5303, "Scotto, P.", del 23/11/79, se resolvió que SEGBA era sujeto pasivo de este delito con cita del caso resuelto por la Corte Suprema en "Fallos", t. 263, pág. 10.

<sup>20</sup> CFed. de Mendoza, Sala A, "Balaguer, A.", del 6/6/91, en "J.P.B.A.", 79-200. La sociedad era ARIZU S.A. y el tribunal ponderó que para integrar la Administración Pública era menester una creación expresa del ente por acto estatal y la asignación de recursos de esa naturaleza.

Debe destacarse que cualquiera de estas personas de existencia ideal ha de ser la propia titular del perjuicio.

Se diferencia así este delito de la estafa en su modalidad de “estafa procesal”, en que un órgano del Estado —el que ejerce la función judicial— es meramente *utilizado* por el agente para perjudicar a un tercero obligando a éste —verdadero sujeto pasivo— a una entrega indebida y patrimonialmente dañosa, por imperio de la prestación a que aquél lo condena, motivada en el error provocado por el autor, convertido en litigante.

Dos resoluciones de la Cámara Federal de San Martín del año 1997 ponderaron el error como supresivo de la tipicidad por ser excluyente del dolo.

Así, en el caso de quienes continuaron percibiendo los beneficios de una pensión después de haberse operado su caducidad por disposición legal cuando el silencio se fundó en un desconocimiento de las normas que les impedía seguir cobrando, y el ente previsional no advirtió sobre la obligación de informar cualquiera de las situaciones que pudieran afectar el derecho ni realizó el control de sus propios registros<sup>21</sup>.

También cuando el silencio del imputado respecto a la reiniciación de una actividad laboral bajo relación de dependencia estuvo determinada por su desconocimiento de la obligación de hacerlo<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> C.Fed. de San Martín, Sala II, “Lazo, J. P.”, del 19/5/97, en “J.P.B.A.”, 105-130.

<sup>22</sup> C.Fed. de San Martín, Sala II, “Orellana, J.”, del 15/7/97, en “J.P.B.A.”, 105-132.



## CAPÍTULO XXVII

### EL DELITO DE APROPIACIÓN DE COSA PERDIDA O DE TESORO

#### 1. Descripción legal de la conducta.

En su inciso 1º, el artículo 175 del Código Penal describe la conducta del “que encontrara perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil”.

Esta redacción corresponde a la del Código de 1921, que casi textualmente la había tomado del Proyecto de 1891, inspirado, a su vez, en los códigos italiano y húngaro.

#### 2. La acción.

El verbo definitorio es apropiarse, correspondiendo una remisión de cuanto se dijo para interpretarlo en el Capítulo IX pues el comportamiento que comenzamos a estudiar es, esencialmente, una apropiación indebida que difiere de la que describe el inciso 2º del artículo 173 en el origen de la tenencia.

En este último, esa fuente *es el título que produce la obligación de entrega o devolución*, mientras en el previsto por el artículo 175 es *el encuentro casual*.

*La retención indefinida también supone una apropiación por cuanto la tenencia sin derecho alguno implica hacer propio lo ajeno, aunque no haya uso.*

Por lo tanto, no ha de considerarse necesario que el agente efectúe un acto positivo de disposición, aunque en el caso de pura retención habrá que estimar como decisiva la existencia de un lapso a partir del momento en que el hallazgo se produce,

porque lo contrario supondría incriminar la remoción, que no es la conducta definida en el tipo legal.

El momento consumativo es el acto de disposición, en el caso en que lo hubiere, y cuando se exterioriza a través de una retención indefinida, continúa cometiéndose mientras ésta dura.

Una satisfactoria síntesis de este concepto está en el decisorio en que la Cámara del Crimen de la Capital declaró que se trata de un delito formal e instantáneo y se consuma en el momento en que los actos especiales o las circunstancias de tiempo o forma de la retención de la cosa traducen una apropiación, siendo independiente del uso de la cosa, pues puede haber apropiación sin uso<sup>1</sup>.

A su vez, generalmente el acto de disposición se perfecciona en un comportamiento único susceptible de adecuarse a distintos tipos legales, dando lugar a la aplicación de las reglas concursales.

Así, en el caso en que el procesado se apoderó de cheques hallados en la vía pública y con el único propósito de saldar deudas, luego compró mercaderías en distintos negocios pagando con aquellos cheques encontrados, a los que redactaba y firmaba en el acto, entregando después a sus propios acreedores la mercadería adquirida de ese modo, se entendió que concurrían en forma ideal la apropiación de cosa perdida con la estafa y la falsedad de documento privado equiparado a público.

Fundamentando la aplicación del artículo 54 del Código Penal, el voto del doctor Rivarola señaló: "...El «apropiarse» como verbo típico del artículo 175, inciso 1º, del Código Penal, se exteriorizó recién con el empleo delictivo de los cheques, momento en el cual también se consumó la falsedad de documento privado y la estafa que dañificó patrimonialmente a los comerciantes por medio del ardid de aparentar bienes. El hecho es único —continuó el magistrado— porque jurídicamente las acciones no son independientes, ni tampoco lo son desde el punto de vista material; al usar los cheques desapoderando a la víctima se consuman los tres delitos en un solo contexto de acción..."<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> C.C.C., Sala VI, "Martín, Carlos", del 3/9/93, en "D.J.", del 27/7/94.

<sup>2</sup> C.C.C., Sala II, c. 29.905, "Mariño, J. C.", del 26/9/85, en "BJCNACC", año 1985, n° 3, págs. 164 y 165.

La conducta que se estudia no debe confundirse con el incumplimiento de los preceptos establecidos por la ley civil para los casos de hallazgo de cosas perdidas.

Así, el artículo 2532 del Código Civil establece que “si el que halla la cosa conoce o hubiere podido conocer quién era el dueño *debe inmediatamente darle noticia de ella*, y si no lo hiciere, no tiene derecho a ninguna recompensa, aunque hubiere sido ofrecida por el propietario, ni a ninguna compensación por su trabajo, ni por los costos que hubiese hecho”.

A su vez, el artículo 2534 impone: al que hallare la cosa y no supiese quién era el dueño, el deber de “*entregarla al juez más inmediato, o a la policía del lugar*, los que deberán poner avisos de treinta en treinta días”.

El quebrantamiento de estos deberes no es la conducta típica que estudiamos, pese a la formulación genérica del artículo 2539 del Código Civil, cuyo texto reza: “comete hurto el que se apropiare las cosas que hallare, y no procediese según las disposiciones de los artículos anteriores”<sup>3</sup>.

La falta de observancia de estas normas no constituye por sí el delito de apropiación de cosa perdida y la adopción de actitudes distintas a las impuestas por la ley civil, pero exteriorizadoras de un comportamiento también diferente al de la estricta apropiación, v.gr., el hecho de poner la cosa a disposición de un superior jerárquico o investigar por medios disímiles pero reales quién es el dueño cuando no se conozca su identidad, o la entrega a un representante legal de éste, cuando se la conozca, no constituyen, sin embargo, la conducta típica que analizamos.

Así expresamente lo declaró la Cámara Nacional de Casación Penal, la que manifestó que la ley penal exige conductas explícitas que exterioricen la vocación de adueñamiento<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> En la nota de este artículo, el codificador civil, con cita de Chauveau Hélie, *Teoría del Código Penal*, y de Aubry y Rau, señala que muchos autores enseñan que aunque la aprehensión de una cosa hallada fuese acompañada de la intención de apropiársela, no constituiría un robo, porque en tal hecho no existía el elemento material de este delito, la sustracción de la cosa ajena. Pero —dice Vélez Sarsfield— esos autores han restringido de una manera arbitraria la sustracción de la cosa ajena, sustracción que se comprende, aun cuando el propietario de la cosa no tuviese la posesión en el sentido del derecho civil.

<sup>4</sup> CNCas. Penal, Sala I, “Mc Quire, G. C.”, del 3/9/97, en “J.P.B.A.”, 101-7.

Esta es *posterior* a una actitud pasiva del agente: el encuentro de la cosa o del tesoro. Debe haber, pues, un hallazgo, en el sentido de que el autor *habrá dado con la cosa sin buscarla y a continuación habrá observado el comportamiento de apropiarla.*

Se ha considerado que cometió este delito quien habiendo encontrado perdida una chequera ajena la conservó en su poder durante dos meses, pues la intención de apropiarse surge del lapso durante el cual la tuvo bajo el propio poder sin informarlo<sup>5</sup>.

También se entendió configurada esta conducta en el caso de quien, habiendo encontrado un valioso reloj durante un partido de fútbol, lo guardó a la espera de que alguien lo reclamara, y pasado un tiempo comenzó a usarlo para sí<sup>6</sup>.

### 3. Elementos normativos del tipo legal.

#### a) *La noción de cosa. Remisión.*

Sólo corresponde remitirse a cuanto se dijo en el Capítulo II respecto a la noción de cosa, definida por ley civil.

Se ha declarado que es "cosa" la documentación de la que alguien se hubiese apropiado en la vía pública, debiendo rechazarse la afirmación de que se trata de objetos carentes de valor económico, ya que la cualidad patrimonial determinante de la noción jurídica de "cosa" deriva de la posibilidad de servirse de lo apropiado para satisfacer necesidades, usos o placeres (nota al artículo 2312 del Código Civil)<sup>7</sup>.

Tratándose de una credencial, se ponderó que poco importa el predominio del valor jurídico sobre el económico porque también son "cosa" los efectos de nula o casi nula significación material pero de valor subjetivo<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> C.C.C., Sala de Cámara, "Luissi, Francisco L.", del 23/11/76. El voto del doctor Almeyra destacó que el delito es la *apropiación*, la que no se configura con la simple tenencia, aunque sea de mala fe, sino cuando se trata de convertir la cosa en el propio provecho.

<sup>6</sup> C.C.C., Sala II, c. 23.940, "Núñez, Hugo", del 28/2/80.

<sup>7</sup> C.C.C., Sala VII, c. 1070, "Lanza, Mario S.", del 31/7/81. En el mismo sentido, C.C.C., Sala II, c. 22.670, "Magrini, L. C.", del 10/8/79. Se trataba de una cédula de identidad y la Cámara revocó la resolución que había excluido su encuadre en el tipo por el insignificante valor patrimonial. También C.C.C., Sala VI, c. 6847, "Kuperman, F.", del 5/5/81.

<sup>8</sup> C.C.C., Sala IV, c. 23.222, "Montironi, M. M.", del 22/6/79.

Y de la tarjeta de crédito se dijo que es "...penalmente hablando, una «cosa» que posee un valor económico, no ya sólo intrínseco, sino representativo de las cosas que, con su exhibición, el titular puede incorporar a su patrimonio", y con cita de Núñez, el tribunal dijo que la apropiación de una cosa ajena perdida no lesiona la propiedad al privar de la tenencia de la cosa en sí; ofende, en cambio, el derecho del tenedor, poseedor o dueño de la cosa, a que se le restituya... situación que resulta mucho más clara en las cosas con predominante valor representativo<sup>9</sup>.

En el caso de las tarjetas de crédito, el mecanismo de autorización ha sido a veces invocado como fundamento de que el uso de la que fue hallada es una tentativa de delito imposible, lo que entendemos resulta inaceptable por el carácter falible de aquél en las distintas modalidades que reviste<sup>10</sup>.

#### *b) La noción de cosa perdida.*

Cosa perdida es la que no lleva un destino determinado, que sea *conocido por el agente*.

Las situaciones conflictivas aparecen cuando, por causas ajenas a la voluntad del tenedor, una cosa, objetivamente hablando, puede no estar "perdida", pero lo aparenta por la situación en que se presenta.

Esta circunstancia no debe confundirse con la que caracteriza a la cosa abandonada, en que la tenencia es perdida precisamente por la voluntad de su titular.

El abandono es un derecho que sólo tienen algunos sujetos: el propietario o, por lo menos, el poseedor de la cosa.

Derecho expresamente reconocido por el Código Civil cuando dispone, entre los medios de pérdida de la posesión, que ésta se pierde "...cuando el poseedor, siendo capaz, haga abandono voluntario de la cosa, con intención de no poseerla en adelante" (artículo 2454) y que "son cosas abandonadas por el dueño aquellas de cuya posesión se desprende materialmente, con la mira de no continuar en el dominio de ellas" (artículo 2526).

<sup>9</sup> C.C.C., Sala V, "Zinder, Saúl J.", del 12/3/86, en "L.L.", t. 1986-C-516.

<sup>10</sup> Se rechazó la alegación en "Chader, Doris M.", del 28/9/93, en que se calificó el hecho como estafa en grado de tentativa en concurso real con apropiación de cosa perdida. En "D.J.", del 27/7/94.

La importancia de esta distinción resulta de otro precepto de la ley civil por el que: "la aprehensión de las cosas muebles sin dueño, o abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir con el ánimo de apropiárselas, es un título para adquirir el dominio de ellas".

El límite válido entre la pérdida y el abandono es, pues, doctrinariamente claro, pero su aplicación se debate en medio de circunstancias fácticas que deben ser prolijamente analizadas, porque de su conclusión dependerá la tipicidad o atipicidad de la conducta.

Y tales circunstancias, a veces, aparecen desfiguradas en casos en que ha existido una verdadera pérdida, pero el imputado de apropiación alega un abandono.

Al respecto, la opinión que consideramos más ponderada es la que adopta un criterio subjetivo: lo que *razonablemente* el agente *pudo creer* respecto de la relación entre la cosa y su poseedor o dueño <sup>11</sup>.

De esa manera se respetará en el análisis la unidad de la estructura típica en sus dos aspectos de descripción objetiva y de dolo, como voluntad-realidad de ésta.

La historia jurisprudencial de los últimos años, desde la aparición de la anterior edición de esta obra, presenta el enunciado de esclarecedores criterios, tanto precedidos como seguidos de intensa y ardorosa polémica.

En ese orden, el fallo dictado por la Corte Suprema el 10 de noviembre de 1988 <sup>12</sup> marca un hito insoslayable.

El más alto tribunal de la República debió revisar una sentencia en la que la Sala VI de la Cámara del Crimen, con el voto de los doctores Navarro y Zaffaroni, había declarado que era apropiación de cosa perdida el apoderamiento de un vehículo robado a su dueño, que el ladrón había dejado luego en la vía pública.

La Corte sostuvo que la sentencia era arbitraria, basada en una argumentación carente de fundamento lógico y jurídico, con la que se intentó dar forma a una hipótesis carente de sustento en las probanzas arrimadas a la causa y fruto de la voluntad de quien la vierte. Consideró que sostener —como los sentencian-

<sup>11</sup> Conf. Soler, *Derecho...* cit., t. IV, 121, pág. 375, y Núñez, *Derecho...* cit., t. V, pág. 411.

<sup>12</sup> *In re* "Irigoyen, Marcelo y otro", en "J.P.B.A.", 68-177.

tes habían hecho— que el automotor era, o aparentaba ser, una cosa perdida para su dueño, constituía una “*absurda valoración de la prueba*” y “*una grosera contradicción con la lógica más elemental y el sentido común*”.

Agregó que “la mente se resiste a considerar que un bien de esa naturaleza —que no se trata de un mueble cualquiera pues es objeto de una registración especial de acuerdo a la ley— pueda ser estimado como cosa perdida... porque era o aparentaba ser una cosa robada cuyo dominio y posesión —obviamente— conservaba su dueño”.

Y dirigiéndose al Tribunal con severa e inusual energía, que concluyó en declarar nulo el fallo disponiendo el dictado de nueva sentencia, la Corte Suprema declaró que “tan inadecuada inteligencia del derecho común, capaz, por otro lado, de dejar en letra muerta las disposiciones penales que prevén el robo o hurto de automotores, constituye una causal de arbitrariedad”.

Esta singular decisión trascendió el ámbito de los comentarios especializados y fue materia de profusa información periodística, la que alcanzó el grado de simplificación que le es propio llegando a sintetizar que, conforme al decisorio anulado, todos los automotores estacionados en la vía pública eran “cosa perdida para sus dueños”!!!

Aunque compartimos el criterio de la Corte Suprema, tampoco entendemos que deba inferirse semejante conclusión de lo decidido por el tribunal inferior.

Alejados del apasionamiento que la polémica desató en esferas que no razonan con el rigor que los comentaristas de temas jurídicos debemos usar, pareciera, sí, que la Corte advirtió que los jueces criticados dejaron ligeramente de lado un criterio razonable que, por serlo, está pleno de sensatez.

Por su naturaleza y función, los automotores están destinados a estacionamientos más o menos esporádicos y ello no puede identificarse con el abandono, por lo que quien procura su apoderamiento *entiende que la cosa tiene una ajenidad vigente*.

El previo desapoderamiento no mengua esa circunstancia y la conducta de quien hace suyo lo que es ajeno con un nuevo apoderamiento es igual a la del ladrón o los ladrones anteriores *porque su dolo es también la intención de disponer de la cosa que sabe ajena*.

Una indirecta discusión se planteó en el caso "Godoy"<sup>13</sup> resuelto por la misma Sala el 8 de marzo de 1991, pero con otros componentes<sup>14</sup>.

El voto mayoritario del doctor Elbert —que por razón de licencia, no había suscripto la decisión en el caso "Irigoyen", anulado por la Corte Suprema— glosó polémicamente la doctrina en que ésta se había fundado.

Revocó la condena dictada a los procesados por el delito de hurto de automotor en grado de tentativa, en concurso real con daño, por el intento de apoderamiento de un automóvil antes robado y dejado en la vía pública<sup>15</sup>.

Los imputados alegaron que veían el vehículo estacionado desde varios días atrás y que las puertas estaban abiertas, en una explicación que a la mayoría del tribunal pareció verosímil y sin prueba contradictoria, por lo que concluyó que, en el momento del hecho, era como perdida para su dueño.

El doctor Elbert insistió —con cita de Creus<sup>16</sup>— en dos aspectos.

El primero es que el elemento sustancial de la tipicidad objetiva de los delitos de hurto y de robo es el "apoderamiento", con prescindencia de la registración o no del bien.

El segundo, el carácter mixto del desapoderamiento, en cuanto consta de una faz subjetiva y otra objetiva, siendo esta última quitar el bien de la esfera de custodia, que es aquella dentro de la cual el tenedor puede disponer de la cosa, noción referida no a un determinado lugar, sino a una determinada situación, que permite el ejercicio del poder de disposición de ella.

Asentado en estas nociones, el magistrado entendió que el automotor no puede escapar al tratamiento de los restantes bienes sin integrar analógicamente las conductas típicas con menoscabo del artículo 18 de la Constitución Nacional<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> C.C.C., Sala VI, c. 20.733.

<sup>14</sup> Los doctores Elbert, Camiña y Argibay.

<sup>15</sup> El automóvil estaba estacionado en Combate de los Pozos y Brasil. Los imputados rompieron el plástico del cubrecolumna de dirección y realizaron un "puente", y al no lograr que el vehículo se pusiera en marcha llamaron a un auxilio del Automóvil Club Argentino, siendo detenidos en ese momento. Había sido sustraído días antes cuando estaba estacionado en Eleodoro Lobos y Bogotá.

<sup>16</sup> *Derecho penal. Parte especial*, ed. 1988, págs. 413 y sigs.

<sup>17</sup> Precisamente, se refirió a la polémica en torno a la inconstitucionalidad del artículo 38 del decreto 6582/58 y a las desmesuras señaladas por la Corte



El voto de la doctora Camiña, que se adhirió al anterior, se basó exclusivamente en la imposibilidad de desapoderar de lo ya desapoderado anteriormente.

Este fallo, que terminó condenando a los imputados por el delito de tentativa de apropiación de cosa perdida, tuvo la importante disidencia de la doctora Argibay, quien se asentó en el hecho de que aquéllos intentaron apoderarse de la cosa mueble que *sabían* ajena, cosa que por su calidad de automotor estacionado en la vía pública y su carácter registrable no puede considerarse perdida para su dueño.

En el intenso debate no se puede soslayar que, más allá de la opinión que ya hemos expresado, muy anteriores decisiones ya habían entendido que el vehículo robado y luego abandonado por el ladrón pasa a ser una cosa perdida para su dueño<sup>18</sup> como también sus elementos componentes, v.gr., dos parlantes en él instalados<sup>19</sup>, dándole al automotor el mismo tratamiento que al sello aclaratorio de un médico hallado en el cesto de papeles de la habitación de un hospital, y considerado también como cosa perdida<sup>20</sup>.

También insoslayable es recordar que un plenario de la Cámara del Crimen de la Capital sentó la doctrina de que un vehículo sustraído y luego dejado definitivamente en la vía pública por el ladrón no es susceptible de un nuevo hurto o robo y sólo es concebible en ese caso una apropiación indebida menor<sup>21</sup>.

El voto mayoritario del doctor Mitchell ya ponderó que, en esas condiciones, el bien no puede ser objeto de apoderamiento "porque no es posible desapoderar a quien de hecho no lo tiene". Afirmó que, en definitiva, no está en la esfera de custodia de su dueño, recordando que el bien jurídico protegido por los artículos 162 y 164 no es la propiedad sino la efectiva tenencia de la

---

Suprema en causa "Martínez, José Agustín s/robo calificado", pues el automotor no puede ser un bien mueble que escape a toda proporción en cuanto a la tutela punitiva.

<sup>18</sup> C.C.C., Sala V, c. 12.855, "Gauna, C. D. y otro", del 12/8/90.

<sup>19</sup> C.C.C., Sala VII, c. 5474, "Sánchez Leyenda, J.", del 30/7/85, en "BJCNACC", año 1985, pág. 164. También C.C.C., Sala I, "Arias, A. A.", del 24/6/98, en "J.P.B.A.", 105-42.

<sup>20</sup> C.C.C., Sala IV, c. 25.645, "Flores, Silvia", del 3/7/81.

<sup>21</sup> CNCrim. y Correc., *en pleno*, del 28/10/83, "González, Adrián M.", en "L.L.", t. 1984-A, pág. 1.

cosa, y tampoco de quien a aquél se la sustrajera, y ello por su propia decisión de abandonarla, sino que, simplemente, está perdida para el dueño.

Sin embargo, entendemos que la correcta interpretación de la ley penal está en los votos minoritarios.

El del doctor Farga señaló entonces: "...para que ocurra la defraudación menor, el dueño debe perderla, por una negligencia o por un descuido sin renuncia a sus derechos sobre el bien...". A su vez, en el caso, consideró que ni el ladrón adquiere la posesión ni el dueño la perdió sino que conserva la verdadera posesión jurídica, lo que permite que le damnifique una nueva sustracción; en otras palabras, que, en esas condiciones, el bien sea susceptible de un nuevo hurto o de un nuevo robo.

El erudito voto del doctor Martínez, también disidente, ponderó que una de las condiciones para la existencia de cosa perdida es, precisamente, que no haya sido robada, lo que implica que el abandono que haga el delincuente no puede cambiar la situación jurídica de la cosa, que sigue siendo robada y no perdida. La cosa perdida —sostuvo con la cita de diversos civilistas— sólo puede obedecer a actos producto de la imprevisión, descuido o negligencia, o a hechos insuperables de la naturaleza. Así, afirma, ciertamente: "...Y como no puede considerarse perdida por un acto voluntario, tampoco puede considerarse así por un acto voluntario del ladrón. Jamás, por otra parte, he oído decir a alguien que perdió el auto, habiéndoselo robado. El concepto vulgar y común concuerda con el concepto jurídico".

La profunda traza del caso "Irigoyen" puso en crisis la vigencia del plenario "González, Adrián", al que, empero, varias decisiones siguieron<sup>22</sup>.

Así como la sentencia del caso "Godoy" no fue la única en que la Sala VI de la Cámara del Crimen de la Capital declaró que el automóvil objeto de apropiación después de haber sacado de la esfera de custodia del dueño por anterior sustracción revestía la calidad de cosa perdida para éste<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> C.C.C., Sala VII, "Roldán, J. A.", del 23/6/93, en "J.P.B.A.", 83-13.

La duda sobre la vigencia de plenarios dictados por la Cámara del Crimen de la Capital se plantea a partir de las leyes 24.050 y 24.121 por las que dejó de ser el tribunal el que resolvía en última y definitiva instancia.

<sup>23</sup> "Taboada, F. E.", del 24/12/90, con el voto mayoritario de los doctores Elbert y Camiña y la disidencia de la doctora Argibay, y sobre la base de los mismos argumentos.

En cuanto a los cheques, se entendió que el perdido sigue siendo una cosa, conforme al artículo 2311 del Código Civil, y su aprehensión por terceros no es un título legítimo para adquirir el dominio, pues no se trata de una cosa abandonada por su dueño, por lo que consideró la conducta como configurante del delito que estudiamos<sup>24</sup>.

Asimismo, se ha considerado a veces que la presentación al cobro de un cheque al portador que se hubiese encontrado no es sino el agotamiento del delito previsto por el artículo 175, inciso 1º, del Código Penal<sup>25</sup>.

Sin embargo, otras decisiones entendieron que quien encontró en la vía pública un cheque ya firmado por su titular, completó su texto, trazó un endoso e intentó su cobro en el banco girado observó una conducta que encuadra en los delitos de apropiación de cosa perdida *en concurso real* con tentativa de estafa mediante falsificación de documento<sup>26</sup>.

### c) *La noción de tesoro.*

El tesoro está definido por el artículo 2551 del Código Civil como "todo objeto que no tiene dueño conocido, y que está oculto o enterrado en un inmueble, sea de creación antigua o reciente, con excepción de los objetos que se encuentren en los sepulcros, o en los lugares públicos destinados a la sepultura de los muertos".

La nota del codificador es también esclarecedora acerca del significado de este precepto: señala que la ley romana es la fundamental en la materia y transcribe la *Instituta*. Dice: "El emperador Adriano siguiendo la equidad natural ha querido que los tesoros pertenezcan al que los hubiese encontrado en su fundo. Ha querido también que pertenezcan al que los hubiese

<sup>24</sup> C.C.C., Sala VII, "Slafer, Sergio D. y otros", del 14/5/84, en "L.L.", 1985-D, págs. 567 y 568.

<sup>25</sup> C.C.C., Sala I, c. 18.243, "Olivera Verdoni, Daniel A.", del 6/4/76.

En el mismo sentido, C.C.C., Sala III, "Hosbalikeyan, Serkis A.", del 24/6/80.

El voto minoritario del doctor de la Riestra entendió que si el procesado hubiera guardado el cheque como un objeto curioso habría quedado configurado el delito que se estudia, pero su acción posterior infringió, en cambio, una norma penal diferente y separada en la intención.

<sup>26</sup> C.C.C., Sala I, "Córdoba, Livia del Valle", del 7/6/91.

encontrado en un lugar religioso o sagrado; pero respecto de aquellos tesoros que se encuentran en un fundo ajeno por casualidad y sin haberlos buscado, los ha dividido entre el propietario del fundo y el que los hubiese encontrado. Ha ordenado que si alguien encuentra un tesoro en un fundo del dominio imperial, la mitad pertenezca al inventor y la otra mitad al emperador; y por esto, si alguno encuentra un tesoro en un fundo perteneciente al fisco, al pueblo o a una villa, la mitad será para el que lo hubiese hallado, y la otra mitad pasará al dominio del pueblo o de la villa al cual el fundo pertenezca”.

Estos principios son elocuentemente ilustrativos del pensamiento que informó a nuestro codificador.

