

Defraudaciones Especiales

Contenido

Acontecimiento Hipotéticamente Anti normativo	2
Situación de hecho:	3
Incisos del artículo y sus respectivos contratos:	4
Reglas para la defraudación del inciso 1:	6
Reglas para la defraudación del inciso 2:	7
Reglas para la defraudación del inciso 3:	8
Reglas para la defraudación del Inciso 4:	10
Reglas para la defraudación del Inciso 5:	12
Reglas para la defraudación del Inciso 6:	13
Reglas para la defraudación del Inciso 7:	18
Reglas para la defraudación del Inciso 8:	22
Reglas para la defraudación del Inciso 9:	24
Reglas para la defraudación del Inciso 10:	26
Reglas para la defraudación del Inciso 11:	28
Reglas para la defraudación del Inciso 12:	38
Reglas para la defraudación del Inciso 13:	41
Reglas para la defraudación del Inciso 14:	42
Reglas para la defraudación del Inciso 15:	43
Reglas para la defraudación del Inciso 16:	46

Acontecimiento Hipotéticamente Anti normativo

El artículo 173 puede subdividirse en tres categorías:

Estafa o supuestos Responsabilidad Contractual por Dolo

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;

El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;

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;

6. El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos;

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;

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. 1º 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. 9º de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)*

Abuso de confianza

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;

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;

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)*

Abuso de la situación o Responsabilidad por posesión viciosa e imposibilidad de cumplimiento imputable a enajenante a título oneroso.

El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;

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;

Situación de hecho:

La complejidad del artículo viene dada de la multiplicidad de casos presentados y relacionados directamente con institutos provenientes del derecho civil.

Para comenzar el análisis debemos tener presente lo siguiente:

En la mayoría de los supuestos nos encontramos frente a contratos bilaterales, onerosos y conmutativos, aunque también pueden ser aleatorios. Respecto al factor tiempo es indiferente si corresponde a la modalidad de ejecución inmediata diferida, instantánea o de duración, por lo que resulta útil identificar su naturaleza para determinar el momento de consumación del delito. Instrumentalizan principalmente obligaciones de dar y de dar para restituir.

La defraudación consiste en un daño patrimonial nunca proviene de la mora o de un incumplimiento no imputable a una de las partes, sino que surge de una violación de algún deber de buena fe.

Nos encontramos con vicios que afectan el consentimiento prestado al inicio de la relación contractual (incisos 1; 3; 4; 6; 8; 9; 15; 16), otros que afectan la ejecución (incisos 7; 8; 12;) y por último, actuaciones atribuibles a una de las partes que generan responsabilidad civil por daños al momento de la extinción de la relación (incisos 1; 2; 8; 11; 14; 16). Los supuestos de incumplimiento contractual propiamente dicho no se encuentran sancionados por el Derecho Penal en razón de la expresa prohibición proveniente del artículo 7 inc. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual se encuentra incorporada en nuestra constitución por el artículo 75 inc. 22, siendo reservado únicamente en el sentido interpretativo de permitir la persecución de los hechos ilícitos configurados de forma autónoma al incumplimiento contractual¹, a su vez esta postura se refuerza con la ley 514 del año 1872, quedando exceptuados los casos de quiebras fraudulentas. Únicamente el incumplimiento contractual mediante la violación de un deber de buena fe es punible.

Incisos del artículo y sus respectivos contratos:

Compraventa; Permuta; Obra; Suministro; Transporte; Franquicia; Factoraje; Concesión; Mutuo; Renta Vitalicia; Juego y Apuestas.

Locación; Leasing; Fideicomiso; Depósito; Contratos Bancarios; Comodato.

Adhesión; Consumo; Cesión.

¹ El artículo 7, inciso 7, debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la "detención por deudas" no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente.

Contrato Preliminar con cláusulas abusivas; Documento Firmado en Blanco (art. 315); Contratos celebrado por representante.

Locación; Leasing; Fideicomiso; Depósito; Contratos Bancarios; Mandato; Concesión; Comodato.

Compraventa; Permuta; Locación (simulación para evitar el embargo); Leasing (no soy dueño de nada); Fideicomiso; Factoraje; Comodato; Renta Vitalicia; Cesión.

Leasing; Fideicomiso; Franquicia (Interés Ajeno); Depósito; Mandato; Agencia; Comodato; Contrato asociativo o de Sociedad.

Todos.

Compraventa; Permuta; Obra; Locación; Leasing; Comodato; Cesión.

Relaciones reguladas por el derecho administrativo.

Todos.

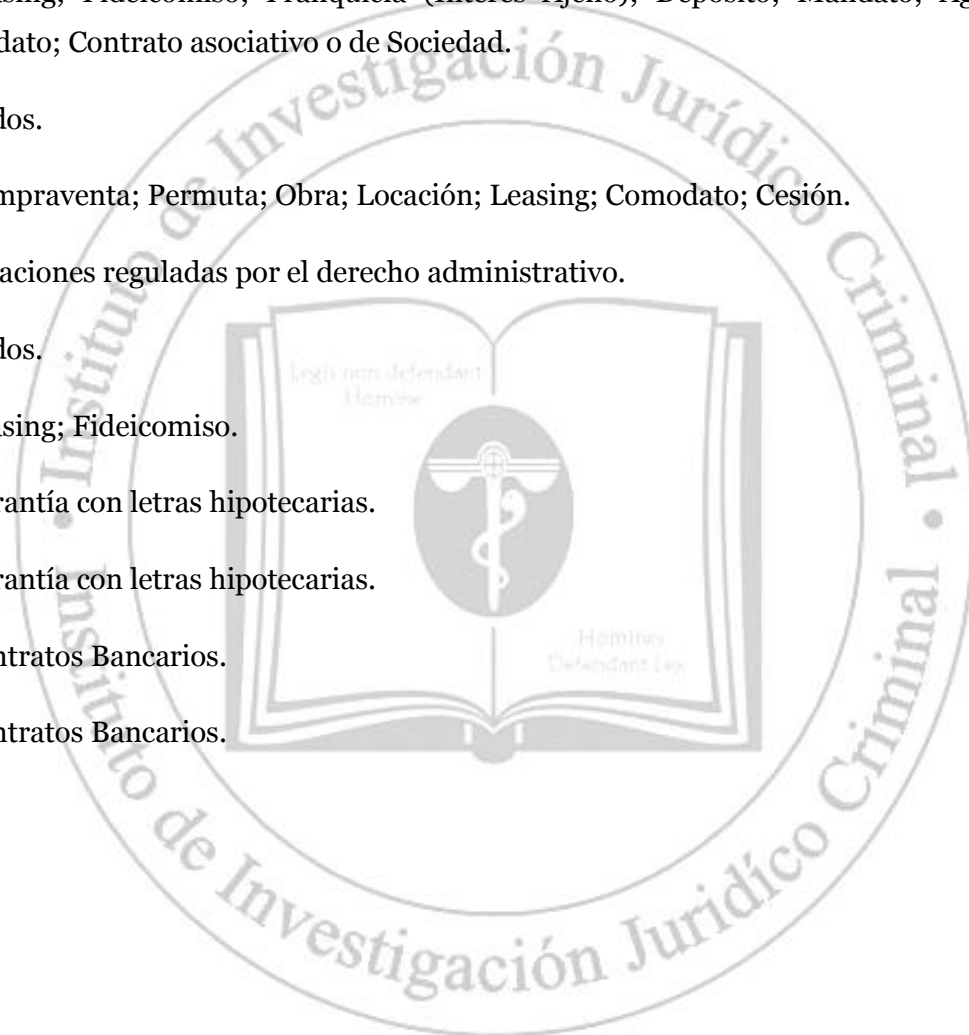
Leasing; Fideicomiso.

Garantía con letras hipotecarias.

Garantía con letras hipotecarias.

Contratos Bancarios.

Contratos Bancarios.



Reglas para la defraudación del inciso 1:

Los vicios civiles que podemos encontrar son: Vicios Ocultos, Redhibitorios o Evicción (objeto del contrato). El código habla de entregar una cosa en virtud de un contrato o título obligatorio, por lo tanto, debe subsistir un contrato válido, sin vicios que afecten sus elementos esenciales. Los vicios corresponden a la etapa o sinalagma funcional.

Generalmente el daño se origina por la realización de un pago deficiente por violar el requisito de integridad o identidad (arts. 866, 868, 869 CCyC).

Si lo entregado es en razón de una dación en pago, se deberá analizar si, una vez aceptado por el acreedor, el deudor realiza un pago distinto al convenido y además incumple con su responsabilidad por evicción o vicios redhibitorios (art. 943 CCyC).

Para que exista operatividad procesal de la coerción penal, en los supuestos en que existan vicios ocultos o redhibitorios, primero se deberá analizar si resulta procedente la responsabilidad por saneamiento civil (arts. 1033 y s.s. CCyC) originados de la denuncia de los defectos. Si el individuo se encuentra liberado no se podrá reprochar penalmente el daño patrimonial sufrido por la contraparte. Ahora bien, si el deudor se niega a cumplir o el cumplimiento es imposible o inútil debido a que, a raíz de su incumplimiento, hace que la presentación deje de ser esencial, entonces la investigación podrá iniciarse debido a que el daño subsiste.

Reglas para la defraudación del inciso 2:

En principio la obligación instrumentalizada por el contrato es de dar para restituir, sin embargo puede que la misma surja de efectos contractuales derivados de otras clases de obligaciones.

Ejemplos de ello puede ser el efecto que la declaración de nulidad, donde las partes deben restituirse lo recibido en razón de la relación jurídica (art. 390 CCyC). También, en el supuesto de rendición de cuentas (art. 864 CCyC), el obligado a rendirlo debe devolver los títulos y documentos que le hayan sido entregados. Lo mismo es aplicable al contrato de mandato (art. 1334 CCyC).

La restitución que se produce a partir de una rescisión unilateral, resolución o revocación (art. 1080 CCyC) se trata de acuerdo a las reglas de las obligaciones de dar para restituir. Por lo tanto para que sea operativa su punibilidad, primero se debe constatar que se está frente a una de estas causales y además que se hayan cumplido los requisitos necesarios.

Otro caso es la obligación de restituir de quien recibe señal o arras de distinta especie que la prestación principal que debe percibir. Este se comportaría como depositario de lo entregado liberándose únicamente en el supuesto de que no se concluya el contrato o que lo depositado integre la prestación de la contraparte (art. 1060 CCyC). También podemos encontrar esta obligación en el deber de restituir los efectos confiados durante las tratativas o en razón de un contrato preliminar (art. 990 a 996 CCyC), lo cual también puede aplicarse a un contrato concluido.

El derecho de retención supone el ejercicio regular de un derecho, por lo que su adecuación social torna atípico el hecho (art. 2587 a 2593 CCyC).

Reglas para la defraudación del inciso 3:

A diferencia del primer inciso, en este supuesto lo que ocurre es que los vicios se dan al origen afectando la validez del acto.

Se requiere la materialización del acto en un “documento” o instrumento público o privado, es decir, la expresión escrita del acto (art. 286 CCyC) que, en este caso, debe tener la aptitud para disponer o producir efectos sobre el patrimonio de quien, en contra de su voluntad, lo suscribe. Por lo tanto, como medios idóneos nos podemos encontrar con un documento que otorgue poder para representar a la víctima en un negocio jurídico o para administrar sus bienes, un documento que pruebe la transferencia de la propiedad de un bien perteneciente al patrimonio de la víctima o un documento que ponga al autor del delito como beneficiario de algún negocio jurídico de la víctima (el autor simula su identidad para que sea incluido como beneficiario de un contrato), entre otros.

Resulta importante aclarar que el simple hecho de que se logre suscribir el documento no es suficiente para que se configure la defraudación especial, además se la debe emplear de modo perjudicial para la víctima. Hacer suscribir mediante engaños un documento susceptible de provocar algún daño (delito de peligro) se encuentra tipificado en el artículo 292 del Código Penal que se encuentra en el título 12 que contiene los delitos contra la fe pública, por lo que la figura del artículo 173 se encarga de sancionar la concreción del daño patrimonial producto de esa falsificación.

Los vicios al ser originarios y debido a que afectan la voluntad del individuo, resulta ser producto de un Dolo. La lesión civil no se encuentra penalmente contenida por el presente inciso a raíz de que este requiere un sinalagma perfecto, existiendo desproporción a partir de un aprovechamiento de la contraparte. En este inciso, el negocio jurídico es nulo de nulidad absoluta por carecer de voluntad.

