

Universidad Católica Argentina
Especialización en Derecho Penal

Nuevas herramientas de planificación del patrimonio a través del instituto del fideicomiso. Análisis a la luz del derecho sucesorio argentino. La problemática que plantea al Derecho Penal y la necesidad de resignificar los delitos de estafa, supresión de documento y defraudación por administración fraudulenta.

Constanza Macri

Índice

- 1.** Caso que se plantea para dar respuesta a la propuesta.
- 2.** El fideicomiso. Generalidades y modalidades. Consideraciones.
- 3.** Las diferentes problemáticas que presenta el fideicomiso.
- 4.** La figura de la defraudación fiduciaria (artículo 173 inciso 12° del C.P.).
- 5.** La estafa -clásica- y la procesal. La defraudación por supresión de documento y la defraudación por administración fraudulenta.
 - 5.a.** La estafa.
 - 5.b.** La defraudación por supresión de documento.
 - 5.c.** Consideraciones.
 - 5.d.** La defraudación por administración fraudulenta.
- 6.** Conclusiones.

1.Caso que se plantea para dar respuesta a la propuesta.

Concurre a mi estudio jurídico la Señora C.

Relata que mantuvo una relación de pareja, sin convivencia, ni unión formal, y durante varios años, con el Señor G., recientemente fallecido, a consecuencia de la cual nació el pequeño hijo J., de pocos meses de vida, reconocido por aquel como su descendiente.

Durante el transcurso del vínculo, G., empresario exitoso, no sólo a nivel local, sino también mundial, compartió con ella detalles concernientes a la distribución de su patrimonio, que ubicó en estructuras societarias y, en particular, le cuenta acerca de un fideicomiso, constituido dos décadas atrás, en un país extranjero, caracterizado por ser de los llamados “paraísos fiscales”.

Este fideicomiso, constituido por G., lo ha sido de forma “irrevocable” y en el ha instituido como beneficiarios a sus hijos mayores, que son fruto de la unión de G. en matrimonio, ya disuelto, ubicando como condición, que lo tornará operativo, su muerte.

A partir del deceso de G., en virtud de los bienes muebles e inmuebles que se emplazan en Argentina, que además es el lugar de residencia de G. y sede social de varias de las empresas de las cuales es accionista mayoritario, se apertura la sucesión en el país.

Para sorpresa de C., el fideicomiso -que reúne la mayor parte de la fortuna del causante- no es denunciado al juez de la sucesión por los coherederos mayores, quienes en su presentación inicial, dan cuenta de numerosos bienes que conforman el acervo hereditario, más omitiendo toda referencia al instrumento.

A este pleito, C. ingresa, en representación de los intereses del niño, y así lo hace.

Sin embargo, el resto de los herederos de G., ante la intimación cursada por el magistrado actuante, niega la existencia del fideicomiso.

No obstante, durante el transcurso del juicio, a instancias de C., se produce prueba que documenta, de manera inequívoca, la efectiva existencia de este instrumento.

Ante este nuevo panorama y la renovada intimación del magistrado, para que se expidan sobre el fideicomiso anteriormente negado, a la luz de los

elementos probatorios incorporados, los coherederos mayores terminan por reconocer su condición de beneficiarios, pero sostienen como defensas:

-que no les correspondía denunciar el fideicomiso, puesto que se constituyó en el extranjero y en consecuencia, se rige por la ley de su lugar su celebración, no debiendo ser atraído por la sucesión.

-que el fideicomiso se encuentra en manos, es decir, bajo el manejo, de fiduciarios, que no reciben directivas de ellos y a quienes tampoco les pueden impartir instrucciones que modifiquen los términos originarios que han dado vida al fideicomiso. Entre tales aspectos, lo atinente a quienes deben ser reputados beneficiarios. Indican que C. deberá presentarse ante la jurisdicción correspondiente y allí dirimir lo que corresponda, sobre los derechos del hermano menor, excluído. De cualquier manera, aducen que no han percibido los beneficios que derivan del instrumento.

-Finalmente, que por haber sido constituido dos décadas atrás y en la modalidad de “irrevocable”, su hermano menor no puede tener derechos, en tanto un instrumento de esta naturaleza se caracteriza, entre otras cuestiones, por la circunstancia de que los bienes aportados al negocio conforman un “patrimonio separado” o “patrimonio de afectación”. De tal suerte, no puede predicarse que esos bienes resulten “propiedad” de su difunto padre, en común, en tanto han salido de su patrimonio al originarse y en consecuencia, no integran parte del caudal hereditario.

Por fuera de las críticas que recibe esta respuesta, ante el juez natural de la causa, la Señora C. manifiesta su firme intención de judicializar el caso, en paralelo, en el ámbito represivo y denunciar, penalmente, a los coherederos mayores, en estricta relación a lo ocurrido con el fideicomiso.

En miras a dar respuesta a la pretensión de C. de una posible consecuencia penal en la especie, efectuaré un análisis de la figura del fideicomiso y sus diversas modalidades, de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación y del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que regulan tanto lo atinente a este negocio, como a las normas que regulan la sucesión y a su vez, del Código Penal.

2.El fideicomiso. Generalidades y modalidades. Consideraciones.

Como bien es sabido, el fideicomiso ha sido introducido a nuestro ordenamiento jurídico a partir de la **Ley N° 24.441**. Su principal característica determinaba la constitución de un *“patrimonio separado”* o *“patrimonio de afectación”*, aportado por el fiduciante/constituyente (que venía a distinguirse de su patrimonio *“individual”*) administrado por el fiduciario, hasta que operara la condición o plazo impuesta por el primero, para su transmisión a aquel designado beneficiario/fideicomisario.

Bien en esa redacción originaria o en la actual (**artículo 1666 CCyCN**) no se plantean dudas de que se trata de un contrato válido, me refiero como herramienta jurídica y que no importa simulación, en lo absoluto. Entender justamente cuál es su naturaleza permite indagar en la relación o negocio jurídico subyacente, que es la verdadera causa que le da vida, develándose de esta manera si el fideicomiso se realiza para evadir alguna prohibición¹ o esconder, bajo su ropaje, un negocio jurídico indirecto.

Lo cierto es que el fideicomiso se caracteriza por plantear, desde el inicio, su realidad: es el vehículo para aislar determinados activos, que son los aportados al patrimonio fideicomitado, que permanecerán en este estatus, de sujeción en su propiedad fiduciaria, hasta que opere la condición o el plazo impuesto por el fiduciante, momento en el cual el destino de los bienes será aquel que haya sido individualizado.

Son diversas las causas que pueden llevar a la constitución del fideicomiso, como también son claras sus ventajas.

A decir de **Mariano Sardans**² el llamado *“fideicomiso de Administración y Sucesión”* (FAS) es un instrumento legal cada vez más utilizado por los usos y los beneficios que ofrece: *“blinda”* activos del ataque de terceros, otorga beneficios tributarios, desde el momento en que ellos, al ser transmitidos a un patrimonio, distinto, al de su originario titular, nulifica toda carga impositiva y permite *“encapsular”* los bienes, dejando establecida la persona o empresa que

¹ Kiper Claudio-Lisoprawski Silvio, “Tratado de Fideicomiso”, tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, pág. 665 y ss. y de los mismos autores “Fideicomiso de Planeación Patrimonial” elDial.com, D2173, 8/8/16.

² CEO y fundador de la Gerenciadora de Patrimonios FDI “Fideicomiso familiar: la herramienta para proteger el patrimonio de las PyME”.

será su administrador, que seguirá las instrucciones impartidas por el constituyente y dará al patrimonio el destino previsto.

Jorge A. M. Mazzinghi³ por su parte revela que las motivaciones de la constitución del fideicomiso pueden de ser de las más variadas: el deseo de asegurar un manejo eficiente de los bienes, el propósito de separar algunos de ellos del patrimonio general del fiduciante, la inclinación por una gestión unificada o coordinada, el deseo de proteger a alguno de sus sucesores (incluso un embrión crío conservado⁴), evitar la complicación de su administración judicial o cualquier otra finalidad.

A partir de la reforma del código veleciano, que mutó al **Código Civil y Comercial de la Nación** vigente, la **Ley Nº 24.441** fue derogada y es el código el que regula el fideicomiso: el previsto originariamente en aquella normativa -denominado "*financiero*"-, el que puede constituirse por "*testamento*", modalidad que también recogía aquella ley y que es denominado "*testamentario*", a lo cual se ha adunado un nuevo tipo, llamado "*de planificación patrimonial*".

No hay dudas, en este contexto y frente a la claridad de la norma, que se trata, en todos los casos, de un instrumento que, como lo explica la doctrina, resulta ideal para la transmisión de los bienes.

Los mencionados, como de "*planeamiento patrimonial*" o "*con fines sucesorios*" y el "*testamentario*", simplifican el paso de los activos de una generación a otra y automatizan este proceso de traspaso, habilitando al constituyente el planificar y dirigir el patrimonio, separándolo del propio, en pos, como se ha visto, de la relación subyacente que reposa en el contrato, sin embargo, presentan nítidas diferencias entre sí.

El primero, llamado de "*planeamiento o trazabilidad patrimonial*" se caracteriza por ser un acto "*entre vivos*", bilateral -de allí que no es posible su libre revocación- y de ejecución inmediata.

Esto significa que produce el traspaso de los bienes a favor del fiduciario, sin que opere, como condición, la muerte del constituyente. Me explico: si bien

³ "Fideicomiso familiar y testamentario" en "Tratado de Fideicomiso", bajo la dirección de Gabriel Gotlib, Mario A. Carregal y Fernando M. Vaquero, tomo II, pág. 318, Buenos Aires, La Ley, 2013.

⁴ Ilustra el autor que se estuvo ante un asunto tratado en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en Santa Fe, decidiéndose que el fideicomiso testamentario "resulta un instrumento eficaz para proteger derechos de concebidos no nacidos".

puede establecerse que se haga operativa la transmisión del patrimonio al beneficiario a partir de ese evento fallecimiento, el fideicomiso rige desde su creación, tiene vida durante ese lapso, pueden incorporarse al patrimonio fideicomitido, interín de su constitución, otros bienes, preverse su administración de modo tal que rinda frutos, establecerse beneficios para el constituyente (vgr. usufructo) o facultades que se reserve el fiduciante, entre otras variadas opciones. Este contrato no necesariamente se extingue con la muerte, de hecho, la normativa civil establece, para todos los fideicomisos y ya como regla general, un plazo de treinta años a partir de su celebración, con la variante del cómputo tomando como parámetro la muerte, en el supuesto de su modalidad de testamentario, que faculta a reducirla al término de la indivisión en materia sucesoria (10 años).

A diferencia, el llamado fideicomiso “*testamentario*” (**artículo 1699**) hace las veces, lisa y llanamente, de un testamento, es decir que, para que exista un fideicomiso de este tipo, el causante tiene que constituirlo, otorgando un testamento⁵. Más debe respetar las formalidades exigidas para su validez, de suerte tal que el mismo pueda ser declarado de este modo en el marco del proceso sucesorio que, de cualquier manera, debe iniciarse.

Se está ante un acto unilateral, una disposición de última voluntad, de allí que se trata de un contrato “*mortis causa*”, en tanto es a partir de la condición de la muerte del fiduciante (suspensiva) en que opera sus efectos, que no son otros que la transmisión del patrimonio a quien se instituya finalmente como beneficiario -pero por medio de la actuación del fiduciario y cumplido el plazo o la condición resolutoria-pudiendo recaer sobre bienes determinados de su haber relicto o universalidades, de las cuales puede disponer libremente, dentro de, lógicamente, lo que son los límites legales (**2462**).

La reforma, en este punto, ha efectuado dos salvedades: la primera, se vincula con la prohibición de pacto de herencia futura (**1670**), que se mantiene, pero exceptuando ahora aquellos casos atinentes a una explotación productiva o participaciones societarias o de cualquier otro tipo, con la finalidad de la conservación de la unidad de gestión empresarial o la prevención o solución de

⁵ Basset, Ursula Cristina. “Fideicomiso testamentario. Una herramienta para la planificación hereditaria”, 1ra. edición, pág. 82, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

conflictos⁶. La restante, versa sobre la porción disponible para el testador y el límite que constituye la intangibilidad de la legítima hereditaria que, por regla general, no puede afectarse **(2493)** salvo el supuesto del heredero con discapacidad **(2448)**, descendiente o ascendiente, a quien se permite mejorar en su hijuela. Esto último tiene su basamento, como bien lo explica la doctrina, en el reconocimiento de la realidad misma: la posición en que queda, ante el fallecimiento, la persona incapaz, que sin dudas lo es en desventaja si se mide en comparación con los otros herederos, en cuanto a las posibilidades que a futuro tendrá, de manera objetiva, recogándose de esta manera el “*principio de solidaridad familiar*”⁷. En este caso, el fiduciario debe aceptar su cargo ante el juez de la sucesión.

El dominio fiduciario, es decir, el que se adquiere “*con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento*” constituye una excepción a la normativa general del dominio.

Se ha discutido cuál es, a rigor de verdad, el alcance y la posición del fiduciario frente a ese patrimonio⁸, dado que, a partir de que opera la condición, es a él a quien se le transmite el mismo, para a su vez hacer lo propio, ulteriormente, respecto del beneficiario o fideicomisario.

Un sector ha considerado al fiduciario sucesor del fiduciante, pero entendiéndolo como heredero sometido a un plazo (o condición) resolutorio, que sería titular de un dominio revocable.

