

Munilla Lacasa, Hernán

La retención indebida como delito de omisión

**Tesis de Doctorado en Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho**

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Munilla Lacasa, H. (2013). *La retención indebida como delito de omisión* [en línea]. Tesis de Doctorado, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/retencion-indebida-delito-omision.pdf> [Fecha de consulta:]



TESIS DOCTORAL

“LA RETENCION INDEBIDA COMO DELITO DE *OMISIÓN* ”

Por:

HERNÁN MUNILLA LACASA

ÍNDICE:

I. EL PLANTEO DE LA CUESTIÓN

- I.1. La justificación de la Tesis y del Método escogidos.
- I.2. La importancia del concepto de deber jurídico dentro del problema.
- I.3. La originalidad de la propuesta y los déficits del análisis tradicional del tema.

PRIMERA PARTE:

II. EL DESARROLLO DE LA IDENTIDAD NORMATIVA DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 173 INC. 2º DEL CODIGO PENAL

- II.1. Propiedad y patrimonio como ámbito de realización de la persona en derecho.
- II.2. *Furtum*, apropiación indebida y abuso de confianza.

III. LA IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA EN LA LEGISLACION PENAL ARGENTINA

Los enfoques propuestos por el legislador.

IV. LA DISCUSIÓN EN LA CIENCIA PENAL NACIONAL

- IV.1. Las contradicciones en la identificación del bien jurídico y el problema de la norma de comportamiento.
 - a) El patrimonio como bien jurídico específico para el Título VI:
 - a.1) Ure
 - a.2) Gómez
 - a.3) Peco

- a.4) Donna
- a.5) Aguirre Obarrio
- b) La posición de quienes postulan mantener el término propiedad:
 - b.1) Núñez
 - b.2) Soler
 - b.3) Fontán Balestra
 - b.4) Tozzini
 - b.5) Buompadre
 - b.6) Damianovich de Cerrado
 - b.7) Millán
- c) La cuestión en la doctrina comparada:

IV.2. La relación constitutiva entre el bien jurídico de la norma de comportamiento y la interpretación de la norma de imputación penal.

- a) Análisis crítico del tema.
- b) El fundamento de la punición.
- c) La denominación del Bien Jurídico.

V. LOS INTENTOS DE IDENTIFICACIÓN DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO

V.1. Las dificultades surgidas a partir de los verbos típicos.

- a) El significado de apropiarse.
- b) El significado de retener.
- c) Perspectiva hermenéutica de la cuestión.

V.2. El incumplimiento del deber como núcleo del tipo.

V.3. La discusión doctrinaria y la noción de “apropiación indebida”:

- a) El planteo inicial de Ernesto J. Ure.
- b) La inexplicada desaparición de un verbo.
- c) La postura de Ramos.

d) El núcleo común de esas reflexiones.

V.4. La consideración gramatical de Terán Lomas.

V.5. Soler y su noción de “Retención indebida”.

V.6 La importancia de la opinión de Núñez.

V.7. El análisis actual de Donna.

VI. LA OMISIÓN COMO COMPORTAMIENTO TÍPICO

VI.1. La discusión sobre el tema en la ciencia penal.

VI.2. La propuesta clasificatoria del Silva Sánchez.

VI.3. Distinciones dentro del pensamiento nacional.

VI.4. La teoría de la “*Aliud Agere*”.

VI.5. Variaciones sobre el tema.

VII. LAS TEORÍAS DE LA OMISIÓN Y EL TIPO PENAL ANALIZADO

SEGUNDA PARTE:

LA ESTRUCTURA ANALÍTICA DEL TIPO DE INJUSTO DESDE SU INTERPRETACIÓN OMISIVA

VIII. LA TENENCIA COMO PRESUPUESTO DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE RESTITUCIÓN

VIII.1. Las relaciones entre las personas y las cosas.

VIII.2. Algunas precisiones relevantes para la especificidad del tipo de injusto.

VIII.3. La necesaria distinción con el tipo penal de hurto.

IX. LA COSA MUEBLE AJENA COMO REFERENCIA OBJETIVA DEL TIPO DE INJUSTO

IX.1. Una aproximación a la cuestión.

IX.2. Cosas que se hallan en el inmueble ocupado por otro.

IX.3. Los derechos de crédito y el objeto material de la figura omisiva del artículo 173 inc. 2º.

IX.4. El dinero en la comprensión normativa del tipo penal.

- a) Distinciones a partir del título jurídico de su entrega.
- b) El caso del dinero entregado en depósito.
- c) El supuesto del dinero entregado en comisión.
- d) La administración de caudales.
- e) La entrega de otra cosa mueble por dinero.
- f) La entrega de títulos o documentos representativos de dinero.
- g) El problema de la entrega virtual de dinero.

IX.5. Las respuestas al problema desde la perspectiva dogmática asumida en esta tesis.

X. LA CARACTERIZACIÓN DEL TIPO DE INJUSTO COMO OMISIÓN, DE RESULTADO, DAÑO Y ESPECIAL PROPIO.

XI. EL DERECHO DE RETENCIÓN FRENTE AL TIPO DE INJUSTO.

XI.1. El significado jurídico del derecho de retención.

XI.2. Los casos que admiten retención.

XI.3. Los casos que no la admiten.

XI.4. Los sujetos que componen la relación

- a) El acreedor de la relación
- b) El deudor de la relación

XI.5. La legitimidad del derecho desde la jurisprudencia.

XI.6. El caso del abogado.

XI.7. El supuesto del hotelero.

XI.8. Otras situaciones.

XII. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DEL TIPO

XII.1. El dolo típico.

XII.2. La incidencia de la voluntad de restituir.

XII.3. El error sobre los elementos del tipo.

XIII. LA DISCUSIÓN SOBRE EL MOMENTO CONSUMATIVO

XIV. LOS TÉRMINOS DE LA PRESCRIPCIÓN

XV. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL

XVI. LA RELEVANCIA TÍPICA DEL USO DE LA COSA

XVII. LA FUNCIÓN DEL PERJUICIO DENTRO DE LA IMPUTACIÓN DEL TIPO

XVIII. LA CARACTERIZACIÓN DEL SUJETO PASIVO

XIX. LA IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO ACTIVO

XX. LA CUESTIÓN DE LA TENTATIVA.

XXI. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTA A PARTIR DE LA TESIS PLANTEADA.

I. EL PLANTEO DE LA CUESTIÓN

I.1. JUSTIFICACIÓN DE LA TESIS Y DEL MÉTODO ESCOGIDOS:

Los enunciados típicos que constituyen el artículo 173 del Código Penal han sido históricamente fuente de un debate notorio que llega hasta nuestros días. En la primera aproximación al texto normativo parecieran concurrir, como de hecho muestra incluso la discusión en el derecho penal español, más de una formulación típica de difícil armonización. La disputa sobre el *nomen iuris* que cabe asignar a los comportamientos incluidos en la figura penal en cuestión es un expresivo indicador de las dificultades que plantea la identificación y autonomía sistemática del tipo frente a otras normas de imputación. Puede decirse entonces que, tanto en la dogmática del tipo, como en la praxis jurisdiccional, nos encontramos frente a un problema no resuelto. Esto es, en términos epistemológicos, un campo propicio para la investigación, la revisión de las soluciones enfrentadas sobre la cuestión y, en definitiva, la posibilidad de presentar una propuesta satisfactoria de solución.