En el supuesto de que exista dolo, la punibilidad se confirma si fue esencial (art. 272) y siempre que el autor del delito haya logrado concretar el daño patrimonial en la contraparte contractual. Si la víctima logra la nulidad del acto antes de que se concrete el daño en su patrimonio, lógicamente, no habrá delito, excepto que se encuentre en ejecución un acto apto para concretar el daño, el cual produciría, de este modo, la tentativa del hecho (por ejemplo, hipótesis de contrato de compraventa de cosa ajena que se encuentra en la etapa de ejecución y que aun no se hayan cumplidas las prestaciones). Para que el hecho sea punible se requiere que haya existido un principio de ejecución tendiente a consumir un daño en los derechos patrimoniales a través del

documento, por ello, debido a las características ese principio de ejecución requiere generalmente de otro acto jurídico que consolide la situación simulada creada por el autor del ilícito (por ejemplo, registración del bien, la tradición de la cosa, la realización de una transferencia bancaria, el cumplimiento de una prestación a favor del autor del delito quien fue incluido en el contrato como tercero beneficiario, un documento que habilite la destrucción o modificación de la cosa, la ejecución de un crédito, reconocido por el documento viciado, entre otros).

Se entiende que no puede ser incidental porque, al preservarse la validez del acto, el vicio no ataca un elemento esencial del acto, sino que afecta modalidades del mismo.

Si se aplican las reglas de la compraventa de un bien registrable ajeno, supuesto en que la víctima firma un documento que constituye en su representante al autor de la defraudación, hay que analizar si la contraparte contractual es un sub adquirente de buena fe a título oneroso, caso contrario no habría delito debido a que el daño patrimonial no logra subsistir o ser permanente (existió un medio idóneo pero el modo de empleo fue defectuoso por la inoponibilidad del acto a la víctima, pudiendo reclamar el bien). Si la víctima no puede recuperar el bien porque no se dan las circunstancias que el artículo 392 del CCyC prevé, entonces sí podrá iniciar la acción penal por defraudación, debido a que el daño será permanente.

La idoneidad del medio no es suficiente para configurar la defraudación, sino que además se debe analizar la idoneidad del empleo para configurar el daño y establecer un principio de ejecución del delito. La sanción civil que supone la nulidad resulta ser remedio suficiente para evitar la conclusión de la defraudación, sin embargo, cuando ella no logra asegurar la restitución entonces será razonable la admisibilidad de la sanción penal. La nulidad del acto impone la obligación de restituir, por lo que únicamente cuando resulte imposible, siendo indistinto si es por culpa o por caso fortuito, deberá responder civil y penalmente por encontrar su causa en un hecho ilícito (art. 1733 inc. F. CCyC).

Reglas para la defraudación del Inciso 4:

El documento con firma en blanco se encuentra previsto en el artículo 315 del Código Civil y Comercial. En el mismo se otorga al firmante una acción de impugnación para el caso en que el documento sea empleado en contra de sus instrucciones. A partir de esto se deben distinguir dos situaciones respecto de la impugnación: Si el documento no fue sustraído de la víctima entonces se protegerán a los terceros de buena fe. En segundo lugar, si el documento fue sustraído, se deberá probar además de la buena fe, que los derechos adquiridos en razón del acto celebrado con el autor de la defraudación hayan sido de forma onerosa. Estos efectos son importantes debido a que, dependiendo de las circunstancias en las que se haya obtenido la firma en blanco, el daño patrimonial subsistirá o se lo podrá revertir. La oponibilidad del acto le da permanencia al daño y es en estos supuestos en los que el hecho será relevantemente punible.

En simples palabras, si se puede declarar la inoponibilidad del acto y además se puede restituir la cosa a su dueño originario entonces el daño desaparece y por lo tanto no existe una base sobre la cual se pueda imputar la defraudación al individuo; el hecho quedaría en grado de tentativa.

La firma en blanco puede ser empleada de dos modos distintos, si lo que se pretende es instrumentalizar una futura obligación de dar para constituir derechos reales. Se puede hacer que el defraudador adquiera la cosa a través de la firma en blanco y desde esa posición enajenar una vez más la cosa; o bien, podría actuar como representante del propietario originario de la cosa y enajenar la cosa a un tercero. La distinción en ambos casos es simple: En el primer supuesto el tercero es un Sub adquirente y en el segundo supuesto es Adquirente de la cosa objeto del acto jurídico. Resulta de simple entender que los efectos respectivos de cada uno frente al acto impugnativo del legítimo propietario son radicalmente distintos.

Situación del sub adquirente de buena fe a título oneroso de cosa inmueble:

Respecto de la situación del sub adquirente, la inoponibilidad de la impugnación del acto que celebró con el vendedor que defraudó al dueño originario de la cosa inmueble registrable, únicamente será operativa en los supuestos en que logre demostrar la onerosidad del acto y su buena fe, caso contrario deberá restituir. Gracias a la reforma del código civil, como regla general, únicamente se requiere una buena fe creencia, por lo que el actuar diligente se encuentra en cabeza del vendedor, quedando liberado el comprador en este caso sub adquirente; siéndole inoponible el acto de impugnación,

siempre y cuando logre probarlo. Generalmente se requiere la comprobación del asiento registral y el estudio de los títulos como medios que permitan probar la buena fe diligencia, los cuales, antes de la reforma, como estándar, se encontraban a cargo del comprador en los supuestos de compraventa de cosa registrable. Hoy a través de los artículos que regulan las obligaciones del vendedor, en la compraventa (arts. 1137, 1138 y 1140 CCyC) salvo pacto en contrario, se encuentran a cargo del vendedor, por lo tanto el escribano o el vendedor no podrán hacer recaer, en caso de duda, el mencionado deber de buena fe diligencia en el comprador, lo mismo importaría desconocer una disposición legal.

Situación del sub adquirente de buena fe a título oneroso de cosa mueble registrable:

De acuerdo al artículo 1895 del código civil y comercial, para probar la buena fe se deberá probar la inscripción a su nombre y la coincidencia de los elementos identificatorios, cuando así lo requiera la ley. Además, respecto del estudio de los títulos se aplicarían las mismas reglas mencionadas en el análisis anterior.

Situación del sub adquirente de buena fe a título oneroso de cosa mueble no registrable:

El artículo 315 al referirse a la inoponibilidad de la impugnación del documento con firma en blanco, a terceros de buena fe, si la cosa a transmitir es mueble no registrable, ya sabemos que la buena fe que deberá probar es creencia o subjetiva, la cual si se analiza su concordancia con la regulación del artículo 1895 que regula la adquisición de derechos reales del sub adquirente, se entiende que frente a estos supuestos de adquisición onerosa (si es gratuita no tiene tutela), no se presumirá la buena fe si la cosa ha sido hurtada o perdida. A su vez, el artículo 1918, al analizar la faz subjetiva del nuevo poseedor de la cosa, se refiere a la buena fe creencia como la persuasión de la legitimidad del derecho que adquirió como consecuencia de un error de hecho esencial y excusable, lo cual se traduce en un desconocimiento e imposibilidad de conocer la carencia del derecho que posee.

La mala fe se presume salvo prueba en contrario en los supuestos de que el título contenga una nulidad manifiesta, cuando la cosa se adquiere de un individuo que no se dedica habitualmente a ello y no tiene medios para adquirir la cosa en cuestión o en los supuestos de ganado marcado, si el diseño se encuentra registrado por otra persona (artículo 1919 CCyC).

Reglas para la defraudación del Inciso 5:

Este inciso no presenta mayores dificultades. Consiste en una sustracción que requiere para su configuración la preexistencia, por parte del autor, de un derecho real sobre la cosa mueble objeto del delito, (excluyéndose los supuestos de cosa inmueble), siendo indistinto si es registrable o no, pero encontrándose en posesión o tenencia legítima de un tercero sin tener este, al momento de la tipificación, la obligación de restituirla al autor del delito, siendo víctima por verse privada de su derecho real.

En sí, la figura al hablar de *dueño* se estaría refiriendo al propietario que tiene un derecho real de dominio (excluyéndose cualquier supuesto de derecho real sobre cosa parcialmente ajena, siendo estos los inc. *a* hasta *g* del artículo 1887) imperfecto, revocable o no, siempre desmembrado por permitir, como consecuencia de la enajenación que necesariamente debe realizar, que un tercero ejerza derechos al mismo sobre la cosa. Por el otro lado, al referirse a *quien la tenga legítimamente en su poder*, claramente hace referencia a una relación de poder, donde se ejercen derechos de manera no viciosa, o a un derecho real sobre cosa parcial o totalmente ajena (En este último caso, nos referimos a los inc. *h* a *n* del artículo 1887).

Como reforma se debería considerar a futuro modificar el termino *dueño* por *propietario* y de *cosa mueble* por *cosa* en sentido amplio y consecuentemente cambiar el termino *sustrajere* por *excluyese* o *privare de los derechos que legítimamente puede ejercer...*; para lograr ampliar y dar mayor exactitud respecto de la tutela penal. Queda claro que el tipo vigente busca proteger un derecho real de la víctima respecto de la cosa objeto del delito, sin embargo, debido a que la causa subyacente que lo origina es, en la gran mayoría de los casos, una obligación de dar para restituir, necesariamente se tiene que proteger la buena fe objetiva, como consecuencia de la validez del vínculo jurídico y la legitimidad del derecho que goza la víctima. A través de la pena se estaría reprimiendo la mala fe que tiene el autor del delito.

Reglas para la defraudación del Inciso 6:

Como principio general, todo contrato genera efectos solo frente a las partes. Por ello, para que se pueda perjudicar a un tercero se debería incorporarlo al contrato o afectar algún interés.

Dada la redacción, estamos frente a supuestos de simulación ilícita (arts. 333 y sig.) donde la ficción puede perjudicar, solo en apariencia, a un tercero interesado, o también hacerlo materialmente como consecuencia de la eficacia del contrato que se encontraba encubierto. A continuación se aclarará lo dicho.

Tradicionalmente se entiende que el contrato simulado debe ser capaz de hacer que la víctima actué bajo la influencia del engaño que le produjo, sin embargo, este supuesto se encuentra previsto por el artículo 172 al referirse a la defraudación que se vale de un ardid o engaño de cualquier tipo para motivar la enajenación. Por ello creemos que es correcto incluir en este supuesto los casos donde, a partir del contrato simulado, el cual no necesariamente debe tener la intervención de dos o más partes, debido a que es una ficción, permita la celebración de un contrato ulterior eficaz, caso contrario no habría perjuicio o daño.

Por ello, el contrato no debe tener la aptitud de motivar la enajenación del dueño originario, sino la capacidad de generar un sub adquirente (si es que estamos frente a un contrato que instrumenta una obligación de dar) o un nuevo contrato, es decir, el autor del delito debe valerse del contrato de modo que, mediante la generación de uno nuevo se produzca un daño en el patrimonio de la víctima. De este modo la figura pasa a ser mucho más compleja al requerir para la producción del resultado típico el uso de un contrato simulado o ficticio como base para la negociación de uno nuevo, donde puede o no engañarse al tercero, dependiendo si actuó de buena fe.

No debe confundirse la idea de emplear un contrato simulado para celebrar un nuevo contrato con el concepto de ultra intención o agotamiento del delito. El delito se consuma con la celebración de un sub contrato (art. 1069 CCyC) o una sub adquisición (art. 1895), siendo el contrato simulado la base de los mismos.

Una vez determinado dicho esto queda por analizar la concurrencia o no de voluntades para originar el contrato simulado o el contrato derivado del mismo. En principio, por las características del delito, la sola voluntad del autor basta para crear el primer contrato debido a que es una ficción. Sin embargo puede ocurrir que se haga prestar el consentimiento a otra persona que no sea la víctima, véase el caso de un individuo simula actuar en nombre de la víctima del delito y en connivencia con el

autor se celebre el contrato que servirá de base para el próximo. En cuanto al segundo contrato, puede ocurrir que el nuevo contratante actúe de buena o mala fe, lo cual es importante respecto de la operatividad de la inoponibilidad del acto.

En resumen la codelincuencia se dará solo cuando otro individuo consienta el daño o se actúe de mala fe. Esta forma de participación solo es una modalidad en la que puede consumarse el delito.

Ahora bien, después de estas consideraciones se procederá a caracterizar el perjuicio. Dado que el resultado típico depende de un acto jurídico, primero se tiene que determinar el daño en sede civil y a partir de ello comenzar la persecución. De no ser así, entonces el juez penal tendría que indagar en el acto jurídico para, en primer lugar, determinar la existencia del perjuicio y su naturaleza, en segundo lugar, declarar la nulidad o inoponibilidad del acto y en tercer lugar, si es que aún subsiste el daño, iniciar la causa penal. No podemos librar al magistrado la decisión de determinar cuestiones contractuales o civiles. Recordemos que ni siquiera la verdad que se busca en sede penal se condice con la civil.