Otros, entre los cuales me enrolo, lo entienden como un administrador de los bienes fideicomitidos, por vía testamentaria, cuya finalidad es cumplir la manda de la sucesión, de allí, que asume un dominio revocable, que no ingresa en su patrimonio personal y que se ocupa de la entrega de los beneficios y bienes, cumplida la condición establecida.

Este tipo de fideicomiso, constituye el objeto del análisis que desarrollaré, conforme el planteamiento del caso hipotético y debe necesariamente ser sopesado con las reglas que rigen la sucesión y en particular, la testamentaria,

⁶ En armonía con la Recomendación para la Comisión del 7 de diciembre de 1994 sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, que alienta al empresario a organizar en vida la misma, en pos de garantizar “la continuidad de las sociedades” y “el éxito de la transmisión familiar”, evitando, entre otras, los impuestos que gravan la sucesión y la donación, que puedan poner en peligro la supervivencia.

⁷ Ortelli, Ana. “El fideicomiso testamentario” en Biblioteca digital de la UCA.

⁸ Basset, ob. cit. pág. 42.

los conceptos de porción disponible y de la legítima, como condicionantes de la voluntad tenida en miras por el fiduciante, con la única excepción apuntada.

A su vez, dejando de lado las disposiciones específicas que hacen a este tipo de contrato y aquellas vinculadas con el proceso universal ante la muerte, que necesariamente deben ser abordadas, no debe obviarse que el **CCyCN**, en su actual **artículo 12**, recoge también esta restricción a la libertad de disponer, con basamento en el orden público, al indicar que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público y que el acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado *“en fraude a la ley”*. En este caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que trata de eludir.

Como se indicó al inicio, esto es, ni más ni menos, que determinar cuál es el negocio jurídico que subyace al fideicomiso, en tanto si bien campea, lógicamente por su naturaleza, en lo que es el ámbito de la libertad contractual entre las partes, se encuentra ineludiblemente sometido a las normas conservadoras del derecho sucesorio, que tutela la familia y de allí, al imperativo del orden público.

Como bien lo explica **Lisoprawski**⁹, a la hora de comentar el precedente *“Cardenau, Rubén O...”*, dictado por la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Necochea, al ser un fideicomiso un continente o una vía instrumental, se impone indagar en la relación jurídica que descansa en él, para determinar si se está frente a un disfraz, de menor o mayor sofisticación.

En palabras de la autoridad jurisdiccional actuante *“el fideicomiso no existe en función de sí mismo, sino de otro contrato o relación negocial, por lo que el juzgamiento de cada contrato, deberá hacerse con base a esa finalidad”*.

En ese caso, se verificó la violación del orden sucesorio, se analizó el pacto de herencia futura y se remarcó el orden público, como materia convencionalmente indisponible, concluyéndose que los contratos de

⁹ RCCyC 2020 (abril), 183, cita TR La Ley Ar/Doc/2020/334/2020. Análisis del fallo que decreta la nulidad absoluta de un contrato de fideicomiso de planificación familiar con finalidad sucesoria por violar normas de orden público del derecho hereditario. La sentencia data del 22/10/19 autos “Cardenau Rubén O. c/ Cardenau Omar N. y ot. s/ nulidad de acto jurídico” (22/10/19, 1/37, expte. 9238, cita on line: AR/JUR/34147/2019).

fideicomiso se habían teñido con el color del negocio que vehiculizaban, pero no habían sido más que el medio para alcanzar una finalidad prohibida por la ley.

3. Las diferentes problemáticas que presenta el fideicomiso.

Ahora bien, sentados los lineamientos generales que hacen al instituto, debo decir que la finalidad del análisis no es cuestionar la legalidad y la utilidad del fideicomiso, como modo de trazar el destino de los bienes del fiduciante, sino de analizar qué ocurre y cuál es la respuesta jurídica, justa, que debe imperar en aquellos casos en que, a través de su constitución, se afecta la conformación del caudal hereditario y la legítima de los restantes herederos. Ello, desde la mirada del Derecho Penal.

Existen claros obstáculos que hoy en día se plantean con estos instrumentos, recogidos en el **CCyCN**, principalmente, la problemática se presenta en tanto en lo que es el ámbito del derecho represivo existe una mirada que ha quedado claramente descontextualizada, ante las novedosas herramientas que se van incorporando al ordenamiento jurídico.

En el derecho civil, no se advierten mayores complejidades, desde el momento en que el propio código establece, en el capítulo 30 y a partir del **artículo 1666**, en qué consiste el fideicomiso¹⁰ y por tanto, cuáles son sus efectos; de qué manera debe constituirse (vgr. instrumento público o privado, que debe ser inscripto en el Registro que corresponda) y las especificaciones que debe contener¹¹. Delimita las funciones de cada una de las partes, que en lo que hace al fiduciario, no se distingue, en lo esencial, de lo que es la pauta de actuación para cualquier tipo de mandato e incluso de la figura del albacea testamentario, respecto de la prudencia y la diligencia del buen hombre de negocios, la evitación de conflictos de intereses, la rendición de cuentas y no

¹⁰ contrato que se caracteriza por la transmisión o el compromiso de hacerlo, en derredor de la propiedad de bienes, por parte del fiduciante, hacia el fiduciario, quien se obliga en torno a este patrimonio fideicomitado, haciéndolo "en beneficio" del beneficiario, transmitiéndola al cumplimiento de un plazo o condición. Pueden ser su objeto todos los bienes, incluso universalidades, pero no las herencias futuras y sobre estos bienes fideicomitados se constituye una "propiedad fiduciaria" (artículo 1682) y un patrimonio "separado" (artículo 1685).

¹¹ Artículo 1667 y ss.: a) la individualización de los bienes, objeto del contrato y de no ser ello posible, la descripción de los requisitos y características que deben reunir los mismos; b) la determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados; c) el plazo (que no puede superar los 30 años, a excepción del supuesto de persona incapaz o con capacidad restringida) o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria; d) la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671; e) el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1672; f) los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa. No puede durar más de 30 años.

está eximido, lógicamente, de las consecuencias que derivan de su obrar, a título de culpa o dolo. En cuanto al beneficiario/fideicomisario, el **artículo 1681** obliga a la aceptación de su calidad de tal, que sin embargo se presume, entre otras cosas, cuando *“realizan actos que inequívocamente la suponen”*; se establece que, en caso de no hacerlo, el fiduciario puede requerir esa aceptación, hallándose habilitado, incluso, a recurrir al juez civil. En cuanto a sus efectos, frente a los terceros, este *“carácter fiduciario de la propiedad”* aparece en el momento en que *“se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos”* y el patrimonio *“separado”* queda exento de acción singular o colectiva de los acreedores, salvo acciones por fraude y de ineficacia concursal.

Estrictamente en la sucesión, al ser equiparable el fideicomiso testamentario a un testamento¹², como se adelantó, debe cumplir con las formalidades que hacen a éste último y, por lógica, ante la afectación de la porción hereditaria conocida como la legítima, se cuenta con las herramientas que se traducen en la promoción de las acciones de colación/reducción, de petición de herencia e incluso de nulidad, para el caso de que el testamento encuadre en los supuestos del **artículo 2467**, entre ellos, si implica la *“violación de una prohibición legal”*.

No hay dudas que si el fideicomiso excede el límite de la porción disponible, entraña una violación a la legítima, en tanto se está ante un derecho intangible, que la ley les reconoce a los legitimarios (descendientes, ascendientes o cónyuge) a recibir una porción sustancial de los bienes del causante¹³.

Sin embargo, en el estado actual de cosas, distintas son las vicisitudes que emergen cuando se analiza la cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad penal.

Está claro que el análisis que se pretende hacer en esta oportunidad -y la solución jurídica que sobreviene adecuada y que se propone- parte del supuesto del fraude: esto es, cuando, haciéndose uso de este instrumento, se obtienen ventajas, frente a otros herederos, que a diferencia, no sean los designados

¹² Artículo 1699 que remite a los artículos 1667, 2448 y 2493 y las disposiciones del fideicomiso.

¹³ Mazzinghi, ob. cit.

“*beneficiarios*” o bien cuando el fideicomiso es silenciado/ocultado al juez de la sucesión por los instituidos beneficiarios -como se plantea al inicio- e incluso por el fiduciario, que como se ha visto, debe aceptar su rol formalmente, ante el juez e incluso, al ser equiparable a un testamento, por las personas que tienen la obligación de denunciar su existencia (vgr. el que participa en su otorgamiento o en cuyo poder se encuentra cfme. **artículo 2471**).

La cuestión adquiere sin duda atisbos de mayor complejidad, si el fideicomiso por medio del cual los bienes serán adjudicados a algunos -y no todos- los herederos, se constituye en el extranjero -que se alza como una de las premisas del caso hipotético-, no sólo por la imposibilidad fáctica que importa obtener información a su respecto (sobre todo, si su creación lo ha sido en los denominados paraísos fiscales, caracterizados por su hermeticidad) sino, fundamentalmente, si aquello que compone el patrimonio fideicomitado se traduce en activos que se ubican en el exterior del país, con la posición de dominio ipso facto a la muerte del causante, que es, a rigor de verdad, una realidad que impera en todos los casos ante un fallecimiento y la discusión que sobrevendría, atinente a la legislación aplicable.

Del mismo modo, recordemos, en este punto, que existe la obligación de registrar el fideicomiso, pero este deber no se extendería a los supuestos de su constitución conforme al derecho foráneo.

Ahora bien, volviendo sobre las defensas ensayadas por los coherederos en el caso, debe meritarse que, aun cuando el fideicomiso se rige por la ley de su lugar de constitución, la ley argentina deviene de modo insoslayable en su aplicación, a partir del presupuesto previsto en la norma, que determina la apertura de la sucesión en este país cuando el último domicilio del causante se asienta en el territorio y de allí, la obligada ley local, en virtud del principio de universalidad sucesoria.

Dicho de otro modo, justamente por ser la sucesión un proceso de carácter universal, por lógica, deben ingresar a tal pleito la totalidad de los bienes del causante, incluso aquellos que importan la constitución de fideicomisos o los llamados trusts en el exterior del país.

En el caso de que el patrimonio del fideicomiso recaiga sobre bienes inmuebles, se deja fuera el principio “*locus regit actum*” y de igual manera, se procede en el supuesto de activos o cuentas en el extranjero, que deben seguir

el mismo camino, es decir, su atracción al proceso universal, en tanto acorde a la movilidad financiera que los caracteriza, no son considerados bienes muebles con situación permanente, sino antes bien concebidos como sumas de dinero, sometidas a un régimen bancario y/o financiero y fungibles.

Esta premisa, de que todos los bienes, incluso aquellos sujetos a fideicomisos o trusts regulados por leyes extranjeras, deben ser allegados (me refiero informados) al juicio sucesorio, junto a las nociones de *“heredero forzoso”* y de *“legítima hereditaria”*, propia de nuestro sistema, fueron abordados en el paradigmático precedente *“Vogelius Angelina T. y otros c/ Vogelius Federico y otros”*¹⁴.

A través de la doctrina que emana del caso, se aplicaron limitaciones propias del derecho sucesorio sobre un fideicomiso regido por el derecho extranjero, indicándose que este tipo de instrumentos eran, en los supuestos en que la muerte es *“la verdadera causa final del acto”*, un modo de programar *“en realidad su sucesión”* y, para el beneficiario, implicaba el *“anticipo”* de su porción hereditaria.

Los jueces opinantes consideraron que debía apartarse la ley del lugar correspondiente a la celebración del fideicomiso y de su cumplimiento, en el entendimiento de que, a los fines hereditarios, los efectos del acto debían ser considerados a la luz de la ley argentina.

Ello, con basamento en que se estaba ante *“el derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es decir a la adquisición ut universitas que, como tal, está sometida a una única ley (principio de unidad sucesoria) que es la del último domicilio del causante”*.

Al mismo tiempo, previo dejar en claro que el fideicomiso no era una institución extraña a nuestro derecho, de modo que sus efectos extraterritoriales no encontraban la valla que establecía el artículo 14 del código civil (vigente en ese entonces), efectuaron un paralelismo entre aquel y la donación y concluyeron que el fideicomiso constituido con fines de liberalidad, a título gratuito, designando beneficiarios a algunos de los herederos forzosos, debía ser asimilado, en sus efectos, a las donaciones colacionables en la sucesión.

¹⁴ que ha merecido la intervención del Más Alto Tribunal de la Nación (fallo 330:4511) y de la Excma. Cámara Civil (Sala F, rta. 3/11/05).

Se sostuvo: *“Aunque el fideicomiso es, en este caso, un medio para recibir una donación, no es en sí mismo una donación...es un instituto distinto y más trascendente. Entre las diferencias más notables se apunta la circunstancia de que en la donación el donatario recibe el bien del donante; en cambio en el fideicomiso es un tercero el que, en carácter de propietario del dominio fiduciario, se interpone entre el fiduciante y el beneficiario. Se agrega que el fideicomiso puede comprender incluso bienes futuros, a lo que se opone el art. 1800 del Cód. Civil, y es revocable por disposición contractual, a diferencia de la donación cuyas causas de revocación están expresa y taxativamente enumeradas en los arts. 1859 y sigtes”*. Para, de seguido, indicar: *“la constitución de fideicomisos singulares en favor de herederos forzosos como beneficiarios a título gratuito del fideicomitente encierra una liberalidad cuyo contenido y trascendencia excede largamente las enumeradas en el art. 1791 del Cód. Civil. Y tampoco es una mera promesa de donación para tener efectos después de la muerte del donante (arg. art. 1790) puesto que el contrato de fideicomiso obliga al fiduciario a entregar los bienes fideicomitidos al beneficiario. En otras palabras, no se trata de una mera promesa sino de un negocio completo que, aunque pueda ser revocado en las condiciones en que se constituyó el fideicomiso, otorgará al beneficiario acción personal contra el fiduciario para obtener la transmisión del dominio una vez producido el fallecimiento del constituyente o fiduciante”*.

