

DERECHO PENAL ECONÓMICO:

DERECHO PENAL ECONÓMICO:

Es la parte del Derecho Penal que contiene un conjunto de normas que definen conductas que vulneran el interés del Estado en la permanencia y Conservación del orden económico. Ello, sin excluir la posibilidad de que, además, queden protegidos bienes jurídicos de particulares

UNIDAD N° 1

ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL ECONOMICO (CUADRO 1)

1- EL LIBERALISMO : Desde la perspectiva del liberalismo ortodoxo, según la cual la existencia de bienes jurídicos supraindividuales está necesariamente acotada por la concepción de “estado gendarme” –que se limita a proteger derechos individuales de libertad, propiedad privada, etc-, por la misma razón que se aprecia que no es misión del estado intervenir en el orden económico, no existe posibilidad de que exista un sector normativo como el derecho penal económico.

2- EL DERECHO ANTITRUST NORTEAMERICANO: La primera manifestación legislativa del sector normativo que nos ocupa en Estados Unidos fue la “Sherman Act” de 1.890, cuyo objeto fue criminalizar los trust y las demás combinaciones restrictivas del comercio y la producción. Críticas formuladas:

- a) La verdadera intención del gobierno federal cuando sancionó la legislación antitrust fue colaborar oficialmente con corporaciones en el control del mercado esta vez, toda vez que los métodos ilegales y de fusión no habían dado resultado.
- b) Era de interés de las grandes empresas transferir la facultad de enjuiciamiento de las conductas monopólicas al gobierno central por tratarse de un ámbito en el que estaban en mejores condiciones para controlar la aplicación de normas y la actividad de las autoridades federales.
- c) Fue imprecisa la aplicación de esta legislación: según la época, la interpretación fue estricta o flexible. Tales interpretaciones fueron conocidas como “per se rule” o “strict rule” y “rule of reason” o regla de razonabilidad, respectivamente.

3- EL DERECHO PENAL ECONOMICO ALEMAN: Durante el Imperio, se desarrollaron los cártels, acuerdos horizontales en los que quedaron asociados el poder económico y el poder político, fundados con el objeto de hacer eficiente la economía evitando las bajas de precios por debajo de los costos de producción.

A partir de la primera guerra mundial, se incorporan a la legislación penal un conjunto de sanciones para infracciones de índole económica. Esta normativa surge como un derecho penal de guerra, las sanciones fueron definidas como penas de orden – lo que después sería utilizado para fundamentar la autonomía del derecho penal económico- y se consagró el llamado privilegio de error, es decir, se adjudicó efectos exculpantes al error juris respecto de las infracciones a la Ley de Plenos Poderes de 1.914.

En la primera posguerra mundial, al instalarse la República de Weimar, en 1.918, se produjeron fuertes desajustes económicos tales como inflación y los cártels potenciaron su incidencia económica pero el estado no intervino dado el peso de una fuerte tradición liberal adversa a la intervención del estado en la economía.

En 1923, con la agudización de la crisis, con el objetivo de proteger la libre competencia y mitigar los efectos de la concentración, el canciller utilizó poderes especiales para sancionar la “Ordenanza contra el abuso de posiciones de poder económico” que contenía una norma penal que reprimía las infracciones dolosas y declaraba la existencia de un interés general en combatir las restricciones artificiales de la producción, los abusos en la fijación de precios y otras condiciones de venta no justificadas, estableciendo que todo productor tiene responsabilidad frente al interés general. Se creó un Tribunal de Cártels, se dispuso su control por parte del Ministerio de Economía y se establecieron requisitos de validez de los contratos de cártels, pero fue escasa su influencia.

Con la crisis de 1.929 se impuso la fiscalización de coaliciones y empresas de modo más activo, concluyéndose que el conjunto total de la economía del pueblo es un bien jurídico que el derecho debe proteger y se caracterizó al delito económico como una conducta punible que se dirige contra el conjunto total de la economía, ramas o instituciones importantes de ese conjunto.

En 1.933, el Nacional socialismo impuso un programa de coordinación control de toda la economía y el abastecimiento de materias primas, la creación de nuevas empresas con fines militares y el financiamiento de la inversión. Al igual que el resto del orden jurídico penal, el derecho penal económico se caracterizó por una tendencia al terror, con posibilidad de imponer penas de orden sin control judicial, con rasgos autoritarios, abandonándose todas las garantías del estado de derecho.

Durante la segunda posguerra se implicó la eliminación de la estructura concentrada del sistema económico alemán que se consideraba característico del Tercer Reich: se prohibió la cartelización, incriminando monopolios, consorcios y trust. Esto fue apreciado en Alemania como una sanción de guerra.

La Ley penal económica del 26 de junio de 1949 “para la simplificación del derecho penal en el campo de la economía” adoptó el punto de vista dominante en la época, que, siguiendo a Goldschmidt, dividía los comportamientos ilícitos en hechos punibles y transgresiones al orden, estableciendo entre ambos una distinción cualitativa que tiene puntos en contacto con la idea de la autonomía del derecho penal económico. De acuerdo con su texto, una infracción era considerada “delito económico” cuando vulneraba el interés del Estado en la permanencia y conservación del orden económico, total o sectorialmente, siempre que 1º) la infracción, habida cuenta de su entidad o sus efectos, fuera capaz de mermar la capacidad de rendimiento del orden económico salvaguardado por el estado y 2º) o bien, cuando el autor al cometer la infracción, muestre una actitud despectiva hacia el orden económico protegido por el estado, total o parcialmente; particularmente por el hecho de haber actuado con habitualidad, o por un reprochable afán de lucro o de otro modo irresponsable, o por haber cometido las infracciones reiterada y obstinadamente. En todos los demás casos, la infracción administrativa constituía una contravención administrativa.

Es decir que el bien jurídico protegido podía identificarse mediante:

a) un criterio objetivo, cuando por sus proporciones y consecuencias, el hecho afectaba la productividad del sistema económico protegido por el estado o,
b) mediante un criterio subjetivo, cuando el autor, con su comportamiento, ponía de manifiesto una actitud de desprecio por ese sistema, sea en su totalidad o en determinados sectores del mismo, especialmente si se trataba de actos realizados por oficio, o motivados por vil egoísmo, o de reincidencia pertinaz en la misma índole de infracciones. Las infracciones eran de conocimiento y eventual sanción por la administración. Los delitos quedaban reservados al poder judicial.

Crítica: la imprecisión que surgía de los denominados tipos mixtos, cuya ubicación en una u otra categoría –delito / contravención- dependía de la gravedad. Así, en los casos de comercio clandestino en el mercado negro, mientras la compra ilícita ocasional para uso propio de mercaderías sujetas a regulación era una simple infracción, el comercio habitual o por oficio en dicho mercado era considerado delito.

La imprecisión del criterio de distinción fue criticada por considerársela violatoria de los principios del estado de derecho.

La ley para una nueva simplificación del derecho penal económico de 1.954 fue sancionada en razón de considerarse que la economía se había normalizado. Fue una ley de clara orientación liberal, con un evidente efecto despenalizador toda vez que redujo el número de infracciones penalmente perseguibles.

La Ley contra Limitaciones a la competencia de 1.957 sustrajo las infracciones del ámbito del derecho penal criminal, adoptando el sistema general de la Ley sobre Transgresiones al orden de 1.952 que adjudicó eficacia preventiva a las multas administrativas de monto elevado.

El derecho alemán de defensa de la competencia prohíbe los acuerdos empresariales que puedan influir sobre la producción o la situación del mercado, respecto del tráfico de mercaderías o la producción industrial, mediante limitaciones a la competencia, lo que permite deducir que su objeto de tutela es la libertad de competir en el mercado.

El sistema previó la posibilidad de excluir la prohibición de algunas prácticas restrictivas, consideradas necesarias mediante resolución ministerial, con fundamento en razones económicas o de bienestar social.

DERECHO PENAL ECONOMICO (CUADRO 2)

OBJECIONES A SU EXISTENCIA:

Primera objeción: Sebastián Soler sostenía que la noción de delito económico era falsa porque no estaba construida sobre la noción de bien jurídico.

Réplica: la posición de Soler sólo es exacta en un “modelo” de estado liberal clásico en el cual sólo son objeto de protección los derechos individuales – propiedad privada, libertad, etc.-. Tal estado gendarme es utópico. Aún en los países de economía de mercado altamente industrializados se reprime el contrabando, el fraude fiscal y los obstáculos a la libre competencia. No existe un estado tal poco intervencionista como el imaginado por los teóricos de la mano invisible.

Segunda objeción: se sostiene que solo hay un derecho penal, derecho integral que no admite divisiones. No pueden crearse nuevas ramas dentro del derecho penal atendiendo a cada uno de los distintos bienes jurídicos protegidos.

Réplica: No se sostiene que los principios generales del derecho penal no sean aplicables al derecho penal económico, postura ésta que implicaría reclamar la autonomía de este último sector normativo que se regiría entonces por principios diferenciados y propios. Sí se postula una relación de especialidad del derecho penal económico respecto del derecho penal. El derecho penal admite especialidades en los supuestos en que se identifique, en un determinado sector normativo, una particularidad que no encuentre solución aplicando los principios generales.

Tercera objeción: se sostiene que bajo el rótulo derecho penal económico se habían agrupado una serie de normas extravagantes, que generaban anarquía y recordaban a los sistemas estatutarios.

Réplica: es cierto que inicialmente la técnica fue regular este sector normativo al margen de los códigos penales, pero ello obedece a la transitoriedad de las normas –varían permanentemente las relaciones de mercado-, a la previsión en las mismas leyes de delitos e infracciones al orden –ajenas éstas últimas al derecho penal criminal y, por ende, a los códigos penales- y a que los tipos penales se incluían en leyes que eran instrumentos de regulación estatal de la economía –materia ajena también a los códigos penales-.

Cuarta objeción: se sostiene que las normas que tutelan el orden económico son propias de países de economía socialista.

Réplica: la experiencia de derecho comparado acredita que la existencia del derecho penal económico no está condicionada a ninguna forma de organización económica social, pues puede advertirse que se implementa tanto en países capitalistas de economía de mercado, como en países socialistas o de economía mixta. En todos ellos, la función asignada al derecho penal económico es idéntica: prevenir y reprimir hechos que infringen prohibiciones que tutelan el orden económico establecido o pretendido. Varían sus contenidos: Capitalismo: destinado a preservar la economía, fundamentalmente defendiendo la libre competencia.

Socialismo: se incrimina el ejercicio de actividades reservadas al estado como el comercio de divisas. Ejemplo: Cuba.

AUTONOMIA DEL DERECHO PENAL ECONOMICO (CUADRO 3)

Esteban Righi, en su obra “Los Delitos Económicos” analiza la postura de James Goldschmidt en este tópico.

El citado autor postuló la “autonomía del derecho penal económico respecto del derecho penal”. No reivindica que sea una nueva rama del derecho sino que lo adscribe al derecho administrativo. Este derecho de las transgresiones, si bien era formalmente considerado como derecho penal, materialmente era derecho administrativo. Goldschmidt parte del dualismo entre individuo – sociedad. Considera que lo esencial es el individuo, pues la condición de ser comunitario no es más que una concesión forzada por la convivencia. La promoción del bienestar es tarea exclusiva del estado, por lo que el particular no tiene deberes primarios frente al Estado y la Administración; es un mero auxiliar. La trasgresión que afecta al bienestar en su conjunto, no lesiona ninguna esfera jurídica de derechos individuales, por lo que se aparta del derecho penal; no es antijurídica, sino antiadministrativa; no genera un injusto contra un particular. Como se advierte, la concepción de Goldschmidt es propia de los modelos de estado liberal, en que solo se tutelan los derechos individuales.

Se distinguió entre:

→ Delitos de orden criminal: violan mandatos de orden jurídico –no matarás, no robarás- Otros sostuvieron que el autor de la transgresión es socialmente peligroso o disvalioso.

→ Meras contravenciones de policía: suponen desobediencias a ordenes estatales dictadas para el fomento del bienestar general. No implican lesiones al orden jurídico por ende, su consecuencia no puede ser la pena criminal, sino la “pena de orden –público-”. La sanción administrativa no infiere “daño”, representando solo la represión de un órgano auxiliar, que sólo es rodeado de formalidad jurídica para preservar al individuo de ataques injustificados de la administración. También se sostuvo que el autor de la transgresión es socialmente descuidado.

Consecuencias: La autonomía de este derecho de las transgresiones respecto del derecho penal implicaba:

- 1- Que no era aplicado por autoridades jurisdiccionales, sino por autoridades administrativas.
- 2- Que no regían el principio de legalidad, sino el de oportunidad.
- 3- Que no regía el principio de ley más benigna, toda vez que se consideraba que la desaparición de una norma no implicaba un cambio de concepción jurídica, sino la desaparición del motivo que la originó.

Críticas: se defendió la unidad del injusto sosteniendo:

- 1- la desobediencia es un elemento formal común a todo injusto.
- 2- dado que el estado no impone la obediencia por la obediencia misma, antiadministratividad es en realidad antijuridicidad.
- 3- al estar jurídicamente regulada, la Administración pertenece al orden jurídico.
- 4- consiguientemente, la infracción al interés administrativo es también un ataque al orden jurídico.
- 5- la seguridad jurídica que aporta el principio de legalidad debe ser común a delitos y transgresiones.
- 6- el derecho penal económico no es contingente. En el llamado “constitucionalismo social” se consagran no solo derechos individuales, sino también derechos sociales cuya satisfacción requiere la intervención del estado. Este cometido revela que los preceptos que tutelan el orden económico no son transitorios, sino un permanente objetivo estatal.
- 7- la doctrina penal dominante entre los autores contemporáneos es que la distinción entre delito e infracción es simplemente cuantitativa; por lo que se aprecia que las contravenciones no carecen de significación ético-social, distinguiéndose de los delitos exclusivamente en una graduación del juicio de disvalor. La menor entidad de la sanción administrativa es consecuencia de la menor importancia del bien jurídico protegido, pero no de su inexistencia.

SU RELACION DE ESPECIALIDAD CON EL DERECHO PENAL (CUADRO 4)

Descartada la autonomía del derecho penal económico, debe considerarse la postura de quienes lo aprecian como una especialidad del derecho penal. Esta postura requiere demostrar “la existencia de una problemática parcialmente diversa a la del derecho penal en general que obligue a modificar o adaptar algunos principios. Sólo si las soluciones tradicionales de la dogmática penal –aplicables en gran medida- no dan respuesta adecuada a algunos de los problemas propios de esta rama, puede encontrarse fundamento a la especialización. Los siguientes han sido algunos de los argumentos esgrimidos para demostrar la existencia de una particularidad que justifique la especialización del derecho penal económico respecto del derecho penal:

1º) Se sostuvo la necesidad de una justicia apropiada, especializada en la investigación y juzgamiento de este tipo de delitos. Cr.: La mentada necesidad no es un motivo sustantivo de especialidad. Se trata de una cuestión procesal.

2º) Se sostuvo que el derecho penal es la ultima ratio en la protección del orden económico. El derecho penal constituye solamente una de las medidas de regular la vida económica. Normalmente desempeña un papel subsidiario. Debería fomentarse la introducción de medios administrativos, civiles o mercantiles antes de incriminar actos u omisiones perjudiciales para la vida económica. Cr.: Lo cierto es que el principio de intervención mínima es de la esencia de todo el derecho penal.

3º) Se sostuvo que el derecho penal económico recurre frecuentemente a la técnica de leyes penales en blanco, normas de reenvío o tipos abiertos, lo que supondría la continua referencia a ordenanzas o simples mandatos de la autoridad administrativa.

Cr.: Esta desaconsejable técnica no caracteriza al derecho penal económico al menos en mayor medida que a otros sectores del derecho penal.

4º) En algunas legislaciones penal económicas, se ha consagrado el llamado privilegio de error, siendo ello utilizado como otro fundamento de su especificidad. Esta regla consagra la impunidad para quienes habfan cometido infracciones bajo supuestos de error de derecho inculpable.

Cr.: En realidad, cuando fue adoptada esta excepción, prevalecía la máxima error iuris nocet, progresivamente abandonada en el derecho contemporáneo, como consecuencia de la evolución de la teoría del error.

5º) Se sostuvo que la utilización de tipos de peligro abstracto es un principio del derecho penal económico. La función preventiva sería cumplida entonces en forma peculiar, pues, por ejemplo, no se espera que el acreedor resulte lesionado para castigar la falsedad contable, tampoco el daño patrimonial a competidores para incriminar los monopolios.

Cr.: Esto tampoco constituye una regla de especialidad pues ni todos los delitos económicos son de peligro abstracto, ni todos los delitos comunes son de resultado.

6º) Se ha sostenido que lo que caracteriza al derecho penal económico es el propósito de obtener un lucro adicional que mueve al autor.

Cr.: Es notorio que el propósito de lucro no autoriza a identificar un comportamiento punible como delito económico, pues las legislaciones ofrecen numerosos ejemplos de hechos típicos que, afectando otros bienes jurídicos, exigen para su incriminación que el autor los haya efectuado con esa finalidad.

7º) Se sostuvo que caracteriza al derecho penal económico la particular posición de la víctima frente al autor del delito, siendo ésta una situación de desprotección fundamentalmente por la complejidad de las maniobras en operaciones económicas que no entiende totalmente.

Cr.: Esta revalorización de la postura de la víctima se proyecta sobre el conjunto de hechos punibles, no solo con relación a la delincuencia económica.

SU ESPECIFICIDAD

De lo anterior se concluye: la especificidad del derecho penal económico no se deduce de la existencia de principios diversos o de singularidades que puedan entenderse como características de este sector normativo. Su especificidad surge de exigencias de política criminal. La especificidad reclamada no es dogmática sino de política criminal.

Lo expuesto se advierte en:

→ Criminalización primaria: es evidente la complejidad para describir en textos legales, conceptos y criterios propios de la economía, a lo que se añade la dificultad de adecuar la ley a los adelantos tecnológicos. Es así que se advierte lo difícil que es conformar una política legislativa idónea para prevenir un conjunto de comportamientos delictivos notoriamente heterogéneos.

→ Criminalización secundaria: aquí las dificultades son mayores. Los delincuentes tienen mayor poder para procurar su impunidad, lo que suele contrastar con la ausencia de recursos del estado para actuar con personal suficiente y especializado. Todo esto genera un cuadro que explica en parte la alta cifra negra de impunidad que se registra en este sector.

→ También se advierte un rasgo de singularidad en la teoría de la pena. Es difícil encontrar una pena adecuada pues algunas especies de pena afectan a terceros, como es el caso de la clausura de establecimientos.

→ Se afectan principios generales del derecho penal como aquel que indica *Societas delinquere non potest* o como aquel que indica la territorialidad de la ley penal que no contempla la transnacionalización de la delincuencia económica.

LA CRIMINALIDAD ECONOMICA (CUADRO 5)

SOCIOLOGIA CRIMINAL:

1- Teoría de la anomia de Merton. El crimen es un hecho normal en la sociedad, necesario y, en alguna medida, funcional a su desarrollo. Solo es negativa la desviación para la existencia y desarrollo de la estructura social cuando supera determinados límites. Ello sucede cuando se presenta un estado de desorganización, en el que las reglas de conducta pierden valor, es decir, en situación de anomia. Esta teoría estuvo vinculada a la exposición de la criminalidad de las capas inferiores de la sociedad.

2- Teoría de la asociación diferencial de Sutherland: El comportamiento criminal fue apreciado como un aprendizaje a lo largo de un proceso de interacción social, el delito pudo ser explicado con independencia de la condición socioeconómica del autor:

1º- la conducta criminal es consecuencia de un aprendizaje que se realiza en un proceso de comunicación, en interacción con otras personas.

2º- la parte principal del aprendizaje se realiza en grupos personales íntimos.

3º- Dicho aprendizaje comprende tanto las técnicas para cometer el delito, como la orientación respecto de los fines y móviles. 4º- Una persona se hace delincuente cuando aprende más modelos que favorecen la infracción de la ley que los que la desaprueban., etc.

3- Teoría del labelling approach: sus expositores concibieron a la delincuencia como la consecuencia de un proceso de atribución de roles a una persona, en un esquema de interacción entre el individuo y la sociedad. Se origina así una auto imagen que se corresponde con la que los demás tienen del sujeto, que produce la desviación primaria. La reacción social posterior genera la desviación secundaria al consolidar la conducta desviada.

EL DELITO DE CUELLO BLANCO (WHITE COLLAR CRIME)

La Escuela de Chicago se ocupó de investigar la desorganización social propia del proceso de concentración industrial y urbanización de las primeras décadas del siglo.

Por tal motivo, se hizo un especial estudio del crimen organizado, la corrupción administrativa, la prostitución y los negocios ilegales de la época de la ley seca. Ese fue el ambiente científico en que Sutherland planteó sus puntos de vista, poniendo de resalto que la delincuencia no es privativa de los estratos sociales menos favorecidos, alertando sobre la existencia de una criminalidad en la clase superior, no estudiada hasta entonces y llamada White Collar Crime.

Características:

- comisión de un delito
- autor de alto nivel social
- relación entre la infracción y la actividad profesional del delincuente.

Se estimó que el delito económico también era un comportamiento aprendido dentro de un grupo, tal como postulaba la teoría de la Asociación Diferencial. La crítica más certera a esta teoría de los delitos de cuello blanco fue que no reparó en que la mayoría de los delitos económicos no eran cometidos por personas físicas, sino por personas jurídicas.

OBJETOS DE LAS INVESTIGACIONES CRIMINOLOGICAS

1º- Se intentó dotar de mayor base empírica a las investigaciones criminológicas, estudiando en detalle casos de gran resonancia pública como los de Exxon o Lockheed

2º- Se intentó establecer que la delincuencia económica era frecuentemente motivada en insuficiencias de la legislación, como por ejemplo en el caso de fraudes cometidos con computadoras, supuesto de difícil encuadre en la figura clásica de estafa. También se intentó establecer que el móvil de la delincuencia económica era obtener un provecho económico a cualquier costo.

3º- Se trató de revertir la evidencia de que la criminalidad económica no genera suficiente rechazo social. Contrariamente a lo que sucede con un homicidio, que tiene clara apariencia de ilicitud, no ocurre lo mismo con un balance falso o fraude fiscal, probablemente por la existencia en el mundo de los negocios de una suerte de "moral de frontera".

4º- Se analizó el escaso número de denuncias formuladas contra delincuentes económicos, concluyéndose que tal particularidad obedece a que éstos normalmente afectan intereses públicos; a que dada su posición de poder o superioridad relativa, genera conflicto enfrentar a estos delincuentes y a que en ocasiones la víctima no sabe que está sufriendo un delito.

5º- Se intentó explicar la cifra negra de impunidad de los delincuentes de cuello blanco:

quedó así en evidencia la insuficiencia de los métodos de investigación tradicionales y la alta cifra negra de impunidad.

6°- Se intentó estudiar la importancia de los daños causados, tanto de los perjuicios económicos, como otros tipos de perjuicios –ejemplo lesiones contra una persona por fraudes con alimentos, pérdida de confianza en el tráfico mercantil, eliminación de la competencia, deformación del equilibrio de mercado, etc.

7°- Se intentó solucionar las dificultades tanto para prevenir la delincuencia económica como para su criminalización primaria y secundaria.

8°- La prevención y represión de la delincuencia económica estimuló planteos innovativos como los relacionados con las especies de penas, proponiéndose además de las tradicionales, algunas específicas, como la inhabilitación para la actividad económica, la disolución de sociedades, el cierre de establecimientos, la publicidad, la revocación de autorizaciones, la pérdida de licencias, etc.

DELITO ECONÓMICO

1- CONCEPTO CRIMINOLOGICO

Su rasgo común está dado por la pertenencia del círculo de autores a un elevado status social y a que la comisión del hecho fuera realizada en el marco de su actividad profesional o empresarial.

2- CONCEPTO PRAGMATICO

Implica agrupar en este sector normativo, distintos tipos que fueron incorporándose al derecho positivo, en función de la necesidad de resolver exigencias de tipo político criminal, ante la necesidad de criminalizar conductas que no eran captadas por los tradicionales delitos patrimoniales.

3- CRITERIO PROCESAL

Implica agrupar en este sector normativo distintos tipos penales de difícil investigación y juzgamiento, porque se requieren conocimientos específicos en materia económica, de los que carecen los tribunales ordinarios.

4- CONCEPTO MATERIAL

Gira en torno al bien jurídico protegido, señalándose como tal al orden público económico, el orden económico, el orden económico nacional, etc.

Se advirtió que los bienes jurídicos que protegían los delitos económicos eran colectivos o supraindividuales, lo que supuso distinguirlos de los que tutelan bienes individuales y más concretamente de los delitos patrimoniales. De ese modo, fueron considerados en principio, ajenos al derecho penal económico, delitos como la estafa, el soborno, la usura, el hurto, el daño, la quiebra fraudulenta, etc. No obstante no se concluyó que no pudiera quedar protegido además –pero no en primer plano- el bien jurídico de un particular. Ejemplo: las normas que protegen la libre competencia (bien supraindividual) amparan también intereses individuales de los consumidores y de los competidores del autor de la infracción.

EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Desde un punto de vista neutral, dado que toda comunidad política posee un orden económico, las normas de derecho penal económico cumplen siempre la función similar de incriminar comportamientos que lo lesionan o ponen en peligro.

Desde el punto de vista de los objetivos de política criminal que se persiguen, se considera que una infracción será delito económico cuando vulnere el interés del estado en la permanencia y conservación del orden económico existente, es decir, la economía de mercado.

Desde el punto de vista del constitucionalismo social, la función del estado no quedó limitada a una protección conservadora de situaciones preexistentes, ya que asumió funciones de promoción de la justicia social. El bien jurídico protegido se transformó en una entidad dinámica.

* CONCEPTO RESTRINGIDO DEL DELITO ECONOMICO:

Este concepto surge de las investigaciones sobre el bien jurídico protegido. Delito Económico es aquella infracción que pone en peligro o lesiona la actividad interventora y reguladora del estado en la economía.

Es decir que se trata de un concepto acotado a que lo tutelado fueran bienes jurídicos supraindividuales –Ej.: actos monopólicos que afectan la libre competencia, lesión a las normas estatales que prohíbe el acceso a un mercado de determinadas personas como un inversor extranjero-. No obstante, admitía que subsidiariamente pudieran encontrar también protección intereses particulares, como los del competidor afectado por el acto monopólico o el inversor nacional desplazado por el extranjero que había accedido al mercado prohibido.

CONCEPTO AMPLIO DEL DELITO ECONÓMICO

Este concepto surge de los criterios pragmáticos y de las investigaciones criminológicas.

Delito Económico es aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Es decir que se trata de un concepto que coloca la tutela de bienes individuales en primer plano de la protección penal, por lo que hace imposible distinguir entre un delito económico y un delito patrimonial clásico. Quedaban incluidos dentro de la enumeración la estafa, apropiación indebida, los delitos ambientales, insolvencias punibles, infracciones bancarias, de aduanas, malversación de caudales públicos, etc.

CARACTERISTICAS DEL DERECHO PENAL ECONOMICO CONTEMPORANEO

Hasta la década de los ochenta, el derecho penal económico presentaba una conceptualización bifronte:

1- Se reconocía importancia a un concepto restringido del delito económico, que era consecuencia de precisiones relacionadas con la teoría del bien jurídico.

Consecuencias:

- a- el cometido del derecho penal económico quedaba acotado a la tutela de intereses colectivos
- b- se consideraba que la disciplina sólo comprendía las normas jurídico penales que protegían el orden económico.
- c- Por orden económico se entendía la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía.

2- Convivía con el anterior, un concepto amplio del delito económico. En él se agrupaban en una visión pragmática del delito económico distintos tipos penales de significación económica. Se agrupaban también delitos que prescindían del bien jurídico afectado y se centraban en la personalidad del autor, es decir, se contemplaba al white collar crime, propio de las investigaciones criminológicas.

Consecuencias:

- a- el derecho penal económico era definido como el conjunto de normas penales destinadas a proteger el orden económico, entendido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.
- b- Era una concepción extensiva que colocaba como objeto de protección en primer lugar a intereses patrimoniales, cuyo titular podía ser tanto el Estado como los particulares.
- c- Solo en segundo término se atendía a la tutela de bienes colectivos, relacionados con la regulación económica del mercado.

ACTUALIDAD

Prevalece un concepto amplio, fruto de la decadencia del dirigismo estatal y evidente predominio de la economía de mercado. Es decir que se trata de un concepto pragmático con inclusión de los white collar crime de la sociología criminal. Este criterio es necesariamente errático e impreciso.

Enumeración no exhaustiva de los cometidos del derecho penal económico en la actualidad:

- 1- Delitos fiscales
- 2- Fraudes de subvenciones
- 3- Delitos cometidos en el seno de instituciones bancarias
- 4- Delitos vinculados al funcionamiento interno de empresas privadas de seguros.
- 5- Delitos contra la seguridad social
- 6- Quiebra fraudulenta
- 7- Balances falsos
- 8- Competencia desleal
- 9- Hechos punibles vinculados al comercio exterior.
- 10- La noción de delito económico se nutre en la actualidad de la utilización de varios criterios de delimitación, que no son necesariamente convergentes.

CRITERIOS UTILIZADOS PARA AGRUPAR HECHOS PUNIBLES PROPIOS DEL DERECHO PENAL ECONOMICO:

1- LA AFECTACION DE BIENES JURIDICOS SUPRAINDIVIDUALES.

Se sigue utilizando la teoría del bien jurídico protegido para identificar a los delitos económicos, pero no ya como pauta definitoria.

En virtud de ella, se afirma que el bien jurídico protegido, en primer término, debe ser el orden económico estatal en su conjunto. No se descarta además que el hecho punible afecte un interés individual de un agente económico, pero ese no es el dato central.

Ejemplos:

El fraude fiscal afecta la recaudación tributaria, por lo que resulta un acto lesivo al patrimonio estatal: afecta las medidas de política económica que el estado no puede adoptar por falta de recursos.

Las obtenciones fraudulentas de subvenciones constituyen delito económico cuando el dinero se usa en un fin distinto que aquel para el cual fue aportado por el estado, dado que el mismo tenía en miras fomentar una determinada actividad y no otra. (aún cuando no generen perjuicio económico al estado toda vez que el tomador de la subvención pague oportunamente el crédito).

2- CRIMINALIDAD A TRAVES DE EMPRESAS

También se ha utilizado como criterio para agrupar hechos punibles dentro del derecho penal económico, que el delito haya sido cometido a través de una empresa, pauta que, como es evidente, prescinde de consideraciones vinculadas a la teoría del bien jurídico protegido.

3- ABUSO DE MODERNOS INSTRUMENTOS DE LA VIDA ECONOMICA

Constituyen delitos económicos, por ejemplo, aquellas infracciones cometidas por uso indebido de cheques y tarjetas de crédito o de computadoras. Este criterio prescinde también del bien jurídico protegido, tomando en consideración el objeto concreto del tipo penal –cheque, computadora, etc.-

CARACTERISTICAS DEL DERECHO PENAL ECONOMICO CONTEMPORANEO

La teoría del bien jurídico protegido como pauta definitoria del delito económico, si bien no ha sido abandonada, ha perdido la trascendencia que tuvo hasta los años ochenta.

Se suele utilizar para caracterizar al delito económico el hecho de que la infracción sea cometida a través de una empresa o mediante abuso de modernos instrumentos de la vida económica.

Modernamente, el derecho penal económico ha ganado importancia cuantitativa y ha perdido precisión conceptual.

Han surgido nuevos cuestionamientos a su legitimidad.

UNIDAD N° 2 DERECHO PENAL EMPRESARIO

Dado que la empresa es la principal protagonista del intercambio de bienes y servicios, surge a su vez, otra especialidad -dentro del derecho penal económico- que se denomina: "Derecho penal de empresa". Es destinataria de sus normas: la corporación empresaria, representada por sus órganos directivos. Constituyen objeto de las normas de derecho penal empresario: los delitos cometidos mediante la actuación de una empresa dedicada al intercambio de bienes y servicios.

Ejemplo de delito empresario: A partir de la Ley N° 24.587, solo cabe entender que la política criminal seguida por el legislador, en materia penal tributaria, procuró centrar la atención en los hechos que por su magnitud merecen verdaderamente encuadrarse en sus parámetros de criminalización. En efecto, los montos previstos como condición objetiva de punibilidad solo pueden cometerse a través de una actividad organizada para el intercambio de bienes y servicios a modo empresarial.

Conclusión: Delito empresario es aquel cometido utilizando como medio la corporación empresaria.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:

Bajo este postulado se procura establecer "si resulta admisible la punibilidad criminal de personas jurídicas o de asociaciones sin personalidad". Existen dos posturas en la materia. Son diametralmente opuestas. Se reflejan en el derecho positivo, en el derecho judicial y en la doctrina.

SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST:

Postula la imposibilidad de responsabilizar "penalmente" a las personas jurídicas.

Propio de sistemas basados en el derecho continental europeo: países europeos y América Latina en general -excepto México-.

SOCIETAS DELINQUERE POTEST:

Postula la posibilidad de responsabilizar "penalmente" a las personas jurídicas. Propia de sistemas basados en el common law: Estados Unidos, México, Japón, etc

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA POLÍTICA CRIMINAL:

Resulta plénamente favorable a la punición de las personas ideales.

Argumentos:

- 1- La mayoría de los delitos económicos son delitos empresarios. En Alemania, según Kaiser, el 85 % de los delitos económicos más graves, en 1.983, se cometieron al amparo de una sociedad mercantil. En razón de este dato de la realidad -no cuantificado en Argentina-, debe procurarse que el medio más fuerte de control social -el derecho penal- sea apto para prevenir y reprimir este tipo de delitos y su específica modalidad de comisión a través de personas de existencia ideal.
- 2- El creciente rol protagónico de la empresa en la actividad de intercambio de bienes y servicios ha llevado a la superación de la figura del comerciante individual, desplegándose la mayor parte de la actividad económica a través de corporaciones empresarias.
- 3- Son frecuentes las hipótesis de impunidad como consecuencia de la sensible despersonalización que caracteriza a las empresas en la actualidad. Carece de eficacia la imposición de sanciones a las personas físicas pues el fundamento criminológico está dado por la función que cumple el sujeto dentro de la organización empresarial por lo que su sucesor reiterará el comportamiento si el medio en que se desempeña sigue generando los mismos estímulos.
- 4- Habitualmente no es posible individualizar a las personas físicas cuya decisión puede definir la autoría. El parcelamiento de la actividad en fragmentos de conducta realizados por distintas personas siendo norma que a ninguna de ellas quepa atribuirles el ilícito porque no reúne todos los presupuestos de punibilidad. Esta dificultad eleva a niveles inimaginados la cifra negra de impunidad relacionada con éste tipo de delitos.
- 5- En muchos casos no hay coincidencia entre el sujeto que realizó la acción y el que obtuvo el beneficio particular.
- 6- Resulta insatisfactorio que las empresas puedan trasladar la propia punición a las personas individuales que actúan por ella. Repárese que, al aplicarse una multa a un directivo de una empresa, el monto de la misma es exíguo comparado con el monto de la multa que podría aplicarse a la persona jurídica. Incluso esta puede reembolsar la pequeña multa al particular y no pocas veces esto entra de antemano en los cálculos empresariales.
- 7- El surgimiento de los delitos específicos de estricto contenido económico que aparecen directamente vinculados con la actividad empresarial, ha dado lugar a que en esos supuestos particulares se le otorgue a la empresa el reconocimiento de capacidad de responder penalmente. Ejemplo: Delitos ecológicos donde por lo general el directivo de la empresa que incumple con las disposiciones de policía ambiental podría ser perseguido penalmente por una omisión que tenga como presupuesto la obligación de actuar, si a causa de su omisión evitable se produjo un resultado típico.

Conclusión: Desde el punto de vista de política criminal, los argumentos que anteceden justifican suficientemente la previsión de un régimen de responsabilidad penal.

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO POSITIVO:

Sobre la base de los dos principios que anteceden, la represión de las actividades antijurídicas cometidas a través de una persona jurídica, puede enmarcarse en dos sectores normativos distintos:

PRINCIPIO Societas delinquere non potest

PRINCIPIO Societas delinquere potest

Análisis de estas consecuencias jurídicas previstas en distintas legislaciones:

1- SANCIONES ADMINISTRATIVAS:

Se utiliza el derecho penal administrativo como remedio preventivo de ilícitos – no delictuales- cometidos por personas jurídicas.-

Los injustos son tipificados como faltas o contravenciones o infracciones. Las sanciones previstas para tales faltas consisten en sanciones administrativas de distintos tipos. Estas sanciones son aplicadas por autoridades administrativas, siguiendo el principio de oportunidad.

Ejemplo: Ley Federal Alemana de Contravenciones o Infracciones. Parágrafo 30 prevé la imposición de multas contravencionales a la persona jurídica cuando un representante cometa un delito o contravención que se relaciona con la actividad o giro de la persona jurídica sea por violar deberes que vinculan al ente, sea por que le procura un beneficio patrimonial. Righi, contrario a esta postura sancionatoria, afirma:

1. Que este derecho penal administrativo no es suficientemente disuasivo.

2. Que si se exploran los antecedentes en América Latina no se observan saldos positivos.

3. Que este derecho penal administrativo trasunta inseguridad por abandono de principios garantizadores como los de legalidad e irretroactividad de la ley penal más benigna.

4. Que conlleva la sustitución de los órganos jurisdiccionales por los órganos administrativos, cuya dependencia del poder administrador afecta seriamente su imparcialidad.

5. Que la afirmación de que se debe dejar su aplicación a jueces penales es solo una cuestión semántica: porque lo único que permite diferenciar una pena criminal de una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica.

6. Que es errónea la idea de que con un procedimiento menos garantizador se obtiene mayor eficacia: la experiencia demuestra que en esos casos lo que prospera son los recursos de inconstitucionalidad de los afectados.

2- MEDIDA DE SEGURIDAD:

Su aplicación se efectúa dentro del marco del derecho penal criminal. Por ende, trae aparejada la ventaja de implicar la observancia del principio *Societas delinquere non potest* y de jurisdiccionalizar la reacción aplicable a las personas jurídicas. Su desventaja consiste en que, si bien se asemeja a una pena – en tanto es una restricción de derechos impuesta coactivamente por el Estado-, se diferencia de la misma en que se utilizan ante hipótesis de peligrosidad criminal, concepto claramente inaplicable a las personas jurídicas.

3- PENA CRIMINAL.

Es cierto que la decisión de utilizar penas respecto de las personas jurídicas requiere un sistema de enjuiciamiento al que no puede aplicarse las reglas habituales en materia de declaraciones, careos, prisión preventiva, etc., pero de ello no se deduce que no puedan ser sometidas a proceso penal.

A las personas jurídicas se les reconoce legitimación para actuar en toda clase de procesos y es habitual que sean sometidos a enjuiciamiento en el ámbito del derecho penal administrativo, donde requieren legitimación pasiva por medio de representantes. Consiguientemente, una corporación puede ser sometida a un juicio criminal a condición de que se adopten reglas procesales adecuadas a su naturaleza. Las críticas que se formulan a esta modalidad sancionatoria consisten en afirmar que:

Desde el punto de vista de la acción, caracterizada como un proceso de la conciencia, no es posible fundamentar la autonomía de la persona jurídica.

El juicio de culpabilidad –entendido como un reproche que depende de la posibilidad de obrar de otra manera- no es aplicable a una persona jurídica, pues el ente colectivo nunca puede actuar en forma distinta a la que está determinada por la voluntad de los sujetos que la dirigen.

La persona jurídica solo tiene capacidad y personalidad dentro de sus estatutos. Si obra ilícitamente se concluye su incapacidad.

Estos cuestionamientos son rebatidos por Righi del siguiente modo:

Si se parte de los presupuestos de punibilidad tradicionales, es lógico que la responsabilidad penal de la persona jurídica sea inconcebible. Atento ello Righi postula “crear otro sistema de punibilidad aplicable a esta clase de personas”.

No es cierto que la persona sea responsable cuando obre dentro de sus lícitas atribuciones. Es frecuente que sean enjuiciadas por responsabilidad civil emergente de delitos y cuasidelitos cometidos por dependientes, hipótesis no contempladas en ningún estatuto.

Siendo admitido que la diferencia entre delito e infracción es simplemente cuantitativa, resulta ilógico sostener que una persona jurídica pueda cometer una infracción –propia del derecho penal administrativo- y no un delito –propio del derecho penal criminal-.

Puede crearse legislativamente un sistema en que se prescindiera de la culpabilidad para sancionar a una persona jurídica. Lo cual no supone hacer lo mismo con las personas físicas.

El orden jurídico no ha construido un solo modelo para fundamentar reacciones penales, sino varios, pues los presupuestos que condicionan la pena a los delincuentes adultos son diferentes a los que rigen respecto de los menores infractores o los inimputables. Para aplicar medidas a éstos últimos se prescinde de su culpabilidad, y no por ello se ha puesto en peligro las bases de incriminación que corresponden a los sujetos capaces de culpabilidad. En síntesis, hay tres modelos penales:

Derecho penal de imputables

Derecho penal de adultos inimputables.

Derecho penal de menores inimputables.

Concluye: Renunciar a la pena, a lo único que conduce es a ensanchar el territorio de las medidas de seguridad o a ampliar el poder sancionatorio de la administración que son ciertamente estrategias más riesgosas para los ciudadanos. Ese modelo de aplicación a las personas jurídicas nunca podría servir de coartada para la impunidad de los socios poderosos, pues jamás podría cancelar los supuestos de responsabilidad penal de ningún miembro de las corporaciones que personalmente haya tenido intervención como autor o partícipe del hecho punible.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DOGMÁTICO:

La doctrina argentina mayoritaria niega la posibilidad de hacer penalmente responsables a las personas jurídicas, sosteniendo distintos argumentos. En posición minoritaria, la Escuela Ecológica del Derecho ha postulado la punibilidad de las personas jurídicas (Aftalión, Cueto Rua, etc).

SEBASTIAN SOLER:

Niega la responsabilidad de las personas jurídicas, tanto por principios básicos de la dogmática penal, como por lo preceptuado en el art. 43 Código Civil. La persona jurídica es un mero centro imputativo carente de todo sustrato psíquico.

