



Casos especiales de Defraudación

Por Pedro Rodriguez

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

1. *El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio;*
2. *El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;*
3. *El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;*
4. *El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero;*
5. *El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;*
6. *El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos;*
7. *El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;*
8. *El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante;*
9. *El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos;*



10. El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos;

11. El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía;

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

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

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

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

16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)".-



LOS TIPOS ESPECIALES DE ESTAFA

El Código Penal en su art. 173 combina tipos especiales de estafa (incisos 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 12° y 13°), juntamente con los denominados abusos de confianza (de los incisos 2°, 7°, 11° y 14°), finalmente las leyes Nos. 25.930 y 26.388 agregaron las defraudaciones con tarjetas de compra, crédito o débito y las defraudaciones con medios informáticos respectivamente.

Todas requieren tal como se viera en el caso de la estafa del art. 172 el engaño, el error de la víctima, la disposición patrimonial y el perjuicio económico de la víctima.

La aclaración inicial del art. 173 nos remite a ello cuando dice que “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: ...”.

DEFRAUDACIÓN EN LA SUBSTANCIA, CALIDAD O CANTIDAD DE COSAS.

El art. 173 del Código Penal es su inciso 1° tipifica al “...que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio

En primer lugar la norma implica la existencia de un contrato o de un título obligatorio que implique la entrega de cosas, en el curso del cual el autor defrauda mediante engaño, maquinación o ardid específicamente en la substancia, calidad o cantidad de las cosas perjudicando así a la otra parte.

El contrato más común en este delito es la compraventa, pero puede tratarse de un mutuo o de cualquier otro acto jurídico bilateral con prestaciones recíprocas, no así los de título gratuito como las donaciones, en tanto no hay perjuicio.

Allí el agente despliega un ardid engañando a la otra parte respecto de la substancia de la cosa, es decir su naturaleza o esencia (ej entregando un anillo de metal dorado por uno de oro), respecto de su calidad (caso de la leche en polvo provista para un programa estatal para lactantes que resultó ser común o del combustible para automotores adulterado), o respecto de su cantidad referida esta al número de objetos acordado, su peso o medida, sólo en tanto medie engaño o ardid al respecto.



En ese mismo sentido, no es típica la falta de entrega de lo pactado en tanto implica un incumplimiento de contrato reclamable en sede judicial, sino el engaño que haya llevado a error al acreedor en cuanto a las calidades o cantidades de cosas entregadas.

La consumación en este caso es al momento de la entrega de la cosa, el delito admite tentativa.

Se trata de una figura dolosa que exige dolo directo, una conducta desaprensiva en la entrega de cosas que conforme las circunstancias fueran de difícil control, no alcanza a conformar el tipo subjetivo.

LA RETENCIÓN INDEBIDA

Aquí el art. 173 inciso 2º del Código Penal, reprime al que “con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.”

La defraudación por retención indebida es un tipo especial de defraudación por abuso de confianza. Exige como presupuesto del delito la existencia de una relación jurídica entre el dueño o tenedor legítimo de la cosa y el que ejerce la retención, en tanto la acción típica se configura tanto por negarse a restituir la cosa como por no restituirla a su debido tiempo, esto es vencidos los términos legales o acordados.

La negativa a restituir la cosa implica una exteriorización de la voluntad de forma explícita, expresada en palabras o a través de conductas que la simbolicen.

Se diferencia de la falta de restitución en tiempo oportuno en esto mismo, aquí también la obligación de devolver existe, sólo que no se cumple. En tal caso, si el tiempo de devolución no fue establecido contractualmente o no surge de la ley o de las circunstancias, requiere intimación fehaciente de parte del propietario o tenedor legítimo o su representante legal.

En consecuencia se trata de un tipo omisivo donde basta que el autor se niegue expresamente a restituir o no restituya en tiempo debido la cosa, sin perjuicio de ello, alguna parte de la doctrina enrolada en la denominada “teoría de la apropiación”, señala que el delito consiste en la apropiación de la cosa, en la conservación o disposición de la cosa como si fuese propia, cuando se comporta como el mismo dueño, lo que va más allá de lo que literalmente el tipo legal establece.



En realidad la figura no protege sólo la propiedad, el dominio, de la víctima sobre la cosa sino también la tenencia.

Si no fuera así el que retiene algo ajeno para exigir el cumplimiento de una obligación, fuera de los casos legalmente autorizados (vg. Arts. 1558 y 2218 del C. C.), no cometería delito alguno.

Excepcionalmente en ciertos casos la retención es el ejercicio de un derecho consagrado por el art. Art. 3.939 del Código Civil, que señala 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 esa misma cosa”.

Esta norma se “concreta” en el caso del contrato de depósito en el que el art. 2218 del Código Civil autoriza al depositario a retener la cosa depositada, hasta el pago de lo que se le deba por el depósito, pero con la aclaración que ello no incluye la remuneración que se le hubiere ofrecido ni la reparación de los perjuicios que la cosa le hubiese causado. También en la locación donde conforme el art. 1558 del C. C. el locador para asegurarse el “pago del precio, puede retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que se halle amueblada, garnecida o provista, y pertenezcan al locatario...”.

Claro que en estos casos no está autorizado a venderlos o subastarlos, sólo puede ejercer la retención para asegurarse el cumplimiento de las obligaciones del deudor y hasta los límites de esas obligaciones.

Esto salvo en el caso del contrato de depósito irregular (art. 2189 del C. C.) de dinero o cosas consumibles sin caja cerrada o en los que el depositante autorizara al uso, en cuyo caso la cosa depositada pasa al dominio del depositario (art. 2191 del C. C.) por lo que se opera un modo de adquisición del dominio.

ESTAFAS MEDIANTE SUSCRIPCIÓN DE DOCUMENTO

El Art. 173 inc. 3º del Código Penal establece “El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento”

El tipo objetivo, la acción típica:



La estructura de este delito, al igual que otras defraudaciones, contiene la descripción del medio comisivo que es la suscripción con engaño de algún documento para luego cometer con él una defraudación en su contra o de un tercero, posibilitando de ese modo la disposición patrimonial perjudicial.

En tal sentido se ha dicho que “el tipo requiere una conducta engañosa que induce a otra persona a suscribir (firmar) un documento, de lo cual deriva un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo (Buompson, Jorge en Código Penal... Baigún y otros tomo VII, pág 209).

En definitiva el delito se prepara con el requerimiento engañoso de la firma en el documento de parte de la víctima para luego utilizarlo en forma defraudatoria, como por ejemplo quien hace suscribir una constancia de entrega de mercaderías que en realidad no fueron entregadas para luego exigir el cobro de la suma al comerciante que no recuerda que, en realidad no las recibió, o cuando aprovechando una distracción o el apuro del damnificado se le hace firmar un pagaré o un recibo de dinero que no le fue dado.

La firma que hace el damnificado es voluntaria, siendo que es engañado en cuanto a las características del instrumento.

Son irrelevantes las cláusulas declarativas que pueda contener el documento, y que suelen existir, en el sentido de que el firmante está en el pleno conocimiento de su contenido y que lo suscribe voluntariamente, si las pruebas revelan que se le mintió sobre la finalidad a la que estaba destinado el instrumento.

Es esencial determinar el momento consumativo, que, más allá de la redacción de la norma que pareciera que el núcleo típico es el hacer suscribir, indudablemente se perfecciona con la transferencia o disposición patrimonial perjudicial, con lo cual la sola suscripción previa del documento consistirá en un acto preparatorio propio de la tentativa salvo el caso de los actos jurídicos en los que con la firma se produce la disposición patrimonial. Ello conforme es la doctrina uniforme en nuestro país.