En este orden de ideas, establece la prohibición de buscar tesoros en predios ajenos sin licencia del dueño o de su representante —artículo 2552—; la facultad de buscarlo en predio ajeno, aun sin consentimiento del dueño, cuando se alega que se lo tiene, designando el lugar en que se encuentra y garantizando la indemnización de todo daño al propietario —artículo 2553— y la propiedad de la mitad del tesoro hallado en predio ajeno mientras la otra mitad corresponde al propietario del predio —artículo 2556—; que el coposeedor será dueño de la mitad del tesoro mientras la otra mitad se dividirá entre los coposeedores según su porción en la posesión —artículo 2557—; que tratándose de usufructuario, usuario, con derecho real de habitación, o acreedor anticresista, la mitad corresponderá al que hallare el tesoro, y la otra mitad al propietario —artículo 2558—; que le corresponderá la mitad al tercero que no es poseedor imperfecto y lo halla y la otra mitad al propietario —artículo 2559—; que el derecho del descubridor del tesoro no puede ser invocado sino respecto de los tesoros encontrados casualmente; tampoco por el obrero al cual el propietario del predio le hubiese encargado hacer excavaciones buscando un tesoro, ni por otros que lo hicieran sin autorización del propietario porque en tales casos el tesoro pertenece a éste —artículo 2561—; que el obrero que trabajando en un fundo ajeno encontrara un tesoro, tiene derecho a la mitad de él, aunque el propietario le hubiera anunciado la posibilidad de hallar un tesoro —artículo 2562—; que también tiene derecho a la mitad del tesoro hallado, el que emprendiese trabajos en predio ajeno, sin consentimiento del propietario, con otro objeto que el de buscar un tesoro —artículo 2563—.

Tales son, pues, "las partes del tesoro correspondientes al propietario del suelo" a que se refiere el elemento normativo del tipo legal que estudiamos.

**d) *La observancia de las prescripciones del Código Civil. Su noción.***

Tanto respecto a la cosa como al tesoro, hemos señalado cuáles son esas prescripciones, a las que ahora corresponde remitirse.

No es ocioso, empero, repetir cuanto se dijo al estudiar la acción: *la inobservancia a dichas prescripciones no es la conducta penal incriminada.*

El agente debe perpetrar *una apropiación a través de la violación de tales normas* pero esta violación *puede haberse cometido sin que haya apropiación.*



## CAPÍTULO XXVIII

### EL DELITO DE APROPIACIÓN DE COSAS HABIDAS POR ERROR O CASO FORTUITO

#### 1. Descripción legal de la conducta.

En su inciso 2º, el artículo 175 del Código Penal reprime a quien “se apropiare de una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito”.

Este precepto proviene del Proyecto de 1891 que confiesa como fuentes a los códigos italiano y húngaro, habiéndose mantenido inalterable en nuestros antecedentes legislativos posteriores.

Como en el caso del delito estudiado en el Capítulo anterior, se trata de otra especie de apropiación indebida, diferenciada sólo en el origen de la tenencia.

#### 2. La acción. Remisión.

Siendo *apropiar* el verbo definitorio de la conducta, también en este caso corresponde hacer remisión a cuanto dijimos sobre su interpretación en el Capítulo IX.

Se consuma con el acto de apropiación, es decir, con el acto en que el agente actúa con la cosa ajena como si fuera propia, siendo también válidas respecto de esta conducta las consideraciones que se formularan anteriormente para los supuestos en que el comportamiento se exterioriza a través de la retención.

Ese desempeño que caracteriza a la actividad típica supone que el agente disponga: *y que allí donde no hay disponibilidad tampoco puede configurarse el delito*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En ese orden la Cámara del Crimen declaró que no se había configurado este delito en el caso en que el dinero ajeno había ingresado equivocadamente

### 3. Elementos objetivos del tipo legal.

#### a) *La noción del carácter ajeno de la cosa.*

Obviamente, no puede existir apropiación de la cosa propia pero debe establecerse si es menester que la cosa sea totalmente ajena o si, en cambio, es suficiente con que lo sea en forma parcial, como ocurre en los supuestos de condominio, en que uno solo de los dueños ejerce la tenencia.

Entendemos que no.

Para adecuar la conducta del condómino que hubiera logrado la tenencia por error o caso fortuito, el texto tendría que contemplar la posibilidad de que la cosa fuera "*parcialmente ajena*".

Y por razonable que pueda parecer la incriminación de tal hipótesis la estrictez del principio de reserva debe impedir ese alcance quedando supeditadas sus sanciones al derecho privado.

#### b) *La noción de error.*

Uno de los orígenes de la tenencia puede haber sido el error.

Ha de entenderse por error la actuación equivocada o des-  
certada en la custodia de la cosa observada por la víctima o por un tercero.

Tal actuación ha de haber sido completamente ajena al quehacer del agente porque si éste la hubiera provocado, una entrega así motivada podría constituir estafa.

La víctima o el tercero, es decir, quien efectúa la entrega, han de tener la *exclusividad del error* porque cuando también ha incurrido en él quien recibe la cosa, no hay dolo en la conducta de este último, ya que semejante error recaería sobre uno de los elementos objetivos del tipo legal: el carácter de ajeno de la cosa.

Empero, a un error en la recepción puede seguir una conducta típica si existe un conocimiento posterior de la ajenidad y, pese a ello, se actúa como dueño de la cosa.

---

a la cuenta bancaria porque no estaba bajo la tenencia del agente ya que sólo se trataba de registros contables en saldos bancarios y no en la disponibilidad material del dinero (C.C.C., Sala I, "Ossorio, Martha A.", del 28/2/94, en "D.J.", del 19/4/95).



**c) *La noción de caso fortuito.***

Aunque el Código Civil define el caso fortuito en su artículo 514 como "el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse", no es ésta la noción correspondiente al elemento de este tipo legal por lo que no lo consideramos un elemento normativo sino objetivo.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se lo concibe en su significado idiomático, es decir, como el *suceso que acontece inesperadamente*, sin que deba estar necesariamente dotado de las notas singulares a que se refiere la noción de la ley civil<sup>2</sup>.

**4. Elementos normativos del tipo legal.**

**a) *La noción de cosa. Remisión.***

Sólo cabe remitirse a los conceptos expuestos en el Capítulo II, válidos para interpretar este elemento normativo del tipo legal que estudiamos.

**b) *La noción de tenencia.***

Conforme a las disposiciones del Código Civil, "la simple tenencia de las cosas por voluntad del poseedor, o del simple tenedor, sólo se adquiere por la tradición, bastando la entrega de la cosa sin necesidad de formalidad alguna" (artículo 2460 del Código Civil).

Se trata, pues, del dominio material sobre la cosa, *de una situación de hecho cuya nota característica es la legitimidad*, como que su fuente es la tradición.

Se diferencia así de la disposición de la cosa, también lograda por el ladrón o por el estafador, pero que no constituye tenencia, y el acto por el cual obran como dueños de la cosa no configura el delito que estudiamos sino la consecuencia de una conducta ya encuadrada en otro tipo legal.

<sup>2</sup> Núñez afirma que no tiene por qué ser imprevisible o inevitable, y ello en razón de que la norma civil funciona como eximente de responsabilidad mientras que en el inciso 2º del artículo 175 es una causa material de la tenencia de la cosa (*Derecho... cit.*, t. V, pág. 421) y en los mismos términos se ha pronunciado la Cámara del Crimen de la Capital (C.C.C., Sala V, "de Bonis, José A.", del 13/3/81, en "J.A.", 1981-III-678).



## CAPÍTULO XXIX

### EL DELITO DE APROPIACIÓN DE PRENDA

#### 1. Descripción legal de la conducta.

En su inciso 3º, el artículo 175 del Código Penal reprime al que “vendiere la prenda sobre la que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella, sin las formalidades legales”.

En el Proyecto Tejedor y en el Código anterior la conducta amenazada con pena era “estafar vendiendo la prenda”.

El texto actual proviene, en cambio, del Proyecto de 1891.

#### 2. La acción.

Se trata de un tipo complejo con tres núcleos, a los que corresponden otros tantos verbos definitorios de acciones que tienen como objeto a la prenda: *vender, apropiar o disponer sin las formalidades legales*.

A través de esta descripción, se reprime, pues, *el comportamiento observado de determinado modo* pues, en sí mismo, el comportamiento de vender, disponer o apropiarse de la prenda resultaría inofensivo.

Cuando la obligación garantizada no ha sido cumplida, estos actos constituyen el legítimo ejercicio de potestades previstas en el régimen regulador de los derechos reales que da a éstos, precisamente, su naturaleza y razón de ser.

Sin embargo, ese comportamiento deviene antijurídico cuando no se cumplen las formalidades que la ley prescribe para tal supuesto.

Por lo que el presente tipo legal ha sido acertadamente calificado por un autor como “ejercicio abusivo del derecho”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, § 124-III-2, pág. 151.

*Vender* es transferir la propiedad de la cosa por un precio.

*Apropiarse* de ésta es actuar como si fuera el dueño, es decir, ejerciendo derechos inherentes a esa relación de propiedad entre el hombre y las cosas.

*Disponerla* es obrar libremente en el destino del bien, ejercitar las facultades que derivan del dominio, por lo que este verbo es comprensivo de los dos anteriores, que constituyen verdaderos supuestos.

La realización del acto que pudiera ser definido por cualquiera de ellos perfecciona el delito.

Sin embargo, adquiere trascendencia el *momento* de su ejecución: siempre ha de ser posterior al vencimiento de la obligación garantizada, con incumplimiento del deudor, quien pasa a ser el sujeto pasivo de este delito.

Si los actos típicos se ejecutaran antes de la mora, la conducta constituiría una retención indebida porque el contrato de prenda sería el título generador del deber de devolver.

El quehacer descrito por este tipo legal está, en cambio, amenazado con pena menor, ya que, intrínsecamente, en la hipótesis aquí prevista, asiste derecho al acreedor —que es su agente— para disponer del objeto de la garantía, pero se le incrimina la forma en que lo ejerce, una suerte de justicia por mano propia.

También constituiría el delito descrito por el artículo 173, en su inciso 2º, la venta, apropiación o disposición de la cosa prendada, tras el pago de la deuda, pues la prolongación de la tenencia en esas condiciones es retención de lo que debía devolverse.

La carencia de las formalidades legales para observar las conductas definidas por los verbos típicos constituye, en sí, un elemento normativo del tipo legal, pero se integra como un verdadero complemento de la acción, por lo que las analizamos en el presente Capítulo.

El Código Civil establece en el artículo 3222: “Es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse la prenda, aun cuando ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de los modos establecidos en este Título...”.

En la nota, con cita de las *Partidas*, del Código de Austria, de la doctrina de Duranton, Troplong y Demante, el codificador dice que la tolerancia por la ley del pacto comisorio que se pactare con el pretexto de que la prenda valía menos que la

deuda, provocaría el dolo y haría multiplicar las convenciones que ocultasen los más graves abusos.

Fulminada, pues, una cláusula semejante con la sanción de la nulidad, jamás en el contrato —ley para las partes— podría estar legalizado semejante modo de actuación.

Debe analizarse, entonces, cuáles son las formalidades establecidas por la propia ley.

Procurando la doctrina que inspira a ésta, según cita del codificador civil, evitar que se consagre el abuso en la disposición de la cosa prendada por el hecho de que pudiera tener valor inferior a la deuda, pero dada la diferencia que podría existir entre el valor a la época de la deuda y a la del pago<sup>2</sup>, el artículo 3223 permite al deudor "...convenir con el acreedor en que la prenda le pertenecerá por la estimación que de ella se haga al tiempo de vencimiento de la deuda, pero no al tiempo del contrato".

En tal caso, si hubiera discrepancias sobre la estimación, *el único procedimiento legítimo es la consagración judicial del valor que el acreedor sostiene*, por lo que, aunque existiera el pacto previsto en esta norma, si, tras el desacuerdo en la estimación, el acreedor dispusiera de la cosa, cometería el delito que se estudia si la deuda no había sido aún satisfecha, y el del artículo 173, inciso 2°, si ya estaba oblada.

En caso de mora, la regla general está establecida por el artículo 3224 del Código Civil: "No cumpliendo el deudor con el pago de la deuda al tiempo convenido, el acreedor, para ser pagado de su crédito con el privilegio que la ley le acuerda sobre el precio de la cosa, puede pedir que se haga la venta de la prenda en remate público con citación del deudor. Si la prenda no pasa del valor de doscientos pesos, el juez puede ordenar la venta de ella. El acreedor puede adquirir la prenda por la compra que haga en el remate, o por la venta privada, o por su adjudicación".

Si una vez promovida la acción legal, en su transcurso el acreedor observara los comportamientos típicos, igualmente perfeccionaría el delito porque el acto de disposición sólo podría constituir el cumplimiento de la sentencia.

<sup>2</sup> Nota citada correspondiente al texto del artículo 3222, la que dice también: "...el precio de las cosas es variable, y si el objeto dado en prenda no valía tanto como la deuda a la época del contrato, puede valer mucho más a la época del pago".

### 3. Elementos normativos del tipo legal.

#### *La noción de prenda. El sujeto activo especial.*

Conforme al artículo 3204 del Código Civil: “Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda”.

Este contrato es el presupuesto de las acciones definidas por los tres verbos típicos.

A su vez, sólo puede ser autor de este delito quien celebró aquel contrato como *acreedor prendario*, conforme a la redacción del tipo legal que exige “haber prestado dinero” sobre la prenda que fue objeto de las conductas típicas.

Se trata de un delito en que el sujeto activo debe estar revestido de esta determinada calidad. Cuando por encargo del acreedor prendario, un tercero perfecciona los actos definidos en el tipo, regirán los principios generales de la autoría y de la participación criminal.

## CAPÍTULO XXX

### EL DELITO DE DESNATURALIZACIÓN DEL CHEQUE

#### 1. Descripción legal de la conducta.

En su inciso 4º, el artículo 175 del Código Penal reprime al “acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco”.

Las diversas denominaciones doctrinarias dadas a esta conducta expresan, en unos casos, la voluntad del legislador que pretendió incriminar a los prestamistas que usaban estos documentos como arma persecutoria de sus deudores y, en otros, la objetividad jurídica lesionada, que es la eficacia del cheque como *orden*, no como *promesa de pago*.

Así, mientras Soler<sup>1</sup>, Núñez<sup>2</sup>, Fontán Balestra<sup>3</sup>, entre los autores contemporáneos, lo llaman “desnaturalización del cheque”, Millán prefiere denominarlo “exigencia dolosa de cheque”<sup>4</sup> y Ure, en este mismo orden de ideas, “abuso de la situación del deudor”<sup>5</sup>.

La historia de este precepto, prolijamente seguida por los autores nacionales, encuentra sus orígenes en un proyecto del diputado Del Valle, recogido por Rodolfo Moreno (h.) en el Proyecto de 1917, del que pasa a la Comisión Especial de Legis-

<sup>1</sup> Soler, *Derecho...* cit., t. IV, pág. 412.

<sup>2</sup> Núñez, *Derecho...* cit., t. V, pág. 426.

<sup>3</sup> Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, pág. 153.

<sup>4</sup> Alberto S. Millán, *Nuevo régimen penal del cheque*, Ed. Abeledo-Perrot, 1966, pág. 213.

<sup>5</sup> Citado por Roberto A. M. Terán Lomas, *El cheque ante el Derecho Penal*, en nota, pág. 57; recordando que la denominación fue destinada por este autor al artículo 220 del Proyecto de 1937, similar al artículo 175, inciso 4º, vigente.

lación Penal y Carcelaria con palabras en las que se ha encontrado una de las primeras manifestaciones de la represión de la usura en la República <sup>6</sup>, como que, efectivamente, alude a la frecuencia con que los prestamistas se hacen firmar cheques con fecha en blanco o posterior a la del préstamo para poderlos usar como un arma denunciando al firmante si la deuda contraída no era pagada, rematando con estas categóricas afirmaciones: “el precepto es sano y tiende a combatir las maniobras dolosas de la usura que, amparada por la ley, había establecido la prisión por deudas” <sup>7</sup>.

En anteriores ediciones de esta obra ponderábamos que constituida así, como un instrumento de política criminal destinado a perseguir la usura a través de la costumbre que reflejaba la voracidad del usurero, antes que a través de la propia actividad en que consiste —la que pasó a ser penalmente reprochada recién muchos años más tarde—, la figura legal nacida con tales auspicios cayó prontamente en una especie de *desuetudo*.

Ello porque el desarrollo del comercio en épocas económicamente difíciles y de costumbres desleales despuntó los perniciosos fenómenos de la pérdida de fe en el pagaré y de la crisis en el cumplimiento de las estipulaciones contractuales, siendo su consecuencia que el cheque se convirtiera en un instrumento destinado a documentar créditos.

De ese modo, el comportamiento no podría ser elocuentemente denominado “desnaturalización del cheque” porque la realidad diaria continúa demostrándonos lo que señalamos desde la primera edición de esta obra: que no se abusa de un deudor necesitado sino que vendedores y compradores lo utilizan con pasmosa naturalidad, para instrumentar las prestaciones a plazo.

La presente edición nos enfrenta, en cambio, a una realidad jurídica distinta.

## 2. Pérdida de vigencia del tipo legal.

La ley 24.452, llamada “ley de cheques”, vigente desde el 2 de marzo de 1995 <sup>8</sup> y modificada por la que lleva el número

<sup>6</sup> Terán Lomas, *El cheque...* cit., pág. 58.

<sup>7</sup> *Código Penal de la Nación Argentina*, ed. oficial 1922, pág. 197.

<sup>8</sup> “ADLA”, LV-B, 1524.



24.760<sup>9</sup>, introdujo en nuestro ordenamiento la categoría del "cheque de pago diferido", al que define como "una orden de pago librada a fecha determinada, posterior a la de su libramiento, contra una entidad autorizada en la cual el librador a la fecha de su vencimiento debe tener fondos suficientes depositados a su orden en cuenta corriente o autorización para girar en descubierto" (artículo 11, inciso e, de la ley 24.760, que modificó el artículo 54 de la ley 24.452).

A su vez, la ley 24.760 fulminó en su artículo 11, inciso e, a los cheques librados con fecha posterior, con el siguiente texto: "*No se considerará cheque a la fórmula emitida con fecha posterior al día de su presentación al cobro o depósito*".

A fin de permitir la readaptación de todo el sistema económico, este precepto tuvo vigencia a partir de los trescientos sesenta y cinco días de su publicación, que tuvo lugar el 13 de enero de 1998.

Esta reforma de nuestro régimen legal, al introducir el cheque de pago diferido y quitar validez como cheque al meramente posdatado pero dándole aún vigencia durante un año más, representó ni más ni menos que un necesario reconocimiento a la elocuente realidad que ponían de manifiesto las relaciones económicas.

Lo cierto es que, en virtud de sus preceptos, después del 13 de enero de 1998, los cheques con fecha posterior que continúan emitiéndose —y fuerza es destacar que en forma profusa— *no son más cheques*.

Ese cambio que han producido las mentadas leyes 24.452 y 24.760 nos impone, para ser coherentes con la postura que sustentamos, un cambio en la estructura del análisis de este delito, respecto a las anteriores ediciones de la obra.

Al llegar a la conclusión de que la conducta descripta por este tipo legal ha perdido su vigencia respecto a todos los documentos que en formulario de cheque hubieran sido emitidos en las circunstancias descriptas por aquél después del 13 de enero de 1998, límite cronológico fijado por el artículo 11, inciso e, de la segunda de dichas leyes para dotar de validez al cheque de fecha posterior, carece de sentido el análisis de los demás componentes de la descripción objetiva.

<sup>9</sup> "ADLA", LVII-A, 17.

En otras palabras, consideramos que quien después de aquella fecha exija o acepte de su deudor por la obligación no vencida un documento en esas condiciones no habrá exigido ni aceptado un cheque, con lo que el comportamiento resultará atípico.

Entendemos que, por el mismo motivo, no hay afectación alguna al bien jurídico.

Concluir que es cheque lo que para la ley comercial dejó de serlo después de cierta fecha, sería atentar en el ámbito de las garantías constitucionales contra el principio de reserva y, en el terreno doctrinario, contra la armonía y coherencia del ordenamiento jurídico que es un sistema regido por el principio de la no contradicción.

## CAPÍTULO XXXI

### EL DELITO DE USURA

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 175 bis del Código Penal incrimina la conducta de quien “aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniaras evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo”. En su segundo párrafo prevé la misma pena “al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario” y en el tercero, una pena mayor “si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual”.

La ley 18.934 introdujo el texto en el ordenamiento legal del país y, con ello, una conducta discutida respecto a los propios fundamentos de su existencia en la nómina de las que están dotadas de amenaza penal.

La Exposición de Motivos de la mencionada ley pondera que “...la usura lesiona el sentimiento moral medio de la colectividad”. Pueden leerse estas categóricas expresiones: “Su represión se impone, así, en términos ineludibles”, para afirmar que la ley contribuirá “...eficazmente... a combatir una actividad que repugna al sentimiento cristiano y a la vocación de justicia social de nuestro pueblo...”.

Los proyectos de 1937 y de 1941 y el Anteproyecto Soler de 1960 también habían previsto esta incriminación.

El primero reprimía al que “en forma habitual mediante préstamos de dinero, aunque sean disimulados con el aspecto de otra clase de operaciones, cobre intereses usurarios... y al que en la misma forma, procurare préstamos, cobrando por su intervención comisiones usurarias para sí o para terceros...” (artículo 229, inciso 3°). El segundo describía la conducta de quien “...abusando

de la apremiante necesidad de una persona, realizara cualquier préstamo, aun encubierto con otra forma contractual a cambio de intereses u otras ventajas evidentemente desproporcionadas..." (artículo 153).

La redacción del Anteproyecto Soler es inmediata fuente de nuestro precepto vigente, aunque la descripción típica figuraba en el Título "De los delitos contra la buena fe en los negocios", que aquel Anteproyecto contenía.

La represión penal de la usura ha tenido, en cambio, tradición legislativa en el derecho español del presente siglo.

Mientras el Código Penal de 1848 sólo sancionaba a quien se dedicase habitualmente a prestar "sobre prendas u otras seguridades" sin licencia de la autoridad, en su artículo 453, esta conducta fue suprimida en la reforma de 1870 por entenderse, con apoyo en la opinión de Groizard, que estaba en pugna con la libertad constitucional de trabajo.

En cambio, el Código de 1928 consideró delito al negocio usurario si el prestamista aprovechaba una situación de necesidad, o la ligereza o inexperiencia de una persona, reprimiendo en el mismo precepto el abuso de la impericia o de las pasiones de un menor, que antes constituía estafa. Continuó siendo delito en la reforma de 1932 y así llegó hasta el texto de 1963 reprimiéndose: a) *la usura habitual* —en el artículo 542— "al que habitualmente se dedicare a préstamos usurarios", que, según la ley Azcárate del 23 de julio de 1908, es "todo contrato de préstamo, en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivo para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; b) *la usura encubierta* —en el artículo 543— "al que encubriese con otra forma contractual cualquiera la realidad de un préstamo usurario aunque no exista habitualidad"; y c) *los préstamos usurarios a menores* —en el artículo 544— "el que, abusando de la impericia o pasiones de un menor, le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el crédito claramente, bien se halle encubierto, bajo otra forma".

La polémica en torno a la necesidad de la represión penal de la usura ha tenido en cuenta una serie de argumentos.

Se la ha rechazado en defensa de la más amplia libertad contractual que consagra el artículo 1197 del Código Civil argentino al equiparar las estipulaciones contractuales lícitas a la categoría de ley para las partes. Mas tampoco puede olvidarse que esa potestad individual de contratar reconoce en el propio texto las limitaciones del perjuicio a terceros, la inmoralidad, la violación a la ley, el menoscabo a las buenas costumbres.

Por otra parte, en todos los ordenamientos, la repulsa social a la actividad usuraria ha sido fuerte argumento a favor de la represión penal, pues el abuso de la necesidad de un préstamo de dinero para exigir contraprestaciones desmesuradas hace renacer el criterio de que la ley penal debe recoger las condenaciones del medio social hacia determinados comportamientos.

Conforme a la redacción de la ley argentina, corresponde distinguir entre lo que podría denominarse "usura propiamente dicha", "negociación de un crédito usurario" y "usura habitual", siendo las dos primeras verdaderos tipos legales autónomos, mientras la última constituye una figura agravada por la calidad del sujeto activo.

## 2. La usura propiamente dicha.

### a) *La acción. Sus formas.*

La conducta, en este tipo legal complejo, está definida por dos verbos diferentes: hacerse dar o prometer intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, el primero de ellos; otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, el segundo.

Los núcleos del tipo legal están modificados por un gerundio que complementa la acción descripta: "aprovechando", que forma parte de aquéllos e integra la definición del comportamiento incriminado <sup>1</sup>.

Lo que el agente "aprovecha" es la *necesidad, la ligereza o la inexperiencia.*

*Hacerse dar, hacerse prometer o hacerse otorgar* son las actividades definidas en el tipo legal.

<sup>1</sup> Conf. Laura T. A. Damianovich, *El delito de usura*, Ediar, págs. 21 y 22.

Se trata de acciones próximas a la de la estafa y la extorsión, en cuanto expresan la *función protagónica de la víctima, cuya prestación ella misma efectúa*.

El mentado complemento de estos verbos describe, en cambio, la diferencia: la voluntad no está viciada por el error —como en la estafa— o por la intimidación —como en la extorsión—, *sino por la necesidad, que, aprovechada por el agente, se convierte en el instrumento eficaz que la posibilita*.

La actividad típica puede revestir “cualquier forma”.

Es el modo de expresión del precepto que se refiere, en otras redacciones, a la posibilidad de que el préstamo usurario se disimule.

Como ya lo recordamos, entre los antecedentes legislativos nacionales se lo había previsto en el Proyecto de 1937, que rezaba: “...aunque sean disimulados con el aspecto de otra clase de operaciones...” y por el Proyecto de 1941, que decía: “...aun encubierto con otra forma contractual” y también el Código Penal español reprimiendo —expresamente— “al que encubriese con otra forma contractual cualquiera la realidad de un préstamo usurario...”.

La ley vigente usa la concisa fórmula “en cualquier forma”, que comprende las especies de la usura crediticia, real y social.

Con esta fórmula, la legislación argentina salva el problema de la apariencia que suele darse al crédito usurario cuando se lo reviste con el ropaje de otra operación para encubrir su verdadera naturaleza.

Así, se ha condenado como autor del delito de usura a quien, para garantizar un préstamo, hizo firmar al deudor un boleto de compraventa de un inmueble con una cláusula que permitía su recupero dentro de los sesenta días, siempre y cuando abonara la suma por la que figuraba adquiriéndolo, escriturándose a favor del acreedor en caso contrario. Esta inusual cláusula daba verosimilitud al relato de la víctima cuando afirmaba que la real operación fue un mutuo para el que se le había cobrado una tasa anual efectiva del 780,95 por ciento cuando la oficial era del 39,73 en la misma fecha, en circunstancias en que el damnificado necesitaba la suma de dinero para pagar el saldo de precio de esa misma casa que había sido adquirida por él <sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Cám.1ª Crim. Santa Rosa, “Collado, José y otros”, del 27/7/79, en “J.A.”, 1980-IV-153.

## b) *Elementos objetivos del tipo legal.*

### 1) **El concepto de necesidad, ligereza o inexperiencia.**

*Necesidad es, idiomáticamente, el impulso irresistible que hace que las cosas obren infaliblemente en cierto sentido; todo aquello de lo cual es imposible sustraerse, saltar, o resistir; la carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida o especial riesgo o peligro que se padece y en que se necesita de pronto auxilio.*

Importa precisar la latitud con que ha de entenderse el concepto de necesidad, válido para el tipo legal que estudiamos.

En este orden, se ha entendido que su origen es intrascendente; aunque pueda ser encontrado sólo en la torpeza y en la culpa de su víctima, basta su presencia aprovechada por el agente en el contexto de la actividad típica <sup>3</sup>.

Si bien puede compartirse esta idea, ha de existir estrictez en la evaluación de su *naturaleza y características*. Así, sólo podrá constituir delito de usura el aprovechamiento de la necesidad *apremiante*, que configura un verdadero *infortunio*.

Ha de limitar la libertad de la víctima con una especie de coacción provocada por el apremio.