No siente la coacción de la amenaza penal. Señala que la subjetivación de la culpa excluye la responsabilidad objetiva y postula también la individualización de la responsabilidad penal: nadie sufre pena por otro.

La pena a las personas jurídicas no repara en los socios que no consintieron los actos ilícitos y comete injusticias a su respecto.

RICARDO Núñez

Al tratar la conducta como primer estamento de la teoría del delito, señala que la persona moral no puede ser sujeto activo de delito. Sólo el ser humano es capaz de ejercitar las acciones o incurrir en las omisiones que legítimamente pueden entrar en el ámbito del derecho penal. Sostiene que la razón de la pena no reside simplemente en el hecho de que ciertas situaciones producen consecuencias perjudiciales para los individuos o la sociedad (si así fuera se podría castigar a animales, rayos, etc.)

AFTALION

Sostiene que mientras se desarrollan grandes polémicas en esta materia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya se ha instaurado legislativamente. El fondo de la cuestión radica en que no existe ninguna imposibilidad para responsabilizar a los entes colectivos. Parte de la distinción entre obligaciones y responsabilidad. El derecho penal no soluciona todo el problema sindicando a quien cometió un delito. Luego hay que analizar si cabe responsabilizarlo a él o a otro ente, aunque no haya sido el agente natural de la transgresión. Por lo expuesto, sostiene que se puede responsabilizar a las personas jurídicas prescindiendo de la culpa.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

La legislación tradicional argentina en materia penal ha contemplado “consecuencias” para las personas de existencia ideal cuyo carácter “administrativo” o “penal” no parece definido. El legislador argentino se ha movido con fines pragmáticos.

CODIGO ADUANERO

Trae severas consecuencias para la persona de existencia ideal implicada en la comisión de un delito en los Arts. 876 inc. 1° y 888.-

LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Trae sanciones en los Arts. 41 y 42.-

LEY PENAL TRIBUTARIA

Trae sanciones para las personas jurídicas en el Art. 16.-

DERECHO JUDICIAL ARGENTINO

El Tribunal Federal de esta ciudad informa que, dada la aceptación prácticamente unánime del postulado *societas delinquere non potest*, al resolverse la situación procesal de directivos de empresas sindicados como autores de delitos cometidos en el marco de su actuación corporativa, no se ha pronunciado acerca de esta cuestión académica, no habiéndose nunca impuesto sanciones penales a personas jurídicas.

BOLILLA 3

UNIDAD 3

DERECHO PENAL TRIBUTARIO

BIBLIOG. DE ESTA SÍNTESIS:

“Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario” de Héctor Belisario Villegas.

INTRODUCCIÓN

Mediante el tributo los integrantes del estado contribuyen al sostenimiento económico del gobierno en proporción a su respectiva capacidad económica. Adam Smith sostenía que los gastos del gobierno con respecto a los individuos son como los gastos de un gran campo respecto a sus colonos, que están obligados a contribuir en la medida de sus intereses en el cultivo del predio.

Hay quienes ven en el tributo un ataque a la propiedad privada, pero en realidad es todo lo contrario. Ella solo puede ser garantizada por el Estado si cuenta con los recursos tributarios suficientes para mantenerla.

DERECHO TRIBUTARIO

Según Héctor Villegas es el “conjunto de normas jurídicas que regulan los tributos en sus distintos aspectos”. Esta es la definición menos controvertida y por ende adoptada por el autor citado.

TRIBUTOS

Prestaciones en dinero –aunque algunos autores las aceptan en especie- que el estado exige en ejercicio de su poder de imperio, en virtud de una ley y para cubrir los gastos que demanda la satisfacción de necesidades públicas. En algunos países los sistemas tributarios admiten las prestaciones en especie, pecuniariamente valables. Esta prestación es exigida “unilateralmente” por el estado, no hay un compromiso previo del obligado tributario; se prescinde de la bilateralidad que caracteriza a los negocios jurídicos.

El Estado goza del llamado “poder tributario”: es de naturaleza política, expresión de su soberanía, poder inherente al de gobernar -no hay gobierno sin tributos-. No hay tributo sin ley previa que lo establezca, lo cual significa limitar la coacción y respetar el principio de legalidad.

El objetivo del tributo es “primordialmente” fiscal. No obstante, el tributo puede perseguir fines ajenos a la obtención de ingresos, tales como los tributos aduaneros protectores, los tributos promocionales, las medidas impositivas con fines de desaliento o incentivo de ciertas actividades privadas, etc.

CLASIFICACION JURÍDICA DE LOS TRIBUTOS

Según el Modelo de Código Tributario para América Latina,

1- IMPUESTO: Tributo cuya obligación tiene como hecho generador una situación independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente.

“Hecho imponible”:

1. Situación considerada por ley como generadora de la obligación de tributar, independiente de toda concreta acción gubernamental vinculada a los pagadores
2. Se vincula con los bienes, rentas o consumos de la población de los que se infiere la “posibilidad de contribuir al sostenimiento del estado”.

Algunas clasificaciones de los impuestos:

“Permanentes” o “transitorios” según su vigencia en el tiempo.

“Reales” o “personales” según consideren “exclusivamente la riqueza gravada” o “la especial situación del contribuyente”.

“Proporcionales” en forma directa a la riqueza gravada o “progresivos” en los que aumenta la alícuota al aumentar la cuantía de riqueza gravada.

“Directos” o “indirectos”. Cuando la exteriorización de la capacidad económica es inmediata, revelándose a través de circunstancias o situaciones objetivas, el impuesto que toma tal hecho imponible se denomina “directo”.

Cuando la exteriorización de la capacidad económica es mediata, surgiendo de presunciones efectuadas sobre la base de producción o consumo de bienes o servicios, ejercicio de actividades lucrativas, la realización de actos o negocios jurídicos documentalmente exteriorizados, el impuesto que toma tal hecho imponible se denomina “indirecto”.

2- **TASA:** Tributo cuya obligación tiene como hecho generador una prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente.

La tasa tiene carácter tributario –prestación obligatoria, establecida por ley, exigida en virtud del poder de imperio del estado, lo cual permite diferenciarla del precio –que no surge ex lege como la tasa, sino ex contractu-. “Hecho imponible”: según la C.S.J.N. el cobro de la tasa debe corresponder a la “concreta, efectiva e individualizada” prestación de un servicio relativo al contribuyente. En cuanto a la carga de la prueba, si bien la C.S.J.N ha establecido que corresponde al prestador del servicio, el T.S.J. de Cba. ha mantenido la teoría de que el contribuyente debe probar la no prestación del servicio.

En general, el servicio que constituye el hecho imponible debe ser divisible –es decir, de uso o consumo fragmentable entre los usuarios-, a fin de poder cuantificarse su costo –ejemplo: permisos de caza-. No obstante, ello no es de la esencia de la tasa si se toma en cuenta que es perfectamente habitual que se cobren tasas por servicios que no se prestan en forma individualizada.

Su producto: según algunos autores también caracteriza a la tasa el hecho de que su producido debe afectarse al mantenimiento del servicio por el cual la tasa se cobra, pero en realidad, este aspecto no caracteriza a la tasa y nada obsta a que su producto se afecte a otros fines.

Algunos ejemplos:

Tasas Nacionales: portuarias, las de servicios de registro, las tasas consulares, las tasas por migraciones, las tasas por servicios aeronáuticos, etc.

Tasas provinciales: tasas por registros provinciales, por actuación ante el poder judicial, etc.

Tasas Municipales: de alumbrado, de limpieza, por inspección de hoteles y hospedajes, por la realización de diversas actividades lucrativas, especialmente comerciales e industriales, etc.

3- **CONTRIBUCIÓN ESPECIAL:** Tributo cuya obligación tiene como hecho generador los beneficios –individuales o sociales- derivados de actividades estatales.

Este tributo entraña una ventaja económica reconducible a un aumento de riqueza.

Ej: un individuo o un grupo social se beneficia con una obra pública, como la pavimentación, que revaloriza los inmuebles, o se beneficia con la creación de entes para fomento de una determinada actividad.

Según Villegas los peajes no son tasas sino contribuciones especiales por cuanto implican para los usuarios un “ahorro de tiempo” y “combustible”.

HECHO IMPONIBLE

La norma tributaria, se basa en un supuesto de hecho al que asocian determinados efectos en caso de configurarse tal hecho en la realidad.

Hecho imponible es una hipótesis legal condicionante que, acaecida en la realidad, determina el surgimiento de la obligación tributaria.

Puede consistir en un acto, conjunto de actos, situación, actividad o acontecimiento – vinculado o no a una actividad estatal.

BENEFICIOS TRIBUTARIOS

Implican la neutralización de la consecuencia jurídica prevista en la norma lógica tributaria. El acaecimiento de ciertos hechos o circunstancias descriptos legalmente impiden que la realización del hecho imponible se traduzca en el mandato de pago de tributo. Se produce una desconexión entre la hipótesis y su consecuencia. Se denominan franquicias, desgravaciones, amortizaciones aceleradas, etc.

DISTINTOS ASPECTOS DEL HECHO IMPONIBLE

MATERIAL:

“Descripción abstracta de una determinada acción” Consiste en un “dar, hacer, transferir, recibir, ser, estar, permanecer, adquirir, ganar, importar, etc”.

Ejemplos: en el impuesto a las ganancias, el elemento material consiste en obtener los beneficios que establece la ley; en el impuesto a la transferencia de inmuebles, consiste en transferir el bien raíz; en el impuesto a los bienes personales, consiste en ser titular de bienes existentes al 31 de diciembre de cada año; en el impuesto a los premios, consiste en ganar el premio; en el impuesto al valor agregado el aspecto material es múltiple y puede consistir en vender cosas muebles, prestar servicios, etc.

PERSONAL:

“Alude al realizador del hecho imponible”.

Ejemplos: en el impuesto a las ganancias, es la persona de existencia ideal o visible que obtiene lo que la ley llama “ganancia gravable”; en el impuesto a la transferencia de inmuebles, es la persona física o sucesión indivisa interviniente en la transmisión; etc.

ESPACIAL:

Lugar en el cual el destinatario legal tributario realiza el hecho o se encuadra en la situación descriptos por el aspecto material o el sitio en el cual la ley tiene por realizado dicho hecho o producida tal situación.

TEMPORAL:

Momento en que se configura o el legislador tiene por configurada la descripción del comportamiento objetivo contenido en el aspecto material del hecho imponible.

NOCIÓN DE DERECHO PENAL TRIBUTARIO

No todos los integrantes de una comunidad cumplen de manera constante y espontánea las obligaciones sustanciales y formales que les imponen las normas tributarias. Ello obliga al Estado a prever ese incumplimiento, lo cual implica configurar en forma específica las distintas transgresiones que pueden cometerse y determinar las sanciones que corresponde en cada caso. La regulación jurídica de todo lo atinente a la infracción y a la sanción tributaria corresponde al derecho penal tributario.

TEORIAS JURÍDICAS SOBRE SU UBICACIÓN CIENTÍFICA

1- Simple capítulo del derecho tributario: Giuliani Fonrouge concibe al derecho tributario como un todo orgánico con aspectos diversos pero interconectados: las infracciones y las sanciones pertenecen a una misma categoría jurídica ilícita-fiscal. En consecuencia, todo lo relativo a infracciones y sanciones no deriva sino del propio poder tributario estatal. La singularidad de las infracciones tributarias no permite la aplicación de las disposiciones del Código Penal, salvo cuando la ley tributaria remite expresamente a sus normas.

2- La posición penalista sostiene que el derecho penal tributario es parte integrante del derecho penal común. Sainz de Bujanda afirma que existe identidad sustancial entre la infracción tributaria y la infracción criminal. Sentada la unidad del derecho penal hay que reconocer que el derecho penal tributario no es sino una parte del derecho penal. El Código Penal es de obligatoria vigencia para todo lo relativo a la infracción tributaria y su sanción, a menos que una norma expresa derogue su aplicación.

3- Otra postura sostiene que el derecho penal tributario forma parte del derecho penal contravencional. Existe un derecho penal general que regula jurídicamente el poder represivo de la sociedad en forma integral, o sea, la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles. Ese derecho penal general, sin embargo, admite una clara división según la naturaleza jurídica de las infracciones contenidas. Así, la rama del derecho penal general que regula la punibilidad de las infracciones que atacan directa e inmediatamente la seguridad de los derechos naturales y sociales de los individuos constituye el derecho penal común. En cambio la rama que regula la punibilidad de las infracciones al orden de la actividad administrativa tendiente al logro del bienestar social, constituye el derecho penal contravencional o administrativo, aplicable por parte de autoridades administrativas. En consecuencia, se puede utilizar las fórmulas del Código Penal siempre y cuando exista congruencia con la esencia de la contravención fiscal.

CONCLUSIÓN

Debe partir de la siguiente observación: en el derecho penal tributario existen alteraciones con relación a las clásicas fórmulas penales: El Código Penal adopta la reincidencia genérica y, sin embargo, el derecho penal tributario muchas veces toma la reincidencia específica; más notorio todavía es el ejemplo de la personalidad de la pena del derecho penal, de donde el derecho penal tributario se aparta con regulaciones, como la responsabilidad por el hecho de terceros, sean los subordinados o sean los dependientes.

Asimismo cabe señalar la cuestión terminológica pues en derecho penal tributario se utilizan muchos conceptos propios del Código Penal cuyo significado es menester establecer –dolo, culpa, fraude, etc-.

Con relación a las alteraciones de las clásicas fórmulas penales, cabe señalar que las mismas son aceptables. En efecto, si mediante su normatividad la ley tributaria regula una cuestión penal en forma diferente de la del derecho penal común, esto significará el desplazamiento de dicha norma de derecho penal común, que se tornará inaplicable sin necesidad de normas expresas de derogación del Código Penal. En tal sentido es de plena aplicación el art. 4º de dicho cuerpo legal. Sin embargo, este desplazamiento no puede producirse en cuanto al derecho tributario provincial y municipal, dado que sus normas son de inferior categoría a las nacionales (art. 31 C.N.) por lo cual, conforme al principio de unidad de la legislación (art. 75 inc. 12), no puede contener regulaciones de carácter general que contraríen las disposiciones del C.P.

Con relación a la cuestión terminológica cabe señalar que, constituyendo el derecho un orden coactivo que regula la conducta recíproca deseada por la sociedad en un momento dado y que contiene sanciones para quienes transgreden esas normas, ese orden debe funcionar siempre como una unidad sin contradicciones. Por ende, cuando la ley penal tributaria utiliza conceptos del derecho penal común y no les da un significado particularizado, debe interpretarse que éste es el definido por el Código Penal, por su doctrina y su jurisprudencia.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA INFRACCION FISCAL

Infracción tributaria o fiscal es la violación de las normas jurídicas que establecen obligaciones tributarias sustanciales y formales.

La naturaleza jurídica que se asigne a esta infracción depende en buena medida de la ubicación científica que se asigne al derecho penal tributario:

1- Para quienes niegan la existencia de diferencias ontológicas entre delito y contravención, la infracción tributaria es de la esencia del delito penal común (Aftalión y Soler).

2- Quienes sostienen que existen diferencias sustanciales entre delito y contravención, opinan que las infracciones tributarias constituyen faltas de naturaleza contravencional (Núñez, Goldschmidt).

Conclusión: para Villegas esta última es la postura correcta dado que:

Delito: es la infracción que ataca directamente la seguridad de los derechos naturales y sociales de los individuos, correspondiendo su estudio al derecho penal común.

Contravención: es una falta de colaboración, una omisión de ayuda, en cuyo campo los derechos del individuo están en juego de manera mediata. El objeto que se protege contravencionalmente no está representado por los individuos ni por sus derechos naturales o sociales en sí, sino por la acción estatal en todo el campo de la administración pública. Constituyen criterios erróneos de diferenciación el elemento volitivo –delitos dolosos; contravenciones culposas-; el tipo de sanción aplicable –penas privativas de libertad propias de los delitos y no de las contravenciones- y la gravedad de la infracción –criterio arbitrario-.

El estado actual de la cuestión es el siguiente:

Resulta innegable que los ciudadanos tienen un interés jurídico mediato en que el gobierno cuente con recursos suficientes para defender y hacer realidad los derechos individuales y sociales sobre los cuales los ciudadanos tienen un interés jurídico inmediato. Por ejemplo: un ataque directo e inmediato a la salud pública consiste en el envenenamiento de aguas reprimido por el C.P. como delito, mientras que la salud pública estaría indirectamente atacada si mediante el no pago de los tributos correspondientes no se permite que el estado instale los hospitales necesarios para atender convenientemente la salud general de la población. Por lo expuesto, las infracciones tributarias, en cuanto obstrucciones ilícitas a la formación de las rentas públicas, tienen carácter contravencional y no delictual. Ahora bien, sin perjuicio de la solidez conceptual que pueda tener esta distinción entre delitos y contravenciones, lo cierto es que desde el punto de vista del derecho positivo argentino la ley 24.769 ha transformado diversas infracciones fiscales en delitos dolosos reprimidos con pena de prisión:

El cuadro de infracciones tributarias –contravenciones y delitos- es el siguiente:

Tenemos un derecho penal tributario en sentido lato que abarcará el derecho penal tributario delictual, contenido principalmente en la ley 24.769 y el derecho penal tributario contravencional, regulado fundamentalmente por la ley 11.683 y los ordenamientos fiscales provinciales y municipales.

CARACTERIZACION PRIMARIA DE LAS INFRACCIONES FISCALES EVASIÓN FISCAL O TRIBUTARIA

Constituye toda eliminación o disminución de un monto tributario adeudado, producida dentro del ámbito de un país, por parte de quienes están jurídicamente obligados a abonarlo, y que logran tal resultado mediante conductas fraudulentas u omisivas, violatorias de disposiciones legales. Hay evasión tributaria no sólo cuando como consecuencia de la conducta evasiva se logra evitar totalmente el pago de la prestación tributaria, sino también cuando hay una disminución en el monto debido.

La evasión debe estar referida a las leyes tributarias de un determinado país.

La evasión sólo puede producirse por parte de aquellos que están jurídicamente obligados a pagar un tributo al fisco. No hay evasión fiscal de quienes reciben el peso económico del tributo sin tener la obligación jurídica de pagarlo, ni de quienes, aún estando encuadrados en el hecho imponible de un tributo, no han sido designados sujetos pasivos por la ley, ni en general de aquellos que sólo están obligados a resarcir al sujeto que el fisco instituyó como obligado al pago.

La evasión fiscal, tomada en sentido integral, es comprensiva de todas las conductas contrarias al derecho que tengan como resultado la eliminación o disminución de la carga tributaria, con prescindencia de que tales conductas sean fraudulentas o simplemente omisivas.

Toda evasión fiscal es violatoria de disposiciones legales, es decir, es antijurídica. No existe la evasión "legal" –algunos sostienen que se evade legalmente quien es alcanzado por una dispensa de pago, pero en realidad, si el mandato tributario no alcanza al dispensado, éste nunca fue contribuyente y por ende, incapaz de evadir el tributo-.

ELUSIÓN TRIBUTARIA

Este concepto corresponde a la "elección de formas o estructuras jurídicas anómalas para esquivar o minimizar la respectiva carga tributaria".

Corresponde a continuación dilucidar si esta conducta es fiscalmente lícita o delictual. Etimológicamente, "elusión" proviene de "eludere" que significa "librarse con pretextos de un compromiso". Luego, "pretexto" tiene como sinónimos "subterfugio, argucia" y supone "la razón que se alega falsamente para hacer o dejar de hacer una cosa". Por lo expuesto, no cabe duda que gramaticalmente "elusión" implica "falsedad, subterfugio o argucia".

Luego, legislativamente, nos encontramos con que para la ley argentina, la utilización de formas o estructuras jurídicas impropias de las cláusulas de comercio, que a su vez tergiversen la realidad económica de los actos y que eso incida en esquivar tributos, es una presunción de defraudación fiscal art. 47 inc."e" ley 11.683. Por lo expuesto cabe señalar que, debe diferenciarse claramente la "elusión fiscal" –ilícita de la "economía de evitación" –lícita-. En efecto, no toda ventaja fiscal lograda por el contribuyente constituye una elusión. Para ello es indispensable que haya una distorsión de la forma jurídica, una atipicidad o anormalidad de ésta frente a la realidad económica que se exterioriza mediante ella. De otra manera no hay elusión. Puede ocurrir que el contribuyente arregle sus negocios para pagar menos impuestos. Nada lo impide, en tanto no se produzca aquella manipulación del hecho generador en lo que respecta a su vestidura jurídica. Constituye un ejemplo de "economía de evitación" la sustitución de una sociedad colectiva por una sociedad anónima por considerar que este cambio de forma asociativa trae aparejadas ventajas fiscales. Contrariamente, constituye un ejemplo de elusión tributaria, dar forma jurídica de honorarios por retribución de servicios a lo que en realidad son utilidades o dividendos de los socios de una sociedad anónima ante la evidencia de que los honorarios están gravados menos onerosamente que los dividendos.

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA SUSTANCIAL

Consiste en omitir el pago de los tributos dentro de los términos legales. Esta infracción es prevalectivamente objetiva: basta el hecho externo del no pago en término para que se tenga por configurada la infracción. Ese no pago puede deberse a un obrar negligente – culpa- o a una conducta intencional –dolo-, consistente en el simple no pago de la obligación sin efectuar maniobra ardidosa alguna.

INCUMPLIMIENTO "FRAUDULENTO" DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA SUSTANCIAL.

Requiere la intención deliberada de dañar al fisco y la realización determinados actos o maniobras tendientes a sustraerse en todo o en parte a la obligación de pagar tributos, induciendo a error a la autoridad para que la falta total o parcial de pago aparezca como legítima.

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA FORMAL

Toda acción u omisión de los contribuyentes, responsables o terceros que viole las disposiciones relativas a la determinación de la obligación tributaria u obstaculice la fiscalización por la autoridad administrativa. Como consecuencia de la determinación, fiscalización e investigación, los ciudadanos, contribuyente o no, están sometidos a una serie de deberes tendientes a posibilitar y facilitar la debida actuación estatal. El incumplimiento de esos deberes es una infracción fiscal y también está penada por la ley.

SANCION TRIBUTARIA

Otorgado al estado el derecho de percibir coactivamente sumas de dinero de los particulares, debe dársele también el medio de defensa para que haga cumplir sus disposiciones. El estado está facultado para reprimir imponiendo castigos que retribuyan al infractor por el mal causado y que tiendan a evitar infracciones futuras. Estas son las sanciones represivas o penas. Sin embargo, no todas las sanciones son penas. Hay sanciones que solo tienden a la privación de lo ilícitamente obtenido, tratando de restablecer el orden externo existente antes de la violación. Otras sanciones tienen un fin de tipo resarcitorio como las multas. Las multas no solo privan al autor del fruto de su ilicitud o su equivalente, sino que también lo privan de algo suplementario con el fin de castigarlo -carácter reparatorio y represivo-. Algunas particularidades de las multas fiscales: En derecho penal común no hay ninguna duda de

que la pena es siempre personal. En derecho penal tributario, no cabe duda de que la multa tiene por objeto castigar al infractor en sus bienes y por lo tanto en ese patrimonio beneficiado debe repercutir la pena, respondiendo, en consecuencia, las personas colectivas, las personas físicas por los hechos de terceros y no extinguiéndose la multa por muerte del infractor.

Aplicación de las multas a personas colectivas:

En derecho penal tributario se admite que las personas jurídicas sean punibles y pasibles de multas fiscales. Los fines de las leyes tributarias quedarían totalmente frustrados si en las transgresiones cometidas por los órganos de la persona ideal la sanción no pudiera llegar a ésta, limitándose a los bienes personales de sus representantes.

Transmisión hereditaria:

En derecho penal común se considera elemental que, fallecido el procesado o condenado, el proceso quede clausurado y las penas extinguidas. En numerosos fallos, la C.S.J.N. ha admitido la transmisión de la multa a los herederos.

Multa a terceros:

La gestión patrimonial no siempre es directa y personalísima, sino que suelen intervenir personas que no son los contribuyentes o responsables, pero cuyos actos obligan. En tales supuestos, los sujetos pasivos de la obligación fiscal deben soportar las consecuencias de los actos u omisiones punibles en que incurran sus subordinados, ya sean agentes, factores o dependientes.

Conversión de la multa tributaria:

El art. 21 del C.P. dice que si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia sufrirá prisión que no exceda de un año y medio. La C.S.J.N. ha negado la posibilidad de convertir las multas tributarias en prisión

DERECHO PENAL TRIBUTARIO DELICTUAL

Nace en la Argentina con la ley 23.771 que fue derogada y reemplazada por la ley 24.769.

LEER METODOLOGÍA DE LA LEY 24.769 (ver los capítulos) ESQUEMA

RÉGIMEN IMPOSITIVO DELITOS TRIBUTARIOS

Evasión simple, art. 1°

Evasión agravada, art. 2°

Aprovechamiento indebido de subsidios, art. 3°

Obtención fraudulenta de beneficios fiscales, art. 4°

RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL

Evasión simple, art. 7°

Evasión agravada, art. 8°

AGENTES DE RETENCIÓN O PERCEPCIÓN

Apropiación indebida de tributos, art. 6°

Apropiación indebida de recursos de seguridad social, art. 9°

DELITOS FISCALES

Insolvencia fiscal fraudulenta, art. 10°

Simulación dolosa de pagos comunes, art. 11°

Alteración dolosa de registros, art. 12°

DISPOSICIONES GENERALES

Incremento de escalas penales, art. 13°

Directivos, subordinados, representantes o mandatarios, art. 14°

Casos de inhabilitación especial, art. 15°

Extinción por aceptación y pago, art. 16°

Acumulación de sanciones penales y administrativas, art. 17°

OBJETO DE LA LEY 24.769

Según el miembro informante de la Cámara de Diputados, era necesario “perfeccionar la técnica legislativa –respecto de la ley 23.771- y regular nuevos delitos que han surgido de la experiencia”. También se aseguró que “implementar un nuevo régimen penal tributario se justifica en el decaimiento de la conciencia tributaria de la población y en el daño cada vez más grave que sufren los ingresos en materia tributaria y provisional”

El miembro informante del Senado señaló “en realidad se trata de una nueva ley puesto que propone la expresa derogación de la ley 23.771 y establece un nuevo ordenamiento que la supera en aspectos técnicos, creando además nuevas figuras que abarcan la totalidad de los aspectos fácticos a tutelar penalmente

NOVEDADES PRINCIPALES DEL NUEVO RÉGIMEN

1. Ha excluido -correctamente- las infracciones formales que contenían los arts 5° a 7° de la ley 23.771 que eran esencialmente contravencionales y cuya conversión en delitos arrojó sentencias adversas en la jurisprudencia.
2. Los más importantes delitos son de daño: requieren perjuicio efectivo para consumarse, con excepción de las figuras de los arts. 4°, 11° y 12°. Por el contrario, en la ley 23.771 predominaban los tipos de peligro.
3. Quedaron mejor delineadas las figuras autónomas: aprovechamiento indebido de subsidios (art. 3°) y obtención fraudulenta de beneficios fiscales (art.4°).
4. Renació la determinación tributaria como condición previa a la denuncia penal. Ello permite al contribuyente ser oído, ejercer su defensa y presentar sus pruebas antes de ser denunciado penalmente. No obstante la nueva ley cae en el error de permitir la denuncia pese a haber sido recurridos los actos respectivos.
5. Termina la discusión sobre si el régimen comprendía o no los tributos provinciales y municipales: se expide negativamente. Ello surge del art. 22 y de la construcción de varios tipos (1°, 3°, 4°, 6°, 10/12°). No obstante la claridad de la ley, Villegas cree que tal solución legislativa es errónea, pero al menos evita que continúen las discusiones.
6. Se dispone el aumento de las penalidades: ello impedirá beneficios como la exención de prisión y la excarcelación o condena condicional.
7. Se ha limitado la extinción por pago de la pretensión fiscal: ahora sólo puede aplicarse en el caso de los delitos contemplados en los arts. 1° y 7° de la Ley 24.769.

8. Hay una mejor interpretación del principio de mínima intervención del derecho penal: solo asumen entidad delictual conductas de entidad económica relevante, lo cual se refleja en el apreciable incremento de los montos que integran las condiciones objetivas de punibilidad.

SUCESION DE LEYES PENALES

La derogación de la ley 23.771 por la ley 24.769 no implica una “amnistía general hacia el pasado”. Pueden haberse cometido delitos tributarios tipificados legalmente antes y después del 24/1/97 –obligatoriedad de la nueva ley–: estos hechos se regirán por la ley que se manifieste como la más beneficiosa en el caso concreto. Ejemplo: la ley 24.769 desincriminó como delictuales los incumplimientos de obligaciones tributarias “formales”; por ende, si se cometió esa infracción, será de aplicación la ley penal más benigna: en este caso –respecto la ley 23.771 que tipificaba esa conducta como delictual– es más benigna la ley 24.769 que resta tal carácter a dichas infracciones. Por ende, a tales infracciones será de aplicación la ley 11.683 que determina que las mismas constituyen “contravenciones” cuyo juzgamiento corresponde a la autoridad administrativa.

SUCESION DE LEYES PROCESALES

A diferencia de lo que sucede con el derecho penal sustancial, aquí no rige el principio de ley penal más benigna, sino simplemente el de irretroactividad de la ley procesal penal. Este principio se refiere a los órganos de justicia y sus atribuciones procesales, pero no se extiende a la situación y libertad del imputado. Ejemplo: si bajo una determinada ley procesal el delincuente fiscal obtuvo su excarcelación, luego, al sancionarse una ley procesal que sea más severa, no podrá revocarse el beneficio concedido.

BIEN JURIDICAMENTE PROTEGIDO

Es el “fisco nacional”, con exclusión de las haciendas provinciales, locales y de la ciudad autónoma de Buenos Aires.

Particularizadamente puede decirse:

El gasto público es indispensable para satisfacer las necesidades públicas y el medio genuino para la adquisición de los recursos es el tributo.

En la evasión se daña la actividad financiera del Estado y se entorpece el cumplimiento de sus fines.

En el caso del Art. 3, se produce un desapoderamiento de bienes ya poseídos por el estado:

se perjudica directamente el patrimonio de la hacienda pública.

Art. 12: se lesiona la actividad fiscalizadora del órgano recaudatorio porque las falsas alteraciones de registros impiden conocer la real situación fiscal de un obligado y ello obstaculiza el fluido accionar verificador del Estado, creando riesgo de futuras evasiones. En el caso de las contribuciones y aportes de la seguridad social, el bien jurídicamente protegido se basa en la solidaridad, ya que se debe proteger igualitaria e indiscriminadamente a toda la comunidad que la necesite o requiera.

REGIMEN LEGAL

ANÁLISIS DEL CAPITULO DE LA LEY DENOMINADO “DISPOSICIONES GENERALES”

ART. 13 INCREMENTO DE ESCALAS PENALES. INHABILITACION PERPETUA

Las escalas penales se incrementan cuando se trata de funcionarios o empleados públicos que en ejercicio o en ocasión de sus funciones toman parte en la ejecución de los delitos previstos en la ley. A ello se agrega la inhabilitación perpetua para desempeñarse en la función pública.

Variantes respecto de la ley anterior:

Además de los funcionarios, incluye a los empleados: se quiere punir también a las más bajas esferas, que se encuentran en condiciones de desplegar la conducta reprimida y que traicionan la confianza depositada y aprovechan de la situación funcional para desarrollar la actividad participatoria reprochable. Se agrega que no solo se actúa en ejercicio de las funciones sino también en ocasión de las mismas.

Se añade la antes inexistente accesoria de inhabilitación perpetua. (arts. 174 inc. 4º y 5º)

ART 14 RESPONSABILIDAD DE LOS INTEGRANTES DE PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

Cuando el hecho se ejecuta en nombre, con la ayuda, o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que, a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho, las normas le atribuyen la condición de obligado, la prisión se aplica a directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible, aunque su actuación haya resultado carente de eficacia. Se trata de una enumeración taxativa. En cuanto a los entes ideales, el dispositivo da a entender que no importa la estructura que adopte el ente ideal siempre que se trate de una persona no física a la que se pueda atribuir un hecho imponible tributario o provisional. No basta el desempeño de la función, sino que se requiere una acción personal con pleno conocimiento de lo que se está haciendo, es decir, una actuación dolosa.

ART 15 CASOS DE INHABILITACION ESPECIAL

Quien a sabiendas realice los actos que detalla el precepto para facilitar la comisión de delitos previstos en la ley es pasible además de las penas que le corresponden por su participación en el hecho, de la pena de inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

Se ha suprimido la mención detallada de profesionales (aunque es indudable que incluye especialmente a contadores, escribanos y abogados) y la norma se limita a tener por pasible de la accesoria al que realice alguna de las acciones que taxativamente menciona la ley, y que son: dictaminar, informar, dar fe, autorizar o certificar actos jurídicos, balances, estados contables o documentación. No se requiere que los actos detallados se utilicen para cometer los delitos sino que basta con que faciliten su comisión (delitos tributarios y provisionales). Requiere que se actúa a sabiendas lo cual significa la presencia de un dolo que comprende el conocimiento del agente de que está participando en un delito previsto en la ley, y su voluntad de actuar en consecuencia.

Se trata de una inhabilitación especial por lo que produce la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre el cual recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género por el doble del tiempo de la condena.

ART. 16 EXTINCION POR ACEPTACION Y PAGO

Cuando se trate de los delitos previstos en los arts. 1º y 7º la acción penal se extingue si el obligado, “incondicionalmente” acepta –luego no puede reabrir la discusión sobre la deuda ni solicitar su repetición y paga –elimina la posibilidad de acogerse a un régimen de pago la liquidación o determinación tributaria o provisional, que debe ser “motivada” –en cuyo proceso de fijación se le permite el ejercicio del derecho de defensa y prueba, discutiendo el monto sobre el cual se deberá abonar para extinguir la acción–, lo cual debe hacerse hasta determinado momento del trámite –antes del requerimiento fiscal de elevación a juicio (en la ley 23.771, la oportunidad era hasta la sentencia).

El beneficio se otorga por única vez por persona física o ideal. Puede concederse siempre que no se haya hecho uso del mismo antes de la fecha de la evasión. Se ha sostenido que si ya se utilizó esta opción bajo el marco de la 23.771 no puede volver a usársela en su previsión de la ley 24.769 –Informe Legislativo-, pero Chiara Diaz dice que la ley 24.769 no distingue y que la opción está expresada hacia el futuro. Corresponde a los jueces decidir sobre esta cuestión. La resolución que declara extinguida la acción penal debe comunicarse a la Procuración del Tesoro de la Nación y al Reg Nac de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria.

ART 17 ACUMULACION DE SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS

Las penas establecidas en esta ley son impuestas sin perjuicio de las sanciones administrativas fiscales.

Según nuestro criterio, la disposición puede significar una ilegal imputación duplicada por un solo acto típico, con lo cual la pretensión de doble juzgamiento y doble condena es inconstitucional por violar el principio non bis in idem.

LEY 24.769 REGIMEN PENAL TRIBUTARIO

Evasión simple

1. Será reprimido con prisión de dos a seis años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, siempre que el monto evadido excediere la suma de cien mil pesos por cada por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratase de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un año.

Evasión agravada

2. La pena será de tres años y seis meses a nueve años de prisión, cuando en el caso del artículo 1 se verificare cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Si el monto evadido superare la suma de un millón de pesos.

b) Si hubieren intervenido persona o personas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma de doscientos mil pesos.

c) Si el obligado utilizare fraudulentamente exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones o cualquier otro tipo de beneficios fiscales, y el monto evadido por tal concepto superare la suma de doscientos mil pesos.

Aprovechamiento indebido de subsidios

3. Será reprimido con prisión de tres años y seis meses a nueve años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, se aprovechara indebidamente de reintegros, recuperos, devoluciones o cualquier otro subsidio nacional directo de naturaleza tributaria siempre que el monto de lo percibido supere la suma de pesos cien mil en un ejercicio anual. Obtención fraudulenta de beneficios fiscales

4. Será reprimido con prisión de uno a seis años el que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, obtuviere un reconocimiento, certificación o autorización para gozar de una exención, desgravación, diferimiento, liberación, reducción, reintegro, recuperos o devolución tributaria al fisco nacional.

5. En los casos de los artículos 2, inciso c), 3 y 4, además de las penas allí previstas se impondrá al beneficiario la pérdida del beneficio y de la posibilidad de obtener o de utilizar beneficios fiscales de cualquier tipo por el plazo de diez años.

Apropiación indebida de tributos

6. Será reprimido con prisión de dos a seis años el agente de retención o percepción de tributos nacionales que no depositare, total o parcialmente, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, el tributo retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado superase la suma de diez mil pesos por cada mes.

Evasión simple

7. Será reprimido con prisión de dos a seis años el obligado, que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere parcial o totalmente al fisco nacional el pago de aportes o contribuciones, o ambos conjuntamente, correspondientes al sistema de la seguridad social, siempre que el monto evadido excediere la suma de veinte mil pesos por cada período.

Evasión agravada

8. La prisión a aplicar se elevará de tres años y seis meses a nueve años, cuando en el caso del artículo 7 se verificare cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Si el monto evadido superare la suma de cien mil pesos, por cada período.

b) Si hubieren intervenido persona o personas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma de cuarenta mil pesos.

Apropiación indebida de recursos de la seguridad social

9. Será reprimido con prisión de dos a seis años, el agente de retención de aportes del sistema de seguridad social nacional que no depositare, total o parcialmente, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, los importes retenidos, siempre que el monto no ingresado superase la suma de cinco mil pesos por cada período.

Insolvencia fiscal fraudulenta

10. Será reprimido con prisión de dos a seis años el que habiendo tomado conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo o judicial tendiente a la determinación o cobro de obligaciones tributarias o de aportes y contribuciones de la seguridad social nacionales, o derivadas de la aplicación de sanciones pecuniarias, provocare o agravare la insolvencia propia o ajena, frustrando en todo o en parte el cumplimiento de tales obligaciones.

Simulación dolosa de pago

11. Será reprimido con prisión de dos a seis años el que mediante registraciones o comprobantes falsos o cualquier otro ardid o engaño, simulare el pago total o parcial de obligaciones tributarias o de recursos de la seguridad social nacional o derivadas de la aplicación de sanciones pecuniarias, sean obligaciones propias o de terceros.

Alteración dolosa de registros

12. Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que de cualquier modo sustrajere, suprimiere, ocultare, adulterare, modificare o inutilizare los registros o soportes documentales o informáticos del fisco nacional, relativos a las obligaciones tributarias o de recursos de la seguridad social, con el propósito de disimular la real situación fiscal de un obligado.

13. Las escalas penales se incrementarán en un tercio del mínimo y del máximo, para el funcionario o empleado público que, en ejercicio o en ocasión de sus funciones, tomase parte de los delitos previstos en la presente ley. En tales casos, se impondrá además la inhabilitación perpetua para desempeñarse en la función pública.

14. Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, un mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz.

15.* El que a sabiendas:

a) Dictaminare, informare, diere fe, autorizare o certificare actos jurídicos, balances, estados contables o documentación para facilitar la comisión de los delitos previstos en esta ley, será pasible, además de las penas correspondientes por su participación criminal en el hecho, de la pena de inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

b) Concurrere con dos o más personas para la comisión de alguno de los delitos tipificados en esta ley, será reprimido con un mínimo de cuatro años de prisión.

c) Formare parte de una organización o asociación compuesta por tres o más personas que habitualmente esté destinada a cometer cualquiera de los delitos tipificados en la presente ley, será reprimido con prisión de tres años y seis meses a diez años. Si resultare ser jefe u organizador, la pena mínima se elevará a cinco años de prisión.

16. En los casos previstos en los artículos 1 y 7 de esta ley, la acción penal se extinguirá si el obligado, acepta la liquidación o en su caso la determinación realizada por el organismo recaudador, regulariza y paga el monto de la misma en forma incondicional y total, antes de formularse el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Este beneficio se otorgará por única vez por cada persona física o de existencia ideal obligada. La resolución que declare extinguida la acción penal, será comunicada a la Procuración del Tesoro de la Nación y al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria.

17. Las penas establecidas por esta ley serán impuestas sin perjuicio de las sanciones administrativas fiscales.

18. El organismo recaudador, formulará denuncia una vez dictada la determinación de oficio de la deuda tributaria, o resuelta en sede administrativa la impugnación de las actas de determinación de la deuda de los recursos de la seguridad social, aun cuando se encontraren recurridos los actos respectivos. En aquellos casos en que no corresponda la determinación administrativa de la deuda, se formulará de inmediato la pertinente denuncia, una vez formada la convicción administrativa de la presunta comisión del hecho ilícito.

Cuando la denuncia penal fuere formulada por un tercero, el juez remitirá los antecedentes al organismo recaudador que corresponda a fin de que inmediatamente dé comienzo al procedimiento de verificación y determinación de la deuda. El organismo recaudador deberá emitir el acto administrativo a que se refiere el primer párrafo, en un plazo de noventa días hábiles administrativos, prorrogables a requerimiento fundado de dicho organismo.

19. Aun cuando los montos alcanzados por la determinación de la deuda tributaria o previsional fuesen superiores a los previstos en los artículos 1, 6, 7 y 9, el organismo recaudador que corresponda, no formulará denuncia penal, si de las circunstancias del hecho surgiere manifiestamente que no se ha ejecutado la conducta punible. En tal caso, la decisión de no formular la denuncia penal deberá ser adoptada, mediante resolución fundada y previo dictamen del correspondiente servicio jurídico, por los funcionarios a quienes se les hubiese asignado expresamente esa competencia. Este decisorio deberá ser comunicado inmediatamente a la Procuración del Tesoro de la Nación, que deberá expedirse al respecto.

20. La formulación de la denuncia penal no impedirá la sustanciación de los procedimientos administrativos y judiciales tendientes a la determinación y ejecución de la deuda tributaria o previsional, pero la autoridad administrativa se abstendrá de aplicar sanciones hasta que sea dictada la sentencia definitiva en sede penal.

En este caso no será de aplicación lo previsto en el artículo 76 de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones).

Una vez firme la sentencia penal, la autoridad administrativa aplicará las sanciones que correspondan sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en la sentencia judicial.