Retomando la naturaleza del trust o fideicomiso, entendieron que *“el constituyente...programó en realidad su sucesión, y su muerte es la verdadera causa final del acto, por lo que si lo excluyésemos de las donaciones colacionables –o sujetas a reducción- podría llegarse a la conclusión de que configura un acto en fraude a la ley que prohíbe los pactos sucesorios....A los fines de salvaguardar el principio de igualdad entre herederos forzosos -a lo que se ordena la colación- es menester situar el fideicomiso gratuito en su beneficio en el género de los negocios indirectos a través de los cuales el fideicomitente pretende obtener un fin ulterior que excede su función económica típica. Nos explicamos: lo excede en tanto y cuánto a través de él el constituyente haya querido eludir los efectos de la donación franca para lograr la finalidad que la ley condena. Este fin ulterior se revela en el propósito de beneficiar gratuitamente a uno o más herederos forzosos, sustrayendo los bienes fideicomitidos del acervo sucesorio. Por eso los franceses han aludido a una donación indirecta con*

efectos al día del fallecimiento del constituyente del fideicomiso...En similar sentido se ha señalado que si un beneficiario es, a la vez, heredero forzoso del fiduciante lo que reciba en aquel carácter será una anticipación de su porción hereditaria”.

Como se advierte, se entendió que la ley argentina, de aplicación obligatoria en aquellos supuestos en que el causante/fiduciante fallecido hubiera tenido su último domicilio en el país, garantizaba –como cuestión de orden público- una determinada porción del acervo hereditario, que el difunto no podía afectar, conocida como la “*legítima*”, a cierta clase de herederos, caracterizados como “*forzosos*”, resguardándose ello a través de los dos institutos previstos por la ley, como son las acciones de colación y de reducción.

También se expidieron sobre el juego existente entre una sucesión regida por el derecho argentino y un fideicomiso constituido en el exterior, gobernado por el derecho foráneo, sosteniendo que el hecho de que éste lo fuera acorde a su lugar de celebración, no obstaba a que, a los fines hereditarios, sus efectos fueran considerados a la luz de la ley argentina, en tanto el derecho de sucesión al patrimonio del difunto debía estar sometido a una única ley (universalidad sucesoria), como se dijo, correspondiente al último domicilio del causante.

Se asimiló el fideicomiso constituido a título gratuito a favor de algunos herederos forzosos, a una donación y por tanto, se consideró que los bienes fideicomitidos debían ser computados a fin de resguardar la igualdad entre ellos, de suerte tal que, aun cuando se podía hacer uso de dicha figura -fideicomiso o trust- cualquiera fuera su carácter o forma de celebración, no podía verse afectada la intangibilidad de la legítima, como precepto esencial del orden público sucesorio argentino.

Los lineamientos de este caso hoy en día se encuentran recogidos en el **CCyCN**, como hemos visto, en virtud del principio rector de universalidad sucesoria, que determina la atracción del patrimonio y la aplicación, insoslayable, de la ley argentina, al mismo tiempo en que esta jurisdicción emana de otras

disposiciones del código, tales como los **artículos 2619¹⁵, 2643¹⁶, 2645¹⁷, 2651¹⁸, 2594¹⁹ y 2598²⁰, 2600²⁰ y 2605²¹**.

Complementan el plexo jurídico el “**Convenio sobre la Ley aplicable al Trust y a su Reconocimiento**”, de La Haya, entrado en vigor en el año 1992²², que nos brinda una definición del instituto, fideicomiso o trust, según la denominación del país de que se trate²³ y determina cuál es la ley aplicable, indicando que será la elegida por el fiduciante –en su defecto, la ley con la que esté más estrechamente vinculado- que regirá su validez, su interpretación, sus efectos y su administración. No obstante, señala el Convenio que las disposiciones no pueden excluirse en virtud de una manifestación de voluntad que verse sobre, puntualmente, materias de “*protección de menores e incapaces*” y “*los derechos de la sucesión testada o intestada y, en particular, las porciones de bienes de que el testador no pueda disponer*”.

A la hora de analizar las disposiciones del citado Convenio, la doctrina efectúa la salvedad de que la institución del trust, que se regula en el derecho anglosajón, presenta sustanciales diferencias con el fideicomiso, la más importante, sin duda, se traduce en que el derecho de propiedad en aquel es

¹⁵ ante la ausencia y presunción de fallecimiento, es competente el juez del último domicilio conocido del ausente o persona desaparecida, o en su defecto, el de su última residencia habitual, determinando que la competencia del juez en que se hallan situados los bienes encuentra excepción en “*el juez argentino...puede asumir jurisdicción en caso de existir un interés legítimo en la República*”.

¹⁶ De igual modo, esta jurisdicción prima en el caso de la sucesión.

¹⁷ El testamento otorgado en el extranjero es válido en la República, según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual o de la nacionalidad del testador al momento de testar “*o por las formas legales argentinas*”.

¹⁸ Además, el principio de la autonomía de las partes al contratar, en lo que se refiere al derecho aplicable, se halla sujeto a determinadas reglas, entre ellas “*los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato*”.

¹⁹ Del mismo modo, en el título IV, que versa sobre las disposiciones del derecho internacional privado (**2594 y ss.**) el código determina, en lo que aquí interesa, que “*en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto*”.

²⁰ las disposiciones del derecho extranjero aplicables “*deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino*”.

²¹ en la elección del foro -bien sea la prórroga de la jurisdicción en jueces o en árbitros fuera del país- en materia patrimonial e internacional resultan excepción los supuestos en que “*los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley*”.

²² <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/trusts>

²³ aquella relación jurídica creada por un acto inter vivos o mortis causa, en la cual una persona –el constituyente- coloca bienes bajo el control de un trustee, en interés de un beneficiario o con un fin determinado; de igual modo, que esos bienes constituyen un patrimonio separado.

dual, dado que coexisten dos derechos de propiedad: el primero, es el llamado legal ownership o legal state, esto es, la titularidad o propiedad legal de un bien, el restante, denominado beneficial ownership o equitable state, es el derecho de uso o goce, lo que la doctrina indica no se admite en nuestro derecho, en que el propietario de las cosas es solo el fiduciario²⁴.

A su vez, el trust permite la creación de la relación jurídica por un acto intervivos o mortis causa, a diferencia de nuestro sistema, en que según esa circunstancia, se estaría ante el fideicomiso de planificación patrimonial o ante el testamentario y, como hemos visto, a nivel local, poseen características distintas en lo que es su régimen y vicisitudes.

Finalmente, el Convenio excluye la aplicación de sus disposiciones si se advierte manifiestamente incompatible con el orden público, que es protegido a través de los principios que fundamentan el resguardo de la legítima, concluyéndose que lo atinente a esta porción y a la autonomía de la voluntad, no sólo versa sobre el orden público interno, sino también internacional, de manera que *“no podría un juez considerar como válido un testamento en el cual se hubiera hecho uso de la autonomía de la voluntad sobre la legítima o bien se hubiera constituido la figura del trust sobre ella”*.

Explica la doctrina que el trust se desarrolló, principalmente, en los sistemas jurídicos que reconocen una amplia libertad de testar, en tanto en aquellos que, como Argentina, tienen porciones legítimas establecidas normativamente, implicaría un riesgo a la integridad del derecho sucesorio, por lo que cualquier gravamen o condición se tendrá por no escrita.

Como conclusión, y retomando los presupuestos del caso, entiendo que está claro que ninguna estructura fiduciaria, sea cual fuere el lugar de constitución del fideicomiso o el tipo de bienes que involucre, puede defraudar o perjudicar a los herederos forzosos.

Este propósito, como hemos visto, está prohibido por la ley y los caracteres que hacen al fideicomiso como tal, aun cuando faciliten, por vía de hipótesis, la transmisión de los activos, en modo alguno pueden convertirse en

²⁴ “El fideicomiso testamentario o trust angloamericano y el orden público internacional” de María C. Foronda, en compendio jurídico N° 72, abril de 2013, Errepar.

una suerte de vallado impenetrable que constituya el mecanismo para violar la legítima de los herederos.

Escudarse en la naturaleza y rasgos propios de este contrato, llevaría a la insólita conclusión de que bastaría la creación de un fideicomiso para la afectación de derechos hereditarios, sin que ninguna responsabilidad pudiera ser adjudicada, desde el Derecho Penal.

Veamos entonces, de seguido, cuáles son las soluciones jurídicas que se proponen.

4. La figura de la defraudación fiduciaria (artículo 173 inciso 12° del C.P.).

Como bien lo han ilustrado **Kiper y Lisoprawski**²⁵, no puede perderse de vista, en lo que hace al derecho penal, que la figura específica del fideicomiso, esto es, la **defraudación fiduciaria**, se tipificó como resguardo penal destinado a los actores del negocio, pero presuponiendo que el fraude sería cometido por el fiduciario en el desarrollo de su administración, tomando como basamento que la confianza es su eje principal.

Pero, señalan los citados autores que existe, claramente, otro ámbito de criminalidad, que amerita que un instrumento de esta naturaleza sea tratado con las disposiciones generales del Código Penal.

Se refieren a los casos en que se malversa o se emplea disfuncionalmente el fideicomiso, ya sea que se pergeñe una estructura fiduciaria como una “*mampara*” para eludir la ley o en fraude a ella, o instituir a un fiduciario que no pasa de ser un títere, o bien empleándolo como medio de insolvencia para defraudar a los acreedores, o sencillamente para perjudicar a terceros o aun no estando en miras ésta finalidad, se provoca de igual modo. Remarcan los citados autores que “*el régimen de familia y el sucesorio son los que padecen con mayor frecuencia el fraude...*”.

Es que, en armonía con ello, no puede pasarse por alto que el tipo penal en cuestión limita la condición de sujeto activo al fiduciario, no abarcando los casos que aquí también se pretenden analizar, que versan sobre una actuación delictual proveniente del fiduciante/constituyente del fideicomiso y de los beneficiarios/fideicomisarios. Estos últimos incluso, en la estructura de esta

²⁵ “vicios que pueden afectar el contrato de fideicomiso. Remedios legales cuando se emplea el fideicomiso para burlar la ley”, publicado en RCCyC 2017 (julio), 46 cita: TR La ley AR/doc/1461/2017.

figura, pueden adquirir la calidad de víctimas, lo que ha sido reconocido por la doctrina, en forma mayoritaria, coincidiéndose en este punto en que una interpretación que se ciña a quienes materialmente forman parte del contrato, tornaría prácticamente inaplicable el delito, correspondiendo de este modo que la connotación trascienda a los beneficiarios/fideicomisarios, que si bien ajenos a lo convenido entre las partes en una primera instancia, al aceptar el beneficio pasan a actuar como parte, que se incorpora al contrato y de allí, ostentan la calidad de “*cocontratante*”.

5. La estafa -clásica- y la procesal. La defraudación por supresión de documento y la defraudación por administración fraudulenta.

Lo cierto es que no sólo la figura de la defraudación fiduciaria habilita la posibilidad de reproche penal cuando se hallan involucrados fideicomisos.

Un repaso de nuestro ordenamiento sustantivo y el análisis que se desarrollará, permitirá apreciar que, según las circunstancias de cada caso, podrán devenir de aplicación otros tipos penales: la **estafa, en su modalidad básica y también en la llamada procesal (artículo 172)**, que este delito, además, podría cometerse a través de la ocultación del documento de fideicomiso, que hace las veces de testamento, por medio de la **defraudación por supresión de documento (del artículo 173 inciso 8°)**, que incluso este tipo podría ser el directamente subsumible, según los presupuestos que se planteen y el de **defraudación por administración fraudulenta**, siempre tomando como parámetro que la búsqueda de la respuesta jurídica acorde, en esta ocasión lo es desde la posición del fiduciante y del beneficiario/fideicomisario.

La principal problemática que advierto descansa en la limitada concepción que se ha efectuado de estas figuras, que no ameritan su reforma, en lo absoluto, sino su reinterpretación para re-significar y dar entrada al derecho represivo en este ámbito moderno que impera hoy día, ante el empleo disfuncional o desviado del fideicomiso.

Éste, como otros variados y novedosos instrumentos, han suplido aquellos medios, si se quiere convencionales, utilizados desde antaño para la planificación y disposición, a piacere, del patrimonio. Pero no debe obviarse, en este punto, que en definitiva en esta figura a la que me aboco y en la del testamento, reposa una idéntica premisa, esto es, la voluntad de disponer de los bienes, por lo que debe juzgarse el caso bajo una misma óptica. A diferencia del

acto de última voluntad, una cuestión a tratar será la atinente a uno de los rasgos que hacen al fideicomiso, esto es, lo atinente a que los activos pasan a formar parte de un “patrimonio de afectación”, que no podría ser alcanzado, en abstracto, por la ley. Tal una de las defensas alzadas en este caso.

5.a. La estafa.

Previo adentrarme en el punto, se hace necesario efectuar una salvedad, que se relaciona con los límites que impone el principio de legalidad o reserva (**artículo 19 C.N.**), en confronte con la actual redacción del **artículo 172** del ordenamiento de fondo.