Por ello se cree prudente para que resulte admisible la operatividad coercitiva, primero concluir con el proceso que causa la acción de la víctima, tendiente a declarar la nulidad del acto simulado o la inoponibilidad del segundo contrato. Es fundamental la sentencia civil porque de ella se extrae la caracterización del resultado que el tipo requiere y a su vez la existencia de codelincuencia o no, y si alguna otra parte se ve perjudicada. Además hay que recordar que existen “remedios” a nivel civil que pueden neutralizar el perjuicio y consecuentemente extinguir el presupuesto básico de la acción penal. Sería contradictorio iniciar la persecución penal cuando el daño puede extinguirse, y no hablamos de reparación o indemnización, por no haberse consolidado. Entre estos supuestos nos encontramos con el efecto retroactivo propio de la acción civil de nulidad del acto simulado, la acción reivindicatoria que se esgrime contra quien sub adquirió la cosa, lo cual puede agravarse por la falta de intervención del dueño original, víctima del delito penal (como consecuencia del contrato simulado, resulta muy común. Véase art. 2260 CCyC), pudiéndose optar por la restitución o una indemnización sustitutiva (art. 2250 del CCyC). Estos ejemplos ponen de manifiesto lo relativo que puede llegar a ser el daño en términos civiles.

Si se quiere, a modo de guía, podemos afirmar que existe daño que sirve de presupuesto para la persecución penal en los casos regulados por el art. 337 donde la ineficacia del acto no puede oponerse al tercero que adquirió onerosamente o ejecutó de buena fe, sin haber tenido ningún tipo de participación, activa o pasiva, en la

simulación, de los bienes. Es decir, para que exista daño penal se debe haber perdido, ser fácticamente imposible o jurídicamente inexigible la restitución del bien. Si esto sucede, el daño subsiste y por lo tanto es posible perseguirlo en cumplimiento del principio de lesividad.

Como se ha visto hasta ahora, solo se ha hablado de los supuestos donde se produce una enajenación de cosa mueble o inmueble, pero ¿Qué ocurre si el objeto del delito es un derecho? En principio, al hablar de derechos se debe hacer foco en principalmente en supuestos de cesión crediticia, ya sean de derechos (art. 1614), de deudas, donde se constituiría a la víctima en deudora, desplazando al autor del delito (art. 1632 CCyC) o la posición contractual (art. 1636 CCyC). También puede ocurrir que el autor se “auto-incluya” como beneficiario en un contrato del cual la víctima es parte (art. 1027 CCyC) o crear un crédito a favor del autor ubicando al defraudado en posición de deudor; garantizar con el patrimonio de esta última, deudas del defraudador, a través de fianza (art. 1574 CCyC) o cesión en garantía (art. 1615 CCyC). Las posibilidades son infinitas y no se limitan solo al hecho engañar a la víctima, sino que se puede ampliar a los casos donde sin haber participado se vea perjudicada. Por último, también hay que aclarar que la idea de contrato simulado no necesariamente debe ser en la totalidad de su contenido, sino que también puede configurarse con la inserción de una cláusula, como dice el mismo código civil, que no sea sincera (art. 333 CCyC).

Para concluir con el examen del inciso hablaremos del *falso recibo*. En el código civil y comercial, artículo 896 se define el concepto de recibo como un instrumento público o privado, útil a los fines de que el acreedor reconozca haber recibido la prestación debida. Hay que aclarar que el recibo erige una presunción favorable a quien lo posea respecto del pago, el cual, a pesar de que pueda ser probado de cualquier forma (art. 895 CCyC) dada su naturaleza de acto jurídico, mantiene al recibo como el medio más idóneo para hacerlo.

Es un acto jurídico unilateral que realiza el acreedor o el deudor (art. 897 CCyC) por escrito para certificar su reconocimiento referente a la extinción de una obligación, de forma total o parcialmente, determinada o determinable (art. 899 CCyC), mediante un pago que realizó su contraparte. Es decir, el recibo certifica que el hecho del pago ocurrió.

Como medio de prueba en sede judicial, genera una presunción *hominis*, o presunción judicial, en contra de quien alegue el pago, debido a que como indicio, el recibo da certeza respecto de la existencia del hecho, por lo que, quien se ve afectado

por ella deberá esforzarse para lograr inclinar el ánimo del juez a su favor. Por eso se afirma que es la prueba del pago por excelencia.

Es de sentido común que el más usual modo de empleo del medio debe lograr simular la liberación del defraudador respecto de algún crédito que posea a favor de la víctima. Sin embargo resulta difícil afirmar la existencia de algún daño debido a que al discutirse en sede civil la veracidad del documento se puede lograr hacer caer la ficción creada, y en el caso de que no se logre, resulta imposible librar al juez penal la revisión de la decisión. Si se logra tornar ineficaz el acto, entonces no existiría perjuicio alguno porque el defraudador, deudor de la víctima, volvería a estar obligado. Por ello se cree más lógico concebir el falso recibo como un medio delictivo dependiente de otros para producir el perjuicio. La simple liberación del recibo no genera un perjuicio de forma concluyente, debido a que la naturaleza de sus efectos son exclusivamente probatorios, sin poder, por sí mismos, extinguir una obligación, sin embargo si este se utiliza, por ejemplo, como elemento que contribuye a la ficción creada por el contrato simulado, se logra concretar el resultado delictivo. En resumen, el falso recibo no es un medio autónomo de consumación delictiva por ser inidóneo para lograr generar un daño y asegurar su subsistencia, en razón de su naturaleza puramente probatoria.

Tradicionalmente se entiende que el empleo de un recibo falso es a los fines de engañar a la víctima respecto de la solvencia del defraudador, pero esto no es correcto dado que esta forma de engaño responde, como acción típica, a la estafa tipificada en la figura general. En este caso, el recibo no engaña a la víctima consecuentemente la desapodera, sino que genera un perjuicio independientemente de la intervención de la misma. Por esto, el recibo falso, necesariamente debe concurrir idealmente con otras defraudaciones, como las figuras del inciso 9 (venta o gravamen de bienes que no son libres); 11 (tornar incierto derechos); por ejemplo.

Distinto sería si la entrega del recibo generare efectos extintivos de la obligación, tal como podría darse en el supuesto de la remisión de deuda, donde la entrega de un documento extingue la obligación.

Después de este largo desarrollo queda claro la necesidad de agotar las instancias civiles correspondientes para proseguir con la penal. Si esto no se diera se estarían cometiendo graves violaciones al principio del debido proceso, en razón de la intervención de un juez incompetente por la materia como consecuencia de la pretensión de delegar la decisión respecto de la determinación de la existencia de un daño patrimonial derivado de la ineficacia contractual. Estos delitos solo deben proceder cuando el daño subsista por la imposibilidad, jurídica o fáctica imputable al

autor, de retrotraer los efectos generados por la simulación y de restituir los bienes. Por lo tanto, en los casos donde solo sea viable una indemnización reparatoria entonces será operativa la coerción punitoria. Recordemos que la reparación no extingue el daño, sino que busca restablecer la situación al estado anterior al hecho dañoso (art. 1740 CCyC), lo cual es claramente una ficción jurídica.

Somos conscientes de que ambas son autónomas y por lo tanto pueden desarrollarse al mismo tiempo y hasta pueden ser presentadas en conjunto ante el juez penal, sin embargo, creemos prudente la presentación civil y penal de manera consecutiva. El juez penal solo puede determinar la reparación del daño, pero en estos tipos penales, la complejidad que presentan merecen la consideración de otros remedios judiciales, más aun si estamos frente a supuestos donde la responsabilidad objetiva y subjetiva se ven comprometidas.



Reglas para la defraudación del Inciso 7:

La figura típica resulta clara en su redacción. La situación de hecho consiste en la violación de los deberes que tiene un representante para con los intereses ajenos que gestiona y custodia. Si nos basamos en la letra de la ley y su concordancia con el código civil y comercial, se deja de lado la representación orgánica proveniente de un estatuto societario (art. 358 CCyC), refiriéndonos únicamente a los casos de representación voluntaria y legal, siendo esta última los supuestos de designaciones no emanadas de ninguna voluntad, sino que lo hacen de normas generales (Código Civil y Comercial) o especiales (tal como se aclara, por ejemplo, en el artículo 102 CCyC).

En cuanto a surgida de autoridad, es la establecida mediante un acto administrativo o sentencia, como el caso del síndico, que se encarga de los procesos de concurso y quiebras, la tutela dativa (art. 107 del CCyC) designada por el juez ante la ausencia de designación voluntaria, los curadores designados por jueces (art. 139 CCyC) o la asistencia que surge de sentencia (art. 102 CCyC).

Las mencionadas formas de designación no requieren mayores desarrollos explicativos, por ello nos enfocaremos especialmente a los casos de designación voluntaria.

Antes de comenzar aclaramos que todos los supuestos a los que nos vamos a referir, necesariamente ha tenido un como origen un acto de apoderamiento o mandato eficaz, por lo que no se incluyen de ningún modo los casos de simulación.

En la representación voluntaria que surge de actos jurídicos, podemos encontrar numerosas formas de constituirlos, pero básicamente se pueden englobar en dos grupos: Representación expresa y aparente, siendo esta última, como se dijo, no resulta idónea para lograr la consumación del presente delito por vincularse con los supuestos de simulación y pender de la ratificación.

En el primero, la representación expresa, el representado interviene celebrando un acto jurídico bilateral con el representante, quien será nuestro futuro defraudador. Según el artículo 362 del CCyC el poder funciona como una “extensión” de la capacidad del representado, porque únicamente podemos apoderar a alguien a realizar los actos que por nosotros mismo estamos capacitados para ejercer, lo cual es lógico, si no fuera así, se librarían poderes para ejecutar actos que se nos han prohibidos o no podemos realizar. Como el mismo tipo afirma, el representante incumple o viola los deberes que se les había asignado como garante de los intereses. El artículo 372 del Código Civil y Comercial, se encarga de regularlos y en los incisos a; b; d; e podemos encontrar la

concordancia con los deberes tipificados; prohibición de adquirir los bienes o enriquecerse indebidamente y de excederse de los límites del mandato.

De los múltiples actos jurídicos que pueden ser el instrumento para el apoderamiento nos encontramos con el contrato de Mandato. El mandato se encuentra regulado en el artículo 1319 y sig. del CCyC. Tiene dos modalidades, una expresa y otra tacita pero se aclara que en ambos supuestos se aplicaran sobre la relación de las partes las reglas del art. 362 del CCyC. Dentro de las obligaciones que el art. 1324 menciona, la más importante de ellas es la que se encuentra en el inc. a y c, donde el mandatario debe actuar con cuidado, de acuerdo a las instrucciones dadas y por sobre todo informar los conflictos de interés como así también cualquier circunstancia que pueda motivar la modificación o revocación del mandato. Al hablarse del conflicto de intereses, el 1325 del CCyC expresamente obliga al representante a posponer los suyos o renunciar. Mencionamos especialmente lo último debido a que alrededor de esta conducta es sobre la cual gravitará el motivo de que en la redacción del inciso 7 se hable de lucros indebidos. Un representante que puede, mediante una deficiente gestión del negocio ajeno, beneficiarse por lograr un lucro indebido es merecedor de ser penado por defraudación como consecuencia de la violación al deber de anunciar y evitar cualquier conflicto de interés que lo haga enriquecerse a costa del manejo irregular de los intereses de su mandante.

Lo problemático de esto es el hecho de que la irregularidad en el manejo sin desviarse de la manda y existiendo buena fe por parte de los terceros permite la subsistencia eficaz de los actos celebrados. Por ello el daño necesariamente se configura al momento en que se ejecuta un acto mandado pero perjudicial para los intereses por el modo en que se lleva a cabo, sin necesidad de realizar mayores análisis.

En cuanto al mandatario o representante, resulta importante determinar si es imprudente en general; no es experimentado o no se encuentra especialmente capacitado para el manejo de negocios ajenos. En estos supuestos el mandatario no tiene responsabilidad a nivel civil ni mucho menos penalmente, debido a que la diligencia requerida objetivamente no le es exigible por superar sus capacidades. Una persona que no es diligente en los negocios propios difícilmente podrá serlo en los ajenos y quien no es especialista o experimentado mucho menos podrá defender los intereses de su mandante de manera adecuada, cuando así se lo requiera. No es necesario aclarar que si la capacitación o la experiencia fueron el motivo de la elección, será irremediabilmente responsable, como así también quien actúa dolosamente. De lo que se habla aquí es de los casos donde el mandante realiza una torpe o inadecuada elección, pero sin ser viciosa (culpa in eligendo), siendo, consecuentemente, la

diligencia exigida imposible de realizar por el sujeto por no ser el adecuado para llevarla a cabo. El límite de las posiciones de garante es la exigencia de lo imposible, por lo tanto resultaría imposible exigirle prudencia a un imprudente sin culpa o emplear conocimientos o habilidades especiales a quien no los posee.