El delito indudablemente es doloso y aquí el dolo directo del autor se extiende al acto preparatorio de la firma, a diferencia del caso del abuso de firma en blanco donde bien puede el agente haber actuado con un mandato lícito de quien le confía el documento firmado, que luego desvirtúa en su perjuicio.



Concurso con otros delitos: Este delito, aún cuando no se haya consumado la defraudación implica un concurso ideal con la falsedad de instrumento público o privado según el caso, ya que lo que hace el autor al hacer firmar a la víctima (o a un tercero) es hacer “en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio” (art. 292 C. P.).

ESTAFIA POR ABUSO DE FIRMA EN BLANCO

El Art. 173 inc. 4º del Código Penal establece: “El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero”.

Esta figura penal al igual que la anterior requiere la existencia de un acto previo como es la suscripción de un documento en blanco por parte de la víctima, pero a diferencia del caso del inciso 3º del Art. 173 del Cód. Pen., el autor puede o no haber tenido una finalidad estafatoria al requerir u obtener la firma en blanco, la que es voluntaria y pudo ser legítimamente habida, ya que lo que constituye delito es torcer el objeto para el cual le fue confiada realizando un acto dispositivo patrimonial que le perjudica.

Es que el delincuente burla la confianza que se le ha depositado perjudicando al firmante, confianza que menciona el art. 1016 del Código Civil cuando autoriza que “La firma puede ser dada en blanco antes de la redacción por escrito. Después de llenado el acto por la parte a la cual se ha confiado, hace fe siendo reconocida la firma”.

Aunque la doctrina no es pacífica sobre si es un caso de estafa (Núñez, Creus, Buompadre) o si se trata de una defraudación por abuso de confianza, entiendo que es esta última la modalidad preponderante, ya que la firma en blanco que contiene el documento implica aquí una autorización o un mandato para que el tenedor del documento complete su contenido o lo utilice conforme un mandato o un acuerdo establecido, mandato o acuerdo que luego viola o transgrede el autor en perjuicio del firmante, redactando un texto diferente.

Entonces el elemento objetivo es la defraudación que se comete contra el que confió su firma o el documento así firmado.



Así parece decirlo el texto legal del propio art. 173 inc. 4°, cuando define al ilícito como el abuso de la firma en blanco. Ello equivale a sostener que la firma en blanco es legítima y constituye un acto voluntario y lícito, ello conforme al art. 1016 del Código Civil, la escritura posterior de un texto contrario en el documento, es lo que burla la confianza de la víctima y configura el delito.

No es necesariamente el caso de inducir en un error al firmante en blanco de un modo previo al llenado abusivo del documento, la decisión delictiva puede ser posterior, porque lo que cuenta es que se abuse de la confianza inicialmente depositada, no que la firma en blanco fuera requerida bajo engaño.

Es que "...lo que castiga el inc. 4° del art. 173, C.P. no es el llenado del documento en blanco sino el abuso mismo en que el acreedor incurre al hacerlo" C.N.Crim. y Correc. Sala IV. F, A L 28/02/05 c. 25.851).

En ese sentido se resolvió que incurre en esta figura el administrador de una estación de servicio que guardó un pagaré firmado por uno de los dueños, que legítimamente le fuera entregado entre muchos otros para obtener financiamiento de eventuales prestamistas y lo llenó tiempo después con una importante suma haciéndolo ejecutar judicialmente por un tercero codelincuente (TOC n° 7 CF causa 798 15-5-2000 "Lorasque y Dávalos").

Contrariamente, si el autor no ha obtenido lícitamente la firma o el documento firmado, por ser consecuencia de violencia, engaño o coacción o por robo o hurto y luego lo utiliza para defraudar, comete el delito de estafa del art. 172 del C. P. (Camara Nacional Criminal y Correccional Sala IV, 18-9-84 1984-3-302 y Sala VII 28-6-1990 JA 1994-II-síntesis).

Esta figura admite la tentativa sólo a partir del llenado abusivo del documento, como cuando se consigna en el cheque una suma superior y no puede hacerse efectivo el cobro por cualquier circunstancia (vg. por insuficiencia de fondos C. Nac. Crim y Corr., sala VI, 23-10-1981 "Poo, E. D.")

Concurso con otros delitos.

Cuando con el posterior llenado de un cheque firmado y en blanco el agente practica una extracción bancaria, aunque luego se negare a restituir el dinero, es esta figura del art. 173 inc. 4° la que debe aplicarse por cuanto es la figura especial. Ello ya que la disposición patrimonial se obtiene mediante el acto abusivo de la utilización del documento firmado en blanco, con lo que debe diferenciarse de la defraudación por retención indebida en el caso. En contra y sosteniendo que hay dos delitos independientes C. Nac. Crim y Corr., sala III, 25-9-1979 en "Giocondo, Norma B."



Aquí también del mismo modo que en el caso de la estafa por suscripción de documento, puede darse concurso ideal con la falsedad de instrumento público o privado si con la firma en blanco se confecciona un documento nuevo, ya que al usar la firma en un documento con otro contenido diverso a la voluntad del otorgante se hace “en todo o en parte un documento falso … de modo que pueda resultar perjuicio” (art. 292 C. P.).

EL HURTO IMPROPIO

El art. 175 inc. 5º del Código Penal reprime a “El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero”.

Esta norma proviene del proyecto Tejedor que la tomó del Código Español de 1848, que incriminaba al que siendo propietario de la cosa la había cedido para su uso o tenencia y la sustraía a su legítimo poseedor.

La acción punible no protege en forma directa a la propiedad, sino a la tenencia legítima, en tanto la cosa que se sustraer es de propiedad del mismo individuo que se apodera de ella.

No es estrictamente una estafa ya que puede no mediar ningún engaño en la sustracción ni tampoco podría ser un hurto cuando el autor es el dueño, por lo que se la ha caracterizado como “una especie de defraudación” (Buompadre op. cit.), porque implica una “frustración de los derechos originados en una tenencia acordada” (Creus) tanto que también se la ha denominado “defraudación por sustracción”. Esta definición favorece la distinción del hurto .

La figura tiene los siguientes requisitos objetivos:

- a) Se aplica a la sustracción de cosas muebles.
- b) El autor sólo puede ser el propietario de las mismas (sujeto activo).
- c) Los bienes deben estar bajo la tenencia legítima (vg. locación, comodato, depósito judicial de un bien embargado, derecho de retención, etc.) de un tercero.
- d) Debe configurarse un perjuicio patrimonial para el tenedor o un tercero a resultas de la sustracción.

La acción típica implica que “en la dinámica objetiva de este delito, el sujeto pasivo no entrega voluntariamente la cosa que tiene en su poder sino que le es tomada (sustraída) por el autor, sin



violencia ni engaño, sino furtivamente, esto es sin su anuencia o consentimiento” (Buompadre, Jorge en Código Penal...Baigún, Zaffaroni y otros tomo VII, pág 219).

Sin embargo, la utilización de un engaño para llevar a cabo la sustracción que es corriente en este delito (como quien invoca contar con orden judicial o autorización del tenedor para retirar el bien) no afecta a la tipicidad en tanto también es un modo de sustraer.

Concurso con otras figuras: En el caso de “recuperar” ilícitamente el dueño el bien que le fue embargado judicialmente, si media connivencia con el depositario, a este último le sería aplicable la figura del depositario infiel (art. 263 del Código Penal) siendo el propietario partícipe ya que no implica sustracción.

Si mediaren amenazas para la ejecución de la sustracción contra el tenedor legítimo de la cosa, se produce un concurso ideal (art. 54 del Código Penal) entre el delito de amenazas coactivas (art. 149 bis, apartado 2º del Código Penal) y el hurto impropio, por la relación de medio a fin, aunque una solución distinta resolviéndose por el concurso real se aplicó por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I, el 3-2-86 en “Rebisso”.