El relevamiento señalado es el que ha motivado la presentación de esta tesis doctoral, pues se aprecia una serie de aporías jurídico penales que promueven el análisis de la norma integrada a la Parte Especial del Código Penal, que requieren de una propuesta de solución.

Para ese objetivo se ha indagado dentro del ámbito científico de la Parte General del derecho penal, es decir, el que constituye el instrumental fundamental del estudio y análisis de la praxis jurídica, a fin de hallar una respuesta que trascienda la mera interpretación semántica del tipo.

De hecho, en el campo penal argentino, el abordaje de los tipos de la Parte Especial se ha reducido tradicionalmente a una hermenéutica gramatical que no ha aprovechado los avances y aportes de la dogmática.

La metodología aplicada en esta investigación ha comenzado por una labor que podría definirse como de inducción. Ello es así, por cuanto en la primera aproximación al enunciado típico se advierte ya la concurrencia de una serie de problemas de distinta naturaleza. Es más, la consideración histórica de la figura confirma que esa percepción lingüística también se explica por las dificultades de integración y legitimación de la estructura del artículo.

a) Inductivamente se aprecia como primera dificultad la justificación de que la negativa a cumplir con obligaciones asumidas de acuerdo a instituciones que regulan el tráfico jurídico constituya un comportamiento penalmente relevante. La negativa a restituir, o no hacerlo en el debido tiempo, parecen remitir a un campo de relaciones de coordinación entre particulares, donde las falencias en atender a los términos en que fue pautada la entrega de bienes muebles o “efectos” entre los que han acordado el negocio jurídico -depositario, comisionista, administrador, etc- no trasciende el campo *ius privatista*. Si el engaño en el tráfico comercial debió recorrer históricamente un largo camino para incorporarse al derecho penal, pareciera que la figura estudiada representa un desafío aún mayor. El engaño típico encontró en las fórmulas de las estafas y las defraudaciones ciertos fundamentos que explicaron el interés estatal en constituir los perjuicios derivados de esas situaciones en un bien jurídico penal.

La fórmula aquí estudiada plantea exigencias de legitimación relevantes para ubicarse dentro de la esfera del ámbito de preocupación social, donde las actuaciones entre particulares alcance los vínculos de subordinación que hacen a la aplicación del derecho penal. Por

tanto, dentro de la antijuridicidad del incumplimiento de las obligaciones, resulta esencial identificar la caracterización de la antijuridicidad penal, especificada por el tipo. El tipo que “colorea” -como señalaba Beling- la contradicción al orden jurídico como conflicto propiamente penal, debe expresar los elementos que la distingan del mero incumplimiento de las obligaciones. La afectación de las relaciones reales de las personas y sus bienes muebles deben presentar en este caso un significado de interés estatal de alta intensidad. Mucho más si, como en el caso del artículo 173 inc.2 del Código Penal, se integra en la fórmula al dinero como parte del objeto típico constitutivo del bien jurídico. En este caso, la comprensión de lo que constituye este bien se solapa con otras figuras penales.

b) Por eso, el segundo frente de problemas aparece en la necesidad dogmática de distinguir los comportamientos integrados al tipo analizado con aquellos que están en su contexto de expresión de significado jurídico. A su vez, esto marca la necesidad de hacer de los comportamientos incluidos en el enunciado, una figura sistemáticamente diversa a la del hurto y de la administración fraudulenta. Justamente en este contexto se abre la discusión acerca de si la relación del comportamiento penal tipificado es con el patrimonio o con la propiedad del afectado. En la resolución de estas aporías, la infidelidad con la obligación asumida, el abuso en la confianza dispensada, la “precariedad” del traspaso del bien mueble, cosa o dinero parece ser la llave hermenéutica que explique la distinción.

c) Finalmente, estos nexos que buscan sostener la especificidad del tipo, ponen en evidencia que los comportamientos penalmente relevantes allí contemplados remiten a ciertos obligados, signados por el título en virtud del cual han recibido el objeto. El incumplimiento fundamental que se atribuye a la persona demuestra un quiebre con los deberes que surgen de esa relación jurídica. Dicho de otro modo, la referencia a títulos que produzcan la obligación de entregar o devolver, cierra el círculo

de sujetos activos en quienes se encuentren en esa posición, marcada por el instituto correspondiente -del derecho civil o comercial- sobre el cual recaen la confianza, garantía y expectativa del adecuado cumplimiento de ese deber.

I.2. LA IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE DEBER JURÍDICO DENTRO DEL PROBLEMA:

A través de esta primera aproximación, la perspectiva de inducción muestra estos tres campos de aporías que indican una estructura compleja en la configuración del tipo. Complejidad en el sentido de plural, en razón de las líneas de su construcción, y complejidad en cuanto a las dificultades de otorgar unidad a la interpretación de las normas primarias que entran en juego al momento de la imputación. Se evidencia además la diversa naturaleza de los tres ámbitos relevados, que ha permitido hasta nuestros días que se debata incluso sobre el *nomen iuris* del tipo, signo de que se muestra falta de claridad la *ratio iuris* que busca expresar.

Esta inicial labor inductiva ha propiciado dentro de la investigación la búsqueda de un denominador común entre esos tres campos, empíricamente distintos y, desde un punto de vista normativo, al menos en una consideración intuitiva, aparentemente sin conexión. Ese concepto abarcador de los tres niveles surge del instrumental que provee la dogmática general, aquella que constituye la teoría del delito.

En los tres órdenes apuntados se observa como expresión de significado normativo una constante: la noción de deber. Dentro del estudio de la tesis que aquí se propone, este concepto es el que vincula los estadios que han disparado las posturas enfrentadas en la categorización adecuada del artículo 173 del Código Penal.

En efecto, en la comprensión básica del derecho penal, la idea del deber del ciudadano de atenerse a las exigencias normativas es el presupuesto a partir del cual la Política Criminal analiza la intensidad de esa infidelidad para legitimar la respuesta punitiva. En una sociedad de libres intercambios entre las personas, la reafirmación de la esfera de desarrollo de la personalidad -marcada por el patrimonio o la propiedad- puede suscitar el interés del Estado. Las expectativas en el cumplimiento de las obligaciones en un campo de *libertad general*, fundamenta y exige la *auto responsabilidad* frente al otro. Las posibilidades de organización de cada uno tienen un correlato en la no afectación de los demás. Este aspecto está alcanzado en el tipo a través de la referencia “*el que con perjuicio de otro*”.