No se identifica con la indigencia pero *ha de ser grave por su naturaleza*, trascendente tanto en su faz cuantitativa como cualitativa aunque no corresponda valorar su causa.

Por lo tanto, debe tratarse de una necesidad que afecte a la vida o a las condiciones mínimas en que se debate que *será del orden de las que se toman en cuenta para justificar una conducta típica*, porque *sería arbitrario reprimir a quien exige precios*

<sup>3</sup> En este orden de ideas, Peco afirmaba: "...no se tutela la moral personal sino la apremiante necesidad. El celo de la ley se dirige a proteger el infortunio de la ajena avidez. Es un canchero de la desgracia, no una espada contra el vicio o el extravío..." (*Proyecto de Código Penal, Exposición de Motivos. Presentado a la Cámara de Diputados el 25 de setiembre de 1941*. Instituto de Altos Estudios Jurídicos. Instituto de Criminología. Universidad de La Plata, 1942, pág. 300).

En el mismo sentido, Aftalión: "...no hay que hacer distingos acerca del origen de la necesidad... encuadra... tanto el caso del que requiere dinero para pagar un tratamiento médico, como el que lo necesita para pagar deudas comprometedoras imprudentemente contraídas, o incluso para satisfacer las exigencias imperiosas de una toxicomanía..." (*Por la incriminación penal de la usura*, en "L.L.", 92-885).

*desmesurados por el dinero con que la víctima paga su propio lujo o desarrolla su propia especulación* <sup>4</sup>.

Así, se ha descartado la comisión del delito cuando la víctima tenía importantes antecedentes en la actividad comercial, pues no podía ser pasible de inexperiencia ni ligereza, mientras que la necesidad exigida por el tipo legal debe ser apremiante <sup>5</sup>.

Y se ha declarado que resulta muy difícil admitirla en el caso de préstamos otorgados a comerciantes para posibilitar su giro mercantil puesto que quien lo solicita lo hace teniendo en cuenta que va a obtener un beneficio mayor con el desenvolvimiento de su actividad <sup>6</sup>.

También desechada cuando el préstamo otorgado —con garantías excesivas y desproporcionados intereses— tuvo por fin sofocar un “ahogo financiero” <sup>7</sup>, reconoció como sujeto pasivo a un ente ideal que contaba con capital para afrontar los préstamos hipotecarios aunque retribuyéndolos con alto interés <sup>8</sup> o la operación se dirige a obtener un beneficio patrimonial <sup>9</sup>.

Con palabras simples lo dijeron otra vez nuestros tribunales: las condiciones del préstamo —tipo de interés, plazo— son importantes, pero la “necesidad, ligereza o inexperiencia de los deudores, aprovechadas por el prestamista, son esenciales” <sup>10</sup>.

En el mismo sentido se entendió que la cláusula penal que fijaba el 2% diario del total de la cantidad obligada a pagar, suscripta a raíz de la suspensión de un remate y que se efectivizaría en caso de incumplimiento de la obligación principal consistente en el pago de una suma en una fecha determinada, no constituía delito de usura.

<sup>4</sup> Conf. Damianovich, *El delito...* cit., pág. 37.

<sup>5</sup> C.C.C., Sala V, “Dombiak, Jaime y otro”, del 1/8/80, c. 12.815.

<sup>6</sup> C.C.C., Sala IV, “Levy, José”, del 14/2/82, en “J.P.B.A.”, 51-1209, y recientemente, C.C.C., Sala VI, “Chemes Rial Guyot, L. A.”, del 30/12/97, en “J.P.B.A.”, 106-86.

<sup>7</sup> C.C.C., Sala II, “Gavi”, del 13/2/86, en “J.P.B.A.”, 63-5698. En el caso, el querellante no sólo tenía antecedentes comerciales sino que la declaración de bienes presentada al prestamista previo a la concesión del mutuo demostraba que no era ligero ni inexperto.

<sup>8</sup> C.C.C., Sala I, “Gatti, M. S.”, del 4/10/79, en “J.P.B.A.”, 40-8123.

<sup>9</sup> C.C.C., Sala V, “Heredia, I.” del 20/9/74, en que el préstamo hipotecario fue concertado para pagar el saldo de precio de un terreno, con cuyo mayor valor futuro o probable se especulaba. En “J.P.B.A.”, 32-5498.

<sup>10</sup> C.C.C., Sala III, “Barsimanto, V.”, del 27/12/74, en “J.P.B.A.”, 32-5499.



Ello por entenderse que estas cláusulas son un instituto del derecho civil que reemplaza la indemnización de perjuicios y que en cuanto a los montos acordados puede mortificarse judicialmente cuando sea dable inferir un abusivo aprovechamiento de la necesidad del deudor (artículos 655 y 656 del Código Civil).

Y también porque no hay "necesidad" en los términos requeridos por el artículo 175 bis del Código Penal cuando la operación está vinculada a obligaciones comerciales del interesado, de modo que la transacción era una forma de posibilitar que continuara una actividad de ese carácter, es decir, una decisión basada en la conveniencia <sup>11</sup>.

Por *ligereza* ha de entenderse la inconstancia, volubilidad, inestabilidad, aquello que es irreflexivo o poco meditado.

Por *inexperiencia*, la falta de advertimiento que se adquiere con el uso o con la práctica.

Ambos deben ser concebidos como matices de la necesidad, de la situación grave que el agente aprovecha, y pueden haber sido también la causa de aquélla.

Por ello fue absuelto por este delito quien no sabía cuál era la necesidad que iba a ser satisfecha <sup>12</sup>.

Un agudo manejo de las nociones en que se asienta la tipicidad de este delito reveló la decisión que declaró ser bastante, para configurar el elemento subjetivo, que el agente *conozca* el afligente estado económico de la víctima aunque sea por manifestaciones espontáneas de ésta, si actúa a sabiendas de que el ofrecimiento de la prestación usuraria será aceptado en virtud de ese estado, aunque no la induzca de manera alguna.

Dijo entonces el Tribunal actuante que, frente a un conocimiento tal, resulta indiferente que la oferta de dinero se haya realizado a través de medios publicitarios indiscriminados y que los préstamos se convinieran sobre la base de un contrato tipo y uniforme pues la conducta se torna reprimible si el prestamista no se abstiene de acordar la prestación requerida por aquel de quien sabe se halla bajo la presión de la necesidad, porque en eso consiste el aprovechamiento a que se refiere el artículo 175 bis del Código Penal <sup>13</sup>.

<sup>11</sup> C.C.C., Sala I, "Utrera, Mario R.", del 29/3/83. Se citaron "Otero, José", del 10/8/79; "Gatti, Marcelino Sixto", del 4/10/79, y "Cordeira, Manuel", del 26/2/82, todas de la Sala I. En "J.P.B.A.", 52-1667.

<sup>12</sup> "Collado", ya citado.

<sup>13</sup> C.C.C., Sala II, "Novelli, Nelson Juan", del 27/3/79, en "J.P.B.A.", 41-8633.

**2) El concepto de ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con la prestación.**

El agente ha de requerir ventajas que no corresponden a la prestación que rinde el sujeto activo del delito.

Se trata de un elemento que impone al intérprete la valoración íntegra de las prestaciones que las partes se intercambian, teniendo en la ley una pauta que debe ser, inexorablemente empleada: la evidencia del desequilibrio.

No puede perderse de vista que, desarrollándose esta conducta en el transcurso del negocio voluntario, aunque sea impulsado por una necesidad de la que no se indagan causas, motivos ni aportes culpables de la víctima, la explotación de esas razones que impulsaron a la contraprestación desventajosa debe ser notoria, manifiesta, de una elocuencia indiscutida.

La desventaja relativa, nacida de la comparación con criterios comerciales, por muy objetivos que sean, no puede constituir delito, pues el delito no puede consistir en una falta de equivalencia entre prestaciones.

**c) Elementos normativos del tipo legal.**

**1) El concepto de intereses.**

Si bien no existe en el ordenamiento una expresa definición de “intereses”, en la ley civil su estricta regulación mueve a considerarlo un elemento normativo del tipo legal.

El artículo 621 del Código Civil reza: “la obligación puede llevar intereses y son válidos los que se hubiesen convenido entre deudor y acreedor” mientras la nota apoya el principio de la libertad contractual en la materia<sup>14</sup>.

A su vez, el artículo 622 afirma el principio supletorio para los intereses legales, porque sólo rigen si no existen los convenios en términos absolutamente categóricos: “el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen

<sup>14</sup> “La materia de intereses convencionales —dice la nota— se encuentra tratada extensamente por muchos escritores, que se podrían citar en apoyo del artículo. Regularmente los códigos de Europa son contrarios a la libertad de las convenciones sobre intereses de los capitales”.

determinado. Si no se hubiera fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar”.

El carácter accesorio de los intereses está también expresamente consagrado por el artículo 1458: “la cesión comprende por sí la fuerza ejecutiva del título que comprueba el crédito, si éste la tuviere aunque la cesión estuviese bajo firma privada y *todos los derechos accesorios* como la fianza, hipoteca, prenda, los *intereses vencidos...*”.

El Código distingue, asimismo, entre intereses compensatorios, lucrativos o convencionales; moratorios o punitivos, lo que configura un verdadero régimen jurídico en la materia.

Corroborando el principio de la más plena libertad contractual, el codificador señala en la nota al artículo 622: “me he abstenido de proyectar el interés legal porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República...”, palabras descriptivas de la realidad de su tiempo, intensamente confirmadas luego, y, por lo tanto, vigentes en los tiempos posteriores.

Existe, pues, una plena compatibilidad entre la legislación civil, que no fija tasas de interés legal, y la fórmula inculpativa del tipo que se estudia: intereses que sean *evidentemente desproporcionados*.

Esta regla ampara con la intrascendencia penal a aquellas tasas que meramente representan lucro y especulación respetando la libertad contractual consagrada en el derecho privado con el alojamiento de las tasas limitativas y que sólo hace caer el reproche sobre el abuso y la explotación de la necesidad apremiante.

## 2) El concepto de recaudos o garantía de carácter extorsivo.

El carácter extorsivo que limita y califica a los recaudos y garantías tiene significado propio en el ordenamiento penal desde el momento que la extorsión es: obligación de entregar, enviar, depositar o poner a disposición de otro cosas, dinero, documentos que produzcan efectos jurídicos; de suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito mediante intimidación, simulación de autoridad o falsa orden de ésta, amenaza de imputaciones contra el honor o violación de secretos.

Sin embargo, no puede entenderse que el carácter extorsivo a que alude el tipo legal en estudio se refiera al empleo de estos medios enumerados por los artículos 168 y 169 del Código

Penal, sino que se trata de una calificación que es *consustancial a la idea del aprovechamiento de la necesidad*.

Asimismo, las diferencias entre ambos tipos legales resultan notorias: los medios comisivos de la usura pueden ser cualquiera, resultan intrascendentes. El aprovechamiento de la necesidad de la víctima integra el núcleo de la conducta descrita por el artículo 175 bis, lo que no ocurre, en cambio, en el caso de la extorsión.

### 3. La negociación de un crédito usurario.

#### a) *La acción. Sus formas.*

Consiste en *adquirir o hacer valer* un crédito usurario, conforme al segundo párrafo del artículo 175 bis.

Por *adquirir* ha de entenderse *ganar, conseguir, lograr a título lucrativo u oneroso*.

Por *transferir*, el hecho de *ceder, transmitir a otro el derecho o atribución que se tiene sobre el crédito*.

Por *hacer valer*, *el de usar, redituar, fructificar o producir*.

Estos verbos definen comportamientos a través de los cuales se hacen circular los títulos que documentan obligaciones crediticias, habitualmente letras o pagarés, es decir, títulos autónomos y literales transmitidos por el simple endoso.

#### b) *Elementos subjetivos del tipo legal.*

El tipo legal incluye la cláusula "a sabiendas", elemento subjetivo diferente del dolo que introduce una insoslayable limitación a la actividad incriminada, pues los modos de circulación de los títulos de crédito producirían el riesgo inevitable de que la transferencia de alguno, cuya naturaleza fuera ignorada, resultara penalmente reprimida por el precepto que se estudia.

El dolo, como voluntad realizadora de las conductas que los tres verbos describen, resulta insuficiente para evitar ese riesgo, de elocuentes connotaciones en las actividades transaccionales, por lo que es requerido este conocimiento expreso que se suma a aquél.

### c) *Elemento normativo del tipo legal.*

Un *crédito usurario* es la materia de las conductas descritas en este segundo párrafo del artículo 175 bis.

Corresponde establecer si por crédito usurario ha de entenderse aquel estrictamente obtenido en las condiciones descritas por el primer párrafo, es decir, la actividad que hemos denominado “usura propiamente dicha” o si, en cambio, se trata de cualquier crédito que hubiera sido calificado como usurario en sede civil.

Nos pronunciamos en favor de la primera solución por razones de equidad, ya que la usura no está subsumida en las estrictas exigencias del tipo legal considerado en el apartado anterior.

Por sí sola resulta penalmente intrascendente, por lo que sería ilógico castigar con la pena a quien, en cambio, negociara créditos impunes en sí mismos.

En otras palabras, *no podría resolverse que no es delito otorgar un crédito que para la ley civil es usurario y sí, en cambio, es delito adquirirlo, transferirlo o hacerlo valer.*

Empero, venimos abogando por una reforma del texto legal que describa expresamente la conducta de “*adquirir, transferir o hacer valer*” un crédito obtenido en las condiciones descritas por el primer párrafo del artículo 175 bis.

## 4. La usura habitual.

### *Tipo legal especial. La calidad del sujeto activo.*

Está prevista la agravación de la pena en el caso en que el autor fuera “prestamista o comisionista usurario profesional o habitual”.

La habitualidad no ha de estar en el comportamiento sino que radica en el ejercicio de una profesión como medio de vida.

Es sinónimo de “profesión”, tal como lo demuestra el uso de la conjunción disyuntiva “o”.

El agente debe tener esta profesión, la de prestamista o comisionista, y otorgar siempre créditos usurarios. Tal ha de ser el oficio, la actividad a la que se dedica.

Por ello, *no importa considerarla excluyente de otra.* Para que la agravante sea aplicable, no tiene por qué dedicarse de

manera exclusiva a este quehacer sino que puede compartirlo con otros modos o medios de vida.

Es sujeto activo quien presta usurariamente, aunque desarrolle otras tareas, pero aquélla ha de constituir *una de sus formas de obtener ingresos*.

## CAPÍTULO XXXII

### EL DELITO DE QUIEBRA FRAUDULENTA

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 176 del Código Penal describe en sus tres incisos otras tantas conductas que puede observar el comerciante declarado en quiebra, constitutivas de tipos legales independientes y que, por ello, merecen un estudio también independiente.

Pero común a los tres tipos legales es la calidad de que debe estar revestido ese sujeto activo: sólo puede serlo "*el comerciante declarado en quiebra*" y estar obrando "*en fraude de sus acreedores*" (primer párrafo).

Y, con un sistema sólo seguido en otra oportunidad por la ley penal, el comportamiento recibe denominación en el propio precepto pues señala que "*será reprimido como quebrado fraudulento...*"<sup>1</sup>.

No puede dejar de ponderarse que las denominaciones referidas al sujeto activo del delito aparecen aun en la designación del Capítulo, que se refiere al hombre y no a su conducta, pues el epígrafe reza: "Quebrados y otros deudores punibles".

El Proyecto Tejedor —en su Título VIII, § 3— adoptaba el sistema de la ley penal en blanco para legislar sobre estos delitos pues reprimía al "quebrado fraudulento" y al "quebrado culpable", y el incidente sobre calificación de conducta seguido en los autos de quiebra era suficiente en el sumario criminal<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El artículo 227 del Código Penal establece también, con un sistema semejante al que se comenta en el texto: "serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 *para los traidores a la patria...*", dando así denominación a la conducta descrita en este último precepto, pero debe tenerse presente que se trata de la denominación de la Constitución Nacional en su artículo 29, el que, a su vez, es expresamente citado por la ley penal.

<sup>2</sup> Citado por Fontán Balestra, *Tratado...*, t. VI, Parte Especial, § 125, 1-2, págs. 163 y 164.

Este sistema fue seguido por el Código de 1886, aunque suprimida la referencia a la gravitación del incidente de calificación de la conducta.

El Proyecto de 1906, en cambio, abandonó el sistema de la remisión a la ley comercial y optó por la descripción minuciosa de las conductas, lo que expresamente señalaba la Exposición de Motivos.

El Código de 1921 siguió al pie de la letra estas disposiciones que, en su primer párrafo, son las mismas de la ley vigente, con la reforma introducida por la que lleva el número 21.338, consistente en el reemplazo de la cláusula "*en fraude de sus acreedores*" por la expresión "*en fraude a cualquiera de sus acreedores*".

## 2. El sujeto activo.

Como dijimos, la calidad del sujeto activo es común a las tres conductas típicas que se estudiarán.

Debe tratarse de "*un comerciante declarado en quiebra*".

El Código de Comercio establece que son comerciantes "...todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual" (artículo 1).

Este cuerpo legal efectúa, a su vez, distinciones entre los comerciantes "en general" y "por menor". Aclara que revisten la calidad de comerciantes tanto si las especulaciones se desarrollan en el extranjero como si se limitan al interior del Estado, y se trate de uno o de varios ramos del comercio al mismo tiempo.

No puede soslayarse, asimismo, la disposición del artículo 6: "los que verifican accidentalmente algún acto de comercio no son considerados comerciantes. Sin embargo, quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre dichas operaciones, a las leyes y jurisdicción del comercio".

Por lo tanto, dado que esta circunstancial afectación a tales preceptos jurídicos no otorga la calidad de comerciante, tampoco podría un sujeto involucrado en ese evento ser agente del delito que comenzamos a estudiar.

Ahora bien, no basta con ser comerciante para reunir la calidad exigida por este tipo legal, sino que debe haber sido *declarado en quiebra*, como consecuencia de las obligaciones contraídas mientras ejercía el comercio, actividad que, tal vez,



podría haber dejado de desempeñar a la fecha en que se efectúa la declaración.

Al respecto, la ley 24.522<sup>3</sup>, introductora de sustanciales modificaciones al régimen anterior, bajo la denominación "Quiebra", sigue, empero, en su Título III, la metodología de la 19.551 a la que derogó, pues no formula una definición sino que enuncia en su artículo 77 los casos en que debe ser declarada, que son los previstos por los artículos 46, 47, 48, incisos 2 y 5, 51, 54, 61 y 63, como también a pedido del acreedor o del deudor.

A su vez, los supuestos de los preceptos legales invocados son:

— La omisión en presentar en el plazo debido las conformidades de los acreedores quirografarios bajo el régimen que fija, sanción de la que son exceptuadas las sociedades de responsabilidad limitada, por acciones, cooperativas y algunas de las que forman parte los Estados nacional, provincial o municipal;

— No haber obtenido —en las mayorías establecidas para cada categoría— las conformidades de los acreedores a la propuesta formulada y que había sido supeditada a esa aceptación;

— No haber logrado acreedores o terceros interesados para adquirir la empresa en marcha o éstos no haber conseguido las correspondientes conformidades, todo ello en las proporciones fijadas en la misma ley;

— Cuando se declare judicialmente procedente una impugnación al acuerdo;

— Cuando el deudor no pague los honorarios a su cargo;

— Cuando se decrete la nulidad del acuerdo;

— Cuando éste no se haya cumplido total o parcialmente, o manifieste el deudor su imposibilidad de cumplirlo en el futuro.

La naturaleza de la declaración de quiebra ha sido doctrinariamente muy discutida, pues se la ha considerado una *cuestión prejudicial* —opinión que tenía apoyo en las disposiciones

<sup>3</sup> Publicada en el Boletín Oficial el 9/8/95. Conforme al artículo 290 del proyecto aprobado por el H. Congreso de la Nación, debía entrar en vigencia a los noventa días contados desde la fecha de su publicación para los concursos presentados o quiebras declaradas, pero el decreto 267 de la misma fecha, que promulgó la ley, vetó parcialmente este precepto que establecía excepción al régimen establecido por el Código Civil en sus artículos 2 y 3 para la vigencia de las leyes ("ADLA", LV-D, 4381).

derogadas del Código de Comercio—; o una *condición objetiva de punibilidad* o una *cuestión previa* <sup>4</sup>.

Más allá de esta polémica, debe tenerse firmemente aclarado que se trata *de una calidad que integra, junto con la de comerciante, los atributos que debe reunir el sujeto activo del delito*.

En ese orden, se ha declarado que el auto de quiebra en lo comercial *debe subsistir durante todo el trámite de la causa penal*, pues, cesada la falencia, cae la condición de procedibilidad que expresamente establecen los artículos 176 y 178 del Código Penal <sup>5</sup>.

Debe evaluarse la incidencia que sobre este requisito tiene la posibilidad que la ley vigente otorga al deudor para solicitar la conversión del trámite de quiebra en concurso preventivo, y que regulan los artículos 90, 91, 92 y 93.

### 3. El concepto de fraude a los acreedores.

Cualquiera de las conductas descriptas por el artículo 176 del Código Penal debe haber sido observada por el agente “en fraude a cualquiera de sus acreedores”, expresión que ha de concebirse como un verdadero elemento subjetivo del tipo legal.

Cabe acotar que los autores nacionales han considerado, por una parte, que estos comportamientos deben representar un perjuicio para la masa de acreedores <sup>6</sup> y, por otra, que estas expresiones constituyen, simplemente, la descripción de un elemento subjetivo <sup>7</sup>.

Consideramos que ésta es la postura válida: tratase de una especial dirección intencional que debe observar el agente, pues no basta con que obre de acuerdo a una voluntad realizadora de los diversos comportamientos descriptos sino que, además, ha de hacerlo con un propósito concreto y especial: el de defraudar a sus acreedores.

<sup>4</sup> Ver las opiniones de la doctrina nacional glosadas por Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, § 125, 11, 2, nota en págs. 172 y 173.

<sup>5</sup> C.C.C., Sala V, c. 18.426, “Nugent, Leonardo”, del 8/7/75, caso en el que se había votado un concordato resolutorio judicialmente homologado.

<sup>6</sup> Núñez, *Derecho...* cit., t. V, pág. 445.

<sup>7</sup> Soler, *Derecho...* cit., t. IV, § 122-VII, pág. 433, expresa: “con esta expresión no se designa el dolo sino que se lo presupone, de acuerdo con lo que sucede con las figuras que se integran con un elemento delictivo especial...”.

Debe admitirse que la preposición empleada por el texto legal no es la más adecuada para expresar tales propósitos, pues debiera decirse: "*para causar fraude*" aunque la preposición también denota el término de verbos en movimiento y, como tal, ha de entenderse su significado rescatable en el caso que analizamos.

El sujeto activo observa las conductas definidas por estos tipos legales en la persecución de un propósito especial: perjudicar fraudulentamente a sus acreedores.

El elemento que analizamos resulta, así, fundamental para alejarnos de esa peligrosa interpretación que, en virtud de un verdadero sistema de presunciones, haga subsumir los comportamientos en estos tipos legales. En otras palabras, *la exigencia de acreditar esta especial voluntad es, pues, un verdadero factor limitador de la conducta penalmente incriminada.*

Así, se ha declarado jurisprudencialmente que el tipo legal implicado no se satisface con la mera omisión de justificar los vaivenes del capital social, sino que es menester demostrar que la conducta se ejecutó "en fraude", es decir, con la inequívoca dirección de lograr una disminución de los bienes existentes<sup>8</sup>.

#### 4. El tiempo de comisión de los actos.

Cualquiera de los comportamientos descriptos como quiebra fraudulenta debe ser observado *después* de la sentencia que declara la quiebra o antes de ésta, pero *durante el período de sospecha*<sup>9</sup>, o sea, el que transcurre entre la fecha determinada como comienzo de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra, no pudiendo retrotraerse más allá de los dos años de la fecha de esta última o de presentación en concurso preventivo<sup>10</sup>.

Ello tiene singular incidencia en la prescripción, la que comienza a correr desde la fecha del auto declarativo, si los actos son anteriores a la declaración de quiebra, y desde su comisión, si son posteriores<sup>11</sup>, habiéndose consagrado, asimis-

<sup>8</sup> C.C.C., Sala V, "Monti, A. G.", del 9/8/77.

<sup>9</sup> La conducta se torna punible con la declaración de quiebra, como ha declarado la C.C.C., Sala V, en "Pane de Mamone, Norma B.", del 20/5/91, con cita de Navarro, *Quiebra y otros fraudes en el comercio y la industria*, págs. 13, 19 a 21 y 32.

<sup>10</sup> Artículos 116 y 117 de la ley 24.522.

<sup>11</sup> C.C.C., Sala IV, c. 25.323, "Ravel, Armando y otro", del 12/2/81.

mo, el principio de que ese auto debe encontrarse firme para habilitar el inicio del término liberatorio de la acción persecutoria del delito<sup>12</sup>.

En algunos casos se consideró —bajo la vigencia del anterior régimen legal de concursos— que el acto inicial para computar ese curso de la prescripción era la calificación de conducta<sup>13</sup>, criterio que no compartimos porque dicho acto no es consumativo del delito, ni la conducta anterior se hace punible en ese momento, por lo que no parece válido apartarse de la regla establecida por el artículo 63 del Código Penal.

Los artículos 94 y siguientes de la ley 24.522 regulan los recursos admisibles contra el auto que declara la quiebra y el tiempo de su interposición, para el que toma en cuenta el hecho del “*conocimiento del fallido*” pues deben entablarse dentro de los cinco días de *conocida* la sentencia o, en su defecto, hasta el quinto día posterior a la última publicación de edictos<sup>14</sup>.

También resulta trascendente para el tipo legal que estudiamos la posibilidad de revocar la declaración de quiebra sin sustanciar incidente alguno si el fallido deposita el importe de los créditos en las condiciones establecidas por el artículo 96 de la ley de concursos.

Como la resolución que denegara esa revocatoria es apelable por el deudor, es razonable entender que durante este trámite la declaración de quiebra no está firme tanto para la consumación como para el comienzo del término de prescripción.

No se nos escapa que el artículo 97 de la misma ley establece que la interposición de dicho recurso no impide proseguir el proceso, salvo la disposición de bienes que no sean perecederos<sup>15</sup>. Sin embargo, para el análisis de la configuración del delito lo que debe prevalecer es la tipicidad como expresión del principio constitucional de reserva. Y desde esa óptica, una declaración de quiebra, cuyo pedido de levanta-

<sup>12</sup> Se entendió que estaba firme si no fue recurrido y venció la publicación de edictos, durante la vigencia de la ley 19.551, en “Trimboli, Francisco”, del 31/8/81 (C.C.C., Sala IV, causa 25.861).

<sup>13</sup> C.C.C., Sala III, “Oberosler, José F.”, del 2/4/91, con cita de “Israel, Samuel”, del 8/6/82, de la misma Sala.

<sup>14</sup> El último párrafo del artículo 94 precisa de modo inusual esa noción. Reza: “Se entiende conocimiento del fallido, el acto de clausura o el de incautación de sus bienes”.

<sup>15</sup> Arg. artículo 184.

miento está previsto, aunque haya sido denegado y esta última decisión es materia de un recurso también admisible, *no puede considerarse firme*.

## 5. Las diferentes conductas incriminadas como quiebra fraudulenta.

### a) *La simulación de deudas.*

En su inciso 1º, el artículo 176 del Código Penal incrimina el acto de "*simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas*".

#### 1) **La acción.**

Dos verbos definen este comportamiento.

*Simular*, es decir, *representar, fingir o imitar*, es uno, y *suponer*, o sea, *dar existencia real a aquello que verdaderamente no la tiene*, es el otro.

Ambos son comprensivos de las modalidades posibles de esta acción, en que el agente unas veces cubre todas las formalidades requeridas para que la operación inexistente aparezca como verdadera y perfeccionada, y otras veces se limita a presentarla, carente de esas exigencias formales.