Es que el tipo penal establece la hipótesis de fraude y tras ello brinda una serie de modalidades o medios comisivos en que puede verse exteriorizada la conducta ilícita, disponiendo, en su parte final “*valiéndose de cualquier otro ardid o engaño*”.

Ello permite vislumbrar que la redacción del legislador lo es a modo de mera ejemplificación y, por tanto, que no es correcta una pretendida función reductora de esas nociones de ardid y engaño, que como ocurre con otras figuras recogidas en el digesto sustantivo, deben ser analizadas en el caso en particular, quedando sometidas, por tanto, en punto a su idoneidad, a las características e interpretación de cada supuesto.

Bien se ha dicho²⁶ que en este delito, donde la imaginación creadora del delincuente tiene más ancho campo de acción, se pueden producir las situaciones más originales e imprevistas, ya desde Las Leyes de Partidas “*no es posible contar de cuántas maneras los hombres engañan a los hombres*”. **Carrara** enseñaba que siendo infinita la variedad de las astucias humanas es imposible enumerar taxativamente todos los medios por los cuales se comete el delito, engañando fraudulentamente a otro.

En consecuencia, la ley, en el **artículo 172**, no hace otra cosa que enunciar una serie de formas bajo las cuales se comete la estafa y con la expresión final, se limita a exigir que se dé en el caso en concreto el status de “*ardid*” o “*engaño*”. De allí, que no se trata de una creación, vía analógica, de nuevas entidades delictivas, sino solamente de aplicar la ley a formas de

²⁶ Citado por Molinario Alfredo J-Aguirre Obarrio, Eduardo, “Los Delitos”, tomo II, Buenos Aires, Tea, 1996, pág. 321.

conducta que aparezcan novedosas por el medio utilizado para inducir a error a la víctima²⁷.

Se hace necesaria esta consideración en tanto no soslayo, en derredor de la estafa y, fundamentalmente, en torno a la procesal, que la doctrina y la jurisprudencia han tendido a flexibilizar -o si se quiere minimizar- la aptitud de la maniobra, de modo objetivo, considerando, la mayoría de las veces, que el sesgo de “contradictorio” de un proceso y la autoridad del juez –que se ha equiparado a una suerte de personaje “infalible”- habilitan a abrir el juego de las partes a un campo peligroso, en que, pareciera a simple vista, todo se encuentra permitido, en pos de la libertad de litigar.

En ese sentido, prácticamente en forma unánime se ha sostenido que la decisión judicial debe basarse en pruebas, de allí que las meras afirmaciones o los silencios contrarios a la verdad, no pueden ser los medios que configuren el delito, que reclama pruebas fraudulentas, o medios engañosos o artificiosos, lo contrario, se ha dicho, significaría fallar sólo por las alegaciones de las partes²⁸.

La justificación de que, de no entenderse así, se llevaría la situación a convertir la pérdida de todo pleito en una posible estafa²⁹, amplificando, a su vez, la órbita del derecho penal, considerado de última ratio en el sistema jurídico, entiendo que implicaría negar, de manera sistemática, la comisión de este delito o su tentativa, aniquilando directamente la figura, materia reservada de modo exclusivo al legislador.

Aquellas máximas, tampoco encuentran correspondencia, si se toma en consideración que lo que se propone -como respuesta a la hipótesis- no es extender el ámbito represivo a cualquier tipo de situación, sino, antes bien, de efectuar un análisis, serio, del caso y de la entidad del ardid o del engaño.

Ciertamente, si tal es el punto de partida, que se postula y que remite inequívocamente a las particularidades del proceso y de la autoridad jurisdiccional, amén de incentivar la inconducta procesal en las partes y, en cierto

²⁷ Ob. cit. Molinario/Aguirre Obarrio.

²⁸ Nuevamente Molinario/Aguirre Obarrio, al tratar el dolo civil y el penal, pág. 344 y ss. Donna, Edgardo A. “Derecho Penal, parte especial”, Tomo II B, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, pág. 323, citando a José Cerezo Mir, “La estafa procesal” en Revista de Derecho Penal, estafa y otras defraudaciones”. Nuñez, Ricardo C. “Iniusta petitio”, falsedad ideológica y estafa procesal, LL T63-718. Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino”, T. IV. Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, pág. 350 (edición impresa de 1994). Báez, Julio. “El demandado y la estafa procesal”, LL 2000-E-1039 y “El silencio y la estafa procesal”, LL 2004-E-967.

²⁹ Nuñez, Ricardo C., “Derecho Penal Argentino”, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, tomo V, pág. 309.

punto, avalar la burla a la jurisdicción, la afectación a la Administración de Justicia y poner en crisis el orden público, sin ningún tipo de consecuencia, lo cierto es que no logro imaginar en qué escenario, posible, podría predicarse la hipótesis de este delito, al menos que nos encontremos, claro está, ante una ostentosa maniobra³⁰, que por lógica no dejaría campo de duda.

No puede perderse de vista que es la protección de un bien jurídico, que la sociedad considera valioso, lo que lleva a la incriminación penal de la conducta que lo ataca y, además, que el delito de estafa, en su modalidad procesal, posee un carácter pluriofensivo, en tanto a la par que resguarda la propiedad de aquel tercero que se ve conmovido con un pronunciamiento injusto, también *“mancilla el normal desenvolvimiento de la administración de justicia...es inapropiado dejar fuera de la protección represiva la rectitud, la legalidad y la honestidad en los actos de impartir justicia...”*³¹.

En torno a la posición de **Nuñez**, a que remiten el resto de los autores, se impone efectuar la salvedad de que la cita en 28, estuvo relacionada con un caso de falsedad ideológica, inserta en una demanda judicial, que se vió acompañada de la dirección intencional de los testigos propuestos, declaraciones a las cuales el juez no asistió, considerándose que el magistrado había actuado de manera negligente.

Pero, incluso, en esa oportunidad el distinguido autor expuso que no era razonable que a la mentira o a la manifestación falsa se le negara la posibilidad de ser, por lo menos, la base del elemento activo de la estafa, distinguiendo entre el engaño y el ardid y ahondando en relación al primero al indicar que la simple mentira no puede crear la estafa, pero sí puede hacerlo cuando ella entra en la categoría del engaño, vale decir, de *“la mentira engañosa”*, obligando a ponderar las circunstancias concomitantes.

De otra parte, al tratar el silencio, **Creus** afirma que no es del todo exacto que cuando la ley ha querido darle el carácter de ardid o engaño, lo ha hecho expresamente, sino que en ocasiones es implícito: *“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...en*

³⁰ Soler nos invita a la reflexión, al indicar que no hay motivo alguno para restringir la tutela penal a los casos que se venza la astucia del más inteligente o del más prudente, ob. cit. pág. 341

³¹ Baéz, Julio. Ob. cit.

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 originó la conducta del agente y que, como vimos, no encuadra dentro del marco de la estafa³².

Concuerdo en que, si tomamos como punto de partida que la ley exige el engaño como elemento de configuración del tipo y éste no es otra cosa que una manifestación contraria a la verdad, existe en este elemento una falta de verdad en lo que dice o se hace creer³³, entonces, en esta línea de razonamiento, no advierto razón alguna para dejar fuera del margen punitivo cualquier omisión que tenga ese mismo efecto, es decir, la falta de apego con la realidad, en los casos en que la ley así lo impone.

En este orden de ideas, **Kiper y Lisoprawski**³⁴, con remisión al precedente “*Eurnekian*” del fuero Penal Económico³⁵, revelan viable que el fideicomiso sea considerado el instrumento del “*ardid o engaño*” para llevar adelante una defraudación, que en ese caso no se focalizó en la infidelidad del fiduciario, sino que aquel concepto se vio traducido en la realidad en generar fideicomisos que fungieran como pantallas o disfraces para consumir la estafa –genérica- del **artículo 172 del C.P.**, ahondando en ello al decir: “*es característica esencial de este delito que la intención de estafar esté presente desde el inicio de la conducta delictiva, es decir que la elección y construcción del instrumento o mecanismo elegido como ardid tenga su origen y objetivo en la primigenia intención de delinquir. Bajo este estándar, cualquier negocio, incluido la constitución de un fideicomiso, puede perder su fin en sí mismo, desnaturalizarse como legítimo instrumento legal y convertirse en el ardid necesario para inducir a error al sujeto pasivo*”.

Para continuar con el análisis de esta figura, se impone recurrir, nuevamente, a las disposiciones del **CCyCN** que se vinculan con el testamento y, en concreto, remarcar que la ley determina que de no existir testamento **(2340)**

³² Creus, Carlos, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo I, Astrea, 6ta. edición, Buenos Aires, 1999, pág. 468.

³³ Buompadre, Jorge E., “Delitos contra la propiedad”, 2da. edición, Mave, Buenos Aires, 2008, pág. 186.

³⁴ “vicios...” cit.

³⁵ CNPenalEconómico, Sala A, 6/8/2003, “Eurnekian Eduardo s/ inc. De apelación de procesamiento y prisión preventiva”, Imp., 2003-B-, 2058 y ss.

o bien que éste no disponga de la totalidad de los bienes, el interesado debe expresar si el derecho que pretende es exclusivo, o si concurren otros herederos.

Si bien no se prevé sanción (fuera de la temeridad o la malicia en el ámbito civil) aparece nítido que existe una obligación que se coloca en cabeza del interesado, que versa sobre aquellos que concurren con igual o similar derecho a la sucesión.

Este interesado, en una hipótesis de fraude como la que se introduce para el análisis de este planteo, que versa sobre el ocultamiento o silenciamiento de un fideicomiso testamentario, resulta evidente que no será el perpetrador del delito, quien difícilmente se presente en juicio a hacer valer su derecho, cuando lo ha tomado de propia mano y con total prescindencia de la autoridad judicial, sino el tercero perjudicado.

Si bien el planteo recae sobre el fideicomiso en sí, lo que se intenta graficar con este articulado (y con otras disposiciones que serán analizadas) es que la ley conmina a un deber de actuar, que como es sabido, en el ámbito del derecho penal, remite a la posición de garante y campea en la modalidad omisiva de los delitos, que acciona su tipicidad.

En este marco, aun con un diferente sustrato fáctico al que se analiza en este trabajo, de modo reciente la **Excma. Cámara en lo Criminal y Correccional** ha sostenido que la conducta de los herederos que inician la sucesión, omitiendo denunciar intencionadamente a quienes resultan también los forzosos, constituye el **delito de estafa, en su modalidad procesal**³⁶. Ello, con remisión a las disposiciones del **artículo 689 del CPCyC** que establece que aquel que solicite la apertura del proceso sucesorio, además de justificar su carácter de parte legítima y en el supuesto en que el fallecido no hubiese testado *“deberá denunciar(se) el nombre y domicilio de los herederos o representantes legales conocidos”*.

Idéntico criterio se esbozó en otro precedente³⁷, en que, por mayoría, se consideró ese accionar subsumible en la misma hipótesis delictual, entendiéndose que una manifestación en ese sentido constituye un engaño al juez y que existe *“una clara obligación legal de expresarse en el sentido que*

³⁶ Sala 1, CCC 21695/2022, “Glantz, A. T. y otra s/ procesamiento”, rta: 27/4/23.

³⁷ de la misma Sala, CCC 40.362/2017, “S.S.S. s/ procesamiento”, rta: 11/12/17, con remisión a la doctrina de la Sala VII, causas 1250/12, “A. C.”, del 19/9/12; y 36544, “S.”, del 11/5/09.

indican los códigos de fondo y de forma, pese a lo cual habría optado por efectuar una manifestación mendaz” que se consideró idónea para excluir del pleito a los restantes y, con declaratoria a su favor, disponer del bien que integraba el acervo. En el voto minoritario, se hizo referencia a lo expuesto anteriormente, esto es que la doctrina es unánime en derredor de que la sola afirmación o el silencio contrario a la verdad no pueden ser constitutivos del delito.

Está claro que la posición en contrario (y minoritaria) de este último fallo documenta una mirada, por demás sencilla, de la hipótesis de fraude que se esboza.

Es que no se está solamente ante meras verbalizaciones u omisiones, sino que, detrás de ellas, se encuentra la ley, que impone un deber jurídico, de decir la verdad y de exteriorizar lo que se conoce, y esto traduce el punto neurálgico que habilita la posibilidad concreta de reproche, neutralizando de este modo el escollo que desde siempre ha implicado para una doctrina del derecho penal (que sin dudas es tradicional y respetada, pero añeja) en relación al silencio o bien a la manifestación engañosa, o a la mentira, para dar andamiaje a la coronación del tipo penal que nos ocupa.

Llegado este punto, me permito recordar que el **artículo 689 CPCyC**, invocado en el precedente apuntado, aborda el proceso sucesorio, pero no sólo impone la obligación de denuncia de los demás herederos, sino que, fundamental para la propuesta, la extiende al deber de presentar el testamento del causante, cuando se conozca su existencia, siendo indistinto que esté o no en su poder.

Aquella tesitura, de que el silencio puede presentarse ciertamente como forma comisiva –bajo omisión impropia- en la figura de estafa procesal, en la posición de garante, ha sido recogida en otros pronunciamientos, de la **Excma. Cámara de Casación en lo Criminal y Correccional Federal**, en uno de ellos, se trataba justamente de la disposición que se había hecho de bienes que debían formar la masa hereditaria.