La confianza en la restitución, que hace al segundo nivel de cuestiones, supone algo más que una expectativa moral, pues encuentra en una *institución jurídica* el fundamento de esa expectativa. Dentro de esa referencia, la identificación del obligado señala que es el vínculo institucional el origen del deber. Se trata de una figura elaborada sobre el presupuesto de los delitos especiales y, al remitir a instituciones del derecho de los negocios, a un delito donde predomina la obligación más allá del efectivo dominio sobre la situación. Esto no se confunde con la imposibilidad o lo fortuito -*ultra posse nemo obligatur*- que pueda neutralizar el cumplimiento de lo debido. El significado de mediatizar el aspecto de dominio u organización por sobre el del deber viene dado por los términos de la relación en virtud de la cual el sujeto activo entró en poder del bien mueble, el dinero u otro objetos.

Finalmente, el incumplimiento del deber es la base del comportamiento típico. Se trata de *la omisión* en honrar lo exigido por el vínculo acordado. Históricamente los delitos de omisión remiten al concepto del deber como núcleo que permite identificar el comportamiento esperado. Hay una necesaria orientación normativa, pues en lo empírico no existen propiamente las omisiones. En este caso, se trata de un deber de entregar o

devolver por parte de un determinado sujeto que asume la obligación dentro del marco que brinda el negocio jurídico concreto, más allá de la efectiva apropiación por parte del obligado. Con esto, el tipo penal no sólo se presenta como *ratio cognoscendi* de los comportamientos que pretende abarcar, sino que además se hace operativo como *ratio essendi*, ya que identifica dentro del ámbito de la antijuridicidad el aspecto que es propio de la imputación penal.

Por eso, tras la labor de inducción, la identificación del concepto de deber como aspecto normativo presente en los tres niveles que hacen problemático el tipo penal analizado, permite desenvolver aquel momento de la investigación que se presenta como deductivo.

El derecho a través de las normas regula la convivencia armónica y pacífica dentro de una sociedad. Las normas, que se imponen con alcance general a todo aquel que, le guste o no, se aviene a convivir en sociedad, establecen lo permitido y lo prohibido. Sin embargo, todo ciudadano tiene la posibilidad de acatar o no las normas, pero en caso de no hacerlo, también debe someterse a las consecuencias jurídicas que depara esa elección. Dentro de esa situación, la intervención del derecho penal supone la consecuencia más grave para el ciudadano que infringe el derecho, pues sus sanciones son las más intensivas que prevé la potestad jurídica. En otras palabras, la libertad tiene como reverso la auto-responsabilidad. O dicho de otro modo, a los derechos corresponden deberes.

La misión del derecho penal es asegurar la vigencia de las normas más elementales de convivencia e integración. El derecho penal, según KINDHÄUSER, tiene que ver con la garantía de la expectativa de una observancia recíproca de los deberes sancionados¹. El catedrático de la Universidad de Bonn explica que cada ciudadano puede y debe contar con

¹ Urs Kindhäuser, “*Estudios de Derecho Penal Patrimonial*”, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2002, pág. 27.

que los otros, en lo posible, harán de la norma la directriz de decisión de su comportamiento mediante una actuación adecuada al deber. Así, el derecho penal reacciona con una pena cuando la expectativa no es observada.

Por eso, sostiene que el derecho tiene exclusivamente la tarea de garantizar a cada ciudadano un espacio de libertad que sea compatible con los espacios de libertad de todos los demás, con arreglo a una ley general de igualdad. Consiguientemente, sólo la intervención en la esfera de libertad protegida de otro puede constituir un injusto. La consecuencia de esta doctrina es la exigencia de una formulación exacta de aquellas condiciones bajo las cuales resulta lesionada la libertad individual. Estas condiciones de libertad individual constituyen, a su vez, los objetos de los derechos individuales de libertad, esto es, los bienes jurídicos del individuo². Desde este punto de vista, todo individuo debería saber que el ejercicio de esa libertad genera la observancia de ciertos deberes que se hallan normativizados en herramientas legales de distinto rango.

I.3. LA ORIGINALIDAD DE LA PROPUESTA Y LOS DEFECTOS DEL ANÁLISIS TRADICIONAL DE LA CUESTIÓN:

En lo que concierne al tema que nos ocupa, la figura penal objeto de análisis es la tipificada en el artículo 173 inciso 2º del Código Penal, la cual prescribe:

“Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece (de un mes a seis años):

² Urs Kindhäuser “Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal”, en “Derecho Penal Empresario”, Guillermo J. Yacobucci, Director, Edit. B de F, Buenos Aires, 2010, pág. 163 y ss.

2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver”.

En sintonía con lo que veníamos diciendo, y a la luz de los elementos contenidos en la disposición transcrita, quien recibe en depósito, mandato o préstamo, por ejemplo, una cosa mueble ajena, debería saber si puede quedarse con la cosa, usarla o regalarla en forma legítima; en otras palabras, debería saber si puede omitir la entrega o restitución de esa cosa³. Y es aquí, en este preciso punto, donde se pone de manifiesto el principal objetivo de este trabajo, cual es demostrar que el delito consiste en la omisión fraudulenta de restitución o entrega. En el contexto de la convivencia reglada por normas, las personas deben hacerse cargo de aquellos peligros jurídicamente desaprobados que surgen de su propio ámbito de libertad de modo que no alcancen los ámbitos de autonomía de los otros.

De tal forma nos diferenciamos de quienes conceptualizan a este comportamiento como configurativo de un delito de comisión, extremo evidenciado incluso a través de la propia denominación que dicha corriente le asigna a la figura, de apropiación indebida, como asimismo de quienes creen ver una mera retención indebida de la cosa mueble previamente entregada. Expondremos por eso, dentro del desenvolvimiento argumental de la tesis, los fundamentos centrales de ambas posiciones, y la crítica que, según los casos, ellas nos merecen.

En suma, la hipótesis que nos hemos propuesto verificar en este trabajo es que el artículo 173 inciso 2º del Código Penal contempla un

³ No es descabellado pensar que pueden presentarse situaciones dilemáticas, en las que no resulta sencillo determinar si, por ejemplo, le asiste al tenedor de la cosa el derecho de retención o de compensación, o si, por el contrario, ha incurrido en la conducta típica, desde la perspectiva del delito estudiado.

delito de omisión pura de garante, lo que nos conducirá a delinear los rasgos característicos de estos componentes normativos. En tal sentido, observaremos que los pocos autores que en nuestro medio coinciden en sostener que el delito se lleva a cabo a través de una conducta omisiva, entienden que ella encuadra en la categoría de omisión impropia.

La identificación adecuada de las normas de comportamiento que entran en relación con el tipo penal -como norma de imputación- se deja ver de modo especial en el caso del artículo 173 inc.2º. Esta cuestión, a su vez, envuelve el problema del bien jurídico puesto en crisis, ya que la doctrina actual señala que los comportamientos comisivos u omisivos que regulan las reglas de la convivencia se orientan teleológicamente respecto de intereses o situaciones relevantes. En una explicación clara, KINDHÄUSER señala que las normas jurídico-penales de comportamiento se identifican a través de la formulación contradictoria que exteriorizan los tipos delictivos de la parte especial, normas que se encuentran dirigidas o bien a cualquiera o bien a determinados sujetos especialmente obligados, como es el caso bajo análisis. Aún advirtiendo el largo debate histórico sobre la noción de bien jurídico, propone básicamente la de aquellas propiedades de personas, cosas e instituciones que son de elemental significación para el libre desenvolvimiento del individuo en la sociedad. Con otras palabras, los bienes jurídicos son condiciones del libre desenvolvimiento personal a través de la participación en la vida social y estatal.