Los autores nacionales habían encontrado una correspondencia entre estas conductas así definidas y las descriptas por la ley de quiebras<sup>16</sup>, que en la versión de la ley 19.551 —artículo 235— prescribía: "la conducta del fallido es fraudulenta cuando ha disminuido indebidamente el activo, ha dejado de cumplir con la obligación de llevar contabilidad legal, ha otorgado preferencias indebidas a los acreedores, ha abusado del crédito o ha negado información en el concurso". Esa misma ley enumeraba a continuación como "configurativos de tal conducta", entre otros, a los actos señalados en sus dieciséis incisos, entre los cuales figuraban: "distraer, ocultar, disimular o destruir bienes del activo, incluso mediante enajenaciones simuladas, constitución de derechos o celebración de contratos que disminuyan su valor venal" (inciso 1º); "suponer gastos, pérdidas o egresos de

<sup>16</sup> Soler, *Derecho...* cit., t. IV, § 122, VI, pág. 429. El autor se refería al artículo 170 de la ley de quiebras anterior a la hoy derogada 19.551.

bienes del activo, o que hubieren estado en su poder desde la fecha en que se encuentre efectivamente en cesación de pagos o ingresaran después en su patrimonio...” (inciso 2°); “simular o suponer deudas...”; “denunciar o reconocer créditos fraguados o inexistentes” (inciso 3°).

La ley vigente no prevé el incidente de calificación de conducta del fallido y el síndico debe presentar un informe general que contemple meramente el análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor.

Ello ha originado un saludable cambio en la práctica de remitir a la justicia penal todos los juicios concursales por las meras conclusiones del incidente de calificación, abriendo un sumario que prescribía en la gran mayoría de los casos.

El delito se consuma con los actos en que se materializa la simulación o suposición, sin que sea menester que el perjuicio efectivamente se produzca porque, a diferencia del caso de las defraudaciones, los verbos típicos no conllevan la noción del daño causado.

## 2) El concepto de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas.

Lo que se simula o supone es:

*Una deuda, o sea, obligación de pagar, satisfacer o reintegrar a otro una cosa, que generalmente es una suma de dinero.*

*Una enajenación, la transmisión del dominio de una cosa o de un derecho.*

*Un gasto, es decir, el expendio o empleo del dinero en algo.*

*Una pérdida, o el daño o menoscabo recibido, carencia o privación de algo que se poseía.*

## b) *La falta de justificación de la salida de bienes y sustracción de lo que corresponde a la masa.*

El inciso 2° del artículo 176 del Código Penal define la conducta de no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa.

Trátase de un tipo complejo, formado por dos conductas independientes y de naturaleza opuesta.

1) **El tipo omisivo.**i) *La acción.*

Definida la primera de las conductas como “no justificar”, debe analizarse un tipo de omisión propia.

El comportamiento del agente es claramente negativo frente a un deber jurídico de obrar, nacido del propio ordenamiento, porque, en el aspecto formal, la calidad de comerciante que el autor reviste le impone la obligación de una contabilidad que no admita vacíos ni omisiones, y en el sustancial, la de dar a los bienes el correcto giro resultante de la actividad.

No debe perderse de vista que el dolo debe cubrir íntegramente esta actividad negativa.

Agudamente se ha apuntado que se trata de una forma de simulación<sup>17</sup>.

Se ha declarado que se configuró este delito por parte de un imputado que se acreditó era un experimentado agente de bolsa, por entenderse que la salida sin justificación alguna de bienes que debían haber estado en poder de los titulares de una sociedad anónima conformando la masa destinada a satisfacer a los acreedores del proceso concursal, constituye el dolo de consecuencias necesarias pues la voluntad de ese imputado tuvo que apoyarse, cuanto menos, sobre la previsión de los efectos perjudiciales que tal conducta acarrearía al ver frustradas los acreedores sus expectativas de satisfacer los créditos<sup>18</sup>.

ii) *El concepto de bienes que debiera tener.*

Respecto de la noción de bienes corresponde efectuar una remisión a cuanto se dijo en el Capítulo XVIII, 5, c.

Pero no se trata de cualquier bien, sino sólo de aquellos que “debiera tener”, es decir, de los que resultan del ejercicio lícito y normal de su giro y constituyen la prenda común de los acreedores, debiendo buscarse en la totalidad del ordenamiento esos bienes que, aunque integran el patrimonio, no constituyen la garantía colectiva de los acreedores, como el bien de familia —ley 14.394 y decreto-ley 5286/57—, bienes

<sup>17</sup> Soler, *Derecho...* cit, t. IV, § 122-VI, pág. 431, quien dice que se simula lo que no se tiene.

<sup>18</sup> C.C.C., Sala V, “Cúneo, Horacio E. y otro”, del 31/3/97, en “D.J.”, del 22/10/97.

inembargables enumerados por el derecho común y por la legislación laboral <sup>19</sup>.

2) **El tipo doloso de comisión.**

1) *La acción.*

La segunda de las conductas definidas en el precepto consiste en "sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa".

Los comportamientos consisten tanto en el apoderamiento, apartamiento, separación por cualquier medio que fuere, como en esconder, disfrazar o encubrir.

Los incisos 10 y 11 del artículo 235 de la derogada ley 19.551 describían, precisamente, como actos de quiebra fraudulenta: "negarse injustificadamente a dar las explicaciones que se le soliciten sobre su situación patrimonial o darlas en forma indebida"; "no presentar los libros de comercio y necesarios o presentarlos falseados, truncados, llevados en forma que no haga posible la reconstrucción de su patrimonio o el movimiento de sus negocios...".

Aunque suprimidas esas definiciones de la ley vigente, el fallido que se negare a prestar la colaboración requerida por el juez o por el síndico, obligado como está a brindarla por el artículo 102, que no compareciera o que, compareciendo, no presentara los documentos que se le piden, conforme a los artículos 274 y 275, inciso 3º, actuaría de un modo que es indiciario de la conducta aquí estudiada.

ii) *El concepto de "cosa que correspondiera a la masa".*

Respecto a la noción de cosa, corresponde sólo remitirse a cuanto se ha dicho en el Capítulo II y en lo que concierne a los bienes correspondientes a la masa, a lo expresado en el punto anterior.

<sup>19</sup> Inclusive, la propia ley de concursos vigente da una pauta de tales bienes cuando los excluye del desapoderamiento al fallido, en su artículo 108: derechos no patrimoniales, bienes inembargables, usufructo de los bienes de los hijos menores, administración de los propios del cónyuge, indemnizaciones por daños a su persona y los excluidos por otras leyes.



### c) *Concesión de ventajas a acreedores.*

En su inciso 3°, el artículo 176 del Código Penal reprime la acción de “conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor”.

#### 1) **La acción.**

Está definida como el otorgamiento o dación de esas ventajas.

Se trata de un comportamiento posterior a la cesación de pagos que viola el férreo principio de igualdad entre todos los acreedores.

Importa la disminución de los bienes de la masa.

Esta conducta reconoce múltiples medios comisivos, los que resultan indiferentes, pues ora consiste en la simulación de un crédito privilegiado, disfrazando su verdadera calidad de quirografario, ora en un pago no documentado.

También la derogada ley de quiebras enumeraba entre los actos de quiebra fraudulenta el supuesto de “realizar pagos, dación en pago u otorgar prelación a algún acreedor después que haya conocido o debido conocer su cesación de pagos”.

La acción se consuma en el momento en que se otorga la ventaja, entendiéndose que el *momento consumativo no está señalado por el acuerdo con el acreedor beneficiario*<sup>20</sup> por cuanto ello es *promesa de concesión y no la efectiva concesión*.

El acuerdo entre ambos constituirá, sí, tentativa.

#### 2) **El concepto de ventajas indebidas.**

Estando calificadas las ventajas que el agente concede como indebidas, renace una vez más la necesidad de considerar estas partículas insertas en algunos tipos legales como excepcional descripción de la antijuridicidad de la conducta.

La ventaja, es decir, la mejoría o condición favorable que se concede a algún acreedor, ha de ser *indebida*, es decir, sin derecho que le asista.

La cláusula subraya el sentido antijurídico del especial conocimiento que el agente debe tener de que el destinatario de la ventaja no es uno de los acreedores que, conforme a las regulaciones del orden jurídico, deben gozar de prioridad en el tiempo o de mayor cuantía en el pago.

<sup>20</sup> Así lo entiende, en cambio, Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, § 125-II-3.



## CAPÍTULO XXXIII

### EL DELITO DE QUIEBRA CULPOSA

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 177 del Código Penal reprime “como quebrado culpable” al “comerciante que hubiere causado su propia quiebra” y perjudicado a sus acreedores por “sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta”.

Puede encontrarse el origen de este precepto en el Proyecto de 1906, a su vez, inspirador del de 1917, de donde pasó al Código anterior.

Se trata de una redacción inspirada en la legislación española, la que, siguiendo diferente sistema legislativo, pues concibe la descripción de estos delitos como leyes penales en blanco que se integran con las descripciones del Código de Comercio, reprime a título de quiebra culpable al “quebrado que fuere declarado en insolvencia por algunas de las causas comprendidas en el artículo 888 del Código de Comercio” (artículo 521 del Código Penal).

La ley comercial española establece en dicho precepto que habrá quiebra culpable en alguno de los siguientes casos: 1º) si los gastos domésticos y personales del quebrado hubieran sido excesivos y desproporcionados en relación a su haber líquido, atendidas las circunstancias de su rango y familia; 2º) si hubiere sufrido pérdidas de cualquier especie de juego, que excedan de los que por vía de recreo suele aventurar en esta clase de entretenimientos un cuidadoso padre de familia; 3º) si las pérdidas hubiesen sobrevenido a consecuencia de apuestas imprudentes y cuantiosas o de compras y ventas u otras operaciones que tuvieren por objeto dilatar la quiebra; 4º) si en los seis meses precedentes a la declaración de la quiebra hubiere vendi-

do a pérdida o por menos precio del corriente efectos comprados al fiado y que todavía estuviera debiendo; 5°) si constare que en el período transcurrido desde el último inventario hasta la declaración de quiebra hubo tiempo en que el quebrado debía, por obligaciones directas, doble cantidad de haber líquido del que resultara en el inventario.

## 2. La acción.

La estructura culposa de este tipo legal está definida por dos verbos: "causar su propia quiebra y perjudicar a sus acreedores por actos de negligencia o imprudencia manifiesta".

Dentro de la forma habitual de legislar los delitos culposos que observa nuestro ordenamiento jurídico-penal, este tipo presenta una particular: enumera actos torpes y concluye con una fórmula que refuerza la característica de tipo penal abierto común a todo tipo culposo, pues siempre debe integrarse con una norma que indique cuál es el concreto deber de cuidado del agente en el caso o en la actividad de que se trate.

Sabido es que dentro del sistema del Código argentino la inobservancia del deber de cuidado, que es esencia de los comportamientos culposos, no está ejemplificada en el tipo legal, casi siempre devoto de la fórmula "imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión, inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo", expresión que caracteriza al tipo penal abierto.

En el delito que estudiamos los actos están enumerados de un modo meramente ejemplificativo, pues la descripción típica culmina con estas palabras: "*o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta*", expresiones tan genéricas y amplias como las que se utilizan en la descripción de la estafa y de algunos otros tipos dolosos como un reconocimiento a la imposibilidad de atrapar en una lista todas las conductas que se incriminan.

El comportamiento consiste en observar los actos manifiestamente negligentes o imprudentes.

Para que sean típicos, éstos *deben haber sido la causa de la quiebra*, con lo que también la relación causal aparece explicitada en el tipo legal de un modo que es constante en los tipos culposos.

### 3. Elemento normativo del tipo legal.

#### *La declaración de quiebra.*

Lo que el agente provoca por observar los comportamientos manifiestamente imprudentes es su propia quiebra.

Esta declaración debe haber pasado en autoridad de cosa juzgada.

### 4. Los medios típicos. Elementos objetivos del tipo legal.

Dicho de otro modo, la razón determinante de la quiebra deben haber sido los gastos excesivos en relación al capital y al número de personas de su familia; las especulaciones ruinosas; el juego y abandono de sus necesidades.

Corresponde remitirse a cuanto dijimos en el apartado anterior sobre la estructura típica y sobre el hecho de que la enumeración de los actos es meramente enunciativa.

El deber de cuidado impone al comerciante la conducción de los gastos de un modo acorde con el desarrollo de la actividad mercantil, teniendo en cuenta que quien comercia crea obligaciones con terceros para quienes el patrimonio de su deudor es garantía de su futuro cumplimiento.

Debe evaluarse cada uno de los comportamientos mencionados en el tipo dentro del contexto general de la actividad y de las deudas del agente considerando sus posibilidades ciertas y probables para afrontar los deberes patrimoniales asumidos con los acreedores. De lo contrario, no existiría el nexo causal entre estos hechos y la declaración de quiebra, y con ello, la conducta sería atípica.

No debe perderse de vista que *no se reprime al quebrado que juega o que gasta excesivamente sino al jugador empedernido o al gastador manirroto que, por serlo, provoca su quiebra.*

En lo que respecta al aspecto subjetivo de la conducta culposa, debe evaluarse la conciencia del comerciante que actúa teniendo en cuenta las probabilidades ciertas de evolución de su giro, porque la culpa consiste *en la falta de previsión de lo previsible porque aquello que no pudo ser previsto está fuera de la culpa.*

En cuanto a los *gastos*, el tipo legal los califica como *excesivos* brindando una pauta para la aplicación de la calificante:

la relación con el capital y con el número de personas de su familia.

La palabra “gastos” comprende todos los expendios de dinero.

La referencia a los componentes de la familia constituye una expresión limitada a la familia *que esté a cargo del agente*.

Por *especulación* ha de entenderse toda operación llevada a cabo con ánimo lucrativo. La calificante de *ruinosa* debe ser interpretada a través de la pauta del tipo abierto que estamos analizando: la imprudencia o negligencia manifiesta porque, de lo contrario, la especulación concebida como medio para buscar recursos pero que ha fracasado en su objetivo, llevaría aparejada una sanción penal como castigo por su mero resultado.

Buenos ejemplos de la conducta incriminada son los actos descriptos por los incisos 9º y 10 del artículo 236 de la derogada ley de concursos: “utilizar medios ruinosos para procurarse recursos” y “realizar cuando se encuentre en cesación de pagos, compras o créditos por un monto que no guarde relación con exigencias de su giro”.

La idea de *ruina* es *torpeza*, que apunta a la *notoria falta de oportunidad y cierta probabilidad de fracaso que la especulación tenía al ser iniciada y no a un resultado sobreviniente*.

El *juego* a que se refiere el tipo legal es cualquier azar que suponga la apuesta, efectivamente practicada por el agente y que le ha demandado sumas que produjeron su bancarrota.

Por *abandono de negocios* ha de entenderse *su absoluta desatención; una actitud de despreocupación e indiferencia*.

## 5. El sujeto activo. Tipo legal especial.

Sólo un comerciante puede ser sujeto activo de este delito, correspondiendo remitirse a cuanto se dijo en el apartado 2 del capítulo anterior respecto a esta calidad.

## CAPÍTULO XXXIV

### CASO DE QUIEBRA DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL O PERSONA JURÍDICA

El artículo 178 del Código Penal prevé: “Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual”.

#### 1. Antecedentes del supuesto.

La primitiva redacción del Código preveía: “Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica que ejerza el comercio, todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o contador o tenedor de libros, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena del quebrado fraudulento o culpable, en su caso”.

Este texto estuvo vigente hasta el 27 de marzo de 1971, en que la ley 18.953 introdujo el que rige con los siguientes agregados: el caso de que “se hubiese abierto el procedimiento de

liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera”; entre las condiciones objetivas, el del director, administrador o gerente de estas entidades, en cuanto a los sujetos activos.

La ley 20.509 hizo restablecer la vigencia del texto anterior, al derogar las disposiciones de la ley 18.953 hasta que la número 21.338 consagró la descripción típica reproducida al comienzo.

Este precepto continuó vigente, por expresa disposición de la ley 23.077 en su artículo 2.

## 2. La acción. Extensión del concepto de autor.

Quienes revistan las calidades mencionadas en el precepto tendrán que haber “cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores”, es decir, a los denominados de quiebra fraudulenta o de quiebra culposa, “culpable” en la terminología legal.

Representa una derogación de los principios generales de la participación criminal, que prevén para el partícipe la misma pena del autor, sólo cuando su cooperación hubiera sido tal que sin ella el delito no hubiera podido cometerse —artículo 45 del Código Penal— y una pena disminuida cuando se coopera de cualquier otro modo (artículo 46).

En cambio, en el supuesto que estudiamos, cualquier cooperación merece la pena correspondiente al delito, que será calificado, según su encuadre, en los tipos legales descriptos por los artículos 176 y 177.

Sin embargo, al no existir un autor principal, pues el quebrado es una persona jurídica, resulta imprescindible esta previsión para marcar los límites de la responsabilidad penal.

Mas no puede perderse de vista que no se trata de responsabilidad formal objetiva, sino que los sujetos revestidos de las calidades expresamente mencionadas en el precepto, deben haber ejecutado *actos de efectiva cooperación* a los comportamientos descriptos en los tipos legales que fueron materia de estudio en los capítulos precedentes.

*No se trata de la responsabilidad penal de quienes dirigen la sociedad en quiebra, sino de quienes han cooperado a la declaración de quiebra observando las conductas en que consiste la quiebra fraudulenta o culposa.*



Corresponde, asimismo, señalar que una futura reforma deberá restringir el supuesto al caso en que la quiebra hubiera sido fraudulenta.

La extensión que hace la letra vigente a la culposa importa afirmar que puede existir complicidad dolosa en un delito culposo, lo que contraría elementales principios en que se basa la estructura de la culpa y de la participación criminal.

### 3. Los sujetos activos.

Como se indicó en el apartado precedente, se trata de directores, síndicos, administradores, miembros de comisión o junta fiscalizadora o de vigilancia, gerentes, contadores, tenedores de libros, miembros del consejo de administración o directivo.

Pueden distinguirse dos clases de sujetos activos: los que ejercen funciones de dirección o representación de la sociedad fallida o en proceso de liquidación, y quienes cumplen un quehacer de puro asesoramiento del ente.

Este último caso comprende a los contadores y tenedores de libros que, conforme a la Exposición de Motivos del Proyecto de 1917, suelen ser instrumentos de que se valen directores, administradores o gerentes <sup>1</sup>.

Esta extensión, que en el mencionado proyecto se reducía a los comportamientos dolosos, y en el texto actual *a todos*, ha sido criticada <sup>2</sup>.

Sin embargo, entendemos que es razonable que contadores y tenedores de libros sean alcanzados por la incriminación cuando efectivamente observan las conductas previstas, ya que la cooperación suele ser frecuente y resultaría injusta su omisión. Nuevamente, no es ocioso insistir en el aserto de *que no debe tratarse de una responsabilidad objetiva*, con lo que no sufre mengua principio general alguno.

<sup>1</sup> Exposición de Motivos, pág. 197, citado por Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, § 125, IV-2, pág. 186.

<sup>2</sup> Fontán Balestra, citado.



## **CAPÍTULO XXXV**

### **CASO DEL DEUDOR NO COMERCIANTE CONCURSADO CIVILMENTE**

El artículo 179 del Código Penal reprime en su primer párrafo al “deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido alguno de los actos mencionados en el artículo 176”.

#### **1. Antecedentes del supuesto.**

El Código anterior preveía esta extensión, en su artículo 200, a los casos en que el deudor negara maliciosamente la deuda, se alzara con los bienes o falseara ciertas declaraciones de bienes.

Mas la redacción actual reconoce su antecedente en el Proyecto de 1906.

#### **2. La acción. Remisión.**

Está estrictamente limitada a los actos de quiebra fraudulenta, por lo que corresponde una lisa y llana remisión a cuanto dijimos en el Capítulo XXXII sobre sus modalidades, momento consumativo y estructura general de la acción.

#### **3. Elemento subjetivo del tipo legal. Remisión.**

Corresponde también remitirse a cuanto dijimos en el Capítulo XXXII, 4, porque se trata del mismo elemento que obra como un verdadero límite que en su contenido subjetivo reconoce el tipo de la quiebra fraudulenta.

#### 4. El sujeto activo.

Debe tratarse del *“deudor no comerciante concursado civilmente”*.

La ley vigente de concursos fija en su artículo 2 el universo de los sujetos comprendidos en una posible declaración en concurso:

- Personas de existencia visible;
- Personas de existencia ideal de carácter privado;
- Sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, en cualquier porcentaje.

A su vez, cabría agregar el caso de los concursos declarados en el extranjero que constituyen causal para su apertura en nuestro país a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Artículo 4 de la ley 24.522.

## CAPÍTULO XXXVI

### EL DELITO DE INSOLVENCIA FRAUDULENTA

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 179 del Código Penal reprime en su segundo párrafo al que “durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyera su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles”.

Fue introducido en el ordenamiento penal por la ley 17.567 que, entre los antecedentes nacionales, cita a los Proyectos de Villegas, Ugarriza y García y al de 1891, así como también a varios códigos europeos y latinoamericanos.

Se trata de una conducta cuyo preciso deslinde con el incumplimiento de los deberes contractuales y con la debida lealtad procesal requiere las mayores precisiones, inquietud que tradujeron los autores del texto afirmando que asume verdaderos caracteres de fraude, pues consiste en disminuir maliciosamente o en hacer aparecer como disminuido un patrimonio, frustrando así el cumplimiento de una obligación demandada o en vías de ejecución, castigando al que no cumple queriendo aparentar que no puede hacerlo <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> De la Exposición de Motivos, citada por Soler en *Derecho... cit.*, reimpresión 1978, t. 4, § 122, XII, en nota 71, pág. 442.

## 2. La acción.

El verbo definitorio es “frustrar” mediante destrucción, inutilización, daño, ocultación o desaparición de bienes o disminución fraudulenta del valor de éstos.

Es decir, los medios por los que se lleva a cabo la frustración están explicitados en el propio tipo legal.

El agente priva de lo que esperaba al beneficiario de sus obligaciones civiles, pues malogra su cumplimiento y lo hace mediante:

*Destrucción*, es decir, ruina, asolamiento, pérdida grave y casi irreparable; *inutilización*, o sea, nulidad, merma del provecho, fruto o interés; *daño* o detrimento, perjuicio, menoscabo; *ocultamiento*, escondite, disfraz o encubrimiento; *desaparición*, o sea, ocultamiento de la vista.

El verbo que define el comportamiento, *frustrar*, es claramente indicativo de un efecto y el delito se consuma con el perjuicio representado por el incumplimiento de las obligaciones frente a las que el agente despliega los medios típicos.

Por lo tanto, quien empleara dichos medios pero pagara la obligación no cometería el delito; tampoco quien tuviera que cumplirla porque la diligencia del acreedor permite el pago con bienes diferentes de los que fueron objeto de su insolvencia.

Así, se lo consideró configurado en el caso en que la procesada vendió a su hija y a su yerno el único inmueble que poseía, no pudiendo ignorar —porque lo hizo mientras se sustanciaba un juicio por escrituración— que con la venta tornaba ilusoria la garantía de su acreedor para efectivizar el cobro de lo reclamado por vía judicial<sup>2</sup> o en el caso del titular de un inmueble cuya subasta pública ordenó un juez en lo Comercial y que tras ello lo vendió<sup>3</sup>.

En un esclarecedor fallo, nuestra Cámara del Crimen ha declarado que, según sea el criterio doctrinario que se adopte, el pago ulterior al acreedor puede adquirir o no relevancia desincriminante, situación que no se verifica cuando el crédito se mantiene impago.

<sup>2</sup> C.C.C., Sala VII, del 7/2/84, “Castillo de Vázquez”, en “D.J.”, 1985-1, pág. 222, n° 7.

<sup>3</sup> En el caso, la operación fue civilmente válida pues la actora del juicio en que se dispuso la subasta omitió reinscribir el embargo. C.C.C., Sala VII, “Piacente, Antonio H.”, del 16/5/85, en “L.L.”, 1985-C, pág. 444. Por error, en esta Colección se registra como un fallo de la Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional.

Por lo que la venta de los únicos bienes que integraban el patrimonio societario de una empresa demandada en juicio laboral, no puede entenderse como un acto de administración, sino de disposición de bienes.

Ello porque "acto de administración" es aquel que tiende a mantener en su integridad el patrimonio e, inclusive, aumenta por medio de una explotación normal los bienes que lo componen. En cambio, el "acto de disposición" *implica el egreso de bienes* y es, por lo tanto, *una modificación sustancial de la composición del patrimonio*.

Consecuentemente, estos últimos deben entenderse incluidos entre los medios comisivos del artículo 179 del Código Penal que reprime los actos de disposición patrimonial que tornan imposible en todo o en parte el cumplimiento de la sentencia condenatoria <sup>4</sup>.

Pero se entendió no cometido cuando fueron rechazadas judicialmente las pretensiones de levantamiento de embargo sin tercería de una demandada, manteniéndose firme una medida cautelar sobre bienes que aseguraban el cumplimiento de la sentencia condenatoria en sede laboral, al no verificarse disminución en el patrimonio de la deudora <sup>5</sup>.

También consecuencia de este criterio es que la prescripción empiece a computarse a partir de la condena firme generadora de las obligaciones civiles susceptibles de ser frustradas en su cumplimiento, pues será pasible de persecución a partir de ese momento aunque los propios actos de insolvencia hubieran sido previos al pronunciamiento judicial <sup>6</sup>.

Es un delito de "*resultado cortado*" en el que la esencia del tipo es la realización de una conducta con la finalidad de que, posteriormente, se produzcan otras consecuencias <sup>7</sup>.

<sup>4</sup> C.C.C., Sala I (Def.)—Rivarola, Tozzini, Donna—, c. 36.255, "Volcovich, Arnoldo", del 9/3/89, en la que se citó: Núñez, *Tratado*, tomo Actualización, pág. 45; Soler, *Derecho Penal argentino*, t. IV, pág. 445, 1970; Ravazzani, Jorge, "J.P.B.A.", año VI, n° 20, pág. 75; Hendler, Edmundo, *Doctrina Penal*, 1978, n° 1, pág. 778; Borda, Guillermo, *Manual*, 9ª ed., pág. 419; Llambías, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, t. II, pág. 324, 8ª ed. actualizada.

<sup>5</sup> Conf. C.C.C., Sala VII, "Genoud, Alejandro", del 21/9/93, en "D.J.", del 27/7/94.

<sup>6</sup> Conf. C.C.C., Sala IV, "Retondo, Francisco", del 9/9/93, en "D.J.", del 27/7/94.

<sup>7</sup> Conf. C.C.C., Sala III, "Mangini, Rubén H.", del 11/5/79.

El tiempo de la acción está limitado. Debe tener lugar "durante" el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria.

Si bien existe consenso respecto al hecho de que en el primer caso se toma como punto de partida la notificación de la demanda, en el segundo hay opiniones encontradas sobre la necesidad de que la acción judicial se hubiera ejercido a través de querrela o que, en cambio, debe tenerse en cuenta sólo la comisión del hecho que genera una acción pública.

Entendemos que como el dolo debe suponer el conocimiento de estos elementos típicos, *el agente deberá saber la existencia del proceso* pues el conocimiento que tenga de la comisión del hecho es la conciencia de su comportamiento antijurídico, que podría no haber dado lugar a la acción legal como, en la realidad, ocurre muchas veces.

A su vez, aquella noción ha de tener un contenido sustancial e intrínsecamente cierto pues si bien no ha de bastar la mera sospecha o presunción de que debía saber la existencia del reclamo judicial, y menos, el requerimiento de adoptar una especial diligencia para averiguarla, tampoco ha de tratarse de la notificación perfecta, generadora de efectos procesales<sup>8</sup>.