Hasta el momento nos hemos referido de mandatario y representante de manera indistinta porque nos enfocamos en el contrato de mandato con representación, pero ¿Qué ocurre con su variante donde no se otorga representación?

Partiendo desde la redacción típica vigente, se habla del autor que tiene a su cargo el manejo, administración o cuidado de intereses pecuniarios ajenos. En base a esto, el mandato sin representación podría incluirse entre los medios típicos porque aún se pueden producir daños pero de manera indirecta, como consecuencia de no ser parte del negocio exteriorizado por el mandatario. De acuerdo al artículo 1321 del CCyC, se actúa en nombre propio pero en interés ajeno o del mandante, es decir, existe un encargo por parte de la víctima, pero es el mandatario o autor delictivo quien debe concluirlo en su nombre. Se desdobra la relación jurídica en dos esferas que coexisten: una es interna, no conocida por el tercero contratante y hace referencia a la relación mandante – mandatario; mientras que la segunda es externa, siendo además el objeto del delito que genera el resultado típico, donde las relaciones que se dan son entre el mandatario por cuenta propia y el tercero, como si de un contrato autónomo se tratase, debiendo este último conocer que se encuentran en juego los intereses del mandante, sino estaríamos frente a una simulación. En principio el único obligado y parte del negocio visible es el mandatario, mientras que el mandante se encuentra desvinculado, pero, como consecuencia de ser él quien se verá beneficiado o perjudicado por la gestión; en razón estar en juego sus intereses; resulta procedente la admisión del mandato sin representación como situación de hecho típica.

El contrato por excelencia que instrumenta la situación del mandato sin representación es la consignación (art. 1335 del CCyC). Sin embargo también podemos encontrar los casos de Agencia (art. 1479 CCyC) donde se debe velar por los intereses del empresario y la Franquicia (art. 1512 CCyC), debido a que se debe abstener de poner en riesgo los intereses y preservar la confidencialidad (art. 1515 CCyC). El contrato de Corretaje (art. 1345 CCyC), que presenta similitudes con el de agencia, salvando las diferencias substanciales referidas a su naturaleza y finalidad.

Como regla, para saber si algún individuo incurre en la figura típica deberemos indagar la existencia de algún tipo de subordinación (Técnica principalmente, jurídica o económica).

Retomando el análisis de la acción típica, hasta el momento solo hemos visto el supuesto de lucro indebido y lo asimilamos a los casos de conflictos de intereses. A su vez también aclaramos que en razón de la eficacia del acto, necesariamente se configuran daños en los intereses del mandante, como consecuencia de una representación dentro de los límites. Quedó claro que también que todos los supuestos hasta ahora vistos surgen de la violación de los deberes que surgen de la posición de garante que ocupa mandatario o representante, para con los intereses ajenos. Se podría decir que es un delito de omisión por comisión o de omisión. Sin embargo aun no hemos abordado el último de los supuestos que el art. 173 inc 7 regula; *obligar abusivamente al titular de estos*. Este último caso es de difícil interpretación porque el hecho de que se *obligue abusivamente* al representado, poderdante o mandante puede ser considerado un acto que excede a la manda o representación, siendo ineficaces y nulos. No obstante ello, existen casos donde, como efecto derivado de la protección que se otorga a la buena fe contractual, esta nulidad del acto no es operativa. Se debe incluir como regla que pondera la actitud del tercero contratante frente a la concreción de daños a los intereses del representado, por exceso o ejecución de actos sin autorización, lo estipulado por el artículo 361 del CCyC, donde se exige una buena fe diligencia al momento de relacionarse con un representante.

En cuanto a los supuestos donde no exista representación, solo se tendrá que comprobar si el tercero que es parte del acto lesivo, colaboró intencionalmente para perpetrar el tipo y por lo tanto actuó de mala fe. Si esto es así, la nulidad del acto extingue el daño y por lo tanto el presupuesto lesivo. En resumen, la *obligación abusiva* a la que se refiere el tipo, no solo debe configurarse, sino que también debe subsistir aun declarada su ineficacia, por serle inoponible al tercero que lo celebró con el mandatario o representante. Es decir, el representado o mandante debe pagar o responder de algún modo por la mala gestión, pero jurídicamente eficaz, de su intermediario.

Para concluir, tal como se mencionó al principio, los casos de representación aparente se encuentran excluidos de la figura debido a que el bien jurídico que se protege es la confianza que tiene el representado o mandante al momento de decidir depositar sus intereses bajo la custodia y manejo de un tercero. La particularidad de los delitos contenidos en este inciso es la eficacia que posee en un principio la relación jurídica entre la víctima y el victimario, algo ausente en las demás defraudaciones.

Reglas para la defraudación del Inciso 8:

A modo introductorio, se podría decir que la figura del inciso 8 consiste en el agotamiento del delito reprimido como falsificación documental (arts. 292 y s.s. del C.P). Sin embargo, apegándonos a la letra del delito, solo el artículo 294, que habla de supresión o destrucción, puede coincidir con la acción de mutilar que el inciso bajo estudio regula. En cuanto a la substitución u ocultamiento, son acciones que no encuentran su correlato dentro de la codificación penal, debido a que la falsificación documental, en principio se enfoca en reprimir los casos donde se hacen documentos que no se condicen con la realidad, es decir, se trabaja sobre un único soporte. Se podría entender que la substitución consistiría en el empleo o uso del documento falso. En cuanto a la acción de ocultar, no se encuentra ningún tipo de concurrencia debido a que instrumento objeto del delito existe y subsiste jurídicamente eficaz, pero no se puede acceder a él.

Dicho esto queda claro que la intención del sujeto es la cubrir a su favor una situación, deshaciéndose de los testimonios existentes que la constatan.

No inicia su defraudación con un documento falso, sino que se deshace de uno verdadero. Por ello creemos que la concurrencia delictiva con la falsificación es excepcional.

En el inciso tres nos referimos al concepto de documento por lo que no se harán mayores aclaraciones en cuanto a los medios. La redacción del inciso es técnicamente auto-suficiente al emplear elementos normativos que representan de buena manera los medios idóneos que pueden ser empleados.

Claramente busca beneficiarse, dentro de una relación jurídica, mediante la no presentación de testimonios escritos que pueden proteger los intereses de la contraparte. Sin embargo, la amplitud del verbo típico hace necesario interpretar que se encuentra incluida dentro de otras figuras defraudatorias, pasando a representar la ejecución típica de ellas. Dada la técnica legislativa, se podría decir que sirve de tipificación de una modalidad que puede concurrir con cualquiera de las defraudaciones reguladas, imposibilitándole su configuración de manera autónoma. Hace las veces de agravante genérico de las defraudaciones.

El hecho de ocultar, substituir o mutilar procesos, expedientes, documentos o papeles importantes, se relaciona con la responsabilidad por evicción del derecho civil (art. 1044 CCyC), donde se garantiza la existencia y legitimidad del derecho transmitido.

Dentro de las transacciones donde más se necesita de los documentos, nos encontramos con las obligaciones de dar para constituir derechos reales sobre cosas registrables (compraventa, permuta, suministro, etc.). Por lo general en estos negocios se requiere la comprobación de la situación registral del bien para adquirirlo de buena fe. Esta comprobación puede o no estar a cargo del adquirente, sin embargo, el hecho de que el deber de comprobación no sea del comprador no lo hace merecedor de la tutela de forma automática. El artículo 1040 del CCyC deja en claro que el límite es que el adquirente conozca o pueda haber conocido el peligro o existencia de los vicios o si asumió los riesgos. Esta regulación es muy lógica y a su vez debe ser aplicable a todas las demás defraudaciones donde estén en juego a nivel civil la responsabilidad por evicción. Desde el momento en el que se habla de defraudación, el engaño requiere de una contraparte susceptible de ser engañada, caso contrario estaríamos frente a caso de tentativa inidónea por no ser dirigida a un sujeto pasivo adecuado.

Por ello, tanto en sede civil como penal, al momento de analizar si el sujeto pasivo fue defraudado o no, se deberá actuar en concordancia con la regla que el artículo 1040 del CCyC establece, y en el caso verse excluido, considerar la posible participación del mismo en el delito perpetrado por su contraparte contractual.

En síntesis, para confirmar la tipicidad de la defraudación en estos supuestos y en general cuando se emplea un engaño como modalidad delictiva, ya sea realizada en contra de la víctima directamente o se requirió de la participación de un tercero que no es partícipe, primero se tendrá que considerar la posibilidad idoneidad de los sujetos para ser influenciados por el actuar delictivo del autor, es decir, si las víctimas fueron defraudadas irremediablemente por no poder, dentro de sus capacidades, sin serles exigible la prevención del resultado típico mediante su proceder diligente.

Reglas para la defraudación del Inciso 9:

El presente inciso es complejo en cuanto a la multiplicidad de medios que pueden ser objeto del delito.

En principio son tres las acciones típicas: Vender, Gravar o Arrendar. Respecto de la naturaleza de los bienes, pueden ser litigiosos, embargados o gravados y bienes ajenos.

Lo que ocurre en este supuesto es una violación al deber de transmisión vacua de la relación de poder con la cosa (art. 1926 CCyC). Al igual que en el anterior inciso, el delito se relaciona con la responsabilidad por evicción ya que claramente se está transmitiendo una cosa sobre la cual no se tiene un derecho real completo sobre la misma, siendo susceptible de ser objeto de reclamaciones. Se podría decir que el presente delito se resume en el principio jurídico establecido por el artículo 399 del CCyC; *Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que le que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas...*; como así también la prohibición relativa de transmisión y adquisición *a non domino*, ya analizada previamente en los anteriores incisos.

Una vez más, dependerá del grado de eficacia jurídica que posea el acto jurídico de transmisión para hacer viable la persecución penal debido a que, como se ha desarrollado hasta ahora, el daño solo se concretará si se impide excluir de la relación de poder, en cumplimiento de principios de seguridad jurídica dinámica que favorecen el tráfico negocial, al poseedor de la cosa; como lo es el sub adquirente de buena fe o el caso de los acreedores que ejecutan la cosa de buena fe (art. 340 CCyC).

Como consecuencia de la inclusión de bienes gravados, podemos también considerar como situación de hecho, las circunstancias del fraude civil (art. 338 CCyC), el cual hasta el momento no había sido tratado por lo particular que resulta ser. Claramente la figura del inciso 9 busca penar los casos donde se perjudican, principalmente los derechos que posee un acreedor sobre una cosa en particular. Aquí, una vez más, se deberá analizar la procedencia de la seguridad dinámica para confirmar el resultado típico, considerando los presupuestos que el artículo 339 del CCyC menciona. El último inciso del artículo citado, exige, al igual que en la regulación de la evicción, examinar si el adquirente debía conocer las consecuencias del acto y de ser afirmativo, procederá la inoponibilidad impidiendo su persecución, excepto que la única vía posible sea una indemnización reparatoria por ser imposible fáctica o jurídicamente su restitución. El artículo 340 del CCyC, regula cuales serán las situaciones donde se dará lo dicho.

Si analizamos las acciones típicas, claramente al hablar de vender, gravar o arrendar, claramente estamos frente a situaciones relaciones jurídicas onerosas, y esto no es menor debido a que refuerza la postura adoptada hasta el momento respecto de la necesidad de comprobar la imposibilidad de restitución para considerar operativa la persecución penal del hecho. Como se sabe, la precariedad del derecho se encuentra relacionada a los supuestos de gratuidad en razón de la ausencia de esfuerzos por parte de la contraparte adquirente, por ello el legislador, en busca de evitar cualquier confusión empleo esos términos para dar mayor exactitud a un tipo saturado de elementos normativos.