Si bien la nota distintiva del problema a investigar es el antes planteado, la figura examinada presenta diversas facetas dignas de atención que son alcanzadas por esta apreciación dogmática sobre la naturaleza de la *ratio iuris* del tipo. Todas ellas constituyen el objeto de nuestro trabajo.

Así, en sus orígenes este comportamiento aparecía confundido con el delito más amplio de hurto (*furtum*), por lo que expondremos las principales diferencias entre ambas conductas, las cuales fueron acentuándose con el correr de los años, en algunas legislaciones más que en otras, aunque se han mantenido inalterables ciertas similitudes, conforme señalaremos en el capítulo correspondiente.

Nuestro análisis comprenderá, por lo tanto, el modo en que históricamente fue independizándose la figura investigada, adquiriendo sus propios contornos, dejando a un lado el *furtum* romano para pasar a caracterizarse, por la influencia del derecho francés, en un paradigmático supuesto de abuso de confianza, como aún se lo estudia en la legislación gala. Este concepto, que se afianzó rápidamente en Italia, España y Alemania, introdujo la noción de apropiación indebida, que más tarde adoptó en nuestro país el proyecto Tejedor, consagró luego el proyecto Peco, entre otros modelos legislativos y del cual se hicieron eco importantísimos autores nacionales. Nos referiremos concretamente a dichos proyectos y opiniones.

El abuso de confianza que mencionamos, vale aclarar, no se refiere a un vínculo de confianza personal entre sujeto activo y pasivo, que puede o no existir, sino a la confianza que genera la relación jurídica y su poder vinculante para con las partes, con independencia del conocimiento personal que se profesen, pues una de ellas habrá de quedar expuesta al riesgo de un perjuicio derivado del poder de hecho concedido legítimamente a la otra sobre una cosa⁴. Allí se sitúa la noción de institución como fuente de deberes específicos que al no ser cumplidos brindan al tipo analizado la naturaleza de una omisión.

⁴ En concordancia con Soler, Sebastián, “*Derecho Penal Argentino*”, 4º edición, actualizador Manuel Bayala Basombrío, Tomo IV, Tea, Buenos Aires, 1994, pág. 423 y ss.

La investigación incluye el estudio del bien jurídico que resulta afectado por el comportamiento típico, el cual debe ser correctamente interpretado para no demandar la configuración de una conducta activa, allí donde el tipo reclama un comportamiento omisivo. En el mismo capítulo se analizará la discusión, aún no superada, entre quienes postulan distintas denominaciones, patrimonio o propiedad, para definir el bien jurídico penalmente relevante. Se expondrá la posición de autores nacionales y extranjeros, y brindaremos nuestra opinión al respecto conforme la postura central que se propone en esta tesis. Asimismo, se abordará una cuestión no menor, cual es el fundamento político criminal de la punición de la conducta objeto de estudio, de acuerdo a la infracción de deberes que el Estado categoriza como relevantes para el tráfico jurídico.

Analizaremos luego la tenencia de la cosa, como presupuesto material del delito y fuente del deber que recae en determinados sujetos, y las específicas diferencias que pueden presentarse con el delito de hurto. También será centro de revisión la cosa mueble ajena como objeto material del ilícito. Se examinarán aquí distintos supuestos de interés, como el caso del dinero que, en el derecho comparado, ha derivado en la consideración de que se trata de un supuesto distinto al aquí investigado.

El derecho de retención será de igual modo abordado para evaluar cuándo puede invocarse en forma legítima. El tipo en cuestión envuelve una estructura asimilable a la de los elementos de valoración global que aportan aspectos relacionado con la antijuridicidad ya en la instancia del tipo.

Esto requerirá otorgar una especial atención acerca del tipo subjetivo, dado que la complejidad estructural del tipo objetivo y la naturaleza de sus elementos deben ser objeto de conocimiento del dolo exigido, para justificar la imputación personal.

Como corolario de lo expuesto, se desarrollarán sistemáticamente las características principales del delito examinado, que se propone como omisión propia, de infracción de un deber especial, con una afectación del titular del bien entregado.

De todos modos, como indicador de la adecuada estructura típica que se le asigna al inciso 2 del artículo 173 del Código Penal, también se avanzará sobre el momento consumativo del comportamiento, el uso no autorizado de la cosa, el problema de la prescripción y la individualización de los sujetos activos y pasivos del delito en ciertas circunstancias concretas. Finalizaremos nuestro estudio con una breve recapitulación de los temas tratados y con una propuesta en la que brindamos una redacción del tipo penal, acorde con las apreciaciones que efectuaremos respecto de la figura, para el caso de una eventual reforma legislativa.

A través del estudio pormenorizado que nos hemos propuesto de la omisión fraudulenta de restitución contemplada en el artículo 173 inc. 2º del Código Penal, esperamos clarificar todas aquellas aristas que abarca esta rica figura, la cual desde antaño ha concitado la atención de nuestros autores y tribunales, y muchas de las cuales no han alcanzado hasta hoy, como se verá, una interpretación uniforme.

PRIMERA PARTE

II. EL DESARROLLO DE LA IDENTIDAD NORMATIVA DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 173 INC. 2º DEL CÓDIGO PENAL

II.1. PROPIEDAD Y PATRIMONIO COMO ÁMBITO DE REALIZACIÓN DE LA PERSONA EN DERECHO:

Como veremos a continuación, el delito que nos hemos propuesto examinar, su composición y contornos, es posible situarlo en tiempos anteriores a la codificación. Sin embargo, muchos aspectos que en este trabajo analizaremos presentan problemas que todavía no han sido resueltos y, desde luego, la delimitación del comportamiento típico es uno de ellos. De todos modos, lo primero que se manifiesta dentro de la cuestión es la relación del hombre con su entorno.

Sin embargo, tan pronto el hombre es comprendido como ciudadano, es decir, ligado por vínculos normativos, libertades y deberes, la extensión del “poder” no se circunscribe a lo fáctico, sino que encuentra un reconocimiento explícito en el orden legal. De esa forma, la persona en derecho tiene algo propio que se expresa bajo el título de propiedad. Desde ese presupuesto originario, los intercambios, negocios y tradiciones, conforman el patrimonio -haz de derechos-. Esta situación es la que ha llevado, en el tipo penal bajo estudio, a un debate significativo sobre el bien jurídico alcanzado, esto es, las normas de comportamiento que entran en juego y en su vínculo con la norma de imputación.

El primer dilema que enfrentó el legislador es la diferenciación con el *furtum*, que a pesar de estar aparentemente superada en nuestros días, se reaviva cuando se integra en el tipo al dinero como objeto específico -junto con bienes muebles- del comportamiento ilegítimo.