21. Cuando hubiere motivos para presumir que en algún lugar existen elementos de juicio probablemente relacionados con la presunta comisión de alguno de los delitos previstos en la presente ley, el organismo recaudador, podrá solicitar al juez penal competente las medidas de urgencia y toda autorización que fuera necesaria a los efectos de la obtención y resguardo de aquéllos.

Dichas diligencias serán encomendadas al organismo recaudador, que actuará en tales casos en calidad de auxiliar de la justicia, conjuntamente con el organismo de seguridad competente.

22.* [Para la aplicación de la presente ley en el ámbito de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires será competente la Justicia Nacional en lo Penal Tributario a partir de su efectiva puesta en marcha, manteniéndose la competencia del Fuero en lo Penal Económico en las causas que se encuentren en trámite al referido momento. En lo que respecta a las restantes jurisdicciones del país será competente la Justicia Federal.]

23. El organismo recaudador podrá asumir, en el proceso penal, la función de querellante particular a través de funcionarios designados para que asuman su representación.

24. Derógase la ley 23.771.

25. De forma.

CAPITULO IV

ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES

Características de los delitos. Sentido de la protección legal: Hemos visto que los delitos de hurto y robo atacan la tenencia de las cosas sin intervención de una acción de la víctima, mientras que en la extorsión la intervención por coacción, es imprescindible para la tipicidad. Esto último también pasa en los delitos que vamos a ver a continuación, pero en ellos la acción de la víctima se origina en su voluntad viciada por un error suscitado en ella, como también puede ocurrir que ese error induzca a la víctima a omitir conductas, cuyas omisiones facilitan la actividad ilícita del sujeto activo; esta es una regla principal, mas no absoluta, pues presentaremos supuestos específicos en que los delitos de defraudación se asemejan al hurto, pero de cualquier modo, en todos estos delitos el desplazamiento material de los bienes o se produce por obra de la propia víctima o, cuando menos, por circunstancias que no necesitan la actividad material del agente, quien solo se aprovecha del desplazamiento ya realizado sin su intervención.

La protección de la propiedad no se manifiesta aquí a través de la intangibilidad de la tenencia de las cosas, sino de la permanencia constitutiva de la propiedad misma (Núñez) en el estado en que se encontraba antes del hecho delictivo.

Denominaciones de los delitos: Aunque el epígrafe del capítulo en nuestra ley puede originar equívocos, la expresión genérica que designa de modo común a estos delitos es el de defraudaciones (la estafa es una especie que queda comprendida dentro de esta denominación general: “estafar es una determinada manera de defraudar”). Con la expresión defraudación se designa toda lesión patrimonial en que el desplazamiento del bien se produce por la actividad del propio sujeto pasivo o por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quien provoca aquella o se aprovecha de estas.

Clasificación de las defraudaciones: Pese a que, como exactamente se ha dicho, toda pretensión clasificatoria entraña el peligro de construir “agrupaciones algo forzadas y deformantes” (Soler), si puede señalarse un triple origen del perjuicio defraudatorio, que permite desentrañar la naturaleza de las distintas figuras que integran el capítulo. Encontramos así las siguientes defraudaciones: A)- las que se perpetran por medio de fraude, en las que el agente (con dolo al comienzo, según la expresión de Carmignan) provoca con su actividad (que constituye un despliegue de ardid o engaño) un error en el sujeto pasivo, lo cual motiva que este realice la prestación perjudicadora de su propio patrimonio o del de un tercero; puede decirse, por tanto, que es el fraude del agente el que determina la prestación, B)- las que se perpetran abusando de la confianza depositada en el agente; las figuras de abuso de confianza presentan las características de que el desplazamiento del bien se ha producido por un acto anterior no vicioso, en el que el sujeto pasivo otorga al agente un poder de hecho sobre aquel, constituyendo la buena fe del agente la principal garantía de la ejecución de lo pactado y donde el perjuicio defraudatorio se produce por el incumplimiento de mala fe de ese pacto, abusando el agente del poder de hecho que se le ha concedido; aquí el dolo se inserta en el momento del abuso, no en el del desplazamiento del bien, que se ha producido por un acto jurídico preexistente; no se trata, pues, del abuso de una confianza personal, sino de la creada por aquel negocio jurídico; C)- aquellas en que el agente aprovecha situaciones que le facilitan o le permiten consumir el perjuicio patrimonial o crear el peligro de producirlo, ejerciendo anormalmente derecho y facultades que, de no existir tales situaciones, constituirían actividades perfectamente lícitas; en estos casos, por lo común, el bien ya ha salido del poder de un legítimo tenedor por un acto o hecho extraño a la voluntad del agente, quien no hace otra cosa que materializar su desplazamiento ocupándolo (art. 175, inc. 1º y 2º, CP), o por un acto jurídico anterior de la víctima, que ha otorgado un poder de hecho al agente que le permite vulnerar la propiedad de aquella (art. 175, inc. 3º), o por el acto propio del agente que se inserta en una particular situación de la víctima (art. 175, inc. 4º).

Las defraudaciones “Dañosas”: Junto a esta esquematización de las defraudaciones, distintas figuras incorporadas por las reformas del CP (leyes 17567, 21338 y 23077), nos obligan a consignar otra pauta clasificatoria. Tradicionalmente, el resultado de la defraudación es un perjuicio patrimonial que se irroga con miras a su conversión en beneficio para el agente o para un tercero, peor ahora aparecen figuras que se conforman con ese perjuicio, sin que se haya perseguido tal beneficio; son las defraudaciones que podemos calificar de dañosas, en las que es suficiente que el agente actué para dañar el patrimonio de la víctima, como ocurre en ciertos casos de administración infiel y, quizá también, en determinados supuestos de desbaratamiento de derechos.

I- ESTAFA

El texto legal: El art. 172, CP, reprime con prisión de un mes a seis años, al que “defraudaré a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”.

Características. La acción típica: La estafa es una defraudación por fraude que no ataca simplemente a la tenencia de las cosas, sino a la completividad del patrimonio; después de un hurto, como vimos, el patrimonio puede no verse disminuido y aun puede haberse aumentado; después de la estafa no ocurre tal cosa, siempre se vera disminuido. Y esa disminución se produce por el error provocado en una persona que dispone del bien trayéndolo del patrimonio afectado, acción que realiza, por lo tanto, desconociendo su significado perjudicial para dicho patrimonio.

La estafa puede describirse, en general, como el hecho por medio del cual una persona toma, a raíz de un error provocado por la acción del agente, una disposición patrimonial perjudicial que dicho agente pretende convertir en beneficio propio o de un tercero. La secuencia causal en la estafa- como en toda defraudación por fraude- es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio. La conducta punible es. Pues la de defraudar por medio de ardid o engaño.

El detrimento patrimonial: La defraudación constituye un ataque a la propiedad que se configura en un detrimento patrimonial. Este puede abarcar cualquiera de los elementos que integran el concepto de propiedad en el derecho penal: la tenencia o posesión valiosa, el dominio. El lucro que se espera de una actividad propia (por ej. Valor del trabajo o servicio) o de la atención de un crédito, las seguridades constituidas por un embargo o por un documento liberatorio de una deuda, etc. Los objetos de la estafa, son, pues, múltiples, pero todos ellos están referidos a valores que conforman la completividad del patrimonio atacado en el momento de la conducta estimatoria. Este patrimonio se ve disminuido, después de ese momento, por la disposición patrimonial realizada por el sujeto pasivo del engaño, es decir, por su acción u omisión, que puede ser un acto jurídico (firmar un contrato) o un simple hecho (dar algo), que puede crear derechos de terceros sobre el patrimonio o extinguir deudas de terceros a favor del patrimonio.

El perjuicio: La disposición debe ser perjudicial para el patrimonio de que se trate, o sea, tiene que concretarse en una disminución del patrimonio. No se da esa circunstancia cuando la disposición de la propiedad importa un valor compensatorio para el patrimonio. Lo que pasa cuando, a cambio de la prestación realizada, el agente, o un tercero por el. Le da a quien la realiza, un contraprestación que el acepta sin error sobre su carácter, o cuando el esta

jurídicamente obligado a realizar la disposición, o cuando esta es legal o materialmente imposible, o cuando en virtud de la acción misma del agente incorpora al patrimonio un valor superior o equivalente al de la disposición. En todos estos casos, la circunstancia de que haya mediado fraude para lograr la disposición, carece de importancia típica.

Por otro lado, tiene que tratarse de un perjuicio efectivo y actual: la disposición en si debe haber producido el perjuicio; cuando únicamente ha creado ella una carga para el patrimonio de futura ejecución, que solo entraña el peligro del perjuicio (por ej. Lograr fraudulentamente la firma de un pagare), se estará en el terreno de la tentativa, pero no de la tipicidad completa de la acción punible.

El Fraude: El ardid y el Engaño: El medio para lograr la disposición patrimonial perjudicial es el fraude, que esta integrado por las acciones tendientes a simular hechos falsos, disimular los verdaderos, o falsear de cualquier modo la verdad, dirigidas al sujeto a quien se pretende engañar con ellas. El fraude puede estar integrado por Ardid o por engaños: en el sentido de la ley, la diferencia entre ambos conceptos atiende a la forma de perpetrar la acción engañosa que constituye el fraude. El ardid indica la utilización de maniobras o artificios destinados a engañar, para el engaño basta la afirmación o la negación contraria a la verdad; y si la primera forma de fraude no ofrece mayores dificultades en torno a su idoneidad típica, si las ofrece la segunda.

El suscitamiento del error en el sujeto pasivo: El fraude tiene que haber causado el error del sujeto a quien se dirige la acción, lo cual no se da cuando no fue la actitud engañosa del agente la que origino el error, sino un a circunstancia o conducta totalmente extraña a el y con la cual no contaba.

Por otra parte. El fraude tiene que estar enderezado a crear un error patrimonialmente relevante; cuando no rece sobre el alcance patrimonial de la disposición a la que se pretende inducir al sujeto pasivo, sino sobre circunstancias accesorias, no estaremos en el terreno de la estafa (vender un automotor con un motor común, desfigurándolo para que parezca de competición puede ser una estafa, pero, en principio, no lo será vender un auto de competición asegurando que con el se podrá ganar terminada carrera).

Algunos equiparan las situaciones en que el fraude “crea” el error de la victima, a aquellas en que mantiene “el error y a provocado en ella por causas extrañas al agente, pero hay que distinguir el caso en que se da todo un despliegue de ardid o engaño para evitar que aquella salga de ese error, que si constituye la estafa del art. 172 CP de lo que es un simple aprovechamiento del error preexistente de la victima, ajeno a la conducta del agente, que únicamente podrá ser punido en hipótesis específicas, según la disposición del art. 175 inc. 2° del CP.

El hecho de que en la producción del error haya mediado una culpa (no haber extremado los recaudos para descubrir la verdad, que no es lo mismo que la indiferencia ante el posible engaño, que puede dejar el hecho en la atipicidad) o hasta dolo de la victima (el que pretendió estafar y fue estafado), no empecé, en principio, a la existencia de la estafa, si fue el engaño del agente el que determino el error, aunque lo sea insertándose en aquella culpa o en este dolo.

De lo dicho se infiere que la maniobra de fraude tiene que determinar el error de la persona: si por ej, aquella tiende a equivocar los controles de una maquina expendedora para que acuse mas de lo debido, no hay estafa, sino hurto. Pero, por supuesto, eso no ocurre cuando la alteración de la maquina emplea para controlar la medida de la prestación que debe realizar (por ej alterar una computadora que se utiliza en la determinación de los sueldos).

Idoneidad del Ardid o del Engaño: Este tema ha conducido al tratamiento de lo que se ha llamado idoneidad del ardid o el engaño. Como ocurre con otros delitos puede decirse que en orden al que ha sido consumado, cuando, por lo tanto, el ardid o el engaño han tenido éxito, cualquiera que sea su carácter, no se podrá dudar de su idoneidad, por el contrario, en los casos de tentativa, el descubrimiento de la idoneidad del ardid o del engaño será fundamental para distinguir los casos de tentativa propia de los supuestos de tentativa de delito imposible y, en ellos, habrá que atender a la capacidad o aptitud de las maniobras para inducir en error en conjunción con las particularidades circunstancias del hecho, dentro de las cuales quedarán incluidas, por supuesto, la calidad y demás circunstancias personales del sujeto pasivo.

La simple mentira y el silencio: No se refieren específicamente a al idoneidad las cuestiones que la doctrina trata con relación a ciertos medios que pueden emplearse para engañar, respecto de los cuales lo que se discute es si se los puede considerar ardid o engaños en el sentido típico.

Niegan algunos que la simple mentira llegue a configurar el ardid o el engaño propio de la estafa, puesto que ella “supone una falsedad, cuya creencia queda librada la buena fe del tercero”, en tanto que en el engaño se da algo mas: “cierta entidad objetiva que permite reconocer la existencia del nexo causal entre el engaño el error, de modo que este no pueda ser atribuido a la credulidad únicamente” (Fontan Balestra), pero no cabe duda de que, muchas veces entre la simple mentira y el error se puede distinguir nítidamente el nexo causal; la simple mentira puede ser engañosa en el sentido del art. 172, sea al insertarse en especiales circunstancias de hecho, sea en circunstancias propias del paciente del engaño que el agente conoce y con las que cuenta, por lo cual no parece posible establecer reglas a priori que la descarten como medio estafa torio; su carácter engañoso dependerá del hecho concreto en que se produzca; muy distinto es que alguien crea sin ser engañado (por je. El componente del publico del charlatán de feria que cree en las hiperbólicas alabanzas que este formula sobre lo que vende); en ese caso, a lo mas, podemos estar en presencia de ciertas contravenciones (contra la fe publica), pero no de la estafa. Por supuesto que cuando la simple mentira va reforzada por hechos engañosos presentados por el mismo agente, de ningún manera se puede dudar de su carácter de engaño estafa torio, peor, insistimos, no es el único caso en que lo asume (como parece entenderlo Soler).

En cuanto al silencio, se afirma que cuando la ley ha querido darle carácter de ardid o engaño, lo ha señalado expresamente, lo cual no es del todo exacto, pues en ocasiones lo hace implícitamente. No es erróneo sostener que puede asumir ese carácter cuando existe el deber de no guardarlo, por disposición de la ley, en virtud de una convención o de un hecho precedente atribuible al propio agente, pues solo en esos casos se podrá afirmar que el silencio implica una omisión determinante del error de quien debió saber la verdad, y no el simple aprovechamiento del error que no origino la conducta del agente y que, como vimos, no encuadra dentro del marco dela estafa.

Relaciones causal entre el error y la disposición patrimonial: Así como debe darse una relación causal entre el fraude del agente y el error de la victima, la estafa reclama también una relación causal entre este error y la disposición patrimonial perjudicial. Es el error en que incurre la victima a raíz de la conducta del agente, el que tiene que determinar la disposición patrimonial de aquella, lo cual no ocurre cuando la disposición ha sido determinada por una causa extraña al error que el agente suscito en la victima, como seria una creencia equivocada de ella engendrada en su propia conducta o en la conducta de un tercero extraña a la del autor (por ej. Cuando el agente, simulado ser funcionario publico, trata de cobrar un derecho, pero la victima paga porque cree que se trata de un particular a quien debe dinero, o porque un tercero que nada tiene que ver con aquel lo convence de que definitivamente es el funcionario recaudador, cuando la victima no le había creído al agente); en esos casos la conducta ilícita no va mas allá de la tentativa.

De más esta decir que tal relación causal no existe cuando el engaño no va dirigido a inducir en error a la víctima para hacerla disponer del bien de que se trate, sino a facilitar el apoderamiento ilegítimo por parte del mismo autor (por ej. Quien distrae mediante un ardid al custodio de los caudales para que no ejerza la debida custodia y poder apoderarse de ellos, cometerá hurto, no estafa).

Aspecto subjetivo de la acción: Se han señalado dos elementos como integrativos del aspecto subjetivo de la acción típica. Uno se refiere al ardid y su destino y otro a la motivación de la conducta del agente. En cuanto a lo primero se dice que si la conducta se despliega en orden a producir el error de la víctima, se requiere que el agente conozca la falsedad de la idea que transmite (Rodríguez Devesa); no puede engañar quien, a su vez, ya está engañado: falsedad requiere la incongruencia entre lo que se sabe y lo que se transmite: el que en la creencia de que no hace otra cosa que proponer un negocio a otro, aunque arriesgado, lo convence para que aporte capital, no lo engaña, por más que la pérdida sea segura, si esto lo desconocía el agente. Sin embargo, este es un tema que se encara mejor en el estudio de la culpabilidad.

El beneficio perseguido: Lo segundo se refiere a la ilegitimidad del beneficio perseguido por el agente. Muchas leyes requieren taxativamente la obtención de un beneficio para el agente o para un tercero como elemento típico indispensable para la consumación de la estafa, lo cual no pasa con la nuestra; habiéndose producido la disposición patrimonial perjudicial, es indiferente que haya llegado o no a convertirse en beneficio para el autor o para un tercero. Pero esta de acuerdo la doctrina en que el proponerse un beneficio ilegítimo como resultado de la acción estafadora es un requisito subjetivo de ella, ya que se trata de una exigencia propia de la noción de defraudación. Tiene que ser un beneficio ilegítimo: cuando la prestación de la víctima es debida por ella al agente o al tercero, no habrá estafa; quien utiliza un ardid para lograr que alguien le pague lo que le debe realmente o le devuelva lo que tiene que devolverle, no lo habrá estafado, ya que el patrimonio del sujeto pasivo del engaño no se vera “perjudicado” por quitarse de lo que debía quitarse; no se tratara, por tanto, de una prestación no compensatoria que, como dijimos, es elemento imprescindible de la figura.

Ardiles específicos: Aunque la descripción legal no permite dudar sobre el carácter de la estafa como defraudación cometida por ardid o engaño, cualquiera que fuere la naturaleza de estos, agrega referencias a determinados modos de cometer el ardid que solo tienen trascendencia ejemplificativa de ningún modo limitativa.

Consumación y tentativa: El delito se consuma cuando el sujeto pasivo realiza la disposición patrimonial perjudicial, sin que interese, como vimos, que ella se transforme en beneficio para el autor o para un tercero. Los actos posteriores a ese momento que compensan el perjuicio, como en su reparación, la actitud del agente que voluntariamente devuelve la prestación, etc. no dejan sin efecto el delito. Pero la consumación no se da cuando el sujeto pasivo solo asumió la obligación de realizar la prestación sin haberla realizado todavía en cuyo caso la acción no pasa de la faz de tentativa.

Esta última comienza con el despliegue del procedimiento ardidoso o engañoso para lograr del sujeto pasivo la disposición patrimonial perjudicial. Cuando, en el caso concreto, el medio totalmente inidóneo para inducir en error al sujeto pasivo (por ej. Quererlo engañar sobre algo que es perfectamente conocido por él), podríamos encontrarnos con una tentativa de delito imposible, lo cual es distinto de querer estafar a un sujeto que no puede realizar la disposición patrimonial perjudicial que el agente persigue, pues entonces se dará un caso de delito putativo.

Sujetos: Cualquier persona puede ser autor del delito, pero no ocurre lo mismo con el sujeto pasivo, que tiene que ser alguien con capacidad psíquica para tener una noción correcta respecto de aquello sobre lo cual lo induce en error el agente, puesto que, de otra manera, no podrá ser “engañado” en el sentido de la ley. Quien despliega medios ardidosos para hacerse dar algo por un infante de pocos años o por un enfermo mental que no sabe lo que hace, comete hurto, no estafa. Además, como ya dijimos el sujeto pasivo tiene que ser alguien que pueda tomar la disposición patrimonial perjudicial: no lo será quien no tenga el bien que integraría la prestación o que no puede disponer materialmente de él por la situación en que se encuentra (por ej. El empleado de banco que custodia cajas de seguridad, peor no posee llaves de ellas). Cuando el sujeto pasivo del fraude no es el titular del fraude no es el titular del patrimonio ofendido. Este es el perjudicado, pero aquel es el sujeto pasivo de la estafa y el que debe reunir las características propias de esa figura de sujeto: en tales casos basta con que pueda tomar la disposición patrimonial perjudicial para el patrimonio del tercero, aunque no tenga una facultada jurídica para disponer por este; es suficiente, pues, con que disponga materialmente del objeto que constituye la prestación o que pueda decidir de algún modo sobre ella (por ej. En los casos de estafa procesal en que el engañado es el juez que debe decidir sobre la procedencia de la prestación por parte de quien resulta perjudicado).

Culpabilidad: El dolo del delito requiere el conocimiento del carácter perjudicial de la disposición que se pretende del sujeto pasivo y la voluntad de usar ardid o engaño para inducirlo en error a fin de que la realice, el error sobre el carácter perjudicial de la disposición puede excluir la culpabilidad típica. Las exigencias subjetivas de la acción que expusimos precedentemente demuestran que el único dolo admisible es el directo.

II- DEFRAUDACIONES ESPECIALES

Especificidad de las figuras del art. 173: De las defraudaciones especiales que se contemplan en el art. 173, CP. (asignándoseles la misma pena que a la estafa del art. 172), responden unas al género de la estafa y otras a supuestos de abuso de confianza, las primeras se distinguen del tipo que acabamos de examinar en el apartado anterior por las formas particulares que asume el fraude o por el particular objeto del delito; muchas de ellas no pasan de ser “ejemplos de estafa” que se mantienen en los elencos legislativos casi por tradición (Soler), con lo cual la figura del art. 172 viene a ser prácticamente subsidiaria de los fraudes especiales del art. 173: cuando estos tipos no son aplicables por defecto de alguno de sus elementos especiales, nada obsta a que, el hecho pueda quedar comprendido en la estafa genérica del art. 172, lo cual está claramente expresado por la frase inicial del art. Que comentamos (“Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente”).

A)- Defraudaciones en el cumplimiento de contratos u obligaciones sobre la entrega de cosas debidas:

El texto legal: Carácter del delito: El art. 173 inc. 1º CP., castiga al que “defraudare a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio”:

Es una defraudación por fraude que, por lo tanto, requiere la vigencia de un fraude y de un perjuicio.

El Fraude: El fraude tiene que estar constituido por un ardid o engaño, como ocurre en la estafa. No se trata aquí de la simple diferencia entre lo debido y lo entregado, sino de la vigencia de un engaño que induce a la víctima en error, suscitando en ella la falsa creencia de que recibe lo debido. No constituye este fraude la simple propaganda exagerada o engañosa, que no impide al receptor verificar las características de lo que se le entrega, sino del acto positivo de engaño que lo hace errar pese a la posible verificación. Puede darse por medio de un verdadero ardid constituido por maniobras tendientes a inducir en error (por ej. Mezclar mercadería de una calidad con otra de distinta calidad, haciendo que la verificación se haga sobre los continentes de

mercaderías de la calidad debida, falsear las inscripciones del peso neto en los continentes, etc.), o por una simple mentira y aun por el silencio engañoso cuando la ley obliga al vendedor a entregar mercadería de determinada calidad o de determinadas proporciones, al margen de la verificación del adquirente (por ej. En el caso de los medicamentos).

El perjuicio: El perjuicio se determina en esta particular defraudación por la diferencia en menos entre lo que realmente se entrega y lo que se debía entregar: el valor de lo que se entrega tiene que ser inferior al valor realmente debido, ya sea porque la sustancia – es decir, la naturaleza de lo entregado- es distinta, la calidad- es decir, las características que hacen que una cosa se adecue mejor o peor al objeto para el que haya utilizársela- diferente, o porque la cantidad de lo entregado se trata de una diferencia en el peso de las cosas, el ardid no tiene que estar constituido por el uso de falsas pesas o medidas, pues en ese caso se daría la defraudación agravada del art. 174 inc. 2°.

Para que el perjuicio se produzca, es menester que la víctima del engaño o un tercero- que puede no ser el titular del patrimonio afectado en los casos de desdoblamiento del sujeto pasivo y perjudicado- hayan cumplido la correlativa obligación que les correspondía como parte del negocio jurídico que motivo la entrega de la cosa; cuando, habiéndose realizado la entrega fraudulenta, esa obligación o se ha cumplido, el delito ha quedado en grado de tentativa.

Objetos del delito: Son las cosas en cuanto objetos corporales susceptibles de valor. Pueden ser muebles o inmuebles: respecto de estos segundos sería poco probable que se pudiera defraudar en la sustancia, pero no lo sería en cuanto a la calidad (por ej. Disimulando la tierra mala implantando vetas de tierra buena: ejemplo de Moreno), o a la cantidad (por ej. Mostrando títulos falsos que señalen una extensión mayor que la que realmente tiene el campo que es objeto del contrato).

Elementos normativos: La entrega de la cosa defectuosa en la medida, calidad o sustancia, tiene que realizársela por debérsela en virtud de un contrato o de otro título obligatorio: en esta última calificación queda comprendido cualquier negocio jurídico que no sea propiamente un contrato, aun cuando se impusiera por decisiones jurisdiccionales, como sería el caso de quien entregara cosas distintas de las debidas en virtud de una sentencia que lo obligaba a hacerlo, obteniendo el respectivo documento liberatorio. Tiene que tratarse de títulos válidos: el título nulo no genera obligación alguna, pero puede operar un título anulable, que si la genera, si el hecho ocurre mientras no haya sido declarada su nulidad. Además es obvio que solo quedan comprendidas las obligaciones que provienen de títulos que crean relaciones onerosas: los gratuitos (por ej. Una donación) no pueden provocar el perjuicio patrimonial requerido típicamente, ya que no implican contraprestación alguna.

Culpabilidad: El dolo de este delito exige el conocimiento de las diferencias entre lo que se entrega y lo que se debe; el error sobre esta circunstancia puede excluir la culpabilidad. Exige, asimismo, la voluntad de utilizar el fraude para perjudicar a un patrimonio por medio del error creado en el sujeto pasivo, con lo cual solo es admisible el dolo directo.

SUSCRIPCIÓN ENGAÑOSA DE DOCUMENTOS:

El texto legal: El art. 173, inc. 3°, castiga al que “defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento”.

La acción típica: Siendo esta la de defraudar haciendo suscribir con engaño un documento, es necesario que el agente despliegue un engaño para obtener la firma de un documento apto para defraudar, cuando lo que se obtiene por medio del engaño es un documento ya firmado, podremos encontrarnos ante una estafa del art. 172.

El Fraude: El fraude propio de esta especie defraudatoria lo constituye, como dijimos, el engaño que induce en error al sujeto pasivo sobre el carácter del documento o su contenido y, por lo tanto, sobre su trascendencia en el orden patrimonial; cuando el error no se hace versar sobre esos extremos, sino sobre otros elementos (por ej. La víctima cree obligarse con una persona, pero lo hace con otra distinta), tampoco se dará esta defraudación, sino una estafa del art. 172.

Objeto del delito: el objeto es algún documento. Puede ser un documento público o privado, pero siempre tiene que tratarse de un documento cuyo contenido implique un daño patrimonial o plantee la posibilidad de causarlo. Lograr la firma de un documento que carezca de esos efectos no cabe en la hipótesis del art. 173, inc. 3°, aunque su utilización engañosa puede colocar al agente en alguno de los casos del art. 172 (por ej., en la simulación de una empresa con una carta intención).

Carácter del delito: Consumación: Tratándose de una defraudación, para su consumación es indispensable que se irrogue el perjuicio patrimonial. Una gran parte de la doctrina había sostenido que se trataba de un delito de peligro, que se consumaba con el logro de la firma, del documento por el sujeto pasivo. Pero la circunstancia de que la acción típica este constituida por la de defraudar no permite dudar del carácter de delito de resultado que asume el descripto por la norma.

Cuando en virtud de la existencia del documento mismo se produzca el perjuicio patrimonial, como pasara en los casos en que el documento que se hace firmar sea libertario de una obligación que favorecía al patrimonio, o en si implique la pérdida del bien de que se trate (por ej. Firma de una escritura traslativa de dominio a favor de quien ya posee el inmueble), el delito se consuma con la suscripción del documento, y la tentativa se presentará con el despliegue de los medios engañosos para lograr la firma. Cuando el documento faculta al agente o a un tercero para obtener algo del patrimonio que el agente ha tratado de ofender, la consumación ocurrirá cuando se haya obtenido la prestación utilizando el documento suscripto a raíz del engaño; antes de esa circunstancia, aunque se haya conseguido la firma del documento, extremos ante una tentativa.

En este último caso de duplicidad de acciones, cuando el uso del documento para obtener la prestación sea, a su vez, engañoso (por ej. Engañar al librado de la letra de cambio), la estafa del art. 172 consumirá la acción imperfecta del art. 173, inc. 3°. Así también, el logro de la firma con la finalidad de engañar a un tercero no constituirá una tentativa de ese delito, sino una tentativa de estafa si se emplea el documento con esa finalidad.

Abuso de firma en blanco:

El texto legal: Carácter del delito: El art. 173 inc. 4º, pune al que “cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero”.

No queda muy claro en la doctrina si se trata de una figura de fraude o de una figura de abuso de confianza. Para algunos se trata de una “estafa especializada por la forma particular de fraude” (Núñez), para otros de un delito en que se conjugan ambas formas, la de fraude y la de abuso: este se determina por la acción de extender abusivamente el documento: aquel por la “inducción a error, con la cual se determina la prestación consumatoria del perjuicio” (Soler), pero ya veremos que esto último, además de no ser típicamente necesario, puede llevar el hecho al campo de la estafa, y, si pensamos que en la obtención de la firma en blanco no tiene que mediar engaño, no parecerá inexacto sostener que es una figura de defraudación por abuso de confianza: el agente abusa del poder jurídico que una persona le ha otorgado al darle la firma en blanco por ese medio defrauda; no engaña, sin o que abusa.

Acción típica: Preexistencia de “Firma en blanco”: Siendo la acción típica la de defraudar, extendiendo con la firma en blanco que se ha dado, un documento perjudicante para el patrimonio de quien había otorgado esa firma o de un tercero, el delito requiere, por tanto, la preexistencia de una firma en blanco en poder del agente.

La firma en blanco puede estar constituida por un pliego firmado en blanco o por un documento firmado que solo ha sido parcialmente extendido, dejando en blanco espacios correspondientes al monto de la obligación o a otras modalidades del negocio jurídico que pueden tornarlo más o menos gravoso para el obligado; pero no es típico aquel cuyas omisiones no tengan esa influencia patrimonial.

Para que se trate de una firma en blanco en el sentido de la ley, el suscriptor tiene que haber tenido la voluntad de obligarse, otorgando un mandato al tenedor del pliego para que extienda en el un documento (determinado o indeterminado, como ocurre en los casos de mandatos generales) o complete el parcialmente extendido. No lo es, por consiguiente, el documento que estando completo en sus enunciaciones, contiene espacios en blanco que son aprovechados por el agente para insertar declaraciones perjudiciales para el otorgante o para un tercero; entonces se dará una falsificación y eventualmente, una estafa. Como tampoco cabe en el tipo del art. 173, inc. 4º, el documento firmado en blanco que se ha entregado al agente en custodia, pero sin mandato para que el lo llene, que también puede configurar una estafa al ser utilizado para obtener una prestación. En un caso faltara la materialidad e la acción, en el otro el abuso de una actividad que de no existir hubiese sido legítima, que es la hipótesis del delito que estudiamos.

La tenencia de la firma en blanco- Requiere el delito que el pliego firmado en blanco o con blancos que pueden llenarse con efectos patrimoniales, haya sido dado por el firmante o por un tercer autorizado, al agente; tiene que tratarse de una entrega legítima; cuando el agente ha usurpado ilícitamente el poder sobre el pliego firmado en blanco o el documento parcialmente extendido en blanco (por ej. Cando la hurto u obtuvo extorsivamente), o por cualquier otra causa lo tiene sin que le haya sido “entregado” en la forma antedicha (por ej. Por haberlo encontrado) el hecho de completarlo y utilizarlo para defraudar deja el caso en el supuesto de estafa (es integrativo del ardid del art. 172).

El abuso: El agente abusa de la firma en blanco cuando extiende con ella algún documento distinto de aquel para el cual se le había otorgado el pertinente mandato, o completa el parcialmente extendido con cláusulas distintas de las que sabía que había dispuesto incluir el firmante. Teniendo en cuenta que el documento es aquí el medio defraudatorio, el abuso se concreta con la confección de un documento o con la introducción de cláusulas que tengan por efecto gravar el patrimonio de modo no debido.

Consumación: Al tratarse de una defraudación, el delito requiere perjuicio efectivo para el patrimonio del firmante o de un tercero. Aunque parte de la doctrina ha pensado que la consumación se da con el uso del documento, aunque no se irroge el perjuicio, y aunque no han faltado quienes opinaron que aquella se presentaba al extenderse el texto o completarse abusivamente el parcialmente confeccionado, no cabe duda de que tales soluciones no responden al carácter defraudatorio del delito y esos actos pueden no ir más allá de la tentativa. El perjuicio se constituye por el efectivo menoscabo del patrimonio.

Ahora bien, como en el supuesto del tipo anterior, el perjuicio se puede irrogar por medio del documento en sí mismo o por medio de su utilización por el propio agente o por terceros: se dan,. Por tanto, las mismas circunstancias de consumación y tentativa que hemos visto al tratar del inc. 3º.

Para que el perjuicio se produzca, es menester que el documento abusivamente extendido no contenga una obligación compensatoria (por ej. No sería delito extender un recibo en el pliego en blanco con el que se acreditara un pago que realmente se había realizado, aunque la firma en blanco no se hubiera dado con ese objeto).

El perjuicio puede recaer sobre el patrimonio del propio firmante o sobre el de un tercero, pero, en este segundo caso, es necesario que el firmante posea facultades jurídicas para obligar al tercero; si ello no fuese así, el uso del documento abusivamente llenado podría consistir en el ardid estafatorio del art. 172.

FRUSTACION DE LOS DERECHOS ORIGINADOS EN UNA TENENCIA ACORDADA (HURTO)

El texto legal: El art. 173, inc. 5º, sanciona al “dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero”.

Carácter de la figura: La primera cuestión que se plantea es la referente a la localización de este tipo. Evidentemente no se trata de un hurto, puesto que el agente no actúa sobre una cosa ajena (por esa misma razón tampoco es un daño), sino de una defraudación, ya que se frustra el derecho que legítimamente ejerce el ofendido. Pero, en cuanto defraudación, tampoco es posible situarla entre las clasificaciones que hemos visto, por lo menos no con facilidad, porque el fraude no es indispensable, aunque en algunos casos pueda existir, tampoco es propiamente un supuesto de abuso de confianza (como pretendió Soler), porque el agente, en el momento de actuar, carece de poder de hecho sobre la cosa y es precisamente la ausencia de el un presupuesto del delito; más bien, como en el caso de desbaratamiento de derechos del art. 173, inc. 11, está más cerca de ser una especie de abuso de situaciones, ya que al quitar la tenencia ejercida por el ofendido se frustra su derecho.

Tenencia de la cosa: Es presupuesto del delito que la cosa le atenga un tercero por un título legítimo, la cosa de cuya tenencia se priva tiene que estar actualmente en poder del ofendido; no basta el derecho de ella tenerla si no ha entrado en esa tenencia: la falta de entrega de la cosa propia respecto de la que alguien puede tener derecho a tenerla, no es más que un incumplimiento contractual, excluido de los límites del ilícito penal. Y esa tenencia en ejercicio tiene que ser legítima por parte del tercero, es decir, debe proceder de un título válido entendiéndose por tal en el tipo, al que sin transferir el dominio de la cosa otorgue su tenencia en cualquier carácter (como garantía o con finalidades de uso o goce, siempre que importe la concesión de un derecho sobre ella al que la ha recibido) basta la tenencia en la que el tenedor es un mero guardador, como ocurre en ciertos casos de depósito judicial); el título puede originarse en un convenio de partes, en un acto de autoridad (embargo y depósito en poder del embargante), o en el ejercicio de un derecho

(derecho de retención); tratarse de un acto oneroso o gratuito, ya que el perjuicio defraudatorio no se continúe y en una disposición patrimonial del actual tenedor, sino en la frustración del derecho que esta ejerciendo. Pro supuesto que no hay delito cuando el tenedor detenta la cosa por un título ilegítimo, como ocurre cuando ha intervenido el título por el cual tenía, o cuando ese título es nulo o ha caducado en sus efectos en el momento en que se realiza la acción típica.

Acciones típicas: El texto derogado (ley 21338), punía la “dueño de una cosa mueble que privare de ella alguien la tuviera legítimamente en su poder, la dañare o inutilizare, frustrando así en todo o en parte el derecho de este” y al tercero que “obrar en beneficio del propietario o en connivencia con el “. Las diferencias refieren, pues: a- a la conducta típica; b- al resultado; c- a la punibilidad del partcipe.

Actualmente la acción típica es la de sustraer la cosa, con lo cual la tradicional denominación de este delito de “hurto impropio” ya no resulta tan anacrónica. En verdad, la amplitud que la doctrina que consideramos mas correcta había dado a la expresión “sustraer”, considerando abarcados por ella no solo conductas de apoderamiento propias del hurto, sino cualquier otro procedimiento mediante el cual se quitase la cosa de la tenencia legítima del sujeto pasivo, sea para desplazarla a una distinta esfera de tenencia, sea, cuando menos, para colocarla fuera de aquella (Núñez, fontan Balestra), no restringe mayormente el tipo. Pero si lo restringe la eliminación de las conductas de dañar o inutilizar como procedimientos para privar de la cosa al tenedor legítimo en tanto esas conductas se realicen sin implicar sustracción del objeto de la esfera de aquella tenencia (por ej. Destruirla sin quitarla) quedaran en zona de atipicidad, salvo que integren el corpus de un delito distinto.

Objeto del delito: Es una cosa mueble según el sentido que tiene esta expresión en el delito de hurto.

Consumación: Tratándose de una defraudación, se requiere, como en los demás casos, un perjuicio efectivo.

El texto derogado requería, como resultado de la acción, la frustración, en todo o en parte, del derecho del legítimo tenedor. La norma vigente reclama el perjuicio; si consideramos que el posible perjuicio se determinara en aquella frustración, en principio poco cambiara el tipo en ese aspecto (Núñez), pero si lo extiende la comprensión en el del perjuicio de cualquier tercero, aunque no fuese el actual tenedor de la cosa (Soler, Ramos), lo que no ocurría con el texto de la ley 21338 (Núñez).

Autoría y participación: Autor es el dueño de la cosa mueble que esta en la legítima tenencia del sujeto pasivo del delito. Tiene que tratarse del dueño de la totalidad de la cosa; cuando se trata de un condominio, que no obra en connivencia con los otros condominios, su hecho será hurto, estafa o daño, según cual sea la acción que haya llevado a cabo sobre la cosa.

Ha quedado derogada la cláusula final del inciso según la formula de la ley 21338: “la misma pena será aplicable a un tercero que obrare en beneficio del propietario o en connivencia con el “. Que tenía la virtualidad de convertir en autor del delito a quien no era dueño de la cosa. Ahora por consiguiente, los terceros únicamente pueden asumir papeles de partícipes (coautores o cómplices) y a las figura de la participación irán a parar las intervenciones ejecutivas de aquellos que tenían distinta configuración en la norma derogada.

Culpabilidad; La culpabilidad dolosa del tipo exige el conocimiento de la legitimidad de la tenencia ejercida por el sujeto pasivo y de subsistencia en el momento de la acción (el error sobre tales presupuestos puede excluirla) y la voluntad de privar a aquel de la cosa sustituyéndola.

CONTRATACION SIMULADA Y FALSO RECIBOS

El texto legal. Carácter de la figura; El art. 173 inc. 6° pune al que “otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos”.

Es evidentemente, una figura especial de fraude, ya que la autonomía como tipo penal particular se condensa en el hecho de que el contrato simulado o el falso recibo constituyen, en si, Ardiles perjudicantes o pueden emplearse como medios de maniobras engañosas que induzcan en error a la víctima para hacerla disponer de su propiedad de modo no compensatorio. En la primera hipótesis la simulación es un engaño, en la segunda, integra el engaño.

Acción típica: Es la de otorgar el contrato simulado o el falso recibo. Cuando el contrato o el recibo no han sido otorgados, sino que han sido confeccionados (materialmente) por el agente con el fin de perjudicar mediante su utilización, dicho agente incurrirá en una figura de estafa que operará en concurso con la de falsificación, pero no en esta defraudación.

La codelincuencia: Tal carácter de la acción indica la exigencia de una codelincuencia en la figura: todos los otorgantes del contrato tienen que actuar con la culpabilidad típica y todos son autores, todos los que otorguen o admitan el recibo falso deberán obrar también con ese dolo y adquieren igualmente, carácter de autores.

Contrato simulado y falsos recibos: Es contrato simulado el que se da en los casos del art. 955, C.C.; puede ser una simulación absoluta o relativa (art. 956, C.C.); pero no cualquier simulación civilmente ilícita (art. 957; C.C., a contrario) cae dentro del tipo penal, sino la que esta destinada a engañar, o sea a inducir en error a un tercero sobre una prestación que ha hecho o va a hacer, para perjudicarlo. Las simulaciones que tienen por objeto frustrar la efectividad de las ejecuciones de los acreedores en procura del pago de sus créditos o del cumplimiento de las obligaciones civiles en general, o sea, los casos en que la simulación no origina por si la procedencia de la prestación por parte del eventual perjudicado, caben dentro de los límites del Capítulo V de este título y, normalmente, en la insolvencia fraudulenta del art. 179 bis, no del art. 173, inc. 6°.

El falso recibo también es un caso de simulación; se entiende por tal toda constancia que acredite un pago, cualquiera sea la forma que adopte (la redacción de un documento, la inserción de la expresión “pagado” en una factura). El recibo es falso tanto cuando se refiere a un pago no realizado, o no realizado en la cantidad que se expresa, sino también cuando se dice realizado por persona distinta o a persona distinta de las que intervinieron realmente o en fecha distinta de la que se hace constar (por ej. El falso recibo dado por el proveedor al habilitado de una empresa para que este lo deduzca de las ganancias o lo exija como gastos realmente realizados).