Por último, citamos el artículo 1009 del CCyC, dado que este es el correlato civil que mejor explica la situación típica. La regulación manifiesta la posibilidad de que los bienes litigiosos, gravados o sujetos a medidas cautelares sean objeto de contratos, sin embargo, dado los intereses que están en juego, la eficacia del acto dependerá de la buena fe de ambos contratantes. El simple engaño o silencio del autor delictivo no resulta suficiente para consumar la figura delictiva, debido a que la buena fe del sub adquirente o co-contrante, no se satisface con la simple intención de adquirir, sino que a su vez debe hacer todo lo exigiblemente posible para evitar caer en el engaño, como se ha mencionado de manera reiterada en el presente desarrollo. No cualquier contraparte puede ser sujeto pasivo del engaño defraudatorio, sino que lo serán aquellos que actuando de manera diligente no pudieron evitar caer en el error perpetrado por el defraudador. Las reglas de evicción (art. 1040 del CCyC) y fraude a los acreedores (art. 339 y 340 del CCyC), como así también de simulación (art. 337 CCyC) serán las aplicables para determinar la buena fe de la contraparte contractual. Siempre deberemos considerar si subsiste la adquisición como consecuencia de la seguridad dinámica, para poder afirmar la existencia de un daño típico de este inciso y en los demás supuestos defraudatorios.

Reglas para la defraudación del Inciso 10:

Antes de comenzar el análisis de la figura se debe determinar los alcances del medio comisivo “*Supuesta Remuneración*”.

En principio, el concepto de remuneración evoca la idea de contraprestación debida en razón de una actividad que se habría solicitado realizar previamente. La ley 20744 (L.C.T) en su artículo 103, se refiere expresamente a la remuneración como la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, mientras que el artículo 21 aclara que este último es el instrumento donde una persona se obliga a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra. Salvando las diferencias que son fundamentales con el contrato de empleo público, la remuneración esencialmente es conceptualizada de igual forma que en el ámbito privado, la cual sería la contraprestación a cargo del estado que debe al trabajador como consecuencia del carácter contractual de la relación de empleo público que guarda con este.

Como se ve, resulta difícil considerar la remuneración como un beneficio o premio a favor del empleado público, como así también que la víctima fácilmente crea que debe pagar a los empleados públicos la remuneración que les corresponde, debido a que el sentido común indica que este es el deber del estado, por ser su empleador, sin embargo, puede hacerse creer al defraudado que, como consecuencia de una actuación administrativa, deba pagar un precio determinado para poder beneficiarse o ser alcanzado por los efectos de la actuación pública. Dentro de los tributos, nos estamos refiriendo a la tasa, donde la contraprestación es en razón de un servicio brindado por la administración, y dentro de esta lógica resulta más razonable admitir la posibilidad de que el individuo haya sido engañado.

En síntesis, podría considerarse que la modalidad delictiva consiste en hacer que una persona pague, con dinero en principio, una “tasa” como consecuencia de algún servicio al que quiera acceder. Lo hemos reiterado muchas veces, pero queremos que quede en claro que la expresión engañosa no resulta suficiente para ser delictiva, ya que también se requiere de un sujeto pasivo adecuado para ser objeto del engaño. Por ello, la maquinación o el ardid deben ser bien planificados para poder viciar la voluntad de la víctima.

Antes de concluir, afirmamos concluyentemente que no existe ningún tipo dentro del código que pueda concurrir o desplazar este delito, por el hecho de ser único en todo sentido. Para empezar, la remuneración nunca puede ser considerada

equivalente a una dádiva o beneficio otorgadas a favor de un funcionario público. Por remuneración, debemos entender una contraprestación en razón de un servicio prestado, por lo que la apariencia de licitud y proporcionalidad, dada por los esfuerzos prestados por ambos, que encubren el medio de perpetración se encuentra implícitamente arraigada al concepto, distinto de lo que puede ocurrir con la dádiva u otras ventajas, donde la naturaleza abusiva de lo exigido, por no ser equivalente, hace cuestionar a cualquiera su licitud. En segundo lugar, la simulación y el sujeto activo del delito, quien no tiene relación alguna con el funcionario, impide que pueda relacionarse con el delito de exacción, donde se requiere la participación de al menos un funcionario. Además, como se dijo, la apariencia de legalidad de la simulación, impide que guarde alguna conexión con el tráfico de influencias.

En este supuesto, el administrado y víctima de la defraudación, debe poder exigir o solicitar regularmente a la administración el servicio o la actividad en cuestión, caso contrario, tendría que valerse de influencias para poder concretarlo y esto se encuentra regulado en el Capítulo VI del Título XI, referido a cohecho y tráfico de influencias.

Con esto queda claro que el delito del inciso 10 consiste en hacer creer a la víctima que debe pagar una remuneración como consecuencia de un servicio prestado por la administración, al cual tiene derecho a acceder. Creemos que sería conveniente para evitar confusiones, remplazar el término *remuneración* por *tasa* u o *tributos*.

Reglas para la defraudación del Inciso 11:

En principio, como presupuesto básico para que proceda su aplicación, se requiere que la obligación de la que se tratase tenga por objeto un bien sobre el cual se otorgue un derecho real, una garantía o su transferencia (obligación de dar y todas sus variantes). Además, se necesita que lo debido sea en razón de un precio, incluyendo los supuestos donde su pago ya fue efectuado o no.

Respecto de la naturaleza de la obligación, la misma es onerosa, de dar o supuestos de hacer donde el resultado sea susceptible de entrega, tal como ocurre con el contrato de obra.

En cuanto al requisito de que sea contra el pago de un precio, puede resultar algo de difícil interpretación.

El *precio*, en el ámbito del derecho, hace referencia principalmente a la contraprestación monetaria que se realiza en los contratos de compraventa o arrendamientos. En un sentido un poco más amplio se puede hablar de la valoración pecuniaria correspondiente a algo.

Si buscamos el significado que la RAE le dio al término, encontramos que la primera acepción, en un contexto informal u ordinario, es la valoración pecuniaria, mientras que su acepción jurídica es la contraprestación dineraria. Además, se incluye una tercera que se asocia con cualquier esfuerzo que se realiza (acepción vulgar).

Doctrinariamente se acepta que el precio consista en una contraprestación dineraria, en especie o cualquier valor, pudiendo incluirse los supuestos de permuta. De este modo, se hace vincula a un concepto ordinario de precio, el cual permitiría, además de la permuta, la inclusión de pagos que no necesariamente se encuentren valorados pecuniariamente pero tengan valor económico, tal como el pago en especie, a través de servicios, la emisión de títulos valores representativos de mercaderías (donde el valor es la mercadería independientemente de su equivalencia pecuniaria), cesión de derechos intelectuales o que se tienen sobre sistemas productivos, transmisibilidad del carácter de socio que se tenga, o la constitución de un usufructo sobre acciones societarias, cesión de cuotas, entre otras muchas infinitas posibilidades.

Tal amplitud del tipo hace difícil su aplicación de manera adecuada, pudiendo caer en un exceso de punición o en una deficiente interpretación.

De acuerdo a la letra de la norma, el elemento normativo “obligaciones” restringe la interpretación de “precio” a sus acepciones que estén asociadas al ámbito jurídico. Al

requerirse como presupuesto para la adecuación del hecho al tipo, la preexistencia de una obligación válida, no quedan dudas de que el precio, como elemento incluido en la mencionada relación jurídica, deba ajustar su sentido al concepto de contraprestación dineraria.

De este modo la relación jurídica que une a las partes se configura por las prestaciones reciprocas de dar para constituir derechos sobre los mismos y la contra prestación de dar sumas de dinero.

A modo de crítica, se cree conveniente modificar el término “*precio*” por el de “*onerosidad*” o cualquier otro que permita entender que el vínculo genera “*obligaciones onerosas*” para ambos.

Dicho esto, solo nos queda determinar si el precio fue o no pagado por la víctima.

Específicamente la letra del artículo dice “*por precio*”, destacándose solamente la nota de onerosidad sin dejar en claro si ya fue o no cumplida. Sin embargo, esto es irrelevante a los fines de la configuración o no del daño, siendo posible cualquier caso (total, parcial o pendiente de pago), importando únicamente para calificar la calidad de la lesión.

Todo derecho que surge de las relaciones contractuales se incorpora al patrimonio del individuo y por lo tanto, a pesar de existir pendencia en el cumplimiento de las prestaciones, pueden generarse daños a las partes (art.965 CCyC). Además, por efecto vinculante de los contratos válidamente celebrados (art. 959 CCyC) existen diversos deberes que deben cumplirse durante la etapa funcional del contrato, teniendo como finalidad garantizar el cumplimiento de la prestación y la protección de los intereses de los contratantes.

Como límite a lo mencionado, se requiere que, por un principio de relevancia penal, al menos exista un acto confirmatorio (señal, arras, entre otros) por parte del acreedor que permita considerar relevante la violación a los deberes contractuales.

La defraudación a la expectativa, contractualmente fundada, que se tiene de los derechos sobre el bien y sus accesorios, objetos de la relación, como así también de lo entregado en razón de la misma, pudiendo estos ser reclamados posteriormente (si fueran una liberalidad no generarían daño), son la base sobre la cual se reputa el daño al patrimonio. De mas esta decir que los daños extra patrimoniales, como así también los indirectos o la pérdida de oportunidad, exceden a los fines de la tutela, importando solamente aquellas consecuencias inmediatas (no recibir lo debido).

Dentro de las hipótesis típicas, se encuentra la configuración de un incumplimiento culpable. Ante lo mismo, el acreedor puede pedir la resolución total o parcial del contrato (ver art. 1083 CCyC).

En ambos casos, solo en la declaración de resolución parcial puede evitarse que se configure tal situación. Si al notificarse al deudor, el acreedor opta por el cumplimiento parcial y la reparación de los daños que pudieron haber surgido o eventuales restituciones, (ver 1078, 1083 y 1090 CCyC) siendo que además el deudor responde de manera adecuada, el tipo penal no logra consumarse.

Si es total la resolución, el incumplimiento impide cualquier otra opción (ver art. 1084 CCyC), de ahí que sean excluyentes (ver art. 1083 CCyC) quedando configurado el daño.

De la resolución surge el deber de restitución (art. 1080 y 1081 CCyC), y el incumplimiento del mismo, mediante la retención de lo requerido, genera otro daño en el patrimonio, importando la configuración de una de las conductas que el tipo sugiere en su letra.

Por todo esto, resulta fundamental, al momento de tipificar, considerar si el acreedor (víctima del delito):

Cumplió con las disposiciones del art. 1078 (notificar, optar, etc.)

La configuración efectiva del incumplimiento (art. 1084 CCyC)

Si el punto anterior fue intencional o anunciado por el deudor (art. 1084 CCyC). Claro está que, dentro de la intencionalidad, se deberá observar los deberes que incumplió en razón del rol que ocupaba en la dinámica contractual.

En cuanto al concepto de *Bien*, el mismo es, a los fines interpretativos, adecuado por referirse al contenido del patrimonio que dispone el victimario para hacerse del valor que representa el precio y privar de los derechos que esperaba recibir por haber cumplido con su contraprestación, como así también los supuestos en los que se haya realizado un pago parcial o dado cosas a modo de señal, entre otros.

Si seguimos esta línea de razonamiento se podría decir que el delito consiste en disponer del patrimonio propio o ajeno (obligación de dar cosas ajenas), en un principio de manera lícita, para perjudicar el de la víctima mediante la frustración de sus intereses.

De acuerdo al artículo 16 del CCyC, el termino *Bien* se relaciona con el género de objetos que constituyen el patrimonio de una persona y sobre los cuales se tienen derechos individuales (ver art.15 CCyC). En base a esto, se puede afirmar que la materialidad o inmaterialidad resulta indistinta siendo únicamente relevante su aptitud para ser objeto de una relación jurídica patrimonial, teniendo que, lógicamente, cumplir con los requisitos del art. 279 (objeto del acto jurídico); 1003 CCyC y siguientes (objeto de los contratos). Continuando con esta línea de razonamiento, se concluye también que las acciones enunciadas en el tipo (remoción, retención, ocultamiento, daño) son meramente ejemplificativas, siempre que la acepción de *Bien* a la que se hace referencia es únicamente aquella que se encuentre asociada a las obligaciones o actos jurídicos, quedando descartada la definición brindada por el artículo 1883 CCyC vinculada al ejercicio de derechos reales sobre la materialidad de una cosa.

Avanzando en el análisis, las obligaciones que son empleadas para la comisión del delito son de dar en términos generales, no de dar para constituir derechos reales, si esto fuera así en la letra del tipo se aclararía que el derecho afectado es real. También se puede decir que el bien puede ser determinado o determinable (recordemos que la frustración intencional de la expectativa contractual es lo que en verdad importa).

El *bien* es el objeto del delito, mientras que el daño se puede considerar en base a la expectativa que tenía la víctima de recibir el mismo; el valor que se vio privado de percibir. El precio dado efectivamente, las señales, arras o cualquier otra cuantía no guarda relación con el incumplimiento en sí y lo debido de manera principal (objeto de la obligación), sino que sirven a los fines de reforzar la seriedad de la relación o determinar el alcance de los efectos restitutivos de la declaración resolutoria.