Quien desapodera al copropietario o condómino con el que tiene parte de la cosa comete hurto o robo según el caso conforme las previsiones del art. 162 o 164 del C. P. y en tanto esta norma se aplica a situaciones de tenencia legítima.

LA ESTAFIA MEDIANTE CONTRATO O RECIBO FALSOS

El art. 173 inciso 6º del Código Penal reprime al que “otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos”.

La acción típica consiste en la utilización de contratos o recibos simulados o falsos, pergueñados entre dos personas (que pueden ser autores o codelincuentes necesarios de la estafa) para perjudicar a un tercero. En ambos casos del contrato fingido o del recibo falso, estos actos configuran un medio ardidoso para llevar a la víctima a suponer solvencia, derechos sobre el bien propiedad de la víctima o un crédito inexistente para así producir un desplazamiento patrimonial del damnificado.

En este sentido el acto tiene que estar destinado a defraudar al damnificado, a hacerle incurrir en un error o convicción de tal magnitud que le determine a realizar el acto dispositivo patrimonial. En ese



terreno, no cualquier simulación o falsedad puede tener esa relevancia y en todo caso deberá demostrarse la colusión entre sus otorgantes con esa particular finalidad.

Es por ello que el delito se consuma recién con la producción de este perjuicio, siendo la simulación o falsificación, cuando tiene dicha finalidad, un acto propio de la tentativa.

Hablamos de finalidad porque se trata, evidentemente de un delito que sólo admite el dolo directo del delincuente y del partícipe, por lo que no alcanza la comprensión de la falta de autenticidad del acto, sino que exige el conocimiento de que implicará un perjuicio a un tercero.

Se ha señalado (Buompadre op cit pág 223) que el traspaso simulado de bienes para sustraerlos de la acción de acreedores no constituye este delito, lo que sí podría constituir, en su caso, insolvencia o quiebra fraudulenta (art. 176 inciso 1º del C. P.), ya que se entiende que aquí la víctima debe tener algún derecho en particular sobre el bien que se finge transmitir y no únicamente a su integración al patrimonio del deudor en función de garantía para su eventual ejecución.

En este sentido se ha resuelto que no incurre en este delito “el procesado que simulara una deuda hipotecaria para no pagar la contraída con el querellante” (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala VII, 18-5-90 en “Speiser c. Batalla López LL, 1991-D-137).

Concurso de delitos: Si bien la descripción del tipo penal menciona el acto mismo del otorgamiento lo que puede llevar a suponer que el acto mismo de la falsificación y la defraudación que se produce con la misma se encuentran subsumidas, no obstante habrá un concurso ideal (art. 54 del C. P.) entre ambas ilicitudes en todos los casos en que no hubiere una afectación independiente del bien jurídico protegido por el título XII del C. P., la fe pública.

ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

El art. 173 inc. 7º del Código Penal establece que se considerará un caso especial de defraudación y sufrirá la pena del art. 172 “El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;”



Elementos del tipo objetivo:

Es un tipo de estafa que, al igual que la retención indebida o el abuso de firma en blanco, se comete mediante abuso de confianza. Aquí el autor, encontrándose a cargo de la administración o majeno de bienes o intereses pecuniarios ajenos, defrauda la confianza depositada en él con perjuicio del mandante.

Administrar viene de las voces latinas *ad*: a y *ministrare*: servir, que revela que la noción de administración se vincula con el servir a otro, quien a su vez confía la administración o manejo de sus bienes total o parcialmente.

El sujeto activo únicamente puede ser quien tiene a su cargo la administración, el manejo o cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, las que se adquieren únicamente en virtud de una disposición legal (la patria potestad, la curatela, el albacea testamentario, etc.), de un acto de la autoridad (por designación o nombramiento de cualquiera de los poderes del estado) o por un acto jurídico (contrato de trabajo, mandato, poder, comisionistas, locación de servicios, nombramiento de asambleas societarias o consorcios, etc.), es decir que únicamente pueden ser autores quienes en razón de algunas de esas situaciones se encuentren en un rol de garante respecto de los bienes o intereses afectados.

Como la administración implica un contrato complejo con múltiples obligaciones, la ley ha previsto también “el manejo”, para el caso de facultades simples concedidas por la ley, la autoridad o la misma víctima, para la realización de un negocio determinado con bienes o intereses pecuniarios ajenos.

Las conductas típicas: Esta figura describe dos modalidades de conductas equivalentes diversas que son perjudicar los intereses confiados u obligar abusivamente al titular.

Aquí se distingue el “tipo de abuso” del denominado “tipo de infidelidad”.

En el tipo de abuso se perjudica los intereses confiados, el que excediéndose en el ejercicio de su función o cargo, realiza un acto o negocio jurídico contrario a los mismos y con el que provoca una disminución patrimonial, pero también cuando sin disminución del patrimonio le hace perder al titular, en beneficio propio o de un tercero, una ganancia legalmente esperable.

Aquí el autor del abuso que actúa en representación de otro en un negocio o acto jurídico de contenido patrimonial, como puede ser una venta, cesión de derechos, transferencia, locación, etc., violando los deberes inherentes a su función y obligando abusivamente al titular, obtiene un provecho en favor de sí mismo o de un tercero.



Así incurre en administración fraudulenta el que vendiendo o alquilando algo del titular establece un precio vil, o inversamente paga un precio muy alto en una compra o locación o abona honorarios excesivos frente a trabajos que no los valen o a labores o asesoramientos inexistentes, o incluso a una misma reparación o reforma la abona doblemente.

Es también el caso de la cajera del supermercado que, en connivencia con el cliente no “escanea” algunas mercaderías de modo que no se incluyan en el ticket de compra, en cuyo caso el cliente es coautor del delito (Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 C.A.B.A, causa 1040 marzo 2001 “Ledesma y Cari”).

El tipo de infidelidad no requiere que el autor tenga un poder o mandato para ejercer la representación de otro a quien perjudica, sino que basta con que mantenga con éste una relación en la que asume el cuidado de los bienes o intereses ajenos y ejecuta sobre los mismos, una acción que los perjudica, beneficiándose a sí mismo o a tercero.

El medio comisivo en todos los casos lo constituye la violación de los deberes de fidelidad propios de las obligaciones asumidas.

El consentimiento: Mayoritariamente se entiende que el consentimiento del sujeto pasivo constituye una causa excluyente de la tipicidad (por tornar irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico) o como causa de justificación (Buompadre, Jorge en Código Penal...Baigún y otros tomo VII, pág 236), lo que no ofrece dificultades tratándose de personas de existencia física, más este consentimiento, cuando se trata de personas jurídicas no puede inferirse de expresiones o actos permisivos de directivos de la misma, ya que estos son representantes y en tal caso serían partícipes de defraudación.

El dolo: La finalidad del obrar del autor debe ser la de “procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño”, de producirse una afectación patrimonial a raíz de uno o más actos administrativos sin alguna de dichas finalidades (vg por torpeza o negligencia) no hay delito, ello ya que este tipo de estafa se abastece exclusivamente con el dolo directo del agente, el que resulta ser absolutamente incompatible con uno o varios actos de administración deficiente o negligente, aunque alguien haya podido beneficiarse con esta.

El perjuicio. La figura requiere que la conducta provoque un perjuicio sobre los intereses confiados, este perjuicio debe ser un daño real y efectivo y de contenido patrimonial, “cualquiera fuera



el monto que en definitiva surja como perjuicio” (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala VI 8-10-2002 “Verguizas”).

Así también lo tiene resuelto el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires “...de todos modos el elemento del art. 173 inc. 7º del C.P. consistente en perjudicar los intereses confiados se abastece con la sola existencia de perjuicio, debiendo en todo caso computarse su magnitud a la hora de relevar la cuantía del injusto...” (Sala II, causa 8240, RSD 613-6, 3-10-2006).