No es nuestra intención retroceder a los orígenes más remotos de la protección de la propiedad, pues ello excedería nuestro plan de trabajo. Un estudio exhaustivo de tales antecedentes, específicamente de la figura que estamos abordando, puede verse en las clásicas obras de los juristas

italianos PETROCELLI y ANGELOTTI, quienes profundizando en sus raíces se retrotraen hasta el Código de Hammurabi (art. 9), las Leyes de Manú (VIII, 49, 50), y textos hebreos del Pentateuco (Éxodo, XXII, 10, y Levítico, VI, 2, 3 y 5).⁵ Si bien QUINTANO RIPOLLÉS señala que el sondeo de tales datos “no pasa de constituir una mera diversión erudita”, en su ineludible trabajo sobre los delitos patrimoniales no deja de pasar, también él, detallada revista a los antecedentes históricos de la figura⁶.

De ineludible consulta son también, más cercanos en nuestro tiempo, los libros de POLITOFF LIFSCHITZ⁷, SÁINZ-PARDO CASANOVA⁸ y CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁹, quienes no dejan de abordar el estudio de los antecedentes históricos del delito, especialmente el primero de ellos¹⁰.

II.2. FURTUM, APROPIACIÓN INDEBIDA Y ABUSO DE CONFIANZA:

FINZI, por su parte, nos recuerda que, dentro del derecho romano, los antepasados del ilícito pueden ubicarse en el *crimen furti*,

⁵ Petrocelli, B. “*L’appropriazione indebita*”, Napoli, 1932, págs. 5 y ss.. Angelotti, D. “*L’appropriazione indebita nel sistema del Diritto vigente e nella nuova Legislazione penale*”, Napoli, 1930, págs. 31 y ss., citados ambos por Ernesto J. Ure en “*El delito de apropiación indebita*”, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1947.

⁶ Antonio Quintano Ripollés, “*Tratado de la parte especial de Derecho Penal*”, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo II, Infracciones patrimoniales de apoderamiento, Madrid, 1964, págs. 856 y ss.).

⁷ Sergio Politoff Lifschitz, “*El delito de apropiación indebita*”, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1957.

⁸ José A. Sainz-Pardo Casanova, “*El delito de apropiación indebita*”, Editorial Bosch, Barcelona, 1977.

⁹ Candido Conde-Pumpido Ferreiro, “*Apropiaciones indebitas*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

¹⁰ El título de las obras jurídicas reseñadas se corresponde con el *nomen iuris* que el delito recibe en las legislaciones en la que los autores se han inspirado: italiana, chilena y española, respectivamente. Como se ve, el delito, para todas ellas, consiste en una “apropiación indebita”.

concepto amplísimo del *furtum*, en el cual cabía cualquier atentado contra el patrimonio ajeno. Así, era *furtum* una apropiación indebida, una sustracción del uso, una violación de la posesión realizada con astucia y engaño, como el hecho de hacerse entregar dinero simulándose acreedor, etc.¹¹. Es decir, en el derecho romano no se llega a delinear un concepto específico de la apropiación indebida. Ni siquiera puede decirse que hubiera una distinción entre los apoderamientos de cosas poseídas por otros y las apropiaciones de cosas ajenas que estaban en posesión del apropiante; entremezclándose los distintos supuestos como modalidades de hurto o de fraude, pero sin alcanzar nunca una caracterización propia, según anota Conde-Pumpido Ferreiro en su obra “*Apropiaciones indebidas*”¹².

Con este parecer concuerdan QUINTANO RIPOLLÉS¹³, RODRÍGUEZ DEVESA¹⁴ y SÁINZ-PARDO CASANOVA¹⁵, quienes sostienen, junto con la doctrina dominante, que en el derecho romano la apropiación indebida estaba incluida dentro del concepto amplísimo de *furtum*. Objetan así la observación de MANZINI, quien advertía una posible autonomía del delito de apropiación indebida frente al hurto, a partir de ciertos textos de las XII Tablas¹⁶.

Al respecto apunta URE, con cita de PETROCELLI, que las XII Tablas preveían dos casos de apropiación indebida, pero siempre

¹¹ Conrado A. Finzi, “*La estafa y otros fraudes, según las enseñanzas de A. D. Tolomei y los códigos penales italiano, argentino y alemán en vigor, con su doctrina y jurisprudencia*”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961, pág. 15 y ss.. El autor también hace un breve repaso de los antecedentes históricos de la estafa.

¹² Conde-Pumpido Ferreiro, op. cit. pág. 15 y ss.

¹³ Quintano Ripollés, op. cit. pág. 856.

¹⁴ José María Rodríguez Devesa, “*Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad*”, en Anuario, 1960, también nos recuerda que el hurto del derecho romano (*furtum*) comprendía no sólo el hurto de hoy, sino también casos de apropiación indebida.

¹⁵ Sáinz-Pardo Casanova, op. cit., pág. 18 y ss.

¹⁶ Manzini, “*Tratatto del furto*”, pág. 211, citado por Quintano, op. cit., pág. 856.

dentro de la figura genérica del *furtum*: la apropiación de bienes del pupilo por parte del tutor y la apropiación de cosas entregadas en depósito¹⁷.

Dentro de la misma amplia noción del *furtum* se incluía, como lo recuerda MOMMSEN, casos de apropiación de uso¹⁸. En las Institutas de Justiniano, según POLITOFF, se incluyen en diversos supuestos de apropiación indebida, como variedades del *furtum*: 1) Apropiación indebida de uso: a) uso indebido de la cosa depositada; b) uso indebido de la cosa pignorada; c) uso indebido de la cosa recibida en comodato; d) uso indebido de la cosa por el prestador de servicios; 2) Apropiación indebida definitiva: a) apropiación por el depositario; b) apropiación por el mandatario; c) apropiación por el socio; d) apropiación de las cosas del pupilo por el tutor; 3) Casos especiales de apropiación: a) apropiación de cosa perdida; b) apropiación de cosa recibida por error¹⁹.

A partir de la época medieval cobra importancia un distingo que comienza a realizarse entre las figuras de hurto propio e impropio, según quien fuera la persona que detentaba la posesión. Si la cosa estaba en posesión de otro y era sustraída y apropiada se cometía hurto propio; si la cosa ya estaba en posesión del que se la apropiaba -no había lesión a la posesión-, se producía un hurto impropio. En este último supuesto -*furtum improprium*- se incluían la mayor parte de las hipótesis que hoy constituyen omisión fraudulenta de restitución.

¹⁷ Ernesto J. Ure, “*El delito de apropiación indebida*”, op. cit., pág. 15.

¹⁸ Teodoro Mommsen, “*Derecho Penal romano*”, Temis, Bogotá, 1991, pág. 459. Explica este autor que en la ley de las XII Tablas, a los que se apropiaran de dinero recibido en depósito o perteneciente a los pupilos cuya tutela tuvieran, se les castigaba con una pena especial igual a la señalada para el hurto ordinario, o sea la del duplo. Esta observación permitiría dar crédito a la opinión de Manzini, en cuanto se refiere a la supuesta autonomía de la apropiación, frente al hurto, en la ley de las XII Tablas.