Como consecuencia de lo dicho, la expectativa frustrada de los derechos que se pudieron constituir sobre un bien (incluidos sus accesorios), mediante el incumplimiento o la imposibilidad intencional, declarada por resolución de una obligación seria y válidamente celebrada, es la dinámica que caracteriza el tipo.

A diferencia de otras figuras, en este supuesto no se requiere de un engaño, la relación jurídica válida es el instrumento empleado para vincularse con la víctima. Esto no es menor, debido a que el dolo puede darse en un inicio o al momento de la ejecución de la obligación del victimario.

Al igual que en los análisis anteriores, la procedencia de la persecución penal se debe dar en casos muy limitados, debido a que el simple incumplimiento no basta para ser relevantemente penal (recordemos que el incumplimiento contractual es atípico).

El artículo al hablar de imposibilidad, incertidumbre o litigiosidad se refiere al supuesto donde el pago no puede realizarse por culpa del deudor que crea dos situaciones claras: la turbación de los derechos que pueden tenerse sobre el bien o la posibilidad de adquirirlo íntegramente de acuerdo a lo pactado.

La perturbación a la expectativa obligacional referida a la incertidumbre o litigiosidad, puede incluirse dentro de los supuestos donde el pago se realiza a quien no está legitimado para recibirlo (ver art. 883 del CCyC), la creación de un nuevo acreedor desconociendo la obligación de dar que contrajo con la víctima (ver arts. 756 y 757 del CCyC), quien restituya un bien no registrable a quien no es propietario, en el marco de las obligaciones de dar para restituir (ver art. 760), la constitución de un derecho real de garantía (supuestos que dieron origen a la introducción de la figura, por ejemplo la constitución de una hipoteca antes de transferir el dominio a la víctima), otorgar un derecho de usufructo sobre el mismo bien (ver art. 1189 inc. b, supuesto de obligación in rem scriptae), supuestos de declaración de quiebra aun estando pendiente el cumplimiento de una o ambas obligaciones (ver 125, 143 inc 2 y 3 y 144 LCQ) o la entrega anticipada del bien contra la entrega de una señal o un porcentaje del total del precio, ya sea porque se convino así, la transferencia del bien se encuentra en trámite (ver art. 118 LCQ) , incluyéndose además los casos donde se decida resolver de manera parcial y no se cumpla con el deber de restitución, tal como se vio previamente; entre otros.

Como se puede apreciar, la incertidumbre o litigiosidad deviene, en su gran mayoría, de una confrontación de créditos; situación que al inicio de la relación jurídica no existía. Si esto fuese así, se estaría hablando de estelionato, lo cual no es correcto.

A pesar de que en ambas figuras existen responsabilidades por evicción a cargo del victimario o una situación de incertidumbre o litigiosidad sobre bienes debidos, su ubicación temporal difiere. En el inciso 9, la afectación a los derechos se da en la etapa genética o al inicio de la relación, mientras que en la figura del inciso 11, esto ocurre en la etapa funcional o al momento de ejecutar la obligación. Por ello, en la letra del último se expresa *“El que tornare...”*, siendo esto importante no solo para ubicar el dolo, sino que además sirve para determinar comienzo de ejecución delictiva, el cual solo tendrá lugar si se realiza un acto idóneo para desbaratar la relación que hasta el momento era eficaz, es decir, tornarlo ineficaz en la etapa funcional.

Otra posibilidad de generar la incertidumbre puede ser afectando el estado del bien, ya sea materialmente, remoción u ocultamiento del bien; o jurídicamente, como puede

pasar con la afectación a propiedad fiduciaria, por ejemplo. Esto último puede resultar de compleja interpretación a primera vista.

Si se analiza el artículo 1686 del código civil y comercial, al regular las acciones que tienen los acreedores del fiduciario o fiduciante, se menciona que solo procederán las acciones por fraude o ineficacia concursal.

Si nos remitimos al artículo 339 CCyC, sobre los requisitos para la declaración de inoponibilidad de un acto, en los incisos b y c, se requiere la constatación de que el acto haya causado o agravado una situación insolvencia y que quien contrato con el deudor a título oneroso haya podido o debido conocer que contribuyo con vinculación al mencionado estado patrimonial.

De este modo podemos afirmar que la inoponibilidad del acto que afecto el bien al régimen de fideicomiso procederá en los supuestos donde se demuestra un estado de insolvencia, sin necesidad de comprobar la mala fe del “contratante” porque en este caso no se hace una transmisión a título oneroso, sino que es a *título de confianza*, es decir, se transfiere el dominio fiduciario para su disposición sometida a fines y límites específicos.

Pero la pregunta sería, ¿qué ocurre si no se logra una declaración de insolvencia porque el acto traslativo no fue lo suficientemente relevante? Supongamos que el victimario ya ha constituido un fideicomiso con parte de sus bienes y celebrado un contrato de compra venta, decide afectar el bien objeto del contrato (alguna maquinaria de trabajo, vehículos, por ejemplo) a la propiedad fiduciaria, sin que esto suponga un acto de insolvencia. Este acto de ningún puede ser calificado, en términos civiles, como fraudulento, sino que más bien se estaría frente a un acto indirecto (art. 385 CCyC), pudiendo pedirse la declaración de su ineficacia, evitando de este modo el daño que pueda sufrir la víctima.

Por el otro lado, si al ejemplo anterior se agrega que a dicha afectación le siguió un acto de enajenación del bien a un tercero, a pesar de que se declare nula la adquisición de la propiedad fiduciaria por parte del fiduciario encargado transferirlo, no se extienden los efectos al tercero que adquirió una cosa mueble o inmueble registrable a título oneroso y de buena fe (ver art. 392 CCyC), como así también le sería inoponible en los supuestos de sub adquisición a título oneroso y de buena fe (ver art. 1895 CCyC). Consecuentemente, la víctima al verse impedida de recobrar el bien objeto de los derechos, el incumplimiento culpable queda configurado.

Respecto de la imposibilidad a la que se refiere el código básicamente nos podemos remitir al instituto de la imposibilidad de cumplimiento, regulada por el código civil y su consecuente declaración resolutoria (previamente visto). Tengamos presente que el contexto en el que se desarrolla el delito es el de una obligación válida, por lo tanto, los institutos que la regulan son los aplicables para determinar el significado de los elementos normativos que el tipo penal contiene.

Para que exista una imposibilidad sobrevenida (si no fuese sobrevenida, no existiría relación jurídica válida debido a que carece de uno de sus elementos esenciales) adecuada a los fines del tipo, se necesita que la misma sea absoluta, definitiva y atribuible al imputado (ver. art. 955 CCyC).

En cuanto a los casos donde además es temporal, solo será relevante si su duración afecta algún plazo esencial o frustra el interés de la víctima de modo irreversible, siendo esto último lo más importante a tener en cuenta porque todo el análisis que se ha hecho hasta ahora es para determinar en qué casos existe un daño al bien jurídico penalmente tutelado, haciendo que la transgresión al deber de abstenerse de violar deberes contractuales sea penalmente relevante (Ver art. 956, 1732 y 1733 CCyC).

Si existiere imposibilidad parcial, al igual que en la temporal, existe la posibilidad de que sea cumplida en algún momento, sin embargo importa discriminar si será útil. A pesar de no encontrarse regulado en el código civil, en base a lo dicho y lo que se desprende de la declaración resolutoria parcial (ver art. 1083 y 1080 CCyC), dependerá de la víctima si decide recibir o no el bien, (en razón del principio de que las cosas perecen para su dueño, resulta lógico pensar que se otorgue la facultad de decidir quién carga con la pérdida a la víctima acreedora, ya que como principio general sería el deudor quien deba hacerlo, pero si le es útil entonces ella asumiría tal pérdida) pudiendo pedir el reajuste del precio (art. 1130 CCyC, lo cual también es coincidente con el deber de restitución, en el marco del supuesto donde se haya pagado efectivamente el precio), sin que exista daño alguno a pesar de que la imposibilidad haya sido causada, debido a que al aceptar una parcialidad la parte considera que no se han vulnerado sus intereses. Por el contrario, si rechaza tal cumplimiento, el daño se verá configurado y será admisible la denuncia por la defraudación especial. A lo mismo se suman los requisitos de la resolución, en la cual se necesita de una frustración del fin.

Continuando el análisis del inciso, el concepto de *garantía* hace mención a los derechos reales de garantía que se constituyen a favor de la víctima y sobre un bien cuya titularidad es del imputado.

Una vez más, para que exista un comienzo de ejecución necesariamente se requiere de una obligación válida previamente contraída entre sí por las partes, sin embargo en esta oportunidad no se afecta el objeto de la obligación pudiendo constituir un posible incumplimiento, sino que esta vez se afecta el negocio jurídico accesorio cuya finalidad es la de solventar la obligación principal en caso de incumplimiento de la misma.

Al tratarse de un derecho real de garantía, el derecho o facultad que se ve afectada es la legitimación de perseguir y cobrar con preferencia sobre el valor del bien gravado. Puede constituirse sobre cosas muebles o inmuebles (Prenda de cosas, anticresis o hipoteca), como así también sobre créditos (Prenda de créditos), aunque también podrían incluirse los casos en los que se constituye sobre derechos (Cesión en garantía art. 1615 CCyC) o Fideicomiso en garantía (art 1680 CCyC).

Como lo que interesa en este supuesto es este negocio jurídico accesorio, la obligación principal puede ser de cualquier clase, claro está que lo será siempre que se encuentre dentro de los supuestos de onerosidad.

Ahora bien, sobre la alteración de los derechos que surgen de la garantía, tenemos que la principal causa de ello es la afectación a la integridad o situación jurídica del asiento. En base a ello puede darse el caso de que se altere o reduzca el valor del bien porque el imputado no lo conservo como le era requerido (lógicamente en los casos donde sea su deber o no se haya transferido la posesión al acreedor) o se ceda un crédito donde el deudor es insolvente y se compruebe que lo hizo de mala fe (art. 1628 CCyC), como así también cuando la preferencia o garantía se otorgue a una obligación que inicialmente no la tenía y se realice dentro del periodo de sospecha que la ley de concurso y quiebra establece (ver art. 118 LCQ. Piénsese en el supuesto en el que para prolongar el plazo de vencimiento de un contrato de mutuo, el imputado ofrece una hipoteca o prenda a cambio de su postergación, a pesar de conocer su estado de cesación de pagos y declarando su quiebra tiempo después).

En resumen y para concluir, el incumplimiento se encuentra calificado por las regulaciones del código civil y por lo que la declaración resolutive requiera. El incumplimiento puede darse por imposibilidad de cumplimiento (art. 955 CCyC) o por declaración resolutive (arts. 1083 y ss. CCyC). En ambos casos lo mismo es atribuible a los deudores de la víctima.

Los bienes afectados son aquellos susceptibles de ser objeto de actos jurídicos patrimoniales. El artículo al hablar de incumplimiento por el modo en que se había pactado, se refiere al supuesto en el que no se entreguen los accesorios de los bienes o que surjan de la obligación, pudiéndose interpretar que estos, a pesar de no ser los

principales, también son los debidos por el precio. Como se dijo mas arriba, solo los daños que se encuentren directamente relacionados a los bienes que se esperan percibir del contrato o la relación obligacional son los que se tienen en cuenta, quedando excluidos todos aquellos que se encuentren relacionados con lo moral, la utilidad que se dejo de percibir (lucro cesante, por ejemplo) y lo que exceda al valor propio del bien (consecuencias mediatas).

De los deberes que pueden verse violados nos encontramos con los de conservación (art. 746 CCyC), restitución (arts. 1080; 1081 CCyC), aquellos que surjan del efecto vinculante de los contratos y que de su incumplimiento generen un daño patrimonial por afectar el bien (art.1034 CCyC), sus accesorios (art. 746 CCyC) o los que se esperan percibir por restitución (art. 1080 CCyC) o cualquier otra causa, como así también los deberes propios de cada especie de contrato u obligación en particular (siempre que las mismas sean de dar, onerosas y por precio).

Su determinación permite aclarar el rol y la posición de garante que poseía el imputado, permitiéndonos afirmar si le es atribuible el delito como doloso por violación de los deberes que debió observar en razón del vinculo jurídico (aplicación de las reglas de la omisión por comisión). Lo mismo también puede verse en el art. 1084 CCyC al regular los casos en los que se configura el incumplimiento.