El resultado típico: Cuestiones referentes a la confluencia de figuras: Vimos que la acción es la de otorgar los documentos en perjuicio de otro y dijimos que ese perjuicio debe tener origen en la simulación misma, ya porque el acto en si dispone engañosamente de la propiedad, ya porque del mismo modo elimina del patrimonio del perjudicado un crédito que este no podrá ya exigir, o las seguridades que avalaban su efectividad, ya porque crea una obligación a su cargo que carece de causa real. Pero, para que el acto simulado pueda originar el perjuicio, es necesario que, al menos, entre uno de los otorgante del contrato simulado y el dador, requirente o aceptante del falso recibo, mediante una relación jurídica con el sujeto pasivo que permita que el engaño surgido de la simulación pueda efectivamente perjudicar al titular del patrimonio; la existencia de un mandato u otra condición jurídica que le permita disponer o contratar con efectos jurídicos por o para aquel, o de admitir o dar recibos por el. Esta condición típica permite distinguir la figura de la de desbaratamiento de derechos del art. 173, inc. 11, en la que el derecho o seguridad que se desbaratan son los mismos que el agente ha otorgado o

creado a favor del perjudicado, en tanto ya existentes otorgados por un tercero distinto del agente que los desbarata con su simulación debiéndose insistir, sin embargo, en que, pese a tal exigencia no es una figura de abuso de confianza, puesto que el procedimiento utilizado es el engaño.

Claro esta que cuando el contrato simulado o el falso recibo solo procuran disimular un perjuicio ya causado, no es esta la figura aplicable, sino la correspondiente al acto que causo el perjuicio, así el administrador infiel que retiro indebidamente dinero de la sociedad y después se hace otorgar falsos recibos para disimular aquellas extracciones, comete el delito del art. 173, inc. 7° y no el del inc. 6°.

Culpabilidad: La culpabilidad requiere la dirección de la voluntad al otorgamiento del acto simulado para perjudicar engañosamente con el, no admite, pues, mas dolo que el directo, es lógico que el conocimiento de la simulación del acto y de su destino perjudicante hayan de poseerlo todos los codelincuentes, aun aquellos con los que no se da la relación jurídica preexistente que signa la delictuosidad de este fraude.

ADMINISTRACIÓN INFIEL

El texto legal: Las variaciones legislativas: El art. 173, inc. 7, castiga al 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 si o para un tercero un lucro indebido o para causar daño; violando sus deberes perjudicare los intereses confiados s u obligare abusivamente al titular de estos”.

El texto original punia “al comisionista, capitán de buque o cualquier otro mandatario que cometiere defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiese hecho”.

El tipo actual, como se ve, es mucho mas amplio, abarcando situaciones mas genéricas y, además antes que una defraudación por fraude, es principalmente, una defraudación por abuso de confianza, ya que no necesita el engaño par que se produzca el perjuicio, sino el abuso de los poderes que el autor ejerce en virtud de un acto anterior preexistente, de ahí que no sea adecuada la denominación de “administración fraudulenta” que alguno siguen utilizando.

La acción típica. Presupuestos: La acción es la de perjudicar los intereses confiados y obligar abusivamente al titular de ellos, violando los deberes que se originan en el ejercicio del poder que el agente ejerce.

Se advierte, por consiguiente, que es presupuesto del delito que el agente ejerza un poder sobre los bienes o intereses de otro, por disposición de la ley como ocurre con los representantes legales- de una autoridad.- como ocurre con los representantes legales- de una autoridad- como los tutores o curadores designados judicialmente- o por cualquier otro acto jurídico – como ocurre con la institución de mandatarios, la elección de representantes y directores de una sociedad o la concesión de cualquier facultad de administración, aunque fuere específica.

Por lo tanto, autor de este delito únicamente puede serlo el que maneja, administra o custodia los vienes e intereses; los terceros que intervengan en las acciones perjudicantes con conocimiento de su carácter solo pueden ser cómplices.

Violación de los deberes: Las acciones tienen que constituir una violación de los deberes del agente en sus funciones de manejo, administración o custodia; en tal sentido puede decirse que el delito se conforma en una infidelidad defraudatoria. Los límites de los deberes son los determinados por la ley, las disposiciones de la autoridad o las cláusulas de los convenios o estatutos quedan origen a la facultad o que la han regulado con posterioridad (por ej. Modificaciones del mandato), o por las instrucciones de validez del principal. las violaciones pueden concretarse por medio de acciones no permitidas o ilícitas en su modo (por ej. Operar con divisas extranjeras cuando el principal expresamente instruyo que se operara en moneda nacional), o por omisiones que importen incumplimiento de los deberes (abandono de los bienes, dejar de ejercer actos de preservación de los intereses), extensión que se afirma con la consideración de la circunstancia de que los intereses perjudicados tienen que ser los confiados al agente, que comprenden, además de los que le han sido entregados para cumplir con sus funciones, lo que se han producido en relación con ellos en el transcurso de su función, incluidos los que ha originado el propio agente al desempeñar su gestión (por ej. Las ganancias que ha obtenido con la realización de un negocio).

Si el perjuicio lo consuma el agente al margen de sus deberes o sin relación con los bienes o intereses que son el objeto de su gestión, la circunstancia de que esté unido con el perjudicado por la relación jurídica antes explicada, no lo constituye dentro de esta figura, sino en otras del título 8 (por ej. Hurto) o de este mismo capítulo (ej. Apropiación ilícita de un mueble entregado para cumplir con las funciones, pero no para cumplirlas sobre el, como puede ser un automóvil para trasladarse al lugar de las gestiones).

Resultados típicos: Consumación: Para redondear la tipicidad, la violación de los deberes tiene que haber originado cualquiera de estos resultados; perjudicar los intereses confiados, o haber obligado abusivamente al titular del patrimonio.

El perjuicio es aquí cualquier menoscabo que sufra el patrimonio por la acción u omisión infiel del agente. En este caso el delito se consuma con la efectiva causación del perjuicio, o sea, cuando se ha producido la disposición económica que reduce el patrimonio. No es indispensable que se traduzca en beneficio para el agente o para un tercero; tampoco se necesita, como paso previo, el debate sobre rendición de cuentas, si es que el perjuicio surge de otros elementos, pero cuando aquello ocurre, es decir, cuando únicamente puede determinárselo a través de la rendición de cuentas, el delito queda consumado cuando el agente deja de pagar la diferencia en el tiempo fijado o cuando, mediando una falaz rendición, ha obtenido la aceptación de su gestión o el recibo por el saldo falso, aunque esos actos se produzcan promedio de una sentencia judicial (en este sentido; la cosa juzgada civil no es óbice a la existencia del delito y a la aplicación de la punibilidad, pese a la opinión contraria de Soler). Si el perjuicio no ha llegado a producirse, el acto violatorio de los deberes perpetrado por el agente con las finalidades típicas, podrá constituir tentativa.

El agente obliga abusivamente al titular del patrimonio cuando erige créditos a favor de terceros contra ese patrimonio que no están justificados, por no ser ni necesarios ni útiles para su gestión. Aquí la consumación no recaba el perjuicio efectivo por medio de la atención de la obligación a cargo del patrimonio: basta con que se lo haya “obligado” es decir, con que se haya hecho nacer la posibilidad del perjuicio que puede materializarse en el correspondiente pago. Aunque la tentativa podrá ser menos común que en el caso anterior, no deja de ser punible.

Elemento subjetivo: EL tipo contiene un elemento subjetivo que asume una doble dirección: la acción que perjudica u obliga abusivamente tiene que haber sido encarada por el autor para lograr un lucro indebido para el o para un tercero, o sea, para convertir en su provecho o en el de un tercero el perjuicio patrimonial, o para que dicho perjuicio le reporte otro provecho de carácter económico (por ej. Abandonar una gestión en perjuicio del demandante ante una institución bancaria, para obtener en ella un préstamo a bajo interés en su favor), o para que el crédito constituido por la obligación abusiva entre en su patrimonio o en el de un tercero u obtener cualquier otra ventaja relacionada con aquella; también admite la ley que la acción hay sido emprendida para dañar el patrimonio, no sea, para disminuirlo sin voluntad de convertir directa o indirectamente el perjuicio, en beneficio del agente o tercero.

Culpabilidad: Tales direcciones del elemento subjetivo indican la exclusividad del dolo directo. No es admisible el eventual, ni siquiera cuando no se busca un lucro indebido, porque la acción tiene que ser emprendida con la voluntad expresa de dañar: no hay culpabilidad típica (contra lo que cree Soler), en la acción de quien la ha emprendido sabiendo que viola sus deberes y que de ella puede resultar daño sino, quiere expresamente causarlo.

DEFRAUDACIONES POR SUTITUCION O SUPRESION DE DOCUMENTOS

El texto legal: Carácter del delito: El art. 173, inc. 8º, castiga al que “cometiere defraudación, sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante”.

Aquí estamos en presencia de una defraudación por fraude: las acciones tienen que estar dirigidas a inducir en error a quien tiene la facultad de producir una disposición patrimonial perjudicante o decidir sobre ella.

Acciones típicas: La acción típica es la de defraudar por medio de sustituciones, supresiones o mutilaciones. Si tenemos en cuenta cuales son los objetivos de estas actividades, veremos que ellas deben recaer sobre instrumentos que prueben algo relacionado con una disposición patrimonial pendiente de realización (por ej. Acreditación de la existencia de una obligación) o que se haya realizado (por ej. Acreditación de un pago).

Sustituye el que cambia la prueba por otra de distinto sentido o significación; mutila el que destruye parcialmente la prueba existente, variando de ese modo su sentido o significación; oculta el que hace desaparecer, impidiendo su utilización en el momento oportuno, los instrumentos que acreditan una determinada circunstancia o incumple con la obligación de presentarlos cuando la ley, la convención, o un hecho precedente suyo (por ej. Haberse apoderado ilícitamente del documento) se la impone; en este último caso tenemos un supuesto de comisión por omisión.

Objetos del delito: Los objetos de esas actividades pueden ser procesos, es decir, la prueba que constituye u obra en un expediente judicial; expedientes, es decir, la prueba obrante en acotaciones labradas por la autoridad pública no judicial (por ej. Un sumario administrativo), o documentos. La ley requiere que se trate de instrumentos importantes- calificación que se extiende a los distintos objetos no obstante el singular empleado por el texto- estando de acuerdo la doctrina en que esas calidades se refieren a que aquello tengan una significación patrimonial tal. Que puedan producir efectos de ese carácter. Reuniendo tal calidad, es indiferente que el documento sea verdadero o falso (por ej. Una falsa acreditación de una rendición de cuentas), ya que no es la fe pública el bien jurídico protegido, sino el patrimonio, es suficiente con que la acción determine un falso juicio que tenga repercusiones patrimoniales, aunque el documento no sea verdadero, pero si lo es, puede darse un concurso ideal entre la falsificación por supresión del art. 294 CP. Y esta particular defraudación.

Consumación tentativa: Como cualquier defraudación esta se consuma con el perjuicio patrimonial derivado de la sustitución, mutilación u ocultación, peor no ya simplemente con el completamiento de estas acciones. Su realización sin que se haya llegado a producir la disposición patrimonial perjudicante, deja el hecho en tentativa, aunque también constituye tentativa el emprendimiento de esas acciones con la finalidad típica, cuando no se las haya completado por causa ajena a la voluntad del autor.

Aspectos subjetivo de la acción: Esa finalidad, implícitamente reclamada por la ley, es la de inducir en error a una persona, que puede ser el titular del patrimonio o un tercero con facultades para disponer de aquel, con el objetivo de que se haga la disposición perjudicante o se deje de requerir o disponer el beneficio que tiene que corresponder al patrimonio (por ej. El cobro de un crédito a favor de él). Las acciones que aunque respondiendo a la descripción legal no obedezcan a esa finalidad, podrán quedar comprendidas en otros tipos (por ej. En el art. 255 CP., o en las falsedades), pero no en esta defraudación.

Culpabilidad: Se acredita que el dolo requerido por la figura es solo el directo, puesto que en el agente debe mediar la voluntad de realizar las acciones para inducir en error con el fin de perjudicar.

ESTELIONATO

El texto legal. Sus variaciones. Carácter de la figura: El art. 173, inc. 9º, sanciona al que “vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos.

La ley 21338, punía al “que recibiendo una contraprestación, vendiera, permutare, gravare o arrendare bienes litigiosos, embargados o gravados, callando u ocultando la condición en que se encuentran”. Las diferencias saltan a la vista: a- la ausencia en el texto actual de la locución recibiendo una contraprestación; b- la no consideración en el de la permuta de los bienes objetos del delito; c- la ausencia de la referencia al silencio y a la ocultación de la situación jurídica del bien; d- la inclusión en dicho texto de la venta de cosa ajena como conducta típica, lo que el derogado no preveía. Se trata de una defraudación por fraude: el adquirente, el que obtiene la seguridad constituida por el bien o el uso de él, lo hace engañado sobre su calidad jurídica, inducido a ello por el silencio o la ocultación del autor.

Acciones típicas: Las acciones son las de vender, gravar y arrendar. Vende el que con las formalidades exigidas por la ley (escritura pública, cuando se trata de inmuebles, art. 1184, inc. 1º CC) se obliga a transferir a otro la propiedad de una cosa por un precio (art. 1323, CC), no es indispensable que se haya efectuado la tradición de la cosa, ya que la venta a que se refiere el CP, es el respectivo contrato, no la adquisición perfecta del derecho real: pero no se puede decir que ha vendido quien solo ha prometido la venta, como ocurre en los casos en que el contrato no se ha perfeccionado por falta de las formalidades legales (por ej. El simple boleto de compraventa de inmueble, aunque la cuestión se discute), sin perjuicio de que el hecho pueda constituir estafa.

Grava el que constituye sobre la cosa un derecho real de garantía (hipotética, prenda, anticresis); pero no lo hace quien solo constituye una obligación personal sobre la cosa (por ej. Obligarse a devolver la cosa en virtud de un pacto de retroventa): tampoco constituye gravamen la inhibición general que ha recaído sobre el agente, ni la afectación del bien a un privilegio derivado de un acto jurídico cualquiera que no creen aquellos derechos reales de garantía a los que nos hemos referido.

Arrenda el que, por un precio, concede a otro el uso o goce de una cosa (art. 1494, CC).

La ausencia de mención de la permuta, excluye dicho negocio como eventual situación base del delito de estelionato, conforme lo había reconocido la doctrina (Núñez) con acuerdo de la jurisprudencia.

Objeto del delito: Los objetos del delito son cosas- muebles o inmuebles- que sean litigiosas o estén embargadas o gravadas, o sean ajenas. El bien es litigioso cuando actualmente es motivo de un juicio en el que se discute su dominio o su condición (por ej. Si esta o no gravado); esta embargado cuando, por un acto jurisdiccional, ha sido individualizadamente afectado al pago de un crédito, sea que haya sido secuestrado o que el embargo se encuentre asentado en el respectivo registro, es decir, tiene que tratarse de un embargo efectivamente “tratado”, no bastando la existencia del pedido de parte ni la

orden del juez mientras esta no se haya cumplido; está gravado cuando pesa sobre el un derecho real de garantía, según dijimos, debidamente constituido con las formalidades exigidas por la ley para que el gravamen pueda ser opuesto a terceros.

La eliminación de la venta de bienes ajenos como conducta de estelionato operada por la ley 21338, tuvo origen en la ley 17567 que, a su vez, respondió al proyecto de 1960 (art. 215, inc. 1°), del cual Soler prefirió excluirla posiblemente a raíz de las dudas erigidas por cierta doctrina que creyó ver en el art. 173, inc. 9° la prohibición de la venta de cosa ajena, por lo menos admitida por la ley comercial y por las complejidades del concurso en los supuestos de venta de cosas hurtadas o robadas (Soler). Habíamos señalado que tal exclusión no descartaba la punibilidad de la conducta, ya que ella podía quedar cubierta por el tipo de estafa cuando se diesen sus requisitos.

El texto vigente nos hace retornar a la situación que encontrábamos antes de las modificaciones establecidas por la ley 17567; la venta de cosa ajena como propia puede constituir la estafa del art. 172 cuando ha mediado un ardid estafatorio por parte del agente para aparentar ser propietario de la cosa, o un engaño ocultador de la condición de ajena de ella (Núñez), o un estelionato cuando el autor se ha limitado a venderla silenciando dicho carácter, incumpliendo su obligación de revelarlo al adquirente.

El fraude: Vale la pena transcribir el párrafo en el que la Exposición de motivos de la ley 17567, explica la razón por la cual incluyo en la descripción típica la expresión “callado u ocultando la condición en que se encuentran” (desaparecida en el texto vigente): “La idea central del nuevo texto consiste en exigir en el sujeto activo el deber positivo de informar la condición en que una cosa se encuentra, cuando recibe un a contraprestación por el trato que a ella refiere. El silencio y la ocultación juegan, pues, como el ardid propio de una estafa”. Por su parte Núñez. Comentando el inc. 9° según la ley 21338, indica que, en el ., “como fraude determinante del error ajeno, basta que el autor calle u oculte la verdadera condición del bien, ... El silencio engañoso y patrimonialmente perjudicial, teniendo el autor la obligación de hablar diciéndola verdad, constituye un caso de comisión de una defraudación por omisión.”.

Durante la anterior vigencia del texto original se discutió si el estelionato de este inc. 9° requería un ardid estafatorio o se conformaba no solo con el mero engaño, sino hasta con el silencio (Núñez), tesis esta última que nos parece exacta y aplicable, por tanto, como extensión de la tipicidad- pese a la eliminación de la expresión comentada-, puesto que, además de los argumentos deducibles de la misma estructura normativa por la interpretación sistemática de la ley, se tiene que concluir en que este es uno de los casos en que es exigible el deber de decir la verdad (art. 1179, CC, con lo que estamos en un supuesto de silencio calificado, configurador de defraudación por omisión (Núñez).

Como todo fraude defraudatorio, el que nos ocupa tiene que estar dirigido a inducir en error al sujeto pasivo sobre la condición del bien respecto del cual contrata; esto resulta claro cuando se trata de un acto de oculta con: la disimulación no puede tener otra finalidad que el engaño; pero esta presente también en el silencio: el agente calla para que el sujeto pasivo no conozca la condición del bien y contrate como si ella no existiera o fuera distinta.

Consumación y tentativa: El perfeccionamiento del delito se da con la concurrencia del perjuicio. El perjuicio se da, en los casos de venta, en el pago del precio o en la transferencia de su cosa por el sujeto pasivo, ya que el dominio se adquiere sobre un bien del que no se podrá disponer libremente a causa de su condición; en el caso del arriendo cuando se paga el precio, porque el uso o goce de la cosa puede verse restringido e. las modalidades de su ejecución o en el tiempo. A raíz de la condición del bien, y en el supuesto de gravamen cuando se realiza la prestación patrimonial que aquel aseguraba, o si ya estaba realizada, cuando se lo constituyo, porque la seguridad jurídica que brinda no tiene la efectividad o la extensión que erróneamente el sujeto pasivo creyó que poseía, a causa del desconocimiento de la condición del bien; claro esta que, en este último caso, si el gravamen que se constituye prevalece sobre el que ya existía, no se da perjuicio (se podrá estar, eso si, ante un desbaratamiento de derechos otorgados respecto del titular de este último.)

La circunstancia de que el texto vigente ya no contenga la expresión “recibiendo una contraprestación”, no parece que pueda plantear mayores discrepancias en cuanto al momento consumativo, puesto que lo s comentarios reconocen que el perjuicio defraudatorio de esta figura se concreta en el momento en que el sujeto pasivo efectúa su prestación (Núñez, Oderigo).

En concreto, el delito se consuma, pues, con la recepción de la prestación por parte del agente, no basta que el sujeto se haya desprendido de aquella en virtud del negocio engañoso, si el agente- o un tercero por el- no la recibió; en este supuesto el delito queda en tentativa, como tampoco pasa de tentativa el perfeccionamiento formal del negocio jurídico de que se trae, en las circunstancias típicas, sin que el sujeto pasivo se haya desprendido del bien que constituye su prestación.

Culpabilidad: La culpabilidad requiere, por supuesto, el conocimiento por parte del agente de la condición en que el bien se encuentra y la voluntad de negociar con el, a fin de recibir la prestación del sujeto pasivo, sin que este conozca aquella al llevar a cabo el negocio.

DEFRAUDACIÓN SO PRETEXTO DE REMUNERACIÓN

Texto legal: Carácter del delito: El art. 173, inc. 10, sanciona al que “defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos”.

También se trata de una defraudación por fraude, ya que es el engaño que sufre la víctima sobre el hecho o la procedencia de la remuneración, lo que determina su prestación.

Diferencias con los supuesto de influencia mentida: No esta muy clara en la doctrina la diferencia entre este delito y el caso de influencia mentida del art. 172 CP., Para algunos esta queda reservada a la influencia invocada sobre particulares, en tanto que la que se invoca sobre jueces o funcionarios sale de este tipo para venir a parar al art. 173, inc. 10 (Soler), lo cual evidentemente no es exacto: en el art. 172, el agente “cobra” para usar la influencia que tiene ante cualquiera (que puede ser un particular o un funcionario publico); en la figura del art. 173, inc. 10, obtiene la prestación para aplicarla al pago de una remuneración que promete falsamente dar a un juez o un empleado publico.

Contenido del engaño: El engaño que produce el agente reside en la falsa afirmación de que debe remunerar al juez o funcionario para obtener o por haber obtenido algo de la actividad funcional de ellos. Tiene que ser una remuneración supuesta, es decir, la que no solo no es debida sino que además, el agente no esta dispuesto a entregar y quiere convertir en provecho propio de un tercero.

Sostiene la doctrina que tal remuneración puede referirse tanto al contenido de cohecho activo o pasivo, cuanto a una dádiva ilícita de otro carácter; pensamos, sin embargo, que en tales casos el error de la víctima no merece protección jurídica; quien, de hacer la remuneración al funcionario, se convertiría en autor de cohecho- y lo sabe- no puede verse ilícitamente defraudado, porque de ningún modo yerra sobre lo “debido” de la prestación que entrega, el error que es relevante típicamente en estos casos es el que reside en la creencia de que jurídicamente se debe la remuneración y a el debe tender el fraude del agente; no es, pues, sujeto pasivo de este delito quién entrega la prestación sabiendo que no debe hacerla, aunque crea erróneamente que el agente se la va a entregar al funcionario. En realidad, en un sistema como el nuestro, en que los particulares no tienen que remunerar la actividad de los funcionarios públicos, la supervivencia histórica de este tipo no se justifica.

Consumación y tentativa: EL perjuicio se concreta con la entrega de la prestación que no va a ser aplicada a la remuneración, se dice que si la gente aplica realmente lo recibido a esa finalidad, el perjuicio desaparece y, por tanto, no se dará el tipo. Sin embargo, de conformidad con lo apuntado precedentemente, aquí es necesario formular algunas distinciones; si el sujeto pasivo creyó de buena fe que la remuneración era debida y el agente la aplico a un cohecho y otra dádiva ilícita, la defraudación sigue existiendo igualmente, porque la prestación no es jurídicamente “compensatoria” (contra Núñez, Fontan Balestra); si el sujeto pasivo sabía que la prestación estaba destinada a una “remuneración” ilícita, no existiría defraudación por ausencia de error relevante en la víctima, y si la prestación se hace o trata de hacerse, el eventual sujeto pasivo pasa a ser autor de cohecho activo o de su tentativa o de la prestación de dádiva.

La consumación se da, pues, en los casos que hemos indicado como realmente delictuosos, con la dación de la prestación al agente por parte del sujeto pasivo. Es perfectamente concebible la tentativa.

Culpabilidad: El dolo reside en el conocimiento de la falsedad de la procedencia de la remuneración y en la voluntad de invocarla para logara la prestación de la víctima.

DESABARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS

El texto legal: Carácter de la figura: El art. 173, inc. 11, castiga al que “tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía”.

El tipo fue incorporado a nuestro derecho por la ley 17567. Aunque se lo ha presentado como una defraudación por abuso de confianza (Soler), si tenemos en cuenta que aquí el agente no es el que ha obtenido el poder de hecho sobre el objeto en virtud de una preexistente relación jurídica, sino el que continua en poder del objeto o conserva sobre el facultades dispositivas de cualquier orden en virtud de la naturaleza o condiciones del negocio jurídico realizado, vemos que en realidad se trata de una defraudación por abuso de situación jurídica o de hecho, no es, pues, ni un caso de fraude ni un caso de abuso de confianza.

Presupuesto existencia de un negocio jurídico: El delito requiere la preexistencia de un negocio jurídico en virtud del cual el agente haya otorgado a otro un derecho sobre un bien o haya pactado sobre el mismo una obligación de carácter personal. Tiene que tratarse de un negocio jurídico valido, y, en principio, oneroso, ya que el derecho debe haber sido acordado por un precio o como garantía del cumplimiento de una obligación o la obligación debe ser asumida por un precio.

El derecho a que se refiere el tipo es cualquier derecho real sobre un bien mueble o inmueble (el concepto de bien no se extiende aquí a los inmateriales), resultando indiferente que aquel se encuentre en poder del sujeto pasivo o del agente (siempre que el primero sea ya el titular del derecho, por el perfeccionamiento formal del respectivo negocio), puesto que en cualquiera de esos supuestos, se puede “desbaratarlo” en el concepto típico.

La obligación personal se refiere también a un bien de al naturaleza antes dicha, con lo que, en principio, solo quedaran comprendidas las obligaciones de dar.

El delito requiere que el precio acordado por la concesión del derecho o la asunción de la obligación haya sido pasado en su totalidad o en al medida pactada hasta el momento en que el agente realiza la acción típica, o la garantía ya se encuentre constituida, pues de otros modo no existiría posibilidad de perjuicio.

El perjuicio: Dicho se determinan en el hecho de que, no obstante el pago del precio, el sujeto pasivo ve frustrado el derecho sobre el bien al no poder ejercerlo al no poder hacerlo como la libertad y certidumbre propias del modo en que lo adquirió, al ver disminuida la medida o la efectividad de la garantía constituida por el bien, o al no poder exigir normalmente del agente el cumplimiento de la obligación sobre el mismo bien en las condiciones que se pactaron y con miras a las cuales pago o comenzó a pagar.

Los resultados de las acciones típicas los enuncia la ley: la frustración del derecho sobre el bien consiste en tomarlo imposible, incierto o litigioso: lo primero ocurre cuando el derecho real tiene que dejarse de ejercer; lo segundo cuando su existencia se torna jurídicamente dudosa: lo tercero cuando la continuación del ejercicio del derecho queda supeditada a un litigio jurisdiccional con un tercero. Con referencia al cumplimiento de la obligación, el delito se da cuando la acción del agente lo incapacita para ese cumplimiento, o este se hace dudoso o queda pendiente del litigio jurisdiccional con un tercero.

Los medios: Los medios con que el autor puede producir tales resultados pueden ser actos jurídicos o hechos. El acto jurídico puede ser la enajenación de la cosa o cualquier otro que otorgue derecho aun tercero sobre ella, pero tiene que tratarse de un acto real si fuera simulado, entraría en los esquemas del art. 173 inc 6°, en que la simulación esta destinada a frustrar, pero engañando, lo que ya vimos que no ocurre en el art. 173, inc. 11. Los hechos pueden ser los de remover, es decir, quitar el bien del lugar donde se encontraba, siempre que no estuviera en poder del sujeto pasivo, puesto que entonces se trataría del delito previsto en el art. 173, inc. 5°, retenerlo, es decir, negar su entrega par aquí el sujeto pasivo no ejerza o continúe ejerciendo el derecho o gozando de la garantía constituidos sobre el bien (la simple falta de entrega del bien, a lo que se obligo el agente en virtud del negocio jurídico, mientras no frustrate un derecho o una garantía constituidos, sino que se traduzca en un mero incumplimiento de las obligaciones asumidas, no es en si delictuoso, la doctrina aun no se ha pronunciado claramente sobre esta distinción), ocultarlo, es decir, hacer lo desaparecer par que no se pueda ejercer el derecho o lograr el cumplimiento forzado de la obligación y dañarlo, es decir, menoscabarlo en su integridad o en sus posibilidades de utilización normal.

Consumación y tentativa: El hecho se consuma con la realización de las acciones frustratorias, puesto que el perjuicio se produce cuando, ya realizada la disposición patrimonial por la adquisición del derecho o por la constitución de la obligación, aquellas impiden los normales efectos de la contraprestación. Por consiguiente la tentativa no es admisible, puesto que a la realización de esas acciones le es inherente la frustración del derecho o la garantía (Núñez, aunque antes había sostenido lo contrario.).

Culpabilidad: La culpabilidad exige en el autor el conocimiento del derecho que pesa sobre el bien, de la garantía y obligación constituidas que pesa sobre el bien, de la garantía y obligaciones constituidas sobre el y la voluntad de realizar las acciones típicas; no parece indispensable que haya querido directamente frustrar el ejercicio de los unos o el cumplimiento de la otra, por lo que el dolo eventual, al manos en ciertos casos, podría ser compatible con la figura; lógicamente, en ese caso, el agente debe haber previsto el efecto frustratorio de las acciones que quiere realizar.

III DEFRAUDACIONES AGRAVADAS

Fundamentos de las agravantes: Las razones de agravación de la pena en las hipótesis que vamos a ver a continuación habíase determinado en “la cantidad del daño que se puede causar con el delito “y” en la menor defensa que puede oponerse a este” (Exposición de motivos del Proyecto de 1891). Aunque la doctrina ha dudado de que esas razones aparezcan en todos los casos del art. 174 CP, es apreciable que en la mayoría de ellos el agente puede ver facilitada su actividad defraudatoria por la situación en que los objetos se encuentran por las particulares circunstancias que abren mayores posibilidades a la disimulación o al engaño defraudatorio, o por la especial calidad del sujeto pasivo. Pero tenemos que reconocer que ese entorno no se da con referencia al inc. 5º en el que aparentemente, el legislador atendió a la necesidad de proteger mas intensamente al patrimonio del estado por su naturaleza o por las finalidades a que se afecta (/repercusión general del perjuicio),as que a las facilidades que se pueden ofrecer a la actividad del agente y, en el inc. 4º, ha tenido fundamentalmente en cuenta las repercusiones de la acción sobre otros bienes jurídicos. De cualquier manera tenemos que admitir que estas agravaciones responden a una opción bastante arbitraria del legislador, ya que alguno de los casos que vimos en el art. 173, CP:: presentan razones de punibilidad mu similares a las que apoyan las disposiciones que pasamos a estudiar.

ESTAFA DE SEGURO O PRESTAMO A LA GRUESA

El texto legal. Carácter del delito: El art. 174, inc. 1º, CP., impone prisión de dos a seis años, al que “para procurarse a si mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa”.

Tratase de una defraudación por fraude, en la cual este se determina en un ardid “especialmente definido” (Soler), por medio del cual el agente procura inducir en error al sujeto pasivo par que le pague lo no debido, o para que no le exija la devolución de lo debido, aparentando la existencia de circunstancias que justificarían aquel pago o esta no devolución. El delito vulnera, pues, el derecho del asegurador a no pagar la indemnización o la del dador del préstamo a la gruesa a exigir la devolución de lo prestado.

Presupuesto del delito: Seguro, Préstamo a la Gruesa: Como se ve, es presupuesto del delito la existencia de un seguro o de un préstamo al a gruesa. El contrato de seguro existe cuando una persona (el asegurador) se ha obligado “mediante una prima o cotización a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto” (art. 1º, ley 17418). El préstamo a la gruesa es, como establecía el art. 1120, C. com., el contrato por el cual “una persona (dador) presta a otra, cierta cantidad sobre objetos expuestos a riesgos marítimos, bajo la condición de que, pereciendo esos objetos, pierde el dado la suma prestada, y llegando a buen puerto los objetos, devuelva el tomador la suma con un premio estipulado”. El contrato debe conformarse, claro esta, en un titulo valido y las acciones típicas tienen que aparentar las circunstancias según las cuales el asegurador debe pagar la indemnización o el dador no poder exigir la devolución de lo prestado con la suma en mas que se hubiera estipulado, ya que de otro modo no se daría la posibilidad e perjuicio (por el, si el agente aparenta circunstancias d perdida por su propia culpa, cuando ese supuesto este excluido de la procedencia de la indemnización). Si bien el régimen del préstamo a la gruesa no ha sido contemplado en la ley 20094 de navegación, que derogo los artículos respectivos del C. Com. Por haber caído en desuso el instituto, el contenido del tipo, empero, no desaparece del todo en ese aspecto, ya que, por no ser un contrato prohibido, existe la posibilidad de que pueda ser utilizado; sus conceptos, por lo tanto, deben seguirse adecuando a los que, en la época de la sanción de la ley penal, eran integrativo del tipo.

Acciones típicas: Las acciones que constituyen el ardid propio de la tipicidad y que concretan el fraude, son las de incendiar o destruir la cosa asegurada, la nave o su cara, o los fletes asegurados o sobre los cuales se ha realizado el préstamo a la gruesa. Por consiguiente, cualquier otra acción que se lleve a cabo para cobrar indebidamente un seguro (por ej. Lesionar a pasajeros o tripulantes para que los mismos cobren la indemnización), podrá encuadrarse en la figura genérica de estafa, no en esta defraudación, no solo por la falta de idoneidad típica de la acción, sino también del objeto.

El incendio o la destrucción pueden importar la perdida parcial total del bien; en el primer caso es suficiente con que alcance a constituir el daño indemnizable o la circunstancia que, según el contrato de préstamo a la gruesa, hace improcedente la reclamación de la devolución de la suma prestada o el pago del premio estipulado.

Confluencia de figuras: Con relación a las acciones típicas se ha planteado un delicado problema de confluencia de figuras, el incendio o la destrucción del bien asegurado puede constituir un delito contra la seguridad común (art. 186, y ss.. y 190 y ss., CP), cuando ha creado una situación de peligro de aquella naturaleza; prácticamente en forma unánime la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que en esos casos la figura del art. 174, inc. 1º, queda desplazada por la correspondiente al delito contra la seguridad común y que, de consumarse el perjuicio (por ej. El pago de la indemnización), se daría un concurso real entre esta ultima figura y la estafa del art. 172 CP: se invoca como razón de ser de la consumación propuesta como solución, la mayor punibilidad de las figuras contra la seguridad común, lo cual no parece correcto, ya que en el art. 174, inc. 1º, hay un elemento subjetivo que autonomiza el hecho delictivo y no permite insertar el caso propuesto en ninguno de los principios del concurso aparente, además de que, si se tomase como criterio de consumación la mayor punibilidad, nos hallaríamos con que en los casos de creación culposa de peligro común (art. 189 y 192. CP, por ej que el incendio haya adquirido una magnitud no querida), debería ser la figura del art 174, inc. 1º la desplazante, lo que resultaría notoriamente inexacto, en verdad puede estimarse que lo mas adecuado dogmáticamente es que, cuando el incendio o la destrucción han originado un peligro común y fueron emprendidos con la finalidad típica del art. 174 inc. 1º hay un concurso ideal entre esta figura y la correspondiente al delito contra la seguridad común.

Aspecto subjetivo: Subjetivamente las acciones de incendiar o destruir tienen que ser realizadas por el agente para procurar para si o para otro un provecho ilegal. Este provecho esta constituido por el pago de la indemnización por el asegurador o el impedimento al reclamo del préstamo o de su premio, o ambas cosas por el dador del préstamo a la gruesa- mas, para que aparezca este elemento, no es indispensable que haya habido una contratación maliciosa del seguro o del préstamo- es decir, originariamente hechas con la voluntad de defraudar, es decir, originalmente hechas con la voluntad de defraudar, ni lo elimina la circunstancia que el valor de la cosa destruida o incendiada sea superior al valor de la indemnización o del préstamo, ya que aquí provecho significa el cobro indebido o la indebida no devolución.

Consumación y Tentativa: Está de acuerdo la doctrina en que el delito se consuma con la realización de las acciones de incendiar o destruir con la finalidad típica. En el caso del seguro es evidente que la ley no requiere mas que un perjuicio potencial: la consumación típica se da antes que aquel se haga efectivo mediante el pago de la indemnización; si se logra, trátase ya de una consecuencia agotadora del delito, que no agrava ni cambia el titulo de la imputación; ni siquiera es necesario que se haya intentado el cobro: el delito se perfecciona con la acción destructiva. Pero no se puede sostener lo mismo respecto del préstamo a la gruesa, donde la prestación ha sido hecha ya por el sujeto pasivo antes del incendio o la destrucción, con lo cual el perjuicio realmente se hace efectivo (no es meramente potencial) cuando tales acciones se produce, por lo menos en lo que atañe a la cantidad prestada, aunque la relación perjudicante puede ser igual a la de caso del seguro con relación al premio estipulado. Es posible la tentativa en todos los supuestos.

Sujetos: Autor puede ser el beneficiario del seguro o del préstamo o un tercero que procure el provecho de aquel en connivencia con el o al margen de una colusión delictiva.

Sujeto pasivo es el asegurador o el dador del préstamo a la gruesa, sea el que originariamente contrato o el que se ha transformado en titular de las obligaciones y derechos por cesión posterior de ellos.

Culpabilidad: La culpabilidad requiere, como en todas las defraudaciones por fraude, el dolo directo.

DEFRAUDACIONES A MENORES E INCAPACES (CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES)

El texto legal: Carácter de la figura: El art. 174, inc. 2ºCP, castiga con la misma pena que en el delito precedente al que “abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo”.

Es esta un defraudación que no se la puede colocar en el esquema de los fraudes; ni se trata de un abuso de confianza, que, precisamente, el modo de comisión indica que no es la utilización de un poder otorgado sobre los bienes de aquel en virtud de una preexistente relación jurídica lo que el agente emplea abusivamente, sino que se prevalece de la particular situación en que, por sus limitaciones, se encuentran el menor o el incapaz.

El abuso de situación: El abuso de la situación se refiere al aprovechamiento, por parte del agente, de las necesidades, pasiones o inexperiencia del menor o incapaz con la finalidad de lograr el resultado típico. Abusa el que explota esas manifestaciones del ánimo o este menor grado de conocimientos del sujeto pasivo; no basta que esas circunstancias hayan propuesto aprovecharlas; pero lo que no es necesario es que el mismo agente haya suscitado o exacerbado la necesidad o la pasión, ni dado pie a un error al que contribuyera la inexperiencia: es suficiente con que se valga de aquellas o de este, aunque también queda inserto en el tipo quien para valerse de ellos suscita, mantiene o enardece la pasión o la necesidad o utiliza la inexperiencia para engañar al sujeto pasivo: el delito, pues, no es incompatible con ciertas formas de engaño, siempre que este se funde en el desconocimiento de la víctima originado en su falta de experiencia o en las perturbaciones anímicas provenientes de los otros factores.

Entiéndese por necesidad todo interés o inclinación pronunciada del ánimo como manifestación de la edad o incapacidad, no los que proceden de situaciones que objetivamente pueden afectar a cualquier persona, aunque no se hallen en la situación del incapaz, pasiones son los afectos o apetitos que la inmadurez o la inexperiencia no permiten dominar como lo haría una persona sin esas limitaciones, inexperiencia es la falta de conocimientos, generalmente de índole práctica, sobre un negocio o actividad, derivada de las escasas oportunidades para realizarlos que ha tenido el menor o incapaz.

Los sujetos pasivos: Evidentemente, al agravar esta figura de defraudación la ley ha tomado en cuenta las menores posibilidades de discernimiento del sujeto pasivo para comprender el carácter dañoso del acto que realiza o su efecto patrimonial. Esto fija los límites interpretativos con respecto a quien puede ser sujeto pasivo.

Menor es quien no alcanza aun la edad fijada por la ley civil (art. 126, CC) para realizar por sí los actos de la vida civil (art. 129, CC), es decir., el que no ha cumplido los veintiún años. Pero si se trata de un menor emancipado (art. 131, 134 y 135, CC) o autorizado para ejercer el comercio (art. 10, 11 y 12 ...C com), el delito no puede cometerse respecto de los mismos, ya que en ellos es, precisamente, la plenitud del discernimiento del menor sobre sus consecuencias a lo que se atiende para permitir su habilitación; las defraudaciones contra estos menores y con relación a esos actos, aunque el autor se haya aprovechado de las deficiencias propias de la edad, quedarán comprendidas en las figuras básicas correspondientes.

Es incapaz, en el sentido de la ley penal, todo el que por circunstancias permanentes o transitorias, en el momento del hecho, se encuentra afectado por disminuciones de su inteligencia, voluntad o juicio (Núñez), que lo prive o amengüe aquel discernimiento; este concepto surge de las palabras mismas de la ley (“declarado o no declarado tal”); por lo tanto, esa condición puede coincidir o no con alguna de las categorías de personas que pueden ser declaradas incapaces (art. 141, 152 bis y 153, CC). No serán sujetos pasivos de este delito, por consiguiente, las personas cuyas incapacidades se determinan exclusivamente en la imposibilidad de hecho de realizar los actos civiles, como ocurre con los penados (art. 12, CP) (contra: Soler, pensando que el agente puede abusar de la situación del penado, pero esta claro que en el caso no se da la razón de ser de la agravante).

Ala acción típica: El abuso de las deficiencias del sujeto pasivo tiene que ir enderezado a lograr que el firme un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo.

El efecto jurídico del documento que el sujeto pasivo ha de firmar tiene que ser de carácter patrimonial, pues de otro modo no habría agravio a la propiedad. Ese efecto jurídico debe surgir del mismo documento (reconocimiento de una deuda, liberación de una obligación, etc.) O poder surgir del mismo (documento en blanco destinando a asentar manifestaciones de voluntad de índole patrimonial); no es suficiente con que el efecto patrimonial pueda motivarse indirectamente en el documento (reconocimiento de culpa en un accidente, carta injuriosa por la cual se pueda demandar indemnización). El documento debe ser de tal índole que, en principio, pueda considerásele hábil para producir un daño en el patrimonio del menor o de un tercero, o sea que potencial o efectivamente pueda producir un detrimento en el por medio de una prestación no compensatoria. La prestación compensatoria, aunque resulte superflua o económicamente inconveniente, no queda comprendida dentro de los límites del abuso típico, aunque el autor se haya prevalido de las deficiencias del sujeto pasivo (por ej el vendedor que, advirtiendo la inexperiencia del menor, le hace firmar un contrato de compra de un automotor de gran precio o de un lote de animales de raza, que constituyen erogaciones inconvenientes para su patrimonio o para la explotación de campo que realiza; para Soler se trata de aquellos casos en que el agente no obtiene otro lucro que el normal en la especie de negocio de que se realiza).