Me refiero al precedente *“Zanelli Alicia Isabel S/ Recurso de Casación”*, del Tribunal de Casación Penal, Sala V, jurisdicción de La Plata, del 8/10/2020, causa N° 101370, N° 917, integrado por los jueces Carral y Borinsky, quienes consideraron que *“el ardid o engaño al que hace alusión el artículo 172 del Código Penal y que caracteriza al delito de estafa, también puede configurarse*

a partir del silencio del sujeto activo, cuando existe respecto de éste la obligación jurídica de informar o decir verdad”.

En la misma dirección, se inscribió la doctrina del fallo “*Juri, Carlos Alberto s/ recurso de casación*”, de la Sala II, en que se hizo mención a la consideración de que la simple mentira o el silencio deben estar acompañados de ese plus que autorice a sostener engaño, sin embargo “*el que calle cuando debe hablar o conducirse con la verdad puede incurrir en la incriminación estafatoria, pues dicho silencio es determinante de la conducta de la víctima (...)*”³⁸.

Retomando el punto y continuando en esta línea, vemos que la ley civil indica expresamente que este tipo de fideicomiso es equiparable, en su naturaleza, a un testamento o dicho de otro modo, si por medio de este contrato, puede otorgarse testamento, entonces es de lógica que deben ser en un todo aplicables al negocio las disposiciones que hacen al acto de última voluntad, que tendrían que complementarse las unas con las otras, lo contrario devendría en irrazonable.

No sólo en tanto el fideicomiso no es un negocio en sí mismo, sino el vehículo de un determinado acto, sino, fundamentalmente, en tanto es doctrina fijada de antaño por el Más Alto Tribunal de la Nación, la necesaria armonización que debe existir entre los distintos preceptos que conforman el ordenamiento jurídico, para que exista coherencia y una pauta de interpretación, de la cual su primera fuente de exégesis de la ley es su letra (fallos: 304:1820 y 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149 y 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (fallos: 310:937 y 312:1484).

³⁸ Con cita de Juan H. Sproviero, “*Delitos de estafas y otras defraudaciones*”, Tomo 1, Buenos Aires, 1992, pág. 41, citado por el juez Madueño, en la causa “*Juri, Carlos Alberto s/ recurso de casación*”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Causa Nro.2566 -Sala II-, REGISTRO Nro. 3267, sentencia del 29/5/2000.

En definitiva, el axioma de la interpretación es la determinación del significado práctico de una norma jurídica, y debe estarse, al respecto, en última instancia, a aquella que le dé el juicio más justo o equitativo³⁹.

Ahora bien, la normativa civil distingue la naturaleza de los distintos tipos de sucesiones, entre ellas, la testamentaria, que implica que el causante “*ha dejado testamento*” (2339) e impone la obligación, si se otorgó por acto público, de “*presentárselo o indicarse el lugar donde se encuentre*”, emanando igual deber respecto al ológrafo, es decir, de ser *presentado judicialmente*.

Del mismo modo, del **artículo 2471** se extrae la obligación de denunciar la existencia del testamento, para quien participa en el otorgamiento o aquel en cuyo poder se encuentra, deber que implica comunicarlo a las personas interesadas, una vez acaecida la muerte del testador.

Esto se armoniza con la obligación que también emana del **artículo 689 de CPCyC**.

Si ello lo conjugamos con las disposiciones del fideicomiso y, puntualmente, el deber del beneficiario de aceptarlo o se lo dará por aceptado en los casos en que realice actos que impliquen una voluntad en ese sentido, sumado a que el fiduciario puede demandar al juez de la sucesión que el beneficiario se expida –además de la obligación de presentarlo a la sucesión (recuérdese que es el juez el que instituye en su rol al fiduciario)-, se concluye, por lógica y también por sentido común que, incluso para el caso de intentar ocultar el negocio, quien es el destinatario final de la última voluntad del constituyente -que es el que aquí interesa, en tanto heredero- no puede estar eximido de esa misma obligación, prevista para el resto de los supuestos obligados en la letra del **CCyCN**.

Al imponer la ley el deber de actuar –llámese presentar, denunciar, comunicar, etc.- es, a partir de este imperativo jurídico, en que se cristaliza la posición de garante, que no es otra cosa que el jurídicamente impuesto, por una fuente que así lo conmina y responsable por un resultado que no debe acontecer.

En el supuesto planteado, este resultado, se traduce en omitir hacer lo que la ley manda, con la consecuencia que de ello deriva, que es la ocultación

³⁹ Massini Correas, Carlos I, citado en Basset, ob. cit.

del instrumento que hace las veces de testamento y que sustrae los bienes que, como se ha visto, deben ser allegados al juez civil.

Sobre ello se tiene, además, en estas condiciones, una posición de singular privilegio, que, aclaro, no deriva solamente del dominio y poder de hecho que emerge de la realidad misma, sino fundamentalmente del conocimiento que se alberga en punto a que los activos existen, como también un instrumento que dispone su destino.

Incluso para la más diligente autoridad jurisdiccional, o la más férrea contraparte e interesado -aspectos que han sido remarcados en este tipo de casos para negar la posibilidad de la estafa procesal- piénsese, a título hipotético, en el fideicomiso constituido en el extranjero sobre el cual no rige la obligación de registración en este país. ¿De qué modo podría saberse de su existencia?.

Pueden ejemplificarse otras situaciones, pero es claro que si la ley establece obligaciones determinadas, sea en cuanto a exteriorizar a los demás herederos, o a los activos que deben integrar el caudal hereditario o respecto de los documentos que disponen del patrimonio relicto -conforme el **artículo 689 del CPCyC**- lo hace porque la autoridad y el contralor judicial no pueden abarcar todas las hipótesis posibles en que, por vía de la omisión, se irradian efectos que ingresan al plano del fraude, considerando aquel como una falsa representación de la realidad, o bien, como lo expone **Bacigalupo**, una carencia de conocimiento de una circunstancia existente⁴⁰.

En esta instancia, no puede obviarse que el **CCyCN** prevé, a diferencia de otros supuestos, el castigo que hace equiparable la acción a la omisión. En el ámbito penal, ese castigo es la sanción, que debe operar en aquellos "*casos en los que la equivalencia de la omisión con la acción positiva surge como incuestionable*"⁴¹.

Ciertamente, este deber al que se viene haciendo referencia -y su consecuencia, dentro de la órbita del derecho civil- aparece en otras partes del

⁴⁰ Bacigalupo, Enrique, "*ignorantia facti*" en "Falsedad documental, estafa y administración desleal", 1ra. edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 171.

⁴¹ Stratenwerth, Gunter, "Derecho Penal. Parte general", traducción de la 2da. edición (1976) por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, pág. 293.

código, de manera que la aplicación del Código Penal no resulta forzada, sino que resulta colofón, simplemente, de la infracción a estas normas extrapenales.

Por ejemplo, al tratar la ley el instituto de la indignidad e indicarse que son indignos de suceder **(2281)** *“h)...los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento”* que, como ahondaré más adelante, se corresponde con la hipótesis delictual de la defraudación del **artículo 173 inciso 8° del C.P.**, que también podría ser el medio para cometer la estafa del **artículo 172**.

De la misma manera, al tratarse la responsabilidad que se adquiere con los propios bienes **(2321)** se la establece para quien *“oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario”*.

Finalmente, en quien *“enajena bienes de la sucesión, excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa”*.

Ello reviste relevancia, puesto que patentiza que, al mismo tiempo en que existe la obligación de denunciar o presentar el testamento, o bien su equiparable, fideicomiso testamentario, la ley también determina, esta vez bajo otras formas en que puede inscribirse la conducta, acciones punibles, como lo son ocultar y enajenar.

En definitiva, en los casos en que se verifique una violación de un deber jurídico de manifestar aquello que se calla o de no presentar o denunciar aquello que la ley exige que se haga -que se corresponde con una de las premisas del caso hipotético-, entiendo que no existe óbice para considerar tal accionar un engaño defraudatorio, bajo la aplicación de las reglas de la omisión impropia a este delito de comisión, puesto que se estaría en el supuesto del incumplimiento de una obligación legal, de decir la verdad.

5.b. La defraudación por supresión de documento.

Tal como lo adelanté, si el presupuesto fáctico del caso traduce el no presentar, el ocultar/silenciar el testamento o, para el caso, con igual efecto punitivo, el fideicomiso que da vida a lo que debe considerarse una disposición de última voluntad, este accionar configuraría la específica defraudación del **inciso 8° del artículo 173 del C.P.**, en tanto prevé la hipótesis del ocultamiento de un *“documento o papel importante”*.

No parece ocioso en este punto traer a colación que el origen histórico de esta figura conduce, justamente, a la situación de la *“ocultación de testamento”*,

con específica mención a las disposiciones de la ley civil que imponían, ya en Las Partidas, el deber positivo de presentación.

Tal como lo explica **Soler**⁴² el inciso define un hecho negativo, al hablar de sustitución, mutilación y ocultación, pero mientras las dos primeras implican un hacer positivo, la restante, es decir cuando el hecho consiste en ocultar, puede asumir tanto la forma positiva de esconder, lo que está presente, como la de no poner de manifiesto lo que está oculto. De allí, que entran en consideración como ardid específicamente calificados, ciertas omisiones o ciertos silencios que, según hemos visto, no son imputables a título de ardid sino cuando ellos importan una violación de un deber positivo o cuando están condicionados por un error en cuya combinación la totalidad constituye un ardid, trayendo a colación el doctrinario, de seguido, las disposiciones que subyacen en la ley civil, que imponen el deber positivo de presentación para los albaceas, escribanos, etc., sin distinguir el tipo de depositario.

Es que no es solamente una falsa creencia, sino que se decidirá lo concerniente a los derechos al acervo sobre la base de esa falsa representación y de la falsa apariencia, reitero, cuando media el deber, jurídico, de decir la verdad o antes bien, de hablar, y de ser veraz en esa declaración.

En el mismo orden, el **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**, al tratar la prueba documental, establece **(387)** que las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos “esenciales” para la solución del litigio, estarán obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales, determinando que cuando por elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo constituye presunción en contra **(388)**.

Del mismo modo, como lo he señalado, se extiende la obligación **(689)** a la presentación del testamento, si se conociera su existencia y estuviese en su poder, o bien indicar el lugar en que se encuentra, si lo supiese, y para el caso de que el fallecido no hubiese testado, deberá denunciarse el nombre y domicilio de los herederos o sus representantes legales.

En este punto, se impone efectuar la aclaración de las diferencias existentes entre la estafa y la defraudación, dentro del articulado del 173 CP.

⁴² Soler. Ob. cit. pág. 416.

Las primeras, por medio de los documentos, se encuentran en 4 de sus supuestos (incisos 3, 4, 6 y 8) y sobre ellas, explica la doctrina, tienen en común que se trata de contener como “medio” una falsedad o una simulación documental, correspondiéndose con falsedades materiales o ideológicas. Su inclusión en esta normativa, se ha dicho, no implica que no sean la estafa genérica del artículo 172, sino que, justamente, las previstas en los incisos 3 y 6 (suscripción de documento y defraudación mediante simulación) responden a la idea de la “estafa”, mientras que las restantes (4 y 8 abuso de firma en blanco y supresión de documento) se basan en la idea y modalidad del “abuso de confianza”.

5. c. Consideraciones.

A la luz de lo expuesto, lo cierto es que la elección de la figura de la estafa, en su modalidad clásica, o en la procesal, o bien en la defraudación, dependerá de las circunstancias de cada caso, que deberán ser analizadas, puesto que, como es sabido, se trata de tipos penales que no pueden ser atomizados, en tanto la primera demanda la ocurrencia de los elementos ardid o engaño, prevé la hipótesis en que la voluntad de sujeto pasivo aparece viciada desde un inicio, a consecuencia, justamente, de la conducta desplegada por el autor, cuya intención -ilícita- está presente desde el comienzo.

Aplicado ello, al hipotético que se plantea, la elección del negocio de fideicomiso podrá ser, en los hechos, la construcción de aquel propósito delictivo de la estafa genérica.

Del mismo modo, por fuera de la aplicación, directa, de la defraudación del artículo 173 analizada, bien podría ser la supresión del documento (en la especie su ocultación) el elemento o el medio comisivo de la estafa procesal.

Una última cuestión en que me interesa reparar, se vincula con la disposición patrimonial, a que remite el código sustantivo, de allí el bien jurídico “propiedad” protegido en todos estos supuestos (que en la estafa procesal también repercute en la Administración de Justicia), sea como finalidad ulteriormente conseguida, o en una hipótesis atentatoria que no haya llegado a materializarse, en realidad debe ser entendida, como lo explica **Báez**⁴³, como “*perjuicio patrimonial*”, en tanto “*también hay estafa cuando la víctima no entrega*

⁴³ “el silencio...” cit.

ningún bien, sino que simplemente pierde algún derecho o expectativa patrimonial”.

Este autor, justamente con remisión a **Soler** y en realidad a toda la doctrina, que en este punto es unánime, nos recuerda que este concepto de “*propiedad*”, se integra con, incluso, aquello sobre lo cual se tiene una “*expectativa*”.

Ya la **C.S.J.N.** definió que, con esa denominación, se ampara todo el patrimonio, incluyendo los derechos reales y personales, y en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad⁴⁴.

De tal manera, la protección de ese bien, desde la mirada del derecho penal, no se reduce a las acotadas nociones que provienen del **CCyCN**, sino que cabe extenderla conforme el **artículo 17 C.N.**, comprendiendo, entonces, todas las relaciones jurídicas que se pueden establecer y todos los derechos que reconocen su fuente en relaciones personales, es decir, derechos subjetivos privados o públicos, que se compadecen con la hipótesis del caso.