En el caso de la sentencia condenatoria, también debe tomarse en cuenta su efectiva notificación al agente de este delito que estudiamos, no siendo exigido que se trate de una sentencia firme, pues la sola existencia del proceso ya es condición bastante.

La coherente exigencia de que se trate de una condena descarta la posibilidad de que se cometa insolvencia fraudulenta habiendo mediado sentencia absolutoria o dictado de sobreseimiento en la causa en que se persiguió el delito generador de las obligaciones civiles de resarcimiento.

<sup>8</sup> En tal sentido, se ha declarado que los defectos formales en la notificación de una demanda no obstan a la configuración del delito porque dicha notificación resulta eficiente para acreditar el conocimiento de la acción y cumple la noticia requerida por el dolo.

C.C.C., Sala VII, "Donadío, Alberto C.", del 24/3/98, en "L.L.", Suplemento de Jurisprudencia Penal del 23 de abril de 1999.

En el mismo sentido, C.C.C., Sala VI, "Jaime, C. A.", del 20/4/89, en que se consideró que el encausado estaba impedido de sacar "maliciosamente" bienes de su patrimonio a partir del momento en que la defensa solicitó los autos en-préstamo para contestar la acusación y conoció la existencia de un proceso de carácter civil.



Distinta es la situación cuando los actos de frustración se llevan a cabo *mientras* estas decisiones que pusieron fin al proceso son objeto de recursos que no implican una tercera instancia, como el de casación o el extraordinario.

Entendemos que si tales recursos han sido concedidos por el tribunal ante el que se interpusieron, debe considerarse que el proceso continúa.

Si, en cambio, fueron rechazados y el recurrente está intentando abrir una queja ante la Alzada, aunque la posible revocatoria y continuación de la instancia es una posibilidad contemplada por la ley procesal, las resoluciones recurridas son ejecutables y no parece razonable que una persona que ha merecido una resolución desvinculante del proceso tenga el deber jurídico de no ejercer actos de disposición patrimonial antes de que se le notifique una eventual revocatoria del decisorio favorable.

### 3. Elementos subjetivos del tipo legal.

#### a) *La exigencia de que se obre "maliciosamente".*

No basta el dolo para satisfacer las exigencias del tipo subjetivo. Éste se integra con un elemento diferente que se le suma: la *malicia* del comportamiento; la dirección de éste encaminada hacia el perjuicio al acreedor titular de la obligación civil frustrada; el propósito de dañarle en los intereses patrimoniales que pusieron en juego al aceptar la obligación del deudor.

La conducta descrita por el tipo objetivo ejecutada con dolo, es decir, voluntad de llevarla a cabo con conocimiento de sus componentes pero sin este propósito particular, que originará la frustración total o parcial del cumplimiento de las obligaciones civiles, no constituiría el delito que estudiamos.

Así, se ha descartado el encuadre típico cuando no se acreditó que el hecho de la anotación preventiva de bienes en una sociedad anónima familiar fue hecho para eludir maliciosamente el cumplimiento de las obligaciones impuestas por una sentencia condenatoria<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Cámara en lo Criminal de Gualaguay, "Arribillaga, Mario César", del 19/2/77, en "J.A.", 1978-IV, reseña n° 26.

**b) *La exigencia de que se obre "fraudulentamente".***

Cuando se trata de la disminución del valor de los bienes, tampoco el dolo cubre las exigencias del tipo subjetivo y es menester que el agente obre "fraudulentamente", es decir, con un designio de causar perjuicio, a través de una maniobra habilidosa.

Bien se explica esta exigencia para apartar del encuadre típico al menoscabo que pueda inferirse en dichos valores, aun con conciencia frente a los deberes asumidos en el giro de las relaciones transaccionales, pero cuya responsabilidad se agota en las previsiones del derecho civil.

No se castiga al insolvente sino al que simula serlo.

**4. Elementos normativos del tipo legal.**

**a) *La noción de "bienes". Remisión.***

Los objetos sobre los que recae el despliegue de los medios típicos son "bienes", correspondiendo remitirse a cuanto dijimos en el Capítulo XVIII, 5, c, respecto a ese concepto.

Se ha declarado que, aunque se entienda este concepto con mayor amplitud que el de "cosas", no puede aceptarse comprendida la renuncia a un empleo, por más que de ella deriva la privación del correspondiente salario.

El patrimonio está integrado por bienes, cuyo valor individual, junto con el de las deudas, determina el de aquél como conjunto, y la acción típica tanto puede recaer sobre los bienes, en cuanto elementos integrantes positivos, a través de los medios típicos enumerados, como sobre las deudas, incrementando su número o su monto porque, de esta manera, se disminuye el valor de dicho conjunto.

En este último supuesto, no debe perderse de vista la función limitadora del elemento subjetivo, que es la actuación fraudulenta, porque, de lo contrario, se llegaría al absurdo de configurarse el delito por el hecho de haberse contraído deudas <sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Caso "Mangini", citado.

**b) La noción de obligaciones civiles.**

La conducta típica ha de frustrar el cumplimiento de las "obligaciones civiles".

Los derechos personales nacidos en las relaciones civiles son la materia del Libro Segundo del Código Civil donde las obligaciones son clasificadas según su naturaleza y origen, aunque no definidas por convicción de Vélez Sarsfield, explicitada en la nota al artículo 495, con cita de Freitas, por entender que las definiciones son impropias de un código de leyes.

Sin embargo, el artículo 515 distingue entre obligaciones civiles o meramente naturales estableciendo que las primeras *son las que dan derecho a exigir su cumplimiento*, lo que constituye un verdadero concepto, ciertamente emparentado con el bien jurídico tutelado en el título.

Y corroboran tanto la noción como los supuestos de las llamadas "obligaciones naturales" que son, conforme al codificador, aquellas que, fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas.

Son las que principian por ser obligaciones civiles, y que se hallan extinguidas por la prescripción; las que proceden de actos jurídicos a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba, o cuando el pleito se ha perdido; las que se derivan de una convención que reúne las condiciones generales requeridas en materia de contratos pero a las cuales la ley, por razones de utilidad social, les ha denegado toda acción.

En cambio, deben incluirse entre las obligaciones cuya maliciosa frustración es la insolvencia fraudulenta, las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales, constituidas por terceros para seguridad de las obligaciones naturales, pues, conforme al artículo 518 del Código Civil, puede pedirse su cumplimiento.

La precisión de estos conceptos reviste importancia para establecer la naturaleza del proceso al que se refiere la descripción del tipo objetivo.

Siendo estas obligaciones civiles el objeto de la conducta incriminada, la acción judicial ha de ser un reclamo también

civil, entendiendo por tal aquellas acciones cuya culminación sea la condena al cumplimiento de aquéllas<sup>11</sup>.

Las leyes procesales establecen los recaudos y límites temporales en que un damnificado puede instaurar la acción civil en el proceso penal.

Por lo tanto, mientras no es ejercida en ese ámbito ni fuera de él, la disminución patrimonial no puede ser incriminada como la conducta que este delito describe, por el mero hecho de que exista una causa penal, ya que ésta tiene, en sí misma, un objeto diferente, que es la aplicación de las sanciones de esa índole, no civiles, a menos que las acciones de tal especie sean expresamente ejecutadas.

<sup>11</sup> La Sala IV de la Cámara del Crimen ha establecido que no se configura el delito si la presunta actividad ilícita se habría llevado a cabo luego de iniciado un proceso penal desprovisto de reclamo civil incorporado o aledaño, por lo que el proceso debe ser de aquellos susceptibles de culminar con un pronunciamiento reconocitivo de esas obligaciones.

“Vega, Stella Maris”, del 31/7/91, y “Bolognesi, Gustavo H.”, del 15/8/91.

## CAPÍTULO XXXVII

### CASO DEL ACREEDOR EN CONNIVENCIA DOLOSA

El artículo 180 del Código Penal prevé la conducta del “acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción”, así como también la de “todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima, o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género”.

#### 1. Antecedentes del supuesto.

No estaba previsto en el Código anterior, sino que fue introducido por el Proyecto de 1891, recogido por el de 1906, del que pasó al Código de 1922.

#### 2. La acción.

Consiste en “consentir en un concordato, convenio o transacción judicial por la que se estipulan ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción”.

Este comportamiento quebranta el principio de igualdad de todos los acreedores para recibir la moneda de quiebra, mediante la concesión de ventajas especiales.

El comportamiento que se define con el verbo “consentir” consiste en votar por sí o por otro o en proponer que se vote el acuerdo, fundado en la connivencia del deudor.

La connivencia a que se refiere el precepto señala el momento consumativo del delito. Se traduce en los actos sometidos al régimen de las mayorías legales: el voto es su expresión y la consumación del delito se alcanza con éste. Ni se retrotrae al momento en que se hubieran convenido las ventajas ni se posterga al de su efectiva concesión. Por lo tanto, resulta intrascendente la homologación del acuerdo.

### 3. Elemento objetivo del tipo legal.

#### *La noción de ventajas especiales.*

El objeto de la estipulación espuria es el otorgamiento de “ventajas especiales”, las que pueden consistir en la promesa de un pago mejor que a los demás acreedores, sea en el monto, como en el plazo y con bienes que no pertenezcan a la masa, pues en el caso de utilizar éstos para la convención trataríase de la conducta prevista por el inciso 3° del artículo 176 del Código Penal —ver Capítulo XXXII, 5, c— de la que el acreedor sería partícipe.

### 4. Los sujetos activos.

Pueden serlo, por una parte, el *acreedor*, como también el *deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes.*

## CAPÍTULO XXXVIII

### EL DELITO DE USURPACIÓN PROPIA O DESPOJO

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 181 del Código Penal describe en su inciso 1° la conducta de quien *“por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojar a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes”*.

El estudio de los antecedentes nacionales demuestra paulatinas reformas en la redacción del texto. Así, el Proyecto Tejedor distinguía entre los medios empleados por el agente, reprimiendo más severamente el uso de la violencia que el del fraude o la astucia, criterio mantenido por el Código anterior pero descartado por el de 1921.

En efecto, el texto original del Código reconocía sólo como medios comisivos a la violencia, amenazas, engaños y abusos de confianza; no preveía que el despojo pudiera ser parcial; enumeraba los derechos reales que podían ser su objeto: uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, y no distinguía entre las modalidades de perpetración.

Fue derogado por el de la ley 17.567 que tenía la misma redacción del que está vigente.

La Exposición de Motivos sólo afirma que se incluyeron como medios las amenazas y la clandestinidad <sup>1</sup>.

Sin embargo, más allá de la confesada inclusión, el nuevo tipo legal representó una fórmula comprensiva, en cuanto a los

<sup>1</sup> “ADLA”, XXVII-C, 2894.

derechos reales quebrantados por el quehacer del agente, y más estricta en lo que se refiere a las modalidades de la acción.

Estuvo vigente hasta la derogación de la ley 17.567 por la 20.509 y fue restablecido con la misma letra por la ley 21.338, perdiendo vigor con la derogación de ésta por la ley 23.077 que restableció, así, la letra del Código de 1921.

Ese tipo legal que volvió a regir desde 1983 hasta enero de 1996 resultaba muy restrictivo permitiendo que se considerasen penalmente inocuas enorme cantidad de conductas que por la gravedad de su lesión al bien jurídico merecían, por el contrario, ser trascendentes para la protección del magisterio penal.

La ley 24.454 —que como comprensiva de dispares materias ha sido objeto de sobradas críticas— consagró en su artículo 2 la redacción actual del artículo 181 del Código que, conforme a dicha reforma, es la exacta reproducción del texto de la ley 17.567 y de su sucesora, la ley 21.338.

Este inteligente retorno a leyes que se extinguieron por imperio de derogaciones tan generales e irreflexivas en su origen como dañinas en su consecuencia al cuerpo social al que están destinadas, ha perimido una serie de interpretaciones jurisprudenciales correspondientes al anterior precepto.

El proyecto de ley aprobado por la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados expone en estos términos una finalidad tan indiscutible como aflorada durante los años de vigencia de la ley 23.077 respecto a este delito:

*“...trata de restituir (el texto que proponen) a su correcta normativa legal el tipo del delito de usurpación tal como se encontraba legislado por la ley 17.567. En cambio, tal como se encuentra tipificado actualmente, conduce a una verdadera injusticia al facilitar que quienes incurrir en este delito, puedan en la gran mayoría de los casos eludir la acción de la justicia”.*

Efectivamente, resultaban atípicas diversas formas de agresión a los intereses jurídicos protegidos, que eran causantes de despojo, creando el desconcierto de una inseguridad que la ley penal está destinada a impedir.

## 2. La acción.

La acción típica se define como “despojar”.  
*Despojar* es privar, quitar.



El acto de despojo es de los que entrañan una actividad y un resultado que consiste en la privación de lo que se tenía: posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real.

El delito se perfecciona cuando se produce esa privación.

A su vez, el despojo es resultado de un comportamiento que puede revestir tres modalidades diferentes: la invasión al inmueble; el mantenimiento en él o la expulsión de sus ocupantes.

El núcleo típico, es decir, el verbo definitorio de la conducta, que es *despojar*, reconoce tres complementos pues *se despoja invadiendo* el inmueble; *se despoja manteniéndose* en el inmueble, o *se despoja expulsando* a los ocupantes.

Ello permite distinguir tres núcleos dotados de autonomía a fin de establecer el momento consumativo.

El carácter de delito instantáneo de la usurpación por despojo ha sido consagrado por la doctrina y por la jurisprudencia.

Empero, entendemos que merece revisión.

Los autores nacionales afirman —en algún caso, como Soler, con cita de muy antigua jurisprudencia<sup>2</sup>— que el estado de desposesión no puede considerarse acto consumativo sino efecto de la consumación, guardando así este tipo legal paralelismo con el del hurto.

Sobre la base de tal razonamiento, nuestros tribunales han entendido que el delito se perfecciona cuando se produce el despojo como consecuencia del despliegue de los medios para cometerlo<sup>3</sup>.

Ciertamente, la de despojar es una acción que comprende el resultado y por ello *el delito se consuma cuando ese resultado se produce*.

Sin embargo, esta realidad, que tantas dificultades acarrea al intérprete cuando necesita precisarla en muchos casos concretos, no resulta suficiente criterio para sostener que se trate de un delito instantáneo. Así, no debe olvidarse que la acción de privar de la libertad también abarca el resultado, y no podría admitirse, empero, que es un delito instantáneo.

<sup>2</sup> Ob. cit., t. 4, § 123, pág. 456, que se apoya en la cita de C.C.C., *in re* "Fernández, A.", del 21/4/33.

<sup>3</sup> S.C.B.A., del 11/7/91, en "L.L.", 1991-D-392; C.N.C.C., Sala I, del 27/5/93, en "L.L.", 1994-D-169; CNCas. Penal, Sala I, c. 88, "Hernández s/rec. casac.", del 16/5/94, en "J.P.B.A.", 94-237.

Lo que verdaderamente debemos preguntarnos es si *ese momento consumativo* —aquel en que el autor alcanza el resultado— es susceptible o no de prolongarse en el tiempo.

Para contestar deberemos atender a los requerimientos de cada tipo objetivo integrados con su aspecto subjetivo, es decir, con el dolo.

Si en el caso de la usurpación por despojo, y como antes afirmamos, atento a las tres modalidades comisivas expresadas en verbos complementarios del núcleo, pueden distinguirse otras tantas conductas típicas, definidas como *despojar invadiendo* el inmueble, *despojar manteniéndose en él* y *despojar expulsando* a los ocupantes, ha de analizarse cada una en función de aquel interrogante.

Cuando el agente *invade el inmueble o expulsa a sus ocupantes*, el momento consumativo del despojo no se prolonga en el tiempo. En estos casos *es un delito instantáneo de efectos permanentes*.

En cambio, *no debe darse la misma respuesta cuando el autor despoja manteniéndose en el inmueble*. El comportamiento típico supone, por el propio significado del verbo mantener, la prosecución voluntaria en lo que se está ejecutando, la perseveración, sin hacer variar el estado o la situación.

Entendemos que, en este supuesto, *es un delito permanente que continúa cometiéndose mientras dura la ocupación*.

Teniendo en cuenta las consecuencias que estas categorías tienen a los fines de establecer cuándo prescribe la acción penal —según el artículo 63 del Código— deberá considerarse que su curso corre *desde la medianoche del día en que el agente despojó del inmueble por efectuarse la invasión o la expulsión, o desde la medianoche del día en que lo abandonó cuando lo había despojado por mantenerse en él*.

Dado que el despojo —resultado de la conducta— constituye una transformación del mundo exterior, que es la pérdida de la posesión, de la tenencia o del derecho real sobre el inmueble, se trata de un delito material, susceptible, por lo tanto, de tentativa<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Así lo decidió la Sala III de la C.N.C.C. en el caso de quien, apenas ingresó violentando la cadena que aseguraba las puertas de entrada del inmueble, fue detenido por personal policial (c. 25.721, "Giambuzzi, Jorge", del 3/10/89).

### 3. Elementos normativos del tipo legal.

#### a) *El concepto de posesión.*

Está definido por el Código Civil en el artículo 2351 en estos términos: “habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”, definición que, como expresa el codificador en la nota, se afilia en la noción de las *Partidas*: “posesión es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo o del entendimiento”.

No menos comprensivas de ese cabal significado son estas palabras: “...mirada la posesión en sus relaciones con el derecho de propiedad, la posesión se manifiesta como el ejercicio de los poderes comprendidos en ese derecho...”.

Prolijamente regulados están en la ley civil los modos de adquirir la posesión —Capítulo I del Título I, Libro III, “De la adquisición de la posesión”— y, por lo tanto, cabe preguntarse si, en el supuesto de que esos modos de adquirirla no hubieran sido observados, puede constituir el elemento normativo que estudiamos.

Así, habiéndose vulnerado la regla del artículo 2379: “la posesión de los inmuebles sólo puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales del que entrega la cosa con asentimiento del que la recibe; o por actos materiales del que la recibe con asentimiento del que la entrega”, es menester establecer si puede cometerse el delito que estudiamos.

En algunos supuestos estaría en presencia de una mera tenencia, como se señalará en apartado siguiente, pero en otros casos, como en el de aquel que habiendo recibido el inmueble en los términos del artículo 2379 del Código Civil permaneció en él, después de terminado el período por el que lícitamente podía hacerlo, cometiendo, a su vez, la conducta típica que se estudia, renace la duda de que se esté ante la posesión a que se refiere este precepto.

#### b) *El concepto de tenencia.*

También la tenencia está definida por la ley civil.

El artículo 2352 establece: “El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor

de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho”.

Y el artículo 2460: “La simple tenencia de la cosa por voluntad del poseedor, o del simple tenedor, sólo se adquiere por la tradición, bastando la entrega de la cosa sin necesidad de formalidad alguna”.

También será tenedor, en los términos del artículo 2461, el que “se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otro”, situación en la que quedan comprendidos, conforme al artículo 2462: “1° los que poseyeren en nombre de otro, aunque con derecho personal a tener la cosa, como el locatario, o comodatario; 2° los que poseyeren a nombre de otro sin derecho a tener la cosa, como el depositario, el mandatario o cualquier representante; 3° el que transmitió la propiedad de la cosa, y se constituyó poseedor a nombre del adquirente; 4° el que continuó en poseer la cosa después de haber cesado el derecho de poseerla, como el usufructuario, acabado el usufructo, o el acreedor anticresista; 5° el que continúa en poseer la cosa después de la sentencia que anulase su título, o que le negase el derecho de poseerla; 6° el que continuase en poseer la cosa después de reconocer que la posesión o el derecho de poseerla pertenece a otro”.

Al incriminar, pues, el despojo de la tenencia, la ley penal tutela una verdadera situación de hecho, resultando indiferente la legitimidad de los títulos por los que se ejerce.

Así, se ha declarado que no se ampara el derecho sino sustancialmente “el hecho de la tenencia” aunque ésta no emerja de un derecho<sup>5</sup>.

La vinculación con un inmueble nacida de ciertas relaciones jurídicas ha dado lugar a doctrinas jurisprudenciales pacíficas.

Es el caso del encargado de casa de renta que se niega a abandonar la habitación cedida en virtud del contrato de trabajo, una vez resuelto éste, que, por haber generado interpretaciones dispares, mereció, hace más de treinta años, la convocatoria a plenario.

La Cámara del Crimen de la Capital *en pleno* declaró que esa resolución hace concluir para el ex empleado todo derecho a

<sup>5</sup> C.N.C.C., Sala III, “Furst Zapiola, G.”, del 14/9/79, en “BCNCyC”, 1980-III-56.

permanecer en la casa, precariamente cedida por esa causa y sin que exista derecho de retención, por lo que su negativa a abandonarla configura el delito de usurpación<sup>6</sup>.

El voto rector del doctor Raúl Munilla Lacasa se fundamentó en que se trata de un caso de "servidores de la posesión", y la circunstancia de que se le brinde habitación u otras dependencias en el inmueble para el mejor cumplimiento de sus tareas, constituye sólo una concesión accesoria del contrato principal relativo al trabajo convenido, no habiendo, consecuentemente, poder autónomo sobre el ámbito que se les consagra con aquel objeto, y disuelta la relación laboral concluye en forma simultánea la ocupación precaria permitida durante su vigencia.

En el aspecto sustancial del razonamiento, el voto dice:

"Carecen de todo derecho personal sobre la cosa y, disuelta la relación laboral, simultáneamente concluye la precaria ocupación que durante su vigencia les fuera permitida.

"De modo, entonces, que si en situación tal se niegan a abandonar el inmueble, intervienen el título que los autorizaba a estar en la casa, ya que pretenderían ejercer un derecho personal de que carecieren en todo momento.

*"Estar en la casa no es estar en la tenencia y el precario contacto material con la misma en virtud del trabajo, no trasunta, ni mucho menos, un poder efectivo, un señorío de hecho y por abuso de confianza intervierte ese título quien, disuelta la relación laboral, pretende transformar por sí y ante sí una «no tenencia» en «tenencia»..."*

(Las *bastardillas* son mías).

Ese voto, en que se basa la doctrina del plenario, marca con elocuencia el claro límite entre la tenencia de un inmueble y el mero contacto con él, que debe servir como criterio para todas aquellas situaciones en las que quien vive o está en aquél, carece de una relación autónoma.

Así unificada la jurisprudencia en el caso "Contarino", se han resuelto frecuentes situaciones en que el dependiente invoca error alegando haber entendido que la permanencia más allá del distracto era una actitud idónea para obtener la revisión de

<sup>6</sup> Plenario "Contarino", en "L.L.", 115-555, citado recientemente por la C.C.C., Sala V, "Altamirano, M. A.", del 14/10/97, en "J.P.B.A.", 102-79, con citas de casos de las Salas I y VII, y por la Sala VI, "Dieser, J.", del 26/5/98, en "J.P.B.A.", 107-47.

la medida, o que le asistía un derecho de retención cuando ciertas prestaciones le eran debidas en virtud del pasado vínculo laboral.

Los principios generales de la teoría del delito deben resolver estas situaciones donde la alegación del error debe considerarse en un posible encuadre en la categoría de los errores de tipo o de los errores de prohibición.

En efecto, si el autor creyó que era titular de la tenencia o que estaba ejerciendo un derecho de retención, lo que invoca es un error de prohibición, directo o indirecto, pues el falso conocimiento habrá recaído, respectivamente, sobre la norma prohibitiva o sobre un permiso para actuar.

Dado que el error de prohibición puede llegar a suprimir la culpabilidad por cuanto destruye uno de sus componentes, que es la posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad del comportamiento, habrá que preguntarse si reúne las características que debe tener para alcanzar ese efecto.

Y esa característica es la de ser invencible, es decir, imposible de superar usando la debida diligencia<sup>7</sup>.

El caso del pasajero del hotel constituye otro supuesto en que, con origen en muy diversa relación jurídica, el contacto de una persona con un inmueble no constituye tenencia.

Nuestros tribunales han declarado que en el contrato de hospedaje *falta la voluntad de tener el inmueble* pues el pasajero tiene un interés distinto: quiere que el hotelero satisfaga sus necesidades de sueño, alimentación y limpieza<sup>8</sup>.

Efectivamente, el contrato de hospedaje es innominado y aunque con algunas características comunes a la locación de cosas y de servicios, tiene como objeto la obligación que contrae el posadero de prestar al huésped los servicios de alojamiento y morada a cambio de una suma de dinero periódicamente exigible, sin transmitirle la tenencia de la habitación, que se reserva

<sup>7</sup> Así, se lo excluyó en causa 24.914, "Balent, A.", del 16/5/89, en que la Sala III de la Cámara del Crimen evaluó el oficio, la posible entidad penal de la conducta y las circunstancias de tiempo, pues transcurrió casi un año entre el despido y el desahucio. En el mismo sentido, C.N.C.C., Sala II, causa 36.047, "Kerekes", del 19/9/89, en "E.D.", 139-344; C.N.C.C., Sala IV, causa 39.299, "Gentile, Horacio", del 4/4/91; C.N.C.C., Sala V, causa "Martínez, Sócrates A.", del 28/4/94, en "D.J.", del 22/11/95, entre otros.

<sup>8</sup> En ese sentido, C.N.C.C., Sala VI, "Páez, Osvaldo", del 26/5/86, en "D.J.", 1987-2-192.

en su totalidad. Consecuentemente, la cesación inmediata del hospedaje por falta de pago es atípica.

Nuestra Cámara del Crimen ha dicho que es legítima<sup>9</sup>.

Un fallo de la Cámara Nacional de Casación analizó extensamente el supuesto de un comodatario a quien el comodante impidió el ingreso al inmueble cedido<sup>10</sup>.

Se trataba, en el caso, de un asesor de seguros que estaba instalado de su propio peculio, con empleados, teléfonos a su nombre, material propio y de terceros, en las oficinas que le había cedido, unos treinta años atrás, una compañía de la que colocaba seguros en su gran mayoría.

La relación que vinculaba a las partes era la de un comodato sin término, que otorga al comodatario el carácter de tenedor interesado y titular del derecho personal a tener la cosa y a usarla.

En su extensa remisión a la ley civil, el Tribunal afirmó que nuestro Código de la materia habilita para emplear la acción de despojo —cuyo objeto se limita a restablecer la situación anterior— tanto a los poseedores como a los simples detentadores, lo que permite inferir que la ley ampara al *corpus* con abstracción de otros requisitos y, por lo tanto, si el tenedor se niega a restituir el inmueble, no por ello es lícito que el dueño lo ocupe con violencia, ya que podría verse repelido por la acción de despojo o por la defensa extrajudicial del artículo 2470 del Código Civil, pudiendo, en cambio, promover y triunfar en la acción posesoria.

Para ser tenedor de un inmueble, dijo este alto Tribunal, debe detentárselo a título propio y autónomo; tal es el caso del locatario o comodatario quienes, sin título para la tenencia, ejercen sobre él actos de dominio, pero reconociendo que el inmueble pertenece a otro.

*Ellos están amparados contra cualquier acto de fuerza, engaño o abuso de confianza aun de aquellos que otorgaron esa tenencia, quienes, para recuperarla, no tienen otro camino que el de demandar al tenedor.*

<sup>9</sup> C.N.C.C., Sala I, "Espinosa, Luis A. y otro", causa 39.512, del 23/10/91.

<sup>10</sup> Con diversas citas innecesarias de la doctrina civil en el voto de la jueza Capolupo de Durañona y Vedia, pero con ponderada precisión en el de Rodríguez Basavilbaso. "Kerekes", causa 36.047, del 19/9/89, en "E.D.", 139-344; C.N.C.C., Sala IV, causa 39.299, "Gentile, Horacio", del 4/4/91; C.N.C.C., Sala V, causa "Martínez, Sócrates A.", del 28/4/94, en "D.J.", del 22/11/95, entre otros.