El hecho es punible aunque el acto sea civilmente nulo: la ley se refiere aquí a cualquier nulidad del documento, aun a la que se motive en causas que no respondan específicamente a la incapacidad civil de los otorgantes.

Consumación y tentativa: El delito se consuma con la firma del documento por parte del sujeto pasivo: es suficiente el peligro potencial que nace en ese momento para el patrimonio de aquel o de un tercero, sin que sea necesario que el daño se haya concretado efectivamente, ni siquiera que el agente haya pretendido utilizar el documento para hacerlo efectivo. El perjuicio ingerido no agrava el hecho, ni el ilícito desaparece por la ratificación posterior del firmante ya en pleno uso de su capacidad civil, ni por el desistimiento del agente a la reclamación que puede motivar el documento.

Culpabilidad: La culpabilidad, formada exclusivamente por dolo directo, exige el conocimiento de la minoridad o incapacidad del sujeto pasivo; la ley no requiere que estas calidades sean notorias: es suficiente su conocimiento por el agente y la voluntad de abusar de los defectos propios de las situaciones para lograr la firma del menor o incapaz en el documento con efectos patrimoniales dañosos.

DEFRAUDACIÓN POR USO DE PESAS O MEDIDAS FALSAS

El texto legal: Carácter de la figura: El art. 174, inc. 3º, CP., Castiga con igual pena al que “defraudare usando de pesas o medidas falsas”.

Es una defraudación por fraude, que se caracteriza por la peculiar naturaleza del ardid empleado: el uso de pesas o medidas falsas. Es, por lo tanto, una especie agravada de la defraudación contemplada en el art. 173, inc. 1º.

Falsedad de las pesas o medidas: Usa pesas o medidas falsas el que emplea las que son inexactas con conocimiento de su inexactitud; justamente la falsedad estriba en la circunstancia de que la pesa o medida es utilizada por el agente ante la víctima como si fueran exactas y por ese medio la induce en error sobre lo que le da o sobre lo que recibe de ella; es la facilidad para perpetrar este ardid la que – junto con la eventual repetición de los actos- ha motivado al legislador para calificar el delito.

Autoría: Como el daño patrimonial se establece en la diferencia entre lo que la víctima cree recibir o dar y lo que efectivamente recibe o da, únicamente puede ser autor el que utiliza las pesas o medidas para pesar o medir lo que da, o para pesar o medir lo que recibe.

Consumación y tentativa: El delito se consuma cuando se “defrauda”, esto es, cuando se produce efectivamente el perjuicio patrimonial, eso ocurre cuando por lo pesado o medido el sujeto pasivo entrega la contraprestación correspondiente, o cuando, habiendo entregado ya esa contraprestación, recibe lo inexactamente pesado o medido, que resulta con diferencia en menos de aquello que creyó pagar o entrega mas de lo que creyó entregar en virtud de la falsedad de la pesa o medida. Antes de esos momentos, si la pesa o medida falsa ha sido ya utilizada con la finalidad típica, sin que el sujeto pasivo entregue la contraprestación o las cosas, el hecho permanece en grado de tentativa.

Culpabilidad: Siendo un hecho de falsedad, el dolo requiere el conocimiento del autor de la inexactitud de la pesa o medida y la voluntad de utilizarlas para engañar al sujeto pasivo con el fin de perjudicarlo patrimonialmente. solo cabe, pues el dolo directo.

FRAUDE CON MATERIALES DE CONSTRUCCION FRAUDE DEL EMPRESARIO O CONSTRUCTOR Y DEL VENDEDOR

El texto legal. Variaciones: Al retornarse al texto original del Código se ha mantenido solo lo que era la parte 1º del inc. 4º, en la versión de la ley 21338, que pune con la pena agravada al “empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del estado.

Figura básica: Su carácter: Aunque el núcleo de la figura es el fraude en la entrega de cosas similar al del art. 173 inc. 1º, que se especializa aquí por las particulares circunstancias en que se produce el peligro que crea, alguna doctrina ve en ella una manifestación del abuso de confianza por el hecho de que en algún caso se comete en la ejecución de un contrato preexistente (Soler), lo cual no es exacto, ya que no se trata de contratos que creen un poder en el agente sin el control del otro contratante. Es pues, una figura de fraude, en la que se engaña al sujeto pasivo sobre la calidad o cantidad de los materiales que se emplean o suministra.

Acción típica: La acción esta constituida por cualquier acto fraudulento, o sea, por cualquier acto de engaño que en este delito, puede consistir en no ejecutar la obra en la forma convenida o debida, ocultando la diferencia al sujeto pasivo, o en no suministrar los materiales de la calidad o en la cantidad que se entendió adquirir, sin hacérselo conocer al adquirente.

Lo primero no se da en la construcción de la obra con defectos técnicos, sino en una ejecución en que el constructor o empresario logra costos menores, en detrimento del propietario, disminuyendo la calidad o cantidad de los materiales o no ejecutando trabajos necesarios para otorgarle la seguridad debida.

Lo segundo se da cuando la calidad o cantidad de los materiales son distintas de las convenidas, siendo su valor menor que el de los materiales que debieron haberse entregado.

Cuando el valor de los materiales utilizados, entregados o de la ejecución es igual a los que debieron utilizarse o entregarse o a la de la forma de ejecución que se debió realizar, podrán darse otros delitos (contra seguridad común) pero no una defraudación, ya que no hay entonces posibilidad de perjuicio por medio de una contraprestación no compensatoria.

Calidad del acto de fraude: El acto fraudulento debe ser capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del estado, lo que pasa cuando a raíz de las deficiencias de los materiales o de la ejecución se crea la posibilidad de que la destrucción total o parcial de las obras cause daños materiales a bienes o personas indeterminados o que las deficiencias de ellas amenacen la seguridad del estado en su integridad territorial o soberanía, por no resultar adecuadas a las finalidades de resguardo de esa seguridad, para cuya función se la convino o estaba destinada, siendo indiferente que la ejecución se haya realizado en tiempo de paz o de guerra.

No es indispensable que este peligro revierta sobre la persona damnificada por el fraude o sus bienes, ni que el perjuicio respectivo ataque el patrimonio del estado: basta que haya peligro respecto de cualquier persona, cualquier bien o la seguridad del Estado, aunque este no sufra una pérdida de carácter económico distinta de la consumada mediante el fraude.

El resultado típico y la consumación: La creación de aquel peligro es un requisito que califica como típico el acto de fraude según el art. 174 inc. 4º, si no se da podremos estar ante una estafa genérica o ante la defraudación del art. 173, inc. 1º, pero no es determinante del momento consumativo, que, como en la generalidad de las defraudaciones es aquel en que se produce el perjuicio económico, sea con el pago del precio por el material o la obra ejecutada, sea con la entrega del material o de la obra realizada si el precio se ha pagado antes. Cuando el precio no se ha pagado y el material o la obra se ha suministrado o ejecutado fraudulentamente, el delito no supera la etapa de la tentativa.

Autoría: Autores del delito son el empresario, es decir, el titular de la empresa que ejecuta la obra; el constructor, es decir, el que dirige técnicamente la construcción de la obra decidiendo sobre los materiales a emplear y los modos de ejecución, y el vendedor de los materiales; en este ultimo caso es sujeto activo solo el que entrega materiales por un contrato de venta (art. 1323, CC: art. 450, C. Com), pero no el que lo hace en otro concepto, si quién vende los materiales es, a la vez, empresario constructor no se multiplica la delictuosidad de la acción, lo que tampoco ocurre si se da connivencia entre el vendedor y cualquiera de los otros autores: cada uno de ellos responde por su propia acción a título de autor.

Sujeto pasivo puede ser el propietario de la obra o el empresario cuando este ha sido adquirente de buena fe de los materiales.

Culpabilidad: El dolo requiere el conocimiento de las diferencias de los materiales que se proveen o utilizan respecto de los convenios y de las deficiencias en la ejecución de la obra y la voluntad de proveer o utilizar aquellos o realizar esta de ese modo, ocultándolo o, por lo menos, no manifestándose al sujeto pasivo, con el fin de perjudicarlo patrimonialmente.

Figuras agravadas. Su derogación: Pese a la resistencia de los senadores, se dejó sin efecto la parte 2° del inc. 4° que disponía la aplicación de la pena del art. 187 cuando, a raíz del acto fraudulento, “se hubiere producido desmoronamiento o el derrumbe del edificio”. Esa disposición procedente de la ley 18953- permitía extender la pena del art. 187 a los casos en que el hecho ruinoso apareciese como resultado preterintencional de la conducta defraudatoria; con su eliminación esa extensión ya no es posible, por lo que en aquellos solo queda el expediente de o concursar esta particular figura de defraudación agravada con el estrago culposo del art. 189, lo que no dejara de presentar dificultades dogmáticas de distinto orden.

También queda derogado el parr. 2° del inc. 4°, según la ley 21338, que castigaba las omisiones de “vigilar o controlar debidamente la ejecución de las obras estando obligados a ello por convenio o reglamentación” (asimismo la Cámara de Senadores proyectó su mantenimiento), por lo que estas conductas- en cuanto no resulten contribuciones, convergentemente intencionales, al acto fraudulento del autor de las acciones prohibidas en el texto tal como ha quedado- se marginan de la responsabilidad penal, salvo lo que resulte de la configuración de omisiones fundadoras de delitos contra la seguridad común o en la que se desprenda de una eventual tipicidad de delitos contra la Administración.

FRAUDE EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El texto legal. Razón de ser de la agravante: El art. 174 inc. 5°, CP, aplica también la misma pena de dos a seis años de prisión para “el que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública”.

La determinación típica de la agravante no se da por la calidad ni del sujeto activo ni del sujeto pasivo de la actividad de fraude, sino por el ofendido, es decir, en razón de la titularidad del bien que es objeto del delito.

La remisión a las figuras anteriores: Si bien el tipo habla de fraude, la doctrina está de acuerdo en que la remisión de la ley es a todas las formas defraudatorias que hemos visto precedentemente, ya se las cometa por fraude, ya se utilice el abuso de confianza o de situaciones para defraudar a la administración.

Tipicidad de la ofensa: El delito se comete cuando el patrimonio ofendido es a la administración pública en cualesquiera de sus ramas, lo cual ocurre cuando la propiedad que el ataca pertenece a una entidad que es persona de derecho público, la vulneración de la propiedad perteneciente a personas de derecho privado (por ej. Ciertas fundaciones) no queda comprendida en el tipo, aunque se haya reconocido un interés público en su funcionamiento. Por el contrario, si la propiedad pertenece a una entidad de carácter público ya constituya uno de los poderes del Estado, o de las municipalidades, o que posea autarquía dentro de la administración, no interesa ni el origen del bien que el delito afecta directamente (por ej. puede tratarse de una sociedad con capitales mistos), ni el hecho de que la actividad desplegada por la entidad no sea de estricto carácter público (por ej. que sea una actividad comercial o industrial).

Sujetos: Autor del delito puede ser cualquier persona: particular, funcionario o empleado: con respecto a estos dos últimos al tratar de los delitos contra la administración veremos los problemas de confluencia de figuras que puedan plantearse.

En cuanto al sujeto pasivo, en los casos de abuso de confianza o de situaciones, puede coincidir con la persona del ofendido, es decir, tratarse de la misma administración pública, no así en los casos de fraude, donde el sujeto pasivo del engaño tiene que ser un apersona individual, que tanto puede ser un empleado o funcionario como un particular que por cualquier causa se encuentre a cargo del bien defraudado (por ej. en virtud de un contrato de obra pública).

Consumación: El perjuicio que en cada caso concreta la consumación de estas defraudaciones es el que directamente se causa a la propiedad de la administración, pero no quedan comprendidos por el tipo los perjuicios que solo indirectamente provienen del hecho fraudulento o abusivo (por ej. el costo de una auditoría para detectar la existencia o inexistencia del dinero a que se defrauda). Por supuesto que no elimina la existencia del perjuicio, ni releva de la responsabilidad penal, el hecho de que un responsable civil (por ej. el contratista) deba responder por él.

Culpabilidad: El dolo requiere, por supuesto, el conocimiento de la titularidad del patrimonio afectado por la defraudación; si tal conocimiento no existe, la agravante no funciona y la conducta quedará encuadrada en cualquiera de las figuras básicas o en las de este art. 174, inc. 1°, 3° y 4°.

PUNIBILIDAD DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

El texto legal: El art. 174, parr. Final, dispone que “en los casos de los dos números precedentes (inc. 4° y 5°), el culpable, si fuere empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua”.

Concepto de “empleado”: Es indudable que el término empleado está utilizado aquí con mayor amplitud que en el art. 77 CP, que se refiere al funcionario, es decir, al que participa en la función pública. En la disposición del art. 174 queda comprendido todo el que se encuentre en relación de dependencia administrativa, ya se trate de un funcionario en el sentido precedentemente expuesto, o de quien solo coadyuva a esa función sin participar en ella, o se, de un empleado propiamente dicho.

La intervención del empleado: La intervención del funcionario o empleado en los delitos previstos por el art. 174 en sus inc. 5° y 5° puede asumir cualquier carácter: el de autor, cómplice o instigador y, en el caso del inc. 4°, comprende tanto la figura básica de fraude, como la agravada por el resultado.

TIPOS AGREGADOS POR LA LEY 24441

El art. 82 de la ley 24441: Bajo el rubro “modificaciones al CP”, el Título XI de esta ley (Sobre “financiamiento de la vivienda y al construcción”), incorpora los siguientes incisos al art. 173 CP. 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;

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;

14. El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos.

En principio, cualquiera de estas conductas quedarían comprendidas tanto en el tipo genérico del art. 172 CP, como en algunos de los ya existentes como especializados en el art. 173 (por ej. Inc. 7° y 11°), pero el legislador ha preferido describirlos de modo particular a los fines de la punición.

DEFRAUDACIONES DEL TITULAR FIDUCIARIO, EL ADMINISTRADOR DE FONDOS COMUNES Y EL DADOR DE CONTRATO DE "LEASING": El titular fiduciario es quien ha recibido una cosa en fideicomiso, obligándose a ejercer dicha propiedad "en beneficio de quien se designe en el contrato" y a transmitirla" al cumplimiento del plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario" (art. 1° ley 24441). Recordamos que el art 2662, CC, describía el dominio fiduciario (en cuanto dominio imperfecto), como aquel que se adquiere "en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero". La ley 24441, ha modificado dicha norma sustituyéndola por la siguiente: "Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y esta sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley" (art. 73, ley 24441).

En realidad, el titular fiduciario es un verdadero administrador del fideicomiso, por lo cual la conducta punible será en general, la de "perjudicar los bienes" que lo constituyen, disponiendo indebidamente de ellos, gravándolos o disminuyendo de otro modo su entidad. El administrador de fondos comunes de inversión es quien esta encargado de la inversión y custodia de esos fondos, que constituyen "el patrimonio integrado por valores mobiliarios con oferta publica, metales preciosos, divisas, derechos y obligaciones derivados de operaciones futuras y opciones, instrumentos emitidos por entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, y dinero, pertenecientes a diversas personas a las cuales se les reconocen derechos de copropiedad representados por cuota partes caratulares o escriturales...." (art. 78, ley 24441, modificatorio del art. 1°, ley 24083).

Dador del contrato de leasing es quien da cosas en locación, por medio de un contrato al que se agrega una opción de compra a ejercer por el tomador-locatario (art. 27 ley 24441). alguna dificultad puede presentar la circunstancia que la ley requiere que el dador sea "una entidad financiera o una sociedad que tenga por objeto la realización de este tipo de contratos" (art. 27 inc.a. ley 24441); se entiende, entonces, que la respectiva punición ha de recaer sobre los directivos de la entidad o sociedad.

Ejecución extrajudicial de inmuebles: La ley 24441 (art. 52) dispone un régimen de ejecución de hipotecas por parte del acreedor, siempre que se trate de hipotecas "en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias" o aquellas "en que se hubiese convenido expresamente someterse a las disposiciones" de la ley en el aspecto ejecutivo. El sujeto activo es, por consiguiente, el acreedor hipotecario; quien lo represente no puede caer en el particular tipo penal, sin perjuicio que quede comprendido en toros de carácter defraudatorio.

El tipo describe dos conductas punibles: ejecutar la hipoteca en perjuicio del deudor a sabiendas que este no se encuentra en mora: omitir "maliciosamente" los recaudos establecidos para la ejecución extrajudicial; esto ultimo no significa, empero, una elevación de la tentativa a delito consumado, como en cualquier defraudación la consumación requiere perjuicio, la malicia de la omisión refiere a que al medio, es decir, ella debe estar enderezada en procura de ese perjuicio.

Defraudación del tenedor de letras hipotecarias: Las letras hipotecarias "son títulos valores con garantía hipotecaria" (art. 35 ley 24441), que emite el deudor (art. 38) y son transmisibles por endoso (art. 40).

Tiene directa relación con el tipo penal el art. 41 de la ley 24441. "Las letras hipotecarias tendrán cupones para instrumentar las cuotas de capital o servicios e intereses. Quien haga el pago tendrá derecho a que se le entregue el cupón correspondiente como único instrumento valido acreditativo. Si la letra fuere susceptible de amortización en cuotas variables podrá omitirse la emisión de cupones; en ese caso el deudor tendrá derecho a que los pagos parciales se anoten en el cuerpo de la letra...."

El nuevo tipo penal del art. 173 inc. 14 CP, se refiere pues, a esta segunda modalidad de la letra hipotecaria; comprender en esta la primera modalidad implicaría una integración analógica de la ley, aunque la omisión de la entrega de cupones puede quedar abracada en el tipo del art. 172 CP.

DEFRAUDACIONES ATENUADAS

Característica común: Las defraudaciones atenuadas previstas por el art. 175 CP, tienen en común que en todas ellas el agente abusa de las situaciones en que se encuentran las cosas que son objeto de la acción o el sujeto pasivo de ella.

APROPIACIÓN ILÍCITA DE COSAS PERDIDAS O TESOROS

El texto legal. Carácter del delito: El art. 175 CP- que determina una pena de australes veinticinco a australes quinientos, para todos los delitos que prevé- castiga en su inc. 1° al que "encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del CC:

Es una defraudación porque el agente no se apropia de la cosa quitándola de la tenencia de un tercero, sino que lo hace abusando de la situación en que lo coloca su hallazgo, frustrando de ese modo los derechos que a ella tienen su propietario o el dueño del predio donde se encontró el tesoro.

Presupuesto del delito: La cosa o el tesoro deben ser encontrados, es decir, hallados, sea por casualidad (en el sentido vulgar, no en el del CC, que no corresponde estrictamente a él), sea porque específicamente el agente programo su búsqueda, siempre que lo haya hecho por si; no encuentra el que busca por el propietario de la cosa perdida o por el dueño del predio donde el tesoro se halla y si se apodera de ellos una vez localizados comete hurto, ya que esa localización hace entrar la cosa en la tenencia de aquel. Tampoco queda comprendida en esta particular defraudación sino en el hurto, la actividad del que se apropia de la cosa hallada por un tercero.

Objeto del delito: Es cosa perdida toda cosa mueble con valor económico, que ha salido involuntariamente de la tenencia del propietario o del que la tenia por el, sin que sepa donde esta o, sabiéndolo, no pueda llegar a ella (por ej si se encuentra en el fondo del mar) y sin que otro se haya apoderado de ella. La pérdida puede obedecer a un olvido o inadvertencia del tenedor o a un acto realizado por necesidad (por ej, arrojarla por la borda par evitar naufragio, art. 2528, CC). No es cosa perdida la que se ha extraviado dentro del propio ámbito en que se ejerce la tenencia del propietario o su representante (por ej herramienta de jardinería que ha caído en medio de un seto del parque de la casa) y su apoderamiento ilegítimo constituye hurto.

Tesoro es "todo objeto que no tiene dueño conocido, y que esta oculto o enterrado en un inmueble, sea de creación antigua o reciente, con excepción de los objetos que se encuentren en los sepulcros, o en los lugares públicos, destinados a la sepultura de los muertos" (art. 2551CC).

Pero mientras la cosa perdida sigue siendo propiedad de su dueño, el tesoro pertenece por mitades al descubridor y al propietario del predio donde se hallare. La conducta defraudatoria en el primer caso se refiere al objeto en su totalidad y a cada una de sus partes, en tanto que el segundo se refiere a la mitad correspondiente al propietario del predio donde el tesoro fue encontrado, siempre y cuando se trate de un descubridor legitimo (art. 2552, 2553 y 2563, CC); el descubridor ilegitimo o subrepticio no tiene derecho a parte alguna del tesoro que pertenece en su totalidad al dueño del lugar donde fue hallado (art. 2561, CC).

La acción típica. El elemento normativo: La conducta típica es la de apropiarse de la cosa perdida o de la parte que no corresponde al descubridor del tesoro, sin observar las prescripciones del CC. Se apropia, en el sentido del tipo, el que se adueña de la cosa o de la parte del tesoro que no le corresponde, sea realizando actos de dueño (vender, destruir, dar, transformar) o reteniéndolas sin cumplir esas obligaciones durante un lapso suficiente para haber tenido oportunidad de hacerlo. Tales obligaciones, en el caso de cosas perdidas, son las de dar inmediata noticia al dueño si lo conoce o hubiera podido conocerlo (art. 2532, CC) o, en su defecto, entregarlas al juez o a la policía del lugar (art. 2534, CC) y en el caso de los tesoros, entregar la parte correspondiente al propietario del predio donde lo encontró (o su totalidad, según fuese el caso).

No comete este delito el hallador de la cosa perdida que no la toma porque no coincide su acción con la descripción típica y la ley lo autoriza expresamente a asumir esa actitud (art. 2531, CC), ni el que la toma y la abandona sin apoderarse de ella, aunque haya omitido dar noticia al dueño o no la haya puesto a disposición de la autoridad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que puedan incumbirle (art. 2531, CC).

Consumación: El delito se consuma con la realización de actos expresos de apropiación o con la retención de la cosa o el tesoro mas allá del tiempo en que normalmente se ha tenido oportunidad de proceder de acuerdo con las prescripciones civiles sin haber cumplido las respectivas obligaciones. Es admisible la tentativa y se pone como ejemplo la disimulación de la cosa en el lugar del hallazgo o descubrimiento con el fin de disponer inmediatamente de ella, que se frustra por causas ajenas a la voluntad del agente (apoderamiento por un tercero extraño), pero la retención en ese lugar por un tiempo prolongado puede constituir consumación según lo vimos precedentemente.

Cuestión con relación a los documentos representativos de valores: Se discute la presencia de la tipicidad en los casos de documentos representativos de valores o que otorgan facultades para tomar determinadas cosas como son las contraseñas que permiten retirar objetos depositados; para la doctrina mayoritaria quien los encuentra y los utiliza comete la estafa del art. 172 CP, lo cual es exacto cuando el auto tiene que utilizar un ardid o engaño sobre su personalidad (por ej. Cuando tiene que utilizar un nombre supuesto o invocar una calidad simulada), pero no cuando simplemente le basta con presentar el documento hallado para obtener la cosa, en que la presentación es la forma de apropiarse de lo hallado; en este caso, aunque que lo valioso sea la cosa representada, parece mas congruente pensar que es igualmente una hipótesis contemplada por el art. 175 inc. 1°.

Culpabilidad: El dolo requiere el conocimiento de que es una cosa pérdida o un tesoro el objeto de la apropiación; no es una cosa perdida o un tesoro el objeto de la apropiación: no es indispensable la certeza de este conocimiento, es suficiente la duda sobre tales calidades (posibilidad de que lo sean) y la voluntad de apoderarse de ellos. El error sobre esas circunstancias o la creencia de que se actúa en forma jurídicamente correcta al apoderarse, por un error sobre la ley extrapenal, pueden excluir el dolo.

APROPIACIÓN POR ERROR O CASO FORTUITO

El texto legal. Carácter del delito: El art. 175 inc. 2°, pune al que “se apropiare de una cosa ajena, en cuya tenencia hubiera entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito”.

Es una defraudación en la que el agente abusa de la situación en que se encuentra respecto del objeto que llega a su tenencia por circunstancias ajenas a la voluntad dolosa propia, frustrando el derecho que tiene otra persona a que le sea restituido.

Acción típica: También la acción es la de apropiarse realizando sobre la cosa actos propios de dueño o reteniéndola después del tiempo en que normalmente pudo ser restituida; pero, a diferencia de lo que ocurre en el art. 175 inc. 1°, la tenencia no procede aquí de una actividad anterior del agente (encontrar y tomar la cosa), sino de la actividad de terceros o de hechos acaecidos sin intervención de persona alguna: o sea, de un error de alguien o de un caso fortuito.

El error: El error típico puede ser el del dador de la cosa, siempre que no haya tenido origen en la actividad dolosa del agente o un tercero en connivencia con el; o puede ser el error del mismo agente que toma la cosa que se le da creyendo que debe o puede hacerlo (de otro y ocupándola sin que le haya sido dada). Cuando el error del dador de la cosa proceda de la actividad dolosa de un tercero conocida por el receptor, extremos en el terreno del fraude, si este no solo se aprovecha del error suscitado por aquel, sino que lo mantiene con ardid o engaño; si se limita a aprovecharlo, si estaremos en la figura estudiada.

Caso fortuito: Caso fortuito es aquí todo hecho humano involuntario (por ej. Caída a la finca del vecino de la herramienta con que se trabaja), o de los animales (por ej. Animal domestico que escapa de su dueño) o de la naturaleza (por ej. Vendaval, que arroja chapas de una finca sobre el terreno de otra), que hace entrar al agente en la tenencia de la cosa. No es necesario, como se ve, que se den los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad del caso fortuito como causal de eliminación o atenuación del cumplimiento de las obligaciones (art. 514 CC), aunque, claro esta, el que reúne esas características queda comprendido a fortiori como circunstancia típica.

A diferencia de lo que pasa en el hurto calamitoso, en que la tenencia de la cosa es lograda por el agente aprovechando el hecho que puede constituir un caso fortuito, aquí es el hecho fortuito mismo el que, sin actividad del agente, ha colocado la cosa en su tenencia. Pero no constituye caso fortuito aquella situación en que el anterior tenedor de la cosa ha tenido que dejarla por necesidad, convirtiéndose la cosa en perdida para su propietario, pues entonces se aplica el art. 175 inc. 1° no el 2°.

Consumación: En este delito la tenencia debe ser consecuencia del error del perjudicado o de un tercero- no provocado voluntariamente por el autor- del propio agente o del caso fortuito. Y la consumación se da cuando preexistiendo tal tenencia, la gente realiza actos de apoderamiento positivos u omisivos al quedarse con la cosa sin disponer lo necesario para devolverla por un lapso superior al normalmente necesario para hacerlo: pero también puede consumarse en el mismo momento en que recibe la cosa de otro conociendo que se la da por error (por ej. El cliente de banco que advierte en la ventanilla que el cajero le esta pagando de mas, y callando recibe lo indebido). En otras palabras: el apoderamiento inocente remite la consumación al momento de la apropiación culpable (Giurati), pero el apoderamiento culpable constituye ya la consumación de esta apropiación ilícita. Puede admitirse la tentativa en ciertos casos, como es aquel en que el agente esta por realizar un acto de apropiación y no lo lleva a cabo por la intervención de un tercero que conoce al propietario del bien.

Culpabilidad: El dolo reclama el conocimiento de que se trata de una cosa ajena en cuya tenencia se ha entrado uno de los modos típicos o la duda sobre esa circunstancia (por ej. Vender un animal que se hallaba en el campo propio, dudando si es propio o ajeno) y la voluntad de apropiarse de la cosa no obstante la certeza o la duda sobre el origen de su tenencia.

DISPOSICIÓN ILEGAL DE OBJETO PRENDADO

El texto legal. Carácter del delito: El art. 175 inc 3º castiga al que “vendere la prenda sobre que presto dinero o e la apropiare o dispusiere de ella, sin las formalidades legales”.

También se trata de una defraudación desde que el autor abusa de la situación en que el ejercicio de un derecho lo ha colocado en la tenencia de una cosa; pero aquí, más que en otros tipos, estamos ante un ejercicio anormal de facultades que el negocio jurídico hizo nacer.

Presupuesto del delito: El tipo requiere, pues, la existencia de un contrato valido de prenda con desplazamiento; es el contrato regulado por el art. 3204, CC, y el art. 580 C.Com, según los cuales esta constituido por el negocio jurídico en que el deudor o un tercero por el entrega al acreedor una cosa mueble en garantía (seguridad) del pago oportuno de la deuda. Pueden ser objeto de la prenda los títulos de crédito o los documentos representativos de valores (art. 3209, 3211, 3212 y cons. CC: y art. 580 y 583 C.Com), sobre los cuales el acreedor también puede llevar a cabo las acciones ilícitas.

Acciones típicas: Son la de vender, apropiarse o disponer del objeto que constituye la prenda sin observar las formalidades legales. Vende el que transfiere la cosa prendada a un tercero por un precio (art. 1323, CC). Se apropia el que realiza cualquier acto que importe disponer de la cosa como dueño. Dispone el que sin vender, ni apropiarse en el sentido precedentemente señalado da al objeto un destino que impide al deudor recuperarlo en el momento en que jurídicamente podría hacerlo; no se trata de un simple abuso, es decir del uso indebido de la cosa, que el deudor puede impedir solicitando el secuestro, lo cual importaría quitar la tenencia al acreedor (art. 3220, CC), sin perjuicio de las reparaciones civiles por daños, sino de la frustración del derecho del acreedor en el momento en que debe o puede ser ejercitado.

Tales acciones, para ser típicas, deben ser realizadas por el acreedor sin observar las formalidades legales. Civilmente, si no hay una cláusula por la que se hubiese convenido que la prenda pasara al dominio del acreedor “por estimación que de ella se haga al tiempo del vencimiento” en caso de que la deuda no se pague (art. 3223, CC), aquel para cobrarse con la prenda, tiene que pedir que se haga la venta de la cosa en publico remate, salvo que su valor permita su venta privada según el art. 3224, CC, (art 585 C.Com). el delito, por lo tanto, se da cuando el acreedor, sin ejecutar legalmente el contrato de prenda según esas disposiciones, es decir, sin reclamarlo judicialmente cobrándose la deuda con el producto de su venta en publico remate o por gestión privada o sin que le sea adjudicada por el juez en el caso de la cláusula a que hicimos referencia (art. 3224 in fine CC), la vende el mismo, se la apropia o dispone del objeto prendado; por esa razón algunos denominan este delito “ejecución ilegal de prenda”.

Distinción con la defraudación del art. 173, inc. 2º: El elemento normativo al que acabamos de referirnos indica que el delito únicamente se puede cometer cuando el acreedor tiene ya el derecho de hacer efectiva la garantía constituida por la prenda ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor. Si el acreedor dispone del objeto prendado, tornando imposible su restitución, o si lo retiene cuando aquel ha cumplido ya totalmente con sus obligaciones (art.3229 y 3238 CC), no incurre en el delito que estamos estudiando, sino en la defraudación del art. 173, inc. 2º.

Consumación y tentativa: El perjuicio defraudatorio esta constitutivo por la frustración del derecho del deudor o del tercero que había otorgado la garantía, a que se le restituya el objeto prendado una vez satisfecha la obligación. No es indispensable que este perjuicio patrimonial importe cuantitativamente un verdadero detrimento; también se da el delito cuando el valor del objeto prendado es inferior al de la deuda, y comerte el delito el acreedor que decide apropiarse del objeto sin exigir el cumplimiento de esta deuda de menor valor. El perjuicio estriba en la indisponibilidad del objeto por parte del que otorgado la garantía cuando jurídicamente puede volver a disponer de el. Por lo tanto, la consumación se da con la transferencia de la cosa par su venta a un tercero, con la realización del acto que importe apoderamiento o disposición, después del momento –insistimos en ello- en que el acreedor puede ejecutar la prenda, sin que lo hiciese. Es muy difícil pensar en hipótesis de tentativa.

Autoría: Autor solo puede serlo el acreedor prendario, ya que expresamente la ley designa como tal al que vende, se apropia o dispone de “la prenda sobre la que presto dinero”, pero sin perjuicio de que se apliquen las reglas generales de la participación.

Culpabilidad: La culpabilidad requiere el conocimiento de la calidad en que se tiene el objeto y la voluntad de venderlo, apropiárselo o disponer de el a pesar de ese conocimiento; únicamente sería compatible, por tanto, con el dolo.

DESNATURALIZACION DE CHEQUE:

El texto legal: El art. 175, in. 4º, sanciona al “acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a titulo de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco”:

Carácter del delito. Desnaturalización y usura: Considera alguna doctrina que no es del todo adecuada la colocación de este delito entre las defraudaciones, ya que no se distinguirá cual es el perjuicio patrimonial que se irroga. Pero se trata, sin embargo, de una figura de peligro por la que el patrimonio del sujeto pasivo puede verse comprometido más de lo debido a causa del carácter ilegal de la seguridad obtenida por el acreedor; únicamente pensando así se puede justificar la colocación que se le ha otorgado en nuestros elencos penales.

En verdad es un abuso de carácter extorsivo, en el que el acreedor, prevaleciéndose de la situación de deudor de la victima, procura asegurarse su crédito con la amenaza que constituye, para su libertad, la no atención del cheque cuando el mismo sea presentado al cobro.

Se desnaturaliza el documento dejando de lado su carácter de instrumento de pago que legalmente posee para convertirlo ilegalmente en un instrumento de seguridad.

Aunque el legislador haya pretendido reprimir un procedimiento extorsivo utilizado generalmente por los usureros – no la usura en si misma, lo cual resulta aun mas exacto a partir de la incorporación del art. 175 bis-, esa finalidad no aparece concretamente corroborada en el texto legal, ya que cualquiera que sea el carácter del negocio creador de la obligación (usurario o no), el delito se puede cometer igualmente.

Acciones típicas: Las conductas típicas son las de exigir (reclamar imperativamente) o proposición del deudor) el cheque o giro del deudor. Lógicamente, el agente se prevale (abusando) de la situación en que se encuentra el deudor por la calidad misma que asume en el negocio jurídico, peor no es indispensable que abuse de su necesidad (como ocurre en la usura); también es típica la desnaturalización cuando el deudor no se halla en situación de necesidad derivada de apremios económicos (aunque en la práctica comercial sea esto común). Pero el delito no se consuma con la mera exigencia o aceptación del documento, sino con su recepción por parte del acreedor, ya que, es en ese momento cuando nace el peligro para el patrimonio que entraña la garantía eventualmente extorsiva. En este sentido se ha discutido si es o no admisible la tentativa: para algunos la constituye el acto de exigencia del agente por parte del acreedor sin lograr su entrega (Núñez); para otros esa exigencia es un acto preparatorio impune y el delito no admite tentativa (Soler).

Objeto del delito: El objeto del delito es un cheque o giro: según la doctrina los términos se usan como sinónimos; en realidad la ley se refiere al documento que, constituyendo una orden de pago librada por el deudor o un tercero, coloca a estos en situación de responder penalmente por su no atención en tiempo, ya que este es el sentido de la punición del procedimiento de garantía, que de ese modo puede resultar extorsivo. En concreto, el documento al que se refiere el tipo es el que la ley comercial denomina cheque.

Tiene que ser un cheque de fecha posterior o en blanco; es de fecha posterior cuando la que se inscribe es posterior a la del momento en que se entrega al acreedor; en blanco cuando la fecha no se ha indicado, dejando por tanto, librada al tenedor su determinación; no interesa que se hayan dejado en blanco otras referencias del documento si la fecha no lo está y la que se ha indicado corresponde al momento de la entrega o designa una fecha anterior a ese momento; esto último no parece haberlo advertido con claridad la doctrina. Además, tiene que tratarse de un cheque válido, en el sentido de que obligue a su librador a responder por él. Es indiferente que la respectiva cuenta este o no provista de fondos en el momento de la entrega, así como también que esa pagado en el momento de su presentación; esos datos son completamente inútiles en orden a la tipicidad.

Y el cheque tiene que haber sido recibido –por exigencia o por simple aceptación– desnaturalizando su función de orden de pago, o sea, convirtiéndolo en una constancia que documenta la operación realizada, es decir, que demuestra la existencia de la obligación, o que constituye un crédito con la finalidad de reasegurar el cumplimiento de una obligación y ya documentada por medio de la concertación de otra, o una garantía que asegura el cumplimiento de la obligación pactada, funciones todas ellas que la ley no asigna al cheque.

Ahora bien, estas funciones ilegítimas se las debe hacer cumplir al cheque con relación a una obligación no vencida, es decir, a una obligación cuyo cumplimiento no es todavía exigible cuando el agente recibe el documento. Cuando ya el acreedor tiene derecho a ser pagado, la exigencia o la aceptación de un cheque, aun con las características típicas, no son delictuosas. Sin embargo, cuando la obligación vencida es renovada o novada y al cheque se le hacen cumplir aquellas funciones con relación a la obligación renovada o con relación a la que ha sustituido a la anterior vencida, nada obsta a la comisión del delito. No interesa la naturaleza de la obligación; puede ser de dar, de hacer o de no hacer, en cuanto el cheque se haya motivado en ella; en cualquier caso puede servir para exigir extorsivamente el cumplimiento: en este sentido la indistinción de la ley no permite aseverar que solo quedan comprendidas las obligaciones de dar sumas de dinero, aunque, por supuesto, será esa la situación más corriente.

Elemento subjetivo: La ley exige que el cheque haya sido recibido a sabiendas por parte del acreedor. Este elemento subjetivo requiere la certeza del conocimiento del autor y no se refiere a la circunstancia de que el cheque no será atendido en el momento de su presentación – pues vimos que ello es un dato posterior a la consumación del delito – ni a la eventual necesidad de que puede acuciar al deudor – que puede darse o no sin mengua de la tipicidad–, sino de las características del cheque y la obligación, y que aquel cumple, por consiguiente, funciones distintas de aquella para la cual fue creado legalmente.

Sujetos: Autor solo puede serlo el acreedor, es decir, aquel a quien debe favorecer el cumplimiento de la obligación. Sujeto pasivo es el deudor, es decir, aquel que debe cumplir con la obligación, peor es indudable que la ley penal extiende la expresión deudor, en cuanto sujeto pasivo del delito a quien, mediante el cheque documenta, acredita o garantiza la deuda que un tercero debe cumplir; el cheque puede pertenecer a la cuenta de un tercero distinto del deudor de la obligación no vencida y, en ese caso, será aquel el sujeto pasivo del delito, aunque el cheque lo haya entregado el deudor propiamente dicho.

Culpabilidad: Dado el elemento subjetivo insertado en el tipo, la culpabilidad se funda, cognoscitivamente, en el conocimiento cierto de las características típicas del objeto del delito y de las circunstancias en que es lo entrega y voluntariamente en la finalidad de hacer cumplir al cheque las funciones ilegítimas enunciadas en la norma: no es indispensable – como algunos han retenido – una expresa acreditación de la finalidad extorsiva del agente, pues ella va implícita en la asignación de aquellas funciones al documento.

QUEBRADOS Y OTROS DEUDORES PUNIBLES

Bien jurídico protegido: El capítulo, por medio de sus distintos delitos, tiende a proteger la incolumidad del patrimonio como prenda común de los acreedores, procurando que puedan ellos cobrar sus deudas, ejecutando los bienes que lo componen, en igualdad de condiciones con los otros acreedores.

Relaciones entre la ley comercial y la penal: Poco a poco la doctrina – a la que ha respondido la ley civil y comercial en sus reformas – ha ido poniendo de manifiesto que las relaciones con la ley penal como sancionadora de hechos ilícitos relacionados con los procedimientos ejecutivos, no pasa de referirse a la estructuración de los presupuestos jurídicos de los delitos (declaración de quiebra del comerciante, situación de concurso civil, existencia de proceso, etc.), pero no se da otra influencia de la una sobre la otra: la decisión penal sobre el delito no se ciñe a las calificaciones hechas por el juez civil o comercial, ni estas revisten carácter de cuestiones prejudiciales con respecto a lo penal: por el contrario, la decisión sobre la cuestión penal puede llegar a modificar, en ciertos casos, las calificaciones dadas al resolver las cuestiones civiles o comerciales (art. 242 y 243, ley 19551).

QUIEBRA FRAUDULENTE

El texto legal. Carácter del delito: El art. 176, CP., reprime. “como quebrado fraudulento”, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, al “comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiera incurrido en alguno de los hechos siguientes: 1) simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2) no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener: sustraer y ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa; 3) conceder ventajosas indebidamente a cualquier acreedor”.

Puede decirse que la quiebra fraudulenta constituye una verdadera defraudación a los acreedores, porque las acciones típicas que constituyen el delito están destinadas a disminuir ficticia o realmente el patrimonio del deudor con respecto a la masa de acreedores compuesta por la totalidad de ellos o por algunos (en el caso de las ventajas indebidas), engañando sobre la complejidad de aquel o disminuyéndolo efectivamente con abuso del poder que el agente tiene sobre las cosas que lo componen, en cuanto poder de hecho o como posibilidad de realizar actos jurídicos sobre ellas.

La declaración de quiebra: El delito requiere la declaración de quiebra, es decir, el dictado de la resolución que la declare (art. 95, ley 19551). Dicha declaración funciona con relación al delito, en un doble carácter: como su presupuesto, ya que tiene que haber una quiebra a la que haya que calificar de fraudulenta y como característica del autor, que tiene que tratarse de un comerciante declarado en quiebra.

Como presupuesto del delito se discutió si se trataba de una cuestión prejudicial, de una cuestión previa o, simplemente, de un elemento objetivo del delito. Que se trate de una cuestión prejudicial hay que descartarlo si por tal se entiende la que resulta no puede ser revista por el juez penal. Tampoco es una cuestión previa que implique una condición de procedibilidad: el proceso por quiebra fraudulenta se puede iniciar aunque no exista todavía declaración de quiebra (contra: Soler), sin perjuicio de que no pueda prosperar la atribución de responsabilidad penal por falta de tipo. Es un elemento del tipo (no una condición objetiva de punibilidad), ya que las acciones del autor son típicas en realicen a una quiebra declarada, no a una simple cesación de pagos.