No obstante ello deberá analizarse la aplicación del principio de insignificancia en los casos en que la acción delictiva no haya sido suficientemente lesiva del bien jurídico protegido.

Aquí, no basta con un riesgo potencial, siendo que en ese caso deberá analizarse la posibilidad de la aplicación de la tentativa, cuando ello deviene de una frustración por causas ajenas (art. 42 del C. P.).

De un modo general no hay mayor dificultad para establecer estas finalidades dolosas en el caso del beneficio operado a favor de sí mismo o de un tercero, cuando hay transferencias patrimoniales con diferencias claramente apreciables o generación de deudas excesivas o sin justificación, pero sí pasa a ser controversial la comprobación del ilícito en los casos en que únicamente se percibe la afectación o daño en los bienes o intereses administrados, sin la constatación de beneficios propios o de terceras personas.

Tentativa: El delito se consuma con el perjuicio causado al patrimonio del damnificado a consecuencia del acto infiel o abusivo sin necesidad que éste produzca un enriquecimiento del autor o del tercero beneficiario del mismo.

Concurso de delitos: cada acto infiel de la administración no es una reiteración ya que la figura apunta a la gestión global del agente (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala V, 14-4-2003 en “Maya” y 9-11-2000 en “Banco de Galicia y otros”). Ello salvo que se trate de distintos actos separados en el tiempo que “no responden a una unidad de hecho predeterminada, sino a una reiteración de conductas consistentes en abusos de confianza en desmedro de un mismo bien jurídico y en perjuicio de los intereses administrados...lo que de por sí impide interpretar que entre dichos sucesos pudiera haber unidad de dolo y por lo tanto que constituyan partes de un mismo hecho delictivo” (Juzg. Fed. N° 7 S 13 dic 2000).

Competencia: Esta se fija por el lugar del acto de administración fraudulenta o en su defecto, a ignorancia de éste o cuando se trata de una pluralidad de conductas desplegadas en diversas



jurisdicciones, el lugar de la sede de la administración o del domicilio del damnificado. Cuando se trata de una rendición de cuentas falsa o incompleta es el lugar donde debe ser presentada el que regula la competencia territorial.

ESTAFA POR SUSTITUCIÓN, OCULTACIÓN O MUTILACIÓN DE DOCUMENTOS

El art. 173 del Código Penal dispone: “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:...8. El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante”.

La acción típica de este delito consiste en defraudar mediante la sustitución, ocultamiento o mutilación de documentación.

En consecuencia son exigibles el resto de los elementos del tipo objetivo de la estafa, tales como el ardid engaño que en este caso lo constituye la sustitución, ocultamiento o mutilación documental y el acto dispositivo patrimonial perjudicial que es su consecuencia.

Sustituye quien reemplaza o cambia el documento por otro con diverso contenido para hacer caer en error a la víctima sobre una determinada situación, relación o condición jurídica o económica capaz de producir la disposición patrimonial.

En esta sustitución el documento que reemplaza puede ser o no falso. También puede tratarse de una sustitución parcial de parte del documento, como quien cambia una o más hojas de un contrato o expediente administrativo.

Oculta procesos, expedientes o documentos quien los sustrae del ámbito donde normalmente deben encontrarse, bien sea escondiéndolos pero también colocándolos en lugares inusuales para que el damnificado no tome conocimiento de sus implicancias o de sus derechos al respecto.

Ocultar es “esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista” (Diccionario R. A. E.).

Así se ha establecido por ejemplo, que incurre en estafa por ocultamiento de documentos, el cónyuge divorciado que oculta recibos y constancias de una asignación familiar para evitar que su



esposa e hijos la percibieran (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 5-8-98 en “Arce” J.A. 2002). No es necesario que se esconda el documento o proceso en lugares inaccesibles, basta con que se lo coloque donde normalmente no se lo encuentre o no se lo tenga a la vista por los interesados, de manera de causar perjuicio (vg. en el cajón de un escritorio ajeno o entremezclado entre correspondencia, recibos o revistas viejas).

Mutilar es “cortar o quitar una parte o porción de algo que de suyo debiera tenerlo” (Diccionario R. A. E) destruyéndolo parcialmente.

El tipo subjetivo de este delito también exige el dolo directo, ninguno de estos actos sin la finalidad estafatoria puede configurarlo, en cuyo caso se tratará de una falsedad documental (art. 292 del C. P.) o en caso de no implicar el perjuicio que requiere la falsificación se tratará de daño calificado (art. 184 incisos 5 y 6 del C. P.).

Las expresiones proceso y expediente están tomadas como sinónimos y forman parte de una enumeración descriptiva que alude en este caso al conjunto de escritos, resoluciones y documentos más o menos organizados, que forman una causa penal o expediente civil o administrativo.

Concepto de documento: Conforme el art. 77 del Código Penal el “término documento comprende toda representación de actos o hechos con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión”, lo que extiende la definición a los medios audiovisuales o gráficos, llevándolo más allá del concepto de instrumento público o privado del Código Civil que exige al menos la firma para considerarlo tal (art. 1012 C. C.). No obstante, aquí en el caso de este inciso 8º del art. 173 del C. P., la expresión “...u otro papel semejante” que le sigue, termina limitando su contenido a los instrumentos escritos y a los medios gráficos, máxime tomando en cuenta que el inciso 16 del mismo artículo abarca específicamente todas las demás manipulaciones de datos informáticos o digitalizados que fueran realizadas con los mismos fines defraudatorios.

De cualquier modo, a partir del amplio concepto de documento del art. 77 del C. P., por el inciso 8 o el 16 del art. 173 del Código Penal, cualquiera fuera la sustitución, ocultamiento, mutilación o manipulación de medios representativos de actos o hechos, con fines defraudatorios ingresará en alguna de dichas normas.

Concurso de delitos: Como el ilícito puede cometerse de otros modos que no implican necesariamente la falsedad de un instrumento público o privado, sino que esta estafa puede perpetrarse



también por la sustitución, ocultamiento o mutilación de otros medios representativos, no hay una relación de subsunción propia del concurso aparente cuando se ejecuta con un delito contra la fe pública, sino un concurso ideal en tanto se inscriba en una relación de medio a fin (art. 54 del C. P.).

ESTELIONATO

El art. 173 del C. P. en su inciso 9º reprime al “que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos”.

El delito conoce dos formas comisivas: La venta, gravamen o arrendamiento de bienes ajenos como propios o el vender o gravar bienes propios que se encuentran gravados, embargados o que fueren litigiosos, ocultando ese carácter.

En ambos casos lo que se tipifica es la venta, el gravamen o el arrendamiento de bienes ajenos como si fueran propios o y la venta o gravamen de bienes litigiosos, gravados o embargados como si fueran libres, quedando entonces excluidos otros contratos o negocios jurídicos (como por ejemplo permutas, cesiones, donaciones, comodatos, mutuos, depósitos, etc.).

La venta es el contrato por el cual una de las partes se obliga a transferir a la otra la propiedad de una cosa y la otra se obliga a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero (art. 1323 del Código Civil).

Como en la compra y venta de inmuebles el Código Civil exige la escritura pública, parte de la doctrina señala que el boleto de compra y venta no es estrictamente una venta, es una promesa de venta, con lo que al suscribírselo no se configura este delito y se tratará de una estafa. Sin embargo la doctrina civil pacífica actualmente establece que si en el denominado boleto de compra y venta se encuentra establecidas las obligaciones principales del contrato de compra y venta, como son la transferencia del dominio para una parte y el pago de un precio cierto para la otra, operan en él todas las características propias de la compra y venta, siendo la escritura pública parte del cumplimiento de las obligaciones contraídas en él. Cuando se suscribe un boleto las partes entienden la una vender y la otra comprar. No tienen en cuenta la escritura, sino como un acto posterior que es requisito legal. Asumen actualmente el



compromiso de hacerse la entrega de las prestaciones recíprocas y entienden que con la escritura se perfecciona la transferencia del dominio.