¹⁹ Politoff, op. cit. pág. 31, con cita de Petrocelli, op. cit. pág. 19.

Puede decirse entonces que esta distinción entre hurto propio e impropio, elaborada por la jurisprudencia alemana del siglo XVII, constituye el primer paso de la doctrina moderna para delimitar el concepto de apropiación indebida. Ello se refleja luego en la Carolina, donde se establece *“El que consciente y fraudulentamente haya dispuesto de un bien ajeno cuya conservación y custodia se le hubiese confiado, comete una acción que debe ser penada como hurto”*²⁰. Aunque la conducta siga ubicándose entre los hurtos, no cabe duda de que el mérito de la clasificación estriba en haber circunscripto los elementos esenciales de la figura que, años más tarde, terminaría por independizarse del hurto.

La necesidad de mitigar las sanciones de algunos casos de hurto dio origen a un casuismo que derivó en la comentada distinción entre hurtos propios e impropios. A los impropios, claro, le correspondían penas más benignas. No obstante, cabe reiterar que para los romanos la apropiación indebida, en su forma definitiva, quedaba incluida dentro de la noción del *“furtum rei”*. Esa asimilación perdura luego en el derecho germánico y en los jurisconsultos prácticos²¹.

Observa QUINTANO que a partir del siglo XVII comienza a disiparse el “confusionismo” con el hurto, desplazándose nuestra figura hacia *“el terreno vasto y equívoco del viejo estelionato”*, por entonces denominado estafa²². PUCCIONI advierte que en el estelionato hay falsedad y hurto. Pero esta falsedad no recae en un objeto material, sino que se encuentra en la actitud del imputado y por eso es una falsedad impropia, así como también es un hurto impropio por no haber una verdadera *‘contrectatio’*²³. Consideraciones de este orden, como reconoce POLITOFF,

²⁰ Ure, op. cit., pág. 15.

²¹ Confr.. Ure, op. cit. pág. 15 y Politoff, op. cit. pág. 34.

²² Quintano Ripollés, op. cit. pág. 859.

²³ Puccioni, citado por Sebastián Soler, *“Derecho Penal argentino”*, Tomo IV, op. cit., pág. 321.

determinaron un concepto amplio de hurto impropio, en que se comprendían las hipótesis de apropiación indebida y estafa. Ello es indicativo de la problemática que ahora debemos afrontar. Así, el mencionado complejo delictivo es agrupado en algunos países bajo la denominación genérica de fraude. En otros, como España y en nuestro país, el vocablo estafa cubrió la totalidad del género y la omisión fraudulenta de restitución, o la apropiación indebida para seguir con la denominación del delito en la legislación extranjera, se redujo a una simple especie más del conjunto.

Poco antes de inaugurarse la época de la codificación, CARMIGNANI se manifiesta a favor de dotar de mayor autonomía a la apropiación indebida²⁴, respecto del hurto impropio, por cuanto aquel delito suponía un ataque a la propiedad en sentido estricto, no a la posesión que previamente se tenía por parte del sujeto²⁵.

El delito de apropiación indebida, distanciado ya de la tradición romanista que lo asociaba con el hurto, finalmente tiene receptación autónoma en la ley francesa del 29 de septiembre de 1791, pasando luego a denominarse con el nombre abuso de confianza (*abus de confiance*), que es el que se mantiene hasta la actualidad (art. 314-1).

Explica GARRAUD que “cuando el abuso de confianza hizo su aparición en el derecho moderno no llevaba todavía nombre. En 1791 no se preveía y no se castigaba sino la violación de depósito. El Código Penal de 1810 asimiló al depósito la entrega de objetos en vista de un trabajo asalariado, a cargo de hacer de ellos un empleo determinado y creó para ese

²⁴ Denominándola con el nombre con el que luego se llamó en Italia a la estafa: *truffa*.

²⁵ Quintano Ripollés, op. cit., pág. 859, nota nº 8, donde cita a Carmignani, “*Elementa iura criminale*”, Pisa, 1823, tomo II, párr. 1087; cuestión tratada en la División segunda, dedicada al *furtum impropium*. En igual sentido, Politoff, op. cit. pág. 38.

grupo aún poco numeroso de contratos la denominación de abuso de confianza”²⁶.

El abuso de confianza francés pasó al Código Penal toscano (1853) como modalidad de estafa. Pero el Código Zanardelli (1889), en sintonía con la prédica de CARRARA, quien definía la figura como *“la apropiación dolosa de una cosa ajena, que se ha recibido del propietario mediante una convención que no transfiere el dominio, y para un uso determinado”*, introduce la denominación de *“apropiación indebida”* y el presupuesto de la *“recepción por título que obligue a devolver”*²⁷. Sintetiza así la exhaustiva enumeración casuística de la ley francesa. Igual denominación se mantiene con el código de Rocco (1931), aunque se introducen algunos matices diferenciadores en lo que respecta al aspecto subjetivo y al título de la posesión por parte del sujeto activo.

La influencia del código Napoleónico se ve también reflejada en el Código Penal español de 1822, cuyo Capítulo VI, que agrupaba diversos supuestos de apropiaciones indebidas, recibe la denominación *“De los abusos de confianza”*. Este ordenamiento regula la apropiación indebida en dos frentes: uno, dentro del capítulo dedicado a los hurtos, a través de la negativa de haber recibido cosas en préstamo, alquiler, depósito o cualquier otro título, con ánimo de apropiación (art. 752), y el segundo frente, en el capítulo de los abusos de confianza, bajo la forma positiva de apropiación (art. 777)²⁸.

²⁶ Rene Garraud, *“Traité Théorique et pratique du Droit Pénal Française”*, T. VI, Troisième Edition, Paris, 1935, citado por Politoff, op. cit. pág. 40.

²⁷ Francesco Carrara, *“Programa de Derecho Criminal”*, parte especial, 2º edición, Editorial Temis, Bogotá, 1966, volumen IV, parágrafo 2.284. El delito se consagra con la siguiente fórmula: *“Aprópiase, convirtiéndola en provecho propio o de un tercero, una cosa ajena confiada o entregada por cualquier título que impone la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado”*.

²⁸ Todo ello conforme Sáinz-Pardo, op. cit. pág. 29.

El Código español de 1848 ubica dentro del capítulo de los hurtos la conducta de negar haber recibido dinero u otra cosa mueble, en préstamo, depósito o por otro título que obligue a devolución o restitución, con ánimo de lucro (art. 426). A su vez, suprime el capítulo afrancesado del abuso de confianza, encuadrando la forma positiva de apropiación en el capítulo de las estafas, donde se sustituye la frase “*ánimo de lucro*” por “*en perjuicio de otro*”. Como se ve, negar haber recibido es hurto y la apropiación positiva es defraudación.