Para complimentar esa función la quiebra tiene que estar declarada por sentencia que haya adquirido firmeza, es decir, que ya no pueda ser revisada por los recursos normales (art. 98 y ss., ley 19551, o los que reglamenten los códigos procesales). Incluida la nulidad. La circunstancia de una cuerdo resolutorio (art. 222, ley 19551) o de un avenimiento (art. 225, ley 19551), así como la posterior rehabilitación del fallido (art. 250, ley 19551) no obstan a la existencia del elemento típico: la quiebra ha sido declarada y el fallido podrá ser igualmente condenado por el delito de quiebra fraudulenta.

El fraude a los acreedores: Los hechos deben ser realizados por el agente en fraude de sus acreedores. Es evidente que la expresión fraude esta tomada en su sentido original de engaño; el engaño se determina aquí por la simulación del pasivo o la disimulación del activo o por la disminución subrepticia del acervo patrimonial a espaldas de los acreedores o de algunos de ellos. Lo cierto es que a raíz de los hechos, los acreedores deben encontrarse, en un momento dado, con que el patrimonio que es su garantía común, no posee la capacidad de solvencia que se podría haber esperado. Por supuesto que el concepto implica que el autor ha querido defraudar a los acreedores con sus acciones; sin ese contenido subjetivo no se da este delito, pues el mismo, como vimos, esta en la esencia del fraude.

La doctrina ha discutido si ello importa la exigencia de un perjuicio efectivo o solo estamos en presencia de un delito de peligro. El hecho de que la norma no adoptase una expresión como "el que defraudare a sus acreedores" u otra similar, hizo pensar que se trataba de un delito de peligro que no requiere un perjuicio efectivo. En verdad, encarando los efectos del delito desde el punto de vista del patrimonio de cada uno de los acreedores en particular, no se requeriría el efectivo perjuicio de ellos: la comisión de alguno de los actos típicos con el específico contenido subjetivo de querer actuar "en fraude" constituye haya el delito, aunque el resto del patrimonio del quebrado baste para pagar el total de las acreencias de aquellos. Pero, mirándolo desde el punto de vista del patrimonio del quebrado, no es un delito de resultado, ya que es necesario que los actos realizados por él hayan disminuido efectivamente ese patrimonio como prenda común de los acreedores, aunque esa disminución no alcance a repercutir en perjuicio del patrimonio particular de ellos. Si la mencionada disminución no se opera por ej. Si la ventaja concedida sobre un bien a uno de los acreedores lo es por una contraprestación que aumenta el patrimonio del quebrado, no se puede dar delito.

La frase "en fraude a cualquier de sus acreedores" de la ley 21338, ha sido sustituida por la de "en fraude de sus acreedores", sin que por ello cambie el sentido de la norma (Núñez).

Consumación y tentativa: La consumación del delito depende del momento en que se realiza el acto fraudulento: si se lo llevo a cabo antes de la declaración de quiebra y también antes de ese momento produjo el resultado de disminuir el patrimonio, la consumación se produce al declararse la quiebra, ya que es a partir de esa declaración cuando se completa el tipo y el autor adquiere calidad de tal: si fue posterior a esa declaración, la consumación se da cuando se completa el tipo y el autor adquiere calidad de tal: si fue posterior a esa declaración, la consumación se da cuando efectivamente se opero la disminución del patrimonio. Tomar en cuenta otros momentos consumativos (por ej. La fecha de la declaración de quiebra o la fijada por el juez como la de presunta cesación de pagos) sin tener en cuenta el resultado producido, no condice con la naturaleza del delito. En los actos que son anteriores a la declaración de quiebra, no hay posibilidad de tentativa, ya que si la quiebra no se declara no hay tipicidad a la que pueda referirse el acto ejecutivo, aunque la finalidad del autor hay sido la de perjudicar su patrimonio, teniendo presente su afectación a la eventual quiebra. En los actos posteriores a la declaración de quiebra la tentativa es posible (por ej. Era tentativa el acto ejecutivo de sustracción de un bien sin que se haya logrado completarla).

Los actos de fraude: Los actos de fraude a los que la ley otorga tipicidad están taxativamente enunciados por ella; por consiguiente, todo acto que no pueda incluirse en esa enunciación, aunque se lo haya hecho en fraude a los acreedores, no quedara comprendido en el tipo, aunque pueda constituir otro delito.

Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o perdidas son acciones que están destinadas a disimular el activo simulando el pasivo. Simula la deuda o las erogaciones constituidas por las enajenaciones, gastos o perdidas, quien las aparenta por medio de un acto jurídico realizado con un tercero (art. 955 y 956, C.C.), el tercero es, en ese caso, un partícipe principal (para Núñez es un coautor). Las supone quien, sin realizar el acto jurídico simulado, presenta una deuda o erogación ficticia como real (por ej. Declarando una deuda que no existe, en la prestación, art 93, ley 19551). Por supuesto que en estos casos la consumación se da sin perjuicio de que, posteriormente, probada la simulación o suposición, se hagan regresar los bienes a la masa; en un momento dado estuvieron fuera de ella y allí se consumo el delito.

No justifica la salida o existencia de bienes que debiera tener el que no justifica que haya dado a estos bienes un destino determinado o no prueba la existencia de bienes que debían estar en su poder y no lo están, cuando, de mas esta decirlo, se acredita su preexistencia: claro esta que la ley se refiere a los bienes que constituyen la garantía común de los acreedores, no a los que no integran ese acervo (por ej, un bien de familia).

Sustraer u oculta cosas que corresponden a la masa el que las saca o esconde materialmente o calla su existencia, impidiendo de ese modo que los procedimientos concursales se extiendan a ellas.

Concede ventajas indebidas a un acreedor el agente que paga efectivamente a uno de ellos cuando ya pesa sobre el la prohibición de hacerlo a consecuencia de la declaración de quiebra: el que pacta privilegios con el acreedor que no los tenia, en desmedro de los demás acreedores o le permita lograrlos omitiendo los actos de defensa que debiera haber ejercido (por. ej. dejando de contesta una demanda). Tiene que tratarse de verdaderos acreedores, pues si no es así, se estará ante el supuesto de simulación. El acreedor, en estos casos, puede llegar a ser partícipe principal del delito del fallido. Además, tiene que tratarse de una ventaja indebida, o sea, de una ventaja de la cual el acreedor de que se trate, no puede gozar jurídicamente respecto de los demás: si, por el contrario, es una ventaja que legítimamente le corresponde, no se dará el tipo.

Resultado de los actos de fraude: Como ya lo adelantamos, estos hechos se castigan en cuanto hayan disminuido el acervo del patrimonio que es garantía común de los acreedores, aunque no sean ellos los que produzcan la insolvencia, ni -como también dijimos- lleguen a afectar el cobro de los derechos de los acreedores. El tipo no exige, por tanto, que sean actos que hayan provocado la cesación de pagos, y como el resultado antes dicho puede concretarse antes o después de la declaración de quiebra, se los puede haber realizado en cualquiera de esos momentos si son actos de fraude tendientes a menoscabar el patrimonio “ejecutable” del deudor: incluso participa de este principio la concesión indebida de ventajas a un acreedor, sobre la que alguna doctrina ha dudado (Soler).

Sujetos: El autor es calificado: debe ser un comerciante declarado en quiebra. La característica de comerciante, que es, a la vez presupuesto de la declaración de quiebra, la determinan las reglamentaciones comerciales y tiene que decidirla el juez de la quiebra, cuya declaración al respecto no puede ser revisada por el juez penal. Pero, en lo que al derecho penal interesa, tiene esa calidad quien, aunque realice los hechos típicos cuando ya había dejado de ser comerciante, ha sido declarado en quiebra en virtud de una deuda contraída cuando lo era.

Sujeto pasivo es la masa de los acreedores, cuya garantía común se ve menoscabada 8no cada acreedor en particular, que solo adquiere el carácter de perjudicado por el delito cuando aquella disminución no le ha permitido ingresar en su patrimonio los montos reales de sus acreencias).

Culpabilidad; La culpabilidad, como en todos los hechos de fraude, solo se informa con el dolo directo de querer menoscabar el patrimonio afectado al procedimiento concursal, mediante alguno de los hechos típicos.

III- QUIEBRA CAUSADA CULPABLEMENTE

El texto legal: El art. 177, del CP, reprime, “como quebrado culpable”, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, al “comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de su negocio o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta”.

Carácter del delito: Tradicionalmente se ha considerado este delito como una quiebra causada culposamente, es decir, por imprudencia o negligencia, en parte siguiendo los esquemas clasificatorios comerciales y en parte porque la redacción del art. Al referirse a “cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta”, da pie a esa idea; en concreto, se ha pensado que aquí se pune la quiebra originada en una cesación de pagos en la que el agente se ha colocado por su culpa.

Debemos tener presente, sin embargo, que el art. Anterior pune una quiebra dolosa, peor no todas las quiebras dolosas, sino solo aquellas en las que el quebrado actúa fraudulentamente. Si afirmamos, entonces, que el art. 177, CP., lo hace únicamente con las causadas culposamente, dejaríamos al margen de la punibilidad los supuestos en los que el comerciante haya causado dolosamente su propia quiebra aunque sin realizar los actos fraudulentos del art. 176, sería absurdo que se castigara a su culpa, pero no su dolo no fraudulento (Núñez). Hay que concluir, pues, que cuando la ley se refiere a otro acto de negligencia o imprudencia, pune también la causación culposa, pero sin excluir los hechos de causación dolosa no comprendidos en el art. 176, ya se trate de un dolo directo (querer causar su propia quiebra colocándose en situación de cesación de pagos) o eventual (admitir la probabilidad de esa cesación como resultado de los actos), porque aquí si se castiga, como veremos, la real insolvencia del deudor y no las simulaciones, como podía ocurrir en la quiebra fraudulenta.

Acción típica: la acción punible no es propiamente la de haber realizado determinados actos en orden a la quiebra, sino la de haber causado su propia quiebra. El tipo requiere, por consiguiente: a)- una relación de causalidad entre los actos realizados por el agente y la cesación de pagos determinante de la declaración de quiebra: tienen que ser esos actos, por si mismos o en unión con otros, culpables o no, los que originaron la cesación, lo que implica que en este tipo solo se punen los actos anteriores a la declaración de quiebra ya que a los posteriores no puede atribuírseles esa relación causal; b). que se haya declarado la quiebra del comerciante en la jurisdicción comercial mediante resolución firme, pues mientras ello no ocurra, no se podrá decir que la quiebra haya sido “causada”; no basta la mera insolvencia derivada de la cesación de pagos.

Los resultados: La tipicidad necesita que la insolvencia en que el agente se ha colocado haya perjudicado a sus acreedores. Debe darse, por consiguiente, una real situación de insolvencia del comerciante que produzca, como resultado, el impedir a sus acreedores o a algunos de ellos que satisfagan sus créditos en la forma que se había pactado al dar origen a la correspondiente obligación. A diferencia de lo que ocurre en el caso del art. 176, en que el tipo se da igualmente aunque los patrimonios particulares de los acreedores no se vean perjudicados no habrá delito aquí, si ellos pueden satisfacer de modo completo sus créditos.

Consumación y tentativa: Podemos decir, por consiguiente, que el delito reclama como resultado que el acreedor haya causado su propia quiebra perjudicando para los acreedores, y como prácticamente el perjuicio ya se da desde que el autor llega a estar en cesación de pagos, la consumación aparece cuando la tipicidad se completa mediante la declaración de quiebra firme. Tal estructura típica muestra la imposibilidad de la tentativa, no solo en los casos en que haya culpa, sino también en los supuestos de dolo.

Actos productores de la cesación de pagos: como ocurre en el delito anterior, la ley enuncia una serie de actos por medio de los cuales se puede producir la cesación de pagos, peor, a diferencia de lo que pasa en aquel, es una enunciación simplemente ejemplificativa. Gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, son los que exceden las erogaciones normales de atención de las necesidades o utilidades personales del agente y su familia con relación a lo que constituye su capital, no se mide por su cantidad sino por la razonabilidad (la compra de un artículo de lujo de alto costo puede quedar comprendida, peor no un gran gasto por atender una enfermedad); especulaciones ruinosas es un concepto que comprende toda clase de operaciones que tengan por finalidad obtener ganancias arriesgando el propio patrimonio; la especulación ruinoso cuando el riesgo es extraordinario, cualquiera que fuese la expectativa de ganancia; juego es cualquiera, de azar o habilidad, realizado por dinero o arriesgando de otro modo el patrimonio; abandono de los negocios e el descuido o el desinterés por atenderlos, sin que sea necesaria la dejación total de ellos; estos actos, como vimos, pueden ser culposos o dolosos en orden a la causación de la quiebra (dirigidos, si son dolosos, directamente a la cesación de pagos o admitiendo su eventual producción).

Pero, además, quedar comprendido cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta, lo cual indican, por un lado, que aquellos otros actos enunciados también pueden ser culposos, así como que siempre que se trate de actos de esa naturaleza, la culpa. Para ser típica, tiene que ser manifiesta, es decir, tiene que surgir sin duda alguna del carácter de la operación realizada, sea por la imprudencia en afrontarla, sea por la negligencia en no observar el debido cuidado en ella o en la atención general de los negocios; no queda inserto el simple actuar arriesgado cuando se trate de un riesgo normalmente afrontable sin que llegue a alcanzar los ribetes de especulación ruinoso, ni la simple inobservancia de alguna actividad que se debió desplegar en orden a la

marcha de los negocios (por ej, dejar de realizar los controles diarios de caja puede no constituir una negligencia típica, peor si puede serlo no realizar mas esos controles).

Sujeto activo : Autor es el comerciante quebrado , de conformidad con las pautas que hemos señalado las estudiar el art. 176 CP., La ley agrega la expresión culpable, que tradicionalmente ha sido referida a un actuar culposo, pero que, en realidad, solo hace mención a la atribuibilidad subjetiva de los actos en cuanto productores de la quiebra; en otras palabras, esa calificación solo tendría como efecto la exclusión del tipo de la llamada “quiebra casual” en la esfera comercial.

Culpabilidad: En cuanto a la culpabilidad, ya vimos que típicamente tanto es abarcable el dolo como la culpa. En el primero puede darse el dolo directo de querer causar la propia quiebra (siempre que no se trate de uno de los supuestos del art. 176, como el eventual de aceptar esa ocurrencia, aunque la finalidad directa de los actos hubiera sido otra: la culpa se revelara, por supuesto, cuando la ocurrencia de la cesación de pagos y la quiebra consiguiente sea previsible, aunque el agente no lo haya previsto en el caso concreto (culpa inconsciente).

III-QUIEBRA DE PERSONAS JURIDICAS Y LIQUIDACION SIN QUIEBRA DE ENTIDADES FINANCIERAS

El texto legal y sus variaciones. Fundamentos: El art. 178, CP., dispone que “cuando se tratare de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, sindico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido, o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismo, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los art. anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, sindico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual.” El texto original de la ley solo contemplaba los supuestos de quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerciera el comercio: las demás hipótesis se fueron agregando a lo largo de una evolución legislativa impuesta por las nuevas realidades jurídicas del comercio.

La circunstancia de que las personas enunciadas no puedan ser consideradas autores de los delitos castigados por los art. 176 y 177, CP.; ya que no se trata del “comerciante declarado en quiebra”, y el hecho de que son ellas las que realizan los actos con relación a la quiebra o liquidación de la entidades mencionadas, ha determinado la creación de un verdadero tipo autónomo.

Este tipo deja de lado el principio de la responsabilidad penal de los representantes de las personas jurídicas cuando los actos realizado en ella son delictivos, ya que incluye a los contadores y tenedores de libros que no tienen ese carácter de representantes, lo cual no deja de ser una solución criticable. Pues la situación de ellos hubiera quedado perfectamente cubierta por los principios generales de la participación (Núñez); además, veremos también que estos mismos principios sufren aquí excepciones.

Personas jurídicas incluidas: requisitos del delito: Los casos comprendidos en el tipo son: quiebra de una sociedad comercial; quiebra de una persona jurídica que ejerza el comercio; liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera (art. 256, ley 19551); quiebra (art. 2°, ley 19551) de una sociedad cooperativa o de una mutual. En los supuestos de quiebra el delito requiere la declaración de quiebra, en los de liquidación sin quiebra basta la apertura del procedimiento de liquidación, como taxativamente lo expresa la misma ley.

Quedan excluidas las sociedades no comerciales, aunque la ley pudiera autorizar su declaración de quiebra, y las sociedades comerciales colectivas o en comandita que carezcan de personería jurídica: en estos últimos casos, puesto que los socios son comerciantes, la punibilidad de ellos queda cubierta por los art. 176 y 177, CP., sin necesidad de recurrir a la extensión formulada por el art. 178 CP.

Autores: Tratase de delito propio o especial, en que solo puede ser autor alguna de las personas enunciadas en el tipo: directores, síndicos, administradores, miembros de comisiones fiscalizadoras o de vigilancia, gerentes, contadores y tenedores de libros. Otras personas que acuden en la entidad, peor que no tengan esos cargos, solo podrán ser sancionados a titulo de partícipes. esas calidades deben ostentarlas los autores en el momento en que ejecutan los actos de fraude del art. 176 o los dolosos o culposos del art. 177, siendo indiferente que hayan cesado en los cargos antes de que se produzca la declaración de quiebra o se abra el procedimiento de liquidación sin quiebra.

La acción típica: Es la de cooperar a la ejecución de alguno de los actos aquí se refieren los art. 176 y 177, C.P., el hecho de que todo grado de cooperación quede comprendido en el tipo, deroga en el los principios generales de la participación: cualquiera que se a el carácter de la intervención en esos actos, siempre que importen ejecución de ellos, desde la autoría hasta la participación secundaria de las personas indicadas, la ley las coloca en un plano de igualdad con respecto a la punibilidad., quedan excluidos los instigadores y los auxiliares subsecuents, ya que ellos no cooperan en la ejecución.

La circunstancia de que la palabra cooperación implique convergencia intencional con el acto de otro, ni excluye la actuación unipersonal (como puede ser el acto de especulación ruinosa de un gerente con suficiente poder para disponerlo), ni la cooperación en un acto que culposamente determine la quiebra de la entidad colectiva, ya que este requiere la voluntariedad de la actuación de los componentes de los órganos plurales de ella y es con respecto a esta voluntariedad que se debe dar al coincidencia.

Pero lo que deroga el tipo es la unidad de la culpabilidad: si para algunas de las personas enunciadas el acto puede quedar comprendido en el art. 176 CP., las que hayan “cooperado” en la ejecución de el por simple negligencia, es decir, por culpa, responderán en los términos del art. 177 CP., el principio en virtud del cual no haya participación culposas en delito doloso, no queda desconocido y cada uno responde según los terminos de su propia culpabilidad. Los actos típicos pueden realizarse tanto en interés de la persona colectiva, como en interés del agente que los lleva a cabo: pero cuando el acto se realiza en interés del agente o de un tercero en contra de los intereses de aquella, si el hecho importa otro delito (como podría ser una defraudación),. Podrá concurrir realmente con el de del art. 178 CP.

Culpabilidad: La culpabilidad no ofrece dificultades: se refiere a la propia de cada uno de los tipos de los art. 176 o 177, según sea el caso

IV- CONCURSO CIVIL FRAUDULENTO

El texto legal fundamentos: El art. 179 párr. 1° CP., reprime con prisión de uno a cuatro años, al “deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el art. 176”.

También la circunstancia de que el no comerciante no pueda ser autor de los delitos previstos por los art. 176 y 177 (justamente por ausencia de su calidad de comerciante), ha conducido a la creación de esta particular figura, en que el procedimiento concursal que se toma en cuenta no es ya la quiebra sino el concurso civil, que es el que corresponde al deudor que no posee aquella calidad.

Acciones típicas: Pero lo que se pune es la realización de alguno de los actos previstos en el art. 176 para defraudar a los acreedores. Por lo tanto el deudor no comerciante ante o después de la apertura del concurso civil (“hubiere cometido cometiere”, dice la ley), tiene que haber simulado o supuesto deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas, o no justificado la salida o existencia de bienes que debiera tener, o haber concedido ventajas a cualquier acreedor, basta con que el autor haya actuado con la intención de defraudar a sus acreedores, apareciendo en este tipo, con mucha mayor claridad que en el art. 176, que se trata de una dirección subjetiva de la acción que no necesita traducirse en un perjuicio efectivo para los acreedores, siempre que los actos hayan menoscabado la completitud del patrimonio del deudor en forma real o simulada. La taxativa remisión de la ley excluye de la punibilidad los actos dolosos o culposos del deudor civil que la determinan para el comerciante en los términos del art. 177, CP.

Autor: Solo puede serlo el no comerciante concursado civilmente. No existiendo respecto del concurso civil una norma como la del art. 178 CP., los representantes de una sociedad civil concursada que hayan realizado alguno de los actos previstos por el art. 176 no son deudores punibles en este capítulo, sin perjuicio de que se los pueda introducir en los cuadros de las defraudaciones.

Hay que señalar que el auto de apertura del concurso civil equivale aquí a la declaración de quiebra del art. 176 y cumple las mismas funciones: como presupuesto del delito, ya que su existencia depende de su vigencia firme, y como característica calificadora del autor.

Culpabilidad: En cuanto a la culpabilidad típica, se da ella en los mismos términos que en el delito previsto por el art. 176 CP.

IV-COLUSION

Figuras contempladas: Característica común: Son dos, como veremos, las figuras contempladas en el art. 180 CP., ambas tienen en cuenta una connivencia dolosa que, eventualmente puede perjudicar a la masa de acreedores mediante la adopción de procedimientos que detiene el progreso del proceso concursal o lo extinguen.

A) CONNIVENCIA DEL ACREEDOR

Texto legal: El art. 180 párr. 1° CP., reprime con prisión de un mes a un año al “acreedor que consistiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción”.

Acción típica: es la de consentir en un acuerdo preventivo o resolutorio o en un convenio o transacción, en connivencia con el deudor o un tercero que implique la estipulación de ventajas especiales para el agente si el acuerdo, convenio o transacción es aceptado en el juicio concursal.

El delito requiere, de parte del agente (acreedor), una doble actividad: convenir con el deudor o el tercero ventajas especiales para el caso de la aceptación del acuerdo, convenio o transacción y después prestar su consentimiento válido en el juicio para que ese acuerdo, convenio o transacción sea aceptado. En concreto, lo que la gente promete como contraprestación de las ventajas especiales que se le otorgan, es su apoyo para que el acuerdo, convenio o transacción se apruebe.

El acuerdo fraudulento: La connivencia, pues, es un acuerdo fraudulento dirigido a impedir- a espaldas de los demás acreedores- la continuación del juicio concursal o a extinguir sus efectos ejecutivos.

El convenio no exige formalidades de ninguna especie; puede ser escrito o verbal; basta con que se acredite su existencia. Pero tiene que contener ventajas especiales para el acreedor que va a dar su voto favorable al acuerdo, convenio o transacción, condicionadas a la aceptación de estos en el juicio por parte de la masa de acreedores. Esas ventajas están integradas por beneficios de cualquier índole, pero su atención no debe estar a cargo de los bienes que integran el patrimonio garantizador de la masa (puesto que si ello ocurriera se trataría de las ventajas indebidas punidas por los art. 176 y 179 CP), sino de bienes del deudor que están excluidos de ese patrimonio afectado al procedimiento concursal o de los que le queden una vez liberado, o de bienes de terceros. La ventaja es especial ya que se otorga exclusivamente al acreedor confabulado.

Como se ve, la connivencia es el motivo del voto corrupto del acreedor: no se da el tipo cuando la ventaja se otorga al acreedor que ya ha votado, como agradecimiento por su intervención.

Consumación y tentativa: Típicamente el acreedor consiente el acuerdo, convenio o transacción cuando vota favorablemente por ellos en el correspondiente acto procesal y es en ese momento cuando se produce la consumación. Esta no requiere que se acepte el acuerdo, convenio o transacción: es suficiente la dación del voto favorable en virtud de la connivencia estimuladora de la ventaja especial. Menos todavía es necesario que el deudor o el tercero cumplan con la promesa del otorgamiento de la ventaja. La estipulación, sin que se haya llegado a producir la dación del voto favorable al acuerdo, convenio o transacción del agente, puede constituir tentativa, que sería impune si el voto no se llegara a dar por desistimiento del propio acreedor de cumplir con lo prometido por el en la estipulación fraudulenta.

Autoría: El hecho de que aquel a quien la norma pune específicamente sea el acreedor no deja a este solo en la autoría, pues estando integrada la acción por una connivencia con el deudor o con un tercero, estos, más que cómplices, son codeincentes: sin embargo es un delito “de participación necesaria”, que presenta una particularidad: en tanto que para el acreedor el delito se consuma con su voto, para el deudor o el tercero se consumaría con la actividad típica de la estipulación; a su respecto sería inadmisibles la tentativa, pues sus intervenciones típicas están completas aunque el acreedor no haya llegado a votar favorablemente. Esta solución, aparentemente extraña desde el punto de vista dogmático, motivo que la situación del deudor fuese contemplada autónomamente en el párr. 2° del art. Pero como no ocurre lo mismo con el tercero, su responsabilidad se rige por las reglas generales de la participación: es por tanto, un cómplice principal, cuya punibilidad dependerá del grado que haya alcanzado la acción del acreedor.

Culpabilidad: Como el fin del delito está constituido esencialmente por la compra y la venta del voto corrupto, la culpabilidad típica exige un dolo directo.

CONNIVENCIA DEL DEUDOR Y REPRESENTANTE DE PERSONA JURÍDICA

El texto legal: El art. 80, párr. 2º CP., dispone la misma pena que en el delito anterior para “todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluye un convenio de este género”.

Carácter del delito: Las particularidades de la codelincuencia del deudor, a la que ya hicimos referencia, motiva su tratamiento especial en esta disposición. La específica referencia a los representantes de las personas jurídicas comprometidas en procedimientos concursales se justifica, ya que siendo ellos los que pueden concluir convenios de la índole de los punidos y no siendo los “deudores” su situación podía plantear dudas a su respecto la norma cumple la misma función que el art. 178 CP., respecto de los art. 176 y 177.

Consumación y tentativa: Ya adelantamos que aquí la consumación se da con la conclusión del convenio, sin que sea necesaria la posterior actividad del acreedor de otorgar el voto favorable, así como que es inadmisibles la tentativa.

Culpabilidad: La distinta estructura del tipo en cuanto a la consumación no cambia la naturaleza de la culpabilidad que es la misma que vimos en el delito anterior.

RESUMEN PENAL 3 CAPITULO XIII

ENCUBRIMIENTO

Autonomía del encubrimiento: Bien protegido: Aunque las situaciones de encubrimiento se relacionan necesariamente con delitos cometidos por terceros, la autonomía del capítulo se explica, ya que la actividad del encubridor no se une causalmente –ni objetiva ni subjetivamente– a la del sujeto encubierto. Si tal vinculación existiere, aunque fuese estrictamente subjetiva (promesa de encubrir un delito que se va a cometer), la conducta del encubridor pasaría a ser una participación en el delito del tercero.

También aquí el bien jurídico protegido es la administración de justicia, cuya actividad en la individualización de los autores y partícipes de delitos, o en la recuperación de los objetos, puede verse perturbada por la conducta del encubridor.

La estructura del capítulo procede de la ley 17567, de donde lo tomo la vigencia (ley 23468), ya que el texto original preveía todas las situaciones de encubrimiento en una sola norma (la del art. 277), texto que habría vuelto a aplicarse con la ley 23077.

I- FAVORECIMIENTO

A)- FAVORECIMIENTO PERSONAL

El texto legal: El art. 277, inc. 1º del CP, reprime con prisión de seis meses a tres años al que sin promesa anterior después de la ejecución del delito, “ayudare a alguien a cubrir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de esta, u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo”.

Presupuestos del delito: Estos presupuestos están expresamente enunciados: debe haberse cometido un delito en el que el agente no haya participado y no debe haber mediado una promesa anterior de ayudar con el favorecimiento.

Tiene que haber mediado un delito, es decir, un hecho penalmente típico, según las previsiones del CP, sus leyes complementarias o leyes especiales (aunque alguna doctrina pretendió excluir estas últimas). No quedan comprendidas las faltas ni los ilícitos de naturaleza no penal. No importe ni la especie del delito precedente, que puede ser doloso o culposo, ni cual haya sido la intervención del favorecido en el (pudo haber sido autor o cómplice, o se puede encubrir una tentativa); pero casi esta de mas aclarar que tiene que ser un delito que realmente haya intervenido el, no es típico. Por supuesto que ninguna influencia tiene en la tipicidad del encubrimiento, el hecho de que el favorecido no resulte condenado por el delito que se le atribuye, o resulte excluido de la punibilidad por cualquier circunstancia que no sea la de atipicidad o falta de autoría (por ej. Mediar una excusa absolutoria). Tampoco obsta la castigo del encubrimiento la falta de conocimiento de la calificación del delito, si el encubridor sabe que este existió como hecho concreto.

A ese presupuesto de la existencia de un delito a cuyo autor o partícipe se favorece, debe sumarse la condición negativa de que no se haya dado participación de su favorecedor, lo cual esta indicado en la ley por medio de dos pautas: los actos de favorecimiento deben ser posteriores a la ejecución del delito precedente (después de la ejecución) y no tiene que haber mediado promesa de realizar los actos de favorecimiento formulada antes o durante la ejecución de aquel. La conducta encubridora es posterior al delito cuando se produce después de la ejecución de el o cuando los actos que constituyen su tentativa han dejado de producirse; la conducta favorecedora que se presta antes de esos momentos queda comprendida en la complicidad, aunque solo una parte de ella se preste durante la secuencia del hecho. En cuanto a la segunda condición, indica que quedan fuera del encubrimiento y dentro de la complicidad los actos de favorecimiento que, aunque prestados después de la consumación del hecho o de la cesación de su tentativa, respondan a una promesa de realizarlos producida antes que el favorecido comenzase su actividad delictiva o mientras estuviere llevándola a cabo.

Acción típica. Ayuda: La acción material de favorecimiento personal se prevé en la ley en una forma positiva y en otra negativa. La positiva consiste en la ayuda prestada para eludir las investigaciones de la autoridad o para sustraerse a la acción de esta. Por ayuda se entiende toda conducta que facilite o haga posible que el favorecido pueda eludir las investigaciones o sustraerse a la acción de la autoridad, en tanto se constituya en una actividad del agente de carácter material (no quedan comprendidas ni las omisiones ni los apoyos de índole moral, como los consejos). La ayuda debe prestarse a quien haya intervenido en el delito precedente en cualquier carácter, la destinada a favorecer a quien no ha intervenido en el delito (por ej. A un testigo del hecho) para eludir su individualización o sustraerle a la acción de la autoridad tampoco es típica (aunque en algunos casos puede constituir un favorecimiento real) pero es indiferente que el favorecido se aun ya condenado por el delito, y procesado, un imputado o un simple sospechado, hasta quien, habiendo intervenido en el delito, no ha sido individualizado como tal. Este favorecimiento es una conducta propia del agente que ni siquiera necesita ser conocida por el favorecido para ser típica, si tiende a la consecución de las finalidades previstas por la ley: eludir las investigaciones de la autoridad encaminadas a descubrir los autores de los hechos o sus partícipes en otros grados, determinando las correspondientes responsabilidades (aunque las investigaciones no estén todavía en curso cuando se presta la ayuda) o sustraer al favorecido la acción de la autoridad, es decir, impedir que consiga llegar a el por cualquier medio (ocultamiento, facilitamiento de gta etc.).

Omisión de denuncia: La forma negativa del favorecimiento es conocida por la denominación omisión de denuncia. Como cualquier delito de omisión, solo puede cometerlo quien está jurídicamente obligado a observar la conducta que no realiza. La ley vigente únicamente se refiere a los casos en que el agente tiene la obligación- legalmente impuesta- de impuesta- de denunciar el delito que ha conocido a la autoridad competente para recibir denuncias (el texto anterior era más amplio, pues describía la conducta como la de dejar de comunicar las noticias referentes al delito a cualquier autoridad). Congruentemente, la omisión de denunciar no queda obviada por la comunicación a la autoridad que no es competente para recibir denuncias, aunque esa autoridad esté, a su vez, obligada a denunciar.

B) FAVORECIMIENTO REAL

El texto legal : EL art. 277, inc. 2º., Reprime con las mismas penas y condiciones que en el caso anterior al que “procurare o ayudare a alguien a procurar la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o a asegurar el producto o el provecho del mismo.”

Acción típica: La acción típica asume una doble modalidad: la de procurar (hecho principal) y la de ayudar (hecho accesorio del cometido por un tercero, que puede ser el que comete el favorecimiento como hecho principal o un partícipe en el delito la que se trata de favorecer ayudándolo), implicando esta última derogación de los principios generales de la participación.

Procurar no es lograr, no es hacer desaparecer, ocultar, alterar, etc. sino tratar de conseguirlo; es pues un delito de actividad, no de resultado. Por supuesto que cuando la finalidad se ha logrado, por razones obvias (antes de lograr se ha procurado), el hecho no pierde su carácter típico, pero para este es suficiente con que se haya procurado o ayudado a procurar.

Aspectos subjetivos: La finalidad: Las acciones tienen que estar guiadas por finalidades taxativamente enunciadas en la norma. La de hacer desaparecer puede procurarse por medio de la destrucción del objeto o quitándolo de la esfera en que pueda ser empleado por la autoridad. Ocultar implica, como vimos, la disimulación del objeto. Alterarlo es cambiarlo o modificarlo en la medida imprescindible para entorpecer de ese modo su empleo por la autoridad para determinar responsabilidades. Los objetos a que se refieren estas finalidades son los rastros, en cuanto vestigios materiales dejados por el delito, instrumentos en cuanto medios materiales usados para ejecutar el hecho (art. 23 CP) y las pruebas, de cualquier naturaleza que fueren (cosas, documentos, etc.), incluidas las personas (por ej. Un testigo, sin perjuicio de los delitos que contra su persona se puedan perpetrar, contra la libertad o contra la vida).

La ley agrega a las apuntadas otra finalidad que lleva a la tipicidad de la acción: la de asegurar el producto o el provecho del delito. Productos son los efectos que se han obtenido directamente del delito (la moneda falsa, el ganado hurtado); provecho es lo que el autor o partícipe ha logrado por medio del producto del delito de lo hurtado) o de su realización (lo recibido por cometerlo). La acción de asegurar tiende a la preservación de esos objetos en beneficio del autor o partícipe del delito, para que lo se mantenga en su esfera de disposición o los utilice según su naturaleza, pero siempre procurando favorecerlo ante la actual o eventual actividad de la autoridad.

La acción de procurar exige sin duda la estricta intencionalidad del autor en orden a determinados logros: quien en procura algo, trata de conseguirlo; quien ayuda a procurar algo, tiende a que se lo consiga; debe darse, pues un querer específico de hacer desaparecer entorpecer la actividad de la autoridad. Esto no es una exigencia explícita en el tipo, peor puesto que se trata de delitos contra la Administración y del particular capítulo de los encubrimientos, ello tiene que ser una repercusión de la acción que, aunque no haya estado presente en el autor como finalidad específica, al menos debe haberlo estado como una consecuencia probable.. El favorecimiento real, por lo tanto, será compatible con el dolo eventual de entorpecer la actividad de la autoridad, aunque la conducta tendrá que estar intencionalmente dirigida en forma directa al logro de los resultados taxativamente enunciados en la figura (hacer desaparecer, alterar, ocultar, asegurar).

Presupuestos. Remisión: Pero lo que si se requiere explícitamente son los mismos presupuestos que para el favorecimiento personal; la ausencia de promesas anteriores y la existencia de un delito ya ejecutado.

Consumación: Es un delito de actividad que se consuma con la conducta del autor, que implica procurar los resultados enunciados, aunque no se logren. Oportunamente. Carrara había hablado de la posibilidad de tentativa, pero no es ella imaginable con la estructura de nuestro tipo penal el cual cualquier acto ejecutivo importa consumación, puesto que con este ya se procuran algunos de los resultados enunciados.

Autor: En el aspecto de la autoría dijimos que se derogan las reglas generales de la participación, puesto que el cómplice, (quien ayuda a procurar) es tratado expresamente en paridad de condiciones con el autor.

Culpabilidad: Al hablar del aspecto subjetivo del tipo señalamos como se conjuga aquí el dolo directo en pos de los resultados determinados por la disposición con las posibilidades de un dolo eventual (que, por supuesto, puede ser también directo), en lo que se refiere al entorpecimiento de la actividad de la autoridad. Además,, los presupuestos requeridos- al igual que en el favorecimiento personal. Indican que para el delito se debe dar en el agente el conocimiento de la perpetración del delito precedente y, consecuentemente, el conocimiento de la relación de los objetos (rastros, pruebas, productos, etc.) con aquel; también aquí la duda o sospecha equivale a ese conocimiento.

II- RECEPCIÓN

Carácter común: Si los hechos de favorecimiento tienden a librar al favorecido de las persecuciones de la autoridad. Los de recepción se refieren a quitar las cosas obtenidas por el delito que se encubre, de las posibilidades que aquella autoridad puede tener para localizarlas y recuperarlas.

CAPÍTULO VI

COHECHO

El bien jurídico protegido: Los delitos que a continuación estudiaremos castigan la venalidad del funcionario público, procurando proteger el funcionamiento normal de la Administración, que puede verse amenazado por la sola existencia de aquella, sin consideración a la licitud o ilicitud del acto así motivado; la venalidad, aun ejercida en relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento.

El art. 36 de la CN en la reforma del 1994: Al comentar los delitos contra la propiedad hemos mencionado algunas de las cuestiones que atañen a la inclusión de parr. 5º del nuevo art. 36 CN; es evidente que su aplicación más específica ocupara el espacio de los delitos contra la Administración relacionados con la venalidad de los funcionarios públicos, los referidos al cohecho y en los cap. VII, VIII, IX y IX bis, sin perjuicio de que se extienda a otros delitos de la misma naturaleza.

Como se advirtió, la reforma de la norma constitucional al tiempo de inhabilita con que la leyes determinen la tornan inoperante, en tanto la ley penal no tipifique expresamente esa pean para la concreta conducta prohibida. Pero como cualquier reforma futura tendrá que considerar el principio para enmarcarse en la norma constitucional, es conveniente determinar su contenido. la sanción de inhabilitación especial que se prevé (“para ocupar cargos o empleos públicos”), es aplicable a los delitos contra el estado; ello se entiende en el sentido de que sea el estado el sujeto pasivo típico, o sea titular del bien jurídico comprometido por el delito, como organismo o como representante de la comunidad, en ciertos casos, no bastando con que pueda resultar damnificado sin reunir aquella característica. Se debe tratar de un grave delito doloso. Si tenemos en cuenta el argumento que puede extraerse del resto del texto, la gravedad del delito parece estar signada por la importancia del daño económico producido por el, que debe quedar librado al prudente arbitrio del juez.

El delito tiene que haber conllevado enriquecimiento; la expresión conllevar indica que el enriquecimiento tiene que ser una consecuencia (directa o indirecta, pero siempre de manera causal) del daño inferido al estado. Ante la indiferenciación de la norma, el enriquecimiento puede ser para los autores u otros partícipes en el delito, así como para terceros.

I- COECHO PASIVO

El texto legal: El art. 256 del CP reprime con prisión de seis meses a dos años o reclusión de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tres a diez años al “funcionario publico que por si o por persona interpuesta recibiere dinero o cualquier otra dadiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones. (art. 256 bis reformado 199, ver).

Acción típica: Estamos ante un delito de acción bilateral que presenta una codelincuencia necesaria, ya que no puede existir cohecho pasivo si no ha existido cohecho activo, es decir, sin que alguien ofrezca o prometa algo con las finalidades mencionadas en la ley. Pero la punibilidad de esta delincuencia esta configurada en otra norma, la del art. 258; aunque ella se satisface con la acción propia del codelincuente en su significado material, no es imprescindible que su conducta sirva de sustento a una responsabilidad penal: el codelincuente puede haber actuado inculpablemente y, sin embargo, su actividad igual puede servir como presupuesto del cohecho pasivo.

Las acciones objetivamente descriptas en el tipo son de dos órdenes: recibir dinero o cualquier otra dadiva o aceptar una promesa. Recibe el que entra en la tenencia material del objeto que se le entrega. Acepta quien admite recibir en el futuro lo que se le promete.

Objetos que se reciben: El objeto que el funcionario recibe puede estar constituido por dinero o por cualquier otra dadiva. Dinero es el valor representado por la moneda de curso legal, nacional o extranjera, apta para el cambio monetario. Dadiva es cualquier otro objeto que pueda transferirse del dador al receptor, aunque se discute en la doctrina si el objeto que la constituye tiene que estar dotado, necesariamente, de valor económico, una gran corriente de la doctrina exige esta característica; otros, por el contrario, consideran que todo aquello que constituya beneficio, que se identifique con algo codiciable para el receptor, es una dadiva, aunque no se le pueda asignar un valor económico. En realidad, reducir la dadiva a los objetos dotados de valor económico implica dejar al margen de la punibilidad conductas tanto o más venales que otras, peor lo que no hay que olvidar es que la expresión dadiva indica la existencia de algo que se puede dar y recibir en sentido material; por lo tanto, si lo que se da son objetos que pueden darse y recibirse, extremos ante la presencia de la dadiva típica, peor si solo se suministra la satisfacción o el goce de ciertos deseos al margen de toda materialidad, no se podrá llegar a esta conclusión.

La entidad o medida de valor del dinero o de la dadiva es irrelevante a los fines de la tipicidad; no tiene por que guardar proporción con la importancia del acto esperado del funcionario, respecto del cual puede ser infimo o absurdamente desproporcionado, ya que lo que interesa es que constituya el precio de la actividad o inactividad de aquel.

Adaptación de la promesa: Lo que se puede aceptar es una promesa. La doctrina parece haber llegado a la conclusión de que esta no puede referirse ama que a los objetos materiales antes mencionados, es decir, que el contenido de la promesa tiene que ser dinero y otra dadiva. La promesa puede ser directa o indirecta, según se la formule explícita o implícitamente (por ej. La que sin estar dirigida a un determinado funcionario se formula indistintamente a cualquier funcionario que adopte una determinada actitud funcional).