Toda cesión de inmueble que el propietario pueda efectuar a terceros, por precaria que sea, no priva al destinatario de la tenencia que, a partir de ese momento, ejercerá a nombre de quien se la otorgó.

Estas situaciones, configurantes de una amplia gama de casos, *no han de confundirse con las meras relaciones de cortesía* en que se debaten los supuestos de las invitaciones que comprenden desde las breves visitas para reuniones sociales hasta las estadias más prolongadas del fin de semana o del período de vacaciones.

En estos casos, *sólo* existe una relación de *mero contacto físico* entre el huésped y el inmueble del anfitrión, quien no ha transformado una actitud cortés, que se agota en el terreno de los cumplidos sociales, en voluntad de préstamo.

### *c) La efectiva ocupación del inmueble.*

El hecho de que el sujeto pasivo del delito, es decir, el poseedor, tenedor o titular del derecho real constituido sobre el inmueble, deba ocuparlo efectivamente en el momento en que se perfecciona el despojo, para que éste sea típico, constituye una cuestión esbozada en la doctrina nacional pero que en los últimos tiempos ha alcanzado dimensiones alarmantes en la interpretación judicial, habida cuenta de las discrepancias manifestadas.

Núñez señalaba que el uso y goce material del inmueble exige la ocupación total o parcial, pero aclarando:

“...aunque no es necesario el contacto físico permanente entre él y la persona...”<sup>11</sup>

A su vez, el autor destaca que *tampoco la ocupación por sí es suficiente*, pues debe efectuarse a título propio y autónomo, descartando en su enumeración, apoyada siempre en citas jurisprudenciales, a los que lo hacen en nombre de otro sin derecho a tener la cosa, como depositarios, mandatarios o representantes, entre los que están los servidores de la posesión: empleados, dependientes, cuidadores o domésticos<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Ob. cit., t. V, Parte Especial, pág. 479, con cita de casos de 1950 y 1964, aclarando en nota la posición contraria de Gómez, quien se apoyó en un caso del año 1931.

<sup>12</sup> Ob. cit., t. V, Parte Especial, págs. 480/82.



En anterior edición de esta obra mencionamos como minoritaria doctrina seguida por algunas Salas de nuestra Cámara del Crimen, el criterio sustentado por el doctor Tozzini en causa "Ponce, M. G." que entendía que el tipo legal protege el dominio y señorío de hecho, la posesión o tenencia material y no, en cambio, el nudo derecho de propiedad, por lo que el propietario de un inmueble desocupado y permanentemente vacío y cerrado no puede ser sujeto pasivo del delito de usurpación, por demostrar que no tiene el dominio de hecho sobre aquél<sup>13</sup>.

El doctor Tozzini ha seguido expresando ese criterio en el voto disidente de resoluciones y sentencias que sustentaron la postura contraria<sup>14</sup>.

Sin embargo, lejos de ser una expresión aislada, este razonamiento ha encontrado en los últimos años eco en otras decisiones.

La Sala II de la Cámara del Crimen partió de una particular interpretación del verbo *despojar* que, según el entendimiento del Tribunal, supone *privar a otro de algo que goza al momento en que la acción se verifica, y no cuando sólo se le impide entrar o reintegrarse en el goce de algo, aunque el impedimento sea injusto*<sup>15</sup>.

La exigencia es, pues, el *goce* de los derechos reales y *no su titularidad*.

No sorprenden ya las resoluciones que consagran la intrascendencia penal de la acción de ingresar a un inmueble ajeno vacío, con unos pocos muebles o deshabitado en ese momento<sup>16</sup>.

Pero frente a esta línea argumental está el criterio que entendemos correcto, el que sustenta que: El hecho de que el

<sup>13</sup> "D.J.", 1987-2-553, citado en la segunda edición de esta obra, pág. 493.

<sup>14</sup> C.N.C.C., Sala I, causa 35.561, "Bertrín Bolbarán", del 20/9/89, en que se trataba de una finca que estaba desocupada en venta mucho tiempo antes del hecho. Amplió sus argumentos diciendo que no puede ser sujeto pasivo de este delito quien no tiene el *ejercicio actual y efectivo de los derechos reales enumerados* y que el bien jurídico no es el nudo derecho de propiedad con remedios naturales en el ámbito civil, *sino una tenencia o posesión de hecho pues sólo se puede despojar a quien posee real, actual y efectivamente el inmueble*. En causa "Carbajal, Bernardo" de la misma Sala, del 15/10/93, sostuvo, con el mismo argumento, que el nudo derecho de propiedad está protegido por la legislación civil y no por la penal, que es de excepción ("D.J.", del 26/10/94).

<sup>15</sup> C.N.C.C., Sala II, causa 37.249, "Yemma, Daniel", del 16/5/90.

<sup>16</sup> C.N.C.C., Sala I, causa "Selser, Simón", del 5/11/93, en "D.J.", del 26/10/94; C.C., Sala II, causa "S. Rosa", del 3/7/96, en "J.P.B.A.", 94-167.

inmueble se encuentre desocupado no evidencia un abandono o desinterés en el bien, por lo que su ocupación mediante fuerza configura usurpación<sup>17</sup>.

El propietario de un inmueble desocupado no pierde su condición de poseedor pues aquélla continúa y se conserva con su sola voluntad inequívocamente expuesta en tal sentido mientras no exponga una en contrario, siendo inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a su destino<sup>18</sup>.

La ley penal tutela el poder que cualquiera pueda ejercer con su propiedad por lo que puede ser sujeto pasivo de usurpación quien tenga desocupado su inmueble<sup>19</sup>.

Es suficiente con que la víctima mantenga la posesión al momento del hecho, independientemente de su derecho o no a ella, sin requerirse que allí viva o que esté presente, pues se protege la posesión como parte de un dominio no perdido desde su adquisición, distinguiéndose el ejercicio de la posesión del derecho a ésta, que no estaría amparado por la norma que sustenta el tipo del artículo 181<sup>20</sup>.

Consideramos equivocada la corriente interpretativa que exige la ocupación del inmueble, objeto material de este tipo, como requisito del derecho real que tutela penalmente.

Y entendemos que para un esclarecimiento definitivo de esta cuestión deben tomarse en cuenta algunos conceptos dispersos y distorsionados.

En efecto, no está protegido a través del ordenamiento penal el derecho a la propiedad de los inmuebles, sino otros derechos que tienen a estos bienes como su objeto, y que a veces son consecuencia de la propiedad pero otras no, pues resultan de relaciones jurídicas diferentes de aquélla.

Establecido ello, cabe preguntarse si tales derechos —posesión, tenencia o derechos reales constituidos sobre el inmue-

<sup>17</sup> C.N.C.C., Sala V, causa 23.991, "Castro, A.", del 24/8/89.

<sup>18</sup> C.N.C.C., Sala I, "Bertrin Bolbarán", ya citado.

<sup>19</sup> C.N.C.C., Sala VII, causa 13.985, "Horosco, Mónica", del 30/8/90.

<sup>20</sup> C.N.C.C., Sala I, "Carbajal, Bernardo", ya citado, en el que la mayoría de la Sala destacó que la fuente del artículo 181 del Código Penal es el Proyecto de 1906, que ponderaba el hecho de que instalarse en una casa desocupada como si fuera propia mediante violencia, engaño o abuso de confianza priva a uno de los atributos de la propiedad siendo por ello, y por la audacia del acto, que es merecedor de una pena. Conf. C.C.C., Sala V, "Romero, D. A.", del 18/7/97, en "J.P.B.A.", 105-77.

ble— están protegidos a través del artículo 181, inciso 1°, del Código Penal, en su titularidad o en su ejercicio.

La respuesta no nos merece dudas: la norma sustentadora del tipo prohíbe el despojo efectuado mediante violencia, engaño, abuso de confianza o clandestinidad. Conducta y modalidad semejantes *sólo pueden aplicarse al ejercicio de un derecho*, que tiene lugar en el mundo físico, no a su titularidad que se debate en el terreno jurídico.

Por lo que hasta aquí pareciera que debemos coincidir con el razonamiento sustentado, precisamente, por la postura que duramente criticamos.

Sin embargo, el error de quienes la sostienen comienza a partir de este momento.

Porque *el ejercicio* de la posesión, de la tenencia o del derecho real *no es el contacto físico permanente o actual con el inmueble mediante la ocupación o la habitación.*

Esta realidad es contingente y accesoria, consecuencia de que el derecho es ejercido. Precisamente, *porque se lo ejerce*, es que el poseedor, el tenedor o el titular del derecho real *ocupa* el inmueble *cuando* le da la gana de hacerlo.

*La desocupación constituye, pues, la expresión del ejercicio de ese derecho y el despojo le priva de tal ejercicio.*

Quien *ejerce* los mentados derechos sobre el inmueble no tiene el deber jurídico de dar un presente en su ámbito para que el usurpador se abstenga de actuar.

En otras palabras, *tanto la ocupación como la desocupación constituyen formas del ejercicio del derecho y del señorío de hecho sobre la cosa.*

La desprotección penal de un inmueble que se destine al fin de semana, a vacaciones estacionales, a la residencia acotada a períodos de visita al país, a la mera inversión que se realizará en el momento que se considere oportuno, a la futura reforma para venta o locación, o que se deje desocupado sin otra razón que el arbitrio de quien ejerce los derechos enumerados en el tipo legal, resulta violatoria de un principio de coherencia.

Agrega indebidamente un requisito típico restringiendo el ámbito de la protección penal con un argumento que hasta contraría la razonabilidad de la tutela, porque el inmueble desocupado se convierte en un bien más indefenso.

**d) *El concepto del ejercicio de un derecho real constituido sobre el inmueble.***

El Libro Tercero del Código Civil, bajo el epígrafe “De los derechos reales”, se consagra a la prolija regulación de éstos, especialmente en el Título IV, que reconoce idéntica denominación.

Empero, es en otra parte de la ley civil en la que puede encontrarse una verdadera definición.

Así, en nota al artículo 497, con abundante cita de autores franceses, el codificador dice que en un derecho real, como la hipoteca, cuando la cosa sale del poder del que la obliga, y pasa a otro poseedor, éste se halla en la misma posición respecto del acreedor... y glosando a Ortolan: “derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho... es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor”.

Y, en nota al epígrafe del Título IV, pese a estas definiciones, al tratar especialmente de los derechos reales, dice con Demolombe que “es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto”, y aclarando aún más estos conceptos, expresa que los derechos reales comprenden los derechos sobre un objeto existente pudiendo la persona a la que pertenece un derecho real reivindicar el objeto contra todo poseedor y la causa eficiente que reconocen es la enajenación o, generalmente, los medios legítimos por los cuales se cumple la transmisión, en todo o en parte, de la propiedad.

El carácter inmediato de la relación entre el hombre y la cosa es permanentemente ponderado por el codificador, quien destaca que no hay intermediario alguno y que el derecho real es independiente de toda obligación especial de una persona hacia otra.

Dice, asimismo, que supone necesariamente la existencia actual de la cosa a la cual se aplica pues ésta es el objeto directo e inmediato y no puede haber derecho sin objeto.

En cuanto al origen de los derechos reales el ordenamiento civil es terminante: “sólo pueden ser creados por ley” (artículo 2502).

La enumeración taxativa del artículo 2503 permite afirmar que en nuestro orden legal sólo existen siete derechos reales: 1º)

el dominio y el condominio; 2º) el usufructo; 3º) el uso y la habitación; 4º) las servidumbres activas; 5º) el derecho de hipoteca; 6º) la prenda; 7º) la anticresis.

A su vez, la ley 17.711 ha reformado el artículo 2505, cuyo texto actualmente reza: “la adquisición o transmisión de los derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas”.

Lo que se protege es el *ejercicio* de estos derechos y no los derechos en cuanto tales, es decir, en su titularidad, pues las maniobras que determinen su pérdida podrán constituir defraudaciones o extorsión, según los casos.

Cabe, empero, preguntarse si existe ejercicio de un derecho real que no estuviera adquirido o transmitido conforme a la regulación que precedentemente se glosara, a los fines del tipo legal que estudiamos.

La respuesta debe ser afirmativa pues el perfeccionamiento del derecho mediante la inscripción registral es condición para su oponibilidad frente a terceros, pero habiendo ya sido constituido mediante el título correspondiente, el despojo del ejercicio sobre el inmueble en el que recae encuadra en el tipo legal que se estudia.

También aquí la ley 24.454 merece encomio; en este caso, por representar un progreso de técnica legislativa al usar una fórmula que no enumera los derechos reales protegidos en su ejercicio, como hacía la del código anterior.

Es interesante destacar que quien ejerce el derecho de retención sobre un inmueble —como un constructor ante la omisión de pago de su deudor— no puede ser sujeto pasivo de este delito porque esa especie de “tenencia en garantía” responde a un derecho personal, no real <sup>21</sup>.

<sup>21</sup> C.C.C., Sala I, “Consoli, A.”, del 4/3/99, “J.P.B.A.”, 106-89. Se entendió que podría haberse configurado defraudación por desbaratamiento de derechos acordados a terceros.

**e) El concepto de inmueble.**

El artículo 2313 del Código Civil establece que “las cosas son muebles o inmuebles por su naturaleza, o por accesión, o por su carácter representativo”.

Que “son *inmuebles por su naturaleza* las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad; todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre” (artículo 2314).

En cambio, establece que “son *inmuebles por accesión* las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad” (artículo 2315) y “las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste sin estarlo físicamente” (artículo 2316).

Que “son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos de hipoteca y anticresis” (artículo 2317).

Los únicos inmuebles a que se refiere el tipo legal pueden ser los primeros, ya que los demás —verdadera ficción del derecho— siendo muebles por su propia naturaleza podrían convertirse en objeto de los delitos de hurto o robo.

**4. Elementos objetivos del tipo legal.**

***El concepto de los medios comisivos: violencia, engaños, abusos de confianza y clandestinidad.***

Los medios de que se vale el agente para perfeccionar la conducta incriminada están estrictamente enumerados en el tipo legal, habiendo sido uno de los aspectos sobre los que recayeron las reformas a que el precepto fuera sometido en la historia de nuestros antecedentes legislativos, como dijimos en apartado anterior.

La *violencia* es el ejercicio de la fuerza física que puede recaer sobre las personas que ejercen los derechos enumerados en el tipo legal, como también sobre las defensas predispuestas a resguardar la ocupación del inmueble por parte de terceros o la colocación de otros que, como candados o cerraduras nuevas,

constituyen un despliegue de fuerza opuesta a quien pretende ejercer los derechos reales de que se trata.

No puede desconocerse, en el terreno de la oposición de fuerzas, la prescripción del artículo 2470 del Código Civil: "el hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa".

En la nota el codificador cita a Savigny: "el agravio que es causado por la violencia, no puede ser enteramente reparado sino por el restablecimiento o la protección de ese estado de hecho al cual la violencia ha atacado".

Se trata, ciertamente, de una autorización concedida por el ordenamiento<sup>22</sup> que convertiría el comportamiento en legítimo por tratarse del ejercicio de un derecho, es decir, de la norma permisiva que prevé el artículo 34 en su inciso 4°.

Como aplicación de estas ideas, la jurisprudencia plenaria de nuestra Cámara del Crimen tiene declarado desde hace casi treinta años que la mera negativa a permitir el ingreso a una persona a un determinado inmueble no importa ninguno de los medios comisivos del delito de usurpación<sup>23</sup>.

Esta escueta doctrina no se comprendería cabalmente sin recordar el voto rector del doctor Lucas Lennon, quien ponderó que la pura negativa no importa violencia física porque no hay despliegue de energía de esa naturaleza, y tampoco moral porque está ausente la amenaza de un mal, que es lo que la caracteriza, concluyendo que entenderla comprensiva del anuncio de un mal supondría extender el alcance del tipo sobre la base de una suposición sin sustento en actos externos.

La minoría, en el voto del doctor Fernández Alonso, entendió, en cambio, "...hay violencia cuando una oposición de fuerza moral no puede superarse normalmente. Ergo, comete un acto de violencia, en el sentido y con el alcance del artículo 181 del Código Penal, quien se impone en forma personal impidiendo

<sup>22</sup> Conf. Fontán Balestra, *Tratado...* cit., t. VI, 126-II-7, pág. 212, con cita de Núñez y de jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires y de la Cámara Criminal de Tucumán.

<sup>23</sup> "Signorelli Gallo" del 12 de diciembre de 1969 en "Fallos Plenarios", t. III, pág. 442.

que se ejerza un derecho por las vías naturales; porque ello importa, precisamente, violencia moral. La facultad que otorga el artículo 2470 del Código Civil para repulsar la fuerza de la ocupación con el empleo de una fuerza suficiente, es un derecho, no la imposición de una conducta. Interpretar otra cosa significaría exigir que las actitudes se traduzcan en hechos lamentables —quizá más graves que la propia usurpación— para recién apreciar la violencia como constitutiva de este delito...”.

Entre las dos posturas, aparentemente antagónicas, entendemos que el voto del doctor Prats Cardona representó la recta solución del tema de la convocatoria plenaria.

Señaló entonces: “...Planteada la cuestión en el plano doctrinario, ella trasciende, sin embargo, el terreno circunstancial de lo fáctico, ya que no es lo mismo la negativa opuesta por quien, con su solo físico, hace alarde de «matonismo», de la que emana de una débil mujer o persona carente de condiciones para traducirla, en forma cierta o efectiva, por la vía de los hechos. Considero, pues —dijo en síntesis—, que *cuando en razón de las modalidades particulares que ofrezca el caso tal oposición asuma suficiente entidad como para representar, aun de manera tácita pero seria, un anunciado despliegue de energía, humana o de otra índole, que signifique su real amenaza o haga presumirla con visos de verosimilitud, comporta la «violencia» a que se refiere el artículo 181, inciso 1º, del Código Penal...*”.

Este razonamiento marca la verdadera regla: sólo es atípica la negativa que se agota en la pura expresión —verbal o escrita— por la que alguien se opone a que otro ingrese al inmueble y ello dependerá de las circunstancias concretas en que se debata la relación física entre el autor y la víctima.

En el ya comentado fallo “Hernández”, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal entendió por mayoría de votos que —con las reservas propias del comienzo de una investigación sumarial, pues en las instancias anteriores habíase desestimado la querrela— pudo existir violencia en el caso en que varias personas impidieron la entrada a las oficinas a quien padece una minusvalía ambulatoria, después de haberle exigido verbalmente la restitución, por considerar que se había excedido la simple negativa al ingreso, o que esa actitud habría demandado, para vencerla, un despliegue no exigible de fuerza<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Fallo cit. en punto anterior.



El voto disidente de la doctora Catucci ponderó, en cambio, que como la negativa a permitir el ingreso del quejoso se dio antes a conocer en forma verbal y había sido aceptada, con la acotación del pedido de un mayor plazo, constituía el pedido de restitución del bien que prescriben los artículos 2284 y 2285 del Código Civil.

Entendió —con apoyo en diversas citas doctrinarias y en el mismo plenario “Signorelli Gallo”— que en tales circunstancias, no se había desplegado la violencia típica porque incriminar la conducta implicaría encuadrar en el tipo al despojo en sí mismo, con indiferencia de los medios comisivos<sup>25</sup>.

A su vez, el cambio de la cerradura ha sido equiparado a la violencia<sup>26</sup>.

El *engaño* es la inducción a error para que su destinatario tenga por cierto lo que no es tal. Tendrá las características que lo hagan idóneo para determinar el error causante del despojo.

El *abuso de confianza* es el valimiento de una circunstancia creada o tolerada por la propia víctima para desarrollar, a partir de las facilidades que genera, la actividad típica definida por los verbos núcleo.

Son ejemplificativos los llamados casos de “intervención” de títulos, en que se logra el acceso a un inmueble por un fin determinado y ese fin se aprovecha para ejecutar las acciones a través de las cuales se despoja: caso de los trabajadores que logran la llave de un inmueble para la realización de determinada obra y luego se instalan en él.

Resultan discutibles los casos en que existe una negativa a restituir el inmueble tras el vencimiento de una relación contractual por la que se era tenedor. Mientras, por una parte, puede argumentarse que no se puede despojar de aquello que ya no era materia de posesión, tenencia o derecho real alguno que se ejerciera al tiempo de ejecutarse la acción típica, por otra puede alegarse que la entrega de un inmueble es un acto de confianza del cual se abusa alargando la tenencia en el tiempo.

El primer criterio es el que inspira la doctrina de la jurisprudencia plenaria de la Capital<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Transcribió palabras del voto de Munilla Lacasa en el plenario “Maciel”: “...no es posible que la justicia pueda condenar al comodante a que se convierta en benefactor sin término”.

<sup>26</sup> C.C.C., Sala VII, “Torres de Bleiweus, M.”, del 4/11/97, en “J.P.B.A.”, 102-80; C.C.C., Sala V, “Wainrib, A. J.”, del 9/8/96, en “J.P.B.A.”, 102-81.

<sup>27</sup> Plenario “Maciel, Raúl”, en “J.A.”, 1957-III-155.

Esa jurisprudencia ha sentado una doctrina respecto a la frecuente situación de quien recibió la tenencia gratuita de un inmueble y al serle exigida la restitución invoca sin serlo el carácter de locatario o emplea cualquiera de los medios indicados por el artículo 181.

Al respecto, el voto rector del doctor González Millán señalaba que el solo vencimiento del plazo o la terminación del servicio para el cual la cosa fue prestada, aun completada con el reclamo de restitución por quien entregó la tenencia con derecho, no hace perder dicha tenencia a quien la tiene a título gratuito, con apoyo en las disposiciones de la ley civil, las que establecen que, para conservarse en la tenencia, es bastante mantenerse en la relación física con la cosa y en el *animus*. Afirma, en este orden de ideas: "...Es que la expiración del plazo, el cumplimiento de la causa de la tenencia a título gratuito, el reclamo y hasta la restitución imprevista y urgente a que se refiere el artículo 2284 del Código Civil, sólo demuestra que el tenedor —ocupante con tenencia a título gratuito— tiene entonces la obligación de devolver la cosa a quien se la entregó en las condiciones que señala el tema del plenario. Pero nada más, pues mientras la entrega no se realice las cosas quedan donde estaban y la tenencia en manos de quien la ejerciera hasta ese momento...". Así, concluye: "...Mientras no haya el reclamante asumido la tenencia y la mantenga el tenedor a título gratuito, no hay delito porque no hay despojo de esa tenencia...".

Estos pensamientos son rectores del modo en que debe interpretarse el despliegue de abuso de confianza para que sea el medio típico del despojo: "...El abuso de confianza dispensada, ha dicho este tribunal —según memora su insigne integrante—, para mantenerse en la tenencia no constituye usurpación. Y precisando más, expresó que podrá haber ilegítima resistencia a desalojar pero no un despojo que haga responsable por usurpación...". Y más adelante: "Este tribunal ha dicho que el abuso de confianza se traduce en la interversión de título por el cual se detenta la cosa entregada por un acto de confianza, agregando que por interversión no debe entenderse cualquier cambio en el título de la tenencia, sino aquel que incida fundamentalmente en la naturaleza de la llamada relación posesoria del sujeto con el bien de que se trata...".

El voto del doctor Bonorino tiene este otro esclarecedor concepto: "...El artículo 2372 del Código Civil cuando expresa

que: «la posesión es por abuso de confianza, cuando se ha recibido la cosa con obligación de restituirla», no quiere decir que el abuso de confianza consista en la sola circunstancia de no restituir la cosa, puesto que este artículo debe vincularse con el artículo 2364 que se refiere a la posesión viciosa y que en caso de inmuebles termina diciendo: «...y siendo precaria, cuando se tuviese por un abuso de confianza...». Afirma que el abuso de confianza "...consiste en algo más que en no restituir la cosa. Consiste en querer quedarse con ella a título de dueño si tenía la posesión con lo cual intervierte el título"<sup>28</sup>.

La *clandestinidad*, reincorporada al tipo legal como uno de los medios comisivos del comportamiento, consiste en el despliegue de *cualquier actividad oculta, secreta o encubierta*, tendiente al despojo.

Desde la vigencia de la ley 24.454, el ingreso al inmueble deshabitado a través de ventanas que quedan abiertas tendría encuadre típico, dándose una solución contraria a la que expusimos en anterior edición de esta obra<sup>29</sup>.

La ocupación de inmuebles por parte de quienes esgrimen falsos contratos de locación ha sido un comportamiento de frecuencia tan inusitada como escandalosa por las vastas organizaciones que se dedicaron a su perfeccionamiento con la dramática consecuencia de despojos prolongados en forma indefinida al amparo de un ritmo jurisdiccional lento, frecuentemente culminado con la declaración de atipicidad de la conducta.

En medio de ese desconcertante panorama, algún fallo marcó pautas esclarecedoras.

<sup>28</sup> No podría desconocerse la ponderación y sabiduría en que se fundamentó la postura disidente en el voto del doctor Raúl Munilla Lacasa. Con eruditas citas de la doctrina civil, afirma: "...Todo tenedor como que reconoce en otro la propiedad de la cosa y es representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación repose sobre un derecho... se encuentra en la perenne obligación de devolver y el correlativo derecho de exigir la devolución, surge de la naturaleza de la convención o acto jurídico que le confirió tenencia... Menester es, entonces, que haya una relación jurídica y que esa relación tenga vida. Cuando nunca existió o cuando concluyó habrá contacto pero no tenencia...". Recuerda, asimismo, que Jorge Eduardo Coll, integrando el Tribunal, en ponderado voto resaltó que el fraude y la astucia del Código anterior tienen el mismo alcance del engaño en el vigente.

<sup>29</sup> C.N.C.C., Sala VII, del 3/4/86, "Orona, Eduardo F.", en "Doctrina Judicial", 1987-2-192, n° 42.

Tal fue el dictado por la Sala II de la Cámara del Crimen de la Capital, que frente a uno de esos casos procesó a los ocupantes y ordenó la desocupación del inmueble<sup>30</sup>.

Declaró entonces: "...las actitudes adoptadas y las manifestaciones producidas... ponen de manifiesto el propósito de permanecer en el inmueble al amparo de un contrato de locación falso... rehusándose a abandonar y a entregar el bien a su legítimo propietario, a sabiendas de la falta de derecho para continuar ocupándolo. La Sala —declaró— ante la reiteración de hechos idénticos al presente, cuyo número sobrepasa cualquier cálculo optimista, se ve constreñida a replantear posturas anteriores y proceder a un nuevo examen de las situaciones creadas en atención al auge actual de esta modalidad delictiva..."

Afirmó que "...aun compenetrada la Sala del agudo y grave problema social que la desesperación y la necesidad de familias sin habitación las inducen a tomar algo que no les pertenece, debe, no obstante, adoptar serias medidas en uso de sus facultades y atribuciones. Corresponde, en consecuencia, amparar —declaró— a quienes tienen derechos adquiridos sobre un inmueble, evitándoles de esa forma verse enfrentados a litigar, perder precioso tiempo e incurrir en gastos innecesarios, para recuperar algo que legalmente es suyo..."

La reinstalación de la clandestinidad entre los medios comisivos torna hoy elocuente la adecuación típica de esta conducta y, por lo tanto, innocuo todo planteo al respecto.

Es común al ejercicio de todos estos medios que ellos sean los instrumentos a través de los cuales se ejercen los actos de despojo para lo que ha de mediar una relación causal entre su ejercicio y el resultado. Así, si alguien se mantiene en el inmueble porque la víctima lo desea, como una liberalidad, sabedora de la falacia del argumento que el ocupante despliega, no habrá engaño porque éste no fue la razón determinante del permiso obtenido.

Se ha excluido el encuadre en este tipo legal cuando se comprobó que el uso discutido del mueble fue adjudicado en virtud de supuestos "convenios" porque ello descarta a los medios típicos<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> "Vaccari, Jorge", del 5/8/86, en "L.L.", 1986-E-126.