Dicho incumplimiento (ya sea porque se torno imposible incierto o litigioso un derecho, como así también si no se puede cumplir del modo pactado) ocurre por el comportamiento del deudor de la obligación, pero su mala fe o indiferencia (siendo esto contrario a sus deberes de garante) es lo que genera el daño. Queda claro que es irrelevante su deseo de enriquecerse, bastando la constatación de su omisión indebida y, lógicamente, el nexo de causalidad por el cual se le atribuye personalmente, para afirmar que existió dolo (comisión por omisión).

La declaración de la resolución debe fundarse configuración de los supuestos d; e del articulo 1084 CCyC (supuestos de atribución personal).

En los casos de declaración de imposibilidad de cumplimiento, se debe evaluar el nexo causal del mismo y que cumpla con los requerimientos del art. 955 CCyC.

Por todo esto, el incumplimiento del que se habla se encuentra calificado por lo regulado en el código civil. El mismo puede darse en el marco de la resolución contractual que eventualmente puede disponerse, como así también la imposibilidad de cumplimiento surgida del obrar inadecuado del deudor.

Respecto de las condiciones pactadas mencionadas en el tipo, puede ocurrir que exista pago (art. 865 CCyC) pero que no sea liberatorio, por incumplir con lo establecido por el artículo 880 CCyC (solo se libera si cumple con el interés del acreedor); en función también del objeto del pago (art. 867 CCyC) que manifiesta una aproximación al interés del acreedor. No pagar en el lugar estipulado, entregas parciales, pagos extemporáneos, a quien no se designo, teniendo este asegurados sus derechos por ser de buena fe (883; 884 CCyC), entre otros son los supuestos que pueden ocurrir en cuanto a la modalidad.

Es importante ver los derechos que eventualmente pueden surgir a favor de terceros o como contribuyeron para “desbaratar el derecho” del acreedor (sub adquirente de buena fe a título oneroso, en el supuesto en el que se haya vendido una cosa dada en depósito, concurrencia de acreedores según arts. 756 y 757 CCyC, etc). Además, esto sirve a los fines de poder analizar si existió y subsiste un daño que penalmente sea relevante o si el mismo pudo evitarse en sede civil mediante las diferentes defensas que tiene el acreedor para evitar verse frustrado, lo cual resulta lógico porque sería irrazonable imputar un daño consentido.

Antes de terminar, reiteramos que resulta importante constatar que el daño ocasionado a la víctima sea irreversible. Lo mismo, se puede lograr a partir de la declaración del incumplimiento culpable mediante la resolución del vínculo contractual que la víctima formuló previa presentación de la denuncia.

Dicha afirmación sirve para determinar la operatividad de la persecución penal, ya que de ningún modo se puede permitir que en sede penal se discutan situaciones jurídicas de índole contractual. El derecho penal mediante esta figura buscó dar tutela a la expectativa del acreedor de una obligación onerosa, por lo que, si no se tiene certeza de su existencia, consecuentemente, no se podrá poner en marcha el mecanismo tuitivo penal, por no existir el presupuesto básico de configuración de la situación de hecho tipificada.

Reglas para la defraudación del Inciso 12:

La letra del artículo nos dice: 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.

Como primera impresión, apreciamos una figura saturada de elementos normativos que, en este caso, sirven para determinar al autor del delito.

Al igual que en el delito anterior, existe un vínculo contractual válido que une a las víctimas con el defraudador.

Lo particular aquí es que nos encontramos con la afectación de bienes a regímenes de propiedad determinados, siendo estos administrados o conducidos por quien defrauda.

Tanto en el fideicomiso como en los fondos comunes de inversión, los bienes dados en custodia salen del patrimonio de la víctima pero no pasan a integrar el del autor delictivo. Este tiene poderes de disposición pero limitados en función de los intereses por los que debe velar.

En el fideicomiso la persona del administrador o de quien dispone de los bienes se encuentra identificada generalmente, siendo la excepción los casos donde se contrate con una entidad financiera habilitada para recibir los bienes fideicomitidos (art. 1673 CCyC). Esto difiere en el caso del fondo común de inversión debido a que las gestiones están a cargo de un órgano perteneciente a la “sociedad gerente” (sociedad anónima habilitada a los fines de dirigir el fondo). Por este motivo, en algunos casos puede resultar difícil determinar quién es el “titular fiduciario” o el “administrador de fondos comunes de inversión”, pudiendo ser múltiples individuos los que se vean alcanzados por esta calidad.

La figura pretende penar los casos donde se viola el deber de fidelidad que se tiene para con los “mandantes”. El exceso en el ejercicio de las capacidades conferidas pueden configurar dos situaciones lesivas del patrimonio de la víctima. La primera puede ser que se favorezca el imputado de manera personal por privilegiar sus intereses por sobre los del fiduciante o cuotapartista. La segunda puede consistir en el beneficio de un tercero no autorizado (por ejemplo, en el fideicomiso se encuentra la figura del beneficiario).

Como podrán darse cuenta, esta figura requiere de la configuración de elementos subjetivos distintos del dolo, consistentes en tipos con trascendencia interna trascendente (sub clasificación: cortados delitos de resultado). Al igual que el inciso 7; dicho sea de paso, el mismo es la figura general del que se encuentra bajo análisis, de ahí que sean similares y tengan una relación de género a especie; se requiere que el autor busque un beneficio indebido que recaiga sobre su persona o la de un tercero (quien podrá o no ser participe).

Respecto del daño, resulta acertado que se haga mención a la “defraudación de los derechos de los cocontratantes”, de esta manera no es necesario discutir la utilidad de los actos a los fines de la preservación de los intereses, lo cual a su vez puede volverse aun más intrincado al discutir si son individuales, del conjunto de acreedores o de los bienes. Además, al restringirse los sujetos susceptibles de ser defraudados únicamente a los cocontratantes se facilita la interpretación, dejándose de lado las partes, acreedores de las partes, herederos o cualquier tercero interesado. Solo aquellos que hayan celebrado o prestado su consentimiento para ser incluidos en la relación jurídica podrán demandar la tutela penal de sus derechos (importante a los fines de determinar la legitimación activa). Lo dicho difiere de la “figura general (inc. 7)” en cuanto este ultimo habla de “intereses confiados” y “titular de estos” de manera genérica, ampliándose de manera difusa el espectro de victimas.

Dentro del fideicomiso, los cocontratantes mas expuestos a ver defraudados sus derechos de contenido patrimonial o “beneficios”, son el beneficiario (también beneficiario de fideicomiso en garantía quien ve garantizado su crédito art. 1680 CCyC) y el fideicomisario (ver arts. 1671, 1672, 1681, 1698 CCyC).

En cuanto al fondo común de inversión, nos encontramos que, de acuerdo a la ley 24083, los cuotapartistas; ya sea porque son propietarios de certificados de copropiedad nominativa no endosable, o por haber sido registrados en el supuesto de cuotapartes registrables; son quienes pueden ver afectados sus derechos por la conducta delictiva (ver art 18 y 24 ley 24083).

A los fines de determinar los derechos o si el denunciante es víctima del delito, nos deberemos remitir a los instrumentos que dieron origen o regulan los “patrimonios afectados”. En el fideicomiso, nos encontramos con el contrato y en el fondo común de inversión podemos remitirnos al “*Reglamento de gestión*” (art. 13 ley 24083) o a los certificados representativos de las cuotapartes emitidas por el fondo (art. 18 ley 24083).

En síntesis, en ambos supuestos lo importante es determinar que la disposición de los bienes fue perjudicial por buscar solventar un beneficio propio o el de un tercero

cualquiera, pudiendo denunciarlo solo aquellos que demuestren tener un derecho afectado.

Ahora bien, para terminar procederemos con el leasing, figura que no guarda ningún tipo relación con los anteriores supuestos.

En el fideicomiso y el fondo, nos encontramos con una masa de bienes afectada a fines determinados, mientras que en el leasing existe una relación personal o, a modo figurativo, un contrato de “locación” con “opción de compra”. Por lo tanto, en este caso no contamos con administradores o sujetos que dispongan de un patrimonio separado del propio, sino que tenemos a dos partes de un contrato.

El artículo dice, “el dador de un contrato de leasing”, por lo que la víctima sería la parte tomadora de la cosa. Por las particularidades del contrato, la idoneidad de los actos tendientes a la consumación no podrán consistir en perturbaciones o alteraciones de índole material (destrucción, ocultamiento, entre otros), debido a que el bien se encuentra en tenencia del tomador como consecuencia de la constitución del usufructo en su favor. En base a esto, se ve reducido el número de comportamientos delictivos a aquellos que únicamente alteren jurídicamente la situación del bien.

Respecto de los derechos, además de los que surgen del usufructo, existen los que se relacionan con la opción de compra. Por lo tanto, además de los actos pueden impedirle al tomador ejercer su usufructo, puede ocurrir que al momento de ejercer su facultad de compra no pueda concluir la compra del modo esperado por verse alterada la situación jurídica del bien.

Reglas para la defraudación del Inciso 13:

Para poder entender la presente figura nos tenemos que remitir lo estipulado por la ley 24441 en cuanto a la regulación del régimen especial de ejecuciones de hipotecas que hayan emitido letras hipotecarias (arts. 52 a 67 de la ley 24441).

El artículo habla de dos supuestos distintos: ejecución sin mora y omisión maliciosa de requisitos establecidos para el procedimiento especial.

Se puede decir que la ejecución extrajudicial requiere de tres etapas previas a la celebración de la subasta, a saber: Intimación (art. 53), Constatación Judicial del Inmueble (art. 54) o extrajudicial (art. 55) y publicación del remate público (art. 57) con notificación de la fecha a los titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada (art. 59). Al momento de la venta, se debe dejar constancia de cada uno de los actos, sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado (art.63).

Por lo visto resulta sumamente difícil sortear los recaudos y controles que la ley establece. Los reiterados mecanismos de publicidad, notificación, intimación, la intervención judicial que, a pesar de no ser necesaria en un principio, se hace necesaria si no hubo desposesión y la intervención de escribanos y martilleros públicos impide que el autor del delito produzca un plan consumativo, quedando, en el mejor de los casos, en grado de tentativa. Además, al hablarse de ejecución en perjuicio del deudor, como delito de resultado, requiere que haya habido una lesión en el patrimonio de la víctima.

La intervención judicial o de escribanos, martilleros y registros, la publicidad y la protocolización del acto tienden a ser obstáculos que impiden la consumación del delito, siendo imposible además omitir los recaudos procedimentales debido a que si se hiciese no podría perfeccionarse la venta de ningún modo. El hecho de que tarde o temprano se deba dar cuenta de las gestiones realizadas impide concretar cualquier plan.

Por todo esto no ahondaremos más en la figura debido a su dificultad consumativa.

Reglas para la defraudación del Inciso 14:

Este inciso remite una vez más a la ley 24441, pero esta vez a la regulación de las letras hipotecarias (arts. 35 a 49).

El artículo habla de omitir la consignación de pagos en el título. De acuerdo al artículo 41 de la ley, existen dos formas de dejar constancia de los pagos realizados: mediante la entrega de cupones o la anotación en el cuerpo del título. El primero de ellos es para las letras que no se amortizan en cuotas variables, es decir, el sistema es variable porque el modo de extinción gradual de la deuda (amortización) se hace a través de pagos periódicos (cuotas) que pueden modificar o variar su monto en razón de algún índice (variable), por lo que durante la vida del crédito nos encontraremos con distintas cuotas.

El supuesto de la amortización a través de cuotas fijas no presenta problemas debido a que el deudor puede demandar la extensión a su favor de cupones que prueben los pagos realizados, sin embargo, el último de los sistemas (amortización en cuotas variables) es el que puede dar lugar a la conducta delictiva siempre que el deudor no tenga documentos que le permitan probar los pagos y se haya omitido anotarlos en el título (consignación).

Para poder determinar todos estos detalles se tendrá que analizar la letra hipotecaria en profundidad (art. 39).

Por último, a pesar de que la omisión de la consignación pueda generar algún perjuicio (ejecución extrajudicial art. 45), solo si el mismo se efectiviza quedara consumado el delito, caso contrario solo se podrá reputarlo como un delito en grado de tentativa.

Reglas para la defraudación del Inciso 15:

Los distintos objetos del delito se encuentran regulados por la ley 25065.

Conceptos:

Tarjeta de compra: Aquella que las instituciones comerciales entregan a sus clientes para realizar compras exclusivas en su establecimiento o sucursales (art. 2 inc. d).

Tarjeta de debito: Aquella que las instituciones bancarias entregan 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. 2 inc. e).