La persona interpuesta: Las acciones de recibir o aceptar puede realizarlas el funcionario por si o por personas interpuesta; es decir, personalmente o por intermedio de un tercero que aparezca como personero del funcionario, o como falso destinatario de lao ofrecido o prometido. La referencia de la ley a la persona interpuesta no es simplemente material, sino una referencia en orden a la participación, quien no sea participe dela gente no tendrá ese carácter, pero aun va mas allá; tampoco es persona interpuesta el simple participe en grado de complicidad (por ej. Quien se limita a recibir el dinero para entregárselo al funcionario), sino el que se haga aparecer, a los ojos de terceros, como el destinatario del beneficio. La mención de la ley a la persona interpuesta remite, pues a una forma muy especial de participación; de otro modo, dogmáticamente seria inútil, ya que bastaría aplicar los principios de la participación para comprenderla.

El elemento subjetivo: Las “Formas” del delito: El delito reclama un verdadero acuerdo- explícito o implícito- entre el oferente y el funcionario; el uno al dar u ofrecer el otro al recibir o aceptar, tienen que tener en vista las mismas finalidades; que el funcionario haga o deje de hacer algo concerniente a sus funciones, o haga valer su influencia funcional ante otro funcionario para que este haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Tal estructura del elemento subjetivo indica también que la convergencia de ambas voluntades tiene que hacerse sobre un acto u omisión futuros; se da y se recibe, se ofrece y se acepta, para actuar u omitir, no por haber actuado u omitido. La dadiva entregada para retribuir una conducta funcional ya adoptada por el funcionario no cae dentro de los limites del cohecho, (diferencia de lo que ocurre en otros derechos). Además, el acuerdo tiene que versar sobre hechos determinados, pero no se trata aquí de una solución terminante y absoluta, sin que requiera algunas precisiones, cuando la oferta aceptada o la dadiva recibida apunten a la realización de un hecho propio de la competencia funcional y debido según las leyes y reglamentos, es decir, formal y sustancialmente licito, el principio será exacto; pero cuando el objeto o la entrega se refieran a la realización de actos sustancialmente ilícitos, no parece que sea correcto sostener idéntica apreciación. El funcionario que acepta una promesa o recibe algo para asumir conductas abusivas en cualquier ocasión

que le toque actuar funcionalmente en uso de su competencia, aunque las tales no sean específicamente determinadas al concertarse el pacto, no quedara marginado de la punibilidad del art. 256.

Al acto cuya realización o cuya omisión toma en cuenta el tercero al dar u ofrecer y el agente al recibir o aceptar, tiene que ser de la competencia material de este ultimo: perteneciendo a ella, poco importa que se refiera a las relaciones de la Administración con los administrados o a las relaciones internas de la Administración, y que, dentro de esa competencia, se pretenda un acto lícito o uno ilícito (en otros derechos se distinguen dos tipos distintos según la licitud o ilicitud de lo pretendido).

VERRRRRRRRRR

CAPITULO XII

FALSO TESTIMONIO

Finalidades de la protección legal: El correcto funcionamiento de la justicia depende del acierto de las decisiones de los magistrados sobre la verdad histórica de los hechos juzgados.

El cambio de rubro y las derogaciones: La ley 23077 ha vuelto al rubro original del Código de falso testimonio que condice con su actual contenido, ya que al haberse derogado los art. 276 bis (calumnia judicial) y 276 ter (simulación de delito), no cabe el de denuncias y testimonios falsos que empleaba la ley 21338, siguiendo a la ley 17567.

I- FALSO TESTIMONIO

A- FIGURA BASICA

El texto legal: el bien jurídico: El parr. 1° del art. 275 dice: “Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o interprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente”. Ya dijimos que aquí se protege el correcto funcionamiento de la administración de justicia, procurando evitar la construcción errónea de los juicios históricos que pueden formarse los jueces por los datos incorrectos que se les proporcionen.

Acciones típicas: Afirma una falsedad quien expresa como verdadero lo que no lo es; afirma el que asegura, no quien presenta lo que sabe que no es verdadero como mera posibilidad, aunque este puede caer en las formas de reticencia que mas adelante veremos: no es indispensable que la falsedad sea total, basta con que se agregue a lo verdadero algo que sea falso, de tal modo que se modifique el sentido de lo que es verdadero, y que pueda influir en el juicio del que tiene que juzgar. Negar la verdad es una afirmación falsa al revés: se afirma que no es verdadero un hecho que se sabe que lo es: no es simplemente negar que se sabe (que es una forma de callar), sino negar lo que se sabe. Callar la verdad, por el contrario, es dejar de afirmar lo que se sabe (omisión), como negar que se sabe algo que en realidad se sabe (acción); lo uno es reticencia e implica silencio, esto es, la afirmación de que no se sabe lo que ocurrió.

Teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, el falso testimonio se puede cometer en aquellos actos por medio de los cuales el agente cumple su deber de testigo, perito, intérprete o traductor; tienen que ser actos formales y sustancialmente idóneos para introducir un error relevante en la estimación que debe realizar el juez. Al respecto, y sin perjuicio de otros recaudos que puedan completar esta característica, la ley enuncia un requisito del acto que atañe a ella y que integra el tipo: la autoridad ante quien se cumple la acción.

La autoridad competente mencionada por la ley es la que, de conformidad con las leyes y reglamentos, esta facultada para recibir declaraciones, requerir informes o disponer interpretaciones o traducciones a fin de resolver un conflicto de carácter jurídico: cuando los actos se requieren con otras finalidades (por ej. Un peritaje para decidir sobre una opción técnica en una obra pública), la falsedad puede ser perseguida por otras figuras, pero no como falso testimonio. Dándose aquella competencia y que el acto sea requerido con la finalidad de resolver un conflicto de naturaleza jurisdiccional cualquier autoridad pública puede considerarse comprendida, ya que la ley no hace distinciones (por ej. Falsedad que se produce ante el instructor de un sumario administrativo), aunque las opiniones no son acordes al respecto. Hasta puede producirse la falsedad compuestos, pues ellos, aunque elegidos por las partes, pueden tener que fundamentar sus decisiones en determinadas realidades históricas que les suministre el agente e inviten una autoridad que procede de la ley (en este sentido no dejan de ser autoridades públicas).

La fórmula vigente ya no contiene, como exigencia típica, que el agente haya consumado la falsedad, encontrándose bajo juramento o promesa de decir verdad. En realidad el testimonio, la traducción o la interpretación falsos resultan punibles cuando han sido producidos con las formalidades impuestas por las leyes y que se requieren para que tales actos produzcan efectos procesales. Partiendo de allí sostuvo Núñez que es “una exigencia innecesaria porque, o la naturaleza procesal del acto demandaba esas formalidades cuando la ley imponía, o la ley de fondo, incursionando en materia procesal, imponía una formalidad de la que, soberanamente, podía prescindir la ley procesal para atribuirle validez al acto”. Esta afirmación nos demuestra que se trata de una exigencia que puede ser errónea, pero que no carecía de efectos, en aquellos casos en que la ley procesal no requiera, para la validez del acto, el juramento o la promesa de decir verdad, si la ley penal trae la exigencia como elemento del tipo, por más falsas que la declaración, traducción o interpretación fueren, no podrán servir de base para la punibilidad. Tal cosa no ocurre con el texto original del Código, nuevamente vigente, aunque no falto doctrina que trato de limitar el tipo incluyendo en el, por vía de interpretación, aquella exigencia.

Hechos sobre los que debe recaer la falsedad: En principio, la falsedad tiene que recaer sobre hechos o circunstancias que pueden alterar la comprensión en quien los estime con fines decisivos; la falsedad tiene que encarnar una amenaza para la certeza del juicio a formular, o sea, tiene que recaer sobre algo capaz de influir en ello como elemento probatorio, aunque se trate de circunstancias accidentales; quedan, pues, fuera del tipo las falsedades que incidan sobre circunstancias que no pueden influir en aquel juicio (por ej. Sobre el color de la ropa de la víctima, cuando ello para nada importa en la solución del caso). Con este criterio se resuelven problemas que han dividido a la doctrina (por ej. Sobre mentiras acerca de las generales de la ley, cuyo carácter típico depende de la influencia que puedan ellas tener sobre el juicio de la autoridad en la decisión del conflicto).

Aspecto subjetivo: el falso testimonio no se da en la oposición entre lo afirmado, negado o callado y lo que objetivamente es verdad, sino en la oposición de aquello con lo que el autor conoce como verdad, en el, lo falso no es lo contrario de lo exacto, no es una discordancia con los hechos, sino con lo que el agente percibió de tales hechos: la discrepancia entre los hechos referidos, o los negados o los callados, con los sabidos. Por eso no se comete falso

testimonio solamente con afirmar algo objetivamente no exacto, sino con afirmar algo que el agente conoce que es inexacto o en negar o callar algo que conoce como exacto, aunque no lo sea.

Pero la doctrina ha dudado si se da el tipo cuando lo subjetivamente falso coincide con la realidad, es decir, en aquellos casos en que el agente cree afirmar algo no ocurrido, cuando en realidad ha ocurrido, o negar o callar algo que ha ocurrido cuando realmente no ha ocurrido. Carrara creyó que igualmente comete falso testimonio (“esta mintiendo a su propia conciencia”), y entre nosotros esa apreciación ha sido aceptada (Moreno, Núñez) y consagrada por la jurisprudencia, para otros, lo que es subjetivamente falso pero objetivamente verdadero, no constituye falso testimonio, pues no puede atentar contra el bien jurídico protegido (Marsich; entre nosotros Oderigo y Fontan Balestra); sin embargo, este argumento no es tan valioso como se piensa que el bien jurídico protegido no es exclusivamente la verdad, sino fundamentalmente los medios a través de los cuales se llega a ella. Que también se ven vulnerados con la mentira del agente, aunque tenga una repercusión puramente subjetiva (salvo que desaparezca el valor procesal del medio).

Consumación: Se consuma en el momento en que se produce la declaración, el informe, la traducción o la interpretación ante la autoridad. En realidad, desde el punto de vista temporal, depende del perfeccionamiento del acto respectivo: cuando se trata de piezas escritas, la presentación consignada con el cargo o constancia de recepción, determina la consumación. Cuando las conductas del agente se observan en audiencias, la consumación se produce cuando se cierra el acto: pero tal afirmación tiene que entenderse en el sentido de que es cuando se clausura el acto respecto del agente, lo cual ocurre cuando este no puede ya hacer más uso de la facultad de ampliar o rectificar lo expuesto, aunque no haya finiquitado para otros intervinientes (por ej en un juicio oral).

La consumación se concreta independientemente de cualquier anterioridad de la causa o actuación (rectificaciones, aclaraciones, etc.). Aunque si puede tener influencia sobre ella la nulidad del acto, pues no pudiendo entonces tomarse en cuenta para la decisión, mal puede darse la idoneidad vulnerante de la mentira. Pero como se trata de un delito de actividad, toda otra circunstancia que evite la influencia de la falta de verdad en la construcción del juicio de la autoridad, no elude la responsabilidad del agente (por ej que el juez conozca la verdad por otros medios), . No es posible la tentativa.

Autores- Precedentemente, hemos dado los conceptos de testigo, perito, interprete y traductor, se ha negado la posibilidad de que tengan carácter de autores quienes declaran en causas propias o en hechos propios; lógicamente que cuando no son testigos (por ej. Imputado), esa apreciación es exacta; pero ese principio se ha llegado a toda persona a quien sus propias declaraciones pueden exponerla a sufrir perjuicio, lo cual no es absolutamente exacto. Desde que sigan siendo testigos, su conducta será típica, aunque ello no obsta para que su actuar sea justificado si con la falsedad tienden a evitar males para su persona y no hacen otra cosa que ejercer un derecho de defensa propia. Pero no pueden ser autores las personas respecto de quienes, por razones físicas o jurídicas (por ej. Casos de secreto profesional), las leyes procesales disponen que no pueden o no deben ser llamadas a declarar, las que según algunas leyes pueden declarar dentro de ciertas limitaciones, comentarían el falso testimonio en las declaraciones que la ley les permite formular.

No caben en el delito los testigos que no deponen sobre hechos históricos que han percibido con sus sentidos, sino que forman parte integrante de un acto que corroboran con su presencia (por ej, testigos de una escritura pública), su falsedad, en esos casos, solo permite incluirlos en las falsedades documentales.

Culpabilidad: De acuerdo con lo que hemos dicho al hablar del aspecto subjetivo, el dolo se apoya en el conocimiento de la discordancia entre lo que el agente considera que es verdad y lo que expone, así como en la voluntad de expresar lo que para él es falso. No requiere propósito específico alguno, fuera del contenido de esa voluntad. La conformación subjetiva de la tipicidad da un gran margen de operabilidad al error, incluso al que se origina en la misma culpa del agente.

B- FIGURAS AGRAVADAS

Falso testimonio en causa criminal: El texto actual del parr. 2º del art. 275 dice: “si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión”. En la ley 21338, la pena privativa de libertad tenía un mínimo de dos años y se refería al falso testimonio “cometido en un proceso penal”, lo que implicaba una mayor o amplitud del tipo, pues dentro del concepto de proceso penal podían quedar comprendidos los procesos por faltas o contravenciones, en cuanto en ellos pudiese recaer una pena; pero con la actual mención de causa criminal están cubiertos los procesos por delitos, exclusivamente.

Falso testimonio por soborno: El art. 276 parr, 1º, vigente, dispone que “la pena del testigo, perito o interprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravara con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida”.

No era este el sistema seguido por la ley 21338, que había optado por incluir como parr. 3º del art. 275 el siguiente: “Las penas precedentes se aumentarán en un tercio cuando el falso testimonio sea cometido mediante soborno”.

La cuestión actual que se suscita es determinar que quiere significar la ley cuando se refiere a la declaración prestada mediante cohecho. En realidad, la mención del cohecho nos remita a las especificaciones técnicas del art. 256; la declaración debe haber sido prestada, en la forma falsa que lo fue, en virtud de un acuerdo venal constituido por la dádiva o la promesa de un tercero para que el agente actuara de ese modo-. En ese sentido, el tipo es más restringido que el de la ley 21338, ya que este se refería a la comisión mediante soborno y el soborno, tal como venía definido en el art. 276 de dicha ley, tanto podía consistir en una dádiva como en cualquier otra ventaja, con el texto vigente solo quedan en la tipicidad las dádivas y, entre ellas las que, por lo menos, son económicamente mensurables, lo que también surge- con más amplitud aun- de la forma adoptada por la pena de multa.

La doctrina ha convenido en que la ley, cuando se refiere a la pena del simple testigo falso, lo hace tanto a la pena del parr. 1º, como a la del parr 2º del art. 275, con lo cual, si el falso testimonio por cohecho se ha cometido en causa criminal y en perjuicio del inculpado, el sobornante podrá ser castigado con la punibilidad agravada.

II- SOBORNO COMO DELITO AUTONOMO

Su derogación como figura autónoma: La ley 21338, siguiendo a la ley 17567, introdujo en el art. 276 un delito de soborno que presento con autonomía (reprimía con prisión de seis meses a tres años al “que ofreciere o prometiере una dádiva o cualquier otra ventaja a alguna de las penas a que se refiere el artículo anterior, para que cometa falso testimonio”). Tal autonomía ha desaparecido en el texto vigente (ley 23077) en el cual lo que se prevé en el art. 276, parr, 2º, es que “el sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso”, con lo cual la punibilidad del sobornante se ata a la comisión del falso testimonio agravado por cohecho, si el falso testimonio no se produce aquella punibilidad no existe. Por otra parte, esa falta de autonomía restringe la

conducta del sobornante a los términos del cohecho activo; ya no lo es el que ofrece cualquier ventaja, sino el que da o promueve una dádiva mensurable económicamente (Núñez).

CAPITULO XIII

ENCUBRIMIENTO

Autonomía del encubrimiento. Bien protegido: Aunque las situaciones de encubrimiento se relacionan necesariamente con delitos cometidos por terceros, la autonomía del capítulo se explica, ya que la actividad del encubridor no se une causalmente –ni objetiva ni subjetivamente- a la del sujeto encubierto. Si tal vinculación existiere, aunque fuese estrictamente subjetiva (promesa de encubrir un delito que se va a cometer), la conducta del encubridor pasaría a ser una participación en el delito del tercero.

También a que el bien jurídico protegido es la administración de justicia, cuya actividad en la individualización de los autores y partícipes de delitos, o en la recuperación de los objetos, puede verse perturbada por la conducta del encubridor.

I- FAVORECIMIENTO

A- FAVORECIMIENTO PERSONAL

El texto legal: El art. 277, inc. 1º, del CP, reprime con prisión de seis meses a tres años al que sin promesa anterior después de la ejecución del delito, “ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de esta, u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo”.

Presupuestos del delito: estos presupuestos están expresamente enunciados: debe haberse cometido un delito en el que el agente no haya participado y no debe haber mediado una promesa anterior de ayudar con el favorecimiento.

Tiene que haber mediado un delito, es decir, un hecho penalmente típico, según las previsiones del CP, sus leyes complementarias o leyes especiales (aunque alguna doctrina pretendió excluir estas últimas). No quedan comprendidos las faltas ni los ilícitos de naturaleza no penal. No importa ni la especie del delito precedente, que puede ser doloso o culposo, ni cual haya sido la intervención del favorecido en el 8pudo haber sido autor o cómplice, o se puede encubrir una tentativa); pero casi esta de mas aclarar que tiene que ser un delito que realmente haya existido: el favorecimiento del proseguido por un delito inexistente o en el que no haya intervenido el, no es típico. Por supuesto que ninguna influencia tiene en la tipicidad del encubrimiento, el hecho de que el favorecido no resulte condenado por el delito que se le atribuye, o resulte excluido de la punibilidad por cualquier circunstancia que no sea la de atipicidad o falta de autoría (por ej. Mediar una excusa absolutoria). Tampoco obsta al castigo del encubrimiento la falta de conocimiento de la calificación del delito, si el encubridor sabe que este existió como hecho concreto.

A ese presupuesto de la existencia de un delito a cuyo autor o partícipe se favorece, debe sumarse la condición negativa de que no se haya dado participación de su favorecedor, lo cual esta indicado en la ley por medio de dos pautas: los actos de favorecimiento deben ser posteriores a la ejecución del delito precedente (después de la ejecución) y no tiene que haber mediado promesa de realizar los actos de favorecimiento formulada antes o durante la ejecución de aquel. La conducta encubridora es posterior al delito cuando los actos que constituyen su tentativa han dejado de producirse, la conducta favorecedora que se presta antes de esos momentos queda comprendida en la complicidad, aunque solo una parte de ella se preste durante la secuencia del hecho. En cuanto a la segunda condición, indica que quedan fuera del encubrimiento y dentro de la complicidad los actos de favorecimiento que, aunque prestados después de la consumación del hecho o de la cesación de su tentativa, respondan a una promesa de realizarlos producida antes que el favorecido comenzase su actividad delictiva o mientras estuviere llevándola a cabo.

Acción típica. Ayuda: La acción material de favorecimiento personal se prevé en la ley en una forma positiva y en otra negativa. La positiva consiste en la ayuda prestada para eludir las investigaciones de la autoridad o para sustraerse a la acción de esta. Por ayuda se entiende toda conducta que facilite o haga posible que el favorecido pueda eludir las investigaciones o sustraerse a la acción de la autoridad, en cuanto se constituya en una actividad del agente de carácter material. (no quedan comprendidas ni las omisiones ni los apoyos de índole moral, como los consejos). La ayuda debe prestarse a quien haya intervenido en el delito precedente en cualquier carácter; la destinada a favorecer a quien no ha intervenido en el delito (por ej. a un testigo del hecho) para eludir su individualización o sustraerle a la acción de la autoridad tampoco es típica (aunque en algunos casos puede constituir un favorecimiento real). Pero es indiferente que el favorecido sea un ya condenado pero el delito, un procesado, un imputado o un simple sospechado, hasta quien, habiendo intervenido en el delito, no ha sido individualizado como tal. Este favorecimiento es una conducta propia del agente que ni siquiera necesita ser conocida por el favorecido para ser típica, si tiende a la consecución de las finalidades prevista por la ley.: eludir las investigaciones de la autoridad encaminadas a descubrir los autores de los hechos o sus partícipes en otros grados, determinando las correspondientes responsabilidades (aunque las investigaciones no estén todavía en curso cuando se presta la ayuda) o sustraer al favorecido de la acción de la autoridad, es decir, impedir que consiga llegar a el por cualquier medio (ocultamiento, facilitamiento de fuga, etc).

Omisión de denuncia: La forma negativa del favorecimiento es conocida por la denominación omisión de denuncia. Como cualquier delito de omisión, solo puede cometerlo quien esta jurídicamente obligado a observar la conducta que no realiza. La ley vigente únicamente se refiere a los casos en que el agente tiene la obligación –legalmente impuesta- de denunciara el delito que ha conocido a la autoridad competente para recibir denuncias (el texto anterior era mas amplio, pues describe la conducta como la de dejar de comunicar las noticias referentes al delito a cualquier autoridad). Congruentemente, la omisión de denunciar no queda obviada por la comunicación a la autoridad que no es competente para recibir denuncias, aunque esa autoridad este, a su vez, obligada a denunciar.

Consumación: En su forma positiva, el favorecimiento personal se consume con la prestación de la ayuda con las finalidades típicas, aunque no es necesario que se haya conseguido que el favorecido eluda efectivamente las investigaciones o se sustraiga a la acción de la autoridad. En su forma negativa se consume cuando ha vencido el termino legal o reglamentariamente fijado para formular la denuncia o cuando, no estando fijado ese plazo, pueda determinarse el retardo como dolosamente injustificado, sin que se haya formulado la denuncia. Aunque en algunas formas de ayuda se podría pensar en posibilidades de tentativa, muy difícilmente se dará un acto ejecutivo que y ano sea consumativo.

Autor: Autor del facilitamiento en la forma de ayuda puede ser cualquier persona, en tanto no haya intervenido en el delito al que el encubrimiento se refiere, el auto encubrimiento no es punible. No quedan excluidos como autores quienes están obligados a guardar en secreto los conocimientos adquiridos

sobre un delito por razón de su estado, profesión, oficio, arte o empleo. Puesto que una cosa es no revelar lo conocido y otra distinta es prestar la ayuda que constituye el favorecimiento.

En cambio, en su forma o misiva, el favorecimiento personal es un delito propio que solo puede cometerlo quien, según las leyes y reglamentos, está obligado a formular la denuncia. Aquí sí quedan marginados de la autoría típica los obligados a guardar en secreto el conocimiento del delito.

Culpabilidad: Es delito doloso que requiere el conocimiento de la ocurrencia del delito anterior y la relación que lo une con aquel a quien se favorece: la duda sobre tales circunstancias equivale al conocimiento; es indiferente que no se sepa la especie de delito, siempre que el agente conozca la realidad de su ocurrencia (por ej. Saber que se trató de un ataque personal, aunque se ignore si fue un hecho de robo o de lesiones); pero, cuando menos, debe existir en el autor la sospecha de la ocurrencia, no basta que tenga el deber de saber, sino que ha sabido o llegado a sospechar. A ese conocimiento tiene que agregarse la voluntad de ayudar al sujeto con las finalidades típicas, por lo cual se configura a través del dolo directo. La omisión de denuncia, por el contrario, no se conforma con la duda sobre la existencia del delito: es necesario un conocimiento cierto para que surja en el agente el deber de denunciar.

B- FAVORECIMIENTO REAL

El texto legal: El art. 277, inc. 2°, reprime con las mismas penas y condiciones que en el caso anterior al que “procurare o ayudare a alguien a procurar la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o a asegurar el producto o el provecho del mismo.

Acción típica: La acción típica suma una doble modalidad: la de procurar (hecho principal) y la de ayudar (hecho accesorio del cometido por un tercero, que puede ser el que comete el favorecimiento como hecho principal o un partícipe en el delito al que se trata de favorecer ayudándolo), implicando esta última una derogación de los principios generales de la participación.

Procurar no es lograr; no es hacer desaparecer, ocultar, alterar, etc. Sino tratar de conseguirlo; es, pues, un delito de actividad, no de resultado. Por supuesto que cuando la finalidad se ha logrado, por razones obvias (antes de lograr se ha procurado), el hecho no pierde su carácter típico, pero para este es suficiente con que se haya procurado o ayudado a procurar.

Aspectos subjetivos: La finalidad: Las acciones tienen que estar guiadas por finalidades taxativamente enunciadas en la norma. La de hacer desaparecer puede procurarse por medio de la destrucción del objeto o quitándolo de la esfera en que pueda ser empleado por la autoridad. Ocultar implica, como vimos, la disimulación del objeto. Alterarlo es cambiarlo o modificarlo en la medida imprescindible para entorpecer de ese modo su empleo por la autoridad para determinar responsabilidades. Los objetos a que se refieren estas finalidades son los rastros, en cuanto vestigios materiales dejados por el delito, instrumentos en cuanto medios materiales usados para ejecutar el hecho (art. 23, CP) y las pruebas, de cualquier naturaleza que fueren (cosas, documentos, etc.), incluidas las personas (por ej. Un testigo, sin perjuicio de los delitos que contra su persona se puedan perpetrar, contra la libertad o contra la vida).

La ley agrega a las apuntadas otra finalidad que lleva a la tipicidad de la acción: la de asegurar el producto o el provecho del delito. Productos son los efectos que se han obtenido directamente del delito (la moneda falsa, el ganado hurtado); provecho es lo que el autor o partícipe ha logrado por medio del producto del delito (por ej. Lo que adquirió con el dinero falso, el producido de la venta de lo hurtado) o de su realización (lo recibido por cometerlo). La acción de asegurar tiende a la preservación de esos objetos en beneficio del autor o partícipe del delito, para que los mantenga en su esfera de disposición o los utilice según su naturaleza. Pero siempre procurando favorecerlo ante la actual o eventual actividad de la autoridad.

La acción de procurar exige sin duda la estricta intencionalidad del autor en orden a determinados logros: quien procura algo. Trata de conseguirlo; quien ayuda a procurar algo, tiende a que se lo consiga; debe darse, pues, un querer específico de hacer desaparecer, alterar o asegurar; pero además, que tal querer tienda a impedir o entorpecer la actividad de la autoridad. Esto no es una exigencia explícita en el tipo, pero puesto que se trata de delitos contra la Administración y del particular capítulo de los encubrimientos, ello tiene que ser una repercusión de la acción que, aunque no haya estado presente en el autor como finalidad específica, al menos debe haberlo estado como una consecuencia probable. El favorecimiento real, por lo tanto, será compatible con el dolo eventual de entorpecer la actividad de la autoridad, aunque la conducta tendrá que estar intencionalmente dirigida en forma directa al logro de los resultados taxativamente enunciados en la figura (hacer desaparecer, alterar. Ocultar, asegurar).

Presupuestos. Remisión: Pero lo que si se requiere explícitamente son los mismos presupuestos que para el favorecimiento personal: la ausencia de promesa anterior y la existencia de un delito ya ejecutado.

Consumación: Es un delito de actividad que se consuma con la conducta del autor, que implica procurar los resultados enunciados, aunque no se logren. Oportunamente, Carrara había hablado de la posibilidad de tentativa, pero no es ella imaginable con la estructura de nuestro tipo penal, en el cual cualquier acto ejecutivo importa consumación, puesto que con este ya se procuran algunos de los resultados enunciados.

Autor: En el aspecto de la autoría dijimos que se derogan las reglas generales de la participación, puesto que el cómplice (quien ayuda a procurar) es tratado expresamente en paridad de condiciones con el autor.

Culpabilidad: Al hablar del aspecto subjetivo del tipo señalamos como se conjuga aquí el dolo directo en pos de los resultados determinados por la disposición con las posibilidades de un dolo eventual (que, por supuesto, puede ser también directo), en lo que se refiere al entorpecimiento de la actividad de la autoridad. Además, los presupuestos requeridos - al igual que en el favorecimiento personal - indican que para el delito se debe dar en el agente el conocimiento de la perpetración del delito precedente y, consecuentemente, el conocimiento de la relación de los objetos (rastros, pruebas, productos, etc.) con aquel; también aquí la duda o sospecha equivale a ese conocimiento.

II- RECEPCIÓN

Carácter común: Si los hechos de favorecimiento tienden a librar al favorecido de las persecuciones de la autoridad, los de recepción se refieren a quitar las cosas obtenidas por el delito que se encubre, de las posibilidades que aquella autoridad puede tener para localizarlas y recuperarlas.

A- RECEPCION DE COSAS QUE SE SABEN PROCEDENTES DE DELITOS

El texto legal: El art. 277, inc. 3º, del CP, castiga con las mismas penas a quien “adquiere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que sabia provenientes de un delio, o interviniere en su adquisición, recepción y ocultamiento, con fin de lucro”, y eleva las penas al doble “si el autor hiciere de ello una actividad habitual”.

Acción típica: Lo adquiere el que obtiene el objeto en propiedad o con voluntad de ejercer sobre el cualquier otro derecho real, cualquiera que sea el modo (compra, permuta, donación) o el título (oneroso o gratuito). Lo recibe quien lo toma, admite o acepta., de quien se lo da o envía por un modo que no importe la transmisión de la propiedad y otro derecho real (deposito, recepción en garantía, etc.). lo oculta el que lo quita de las posibilidades de localización por parte de terceros; la ocultación no exige el traslado del objeto, es suficiente su disimulación por cualquier medio, incluso la destrucción con la voluntad de logra que no lo encuentren los terceros. También pune el tipo la intervención en cualquiera de esas actividades en cuanto cooperación en ellas, con lo cual al fin la disposición consagra una derogación de las reglas generales de la participación.

Presupuestos del delito: Los presupuestos que hemos visto en el favorecimiento rigen también aquí; la preexistencia de un delito anterior esa consignada en la misma norma y aunque este no se refiere taxativamente a la ausencia de promesa anterior, para que la receptación sea encubrimiento y no participación en el delito precedente, es imprescindible que aquella no haya existido., La promesa anterior de receptar las cosas después del delito constituye un supuesto de auxilio subsequens.

Elementos subjetivos: El tipo esta rotundamente dominado por el aspecto subjetivo, a través de dos elementos de dicha índole, cognoscitivo el uno, volitivo el otro. En primer lugar el agente debe saber que el objeto (dinero, cosas, efecto) proviene de un delito, es decir, que fue obtenido por quien se lo da o por un tercero por medio de una acción típica, a este saber no equivale ni la sospecha ni la duda: tiene que tratarse de un conocimiento positivo. En segundo lugar, las acciones deben haber sido realizadas por el agente con fin de lucro, o sea, para obtener una ventaja económica, ya de la cosa misma por su valor, o por las prestaciones que otros realicen en su beneficio (o en beneficio de un tercero, pues el fin de lucro no tiene que ser indispensablemente para si) con motivo del acto (por ej. Pagarle para que oculte la cosa).

Consumación y tentativa: El delito se consuma con la realización de las acciones, sin que sea necesario que se hayan obtenido las finalidades propuestas. Es posible la tentativa, ya que se pueden dar actos ejecutivos de cualquiera de las conductas típicas que no alcancen a llenar el tipo.

Autor: Autor puede ser cualquier persona en cuanto no haya participado del delito precedente. Hemos indicado, por otra parte, que en alguna medida la disposición deroga los principios generales de la participación, al punir como autores a todos los que intervengan en las actividades típicas, en cualquier carácter que lo hagan, de manera que será muy difícil hallar casos de complicidad que queden fuera de esa figura del autor.

Culpabilidad: La culpabilidad solo admite el dolo directo a causa de los elementos subjetivos que operan en el tipo. El error sobre el elemento cognoscitivo específico, sin embargo, no plantea una situación de inculpabilidad, sino de atipicidad, por ausencia de un ingrediente de ella.

La agravante de habitualidad: La punibilidad se agrava cuando el autor hace de la receptación una actividad habitual. Según lo que ya hemos dicho (por ej. Al referirnos a los delitos contra la salud publica), la habitualidad requiere objetivamente la repetición de los actos de receptación y subjetivamente la existencia de un habito en el autor que solo puede ser inferido de la pluralidad de actos típicos, lo cual es diferente de la profesionalidad, que puede darse en un acto único cuando la subjetividad del autor esta lanzada hacia la repetición profesional de la actividad.

B- RECEPCION DE COSAS DE PROCEDENCIA SOSPECHOSA

El texto legal: El art. 278 del CP pune con prisión de tres meses a dos años a quien “con fin de lucro, adquiere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que de acuerdo con las circunstancias debía sospechar provenientes de un delito”, y también eleva la pena al doble “si el autor hiciere de ello una actividad habitual”.

Acciones típicas: Las acciones típicas son las de adquirir o recibir dinero, cosas o bienes; como se ve, quedan excluidas las acciones de ocultar e intervenir que prevenía el tipo anterior de receptaron, lo cual se explica porque, respecto d el primera, es muy difícil compaginarla con la particular culpabilidad del delito, y la segunda requiere una convergencia internacional que también puede resultar incongruente con dicha culpabilidad.

Elementos subjetivos: En el aspecto subjetivo, el elemento volitivo del tipo es idéntico al del art. 277, inc. 3º, el fin de lucro. Pero no ocurre lo mismo con el elemento subjetivo cognoscitivo, ya que el art. 278 no requiere que se conozca la procedencia ilícita del objeto; por el contrario, ese conocimiento no debe existir; lo que tiene que mediar en el caso concreto es el deber del agente de sospechar, de acuerdo con las circunstancias, que aquel prevenía de un delito; con lo cual se advierte que mas que un elemento subjetivo, lo que aquí se configura es una especie de elemento normativo que, en orden a la subjetividad del autor, la conforma sin exigir siquiera que se haya dado en el la duda sobre la procedencia, bastando con que hubiera debido dudar y no lo haya hecho, aunque, por supuesto, si ha llegado a la duda el caso queda igualmente comprendido en el tipo, puesto que no cabe, como vimos, de la receptación dolosa del art. 277 inc. 3º.

Lo que requiere el tipo es que las circunstancias de la operación hayan colocado al agente ante el deber de presumir el origen ilegítimo del objeto, ya por sus modalidades (por ej. Negativa a entregar recibo, ocultación del acto de transferencia, falta de registros), ya por las características del objeto (rareza de la pieza, elevado costo) o de la persona del oferente (carencia de recursos, excepcionalidad de la actividad, etc.). el deber de sospechar tiene que nacer de esas circunstancias y no proceder de una obligación genérica (ej. Obligación funcional de investigar la procedencia, que podría constituir una omisión de deberes, pero no la receptación estudiada).

Cuestión sobre el carácter del delito: Estas particularidades del tipo han llevado a la doctrina a debatir si se esta ante un delito culposo o ante un delito doloso. Para resolverlo no debemos olvidar que lo que aquí se pune es el encubrimiento, que puede provenir de la receptación; para que exista dolo, el autor tiene, por lo menos, que enfrentarse voluntariamente con la posibilidad de que su acción dificulte las investigaciones o, como mínimo, la localización del objeto por parte de la autoridad. Partiendo de tales elementos de juicio hay que concluir en que el delito del art. 278, tanto puede ser doloso como culposo, según los casos; será doloso cuando el autor, sin tener conocimiento cierto de la procedencia ilícita del objeto dude sobre ella, pero

asuma igualmente cualquiera de las conductas típicas; se tratara de un dolo, que no cabe en la receptación del art. 277, inc. 3°. Será culposo cuando en el agente ni siquiera se ha suscitado aquella duda, pese a que las circunstancias lo colocaban ante el deber de dudar.

Consumación: Como el delito anterior, este se consuma con la adquisición o recepción realizadas con animo de lucro, aunque no se llegue a la obtención del beneficio propuesto. Pero aquí no parece posible la tentativa.

Culpabilidad: En cuanto a la culpabilidad, ya vimos que la figura puede compaginarse tanto con el dolo como con la culpa. Además, también se da aquí la agravante de habitualidad.

III- EXCUSA ABSOLUTORIA

El texto legal: EL art. 279 del CP, establece que “están exentos de pena los que hubieren ejecutado un hecho de los previstos en los inc. 1° y 2° del art. 277 a favor del cónyuge, de un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, de un amigo íntimo o de una persona a la que debiesen especial gratitud”. Agrega que esta exención “no se aplicara al que haya ayudado asegurar el producto o el provecho del delito o al que haya obrado por precio”.

Encubrimiento comprendidos: La excusa absolutoria se aplica solo en los casos en que el encubrimiento asume la forma típica del favorecimiento personal o real, incluida la omisión de denuncia de la parte final del inc. 1° del art. 277, siempre y cuando no se den los supuestos expresamente exceptuados en la última clausula.

Se excluyen de la excusa absolutoria, pues, ambos supuesto de receptación, y los supuestos de favorecimiento (incluso la omisión de denuncia) en que el agente hubiese obrado por precio (lucranda o pretendiendo lucrar con su actividad u omisión), así como también los de favorecimiento real constituidos por haber ayudado (no solo haber procurado ayudar) a asegurar el producto o el provecho del delito.

Sujetos comprendidos: Cónyuges son los que están válidamente casados de acuerdo con las leyes del país o del extranjero, aunque estén separados, mientras no estén divorciados, ya que si lo están se ha disuelto el vínculo. No es aplicable la excusa cuando el matrimonio es nulo, salvo para el cónyuge de buena fe. Si caben en ella quienes tienen la calidad en virtud de un matrimonio anulable, cuando la nulidad no ha sido declarada todavía. El parentesco por consanguinidad puede ser matrimonial o extramatrimonial. Queda comprendido el parentesco por adopción en virtud de las equiparaciones de la ley civil.

Amigos íntimos son los que mantienen una vinculación que se traduce en un trato familiar constante (aunque sea a distancia). La doctrina y la jurisprudencia han considerado incluidos en la excusa a los concubinos y a quienes mantienen entre si relaciones sentimentales, aunque no tengan ese carácter. Incluso quedan incluidos los que mantiene relaciones adulterinas de carácter estable (aunque alguna doctrina ha procurado excluirlos), puesto que no distingue la ley entre ilicitud o licitud del vínculo de amistad.

La especial gratitud alude a todas aquellas situaciones en que el favorecedor se ha visto apoyado por el favorecido en circunstancias particulares de su vida, aunque ese apoyo no haya tenido más sentido que el moral-
Es obvio que estos sustentos facticos de la excusa deben existir en el momento en que se observa la conducta encubridora.

CAPITULO IV

DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPITULOS PRECEDENTES

La fabricación, introducción o tenencia de instrumentos para falsificar: A pesar de la pluralidad a la que alude el título de esta parte, en realidad se trata de una única disposición común, que consiste en un particular tipo penal como el epígrafe muestra, al sancionar a quienes fabriquen, introduzcan en el país o conserven en su poder instrumentos destinados a falsificar.

El texto legal: Carácter del delito: El art. 299 del CP. Castiga con prisión de un mes a un año, al que “fabricare, introducirse en el país o conservare en su poder, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en este título”,.

El Capítulo IV del título XII del CP, pese a la denominación de su rubro, no contiene disposiciones que –como en algunos otros lugares del cuerpo legal- introduzcan modos o formas o punibilidades particulares de los delitos comprendidos en los capítulos I, II y III del título; trae un especial tipo penal, que se unen con referencia a aquellos, porque las conductas descriptas por el aparecen como sus actos preparatorios punibles, constituyendo una de las escasísimas excepciones al principio de impunidad de dichos actos en la legislación argentina.

Conductas típicas: EL tipo prevé distintas conductas punibles: por tanto, se lo señala como un tipo de formulación complejo-alternativa, en el cual, si bien cada una de las acciones autónomamente consideradas es suficiente para consumir el delito, la perpetración conjunta de varias de ellas no multiplica la delictuosidad; quien fabrica el objeto comete y el delito, pero el que lo fabrica y lo conserva en su poder, comete un delito único; lo mismo ocurre con quien lo introduce en el país y después lo conserva.

Fabrica el que construye, hace, confecciona, elabora el objeto típico. Asume la conducta típica tanto quien crea el objeto a partir de distintos materiales como el que modifica un objeto ya existente para que sirva a los fines típicos; no es indispensable que sea una fabricación por medios mecánicos; no es ese el concepto estricto de la ley; cualquier medio puede ser empleado en aquella (mezcla de tintas, variaciones químicas, etc.

Introduce en el país el objeto quien lo hace traspasar las fronteras desde un país extranjero. Es indiferente que lo haga el transportándolo personalmente, o lo logre mediante la intervención de terceros, que sean o no partícipes.

Conserva en su poder el objeto quien lo tiene, asumiendo dicha tenencia cierto carácter de permanencia; por tanto, no basta la simple tenencia sin el impulso anímico de prolongarla en el tiempo, aunque mas no fuere que por el lapso necesario para poder llegar a emplear el objeto con la finalidad a que se lo destinaba; la tenencia efímera (chiappini)- como puede ser la que se realiza en función exclusiva de transporte o de guarda esporádica- no ingresa en

le tipo. Pero la respuesta subjetiva de tener la cosa para conservarla no importa, por sí, la exigencia de que se sepa lo que se tiene, de la finalidad de su empleo y el querer tenerla como tal. Según sostiene plural doctrina; ello atañe al contenido del dolo, no es propiamente un problema de elemento subjetivo del tipo. Mucho menos es sostenible que el hecho de la conservación presuma la demostración de la mala fe del autor, sin perjuicio de que, en determinados casos, opere como prueba válida de su dolo, dadas ciertas circunstancias, lo cual es otra cosa.

Advirtamos, además, que se trata de conservar en su poder, es decir, teniendo la disponibilidad del objeto, puesto que de lo contrario podremos estar en presencia de otro delito.

CAPITULO V

DE LOS FRAUDES AL COMERCIO Y A LA INDUSTRIA

El bien jurídico protegido: En estos delitos no se ataca la fe pública lesionando la veracidad de los signos de autenticidad, sino la confianza del público en el normal desenvolvimiento del tráfico comercial.

I- AGIOTAJE

El texto legal : El art. 300 del CP, reprime con prisión de seis meses a dos años distintos delitos, y entre ellos el que veremos en este apartado, regulado por el inc. 1º, que se refiere al “que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías, fondos públicos o valores, por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado”.