No obstante, en tanto se ha dicho por nuestros tribunales superiores que el adquirente por boleto es sólo titular de una pretensión personal que no excede el marco de los derechos crediticios al decir y conforme el art. 1183 del Código Civil: “Cuando la forma instrumental fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciese en otra forma”, se constituye un gravamen únicamente cuando se establece un derecho real de garantía sobre el bien como son la hipoteca, la prenda y la anticresis, situación que no se extiende estrictamente a casos en que se lo ofrece como garantía o muestra de solvencia.

Por su lado el arriendo del art. 173 inc. 9 del Código Penal es la locación de bienes del art. 1493 del Código Civil, donde dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa y la otra a pagar por este uso y goce un precio determinado.

Un bien es litigioso cuando está sometido a un juicio bien sea por cuestionarse el derecho a su dominio, posesión o tenencia o cuando por una demanda judicial por obligaciones “propter rem” se encuentra en riesgo su titularidad. No se pueden incluir en ese concepto bienes de las partes en juicio cuando el bien mismo no se encuentra involucrado o cuando se trata de deudas personales del titular o poseedor. Por ejemplo así se encontró atípica la venta de un automóvil con deudas de patentes, por más que se expresara en el recibo “libre de todo gravamen” (Cámara Nacional Criminal y Correccional Sala 7, 3-10-1985 “Genetti” J.A. 1986-II).

Se ha señalado que para la figura del estelionato alcanza con el silencio ya que este es uno de los casos en que hay un deber de decir la verdad, como cuando se vende un bien informando de sus características y estado sin mencionar que se encuentra embargado.

Aquí lo que ocurre es que el silencio provoca el error ya que hace a la naturaleza de la operación de venta, arriendo o gravamen informar de circunstancias que deben ser del conocimiento de la otra parte.

Tipo subjetivo: La figura requiere dolo directo lo que implica el conocimiento efectivo de la situación del bien vendido, gravado o arrendado, por lo cual no se configura con las restricciones al dominio de las que el agente no fue notificado o informado.



Consumación: En tanto se trata de un delito de resultado se consuma con la disposición patrimonial perjudicial de la víctima y admite la tentativa.

Concurso con otras figuras:

En el caso del hurto o robo seguido de la venta de la cosa como propia se configura un concurso real con el delito de estelionato, ya que se trata de conductas independientes, con diversa finalidad y distintas víctimas.

En la usurpación de un bien que luego es arrendado o vendido como propio igualmente se trata de un concurso real, habida cuenta de la multiplicidad de conductas y de damnificados, no obstante se trata de un concurso ideal cuando en la usurpación no mediaron actos violentos o engañosos independientes, sino que se comete alquilando el inmueble ajeno ocultando ello al locatario, allí el locatario es autor mediato que sin saberlo despoja al propietario y consuma la usurpación.

ESTAFA POR SUPUESTA REMUNERACIÓN A JUECES O EMPLEADOS

El art. 173 del Código Penal en su inciso 10 reprime a al que “defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos”.

Esta estafa se comete cuando el agente simulando o mintiendo que ha de remunerar al juez o empleado público para obtener un acto relativo a sus funciones obtiene de la víctima una disposición patrimonial a tal efecto.

La remuneración debe ser falsa, mentida, porque en caso de requerirse para un cohecho activo (arts. 256 y 257 del C. P.) que efectivamente se intenta, queda excluida esta figura y se deberá analizar la conducta conforme las reglas de la participación. Lo mismo si fuera reclamada para el pago de un tráfico de influencias (art. 256 bis del C. P.). Creus sostiene que en casos así el error de la víctima no merece protección jurídica ya que el individuo para configurarse este ilícito debe creer que la remuneración es debida (Creus, Carlos, “Derecho Penal Parte Especial” Ed “Astrea” Tomo I pág 500).

En la actualidad, en realidad la conducta de la víctima que entrega el dinero o bienes, en la generalidad de los casos es preparatoria de un ilícito, nadie ignora que las remuneraciones de un magistrado o funcionario están a cargo del estado, lo es remunerar a un magistrado. El damnificado debería actuar en la creencia que el pago o el beneficio será recibido por el funcionario y es legal. Creus



sostiene que la supervivencia de este tipo no se justifica (Creus, Carlos, “Derecho Penal Parte Especial” Ed “Astrea” Tomo I pág 500). Es anacrónica.

La expresión remuneración debe tomarse en sentido amplio con lo que incluye cualquier recompensa, gratificación o beneficio apreciable económicamente, no obstante lo cual no quedan comprendidas las ventajas o favores de otro tipo, aunque no fueren ciertas, a condición que no hayan implicado una erogación para la víctima.

Puede tratarse de un juez o empleado de cualquier área de la administración pública nacional, provincial o municipal y de cualquiera de los tres poderes, cuyas funciones sean permanentes o accidentales en cargos electivos o por nombramiento de autoridad competente (art. 77 del C. P. cuarto párrafo).

En cuanto al tipo subjetivo, se trata de un delito doloso que requiere dolo directo, en consecuencia el autor obtiene la disposición patrimonial con el pretexto remuneratorio a sabiendas de su falsedad, independientemente de su destino final ya que el pago o los fondos podrían quedar en manos propias o beneficiar a un tercero.

Concurso con otros delitos: Ya vimos que se excluye esta figura, en el caso de concretarse un cohecho e incluso una tentativa de cohecho agrego; pero también son un tipo penal alternativo las exacciones ilegales del art. 266 del C. P. para el caso del tercero que requiere el pago de contribuciones o dádivas con destino a un funcionario público.

DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS

El art. 173 inciso 11 del C. P. pena al “que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía”.

Antecedentes:

Esta norma se incorporó a raíz de los múltiples problemas que se comenzaron a generar en los años '60 por la venta de inmuebles en propiedad horizontal donde, firmado el boleto de compra y venta



y diferida la escrituración, ínterin los titulares dominiales en ocasiones hipotecaban el departamento o volvían a prometerlo en venta sin haber resuelto previamente la operación, por lo que se dictó el decreto-ley 4778/63 que incorporaba el inciso 11 al art. 173 del Código Penal, aunque con una redacción que aludía directamente a la firma de un boleto de compraventa que luego por un acto voluntario imposibilitare la transferencia del dominio en las condiciones acordadas en el mismo. Pero esta norma fue derogada por ley 16.648 junto con otras, por contrariar el art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional, quedando impunes estos hechos al punto que un plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional los declaraba atípicos (Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal en pleno, 30-11-65, “Elías Cusel” J. A. 1966-IV-177).

Se trata de un delito del tipo de defraudación por abuso de confianza, que, al igual que los anteriores, requiere de una relación jurídica previa entre el autor y la víctima, en la que se haya establecido un derecho sobre un bien.

El bien jurídico protegido es el derecho a la seguridad en las relaciones jurídicas que versan sobre transferencias o derechos sobre bienes imponiendo la obligación de abstenerse de actos que puedan afectarlas.

En consecuencia, aunque para algunos se consuma con un resultado, lo cual es cierto cuando en razón del acto jurídico se hace imposible el cumplimiento obligacional del autor, alcanza con el peligro que implica generar una situación de incertidumbre o litigiosidad.

El desbaratamiento, entonces, es el castigo a la deslealtad, no por el mero incumplimiento, sino por el acto adicional, que consiste en un plus, un segundo acto que frustra maliciosamente el primero, del cual surgía una situación de confianza lícitamente originada” (Donna, E. D. Penal, Parte Especial, Tomo II-B, Rubinzal-Culzoni, pág 443).