Esta división no dejó de suscitar críticas entre los doctrinarios españoles. Así, J. F. PACHECO criticó la contradicción por regular “*un mismo delito con el nombre de hurto allí, y con el nombre de estafa aquí. La realidad de este delito no constituye hurto sino sólo defraudación verdadera*”²⁹. A su vez, Tomás María de Vizmanos y Carlos Álvarez Martínez, cuestionaron la asimilación al hurto, sobretudo en cuanto comprendía la posibilidad de exigencia de deudas por préstamo por vía criminal, haciendo ver, en lo sistemático, cómo la denegación de lo debido implicaba en todo caso una conducta fraudulenta y no una sustracción³⁰.

En el Código de 1870 se receptan las críticas que había originado el anterior texto, pues ambas conductas, la negativa y la positiva de apropiación, confluyen en una sola disposición en el capítulo de las “*estafas*” (art. 548, inc. 5º). Asimismo se borra toda referencia al préstamo, y se mantiene la frase “*en perjuicio de otro*”.

²⁹ Pacheco, “*Código Penal concordado y comentado*”, tomo III, 2º edición, 1856, pág. 321, citado por Sáinz-Pardo, op. cit. pág. 31.

³⁰ En “*Comentarios al Código Penal*”, tomo II, pág. 473, citado por Quintano, op. cit. pág. 861. PACHECO también cuestionó que negar el préstamo recibido pueda dar lugar a un hurto, pues “*es cosa que no ha sucedido nunca y que no entendemos como haya podido imaginarlo la ley*”, recordando que “*el dinero que se presta pasa al dominio del que recibe*”. También sostiene “*la incoherencia que supone tener por autor de hurto a quien recibe una cantidad en préstamo y la usa pues en ese caso usa cosa suya*” (Pacheco, op. cit., en Candido Conde-Pumpido Ferreiro, op. cit. pág. 20).

Merece destacarse que la redacción consagrada en el Código de 1870, no obstante las sucesivas reformas operadas *a posteriori* en la legislación española, es la que perdura en el Código Penal vigente en dicho país³¹. Empero, es importante subrayar que es el Código de 1944 el que consagra definitivamente la independencia sistemática del delito, denominándolo por primera vez con el nombre “*apropiación indebida*”, e incluyéndolo dentro del Capítulo de las “*defraudaciones*”, aunque remite a la estafa en orden a la penalidad.

Actualmente el art. 252 del Código Penal (2010), castiga con las penas de la estafa, “*a los que en perjuicio de otro se apropian o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado excede de 400 euros*”.

Nos recuerda SOLER que la legislación alemana distingue, dentro de lo que podría llamarse abuso genérico de confianza, dos figuras fundamentales: la *Unterschlagung* (apropiación indebida), que consiste en la apropiación de una cosa mueble que se tiene en posesión o custodia; y la *Untreue* (abuso de confianza, administración infiel), que castiga las malversaciones o distracciones de cosas que se habían recibido para administrar o dar un destino específico por ciertas personas vinculadas al propietario por una relación jurídica de representación o mandato (tutores, curadores, apoderados). De este modo se diferencian la apropiación indebida y la administración fraudulenta³².

³¹ Los códigos de 1928 y 1932 aportaron insustanciales y efímeras innovaciones.

³² Soler, “*Derecho Penal Argentino*”, T. IV, op. cit., pág. 425. En igual sentido, Conde-Pumpido Ferreiro, op. cit. pág. 17.

La vinculación y el parentesco entre la figura omisiva aquí analizada, conocida por la legislación extranjera y por importantes juristas nacionales de principios del siglo XX como apropiación indebida, y el delito de hurto, es un hecho absolutamente innegable. Sin perder de vista dicho origen, el cual nos sirve para entender y relacionar aspectos importantes de nuestro trabajo, veremos sin embargo que existen elementos distintivos fundamentales, que justifican holgadamente la plena autonomía de nuestro delito.

III. LA IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA

Originalmente la noción de abuso de confianza en la retención de la cosa mueble ajena fue la que alumbró los primeros estudios y proyectos en el ámbito nacional.

Como se señalara en el capítulo introductorio, el abuso de confianza a que nos referimos no es aquel de índole personal, sino aquel que tiene fundamento jurídico, por cuanto la protección penal interviene para garantizar el cumplimiento de cierta clase de tratos “*cuya efectiva ejecución -apunta SOLER- no es posible sino sobre la base de la buena fe*”. Este autor agrega, al conceptualizar la noción de abuso de confianza, que el aludido tipo de tratos “*suelen ser protegidos no sólo por sanciones civiles, sino por sanciones penales*”³³.

III.1 LOS ENFOQUES PROPUESTOS POR EL LEGISLADOR:

³³ Soler, Tomo IV, op. cit., pág. 424.

a) El proyecto Tejedor:

El mencionado proyecto prevé, en el artículo segundo, inciso 6º del Título 8º, capítulo 4º (“De las estafas y otras defraudaciones”): *“Los que en perjuicio de otros nieguen haber recibido, o se apropien, o distraigan dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se les hubiese dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca la obligación de entregar o devolver”*.

Cita como fuentes a los artículos 452 del Código español, 408 del francés, 163 a 166 del austríaco, 430 a 433 del napolitano, 264 y 265 del brasileiro. Aclara asimismo que en el derecho romano algunos de estos hechos se consideraban dolo civil, y no tenían pena. Otros se clasificaban entre los hurtos. *“Fácil es sin embargo -anota Carlos Tejedor- aperebirse de las graves diferencias que separan estos fraudes del delito de hurto”*³⁴.

Vale tener presente, al respecto, que este último delito, el hurto, era definido por el primer codificador del derecho penal argentino como la sustracción clandestina de una cosa mueble, en la que no concurren, claro, las circunstancias que definen el delito de robo³⁵.

b) Otros proyectos del siglo XIX:

A Villegas, García y Ugarriza³⁶ se les encomienda la completa revisión del proyecto de Tejedor. Su trabajo se ve reflejado en el

³⁴ Carlos Tejedor, “Proyecto de Código Penal para la República Argentina”, parte primera, Imprenta del Comercio del Plata, calle de la Victoria 87, Buenos Aires, 1866, p. 419.

³⁵ Concretamente dice el art. 6º (del Título Octavo): *“El que cometa hurto sustrayendo clandestinamente la cosa mueble de otro, sin concurrir ninguna de las circunstancias de los artículos anteriores, será castigado con prisión de uno a tres años”* (Carlos Tejedor, op. cit., pág. 398).

³⁶ *“El texto de Villegas/Ugarriza/García no era obra de técnicos, sino de tres magistrados que optaron por el modelo español en la versión de 1870. Sin duda que para juristas entrenados en la práctica, los numerosos comentarios españoles hacían más accesible este*

proyecto de 1881, el cual, en el punto que nos atañe, siguiendo el modelo español de 1870, mantiene la misma estructura de la figura (art. 328, inc. 6°).