5. d. La defraudación por administración fraudulenta.

Resta abordar el otro posible tipo penal de aplicación al caso, que resultaría el recogido en el **artículo 173 inciso 7° del C.P.** y que se relaciona con las premisas del caso hipotético planteado, que hacen referencia a la constitución de un patrimonio separado o patrimonio de afectación y a las posiciones del fiduciario y de los beneficiarios.

Veamos.

En una primera instancia de análisis, se admite la configuración de la figura en los supuestos en que existe una administración e injerencia sobre “*bienes comunes*”, que no sería otra cosa, en el caso planteado, que el caudal hereditario, que comparten los sucesores o herederos en un estado de indivisión que establece el propio código civil, desde el momento de la muerte del causante, en tanto recordemos que el fallecimiento, la calidad de heredero y la transmisión de la herencia, operan en el mismo instante, no existiendo entre ellas el menor intervalo de tiempo.

⁴⁴ Fallos 304:856.

Ello, será de este modo (o debería ser) hasta el momento en que el juez determine lo contrario, a través del inventario y la partición, que es el fin de ese estatus y hace que cada uno reciba su hijuela.

Entiendo que no revestiría complejidad la cuestión, sobre la condición especial que demanda de su autor, esto es, la de “*administrador*”, si se lo equipara al “*de hecho*”, como “*aquella persona que tiene el verdadero control del patrimonio, sin tener nombramiento formal alguno*”.

En este orden, si recurrimos a la propia definición que nos brinda la normativa civil que, entre otras cuestiones y de relevancia a la luz de esa cualidad, fija la condición de heredero desde el mismísimo instante del fallecimiento.

De allí, que no se exige, a rigor de verdad, un acto de la autoridad judicial -vgr. el magistrado actuante- que designe sucesor al que, naturalmente, lo es.

En tal sentido, la sucesión, conforme lo indica el **CCyCN**, se apertura a partir de la muerte o presunta muerte de una persona, ocasionando la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle, bien sea por ley o testamento.

La investidura de la calidad de heredero, según la letra del **artículo 2337** lo es, justamente, de pleno derecho: “*el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia*”.

Ello revela que la condición de sucesor lo es “*por disposición de la ley*”, que es una de las modalidades que recoge el tipo penal que nos ocupa, para configurar la hipótesis delictual y en paralelo, que se satisface la demanda de la cualidad especial en el autor.

También la ley civil efectúa múltiples referencias, que remiten, de manera inequívoca, a la situación de “*posesión*” de los bienes, habilitando de este modo la posibilidad de reproche, a partir de lo que se presenta y que responde, ni más ni menos, que a la realidad misma.

Lo hace, en primer término, cuando ubica en el mismo grado de temporalidad la muerte del causante, la asunción de la condición de heredero y la transmisión de la herencia, receptando de esta manera la posibilidad de esa posesión, de hecho.

En lógica armonía, cuando reza, por ejemplo, en el **artículo 2280**, que los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquel de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión *“y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor”*. En la cláusula del **artículo 2285** cuando, al tratar el instituto de la indignidad, expone: *“el indigno debe restituir los bienes recibidos, aplicándose lo dispuesto para el poseedor de mala fe...”* y que responde por las deudas con los bienes que reciben *“o con su valor en caso de haber sido enajenados”*. O bien en ocasión del tópico de la aceptación y la renuncia de la herencia, cuando dispone que media aceptación tácita cuando el sucesor *“otorga un acto que supone necesariamente su intención de aceptar y que no puede haber sido realizado sino en calidad de heredero” (2286)*, previendo en particular, entre los actos que implican aceptación, la *“disposición ...de un bien...o el ejercicio de actos posesorios sobre él” (2294)*. En la misma dirección, el código civil recepta, como hemos visto, la hipótesis de aquel heredero que *“oculta o sustrae bienes de la herencia...considerado aceptante con responsabilidad ilimitada, pierde el derecho de renunciar y no tiene parte alguna en aquello que ha sido objeto de ocultamiento y sustracción”* y que *“en el supuesto de que no pueda restituir la cosa, debe restituir su valor” (2295)*. De la misma manera, en el **artículo 2321**, prevé la responsabilidad con los propios bienes en los casos de *“ocultar fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario”* y el supuesto en que *“enajena bienes de la sucesión”*. En oportunidad de indicar en qué circunstancias procede la petición de herencia (**2310**), se explica que tiene en miras *“obtener la entrega total o parcial de la herencia, sobre la base del reconocimiento de la calidad del heredero del actor, contra el que está en posesión material de la herencia, e invoca el título de heredero”*, continuando al decir que (**2312**) admitida la misma *“el heredero aparente debe restituir lo que recibió sin derecho en la sucesión...si no es posible la restitución en especie, debe indemnización de los daños”*, especificando que debe ser calificado *“poseedor de mala fe”* el que *“conoce o debió conocer la existencia de herederos preferentes o concurrentes que ignoraban su llamamiento”*.

Esta posesión *“de hecho”*, también se extiende, por analogía, a lo que concierne a la administración *“de hecho”* de la herencia, a la que se viene haciendo referencia, que emerge también de la acción de petición, cuando se

establece que son válidos *“los actos de administración del heredero aparente”* **(2315)** realizados hasta la notificación de la demanda de este tipo de instituto, excepto mala fe, también cuando recoge la posibilidad de la *“disposición”* sobre ellos y aplica igual validez, sobre los concretados *“a título oneroso en favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos”*, estableciendo el deber de restituir e indemnizar.

En derredor de la situación de “posesión”, también se pronuncia la ley al hablar sobre la aprobación del testamento **(artículo 708 CPCyC)** e indicar que la validez implicará *“otorgar la posesión de la herencia a los herederos que no la tuvieren de pleno derecho”*.

También lo hace en otros casos, haciendo referencia a los actos conservatorios, los de supervisión o los de administración provisional **(2296)** y sujeta la responsabilidad a la de un *“administrador de bienes ajenos”*.

Del mismo modo, al tratar el estado de indivisión de los bienes, ante la existencia de más de un heredero y la administración, dado que dispone el código **(2325)** que tanto los actos de administración, como los de disposición *“requieren el consentimiento de todos los coherederos”* y establece en la norma siguiente que estos actos *“se rigen por las normas de la gestión de negocios”*.

De igual manera, cuando señala que el heredero está facultado al uso y goce de los bienes y, en particular, de la cosa indivisa, en la medida compatible con el derecho de los restantes y que, para el caso de que haga uso de manera *“privativa”* se encuentra obligado a satisfacer indemnización **(2328)**.

Ya al tratar la administración judicial de la sucesión **(2345)** la autoriza en cabeza de las personas humanas y jurídicas con capacidad de *“administrar bienes ajenos”*, que pueden *“ejercer el cargo de administrador”* de la herencia, el que puede recaer en el *“cónyuge sobreviviente...”* o *“en alguno de los herederos”*, excepto que haya razones que justifiquen la designación de un *“extraño”*, siendo el principio general que no puede realizar actos que importen la disposición de derechos **(2354)**, se encuentra obligado a la rendición de cuentas **(2355)** y de hecho, concluye la administración, con la presentación de la cuenta definitiva a que está obligado **(2361)**.

De ello se colige, entonces, que incluso con referencia a los mismos activos o en el caso patrimonio del causante, la persona con derecho a ellos, a

quien la ley considera sin más un heredero o sucesor, puede ser considerado un administrador de *“bienes ajenos”*. Tal como sucede en un típico administrador de sociedad, que a su vez es accionista e infringe su deber de fidelidad, frente al resto de sus pares con iguales, mejores o menores derechos.

Entiendo que lo más complejo o el principal problema que podría presentarse en este supuesto del fideicomiso y de la defraudación por administración fraudulenta, se encontraría en la conformación del *“patrimonio”* singular que caracteriza a este negocio.

Sin embargo, no puede perderse de vista que es la misma ley la que se ocupa de aclarar que el fideicomiso está exento de acciones, pero que ellas cederán ante el supuesto de *“fraude”*.

Esto es una lógica consecuencia, como se ha dicho, del norte en la materia -el orden público-.

Hemos visto que, conforme está planteada esta herramienta, no se estaría, estrictamente hablando, ante activos que puedan ser considerados *“propiedad”* del difunto. De hecho, ello ha sido esbozado como una de las defensas del caso hipotético.

El fiduciante se desprende, legalmente, de la propiedad cuando afecta los bienes al patrimonio de afectación, dejándolo bajo el manejo de personas, distintas a él y a sus beneficiarios/fideicomisarios. Opera de este modo la transferencia de esa propiedad de bienes desde el constituyente hacia el fiduciario, sea una persona natural, empresa o entidad legal, que asumirá la obligación de uso o administración, como un propietario legal independiente, ejerciendo su función a favor del beneficiario (cfme. **1666 y1682**). De tal suerte, tendrá derecho a administrar el activo, incluso disponerlo, pero esto, en el caso del fideicomiso testamentario, no sólo tendrá los límites de su mandato, sino que una salvedad mayor: debe ser puesto en conocimiento del juez de la sucesión, que es el que evaluará si respeta las formalidades legales y recién en este punto, lo tornará operativo.

En este plano, que es meramente abstracto, los beneficiarios, incluso de conocer su auto condición, no tendrán ningún poder de decisión, ni de administración, en derredor del patrimonio, hasta el momento en que opere la condición que hará operativa la transmisión.

En este momento, decisivo para la cuestión que se plantea, para el caso de aceptar el fideicomiso, pasarán a ser los propietarios, y aun cuando la ley civil imponga que deben traer el fideicomiso a la sucesión, al ser equiparable el caso analizado a un testamento, lo cierto es que en la hipótesis de ausencia de atracción al juicio universal de los bienes que constituyen ese patrimonio, bien sea por omisión de información o por ocultamiento, las consecuencias resultarían en sentido estricto las previstas en la normativa civil, que llevan a considerarlo una suerte de adelanto, o anticipo de herencia o donación en vida, sea como fuere, planificación hereditaria, no prohibida por la ley argentina, sino admitida, pero en determinadas y particulares circunstancias, que tienen que ver con las nociones de porciones disponibles y afectación de la legítima.

Hasta qué punto entonces podrá predicarse, por fuera del perjuicio patrimonial concreto que implicará para los herederos que no son instituidos beneficiarios, la existencia de una maniobra de desvío de fondos, en perjuicio de los terceros?.

Es que descansaría, como hipótesis, que no es un patrimonio propio del causante, ya que éste al constituir el fideicomiso se desprende de los bienes, que pasan de inmediato a un dominio fiduciario y, cumplida la condición, a los beneficiarios.

Si se sigue este razonamiento, no resultaría posible un reproche penal, al menos desde esta figura, dado que los herederos no beneficiarios del contrato no tendrían derecho a los bienes fideicomitados, frente a la ausencia de pertenencia -actual- de esos activos al fallecido.

Sin embargo, como veremos de seguido, no es difícil sortear estos obstáculos o defensas, pensando la cuestión desde distintos ángulos, que adelanto llevan a la conclusión de que sí es posible alcanzar el patrimonio fideicomitado y sujetarlo, lo que implica, para el derecho penal, penalizar la conducta bajo la figura de defraudación por administración fraudulenta.

En primer lugar, como lo adelanté, el fideicomiso testamentario tiene que ser presentado para su validez ante el juez de la sucesión y puede ser declarado nulo, pero esto no lo es en relación a sus formas, simplemente.

El contrato, como todo instrumento legal, debe ser respetuoso de las reglas civiles y sobre todo, del orden público, que constituye materia inequívocamente innegociable para las partes.

Las acciones para recomponer la cuestión que puedan plantearse, son justamente las que ponen en evidencia que esta situación de “propiedad” no es tal en realidad, ya que al estar sometido a este tipo de desavenencias y sujeto a las consecuencias que la propia ley prevé, podríamos pensar en que no es en sí un título de propiedad “perfecto”.

Es decir, aun cuando el fideicomiso signifique ineludiblemente la transmisión de la propiedad fiduciaria, no sería un dominio pleno, sino una propiedad sujeta al cumplimiento de determinados aspectos, impuestos por ley y restringido a lo indisponible para las partes.

Este concepto de propiedad, no debe ser confundido con el “derecho” implícito, de sucesor, ni tampoco con lo atinente a la situación de “posesión”.

En esta línea, **Kiper y Lisoprawski**⁴⁵, cuando abordan el tópico de la víctima de la defraudación fiduciaria, señalan y es aquí lo interesante de su postura, que se está ante una “*situación temporal y pasajera*” y ahondar en ello a la hora de realizar un paralelismo entre el trust, y el fideicomiso, dejando en claro que el primero es inconcebible en los negocios de raíz latina, como nuestro país, señalando: “*en nuestro sistema el beneficiario y el fideicomisario son co-contratantes, con derechos personales, pero de ninguna manera propietarios de los bienes fideicomitados*”, como tampoco son *propietarios económicos*, categoría dual del derecho de propiedad que no existe en nuestro sistema, a diferencia de aquel. A su vez, aclaran que si bien el fiduciario es el propietario, ejerce la propiedad en interés ajeno, que es el del beneficiario, y que esta mira, puesta en el último, hace que deba ser considerado como un acreedor de un “*derecho personal respecto del patrimonio fiduciario y sus bienes*”.