El tipo objetivo implica básicamente la existencia de una relación contractual previa (no están comprendidas las obligaciones con otra fuente) que, para el autor, genere obligaciones respecto de un bien como la entrega en una compra y venta o en una locación y una conducta posterior de este, subrepticia o imprevista, que a través de cualquier acto jurídico haga imposible, incierto o litigioso el cumplimiento de esas obligaciones.

En punto a la conducta típica hay dos posiciones diferentes al respecto, ya que para la doctrina y la jurisprudencia dominante la conducta típica consiste en realizar un acto jurídico que haga imposible,



incierto o litigioso el cumplimiento de las obligaciones respecto del bien y para algunos autores es preciso que se haya acordado previamente un derecho sobre ese bien y luego en otro acto se haya ejecutado el acto jurídico que las afecta o hace imposibles.

El consentimiento e incluso la aceptación del acreedor para la realización del acto jurídico posterior hace atípica la conducta en tanto la premisa básica es la defraudación por abuso de confianza.

La noción de “bien” aquí tiene todo el alcance del art. 2312 del Código Civil conforme el que lo son tanto las cosas materiales como los objetos inmateriales susceptibles de valor, ya que aquí conforme la doctrina de la CSJN (CSJN 28-9-89, “Martino, Cándido”) se extiende a los objetos inmateriales en tanto “...el legislador no ha efectuado distinción entre los derechos cuyo desbaratamiento se castiga por afectar la propiedad”.

En contra se ha sostenido que los medios señalados: enajenación, remoción, retención, ocultamiento o daño son ejemplificativos en cuanto demostrativos de actos jurídicos sobre bienes que pueden crear dicha situación, los que constituyen aquí una evidente delimitación del ámbito de aplicación de la disposición.

Los medios típicos son tornar imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación sobre el mismo.

Tornar es equivalente a a mudar o transformar un derecho en situación, estado o relación, lo que significa que la acción del sujeto convierte en imposible o litigioso lo que en un momento no lo era (Spolansky, Norberto “La estafa y el silencio”, p. 116)

Hacer imposible es generar, con actos posteriores, dificultades insalvables por medios normales para que se pueda perfeccionar el derecho acordado. Incierto (del lat. *incertus*), es sin llegar a ser imposible, conforme la Real Academia es “no cierto o no verdadero, inconstante, no seguro, no fijo, desconocido, no sabido, ignorado” es provocar una situación de inseguridad sobre el cumplimiento de la obligación pactada.

Así lo resolvió la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires cuando un inmueble hipotecado fue dejado sin puertas ni ventanas, el baño sin sanitarios y la cocina sin mesadas y grifos, lo que al importar una sensible pérdida de su valor económico base de la garantía del préstamo hipotecario implicaba el delito de desbaratamiento de derechos (SCJBA, 8-11-88, P. E. C. P-35.829, E. D. 138-691)



Tornar en litigioso es generar una situación en la que la víctima, el acreedor, por el acto posterior del autor sobre el bien, debe recurrir a la sede judicial para obtener el cumplimiento de lo pactado oportunamente. Ello no incluye el desconocimiento de la obligación vg. de escriturar. Por lo que queda excluido el litigio entre las mismas partes en torno a la validez de las obligaciones asumidas o por las condiciones y extensión de las mismas.

Casos en la jurisprudencia:

La constitución de hipoteca sobre un inmueble prometido en venta Así, conforme la Sala 3 del Tribunal de Casación Penal Bonaerense “El hecho de suscribir un boleto de compraventa sobre una unidad funcional, recibir la suma dineraria acordada, y otorgar la posesión al comprador, para que luego el vendedor transfiera el bien sobre el cual recae el convenio, a un tercero para luego hipotecarlo, implica concretar el desbaratamiento de derechos acordados” (TCPPBA Sala III 40038 RSD-676-12 S 12-6-2012).

La venta de un bien mueble ya vendido o prendado, cuando la venta no se había resuelto.

El ocultamiento del automóvil prendado, colocándolo en cualquier lugar fuera del conocimiento del acreedor prendario.

En la misma situación el desguace de piezas o autopartes costosas del vehículo automotor.

Los integrantes de la entidad bancaria que habiendo otorgado boletos de compra y venta sobre departamentos no entregados, le otorgaron un préstamo para su finalización al constructor constituyendo una hipoteca sobre los mismos para garantizar el mutuo.

El tipo subjetivo: Este delito obviamente requiere de dolo directo, por lo que exige el efectivo conocimiento del derecho u obligación que pesa sobre el bien al momento de llevarse a cabo el acto jurídico que lo hace incierto, litigioso o imposible. No obstante sí podría consumarse si, una vez advertido el “error”, pudiéndolo resolver, no se deja sin efecto el acto jurídico posterior.

Diferencias con el estelionato: Si bien puede haber situaciones con características que asemejen ambas figuras, fundamentalmente en el caso de venderse un bien gravado, las diferencias son notorias siendo la principal, en tal caso, que el damnificado en el desbaratamiento es el beneficiario del gravamen (vg. embargante) y en el estelionato lo es el adquirente del bien (Cámara Nacional Criminal y Correccional Sala 4^a. 23-3-2006, “Roberts”).



DEFRAUDACIÓN DE DERECHOS

El inciso 12 del art. 173 del Código Penal, incorporado por la ley 24.441, establece que también serán considerados casos especiales de defraudación: “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”.

El titular fiduciario

En el primer supuesto el delito se comete exclusivamente por el titular de la propiedad fiduciaria o fiduciario (un caso de dominio imperfecto conforme el art. 2661 del C. C.), que es quien recibe el fideicomiso para su administración y con cargo de transmitirlo al beneficiario, cuando violando las obligaciones a su cargo, en provecho propio o de un tercero, “dispusiere, gravare o perjudicare los bienes” causando un perjuicio patrimonial de los cocontratantes.

El fideicomiso, conforme el art. 1º de la ley 24.441 es un contrato por el cual una persona (el fiduciante o fideicomitente) transfiere a título de confianza a otra persona (el fiduciario) uno o más bienes, que pasan a formar el patrimonio fideicomitido (o fideicomiso), para que al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición, éste transmita la finalidad o el resultado establecido por el primero, a su favor o a favor de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

El fiduciario durante la administración de los bienes confiados puede disponer de ellos o gravarlos incluso sin el consentimiento de las otras partes (art. 17 ley 24.441) más ninguna operación que realice sobre los mismos puede resultar perjudicial, configurándose el delito en caso que se efectuare alguno de dichos actos en beneficio propio o de un tercero.

En consecuencia es también una defraudación por abuso de confianza y un delito de resultado material, en tanto requiere la afectación patrimonial de cualquiera de los cocontratantes, ya que los actos del administrador infiel sobre los bienes fideicomitidos deben afectar el fideicomiso en beneficio propio o de un tercero.



El administrador del fondo común de inversión.

Los fondos comunes de inversión están regulados por la ley 24.083, conforme la cual se considera tal “al patrimonio integrado por: valores mobiliarios con oferta pública, metales preciosos, divisas, derechos y obligaciones derivados de operaciones de futuro y opciones, instrumentos emitidos por entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina y dinero, pertenecientes a diversas personas a las cuales se les reconocen derechos de copropiedad representados por cuotapartes cartulares o escriturales” (art. 1º ley 24.083)

Se aplican los mismos principios que para el delito del fiduciario, por lo cual, a semejanza del anterior, el sujeto activo de esta defraudación sólo puede ser el administrador del fondo común de inversión, que es quien tiene a su cargo la administración y representación de la sociedad, como por el art. 3º de la ley 24.083 la dirección y administración de fondos comunes de inversión estará a cargo de una sociedad anónima, que es la sociedad “gerente” (art. 32 ley cit) con lo que el sujeto activo será quien dirija o administre a su vez la sociedad anónima controlante.