Tarjeta de crédito: a pesar de que la ley no de una definición como las anteriores se puede decir que es el instrumento material de identificación del usuario, que puede ser magnético o de cualquier tecnología, emergente de una relación contractual previa entre el titular y el emisor (art. 4) que le permite al usuario; efectuar operaciones de compra, locación de bienes servicios y obras, obtener préstamos y anticipos de dinero del sistema, en los comercios e instituciones adheridos; diferir para el titular responsable el pago o las devoluciones a fecha pactada o financiarlo conforme alguna de las modalidades establecidas en el contrato; y a abonar a los proveedores de bienes o servicios los consumos del usuario en los términos pactados (art. 1).

Entre las partes, podemos distinguir las siguientes:

Emisor: es la entidad financiera, comercial o bancaria que emita Tarjetas de Crédito, o que haga efectivo el pago (art. 2 inc a).

Titular de Tarjeta de Crédito: Aquel que está habilitado para el uso de la Tarjeta de Crédito y quien se hace responsable de todos los cargos y consumos realizados personalmente o por los autorizados por el mismo (art. 2 inc. b).

Usuario, titular adicional o beneficiario de extensiones: Aquél que está autorizado por el titular para realizar operaciones con Tarjeta de Crédito, a quien el emisor entrega un instrumento de idénticas características que al titular (art. 2 inc. c).

La dinámica del delito consiste en endeudar a la víctima en contra de su voluntad al hacer que contraiga obligaciones sin su consentimiento o disponer de los fondos que haya depositado y pueda usar para afrontar deudas.

La tarjeta al ser un instrumento material de identificación hace que las conductas típicas necesariamente tiendan a desapoderar ilegítimamente a su titular. De ahí que el

artículo hable de hurto, robo, falsificación, adulteración u obtención. Este apoderamiento o tenencia ilegítima puede hacerse con o sin intervención del titular, ya sea porque se intercepta en el correo o porque se había perdido.

La víctima del delito es en principio el titular de la tarjeta, quien, de acuerdo al artículo, es el responsable de los cargos y consumos realizados, como así también, es el propietario de los montos depositados. Sin embargo, si la víctima logra anular la operación ya celebrada, quien carga con el perjuicio será el comercio o el banco quienes pasar a verse defraudados por la falsa operación. Por lo tanto, las víctimas son todas aquellas personas que, actuando de buena fe, hayan intervenido y sean alcanzadas por los efectos del negocio jurídico defraudatorio.

En cuanto al sujeto activo del delito, a pesar de que pueda ser cualquier persona, existe una omisión en cuanto a la previsión de los individuos que hayan obtenido la tarjeta de manera lícita, sean usuarios, titulares adicionales o beneficiarios de extensiones, es decir, aquellos que se abusen de la confianza otorgada por el titular. Personalmente, creo que tal omisión se encuentra fundada en el hecho de que no se puede alegar la propia torpeza (culpa in eligendo). Si el titular de la tarjeta decide permitir que un tercero lo endeude o disponga de su patrimonio, queda en el la carga de soportarlo y regular las facultades otorgadas. El usuario no administra los bienes, no se encuentra en una posición de garante de custodia o donde tenga que velar por los intereses del titular, sino que dispone de bienes ajenos de manera libre. Si no se realiza ninguna previsión o control que limite la capacidad del beneficiario, entonces este puede disponer de manera irrestricta.

Por lo tanto, si no se controla el monto del que dispone el tenedor legítimo, el titular en un futuro no podrá abstenerse de responder porque expresamente la ley lo considera responsable por las transacciones personales y de terceros autorizados. Tampoco es posible subsumir tal “endeudamiento” en la figura del inciso 7, debido a que el beneficiario no es administrador de bienes, justamente, busca beneficiarse teniendo como límite las precauciones que el titular haya tomado. Si este no toma ninguna y se producen deudas que superan su patrimonio no podrá culpar al autorizado por su cesación de pagos, debido a que este actuó dentro de los límites y no tenía el deber de velar por los intereses ajenos. Lo mismo equivaldría a alegar su propia torpeza. Por último, recordemos que todas las operaciones que realiza el adicional han sido consentidas por el titular, distinto de los supuestos que se barajan en el presente inciso, donde no se prestó o si se lo hizo no fue voluntario por existir vicios. Recordemos que el abuso de confianza es un acto ilegítimo, mientras que disponer previa autorización y dentro de los límites establecidos, del patrimonio ajeno, es totalmente lícito, por lo que

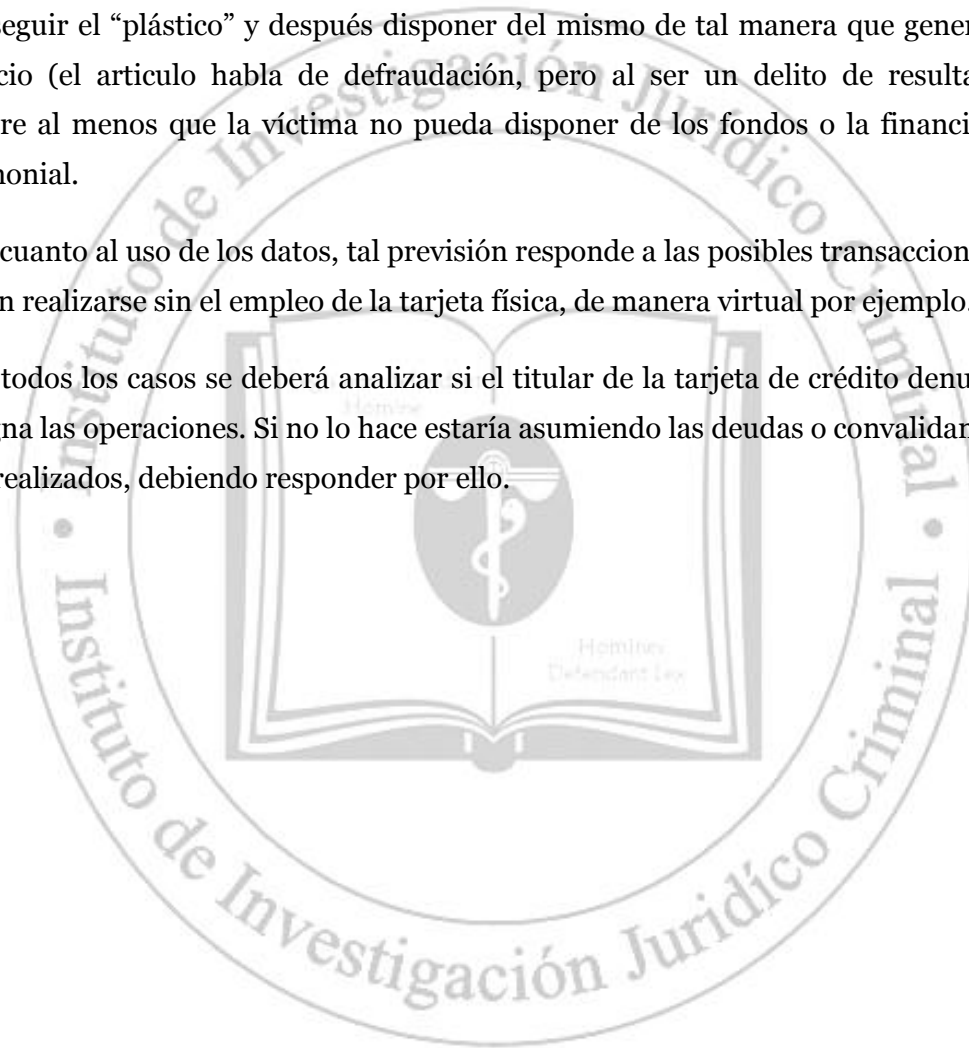
resultaría un absurdo penarlo mediante una suerte de analogía que se hace al incluirlos dentro de los supuestos del inc. 7.

En resumen, si el artículo omitió la inclusión de los tenedores autorizados es porque no pueden defraudar al acreedor si ejercen sus facultades de manera legítima (claro está que si falsifican documentos para ampliar el margen del cual disponen estarían cometiendo uno de los supuestos regulados).

Para que pueda consumarse, primero se deben realizar actos preparativos tendientes a conseguir el “plástico” y después disponer del mismo de tal manera que generen un perjuicio (el artículo habla de defraudación, pero al ser un delito de resultado se requiere al menos que la víctima no pueda disponer de los fondos o la financiación) patrimonial.

En cuanto al uso de los datos, tal previsión responde a las posibles transacciones que puedan realizarse sin el empleo de la tarjeta física, de manera virtual por ejemplo.

En todos los casos se deberá analizar si el titular de la tarjeta de crédito denuncia o impugna las operaciones. Si no lo hace estaría asumiendo las deudas o convalidando los actos realizados, debiendo responder por ello.



Reglas para la defraudación del Inciso 16:

Para concluir con este extenso análisis, nos encontramos con una figura perteneciente al poco explorado campo de los delitos informáticos.

El artículo nos habla de una manipulación informática que altera el funcionamiento de un sistema o la transmisión de datos.

Dada la dificultad para poder ejecutar los actos consumativos, se necesita que el autor, a pesar de poder ser cualquier individuo, tenga amplios conocimientos informática, pudiendo darse de manera más común los supuestos de instigación a cometerlo (pagar a *crackers* o *black hatters* para que se encarguen de vulnerar la seguridad de los sistemas y asegurar el desapoderamiento de bienes pertenecientes a la víctima como así también alterar o restringir su disposición).

El delito genera un concurso ideal con otras figuras del código penal, tales como las de los artículos 153 bis, 175 bis (acceso a base de datos); 211, 212 (falsedad documental, ya sea porque se logra adquirir bienes mediante la simulación de una transacción o al provocar la víctima la pérdida de los derechos que tenía sobre sus bienes al tornar falsos los documentos que se le otorgaban), 183, 184 (daño informático mediante la alteración del normal funcionamiento del sistema o supresión de datos), entre otras.

Las técnicas de manipulación pueden consistir en ataques físicos (interacción real con el sistema), sociales (mediante engaños contra las personas se consigue información o acceso al sistema) o digitales (acceso remoto al sistema mediante la vulneración de defensas). Todas pueden combinarse entre sí.

Una vez logrado el acceso, solo queda decidir que quiere hacer con la información. Puede provocarse transacciones de bienes a otras cuentas, pedir rescate para la restitución de datos o volver a la normalidad el sistema, simplemente provocar daños, modificar información que pueda privar de los derechos que se tengan sobre bienes, y así podemos encontrarnos con infinidad de fines, sin que se restrinjan al ámbito financiero o crediticio, como así también resulta indiferente la existencia de elementos distintos del dolo, bastando el daño patrimonial para su configuración.

Se podría decir que el plan delictivo comenzaría con la fase *Footpriting* o etapa de pre ataque, donde el cracker se avoca a realizar una tarea de inteligencia (conseguir información de la víctima, nombre, edad, ocupación, direcciones, las características del sistema objeto del delito, etc). Por lo tanto, dentro del iter Criminis, podríamos ubicarlo dentro de los actos preparativos.

Una vez hecho el trabajo de reconocimiento, se iniciará el ataque, el cual puede buscar impedir el acceso al sistema (*DoS*, *DDoS*, *Smurf attack*), sin un beneficio directo en el autor, generando únicamente daño, excepto que se compruebe que el sistema afectado es el de un competidor comercial; hacerse pasar por la víctima (*MitM attack*, *sesión hijacking*, *IP Spoofing*, *Eavesdropping attack*) pudiendo el autor beneficiarse en nombre de la víctima; infectar bases de datos o el sistema mismo para poder controlarlo o destruirlo (*SQL injection attack*, *Malware attack*, *RAT*, *Ransomware*), a diferencia de los ataques DoS, en este supuesto además de impedirse el acceso se puede manipular el sistema o pedir una recompensa a cambio de su restauración.

Lo dicho fue a modo de ejemplo para que se puedan apreciar las múltiples variables que pueden darse para configurar una alteración en el sistema o en la transmisión de datos.

A modo de conclusión, queda claro que la figura, a pesar de no presentar mayores dificultades en cuanto a su interpretación jurídica, se requiere una labor investigativa muy especializada. Como crítica, dada la proliferación de esta clase de delitos, se considera necesario la inclusión de agravantes o figuras especiales que regulen la situación de cracking por recompensa o promesa remuneratoria (similar a la dinámica del artículo 80 inc. 3), supuestos de asociaciones ilícitas calificadas por esta actividad y los casos en que el *black hat* abuse de los conocimientos que tenga por ser administrador o deber velar por los intereses de un particular o de una sociedad comercial, como así también los casos de sabotajes a empresas, entre otros.