Del mismo modo, **Mazzino**, al explicar las distintas partes del negocio fiduciario, indica que el fideicomisario es aquel que, por testamento, es el designado para recibir los bienes que constituyen su objeto, que su propósito final es que los activos terminen en el patrimonio del fideicomisario y, a partir de ello, no puede haber duda de que es el sucesor mortis causa del causante, careciendo de relevancia que no los reciba, materialmente, de manos del fiduciario. Profundiza al decir que, desde el punto de vista del derecho sucesorio, el fideicomisario es quien sucede al fiduciante, que esto es claro si se lo analiza

⁴⁵ “vicios...” cit.

desde la voluntad que patentiza el constituyente y remarca que el negocio de fideicomiso es *“un simple vehículo para asegurar que los bienes fueran recibidos por el fideicomisario al cumplirse el plazo o la condición impuesta por el testamento”*.

De modo que, aun cuando resulta cierto que al producirse la muerte los bienes integrantes del fideicomiso pasan a manos del fiduciario y no al fideicomisario, la *“titularidad del fiduciario es transitoria, y sólo se mantiene hasta el cumplimiento del plazo o condición estipulada en el fideicomiso...el derecho del fideicomisario existe desde un principio, pero sujeto a un plazo...o condición...”*⁴⁶. En tal sentido, trae a colación la norma del **artículo 543**, que resulta categórica, en tanto señala que, cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo, ahondando al explicar que esa obligación condicional y en general todo derecho condicional, cualquiera sea su naturaleza, no es un derecho que existirá, según que el acontecimiento tenga o no lugar, sino que se trata de un derecho que existe o no desde el presente.

Ahora bien, si tal no fuera el modo de pensarlo, es decir, que ese patrimonio “separado” es en realidad de los beneficiarios/fideicomisarios, no tendría sentido la penalidad de la defraudación fiduciaria, que coloca al fiduciario como autor de maniobras que recaigan sobre los bienes, a título de infidelidad. O bien, que esté previsto, para el **CCyCN**, como quien debe presentar el fideicomiso a la sucesión, es administrador del patrimonio, debe rendir cuentas de su gestión, puede ser removido, percibe honorarios por su función y también resulta responsable de todo daño causado.

Del mismo modo, no puede pasarse por alto que las cuestiones relacionadas con el patrimonio afectado al negocio, operan bajo directivas o instrucciones, de parte del constituyente, o en el caso de aquellos que se mantienen vivos (como el de planificación patrimonial) incluso esas directivas median por parte de los beneficiarios/fideicomisarios.

Para zanjar cualquier duda, sobre quien debe ser considerado en verdad el “propietario”, fue la propia Ley 24.441 la que la dispuso, cuando, por ejemplo, prohíbe que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicomitados. Ergo, si fueran suyos, la normativa no hablaría de posibilidad de “adquisición”.

⁴⁶ Mazzinghi “fideicomiso familiar y testamentario...” cit.

En el mismo orden, piénsese en las acciones que pueden dirigirse entre ellos los coherederos, como por ejemplo lo es la colación y que sólo puede ser demandada entre quienes tienen derecho a esos bienes, esto es, los herederos o sucesores, con fundamento en aquel que se benefició, y que está excluída para la figura del fiduciario.

A su vez, hemos visto que el fiduciario no es considerado sucesor del constituyente, calidad que sólo puede revestir el beneficiario/fideicomisario, como heredero forzoso del fallecido y, en consecuencia, es el destinatario, último, de la propiedad, en base al derecho a que le sean adjudicados los bienes o la universalidad de la herencia.

En este orden de ideas, no puede desconocerse que el fideicomiso debe ser revocable, cuando se trata del testamentario, en tanto ello hace a una condición que se reservan las disposiciones de última voluntad, lo que denota el poder de disposición que conserva el causante sobre los bienes y, como contrapartida, refuerza lo dicho anteriormente, de que el fiduciario, aún en el marco de las facultades que se le pudieron haber otorgado, deberá respetar aquella voluntad y estará obligado a entregar el patrimonio fideicomitado.

O bien, como se señaló anteriormente, en el caso de que el fiduciario no acepte el rol, la ley prevé que se designará un sustituto, y cuando ello no sea posible, o conveniente, los bienes deben quedar a merced de las normas que regulan la sucesión, ya que el fideicomiso constituído por testamento, de cualquier modo, debe necesariamente dar lugar al proceso universal.

Estos, por citar algunos ejemplos, denotan a las claras que la propiedad que se transmite sólo pasa de modo provisorio al fiduciario, y para un fin determinado, por lo que mal puede ser considerado el propietario, en el sentido que corresponde entenderlo para el derecho penal, antes bien, se trata de un encargo, limitado, como se dijo, en sus fines. Ello, no eximirá sin embargo de la posibilidad de reproche, bien sea en la defraudación fiduciaria específica o en este caso, de defraudación fraudulenta, si se comprueba un accionar bajo alguna de las formas de participación criminal (artículo 45 CP).

A mi modo de ver, el fideicomiso, más que un patrimonio separado, se trata de un patrimonio encapsulado, que puede ser atacado, conforme la letra del código, en los casos de acciones de fraude y de afectación del orden público, que constituye el principio rector y no negociable. O, como se plantea, en los

supuestos en que las estipulaciones del negocio afecten la legítima, caso en que sólo podrá continuar siendo válido, hasta el límite de la porción disponible.

Tal como lo sostiene **Mazzingui** *“la legítima hereditaria es uno de los pilares de nuestro régimen sucesorio y no parece razonable que el juego de un instituto novedoso y valioso como el fideicomiso pueda llevársela por delante”*.

En cuanto a ese título, con que cuenta el fiduciario respecto de los bienes, aun cuando pudiera establecerse un poder de disposición, la realidad es que su inserción en este negocio lo es en pos de cumplir la manda, que constituye el objeto del fideicomiso, de suerte tal que ese poder solo trasunta una simple tenencia, conforme la letra del **artículo 2352** que la regula al exponer que quien tiene efectivamente la cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es *“simple tenedor”* y representante de la posesión del propietario, que es aquel a quien se le reconoce un señorío superior.

En esta dirección, cabe también tener presente que la ley establece que cumplida la condición o el vencimiento del plazo, los efectos se retrotraen al día de la apertura de la sucesión, es decir, como hemos visto, al momento de la muerte del causante, ya que entre una y otra cosa no hay el más mínimo lapso temporal, reforzando esta idea de que la propiedad siempre se mantiene en la relación jurídica entre el fallecido y su sucesor, éste -beneficiario/fideicomisario en el fideicomiso- tiene su derecho de propiedad sujeto a una modalidad, que al concretarse, lo hace adquirirla, mientras que, a diferencia, el fiduciario tiene un derecho subordinado a un evento resolutorio ⁴⁷.

Sea como fuere, he adelantado mi conclusión, en punto a que el fiduciario podrá responder penalmente a través de cualquiera de las dos figuras defraudatorias analizadas, del mismo modo en que entiendo puede -y debe- responder el beneficiario/fideicomisario. Esto, sin perjuicio de la siempre vigente posibilidad de reproche, para el caso de darse los presupuestos fácticos del que corresponde al delito de estafa.

Al efecto, sin dejar de soslayar las diferencias que existen entre el negocio del fideicomiso y el acto jurídico de la donación, tal como quedó de manifiesto en el precedente *“Vogelius...”* media entre ellos una equiparación y una situación

⁴⁷ Kiper/Lisoprawski “Tratado de fideicomiso...” cit.

de base de igual efecto desde el momento en que, a partir de uno u otro, se verifica la transmisión de un bien desde su titular hacia el beneficiario.

Si el segundo se da en vida, su cuestionamiento también lo será sobre un derecho “adquirido” de propiedad, como podríamos interpretar en el fideicomiso, en tanto la constitución del “patrimonio de afectación”, hace que el activo se separe del individual del constituyente, es decir, en los dos casos, el bien ha salido del ámbito del donante/fiduciante y como destino, final, tiene al donatario/beneficiario.

Con ello, quiero significar que la principal consecuencia del fideicomiso, que es la apuntada, es decir, el aislamiento del patrimonio o de determinados bienes, no puede ser interpretado con prescindencia del resto del ordenamiento jurídico y de las consecuencias que éste prevé, para otros institutos, echando mano para ello a aquella particularidad de que lo cuestionado salió del patrimonio del causante, en tanto no es una situación que se diferencie de otras tantas, incluso cuando quiera otorgarse significancia a la intermediación del fiduciario, que como hemos visto, no puede en modo alguno ser considerado un sucesor, sino antes bien una suerte de administrador, momentáneo, del patrimonio fideicomitado, que como en otros supuestos, puede disponer del mismo, o ejercer otro tipo de facultades.

Ahora bien, el **CCyCN** al tratar las donaciones (**2385**), determina la obligación de colacionar a la masa hereditaria, dispone que debe hacerse a través del valor de los bienes que fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento y que en el supuesto de las sucesiones testamentarias también reina ese deber *“si el testador llama a recibir las mismas porciones que corresponderían al cónyuge o a los descendientes en la sucesión intestada”*. Este legado se considera realizado *“a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario”*. Si el valor excede la porción disponible y la porción legítima del donatario (**2386**) también se sujeta a colación *“aunque haya dispensa de colación o mejora”* y la compensación dineraria, sumados los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto *“procurarles una ventaja particular, excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con discapacidad en el artículo 2448”*. Del mismo modo, al tratarse la partición por los ascendientes (**2411**) se establece

la facultad del causante de realizar la misma *“por donación o por testamento”* y aquellos bienes no comprendidos, serán distribuidos según las reglas generales. Del mismo modo, que debe colacionarse a la masa el valor de los bienes que haya donado y sean susceptibles de colación, puede hacer mejora *“dentro de los límites de la porción disponible”*. La partición por donación **(2415)** no puede tener por objeto bienes futuros y se prevé la acción de reducción para el *“descendiente omitido en la partición por donación o nacido después de realizada ésta, y el que ha recibido un lote de valor inferior al correspondiente a su porción legítima”*.

En cuanto a la partición por testamento, que resultaría equiparable al caso que se analiza, dado el fideicomiso testamentario, la ley comienza exponiendo lo que ya hemos visto, en cuanto a que se trata de un acto revocable por el causante y que sólo produce efectos después de su muerte **(2421)**, que la enajenación posterior al testamento de alguno de los bienes incluidos en la partición no afecta su validez, sin perjuicio de las acciones protectoras de la porción legítima que pueden corresponder.

Todo ello, confirma lo que se viene diciendo, en cuanto a la factibilidad de la posesión “de hecho”.

La posesión, por su parte, está definida en la ley, como un modo de relación de poder del sujeto con una cosa, siendo ella (cfme. **artículos 1908 y 1909**) la situación en que la persona, por sí o por medio de otra, ejerce un *“poder de hecho”* comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no.

De otra parte, lo transcrito refleja que la voluntad expresada por el causante en torno a la herencia, además debe ser exhibida o puesta en conocimiento, debido, del juez del juicio universal, y es éste el que conserva la decisión de la vocación hereditaria y, ya en lo atinente al fideicomiso, quien debe tenerlo por constituido y designar al fiduciario en su rol. Esta voluntad, que puede ser canalizada a través de la fiducia, de cualquier modo, no se encuentra exenta del límite de la “legítima” y de la autorizada “porción disponible”.

Esta efectiva vigencia de la porción legítima, que contempla todo el código, viene a poner sobre la mesa la indudable tensión que existe entre la libertad que pareciera existir en el fideicomiso y la restricción que impera en el ámbito de lo que es la sucesión, que organiza la herencia y entre otras cosas, vela por el derecho de los forzosos y el orden sucesorio.

No puede más que concluirse, en este punto, en que la libertad ve acotada sus márgenes en la aspiración de los bienes del patrimonio fideicomitado, así como todo acto jurídico -en el ejemplo comparativo la donación- reposa en la misma premisa, esto es, el acervo hereditario del futuro.

Aparece a mi entender nítido que si un acto está orientado a asegurar el destino de un patrimonio, para después de la muerte de quien lo incentiva o lo constituye, estos derechos se adquieren a título de una sucesión, futura y no pueden hallarse exentos, de ningún modo, de las disposiciones restrictivas que rigen la materia.

Si lo es por vía del fideicomiso, sus especiales rasgos no dejan de avistarlo como un vehículo, claramente más moderno y avanzado que los clásicos medios que fueron utilizados para suplir u omitir los derechos de los herederos forzosos.

Retomando lo concerniente a la posibilidad de reproche en el ámbito del derecho penal, entiendo que no pueden admitirse dudas de que, en el caso del beneficiario, no puede hablarse de una “propiedad” escindida verdaderamente del causante y de allí, se descarta la hipótesis de que se esté ante bienes propios, sobre los cuales los otros herederos no tengan derecho.

Resultaría contradictorio pensarlo de este modo, cuando, entre otras disposiciones que han sido citadas, la normativa civil prevé la indivisión de la década, que se produce ante la muerte y comprende a todos los herederos **(artículo 2330)**.

Ello, a cambio de un fideicomiso de esta naturaleza, que habilitaría un patrimonio no susceptible de ser afectado y del cual podría disponerse desde el vamos.

El fideicomiso, como en el caso de las donaciones, o mismo de los legados, o incluso en un testamento convencional, representaría tan sólo una expectativa de los beneficiarios a la transmisión de los bienes, pero que debe estar sujeta a la ponderación judicial, incluso a su controversia e incautación.

En este mismo orden de ideas, si tomamos en consideración que el fideicomiso testamentario es, por esencia, un testamento, debemos recordar que éste último no confiere a los instituidos derecho alguno, hasta que opere la apertura de la sucesión, conforme la cláusula del **artículo 2511**.