Acción típica: En la de producir el alza o la baja de precios, la ley se refiere al precio actual vigente como término medio en un mercado, sea de carácter nacional, zonal o de determinado lugar (mercados locales). Ese resultado debe alcanzarse mediante maniobras que se introduzcan perturbadoramente en el juego normal de la oferta y la demanda. Pero no cualquier alza o baja lograda de ese modo queda incluida en la tipicidad, sino aquella en cuyo procedimiento se han utilizado los medios taxativamente enumerados por la ley, a saber:

Noticias falsas es la difusión pública de hechos falsos pasados, presentes o futuros, que tendrían influencia en el proceso productor o de comercialización de una mercadería o en el del ofrecimiento, tráfico o garantías de los títulos valores públicos o privados. La falsa noticia debe ser difundida o hecha difundir por el agente como medio para lograr el alza o la baja. El aprovechamiento de la noticia difundida o hecha difundir por otro, aun de la que se origina en la propia ligereza no dolosa del autor, no es típica.

Negociaciones fingidas son los negocios jurídicos simulados (total o parcialmente) que, versando sobre los objetos del delito, por su monto o las circunstancias en que se produce la simulación, resultan idóneos para influir en el juego de la oferta y la demanda, incitando la una o la otra. No lo son, por supuesto., los negocios que se fundan en una liquidación de pérdidas o ganancia sobre una determinación futura de los negocios, cuyo mecanismo es públicamente conocido y está legalmente aceptado (por ej., mercado a término de cereales, juego de bolsa de valores).

Reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género es la fusión de firmas o convenios realizados entre quienes tienen a su disposición (como propietarios o en otro carácter por ej. En consignación) la mercadería o el dinero (que puede ser títulos valores) con la finalidad de no vender o de vender a un precio determinado. Lógicamente, estos acuerdos solo son punibles cuando persiguen el objetivo de emplearlos como maniobras tendientes a lograr el alza o la baja de los precios.

Objetos: Los objetos cuyos precios se procuran alzar o bajar son las mercaderías, es decir, toda clase de objetos susceptibles de expendio, según el art. 77 del CP; no está incluido aquí el precio de la mano de obra, ni en su forma de precio de la locación de obra, ni bajo la forma de salarios por prestaciones de servicios; los fondos públicos, en los que se comprenden todos los títulos representativos de valores de la renta pública, cualquiera que sea la esfera de competencia del órgano expendedor (nacional, provincial o municipal) y los valores, o sea los títulos valores emitidos por entidades particulares que pueden ser objeto de comercialización pública.

Autoría: Aunque los dos primeros medios de los enunciados pueden ser utilizados por cualquier persona, incluso por quienes no se vayan a beneficiar con el alza o la baja de los precios, en el último solo pueden aparecer como autores (es un delito de participación necesaria) los principales tenedores, quienes sean los que poseen ese carácter es una cuestión de hecho determinable en virtud de diversas circunstancias: monto de lo que poseen, circunstancias de la actividad, modo en que puede influir la medida de su tenencia en el objetivo perseguido, etc. Por supuesto que el delito admite toda las formas de participación.

Consumación y tentativa: El delito se consuma al concretarse el alza o la baja de los precios, Discute la doctrina, sin embargo, sobre la extensión de la influencia causal de la acción en dicho resultado, para algunos no es indispensable que la acción haya determinado por sí el alza o baja, pudiendo insertarse en una situación en la que otras causas hayan producido la alteración y, entonces, tanto se consumara el delito cuando la acción haya creado la situación de alza o de baja, como cuando haya iniciado en ella empeorándola (Soler); para otros es menester que la acción constituya un factor desencadenante del alza o la baja (Núñez). En realidad, el tipo no exige que la maniobra sea causa exclusiva de la variación del precio, pero sí debe ser causa suficientemente determinante de esa variación por el modo en que ha operado dentro del proceso causal.

Siendo un delito de resultado es admisible la tentativa.

Culpabilidad: El dolo exige el conocimiento del carácter de la maniobra y la voluntad de utilizarla como medio para lograr la variación de los precios. Es indiferente el motivo que haya impulsado al autor a lograr esa variación: tanto puede ser un fin de lucro como otro cualquiera. La culpabilidad típica es incompatible con el dolo eventual.

II- OFRECIMIENTO FRAUDULENTO DE EFECTOS

El texto legal : El art. 300 inc. 2º, pune (con la misma pena que en el delito anterior) al “que ofreciere fondos públicos o acciones u obligaciones de alguna sociedad o persona jurídica, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.”

CAPITULO VI

DEL PAGO CON CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS

Tratamiento legislativo y doctrinario- Circunstancias financieras (o riquezas económicas de orden mas general) de la vida comercial han llevado a un primer plano estas figuras, las que han sido objeto, no solo de profundas reformas (la redacción actual pertenece a la ley 16648, pero el texto original ya había sido reformado con anterioridad por el decreto. 4778/63), sino también de una abundante jurisprudencia- no pocas veces contradictoria mereciendo, además una excesiva atención doctrinaria. Y resultaría inútil volcar en esta obra toda esa larga serie de precedentes de distinta índole- que pueden ser fácilmente consultados-, siendo mas conveniente exponer los principios generales ya consolidados y enunciara las cuestiones que resaltan como fundamentales en el tratamiento de la tipicidad. La ley 24452 sustituyo al decr. Ley 4778/63, además introdujo el cheque de pago diferido.las normas punibles mantienen su vigencia.

El bien jurídico protegido: Estas figuras también tutelan la fe publica. En este caso se trata de confianza que debe merecer el cheque como instrumento de inmediata realización como orden de pago y como procedimiento para facilitar las transacciones comerciales, evitando el movimiento de moneda. Esa confianza la vulneran los cheques que, por cualquier razón, carecen del sustento monetario para ser pagados o que no puedan ser convertidos en dinero al ser presentados. Hay que insistir en el carácter del bien jurídico protegido- en el que nada tiene que ver la propiedad, pues entrado en la circulación comercial), no podrá abrirse el camino de las tipicidades.

Objeto de los delitos: El Cheque: el documento cuya veracidad sustancial se protege es el cheque en cuanto papel de comercio con características formales expresamente enunciadas por el texto legal (ley 24452),. Quedan claramente excluidos otros papeles que cumplan funciones parecidas a las del cheque, como las letras de cambio.

Mucho se ha discutido sobre si el cheque dado en blanco, es decir, en formularios con la firma del librador, pero en el que no se hacen figurar otras enunciaciones necesarias- como es monto por el cual se libra o la fecha de libramiento- constituye cheque a los efectos típicos. Una corriente bastante apreciable de la doctrina y la jurisprudencia insiste en que no cumpliendo el cheque en blanco los requisitos formales exigidos por la ley comercial, no es cheque y no constituye el objeto de los delitos comprendidos en el art. 302; particularmente el del inc. 1º, pero no debe olvidarse que el art. 1016 del Cod. Civil presume, en esos casos, la existencia de una autorización para completar los espacios dejados sin llenar (las enunciaciones faltantes) y que el cheque completado por quien es legítimo tenedor de el en esas condiciones, al convertirse en corriente en el trafico comercial, es tan idóneo para atacar el bien jurídico protegido como aquel que inicialmente se ha librado con todas las enunciaciones requeridas por los reglamentos comerciales (art. 2º al 11. , leyes 24452 y 24760) por lo que la posibilidad de convertirse en objeto típico del cheque entregado sin alguna de las enunciaciones no puede ser puesto en duda.

Clases de cheques: las leyes 24452 y 24760, distinguen los que denominan cheques comunes de los llamados cheques de pago diferido.los primeros son los que siempre han sido regulados como cheques, a estos se les aplican las normas penales según las consideraciones que han sido comunes en nuestra doctrina, en especial con relación a todas las figuras del art. 302 y a la del art. 175, inc. 4 (desnaturalización del cheque).

Los segundos, antes que cumplir la finalidad jurídica propia del cheque, tal como hasta ahora ha sido conocida (ser instrumento de pago), están destinados a garantizar una deuda de futuro, ya que solo se convierten en corrientes (ejecutables por medio de la presentación y atención por el banco girado) al vencimiento de la respectiva obligación asumida, carácter que reafirma la ley 24760.

Con relación a estos últimos no les es aplicable la norma del art. 175 inc.4º, del CP, puesto que ella requiere, precisamente, que la desnaturalización radique en la conversión del cheque en un instrumento de crédito extorsivo, garantizando por su intermedio el pago de una obligación no vencida, en tanto que el cheque con pago diferido esta, justamente, destinado por ley a garantizar una obligación no vencida.

Subsidiariedad de las figuras- La expresa enunciación del art. 302 otorga carácter subsidiario a las figuras en el contenidas, señalando que ellas son aplicables siempre que no concurran las circunstancias del art. 172. Cuando el cheque dado en cualquiera de las condiciones del art. 302 ha sido el medio empleado para configurar un procedimiento estafatorio (es el vehículo del ardid por ej.), sus figuras quedan desplazadas por las de estafa. De mas esta decir que el cheque no es procedimiento estafatorio cuando se lo da para pagar una deuda preexistente, que, entonces, aquel no ha sido el motivo de la prestación, esos cheques solo pueden integrarse en los distintos tipos del art. 302.

Se ha discutido si el cheque que presenta alguna de las características típicas de esa norma y que se cambia por dinero, constituye o no una estafa: se niega esa posibilidad argumentando que en esos casos “el canje..... No responde a otra cosa que el crédito que puede merecer el firmante”; sin embargo, cuando el cheque se ha cambiado como corriente, no siéndolo, no puede descartarse la posibilidad de la estafa, y también en ese supuesto podrían quedar desplazadas las figuras del art. 302.

Señalase que no solo se produce ese desplazamiento cuando se da la confluencia con una estafa del art. 172, sino también en los casos en que “el derecho constituye una forma especial de ese delito, según sucede si el cheque se utiliza con arreglo a los inc. 3º y 4º del art. 173”, (Núñez), pero esas especies nada tienen que ver con las figuras del art. 302, cuyo agente es el que libra el cheque o quien lo entrega, mientras que en los delitos de los inc. 3º y 4º del art. 173 seria el librador del cheque el sujeto pasivo del delito y no el agente de el; la referencia de la ley al art. 172 no puede extenderse entonces a supuestos distintos de los contemplados en el, o sea que se refieren exclusivamente a aquellos en que el cheque- dado en las condiciones del art. 302- es el procedimiento ordinario o engañoso.

Libramiento de cheques sin provisión de fondos

El texto legal: según el art. 302, inc. 1º, del CP, se aplicara la pena (común a todos los casos del art.) de seis meses a cuatro años de prisión y de uno a cinco años de inhabilitación especial, al “que de en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de la veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación”.

Acción típica: aunque se ha discutido el tema, la mayoría acepta el carácter complejo del delito, constituido por una acción positiva y una omisión. La primera es la de dar en pago o entregar por cualquier otro concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto. Da en pago quien intenta cancelar una obligación haciendo servir al cheque como medio de pago, lo entrega el que lo coloca en poder de otro para que este lo utilice según las finalidades propias del documento-.

Pero la entrega puede ser en cualquier concepto, ya uno que implique la posibilidad de inmediata disposición del cheque (por ej. Donación), ya se le haga cumplir al cheque objetivos que legalmente no tiene, así queda aun comprendido en la tipicidad el que ha hecho servir al cheque como garantía de una deuda no vencida, sin perjuicio de la comisión del delito de desnaturalización de cheque (art. 175 inc. 4º, CP) por parte del aceptante.

Tiene que tratarse de un cheque que, en el momento de la presentación, no sea pagado por falta de fondos y respecto del cual el librador no este autorizado para girarlo en descubierto por parte de la autoridad del banco sobre el cual lo gira. Aunque la literalidad del art. Parecería decir otra cosa, la ausencia de fondos debe darse en el momento de la presentación del cheque al banco para su conversión, siendo irrelevante la circunstancia de que hubiera podido ser atendido en el momento en que se lo libro.

La segunda de las acciones es de carácter omisivo: no abonar el cheque en moneda nacional dentro de las veinticuatro horas de haberse comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación. Como se ve, es presupuesto de esta omisión a presentación del cheque al banco girado: esa presentación debe hacerse dentro del plazo en que los bancos están legalmente autorizados para pagar el cheque (treinta días del libramiento los emitidos en el país, sesenta días si se trata de cheques librados en el extranjero; art. 25, 26 y 28 ley 24452); la no atención del cheque presentado fuera de esos términos no fundamenta la punibilidad. Es también presupuesto de la omisión la comunicación al librador de la no atención del cheque; tiene que tratarse de una comunicación documentada, que puede estar constituida por el aviso bancario, la comunicación del tenedor mediante telegrama, carta certificada, etc. , u otro medio cualquiera (por ej. acta notaria); queda excluida de la mera noticia verbal. La noticia debe haber llegado al librador, no siendo suficiente una notificación no personal hecha en su domicilio real o legal, si no se acredita que el medio documentado llevo a su poder o a su conocimiento.

Discuten la doctrina y la jurisprudencia el plazo dentro del cual se debe formalizar la interpelación (comunicación) y se han suscitado las mas variadas tesis, desde la que afirma la exigencia de que se haga en el plazo de dos días a partir del rechazo (se invoca el art. 39, ley 24452), hasta la que admite la posibilidad de que se haga dentro del plazo de prescripción de la acción procesal penal pro el delito (cuatro años), pasando pro aquella que expresa que se debe efectuar dentro del tiempo en que el cheque puede ser legalmente pagado por el banco girado (treinta o sesenta días, como hemos dicho).la dogmáticamente mas adecuada es la que sostiene que la interpelación de pago (comunicación de la no atención del cheque) tiene que ser formulada dentro del plazo en que el cheque conserva su acción cambiaria, esto es un año a partir de la expiración del plazo para la presentación (art. 61, ley 24452); la producida en ese tiempo constituye al librador en la obligación de pagar personalmente el importe del cheque y por tanto su omisión será para el ilícita.

Hay que aclarar, por otro lado, que esta obligación existe mientras el librador pueda pagar jurídicamente le cheque; no tiene esa posibilidad el que antes de ser interpelado ha sido declarado en quiebra o interdicto por cualquier otra causa; si la comunicación se hace después de producida la interdicción, no se da ilícita omisión imprescindible para que se complete el tipo del art. 302 inc. 1º.

La obligación de pagar se cumple abonando el importe del cheque en moneda nacional dentro de las veinticuatro horas de la interpelación, lo cual indica que todo otro modo de resolver la no atención del cheque que no sea el pago en dinero corriente en la República deja subsistente el delito (por ej. Novaciones de deudas, sustitución del cheque por otro documento), así como que queda el consumado cuando ha transcurrido el plazo de veinticuatro horas indicado por la norma sin ser atendido al cheque, aunque posteriormente se lo pague.

Consumación: Pero la consumación requiere que el cheque no atendido este en el torrente circulatorio de los papeles de comercio. No lo esta cuando lo mantiene en su poder quien lo ha recibido sabiendo que no va a ser atendido; en ese caso, solo cuando se lo entrega a un tercero ignorante de aquella circunstancia puede abrirse la posibilidad de consumación del delito, ya que solo entonces se pone en peligro la vulneración de la fe publica que debe rodear al documento. Pero se trata, insistimos, de un delito de peligro, que se completa con la omisión de la atención del cheque por parte del librador, sin que sea necesaria la consolidación de un perjuicio económico para terceros. Es inadmisibles la tentativa (y que la consumación viene decantada por la omisión, en una forma que no permite pensar en ella).

Autoría y participación: Lo dicho hasta ahora nos indica que aunque autor del delito solo puede serlo el librador del cheque (pues es el quien debe tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto), no se descarta la posibilidad de participación a nivel de complicidad (tema en el que se ha puesto escasa atención todavía); es cómplice necesario, por je, el que falta de fondos al tiempo de su presentación, lo introduce en el torrente circulatorio.

Culpabilidad: No se puede constituir la culpabilidad del delito sin considerar el dolo que debe asignarse a cada uno de los componentes de la acción típica compleja. Si en el actuar del autor hasta el conocimiento del carácter de cheque del documento que entrega y la voluntad de hacer la dacio o la entrega, el aspecto cognoscitivo de la omisión necesita, como vimos, el conocimiento de la no atención del cheque por ausencia de fondos o falta de autorización para girar en descubierto y la voluntad de no abonarlo en el plazo establecido. Sin embargo, en ambas circunstancias el dolo típico se conforma con el eventual; de ningún modo es imprescindible el dolo directo.

II- LIBRAMIENTO DE CHEQUES QUE LEGALMENTE NO PUEDEN SER PAGADOS

El texto legal: El art. 302, in. 2º, del CP, castiga al que “de en pago o entregue, por cualquiera concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado.

Acción típica: La acción es la misma que se configura en el actuar positivo de la figura anterior; dar en pago o entregar, por cualquier concepto a un tercero, un cheque. Lo dicho precedentemente tiene aquí valor. Los tipos difieren en cuanto al carácter del cheque, pues ya no es el que al tiempo de su presentación no es atendido por falta de fondos o autorización para girar en descubierto, sino el que se da o entrega sabiendo el librador que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado.

Elemento subjetivo: Ese conocimiento se refiere a una imposibilidad legal que impide la atención del cheque, por tratarse de vicios contenidos en el documento mismo (falta de requisitos esenciales, ausencia de las firmas necesarias, etc.), en la cuenta respectiva (cuenta que ha sido clausurada o con fondos embargados) o por circunstancias que colocan al librador en situaciones jurídicas particulares que no permiten afrontar el pago del cheque (librador que esta en quiebra o concursado cuando libra el cheque, o sufre una inhibición general por otras causas).

La dación o la entrega debe realizarlas el librador a sabiendas del impedimento legal que no permitirá la atención del cheque al ser presentado. Tal exigencia subjetiva del tipo lo torna inconciliable, no solo con la negligencia del librador, que le ha bloqueado ese conocimiento, sino también con la duda sobre la existencia del impedimento. También indica que el impedimento debe existir y ser conocido cuando se da o entrega el cheque o, por lo menos, ser de indefectible vigencia en el momento de su presentación, y que el agente conozca esta circunstancia en aunque el momento (por ej. Quien sabiendo que esta en camino la comunicación al banco girado del embargo de todos los fondos de la cuenta, libra el cheque en otra plaza minutos antes de que se reciba allá esa comunicación).

Consumación: El delito se consuma, con la dación o entrega en las circunstancias típicas: ni requiere el rechazo del banco, ni siquiera es necesaria la presentación del documento a él. Por lo cual es indiferente que cuando se inicia la acción procesal penal este ya vencido el plazo para su presentación, también es indistinto que en la cuenta sobre la que se gira existan o no fondos. En consecuencia, no es posible la tentativa.

Autoría: También aunque autor es el librador, sin perjuicio de la operabilidad de los principios generales de la participación.

Culpabilidad: El dolo exige, además del conocimiento cierto del impedimento legal que obstaculiza la atención del cheque, la voluntad de entregarlo o darlo en las circunstancias en que ese impedimento obstara a la atención. Solo es posible el dolo directo.

III- BLOQUEO Y FRUSTRACION DE CHEQUE

El texto legal. Figuras comprendidas: El art. 302 inc. 3º, del CP castiga al que “librare un cheque y diera contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago”.

Es una formula que en realidad contiene dos tipos distintos: el bloqueo del cheque y la frustración del cheque, que tiene que tratarse por separado.

B- Bloqueo de cheque

Acción típica: Es la de librar un cheque y dar contraorden para el pago fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo.

Es evidente que aquí el libramiento del cheque equivale, no solo a la complejidad documental de él, o a la posibilidad de que se lo complete, sino mas precisamente a la conducta de hacerlo ingresar en el torrente circulatorio mediante su dación a terceros.

Dar contraorden para el pago, es la acción de comunicar al banco girado que no atienda el cheque al ser presentado. Dicha contraorden debe ser dada fuera de los casos en que la ley autoriza a darla, y que son: extravió o sustracción del cuaderno de cheques y de la formula especial para pedirlos: adulteración del cheque ya librado (art. 5º, ley 24452) existencia de violencia en el libramiento o sustracción de un cheque completado en su literalidad o librado (art. 34 ley 24452). Fuera de esos supuestos, la contraorden es ilegítima y, por tanto, da pie a la tipicidad.

Sin embargo, hay supuestos distintos de los detallados que realmente no son merecedores de punibilidad, como ocurre con los cheques obtenidos por medios fraudulentos, pero ellos no se resuelven por la atipicidad, sino en la esfera de la justificación: no cabe duda de que la víctima del fraude ejerce una legítima defensa de su patrimonio al solicitar que el cheque que libro engañado no se pague.

Consumación: El delito se consuma en el momento en que se comunica la orden, o sea, cuando la autoridad bancaria toma conocimiento de ella, pues allí comienza el ataque a la confianza que merece el documento. El envío de la orden que no llega a conocimiento del banco puede constituir una tentativa.

Es indiferente, a los fines de la consumación, que en la cuenta haya o no fondos disponibles, que se produzca o no interpelación de pago. Por supuesto, la circunstancia de que el cheque sea pagado en el banco por un error o que le librador, después de aquel momento consumativo, lo pague personalmente, no impide la tipicidad, que ya se ha completado.

Culpabilidad: El dolo requiere el conocimiento del carácter ilegal de la contra orden. La duda equivale al conocimiento: pero el error iuris puede llegar a eliminar la culpabilidad.

B- Frustración de cheque

Acción típica: En este tipo, a la acción de librar el cheque tiene que seguir la de frustrar maliciosamente su pago, por un medio que no sea el de quietar los fondos de la cuenta (entonces se podría estar en un supuesto del inc. 1º) o el de bloquear el cheque con el procedimiento indicado precedentemente.

Frustra el pago del cheque el que lo malogra: lo cual importa que tiene que tratarse de un cheque que, de no haber mediado la maniobra frustrante, hubiese sido atendido. Los actos frustratorios son todos actos de contenido jurídico, en muchos supuestos a través de negocios jurídicos simulados: cerrar la cuenta antes de que el cheque sea presentado, hacerse embargar por un tercero los fondos existentes en ella, lograr por medios fraudulentos ser declarado en quiebra. Etc.

La malicia: la ley califica la frustración como maliciosa. La malicia no parece tener aquí otro contenido que el de requerir la específica utilización del acto jurídico como medio para frustrar el pago del cheque.

Consumación: El delito se consuma cuando el cheque que no es atendido a causa del acto frustratorio. Como en el caso anterior es admisible la tentativa.

Culpabilidad: El dolo exige al o mas que el conocimiento del carácter frustratorio del acto que se realiza; la voluntad de realizarlo para frustrar la atención del cheque, según surge de la calificación maliciosa de la frustración que contiene el tipo; no hay mas posibilidad que la del dolo directo.

IV- LIBRAMIENTO DE CHEQUE EN FORMULARIO AJENO

El texto legal: el art. 302 inc. 4° del CP, reprime al que “librare un cheque en formulario ajeno sin autorización”.

Acción típica: Aquí también la acción es la de librar un cheque, con el mismo contenido que hemos señalado en los tipos anteriores, es decir, entregar el cheque en su completividad enunciativa o con la posibilidad de que sea completado por terceros para ingresarlo en la circulación. Pero el libramiento tiene que hacerse en formulario ajeno, es decir, en un formulario que pertenezca a una cuenta en la que el agente no está habilitado para librar cheques.

Elemento Normativo: El libramiento tiene que hacerse sin autorización. Este elemento complica extraordinariamente el tipo, ya que el titular de una cuenta no puede autorizar a otro a que libere cheques en los formularios que corresponden a aquella; si lo hiciera, el cheque formado por el autorizado no deberá ser atendido por el banco girado y, por tanto, el librador en formulario ajeno, pese a la autorización, no quedaría comprendido en la punibilidad de este inciso, sino en la del inc. 2°. El supuesto de autorización que excluye la tipicidad queda entonces para los casos de cuentas en que, perteneciendo a personas ideales, requiere la expresa autorización de los órganos de dirección a determinados sujetos para librar cheques sobre ellas.

Consumación: El hecho se consume con la libranza del cheque, siendo indiferente que por ese medio se cause algún perjuicio. No parece admisible la tentativa, es obvio aclarar que no interviene en la tipicidad la formulación de interpelación, así como que aquella permanece vigente a pesar de la atención del cheque.

Autoría: Autor puede ser cualquier persona que se constituya en librador del cheque. El hecho de que la acción consista en librar el cheque, muestra que el sujeto activo debe hacerlo con su propia identidad, utilizando su firma; cuando emplea (imitándola) la firma del verdadero titular de la cuenta deja de ser librador en el sentido jurídico y el hecho queda comprendido dentro de las falsedades documentales, como vimos.

Discute la doctrina si cae en la figura quien utiliza una firma imaginaria, es decir, que se hace corresponder a una persona ficticia. Para algunos, ello es posible (Núñez); para otros, en ese caso se trata de una falsificación (Rubianes). Ya vimos (2402) que, en principio, para esta clasificación se requiere la atribución del tenor del documento a una persona existente o que ha existido, por lo cual la segunda tesis quedaría excluida. Es indudable que quien firma el cheque en formulario ajeno con una firma imaginaria no se constituye en librador- que es lo que requiere la acción, ya que siendo inexistente la persona a quien se asigna la firma, no existe en realidad quien haya dado la orden al banco librado (que es lo que constituye a la persona en libradora del cheque); ese hecho puede ser vehículo de otro delito, como el de estafa, pero no del que aquí estudiamos. Distinto es que se asigne a un tercero- existente o que existió- que no es titular de la cuenta, la categoría de librador empleando imitativamente su firma en el formulario ajeno; allí sí habrá falsificación documental, pero no el delito del art. 302, inc. 4°, puesto que el agente o no se ha constituido en librador.

Culpabilidad: La culpabilidad requiere el conocimiento del carácter de ajeno del formulario en que se libra el cheque y la voluntad de librar este; no se ha constituido en librador.

En relativamente poco tiempo el régimen legal del cheque ha sufrido importantes reformas: en 1988, por la ley 23549, en 1995, por la ley 24452 y, en 1996 por la ley 26760. La influencia que ellas han tenido sobre los tipos penales relacionados con dichos documentos deben ser tratados por separado y de modo particularizado.

V- LOS CHEQUES DIFERIDOS Y LOS INCISOS DEL ART. 302 DEL CP

Aplicabilidad del art. 302 del CP: En cuanto a la operatividad de los tipos del art. 302 del CP, con respecto a los cheques con pago diferido, la misma ley 24452 excluye el inc. 1° de aquel, ya que el cheque no tiene que ser entregado poseyendo provisión de fondos, pero expresamente indica la aplicación de los tipos previstos en los restantes incisos: “Son aplicables a los cheques de pago diferido previstos en el art. 1° de la presente ley, los inc. 2°, 3° y 4° del art. 302 del CP”(art. 6°): entrega de cheque al tiempo de su presentación no podrá ser pagado, frustración de cheque, libramiento en formulario ajeno, etc. Cabe señalar, con relación al tipo del inc. 2° del art. 302, que el conocimiento (a sabiendas) tiene que ser relacionado con una previsión formulable en el momento de la entrega del cheque: que cuando la obligación a que refiere el documento se encuentre vencida y, en consecuencia, el mismo sea presentado al banco girado, no existan en este fondos expedidos en la respectiva cuenta por una causa ya constatable en el momento de la entrega del documento o que se pueda prever con certeza, o como sería posibilidad que se va a suscitar luego de dicha entrega.

DIPOSITIVAS

EL DELITO ECONÓMICO

INTRODUCCION:

El desarrollo de la actividad económica en los comienzos del presente siglo, con las características de transnacionalización y globalización de las transacciones, estrechamente ligadas a la actividad financiera ha abierto entre juristas y economistas un profundo debate en relación al rol que debe caberle al estado moderno como creador de normas de conducta (ley en sentido lato) que ponga límites a la posible actividad delictiva de los distintos actores de la actividad comercial y financiera.

CRITERIOS PARA CARACTERIZAR EL DELITO ECONOMICO:

- 1- Criterio criminológico
- 2- Criterio pragmático
- 3- Criterio procesal
- 4- Criterio material

CRITERIO CRIMINOLOGICO: los delitos económicos se caracterizan por la pertenencia de su autor a un status social elevado y/o a la comisión del delito en el marco del desarrollo de una actividad empresarial o profesional.

CRITERIO PRAGMATICO: implica caracterizar como delito económico a los “nuevos tipos penales” que se van incorporando al derecho positivo y que, teniendo una “significación” económica no se amoldan perfectamente a los tipos tradicionales. Ejemplo: fraude en la obtención de subvenciones o cometido con el uso de ordenadores personales, etc.

CRITERIO PROCESAL: Constituyen delitos económicos aquellos de difícil investigación y juzgamiento, requiriendo de los órganos instructores y jurisdiccionales conocimientos específicos. La existencia del fuero penal económico en la ciudad de Córdoba, implica el reconocimiento de las dificultades para investigar estos delitos en las fiscaliza de instrucción comunes o en los tribunales ordinarios.

CRITERIO MATERIAL: Conforme el criterio material, a la hora de determinar si nos encontramos frente a un delito económico deberá determinarse: Primero, qué implica establecer cual es el bien jurídico protegido en los delitos económicos, es decir, el interés social lesionado o puesto en peligro por las conductas tipificadas como delitos económicos

Segundo, saber que este criterio fue predominante hasta la década de los ochenta, época en que pierde vigencia al advertir los estudiosos la extrema dificultad de establecer, en una sola fórmula, cual era el interés social que, en común, lesionan o ponen en peligro los delitos económicos.

Tercero, saber que, dentro de esta corriente intelectual que pretendía establecer cual era el bien jurídico protegido en los delitos económicos hubo una evolución, sosteniéndose primero una concepción restringida del bien jurídico protegido y luego una concepción amplia del mismo

Según la concepción restringida: el derecho penal económico quedaba acotado a la tutela de intereses colectivos o supraindividuales: estos intereses colectivos comprendían el orden económico, entendiéndose por tal la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía.

Crítica: quedaban fuera de esta concepción los delitos de soborno, usura, defraudaciones, etc., es decir, típicos delitos económicos.

Según la concepción amplia, el derecho penal económico era el conjunto de normas jurídicas penales destinadas a proteger, en primer lugar, los intereses patrimoniales cuyo titular podía ser el estado o los particulares. Solo en segundo término, se atendía a la tutela de los bienes colectivos, relacionados con la regulación económica del mercado. Nuevamente, esta concreción tiene por defecto no permitir delimitar el ámbito de la disciplina.

Conclusión: actualmente, para caracterizar al delito económico se continúa afirmando que el mismo afecta bienes jurídicos supraindividuales, pero esta ya no es una pauta definitoria. –Es decir, se utiliza, entre otros, el criterio material-. También se afirma que los delitos económicos generalmente involucran a corporaciones

empresarias o a profesionales; que ellos se cometen mediante el abuso de instrumentos de la vida económica, como el uso indebido de cheques y tarjetas de crédito o de computadoras.

TRATAMIENTO DADO EN DOCTRINA AL SECTOR NORMATIVO “DERECHO PENAL ECONOMICO”

Soler niega que exista un derecho penal económico ante la imposibilidad de identificar el bien jurídico protegido

Se sostiene que solo hay un derecho penal que no admite divisiones.

James Goldschmidt sostenía que debía distinguirse entre delitos de orden criminal y meras contravenciones de policía

Consideraba que los delitos violaban mandatos jurídicos que protegen derechos individuales como la propiedad la vida, etc., las infracciones constituían simples desobediencias a órdenes estatales que propendían al bienestar general.

Las infracciones al orden económico no violan derechos individuales sino que simplemente no acatan normas ordenadoras de la economía dadas por el estado. Quien cometía una infracción de orden criminal era un sujeto disvalioso para la sociedad mientras que quien cometía una infracción de orden era simplemente un sujeto descuidado

ANTECEDENTES DE ESTE SECTOR NORMATIVO

Derecho Norteamericano: la primera manifestación de este sector normativo fue la Sherman Act de 1890 que criminalizó los trust y otras prácticas restrictivas de la libre competencia.

Derecho alemán: Durante la primera guerra mundial se sancionaron en Alemania numerosas leyes que tipificaban como delitos conductas que no eran consecuentes con el interés del estado de hacer la economía funcional a la guerra.

Derecho alemán

República de Weimar (1918) Sucede una gran crisis económica, pero el estado no interviene por el imperio de los preceptos liberales.

1923 la crisis se agrava y allí sí interviene el estado, tipificando como delitos las prácticas distorsivas del correcto funcionamiento del mercado como los abusos en la fijación de precios (Ordenanza contra el abuso de posiciones de poder económico).

Nacionalsocialismo, se aplican indiscriminadamente sanciones, como todo el derecho de la época no existía control judicial y había una generalizada tendencia al terror.

1949 se sanciona la Ley Penal económica para la simplificación del derecho penal en el campo de la economía, que siguiendo el punto de vista dominante en la época, distinguía entre delitos económicos y transgresiones al orden, siendo los primeros de conocimiento de los tribunales y las segundas de conocimiento de la autoridad administrativa

En 1954 se sanciona la Ley para la simplificación del derecho penal económico, se consideró que la economía se había normalizado y hubo un efecto despenalizador: se desincriminaron ciertas conductas.

CRIMINALIDAD ECONOMICA

Escuela de Chicago

Sutherland: Teoría del White Collar Crime

La criminalidad se aprehendía en uno y otro tipo de asociaciones cuando el grupo favorece más la infracción a la ley que su acatamiento

Se advirtió como diferencia entre la criminalidad común y la de cuello blanco que esta última no genera suficiente rechazo social, existiendo una suerte de “moral de frontera”.

DERECHO PENAL EMPRESARIO

“Derecho penal de empresa”.

Es destinataria de sus normas: la corporación empresaria, representada por sus órganos directivos.

Constituyen objeto de las normas de derecho penal empresario: los delitos cometidos mediante la actuación de una empresa dedicada al intercambio de bienes y servicios.

Conclusión: Delito empresario es aquel cometido utilizando como medio la corporación empresaria.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:

Existen dos posturas en la materia.

SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST:

Postula la imposibilidad de responsabilizar “penalmente” a las personas jurídicas.

Propio de sistemas basados en el derecho continental europeo: países europeos y América Latina en general –excepto México-

SOCIETAS DELINQUERE POTEST: Postula la posibilidad de responsabilizar “penalmente” a las personas jurídicas.

Propia de sistemas basados en el common law: Estados Unidos, Méjico, Japón, etc.

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA POLITICA CRIMINAL:

1- La mayoría de los delitos económicos son delitos empresarios.

2- El creciente rol protagónico de la empresa en la actividad de intercambio de bienes y servicios ha llevado a la superación de la figura del comerciante individual

3- Son frecuentes las hipótesis de impunidad como consecuencia de la sensible despersionización que caracteriza a las empresas en la actualidad.

4- Habitualmente no es posible individualizar a las personas físicas cuya decisión puede definir la autoría.

5- En muchos casos no hay coincidencia entre el sujeto que realizó la acción y el que obtuvo el beneficio particular.

6- Resulta insatisfactorio que las empresas puedan trasladar la propia punición a las personas individuales que actúan por ella

7- El surgimiento de los delitos específicos de estricto contenido económico que aparecen directamente vinculados con la actividad empresaria, ha dado lugar a que en esos supuestos particulares se le otorgue a la empresa el reconocimiento de capacidad de responder penalmente

Conclusión: Desde el punto de vista de política criminal, los argumentos que anteceden justifican suficientemente la previsión de un régimen de responsabilidad penal .

Análisis de estas consecuencias jurídicas previstas en distintas legislaciones:

1- SANCIONES ADMINISTRATIVAS:

Se utiliza el derecho penal administrativo como remedio preventivo de ilícitos –no delictuales- cometidos por personas jurídicas.-

Los injustos son tipificados como faltas o contravenciones o infracciones.

Las sanciones previstas para tales faltas consisten en sanciones administrativas de distintos tipos.

Estas sanciones son aplicadas por autoridades administrativas, siguiendo el principio de oportunidad.

Ejemplo: Ley Federal Alemana de Contravenciones o Infracciones.

Righi, contrario a esta postura sancionatoria, afirma:

1. Que este derecho penal administrativo no es suficientemente disuasivo.

2. Que si se exploran los antecedentes en América Latina no se observan saldos positivos.

3. Que este derecho penal administrativo trasunta inseguridad por abandono de principios garantizadores como los de legalidad e irretroactividad de la ley penal más benigna.

4. Que conlleva la sustitución de los órganos jurisdiccionales por los órganos administrativos, cuya dependencia del poder administrador afecta seriamente su imparcialidad.

5.- Que la afirmación de que se debe dejar su aplicación a jueces penales es solo una cuestión semántica: porque lo único que permite diferenciar una pena criminal de una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica.

6.- Que es errónea la idea de que con un procedimiento menos garantizador se obtiene mayor eficacia: la experiencia demuestra que en esos casos lo que prospera son los recursos de inconstitucionalidad de los afectados.

2- MEDIDAS DE SEGURIDAD:

Su aplicación se efectúa dentro del marco del derecho penal criminal. Por ende, trae aparejada la ventaja de implicar la observancia del principio “Societas delinquere non potest” y de jurisdiccionalizar la reacción aplicable a las personas jurídicas.

3- PENA CRIMINAL. Es cierto que la decisión de utilizar penas respecto de las personas jurídicas requiere un sistema de enjuiciamiento al que no puede aplicarse las reglas habituales en materia de declaraciones, careos, prisión preventiva, etc. Pero debe advertirse que a las personas jurídicas se les reconoce legitimación para actuar en toda clase de procesos y es habitual que sean sometidos a enjuiciamiento en el ámbito del derecho penal administrativo, donde requieren legitimación pasiva por medio de representantes.

Consignientemente, una corporación puede ser sometida a un juicio criminal a condición de que se adopten reglas procesales adecuadas a su naturaleza.

Las críticas que se formulan a esta modalidad sancionatoria consisten en afirmar que:

Desde el punto de vista de la acción, caracterizada como un proceso de la conciencia, no es posible fundamentar la autonomía de la persona jurídica.

El juicio de culpabilidad –entendido como un reproche que depende de la posibilidad de obrar de otra manera- no es aplicable a una persona jurídica, pues el ente colectivo nunca puede actuar en forma distinta a la que está determinada por la voluntad de los sujetos que la dirigen.

La persona jurídica solo tiene capacidad y personalidad dentro de sus estatutos. Si obra ilícitamente se concluye su incapacidad.

Estos cuestionamientos son rebatidos por Righi del siguiente modo:

“crear otro sistema de punibilidad aplicable a esta clase de personas”.

No es cierto que la persona sea responsable cuando obre dentro de sus lícitas atribuciones. Es frecuente que sean enjuiciadas por responsabilidad civil emergente de delitos y cuasidelitos cometidos por dependientes, hipótesis no contempladas en ningún estatuto.

Siendo admitido que la diferencia entre delito e infracción es simplemente cuantitativa, resulta ilógico sostener que una persona jurídica pueda cometer una infracción –propia del derecho penal administrativo- y no un delito –propio del derecho penal criminal-.

Puede crearse legislativamente un sistema en que se prescindiera de la culpabilidad para sancionar a una persona jurídica. Lo cual no supone hacer lo mismo con las personas físicas.

El orden jurídico no ha construido un solo modelo para fundamentar reacciones penales, sino varios, pues los presupuestos que condicionan la pena a los delinquentes adultos son diferentes a los que rigen respecto de los menores infractores o los inimputables.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DOGMÁTICO:

La doctrina argentina mayoritaria niega la posibilidad de hacer penalmente responsables a las personas jurídicas, sosteniendo distintos argumentos. En posición minoritaria, la Escuela Ecológica del Derecho ha postulado la punibilidad de las personas jurídicas (Aftalión, Cueto Rua, etc).

SEBASTIAN SOLER:

Niega la responsabilidad de las personas jurídicas, tanto por principios básicos de la dogmática penal, como por lo preceptuado en el art. 43 Código Civil. La persona jurídica es un mero centro imputativo carente de todo sustrato psíquico.

No siente la coacción de la amenaza penal.

Señala que la subjetivación de la culpa excluye la responsabilidad objetiva y postula también la individualización de la responsabilidad penal: nadie sufre pena por otro.

La pena a las personas jurídicas no repara en los socios que no consintieron los actos ilícitos y comete injusticias a su respecto.

RICARDO NUÑEZ

Al tratar la conducta como primer estamento de la teoría del delito, señala que la persona moral no puede ser sujeto activo de delito. Sólo el ser humano es capaz de ejercitar las acciones o incurrir en las omisiones que legítimamente pueden entrar en el ámbito del derecho penal.

Sostiene que la razón de la pena no reside simplemente en el hecho de que ciertas situaciones producen consecuencias perjudiciales para los individuos o la sociedad (si así fuera se podría castigar a animales, rayos, etc.)

AFTALION

Sostiene que mientras se desarrollan grandes polémicas en esta materia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya se ha instaurado legislativamente.

El fondo de la cuestión radica en que no existe ninguna imposibilidad para responsabilizar a los entes colectivos.

Parte de la distinción entre obligaciones y responsabilidad.

El derecho penal no soluciona todo el problema sindicando a quien cometió un delito. Luego hay que analizar si cabe responsabilizarlo a él o a otro ente, aunque no haya sido el agente natural de la transgresión.

Por lo expuesto, sostiene que se puede responsabilizar a las personas jurídicas prescindiendo de la culpa.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

La legislación tradicional argentina en materia penal ha contemplado “consecuencias” para las personas de existencia ideal cuyo carácter “administrativo” o “penal” no parece definido. El legislador argentino se ha movido con fines pragmáticos.

CODIGO ADUANERO

Trae severas consecuencias para la persona de existencia ideal implicada en la comisión de un delito en los Arts. 876 inc. 1° y 888. -

LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Prevé sanciones en los Arts. 41 y 42. -

LEY PENAL TRIBUTARIA

Prevé sanciones para las personas jurídicas en el Art. 16. -

DERECHO JUDICIAL ARGENTINO

Nuestros Tribunales, dada la aceptación prácticamente unánime del postulado “societas delinquere non potest” al resolverse la situación procesal de directivos de empresas sindicadas como autores de delitos cometidos en el marco de su actuación corporativa, no se ha pronunciado acerca de esta cuestión académica, no habiéndose impuesto nunca sanciones penales a personas jurídicas.