A su vez los sujetos pasivos serán los cuotapartistas copropietarios de los bienes, títulos o acciones que integran el fondo.

El dador de un contrato de leasing

El citado inciso 12 del art. 173 finaliza incluyendo al 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”.

En el leasing, (arriendo en inglés) conforme el art. 1º de la ley 25248, el dador acuerda transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado (mueble o inmueble, software etc art. 2º) para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio.

El dador puede obligarse a adquirir el bien a un tercero y no ser el propietario antes de la operación, en consecuencia, la norma se aplica si el dador que conserva la titularidad del dominio o si lo ha adquirido posteriormente, y merced a esa condición, violando sus obligaciones dispone o grava o perjudica de cualquier modo el o los bienes transferidos, con beneficio propio o de un tercero, haciendo imposible o afectando la compra del tomador.



La figura requiere también dolo directo y se consuma al momento de ejecutarse el acto perjudicial o dispositivo o al momento de establecerse el gravamen. El consentimiento del tomador que, por ejemplo admite que se lo prende para garantizar un mutuo, hace atípica la conducta.

EJECUCIÓN PERJUDICIAL DE HIPOTECA Y OMISIÓN DE RECAUDOS LEGALES

El inciso 13 del art. 173 del Código Penal, incorporado por la ley 24.441 del mismo modo reprime al “que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial”.

Esta norma exige para su tipificación que el sujeto activo que únicamente puede ser el sujeto autorizado para ejecutar extrajudicialmente el inmueble hipotecado, proceda a la ejecución, a sabiendas que el deudor hipotecario no se encuentra en mora u omitiera maliciosamente los recaudos para la subasta.

Estas dos hipótesis son diversas en una ejecuta sabiendo que el deudor no está en mora y en la otra, estando sí en mora el deudor, cuando omite los distintos recaudos legales para estos procedimientos.

Ambos tipos delictivos son de difícil concreción, ya que en este procedimiento el acreedor o el representante autorizado debe presentarse ante el juez para que verifique el inmueble, donde debe justificar la intimación previa al deudor y allí conferírsele traslado al deudor para oponer excepciones (arts. 52 y ss. de la ley 24.441), hecho lo cual recién se puede autorizar la subasta que es pública y debe publicitarse previamente en un diario oficial y otros dos de gran circulación (art. 58 ley cit).

La referencia a la malicia aventa que se considere ilícita la omisión de algún recaudo procedural no esencial, tanto como la mención “a sabiendas” para el caso del deudor que no está en mora, implica el dolo.



OMISIÓN DE CONSIGNACION DE PAGO EN LETRAS HIPOTECARIAS

El inciso 14 del art. 173 del Código Penal, también incorporado por la ley 24.441 pena al “tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos”.

Las letras hipotecarias se encuentran reguladas en los arts. 35 a 49 de la ley 24.441. Son títulos valores endosables con garantía hipotecaria, emitidos por el deudor ante escribano e intervenidos por el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la ubicación del inmueble.

Conforme dicha normativa las letras hipotecarias deben consignar en el instrumento los datos del inmueble, del acreedor, del deudor y del propietario en su caso, el monto adeudado, condiciones y plazos de los pagos y también deben contar con los cupones de capital e intereses que, ante cada pago el acreedor se encuentra obligado a entregar y el deudor a requerir.

En consecuencia el deudor contará con los cupones de capital e intereses abonados más estos de no ser consignados los pagos en el título, podría perjudicarse al deudor si no contara con los cupones o a terceros que adquieran las letras por su transmisión por endoso, más cuando no es necesario notificar al deudor de la transmisión (art. 40 ley 24.441).

Sin embargo es de hacer notar que el valor de la anotación del pago en el mismo título se desmerece con la norma del art. 41 de la ley que consagra al cupón como el “único instrumento válido acreditativo”.

Ello a excepción del caso de las letras hipotecarias que se emiten sin cupones cuando no existen cuotas de vencimiento periódico.

Se trata de un delito doloso de omisión propia pero que no se consuma con la mera omisión de la anotación, sino con el perjuicio económico del deudor o del tercero (Buompadre, Jorge E. en “Código Penal y normas complementarias”, Baigún, Zaffaroni y otros, tomo VII, pág. 263 Ed. Hammurabi).

ESTAFA MEDIANTE USO DE TARJETA MAGNÉTICA O DE SUS DATOS

El art. 173 en su inciso 15 del Código Penal, fue introducido por la ley 25.930 y reprime al “que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiera sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenido del legítimo emisor mediante ardid o engaño,



o mediante el uso no magnetizado de sus datos, aunque lo hiciere por medio de una operación automática”.

Esta norma trae una innovación en la dinámica de las estafas ya que incorpora un tipo penal en el que la disposición patrimonial perjudicial no se obtiene por el ardid o engaño de la víctima, sino por la manipulación ilegal o irregular de una tarjeta magnética o de sus datos en operaciones automatizadas (por medio de sitios web o cajeros automáticos o ATM).

Esta incorporación era absolutamente necesaria, toda vez que no resultaban abarcadas estas operaciones con la definición tradicional de estafa que preveía el engaño a una persona física. Más cuando en la actualidad es la forma más generalizada de fraudes y entre estos, la utilización delictiva de los datos de las tarjetas magnéticas que incluyen transacciones ilegales efectuadas por teléfono, correo electrónico o en sitios de compra “online”, representan las tres cuartas partes del fraude con tarjetas, conforme ha establecido el Consorcio Europeo “Fico Falcon Fraud” que agrupa a numerosos entidades bancarias.

Es de recordar que en la doctrina tradicional cuando se producía un perjuicio patrimonial a la víctima utilizando un medio mecánico (usando un teléfono público con una moneda falsa), que es una situación análoga a los actuales incisos 15 y 16 del art. 173 del C. P., sólo se consideraba delito si el autor se apoderaba de una cosa mueble, en cuyo caso se lo encapsulaba como hurto o robo porque el concepto es que no se engañaba a otra persona sino a una máquina.

Los supuestos delictivos son diversos pero básicamente se dividen en dos grandes grupos, el primero el del fraude cometido con el uso de la misma tarjeta obtenida ilegalmente o de tarjetas falsificadas o adulteradas y el segundo grupo cuando se trata del uso no magnetizado de los datos de una tarjeta por medio de operaciones automáticas por medio de cajeros automáticos ATM, de “Automated Teller (cajero) Machine” o sitios web de compra.

La norma protege tanto a la denominada tarjeta de compra, que conforme la ley 25.065 que las regula, es “...aquella que las instituciones comerciales entregan a sus clientes para realizar compras exclusivas en su establecimiento o sucursales...” (art. 2º, inc. d), como la tarjeta de crédito que conforme dicha norma es “...el instrumento material de identificación del usuario, que puede ser magnético o de cualquier otra tecnología, emergente de una relación contractual previa entre el titular y el emisor (art. 4º), como la tarjeta de débito que es la entregada por las instituciones bancarias “a sus



clientes para que al efectuar compras o locaciones, los importes de las mismas sean debitados directamente de una cuenta de ahorro o corriente bancaria del titular” (art. 2º inciso e).

Materialmente las tarjetas de crédito o débito son documentos en soporte plástico con una banda magnética o un “chip” que contienen los datos personales y de la cuenta que permiten hacer pagos, extracciones, transferencias y otras operaciones bancarias.