<sup>31</sup> C.C.C., Sala I, "Gatti, Osvaldo", del 16/5/80, en que se citó C.C.C., "Fallos", IV-783.

## CAPÍTULO XXXIX

### DOS SITUACIONES FRECUENTES VINCULADAS CON LA TIPICIDAD Y LA ANTIJURIDICIDAD

La relación que el hombre entabla con los bienes inmuebles presenta rasgos particulares derivados del destino a que están afectados; cualquiera sea su uso, la permanencia o establecimiento de la persona en su interior constituye la forma tangible de aquella vinculación.

A su vez, en el orden jurídico, propiedad, posesión, tenencia, uso, habitación, anticresis, son derechos que se reflejan en una entreverada trama de situaciones que dan lugar a dos conflictos frecuentes.

#### **1. Quien ingresó y permaneció lícitamente pero prolongó su tenencia más allá de lo que correspondía.**

El ingreso obtenido por medios lícitos excluye la posibilidad de comisión del delito en sus modalidades típicas de invasión del inmueble y de expulsión de sus ocupantes.

En cuanto a la modalidad de mantenerse en él, debe analizarse si el agente la observó empleando alguno de los medios previstos en el tipo legal.

La doctrina del ya citado plenario "Maciel"<sup>1</sup> ha establecido que la prolongación de la tenencia más allá de los límites que corresponden no constituye delito.

En otras palabras, el puro despojo no es usurpación y la conducta de quien ingresó lícitamente pero convirtió en ilícita su estadía por vulnerar los límites temporales del contrato o aun del permiso verbal encuentra su remedio en el ordenamien-

<sup>1</sup> Punto 4.

to jurídico a través de las acciones que permiten la restitución del inmueble a quien tiene derecho sobre éste.

El abuso de confianza constituye uno de los medios típicos a través del cual se puede cometer el delito de usurpación en esta modalidad de mantenerse en el inmueble.

Y la forma común de usarlo es la denominada "*interversión del título*".

El quehacer debe consistir en un verdadero cambio unilateral de la relación que vinculaba al tenedor con el inmueble; es decir, cuando a través de su comportamiento deje de tener en nombre de otro —cual era la legítima situación por la que ingresó— y comience a tener en su propio nombre.

Ese cambio no debe confundirse con la mendaz invocación de un derecho inexistente. Cuando para mantenerse, el tenedor alega un derecho que no tiene, simplemente miente, y, sea que lo haga en juicio o fuera del estrado judicial, esa mentira es la expresión de una actitud pasiva, la del puro despojo, que es atípica<sup>2</sup>.

Sólo cuando actúa usa los medios descriptos en el tipo legal.

Así, se declaró que hubo *interversión del título* por parte del locatario que frente a la demanda de desalojo por contrato vencido, demandó al propietario por escrituración del inmueble, basado en un falso boleto de compraventa que le atribuía haber suscripto a su favor<sup>3</sup>.

Que, en cambio, no la hubo cuando se trató de un concubino, al que se consideró "cotenedor" por concesión o liberalidad<sup>4</sup>.

En síntesis, la mera invocación de un título que no se tiene constituye un complemento de la negativa a desocupar lo que, en principio, se ocupó legítimamente, complemento que es penalmente intrascendente porque no constituye un efectivo cambio del título, que es la forma que adquiere el abuso de confianza como medio comisivo de la usurpación en su forma de mantenerse en el inmueble.

<sup>2</sup> Conf. C.N.C.C., Sala II, c. 37.249, "Yemma, Daniel", del 16/5/90; C.N.C.C., Sala II, c. 39.092, "Fassi Lavalle, Omar", del 23/4/91.

<sup>3</sup> C.N.C.C., Sala III, c. 26.687, "Porcel, Teodoro", del 3/5/90.

<sup>4</sup> C.N.C.C., Sala V, c. 14.323, "Cassino, Ricardo (h.)", del 10/4/81, en que se citó Núñez, *Derecho Penal...*, t. V, pág. 481, y "L.L.", 96, fallo 44.164.

## 2. El propietario que recupera el inmueble por las vías de hecho.

La llamada "justicia por mano propia" está excluida de las normas permisivas porque es la negación del fundamento excepcional que tienen los permisos conferidos por el orden jurídico para que los súbditos del Estado actúen conforme a comportamientos típicos.

El recupero del inmueble propio por las vías de hecho —despliegue de violencia— que causa el despojo a quien ejerce la tenencia constituye usurpación porque el comportamiento no aparece legitimado por causa alguna o justificación o norma permisiva.

El derecho de propiedad sobre el inmueble tiene protección en la ley civil y la restitución del bien propio encuentra cauce en vías procesales.

A su vez, no concurren los extremos de la legítima defensa del derecho de propiedad, pues la agresión, consistente en el despojo ya perpetrado, no puede ser impedida ni repelida por los medios de defensa privados, como tampoco el recupero por mano propia tiene el carácter subsidiario que debe revestir la actuación de los particulares para que constituya estado de necesidad<sup>5</sup>.

Estas situaciones, planteadas con asaz frecuencia, deben ser resueltas, pues, conforme a los principios de la teoría del delito, porque se trata de conductas típicas que resultan también antijurídicas por falta de amparo en una norma permisiva.

<sup>5</sup> En este sentido, C.N.C.C., Sala IV, c. 38.590, "Del Campo, Pablo", del 21/12/90.





## CAPÍTULO XL

### EL DELITO DE DESTRUCCIÓN O ALTERACIÓN DE LOS LÍMITES DE UN INMUEBLE

#### 1. Descripción legal de la conducta.

En su inciso 2º, el artículo 181 del Código Penal reprime al “que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruir o alterar los términos o límites del mismo”.

Esta redacción corresponde al texto original del Código, proveniente, a su vez, del Proyecto de 1891, pues, respondiendo a la misma finalidad incriminatoria, el Proyecto Tejedor amenazaba con pena la destrucción o alteración de los términos o linderos de las fincas o heredades para cometer usurpación, con una nota en la que Tejedor enfatizaba el hecho de que este delito fue quizás el primero en los pueblos antiguos citando palabras del Deuteronomio y recordando las graduaciones de pena que reconocía el Derecho romano.

#### 2. La acción.

La actividad típica se define con los verbos “destruir” o “alterar”.

El agente puede tanto romper, dañar, destrozarse los límites o términos, como modificarlos.

No coincidimos con la prestigiosa doctrina que considera que esta actividad, al tener posibilidades de traducirse en la modificación de los medios probatorios que acrediten los límites de los inmuebles, permitiendo así modificar la superficie de éstos, no tiene la misma tutela penal que reconoce el despojo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Carrara, *Programa...* cit., § 2423, nota; Quintano Ripollés, *Tratado...* cit., t. II, pág. 1009, citados por Fontán Balestra en apoyo de esa postura, *Tratado...* cit., t. VI, 126-IV-2, pág. 217.

Ello es inobjetable en cuanto el tipo legal no contenga elementos subjetivos como el que ahora se estudia porque “el propósito de apoderarse” del inmueble en forma total o parcial está representando una especial dirección de la voluntad encaminada a la relación directa con el inmueble, que no es la modificación de los títulos probatorios de su dominio.

Se perfecciona la acción con los actos respectivos impulsados por ese designio.

### 3. Elemento subjetivo del tipo legal.

#### *La noción del propósito de “apoderarse de todo o parte de un inmueble”.*

Este designio particular del agente, que se diferencia del dolo, otorga significado y peculiaridad a la conducta en el Capítulo de las usurpaciones.

Efectivamente, tratándose de inmueble, el objeto de este designio, denominado “apoderamiento”, no podría constituir otra cosa que el propósito de usarlo, tenerlo, gozarlo, lo que supone la privación correspondiente a la víctima.

A la voluntad realizadora de la destrucción o alteración de términos ha de añadirse esta particular dirección intencional, sin la cual podrían cometerse, con la sola perpetración de la actividad descrita por los verbos, los delitos de hurto, robo, daño, o este último en concurso con estafa o con estafa procesal.

### 4. Elemento objetivo del tipo legal.

#### *La noción de términos o límites.*

Se trata de las señales que marcan sus confines en el espacio como función delimitadora del inmueble frente a los linderos.

Resulta intrascendente su naturaleza y el hecho de que, además, puedan cumplir otras funciones.

**5. Elemento normativo del tipo legal.*****La noción de inmueble. Remisión.***

Sólo corresponde remitirse a cuanto dijimos en el Capítulo XXXVIII, 3, e, respecto al concepto de inmueble, válido para el tipo legal que se estudia.



## CAPÍTULO XLI

### EL DELITO DE TURBACIÓN DE LA POSESIÓN

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 181 del Código Penal, en su último inciso, describe la conducta de quien, “con violencia o amenazas, turbare la posesión de un inmueble”.

Este texto corresponde a la redacción original del Código de 1921, el que la tomó del Proyecto de 1891, pero definiendo el comportamiento con el verbo “trabar” que la ley de Fe de Erratas reemplazó por el de “turbar”.

La ley 17.567 incluyó el supuesto de “turbación de la tenencia”.

A su vez, previó para los dos supuestos de turbación una pena menor que para el caso de despojo, con cita de los códigos uruguayo e italiano <sup>1</sup>.

Tal reforma estuvo vigente hasta que la ley 20.509 la derogó volviéndose al texto anterior, pero fue restablecida por la ley 21.338 hasta que, por imperio de la ley 23.077, perdió nuevamente vigencia, con lo que se reimplantó la letra original con la mencionada modificación de la ley de Fe de Erratas.

#### 2. La acción.

El verbo definitorio de la conducta es “turbar”.

Por tal ha de entenderse la acción de *alterar o conmover el estado anterior*.

La posesión o la tenencia implican su uso y goce tranquilos; esa tranquilidad es lo que *menoscaba* la acción del agente *quien no priva* el ejercicio de aquéllas como en el despojo.

<sup>1</sup> “ADLA”, t. XXVII-C, pág. 2894.

Se perfecciona con la ejecución de los actos turbatorios.

Se ha entendido que es turbatoria de la posesión la conducta de quien, mediante el cerramiento con ladrillos y material, clausura uno de los accesos de la finca usados por la condómina<sup>2</sup>, como también la de quien privó de corriente eléctrica y gas a sus inquilinos habiéndose configurado la violencia por la colocación de una llave interruptora en una habitación cerrada con candado<sup>3</sup>.

Asimismo, la del administrador del edificio, quien, tras el cambio de cerradura correspondiente a la puerta de acceso, se negó a facilitar que una copropietaria —carente de la nueva llave— pudiese abrir la puerta a una persona de su relación<sup>4</sup>.

Turbatoria de la posesión se calificó también la conducta de quien ingresó al inmueble del ex concubino, rompiendo la cerradura para retirar así objetos de su propiedad, y luego colocó una nueva reteniendo las llaves en su poder<sup>5</sup>.

### 3. Elemento objetivo del tipo legal.

#### *Los medios comisivos: la noción de violencia y de amenazas.*

Sólo es penalmente trascendente la turbación que se vale de la violencia o de amenazas.

*Violencia es la agresión de índole física*, que tanto puede tener por objeto a las personas como a las cosas.

*Amenaza es el anuncio de un mal futuro*, y dado que se trata de un instrumento de perturbación en el ejercicio de la posesión o de la tenencia, ha de ser de una entidad tal que produzca efecto intimidatorio porque el anuncio de algo que no fuera verdaderamente valioso para el poseedor o tenedor del inmueble no podría turbarle en el ejercicio de estos derechos.

La turbación que no se logra por estos medios es atípica<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> C.C.C., Sala I, c. 19.875, del 30/8/77.

<sup>3</sup> C.C.C., Sala II, c. 25.572, "Espasandín, Benigno", del 1/8/81.

<sup>4</sup> C.N.C.C., Sala IV, c. 36.558, "Martínez, H.", del 3/10/89.

<sup>5</sup> C.N.C.C., Sala V, c. 27.186, "Victorica de Berakha, M. C.", del 21/5/91.

<sup>6</sup> C.C.C., Sala IV, c. 26.852, "Saravia, Luis A.", del 5/8/82.

**4. Elemento normativo del tipo legal.**

***La noción de posesión y de tenencia. Remisión.***

Corresponde remitirse a cuanto se dijo en el Capítulo XXXVIII, 3, *a* y *b*.





## CAPÍTULO XLII

### EL DELITO DE DESVÍO DE AGUAS

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 182 del Código Penal, en su inciso 1°, describe la conducta de quien “ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales, o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho”.

La ley 17.567 modificó esta redacción reemplazándola por la siguiente: “Desviare ilegítimamente a favor suyo o de un tercero aguas públicas o privadas que no le correspondan o lo hiciere en mayor cantidad de la debida”.

Integraba el tipo legal el fin de obtener un provecho, común a esta conducta y a la descripta en el inciso 2°.

La Exposición de Motivos señalaba la supresión de la referencia al propósito de causar perjuicio por entender que daba a la previsión la característica de un delito de daño y la sustitución por el fin de obtener un provecho, siguiendo, para ello, a los proyectos de 1941 y de 1960, entre los antecedentes nacionales, y al Código italiano en la legislación comparada, como también el hecho de que definía a las acciones de manera más general<sup>1</sup>.

La reforma estuvo vigente hasta su derogación por la ley 20.509 pero su texto fue consagrado por la ley 21.338 hasta que perdió vigor por imperio de la ley 23.077, volviéndose a la letra original.

#### 2. La acción.

El verbo definitorio de la conducta es “sacar”.

<sup>1</sup> “ADLA”, t. XXVII-C, pág. 2894.

Consistirá en poner las aguas fuera del lugar donde estaban encerradas o contenidas, apartarlas del sitio en que se hallaban.

No extraña que habiendo sido éste el núcleo típico hasta la reforma de 1967, la doctrina siempre hubiera denominado a este delito "desvío de aguas", y es que el comportamiento que durante más de cuarenta años y nuevamente ahora se define como "sacar" consiste, por la naturaleza del objeto, en un verdadero desvío porque las aguas *se apartan de su lugar*. El curso de éstas queda, así, modificado para ir a un lugar distinto.

El acto de la modificación, mediante la colocación de las aguas fuera de su lugar o cauce, perfecciona el delito, aunque el propósito de causar perjuicio no se hubiera alcanzado.

### 3. Elementos normativos del tipo legal.

#### a) *La noción de ilicitud.*

Este tipo legal contiene el adverbio "ilícitamente", así como la redacción de las reformas derogadas contenía el adverbio "ilegítimamente".

Corresponde remitirse a cuanto dijimos en el Capítulo II, 5, sobre el significado y alcance de estos vocablos en los tipos legales.

#### b) *La noción de "cantidad mayor que aquella a que tenga derecho".*

Las aguas sacadas de su curso no le deben corresponder al agente, o no le deben corresponder en la cantidad en que las saca.

Este elemento tiene íntima vinculación con la ilicitud de la conducta que deriva, precisamente, de que las aguas no le correspondan al autor o que no le correspondan en esa cantidad.

Sólo disposiciones legales o contractuales establecerán si los cursos de agua le corresponden o no al agente y, en su caso, en qué cantidad.

#### 4. Elementos objetivos del tipo legal.

*La noción de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos.*

Con gran acierto, la reforma de 1967 sintetizó esta enumeración con la fórmula "aguas públicas o privadas" para aludir a los cauces que contienen las que son objeto de este tipo legal.

#### 5. Elemento subjetivo del tipo legal.

*El propósito de causar perjuicio.*

Se trata de un tipo legal cuyo aspecto subjetivo no se agota con el dolo, como voluntad realizadora de la conducta descripta en el tipo objetivo, sino que se integra, además, con un designio específico del autor: el propósito de causar perjuicio.

Ya mencionamos la crítica que mereció a los autores de la reforma de 1967, que fundamentó su supresión, crítica que fue agregada a las fórmulas de los proyectos de 1891 y de 1906 y que tenía antecedentes en la doctrina nacional. En ese orden, Núñez tampoco consideraba conveniente el agregado pero, al mismo tiempo, alertaba sobre una interpretación restrictiva que identificaba ese propósito con un designio dañino que fuera consecuencia de la privación del agua; sin embargo, entendía que no debía ser así, sino y meramente, el perjuicio que consiste en afectar la posibilidad normal del uso y goce del agua, interpretación razonable que dejaba al margen los casos en que se extraían pequeñas cantidades para usos domésticos<sup>2</sup>.

Aunque, ponderado el razonamiento, la innecesaria inclusión de elementos de esta índole provoca dilemas interpretativos que pueden evitarse, pues los supuestos a que Núñez se refería quedarían excluidos si encuadraran en causas de justificación.

<sup>2</sup> Núñez, *Tratado...* cit., t. V, pág. 517.



## CAPÍTULO XLIII

### EL DELITO DE ESTORBO DEL EJERCICIO DE DERECHOS SOBRE AGUAS

#### 1. Descripción legal de la conducta.

En su inciso 2º, el artículo 182 del Código Penal reprime al que “estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas”.

La ley 17.567 había reemplazado este texto, que es el original del Código, por el siguiente: “estorbare o impidiere de cualquier manera, el ejercicio de los derechos que un tercero tuviera sobre dichas aguas”. El fin de obtener provecho era común también a este tipo legal.

La reforma estuvo vigente hasta su derogación por la ley 20.509, pero el texto fue restablecido por la ley 21.338, habiendo perdido vigencia en virtud de la ley 23.077, con lo que recuperó vigor la fórmula original.

#### 2. La acción.

El verbo definitorio del comportamiento es “estorbar”, cuyo significado es “poner obstáculos o embarazos”.

Por la actividad del agente, el ejercicio de los derechos resultará menoscabado y el delito quedará consumado cuando éstos queden afectados y no con el mero despliegue de la actividad que a ello tiende.

### 3. Elementos normativos del tipo legal.

#### *La noción del ejercicio de los derechos sobre las aguas.*

Regulaciones legales o contractuales marcan los límites de los derechos de cada uno sobre los cursos de agua.

Dado que el tipo legal responde a la estructura propia de las usurpaciones, aparece afectado el ejercicio y no la titularidad de tales derechos.

## CAPÍTULO XLIV

### LOS DELITOS DE REPRESAR, DESVIAR O DETENER AGUAS O USURPAR DERECHOS

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 182, en su inciso 3º, reprime al que “ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas”.

Este texto, original del Código, fue derogado por la ley 17.567 pero quedó restablecida su vigencia por la ley 20.509, para ser nuevamente derogado por la ley 21.338 y recobrar vigor a través de la ley 23.077.

Describe dos tipos legales: el que se define con los verbos represar, desviar o detener, que tiene por objeto las aguas, y el que consiste en usurpar y que recae sobre un derecho referente a su curso.

#### 2. Primer tipo legal.

##### *a) La acción: represar, desviar o detener.*

*Represar* es estancar el agua corriente, mientras *desviar* es apartarla de su lugar o camino; *detenerla* importa suspender el curso que sigue.

Estas acciones quedan configuradas cuando las aguas han sido efectivamente colocadas en la situación provocada por el agente.

**b) Elementos objetivos del tipo legal. Cauces de las aguas: ríos, arroyos, canales o fuentes.**

Los enumerados son los cauces en los que deben estar las aguas cuando el agente despliega su actividad.

**c) Elemento normativo del tipo legal. La noción de ilicitud.**

Corresponde remitirse a cuanto dijimos en el Capítulo II, 5.

**d) Elemento subjetivo del tipo legal. El propósito de causar perjuicio.**

Corresponde remitirse a cuanto dijimos en el Capítulo XIV, 3, b.

**3. Segundo tipo legal.**

**a) La acción: usurpar.**

El verbo definitorio es *usurpar*.

Por tal hemos de entender la apropiación del derecho sobre el curso de las aguas.

El uso de este verbo no guarda una correcta metodología en el Capítulo que describe diversas formas de usurpación, precisamente.

**b) Elemento normativo del tipo legal.**

**1) La noción de derecho referente al curso de las aguas.**

El objeto del comportamiento no es el uso de un curso de agua, uso que supone ejercicio de derechos, *sino el propio derecho*.

El quehacer del agente consistirá, pues, en inscribir, transferir o ceder a su favor el mentado derecho<sup>1</sup>.

Éste debe nacer de regulaciones jurídicas.

<sup>1</sup> Conf. Núñez, *Tratado...* cit., t. V, pág. 522.



**2) La noción de ilicitud.**

Corresponde remitirnos al Capítulo II, 5.

**c) *Elemento subjetivo del tipo legal.***

Corresponde remitirnos al Capítulo XIV, 3, b.



## CAPÍTULO XLV

### CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LOS DELITOS DE DESVÍO DE AGUAS

En su párrafo final, el artículo 182 agrava la pena “si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos”.

Esta agravante figuraba en la redacción original del Código y fue eliminada por la ley 17.567. Recuperó vigencia cuando esta última fue derogada por la ley 20.509, volvió a perderla por imperio de la ley 21.338 y recobró vigor a raíz de la derogación de ésta por la ley 23.077.

Los resultados descriptos —destrucción o alteración de las construcciones enumeradas— deben haber sido el *medio* para cometer los delitos, lo que expresa la preposición “para”. Si tales efectos sobrevinieron pero no constituyeron el medio comisivo, no procede el agravamiento de la amenaza penal.

Las obras deben *romperse*, por lo que entendemos que la destrucción debe ser total o parcial, o *alterarse*, es decir, modificarse.

La estructura de la agravante es de tipo penal abierto en cuanto a las obras, que pueden no ser exactamente alguna de las enumeradas, pero deben ser semejantes a éstas.



## CAPÍTULO XLVI

### EL DELITO DE DAÑO

#### 1. Descripción legal de la conducta.

El artículo 183 del Código Penal reprime al que “destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado”.

Se trata de una redacción que no ha sufrido modificaciones desde el texto original.

#### 2. La acción.

Cuatro verbos son los definatorios de la conducta incriminada: destruir, inutilizar, hacer desaparecer o dañar.

*Destruir es deshacer, arruinar, asolar.* Importa la extinción de la cosa. En la terminología de la ley civil equivale a su consumo total. Así lo concibe el artículo 2604 del Código: “...el derecho de propiedad se extingue de una manera absoluta por la destrucción o consumo total de la cosa que estaba sometida a él...”.

*Inutilizar es convertir una cosa en otra carente de provecho, fruto o interés sin posibilidad de servicio, de afectación funcional.* Constituye un daño, pero no todo daño es inutilización.

*Hacer desaparecer es ocultar, quitar una cosa.*

*Dañarla* representa, en cambio, *causarle perjuicio, maltratarla.*

Las dos primeras acciones pueden, sustancialmente, definirse mediante este último verbo, pero constituyen algo más, pues el efecto que producen tiene cierta peculiaridad; en cambio, el menoscabo que resulta de la acción de dañar es variado,

inasible en una definición, lo que se acentúa más en la descripción típica, que afirma la indiferencia de las formas que puede revestir, pues la letra del precepto reza: "de cualquier modo dañare". Es, así, el más amplio de los comportamientos definidos.

Se trata de un delito material por excelencia, cuyo resultado está definido en la propia conducta del agente y que se consume, por lo tanto, con la producción del perjuicio en que consiste.

Cabe preguntarse si está atrapada por la descripción típica la conducta de quien causa a la cosa un detrimento que puede ser reparado volviéndola a su estado anterior.

La respuesta es afirmativa en tanto esa tarea restaurada demande costo o esfuerzo aunque el objeto del delito recupere su apariencia y valor <sup>1</sup>.

El comportamiento de *hacer desaparecer* la cosa es típico, maguer el insignificante valor que aquélla pueda tener <sup>2</sup>.

### 3. Elementos normativos del tipo legal.

#### *La noción de cosa mueble e inmueble. Remisión.*

El objeto material puede ser una cosa mueble o inmueble, correspondiendo, por lo tanto, remitirse a lo expresado respecto a estas nociones en los Capítulos II, 3, y XXXVIII, 3, e, respectivamente.

<sup>1</sup> La Sala I de la C.N.C.C. entendió que el comportamiento de pintar una pared ajena afectando su integridad encuadra en el tipo previsto por el artículo 183 del Código Penal cuando la limpieza exige un trabajo costoso o la reintegración al estado anterior representa algún esfuerzo o tarea apreciable, o algún costo ("D.J.", 1992-1-29).

<sup>2</sup> Así lo declaró la Sala III de la misma Cámara cuando consideró que era objeto material de este delito la planilla de control de un chofer de colectivo, con despreciable valor pecuniario de reposición, que le había sido sustraída por otro, luego de un incidente de tránsito con el objeto de hacerla desaparecer ("J.A.", 1992-1-762).

#### 4. Elementos objetivos del tipo legal.

##### *La noción de cosa total o parcialmente ajena.*

La cosa propia está excluida de la descripción típica, lo que bien se concilia con el bien jurídico tutelado, que es la propiedad<sup>3</sup>.

Son extensivas las consideraciones formuladas en el Capítulo II, 4.

#### 5. Relación con otros delitos. Subsidiariedad del tipo legal.

El tipo legal que se estudia es uno de los que proclama su propia subsidiariedad, pues la conducta encuadra en él "siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado".

La relación de consunción resuelve el concurso aparente de leyes, siendo el daño un delito previsto en la descripción típica de otros, que lo desplazan para su aplicación al caso.

#### 6. Relación con otros delitos. El problema del dolo.

Dado que en el delito que se estudia no existe un desplazamiento patrimonial, algunos sectores de la doctrina han entendido que debe estar excluido el ánimo de lucro, pero que debe existir, en cambio, un propósito de causar perjuicio.

Sin embargo, no consideramos que el dolo requiera aditamentos ni modalidades de especie alguna. La voluntad orientada al comportamiento descrito es el dolo en sí mismo, y las exigencias subjetivas se agotan en éste.

Así, se ha declarado que no exige dolo específico porque basta la voluntad vertida en la ilicitud de la acción que recae sobre la cosa ajena para que el daño, aunque no se desee, se produzca lo mismo, por lo que el ejecutor es responsable cuando obra con conciencia de la capacidad nociva de su conducta, a pesar de que el *animus nocendi*, ínsito en la acción que despliega, sea ajeno al propósito último que lo guía<sup>4</sup>. Y, en el caso en

<sup>3</sup> Conf. C.C.C., Sala IV, c. 24.229, "Barroso Morales, P."

<sup>4</sup> C.C.C., Sala II, c. 20.897, "Merchan, Alberto P. y otros", del 18/10/77.

que el conductor de un colectivo, luego de un incidente con el de un auto de alquiler, haciendo valer la mayor envergadura del transporte que manejaba, arrastró por ofuscación al taxímetro, se entendió que había actuado dolosamente, con el deliberado e inequívoco propósito de perjudicar a su contrincante, afectando con ello bienes físicos de la víctima <sup>5</sup>.

Es materia opinable y opinada la posibilidad de comisión de este delito con dolo eventual, y así una prestigiosa opinión doctrinaria enseña que si el agresor arrojó un jarrón de porcelana que por su calidad debía llamarle la atención como algo no indiferente, no puede hablarse de dolo eventual respecto a la rotura del jarrón, ya que sólo de milagro podía no romperse <sup>6</sup>.

Entendemos que existen en la hipótesis los elementos intelectuales del dolo eventual: porque tal rotura no es lo que al agente interesa pero sobradamente ratifica con su asentimiento indiferente la producción eventual del resultado que se representó.

Y así consideramos correcta la solución jurisprudencial que entendió configurado el delito en el caso del camionero que destruyó el alambrado público con su camión de altura superior a la permitida pues sabía que habría necesariamente de dañar, pero le fue indiferente causar ese resultado pues deseaba continuar su marcha <sup>7</sup>.

En otra interesante decisión, nuestra Cámara del Crimen absolvió por este delito al procesado —empleado municipal, encargado de cortar árboles en las calles— que cortó uno existente en una vereda por encargo de una persona a quien, según alegó, supuso que era su dueño.