Deviene evidente que, de acoger una postura que considere que se está ante un patrimonio que ha salido del fallecido, bastaría entonces otorgar testamento, a través de esta figura y no hacerlo como lo establece el código civil para los testamentos en general, para sortear la ley, avasallando la porción legítima **(2444)** de la que no pueden ser privados *“por testamento, ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”*. Indica la ley que se tendrán por no escritas aquellas porciones en derredor de las cuales el testador imponga gravamen o condición **(2447)**.

La misma cuestión, subyace en el **artículo 2462**, en que al tratar en puntual la sucesión testamentaria, se indica que se puede disponer de forma libre de los bienes pero *“respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro”*, conminando con sanción de invalidez **(2467)** el caso de que el testamento o una disposición de esa naturaleza implique la violación de *“a) una prohibición legal...”*. Ya en lo que al fideicomiso testamentario se refiere **(2493)** se señala que *“no debe afectar la legítima de los herederos forzosos”*.

De esta manera, toda aquella decisión que involucre un bien o una universalidad, sea cual fuere el instrumento en el cual se plasme (fideicomiso, donación, testamento, etc.), si revela la intención de mejorar a un heredero, en perjuicio de otro, deberá ser sometida a las reglas civiles, y no podrá escudarse el beneficiario en las particularidades de este negocio, para ir en claro desmedro de los forzosos restantes.

El derecho hereditario es una presunción de la ley, que determina el modo en que debe distribuirse la herencia, para que sea igualitaria y de allí, legal, de modo que la argumentación de la salida de los activos del patrimonio no podrá prosperar, como exención de responsabilidad.

6. Conclusiones.

Como adelanté al inicio, el fideicomiso no existe por sí mismo, antes bien, sea cual fuere su modalidad, en todos los casos, sin excepción, es el recipiente que contiene otro negocio, que constituye en esencia la razón -su verdadera causa- y deja en claro su finalidad.

En lo respecta a la planificación del patrimonio dentro del ámbito intra-familiar, que constituye mi análisis, ha venido a suplantar las vías clásicas de distribución de bienes, pero de una manera que complejiza la protección.

Lo hace, en primera instancia, en tanto se trata de un instrumento que otorga amplia libertad a las partes, que hasta pueden decidir en qué ámbito territorial constituirlo, de allí, optar por la ley que más convenga a sus fines y puede dar lugar, en consecuencia, a diversas defensas (sino artilugios). Más allá de que sea descubierto en un proceso sucesorio -tal el caso hipotético planteado- obligará a los interesados en acceder a la información y a sus beneficios a acudir al país que corresponda, para allí dirimir sus derechos.

La posibilidad, subyacente, de abusar del fideicomiso, en los términos que han sido planteados al comienzo, no sólo desnaturaliza el instrumento, como tal, sino que como hemos visto, hace de su empleo uno con fines delictivos, habilitando la comisión de delito, con consecuencias que además de atentar contra los bienes jurídicos que se intentan proteger por medio de las figuras del código penal analizadas, peor aún, lo hacen contra aquellos de mayor envergadura y que no pueden continuar admitiéndose, como lo son el orden público y la administración de justicia, alzando la mayoría de las veces la impunidad para quienes intervienen, bien sea en su constitución, en su devenir o al momento de tornarse operativa la recepción del patrimonio fideicomitado.

Al punto tal es así, que a nivel global e incluso local, se ha legislado lo atinente al negocio (procurando sobre todo disipar la preocupación mundial en orden a maniobras de lavados de activos y evasión fiscal), implantándose, por ejemplo, en nuestro país, la resolución I.G.J. 07/15, que obliga a la inscripción del contrato de fideicomiso y, por tanto, ello incluye la declaración de la condición de beneficiarios de estas y otras estructuras. Se persigue mayor transparencia en los diversos actores de la figura.

En el camino de impartir justicia, nos hallamos con situaciones paradójicas, que no hacen más que hacer visible, una vez más, la desigualdad social que impera. Es sabido y además de lógica y sentido común, que este tipo de negocios se plantean en un determinado círculo privilegiado, de cierto nivel social y poder económico, de “ricos”.

Así, el mal empleo de nuestras disposiciones legales habilita que los autores de las planificaciones patrimoniales o bien sus partícipes, en cualquiera de los niveles en que actúen, se encuentren con la posibilidad, lisa y llana, de sortear abiertamente la ley, so pretexto de defectos en ella o de argumentaciones que, como señalé a lo largo de esta exposición, caen por sí solas, pero que, sin

embargo, no admiten mayores preocupaciones en nuestros tribunales o hasta han encontrado respaldo.

De no entenderse así, la vigencia, durante siglos, del fideicomiso (recuérdese que ya existía en el derecho romano), debería obligar, a esta altura, a la creación de nueva legislación, que diseñe un sistema jurídico tal que aunque no impedirá la comisión de un ilícito penal (como ocurre en cualquier sociedad y en torno a todo delito) al menos recogerá, con el mayor detalle posible, una hipótesis de fraude que habilite el reproche penal; dificultará, aunque sea en una mínima medida u obligará a quienes se abusan del fideicomiso, entre ellos, a aquellos que puntualmente prestan servicios para facilitar las farsas, a tener que realizar un mayor esfuerzo para escapar de la ley.

En tal sentido, desde el derecho penal, aparece clara la imperativa necesidad de replantear no los tipos penales, sino la interpretación que de ellos rige, para adecuarlos a la realidad actual de los negocios y de las diversas herramientas jurídicas, saliendo de la mirada tradicional y de este esquema de elaboración dogmática que continúa vigente, en torno a las figuras analizadas.

Al mismo tiempo, en que ya no puede admitirse, válidamente, el argumento, que más de las deseadas veces descansan en nuestros tribunales, de que la materia está siendo juzgada por el magistrado natural del asunto.

Justamente, cabe reparar en que son estos mismos ámbitos, ajenos al derecho represivo, y sus normas, extrapenales, que por naturaleza rigen el caso, las que nos habilitan, a contrario, a abrazar la hipótesis de delito, que sostengo y que como hemos visto, se verá cristalizada en una u otra figura, de las propuestas, según las particularidades de cada caso. Para ello, deberá necesariamente evaluarse en primera instancia, si el fideicomiso fue planteado para burlar la ley y quienes, además del constituyente, participaron de esta maniobra; o bien si tal intención delictiva devino a posteriori, por parte del fiduciario o del beneficiario y analizar el proceder de éstos una vez acaecida la muerte del constituyente.

Por lo demás, tomando en consideración el bien jurídico que se protege, la mayoría de las veces, sino todas, podremos advertir respecto a él la posibilidad de que confluyan los distintos fueros.

Sin embargo, la naturaleza misma de cada uno de esos procesos, incluso en referencia a un mismo objeto, supondrá una pretensión diferente, que es, ni

más ni menos, que la que emerge de los ordenamientos específicos que regulan las materias. De tal manera, y respecto del argumento del “juez natural”, nada impedirá que, al mismo tiempo, el proceder pueda ser pasible de reproche penal y de la sanción propia que opera a nivel de este derecho represivo.

El **artículo 193 del Código Procesal Penal**, al establecer cuáles son las “finalidades” de la instrucción remite, en una primera instancia, a la comprobación de un hecho “delictuoso”, es decir, es en la sede penal donde debe establecerse la existencia del suceso denunciado y las demás circunstancias relevantes.

Amén de ello, debe recordarse, que rige el principio de no prejudicialidad (**artículo 9 del C.P.P.N.**) y que el **artículo 5** del mismo digesto establece, como principio, que el ejercicio de la acción penal pública *“no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley”*.

En ese sentido, se ha dicho que los delitos contra la propiedad están en constante juego con las disposiciones civiles y comerciales sobre las cosas, los derechos, los contratos, etc., sea por remisión expresa, o por remisión implícita concluyente o solapada (teoría de los tipos penales en blanco) que conduce inexorablemente a una evocación constante, en mayor o menor medida, de las leyes y tratados que las consideran⁴⁸.

La propiedad, que tutelan los tipos penales analizados, como hemos visto, pueden pertenecer a una persona a título de dominio, otro derecho real, posesión, tenencia, derecho personal, a título de expectativa, reconocida legalmente, o de cualquier otra facultad jurídica, cuyo ejercicio pueda mejorar la fortuna de una persona⁴⁹, en definitiva, las cosas apropiables son el presupuesto de las figuras tratadas, que deben ser permeables.

Tal como lo indica la doctrina, el más ilustrativo se corresponde con el delito de estafa, con la previsión legal de *“valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”* que permite garantizar, en su mayor plenitud, el derecho subjetivo reconocido en el ordenamiento jurídico⁵⁰.

⁴⁸ Vide Nuñez, “Delitos contra la Propiedad”, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 9 y ss.

⁴⁹ Nuñez, “Tratado de Derecho Penal”, tomo IV, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1989, pág. 164.

⁵⁰ Donna Edgardo. A. y De La Fuente, Javier “Aspectos generales del tipo penal de estafa”, en Revista de Derecho Penal, 2000-2, pp. 57-114.

Esto, no implica en modo alguno una apertura que avasalle el principio de legalidad, sino la reformulación en la interpretación de sus presupuestos, tomando justamente como parámetro las modificaciones y los avances que se producen en la sociedad y que ameritan un análisis superador, como el que propongo.

En este orden, ilustrativa y acertadamente señala la doctrina, en relación al fideicomiso: *“será tarea de los jueces, de los operadores jurídicos y finalmente de la sociedad toda, encauzar su correcto crecimiento y arraigo como institución y así como nos pronunciamos por la amplitud a la hora de interpretar sus dispositivos, también nos pronunciamos a favor del máximo rigor, a la hora de juzgar y condenar a quienes transformen el fideicomiso en un salvoconducto de escape al incumplimiento de sus obligaciones”*⁵¹.

⁵¹ Bono, Gustavo, “Fideicomiso. Algunos aspectos de la ley 24.441”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1997, citado en Gabriela A. Vázquez, “el fideicomiso de garantía certezas y vacilaciones”, La Ley, 2006, A, 1169.

Bibliografía

- Bacigalupo, Enrique
Ignorancia facti en “Falsedad documental, estafa y administración desleal”, 1ra. edición, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Báez, Julio
“El demandado y la estafa procesal”, LL 2000-E-1039
“El silencio y la estafa procesal”, LL 2004-E-967.
- Basset, Ursula Cristina
“Fideicomiso testamentario. Una herramienta para la planificación hereditaria”, 1ra. edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- Bono, Gustavo
“Fideicomiso. Algunos aspectos de la ley 24.441”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1997, citado en Gabriela A. Vázquez, “el fideicomiso de garantía certezas y vacilaciones”, La Ley, 2006, A, 1169.
- Buompadre, Jorge E.
Delitos contra la propiedad, 2da. edición, Mave, Buenos Aires, 2008.
- Creus, Carlos
“Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo I, Astrea, 6ta. edición, Buenos Aires, 1999.
- Donna, Edgardo A.
“Derecho Penal, parte especial”, tomo II-B, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.

Del mismo autor y De La Fuente, Javier, "Aspectos generales del tipo penal de estafa", en Revista de Derecho Penal, 2000-2, pp. 57-114.

- Foronda, María C.

"El fideicomiso testamentario o trust angloamericano y el orden público internacional" en compendio jurídico N° 72, abril de 2013, Errepar.

- Kiper Claudio-Lisoprawski Silvio

"Tratado de Fideicomiso", tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.

"Fideicomiso de Planeación Patrimonial" elDial.com, D2173, 8/8/16.

"Vicios que pueden afectar el contrato de fideicomiso. Remedios legales cuando se emplea el fideicomiso para burlar la ley", publicado en RCCyC 2017 (julio), 46 cita: TR La ley AR/doc/1461/2017.

- Lisoprawski Silvio.

"Análisis de un fallo que decreta la nulidad absoluta de un contrato de fideicomiso de "planificación familiar" con finalidad sucesoria por violar normas de orden público del derecho hereditario", publicado en RCCyC 2020 (abril), 183, cita TR LALEY AR/DOC/334/2020.

- Mazzinghi, Jorge A. M.

"Fideicomiso familiar y testamentario" en "Tratado de Fideicomiso", bajo la dirección de Gabriel Gotlib, Mario A. Carregal y Fernando M. Vaquero, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2013.

- Molinario Alfredo J.-Aguirre Obarrio, Eduardo

"Los Delitos", tomo II, Buenos Aires, Tea, 1996.

- Nuñez, Ricardo C.

"Iniusta petitio", falsedad ideológica y estafa procesal, LL T63-718.

"Derecho Penal Argentino", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, tomo V.

"Delitos contra la Propiedad", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951.

“Tratado de Derecho Penal”, I. IV. Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1989.

- Ortelli, Ana.

“El fideicomiso testamentario” en Biblioteca digital de la UCA.

<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2936/1/fideicomiso-testamentario-ortelli.pdf>

- Sardans, Mariano

“Fideicomiso familiar: la herramienta para proteger el patrimonio de las Pyme”

<https://www.fdiinternational.com/fdi-en-los-medios/consejo-digital-fideicomiso-familiar-la-herramienta-para-proteger-el-patrimonio-de-las-pyme/>

- Soler, Sebastián.

“Derecho Penal Argentino”, T. IV. Tea, Buenos Aires, 1970 (edición impresa de 1994).

- Stratenwerth, Gunter

“Derecho Penal. Parte general”, traducción de la 2da. edición (1976) por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, pág. 293.