Tarjetas Falsificadas, Adulteradas U Obtenidas Ilegalmente

Aquí en este supuesto, cualquiera de las tarjetas anteriores debe haber sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenido del legítimo emisor mediante ardid o engaño, lo que abarca prácticamente todos los supuestos de tenencia ilegítima, ignorándose porqué no se incluyeron los casos de tenencia legítima de la tarjeta ajena, donde el tenedor la hubiera utilizado ilegalmente en su provecho, no obstante ello ingresará en los distintos supuestos de defraudaciones por abuso de confianza o por mutilación de documentos, conforme fuere la situación (administración fraudulenta) .

En estos casos en general el modo en que es obtenida la tarjeta implica un delito previo preparatorio, que en caso de haber sido ejecutado por el mismo autor de la defraudación implica un concurso ideal (art. 54 del C. P.) de delitos e incluso un concurso aparente de delitos por aplicación del principio de especialidad.

También el autor puede haberla obtenido sin relacionarse con su falsificación, adulteración, sustracción, etc..

La falsificación es la fabricación o impresión de una tarjeta nueva duplicando una auténtica o con datos parcialmente auténticos de modo de inducir a error al damnificado y así generar el desplazamiento patrimonial, en general, la venta o locación de servicios o bienes.

La adulteración es la modificación de una tarjeta auténtica con datos falsos.

La dificultad, en ocasiones, es establecer quién es el damnificado de la defraudación, ya que las entidades bancarias y el emisor de la tarjeta tienden a trasladar el perjuicio al titular de la tarjeta aunque en realidad no fuere la víctima de la falsificación o sustracción, algo que muchas veces ocurre durante el envío de la misma por correo, operación que está bajo la custodia de la entidad que la emite y que es a la que le corresponde soportar las consecuencias de la defraudación.



Uso de datos

En este caso el autor sin utilizar ni confeccionar o modificar la tarjeta de crédito, de compra o de débito original, utiliza sus datos para realizar una operación automática a través de páginas web de compra o por medio de operaciones telefónicas.

Aquí el sujeto activo actúa utilizando los datos del titular con un medio automático, esto no cambia en el caso de existir un operador telefónico de ventas de un comercio ya que la forma está automatizada y computarizada, sólo que es operado el sistema por un tercero.

En este caso también, salvo prueba de responsabilidad o negligencia de parte del titular de la tarjeta en el uso de sus datos, que haya posibilitado que el sujeto activo contara con sus datos, no puede trasladarle el perjuicio de soportar la erogación, que sí queda a cargo de quien resultó engañado y no opuso controles más eficientes.

El tipo de estos delitos es doloso y requiere el dolo directo y admite tentativa, toda vez que es un delito de resultado que se consuma con el efectivo desplazamiento patrimonial.

ESTAFA INFORMÁTICA

El inciso 16 del art. 173 del Código Penal, incorporado por la ley 26.338 introduce la denominada estafa informática, conforme el cual se reprime con las penalidades del art. 172, al “que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos”.

Este tipo penal, aunque se inscribe en las características generales de las formas de estafa, en cuanto la acción típica es defraudar a otro causándole un perjuicio patrimonial, a semejanza del anterior del inciso 15, continúa las innovaciones a la estructura típica de las estafas, adaptándolas a las modalidades de los nuevos medios, con conductas en las que lo único que conservan en relación al tipo de estafa del art. 172 es el desplazamiento patrimonial perjudicial, ya que aquí no hay tampoco un ardid o engaño sobre la víctima para obtener la transferencia, sino que el autor o autores, a través de manipulación de sistemas informáticos altera el normal funcionamiento del mismo o la transmisión de datos, provocando el traspaso de bienes en beneficio propio o de terceros.



Puede verse que más allá de su ubicación en el art. 173 del C. P., el inciso no se vincula en principio con engaños o ardides ni actos dispositivos voluntarios que son su consecuencia, tal como es el caso del inciso 15.

El tipo objetivo incrimina las defraudaciones cometidas mediante cualquier técnica de manipulación informática “esto es, cualquier modificación del resultado de un proceso automatizado de datos sea que se produzca a través de la introducción de nuevos datos, de la alteración de los existentes en el computador, en cualquier de las fases de su procesamiento o tratamiento informático (Buompadre, J citando a Hendlar, en “Derecho Penal” Baigún-Zaffaroni y otros, Tº VII, pág. 277).

Pero sólo las que alteran el normal funcionamiento del sistema informático o la transmisión de datos, no aquellas en que la defraudación, que es en definitiva aquí la transferencia o disposición patrimonial, es ejecutada por la propia víctima engañada por el autor a través de medios informáticos, en cuyo caso podrá tratarse de una estafa del art. 172.

En definitiva estas figuras se reservan a los caso de desplazamientos patrimoniales efectuados con la ignorancia de su titular, al que, con su desconocimiento se le manipulan los datos o el sistema, no a casos en que la informática es uno de los medios con que se fraguó el ardid o engaño.

Las notas esenciales son entonces la alteración del funcionamiento normal del sistema informático o la transmisión de datos y el desplazamiento de bienes o servicios a favor del autor o de un tercero.

Estas maniobras son clandestinas y el consentimiento sobre ellas de parte del titular de los bienes o servicios es atípico.

No obstante el conocimiento de parte del damnificado no implica consentimiento si no tuvo medios a su alcance para impedirlas. Por ejemplo el dueño de una cuenta bancaria que observa cómo usando o no sus claves (password) transfiere dinero a otra cuenta sin poder impedirlo ni bloquear su cuenta.

Los medios típicos

Son dos, la utilización de cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos.

La primera se debe tratar de manipulaciones informáticas, lo que alude a clandestinidad y falta de autorización para esa tarea.



Estrictamente es toda aquella que implique acceder en forma oculta a bases de datos, bien sea con modificación del programa, simulando operar con la identidad de otra persona real o inexistente o consignando datos falsos (como solvencia, titularidad de bienes) o introducir virus o troyanos (en definitiva pequeños programas ocultos) que afecten sus funciones.

Estas operaciones se realizan desde computadoras, notebooks, tablets o smartphones como también desde cajeros automáticos que pueden alterarse en forma magnética o mecánica. Pero como la norma ha tenido la previsión de ser abierta a “cualquier técnica” que implique una manipulación informática podrían incorporarse otras modalidades.

El otro medio típico es la técnica de manipulación informática que altera la transmisión de datos con las que operan estos sistemas, donde sin modificarse ya los asientos o entradas, se interfieren los datos que intercambia el sistema con los usuarios para modificarlos y producir desplazamientos de contenido patrimonial.

Estas operaciones, importan en general transferencias de dinero o locaciones de servicios o compras de cosas por medio de páginas web de entidades crediticias o de empresas comerciales de ventas por internet, pero no están exentos otros contratos jurídicos.

Es sujeto activo cualquier persona que tenga o no autorización para el ingreso al sistema siendo que el tipo sujeto requiere el dolo directo.

La utilización no autorizada de una computadora ajena conocido como “hurto de tiempo” o el ingreso a sistemas de exhibición de películas o de juegos por terceros que no son los titulares, no tienen el carácter de defraudaciones de estas figuras (Buompadre, J. “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”, Astrea, pág. 477).

Relaciones con otras figuras

Si no hay ningún beneficiario que “reciba” los bienes o servicios y la conducta se limitó a alterar el funcionamiento del sistema o a interferir en la transmisión de datos como los ataques a “sitios web” deberán analizarse las figuras de falsedad documental atendiendo a las ampliaciones del art. 77 del C. P. al concepto de documento, firma e instrumento; pero también podrían tratarse de daño simple o calificado (art. 183 segundo parrafo o 184 inc. 5° y 6° C. P.) y de interferencia en sistemas informáticos del art. 153 bis C.P. o de utilización de información y datos con fines de lucro del art. 268 del mismo



cuerpo legal para el caso de funcionarios públicos si hubiere aprovechamiento de datos o informes reservados a los que hubiere accedido por su función.