El voto rector del doctor Zaffaroni fundamentóse así: "...si bien está probado —dijo el magistrado— que cortó un árbol por encargo de otro, no se pudo determinar si sabía que estaba dañando una propiedad ajena o creía que estaba derribando un árbol por encargo de la persona que era titular del derecho sobre el árbol. No importa en el caso si el error era o no vencible, porque, en caso de ser vencible, la conducta del procesado también sería atípica, puesto que es atípico el daño culposo en nuestra ley..."

<sup>5</sup> C.C.C., Sala VII, c. 473, "Araya Ramírez", del 22/12/80.

<sup>6</sup> Soler, *Derecho...* cit., t. IV, § 124, III, pág. 474.

<sup>7</sup> C.Fed. La Plata, Sala 2ª, "Duraes Loureiro, Antonio", del 7/1/81, en "J.A.", 1981-IV-569.



En cambio, el voto en disidencia del doctor Elbert ponderó: "...de demostrarse que Martínez no comprendió la antijuridicidad de la acción que realizaba, debería concluirse que la misma no le es reprochable, o, dicho en otros términos, no se le podría imputar culpabilidad. En el caso de autos —continúa— no puede exigirse al autor más que una capacidad genérica de saber que su conducta puede chocar contra el orden jurídico. Martínez es un hombre de condición modesta y limitada preparación, pero estimo que un servidor público, que realiza diariamente su trabajo en las calles de una gran metrópoli, está dotado de los mínimos elementos lógicos como para sospechar que los árboles existentes en las veredas de acceso público no pueden ser propiedad privada, menos aún tratándose de un ejemplar sano y añoso como el de autos. En consecuencia —concluye—, juzgo que el proceder de Martínez fue más allá de normas elementales de prudencia y respeto por los bienes de la comunidad, acerca de las que ni siquiera se molestó en informarse mejor antes de actuar..."<sup>8</sup>.

La riqueza doctrinaria que encierran los razonamientos de la mayoría y de la minoría nos hacen meditar sobre los alcances que puede tener el error del agente cuando recae sobre la calidad de "ajena" de la cosa en el tipo legal que estudiamos.

Compartimos, exclusivamente a este respecto, la postura del juez Zaffaroni por cuanto tal calidad es un elemento del tipo objetivo; su falso conocimiento será error de tipo y anulará, pues, el dolo; el resultado debe ser la atipicidad de la conducta, si se entiende que el dolo es el aspecto subjetivo del tipo legal, cuya naturaleza compleja afirmase de ese modo. Y también coincidimos en la intrascendencia de establecer si era o no invencible, desde el momento en que no existe tipo culposo de daño.

Un error semejante nunca enervaría la capacidad exigible para comprender la antijuridicidad de la conducta, por lo que entendemos que el razonamiento de la disidencia arranca de una afirmación innecesaria. Quien destruye lo ajeno creyendo que no lo era o que era, como en el caso, de quien se lo encargó, no obra con dolo y, por añadidura, si quisiéramos continuar el análisis de la conducta en relación con los restantes elementos

<sup>8</sup> C.C.C., Sala VI, c. 11.670, del 21/3/85, "Martínez, R. E.", en "BJCNACC", año 1985, n° 1, págs. 12 y 13.

del delito, tampoco obra culpable o reprochablemente porque existiría un error de prohibición indirecto, ya que entiende actuar en ejercicio de un derecho, el que, en realidad, no es tal. Empero, no es necesario llevar el examen hasta ese estrato de la construcción sistematizada del delito pues la ausencia de éste resulta, en un nivel muy anterior, de la ausencia de dolo.

Sin embargo, no nos adherimos a la justicia de la resolución por las consideraciones que formula el magistrado disidente: es increíble que el agente no hubiera sospechado la verdadera condición de la cosa; en otras palabras, la alegación de error en circunstancias como las que el fallo permite conocer es, simplemente, pueril.

El dolo, como voluntad realizadora de la conducta prescripta en un tipo objetivo determinado, puede excluir el correspondiente a un delito diferente.

Así, quien busque la autolesión y al hacerlo cause un detrimento a la cosa que usó como instrumento, no habrá cometido daño<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> El imputado golpeó intencionalmente con su cabeza uno de los vidrios de la puerta de acceso a la comisaría, rompiéndolo para autoprovocarse una lesión (C.N.C.C., Sala II, "J.A.", 1992-II-608).

## CAPÍTULO XLVII

### LOS DELITOS DE DAÑOS CALIFICADOS

El artículo 184 del Código Penal prevé cinco agravantes para el delito de daño, que constituyen figuras subordinadas al tipo legal estudiado en el Capítulo anterior, pues en cada uno de los casos la actividad es la descrita por los verbos que en aquél se analizaron.

#### 1. Daño agravado por el fin del autor.

En su inciso 1º, el artículo 184 prevé: “ejecutarse el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones”.

La agravante se funda en el móvil.

Cuando se trata del primer supuesto, es indiferente que logre o no su propósito de evitar la actuación libre de la autoridad; en el caso del segundo, aunque la determinación no agravie efectivamente al agente, puede configurarse si éste obró porque así lo supuso.

No está subsumido en el tipo legal de resistencia a la autoridad y no guarda relación de especialidad con aquélla<sup>1</sup>.

#### 2. Daño agravado por el efecto en el objeto.

El inciso 2º fundamenta la mayor represión por “producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos”.

El resultado debe efectivamente causarse; no basta con el peligro de su producción.

<sup>1</sup> T.O.C. n° 2, “Centomo, Diego C.”, del 12/11/92, en “D.J.”, del 20/4/94.

### 3. Daño agravado por el medio empleado.

Por el inciso 3° se aplica la agravante al caso de “emplear sustancias venenosas y corrosivas”.

En este supuesto, el fundamento está en el empleo de los medios descritos, aunque ellos no ocasionen un mal adicional al propio daño que perpetró el agente al usarlos.

Por sustancias “venenosas” se entienden todas aquellas que introducidas en el cuerpo o aplicadas a él, en poca cantidad ocasionen muerte o trastornos graves, y por “corrosivas” las que tienen aptitud para desgastar lentamente una cosa.

### 4. Daño agravado por el lugar y el número de autores.

El inciso 4° prevé la agravante por “cometer el delito en despoblado y en banda”.

Sobre estas circunstancias de la autoría y del lugar corresponde remitirse a cuanto dijimos en el Capítulo V, C, 3, b y c.

### 5. Daño agravado por la naturaleza y función del objeto.

El último inciso del artículo 184 prevé el caso de “ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos; monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos”.

La calidad y función de estos objetos fue determinante de que el daño sobre ellos perpetrado fuese más gravemente sancionado en el Código Penal belga de 1867, antecedente del Proyecto de 1891, que fue el primer proyecto nacional que lo recogió.

Se consideró que encuadraba en esta agravante el daño causado a un vehículo de transporte colectivo.

En la oportunidad, el Tribunal entendió que “...la agravación del delito no atiende al mayor aprecio de la cosa en razón de ser un bien público, sino por ser de aquellos en cuyo resguardo tiene interés la comunidad porque lo usa y lo goza, y en esta categoría se encuentran los colectivos de línea afectados al uso público por ley, concesión o permiso...”<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> C.N.C.C., Sala VII, c. 5170, “Lafranconi, Miguel”, del 23/3/85, en “BJCNACC”, año 1985, n° 1, pág. 14.

La calidad de "bien de uso público" se funda en el destino de la cosa; es decir, su afectación a funciones de interés comunitario, cualquiera sea su estado <sup>3</sup>.

Los transportes colectivos de pasajeros han dado lugar a interpretaciones opuestas sobre esta condición a fin de encuadrar su daño en el tipo básico o en el calificado <sup>4</sup>.

Que no son de "uso público" porque aunque cumplen un servicio de utilidad pública son de propiedad privada y prestan servicios en virtud de un contrato, sin estar a disposición gratuita de quien quiera valerse de ellos no cambiando su carácter dominial tal afectación, fue el fundamento de que el daño inferido a esos rodados se considerase simple <sup>5</sup>.

En cambio, esa afectación al uso y goce del público en general fue el fundamento de la condena dictada en los casos en que, debido al enfurecimiento causado por una incidencia, se causaron destrozos en estos transportes públicos <sup>6</sup> y de su aplicación en la etapa sumarial <sup>7</sup>.

Ha sido encuadrado en la agravante la extracción de un árbol de la vía pública sin la correspondiente autorización <sup>8</sup>.

La ley 17.567 reemplazó todos los supuestos glosados por los siguientes:

"1º) Si el daño fuera ejecutado en cosas de valor científico, artístico, cultural, militar o religioso, cuando por el lugar en que se encuentran, se hallasen libradas a la confianza pública o destinadas al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas;

<sup>3</sup> Así declaró la Sala IV de la C.N.C.C. entendiendo que es daño calificado la tala de árboles en la vía pública sin autorización municipal.

<sup>4</sup> Lo consideraron bien de uso público las Salas IV y III de la C.N.C.C. en causas publicadas en "BJCNCC", 1987-I-56, y "J.A.", 1991-I-618, respectivamente, y no lo entendió así la Sala VII, en "D.J.", 1993-2-1061.

<sup>5</sup> C.C.C., Sala VI, "Di Donato, L. A.", del 5/3/96, en "J.P.B.A.", 100-29. La doctrina corresponde al voto de los doctores González y Elbert. En disidencia, el doctor González Palazzo entendió que ese medio tenía la calidad requerida por el tipo agravado al afectarse a un servicio de uso general, de interés comunitario. Por ello, en caso anterior la misma Sala resolvió en este sentido conformando la mayoría los doctores González Palazzo y Escobar, con la disidencia del doctor González. El T.O.C. n° 18 condenó por daño simple en "Gandin, R. D.", del 9/3/99, en "J.P.B.A.", 107-98.

<sup>6</sup> T.O.C. n° 25, "Ahmed, A.", del 12/7/96, en "J.P.B.A.", 100-66, y "B. I.", del 17/11/97, en "J.P.B.A.", 102-85.

<sup>7</sup> C.C.C., Sala VII, "Chia Hong Chien", del 25/4/97, en "J.P.B.A.", 104-18.

<sup>8</sup> C.C.C., Sala I, "Sosa, R.", del 8/10/97, en "J.P.B.A.", 101-24, y "García, J. C.", del 26/8/98, en "J.P.B.A.", 105-22.

"2°) cuando el daño recayere sobre medios o vías de comunicación o de tránsito, sobre puentes o canales, o sobre instalaciones destinadas al servicio público de producción o conducción de electricidad, de sustancias energéticas o de agua;

"3°) cuando el daño recayere sobre cosas que formen parte de la instalación de un servicio público y estén libradas a la confianza pública;

"4°) cuando el hecho fuere ejecutado con violencia en las personas o con amenazas;

"5°) cuando el hecho fuere ejecutado por tres o más personas".

Preveía, asimismo, un nuevo agravamiento si alguna de las dos últimas circunstancias concurría con alguna de las tres primeras.

Los autores de la reforma señalaron que habían modificado íntegramente el sistema "por las notorias deficiencias del texto vigente" y aclararon que las agravantes de los incisos 1°, 3° y 5° encontraban un fundamento coincidente con la de los hurtos agravados del inciso 4°, paralelismo con el robo, mientras en el del inciso 2°, la acción no debe crear un peligro común porque entonces sería un delito contra la seguridad común, por cierto más grave<sup>9</sup>.

Estas agravantes estuvieron vigentes hasta que la ley 20.509 derogó a la 17.567, pero las anteriores se restablecieron hasta que la ley 21.338 reimplantó su texto, el que rigió hasta la sanción de la ley 23.077, que hizo recobrar vigor a las del Código de 1921.

Resulta innegable la mejor técnica legislativa de las reformas derogadas, algunos de cuyos supuestos pueden estar incluidos en las fórmulas nuevamente vigentes. Tal el caso del último inciso actual respecto del primero de la ley derogada, o del penúltimo vigente y el último del cuerpo anterior.

Sin embargo, se advierte la necesidad de reimplantar la agravante para los supuestos de los incisos 2° y 3° de las leyes 17.567 y 21.338, así como debiera mantenerse el primero del texto vigente.

Este último, inclusive, podría ser ampliado a todo supuesto en que el autor obre en venganza por no haber alcanzado el resultado propuesto en la comisión de un delito.

<sup>9</sup> "ADLA", t. XXVII-C, pág. 2894.

## CAPÍTULO XLVIII

### EXCUSA ABSOLUTORIA

El último capítulo del título prevé lo que en la teoría jurídica del delito es una excusa absolutoria.

Esto es, la descripción de supuestos en que el injusto penal reprochable a su autor *no merecerá pena*.

En otras palabras, el comportamiento típico, antijurídico y culpable no genera la consecuencia que usualmente produce: el daño a un bien jurídico del agente, sea su libertad, su propiedad o el ejercicio de ciertos derechos, esencia de la sanción penal.

La exención está regulada en el artículo 185.

Su texto reza: *“Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:*

*”1°) los cónyuges, ascendientes, descendientes, y afines en la línea recta;*

*”2°) el consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;*

*”3°) los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.*

*”La excepción establecida en el párrafo anterior no es aplicable a los que participan del delito”.*

Este precepto se mantuvo inalterable en nuestros antecedentes legislativos y reconoce su fuente en el Código Penal español de 1870, al que pocas modificaciones efectuó en la materia su reforma de 1932<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La lectura de esa fuente demuestra la inocultable semejanza: *“Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los robos sin violencia o intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones, apropiación indebida o daños que recíprocamente se causaren: 1°) Los cónyuges, ascendientes o descendientes o afines en la misma línea. 2°) El consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona. 3°) Los hermanos y cuñados, si vivieren juntos.*

La antijuridicidad de la conducta deja el remanente de las responsabilidades civiles que el precepto expresamente exceptúa al proclamar la exención de la criminal y de esta última para los partícipes, que también recuerda de manera explícita.

Es antigua la doctrina que ha encontrado el fundamento de esta suerte de exención en "*motivos transitorios y de conveniencia, correspondiendo a lo que se ha llamado política dentro del derecho penal*"<sup>2</sup>.

Así, además de *excusas absolutorias*, se las ha denominado "*causas personales que liberan de la pena*" —von Liszt—; "*causas de impunidad*" —Vidal o Núñez—; "*causas de extinción respecto de ciertos delitos*" —Altavilla—; "*causas personales de exclusión de la punibilidad*" —Santoro—.

Este concepto tiene consecuencias procesales. Por tratarse de un tema relativo a la punibilidad del hecho debe ser resuelto en aquella decisión *que ponga fin* al proceso: el sobreseimiento o la sentencia<sup>3</sup>.

Aunque no puede omitirse la mención a la discrepancia doctrinaria entre quienes sostienen que la *punibilidad* es un elemento del delito —el último en el orden analítico— los que la conciben como la mera *consecuencia* de que concurren los demás, tampoco hemos de olvidar que esta obra no es el lugar apropiado para su exhaustivo desarrollo pues las posturas no inciden en el estudio de los supuestos enumerados por la ley penal argentina.

Recordaremos, sí, que las decisiones judiciales aplican tales consecuencias, derivadas de la naturaleza jurídica que la eximente tiene, y han declarado desde antiguo que "*no hace desaparecer el delito, y que los partícipes, si los hubiere, podrían ser perseguidos*"<sup>4</sup>; que "*puede reivindicarse la cosa hurtada por*

---

*La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaran del delito*" (artículo 564).

<sup>2</sup> Así se expresaba en 1879 Luis Silveira: "...considera el legislador, en efecto, más útil tolerar el delito que castigarle, aun conociendo que existe delito y que hay personas que de él pudieran responder. Las preocupaciones dominantes en diversos órdenes de ideas, la constitución actual de la familia, no separada y distinguida de las demás sociedades totales, con su jurisdicción peculiar y propia en lo penal, llevan, como consecuencia, el que se use, respecto a ciertos hechos, de esta benignidad..." (citado por Jiménez de Asúa, *Tratado...*, t. VII, 1959, pág. 138).

<sup>3</sup> Cám. Crim. y Correc., Sala II, causa 22.311, del 22/12/93, en "J.P.B.A.", 88-108.

<sup>4</sup> C.C.C., del 7/6/35, en "J.A.", 50-981.



*el hecho de subsistir el delito*"<sup>5</sup>; o que "*sólo desaparece la punibilidad*"<sup>6</sup>.

Resulta elocuente: la ley dice "hurtos", "defraudaciones", "daños" porque *hubo injustos penales reprochables a su autor* pero dado el personal vínculo que le une con la víctima, *él y sólo él* no sufrirá pena, *aunque responderá por los efectos civiles* de un comportamiento que, además de oponerse al orden jurídico, era exigible que no lo observase.

La elección de los delitos amparados por la excusa es una pauta cierta para conocer la *ratio legis* que el precepto reconoce.

Está exceptuado el robo que tiene un componente de fuerza física.

Exclusión moralmente indiscutible cuando se trata de la violencia en las personas, aunque resulta opinable en el caso de que se desarrolle sobre las cosas.

El antecedente de la legislación española que citamos en el punto precedente<sup>7</sup> incluye el robo cuando es perpetrado *sin violencia o intimidación en las personas*.

No puede soslayarse la contradicción de que mientras esté excluido el robo que no afectó a la persona de la víctima resulten, en cambio, amparados algunos hurtos calificados —a los que íntegramente debe incluirse, ya que la letra legal no efectúa distinciones— y que, como el hurto calamitoso, entrañan en su oportunidad y modo comisivos una carga de violencia espiritual que puede ser incomparablemente superior al hecho de vencer la mera resistencia de la cosa para consumir un robo.

De donde, para cumplir un objetivo de mayor coherencia, debiera contemplarse la exclusión de ciertos hurtos, o bien la inclusión del robo con fuerza en las cosas.

También materia para meditar es la ausencia de la usurpación que, fuera de ciertos casos —como el que se comete por violencia—, no parece más grave que esos mismos hurtos o que ciertas defraudaciones.

Por ello es que el capítulo, alejado como ya dijimos, de todas las modificaciones padecidas por el Código Penal en las últimas décadas, debiera ser materia de algunos cambios o, por lo menos, de un especial estudio para propiciarlos o descartarlos.

<sup>5</sup> C.C.C., del 14/6/35, en "Fallos", 11-344.

<sup>6</sup> S.C. de Tucumán, del 19/7/51, en "L.L.", del 20/5/52.

<sup>7</sup> Ver nota número 1.

Más allá de estas consideraciones *de lege ferenda*, una consecuencia insoslayable de la naturaleza de esta eximente es el carácter taxativo de los supuestos contemplados ora en cuanto a los delitos, ora en lo que a los vínculos se refiere.

Así, entre los primeros se ha descartado la insolvencia fraudulenta<sup>8</sup>.

Respecto a los segundos, se ha dicho que las significativas conquistas jurídicas logradas en los últimos tiempos para la relación concubinaria en materia civil, laboral o previsional no pueden trasladarse al derecho penal acudiendo a la analogía y pretendiendo aplicar el beneficio a quienes convivan, conformando, de ese modo, una larga lista de excepciones a la pena prevista en cada caso.

Ello porque la inclusión expresa de los cónyuges se funda en la necesidad de preservar el núcleo familiar por sobre los perjuicios que puedan causarse patrimonialmente a través de la comisión de ciertos delitos<sup>9</sup>.

Si puede admitirse que colisionan dos concepciones diferentes sobre lo que se busca proteger con esta eximente: la familia como institución jurídica o el grupo natural formado a partir de la pareja, lo único cierto es que al tratarse de una excepción a la estructura en que se apoya el ordenamiento penal, los cambios han de efectuarse en la propia ley y no pueden ser producto de su aplicación judicial.

<sup>8</sup> C.C.C., Sala II, del 7/7/89, en "L.L.", 1989-E-76, citado por Ossorio y Florit, ob. cit., pág. 466.

<sup>9</sup> C.C.C., Sala VI, del 21/6/94, "Denti, D.", en "J.P.B.A.", 91-39. Con cita de Núñez, se dijo que la enumeración es taxativa porque se trata de una excepción a la regla, concedida bajo condiciones determinadas a autores también determinados, por lo que su extensión por vía interpretativa es inadmisibile.

Debe destacarse la disidencia del doctor González Palazzo, quien también con cita de Núñez, sostuvo que el propósito del legislador es la preservación de la organización familiar, subordinando a dicha estructura lo económico o puramente material no importando si es el fruto de una voluntad exteriorizada socialmente de conformidad con las normas civiles y del trato social, pues el bien jurídico protegido es desde el grupo hacia adentro, y no respecto al marco social o al ámbito de convivencia público. Según el magistrado, la ley defiende la continuidad de la pareja y de sus consecuencias, el gen y el clan de la originaria estructura romana.

Por fin, entendió que tampoco puede desconocerse al concubinato, siendo que la convivencia es el fundamento de la eximente para hermanos y cuñados.

Obviamente, la calidad de cónyuge no ofrecía mayores dificultades en un régimen de matrimonio indisoluble, como era el vigente a la época de sanción del precepto que comentamos, pero la reforma de aquél impuso la necesidad de resolver situaciones polémicas.

Es evidente que ese vínculo sólo puede provenir del matrimonio legítimo, pero también que sólo puede desaparecer por la disolución de éste, circunstancia que antes sólo era admisible con su nulidad, y desde la sanción de la ley 23.515 con el divorcio vincular.

Por ello fue amparado por la excusa absolutoria quien se separó legalmente de su consorte, pero sin mediar aquella especie de divorcio<sup>10</sup>.

Y, en cambio, se lo consideró ajeno al imputado cuya constitución en mora fue posterior a la disolución del vínculo conyugal<sup>11</sup>.

Sin embargo, después de la disolución del matrimonio, el cónyuge queda unido por parentesco por afinidad a los parientes consanguíneos del otro<sup>12</sup>.

La aparente incoherencia que provoca el hecho de que, para la aplicación de esta eximente, se siga unido a los parientes de sangre de aquel respecto a quien se dejó de ser cónyuge por efecto de la disolución vincular, es otra cuestión que reclama un tratamiento legislativo del precepto que comentamos.

<sup>10</sup> C.C.C. San Martín, Sala II, del 24/3/94, "Verna", en "J.P.B.A.", 89-147.

<sup>11</sup> C.C.C., Sala I, "Barreto, N. A.", del 23/8/98, en "J.P.B.A.", 105-45.

<sup>12</sup> Así resolvió la C.C.C., Sala VII, con cita de Borda, *Tratado de Derecho Civil. Familia*, t. I, págs. 24/25. "Sambiasi, N.", del 15/10/92, en "J.P.B.A.", 81-44.



## BIBLIOGRAFÍA

- AFTALIÓN, Enrique: *Por la incriminación penal de la usura*, en "L.L.", t. 92, pág. 885.
- ARGERI, Saúl A.: *Cuenta corriente mercantil*, en "L.L.", t. 1978-C, Sec. Doctrina, págs. 1064 y ss.
- BACIGALUPO, Enrique: *Sistema del error sobre la antijuridicidad en el Código Penal*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1972, n° 1, pág. 70.
- BORDA, Guillermo: *Manual de Derecho de Familia*, 17ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1997.
- *Tratado de Derecho Civil. Familia*, t. I, 8ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1989.
- BORINSKY, Carlos: *Derecho penal del cheque*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973.
- BUOMPADRE, Jorge E.: *El hurto de cosas transportadas*, en "L.L.", t. 1987-C, pág. 828.
- CARRARA, Francisco: *Programa de derecho criminal*, Ed. Temis, Bogotá, 1957, vols. I y II.
- *Código Penal de la Nación Argentina*, ed. oficial, Buenos Aires, 1922.
- CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.
- CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho Penal*, Barcelona, 1948, t. II.
- DAMIANOVICH, Laura T. A.: *Desbaratamiento de derechos acordados a terceros*, en "L.L.", del 9/12/76.
- *El delito de usura*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1985.
- *El valor penal del silencio*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", abril-junio de 1970, n° 2, pág. 158.
- *Evolución jurisprudencial del concepto penal del domicilio*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", octubre-diciembre de 1969, n° 4.
- DAMIANOVICH, Laura T. A., y ROJAS PELLERANO, Héctor F.: "Delitos contra la propiedad", en *Manual de derecho penal. Parte especial*, dirigido por Ricardo Levene (h.), capítulo IX, Víctor P. de Zavallía Editor, Buenos Aires, 1976.

- DÍAZ, Emilio: *El Código Penal para la República Argentina*, 3ª ed., Buenos Aires, 1928.
- Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia Española, 21ª edición, 1992.
- Fallos plenarios de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal*, Ministerio del Interior, año 1970, t. II.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de derecho penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, ts. V y VI.
- FRÍAS CABALLERO, Jorge: *Acción constitutiva del delito de hurto*, en *Temas de Derecho Penal*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1970.
- *El proceso ejecutivo del delito*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956.
- GÓMEZ, Eusebio: *Leyes penales anotadas*, Buenos Aires, t. III.
- *Tratado de derecho penal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, t. IV.
- GONZÁLEZ ROURA, Octavio: *Derecho penal*, Buenos Aires, 1925, t. V.
- GROIZARD y GÓMEZ de la SERNA, Alejandro: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Madrid, 1897.
- HENDLER, Edmundo: *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1978, n° 1.
- JIMÉNEZ de ASÚA, Luis: *Tratado de derecho penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1959, ts. III y VII.
- LEVENE (h.), Ricardo: *Manual de derecho penal. Parte especial*, Víctor P. de Zavallía Editor, Buenos Aires, 1976.
- LLAMBÍAS, Jorge J.: *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t. II, 8ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires.
- MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Temis, Bogotá, 1956, t. V.
- MALAGARRIGA, Carlos C.: *Código Penal*, Buenos Aires, 1927, t. II.
- MILLÁN, Alberto S.: *Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.
- *Nuevo régimen penal del cheque*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- MOLINARIO, Alfredo J.: *Derecho penal. Parte segunda*, Buenos Aires, 1943.
- MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, Génova, 1748.
- MORENO (h.), Rodolfo: *El Código Penal argentino y sus antecedentes*, Buenos Aires, 1922, t. V.
- NÚÑEZ, Ricardo C.: *Delitos contra la propiedad*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951.
- *La reforma del Código Penal*, en "L.L.", t. 129, pág. 1199.

- *Tratado de derecho penal argentino. Parte especial*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, t. V.
- ODERIGO, Mario: *Código Penal anotado*, 3ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1957.
- *Por precio*, Buenos Aires, 1972.
- OSSORIO Y FLORIT, Manuel: *Código Penal de la República Argentina*, 11ª ed. actualizada por Marco A. Rufino, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1999.
- PACHECO, Joaquín Francisco: *El Código Penal concordado y comentado*, t. II, 5ª ed., Madrid, 1881, y t. III, 1ª ed., Madrid, 1848.
- PECO, José: *Proyecto de Código Penal*, Universidad de La Plata, 1942.
- RAMOS, Juan P.: *Curso de derecho penal*, 3ª ed., Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1942, t. VI.
- RIVAROLA, Rodolfo: *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1890, t. II.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1975.
- RUBIANES, Carlos J.: *Código Penal. Su interpretación jurisprudencial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, ts. II, IV y V.
- SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1978, t. IV.
- SPOLANSKY, Norberto E.: *El delito de desbaratamiento y el contrato de locación*, en "L.L.", t. 1975-B, pág. 797.
- *Estafa por omisión y nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo*, en "J.A.", t. 1980-III, pág. 538.
- TERÁN LOMAS, Roberto A. M.: *El cheque ante el derecho penal*, Rosario, 1945.
- TIEGHI, Osvaldo N.: *Tratado de criminología*, 2ª ed., Ed. Universidad, Buenos Aires, 1996.
- URE, Ernesto J.: *El delito de apropiación indebida*, Buenos Aires, 1943.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1983, t. III.