El primer código penal, de 1886, establece en su artículo 203 inc. 6°: *“Los que en perjuicio de otros nieguen haber recibido, o se apropien, o distraigan dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se les hubiese dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver”*.

El proyecto de 1891, elaborado por Rivarola, Piñero y Matienzo, reprime en el artículo 210, inciso 4°, con pena sensiblemente inferior a las defraudaciones *“al que con perjuicio de otro negare haber recibido o se apropiare o distrajere dinero, efectos, o cualquier otra cosa mueble que se les hubiese dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver”*.

c) Proyecto de 1906:

Con el proyecto de 1906 (artículo 188 inciso 2°) el delito pasa a llamarse *“abuso de depósito, comisión o administración”*. Se encuentra redactado de la siguiente manera: *“El que con perjuicio de otro, negare haber recibido, o se negare a restituir, o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos, o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración, u otro título que produzca obligación de entregar o devolver”*. Como se ve, desaparece la expresión “apropiaren”, sin que en la Exposición de Motivos se diga nada acerca de la supresión.

d) Proyecto de 1917

texto que el de Tejedor”, según Zaffaroni, Alagia y Slokar, *“Derecho Penal, Parte General”*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 238.

El proyecto de 1917 reduce la fórmula a la vigente, la cual castiga al que “*se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo*”. En el inciso 2º -dice la Exposición de Motivos- se han suprimido las palabras “*negare haber recibido*”, porque el delito que el mismo prevé es precisamente el de negarse a restituir y no es necesario, por consiguiente, acentuarlo³⁷. Esta redacción pasa luego al Código de 1921³⁸.

e) Proyecto Coll-Gómez:

Bajo la designación genérica de “defraudación”, en 1937 sugieren la siguiente redacción en el artículo 227: “*Se impondrá la misma sanción estatuida en el artículo anterior (de un mes a seis años): 1º: Al que se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos, documentos o cualquier cosa mueble, que haya recibido en depósito, comisión, administración u otro título que produzca la obligación de entregar o devolver*”.

Como se advierte, no se propone absolutamente ningún cambio, desde que se mantiene intacto el delito tal cual fuera concebido por el legislador en 1921.

f) Proyecto de Peco:

Con Peco se produce un punto de inflexión, pues se establece como base del delito el concepto de apropiación.

³⁷ Edición Oficial, Buenos Aires, Talleres Gráficos de J. Rosso y Cía., 1917, pág. 116, citado por Ricardo C. Núñez, “*Derecho Penal Argentino*”, T. V, parte especial, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, en nota 4 de pág. 368.

³⁸ Como es sabido, el código penal de 1921, sancionado por ley 11.221, entró en vigencia en abril de 1922, y en el artículo 173 inciso 2º redacta el tipo penal en la forma que hoy lo conocemos.

El art. 145 del proyecto Peco dice: “*Al que se apropiare en beneficio propio o de un tercero, de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, de la cual tenga la posesión o la tenencia, se le aplicará privación de libertad de tres meses a cuatro años*”. El autor referencia al pie, como hace con el resto de las figuras delictivas del Libro II, la fuente de cada uno de los elementos típicos.

En su Exposición de Motivos, PECO señala que el proyecto “*crea -por primer vez en el derecho penal argentino-, como delito autónomo, el de apropiación indebida, de hondo arraigo en la tradición doctrinal y en la legislación comparada*”.

En cuanto al *nomen iuris*, el autor justifica la denominación “*apropiación indebida*” por cuanto “*corresponde exactamente a su abolengo jurídico y a la naturaleza de los hechos. Por estas razones quebramos una larga tradición nacional*”. Y más adelante agrega: “*El concepto encubierto de la denegación a restituir la cosa oportunamente ha de ceder al concepto explícito de la apropiación de la cosa, pues indica con más energía el propósito de realizar actos como de propiedad. La negativa a restituir es una consecuencia del delito*”³⁹.

g) Proyecto de Soler 1960 – Ley 17.567:

El proyecto de 1960 ubica la figura dentro del Capítulo que versa sobre la “*administración fraudulenta y apropiaciones indebidas*”. En su artículo 221 dispone: “*El que teniendo bajo su poder o custodia, por un título que produzca obligación de entregar o devolver, una cosa mueble o un valor ajeno, con perjuicio de otro se apropiare de ello o no lo entregare o*

³⁹ José Peco, “*Proyecto de Código Penal – Exposición de Motivos*”, Instituto de Altos Estudios Jurídicos, Instituto de Criminología, Universidad Nacional de La Plata, ciudad homónima, 1942, pág. 282/4.

restituyere a su debido tiempo, será reprimido con prisión de seis meses a seis años”.

En abril de 1968 entra en vigencia la ley 17.567, que le dio la siguiente redacción al artículo: *“El que con perjuicio de otro se apropiare, no entregare o no restituyere a su debido tiempo, cosas muebles, dinero o valores ajenos, que tuviere bajo su poder o custodia por un título que produzca obligación de entregar o devolver”*⁴⁰.

La mencionada ley rige hasta junio de 1973, cuando se sanciona la ley 20.509, por la cual pierden expresamente vigencia las reformas introducidas por la ley 17.567, que se reestablece con la ley 21.338. En 1984 se sanciona la ley 23.077, que vuelve a su vez al texto original.

h) Proyecto de 2005/6:

Por resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación N° 303/04 y 136/05, se conformó una Comisión para la reforma integral del Código Penal. El proyecto presentado por dicha Comisión, en lo que concierne al asunto de nuestro interés, propone incorporar el verbo “apropiarse” a la figura (art. 175 inc. b), vigente en otros períodos, *“para terminar con la discusión sobre el momento consumativo del delito, cuando el autor, intervirtiendo el título por el que la cosa se encuentra en su poder, realiza actos de disposición de ella pero antes de que la obligación estuviere vencida. Se contemplan así la forma activa y la omisiva que generan la misma lesión al bien jurídico y que, en estos casos, resultan valorativamente equivalentes”*.

⁴⁰ En la Comisión Redactora intervinieron Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio.

Concretamente el proyectado artículo 174 expresa: “Se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

b) *El que con perjuicio de otro se apropiare, se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver”.*

IV. LA DISCUSIÓN EN LA CIENCIA PENAL NACIONAL

IV.1. LAS CONTRADICCIONES EN LA IDENTIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO Y EL PROBLEMA DE LA NORMA DE COMPORTAMIENTO:

El análisis crítico del estado de la cuestión lleva a propiciar como núcleo de la tesis que aquí se propone la determinación del comportamiento típico, a partir de la hermenéutica del bien jurídico al que remite la norma primaria.

a) EL PATRIMONIO COMO BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO PARA EL TÍTULO VI:

Históricamente, la doctrina argentina ha criticado la noción de propiedad como idónea para expresar el significado normativo del Título VI. De hecho, se observa que un análisis técnico del concepto no se corresponde con la naturaleza de los bienes jurídicos que entran en consideración del legislador dentro la rubrica. En principio muestra una clara limitación explicativa de las normas de comportamiento incluidas en el Título y asume *ab initio* una interpretación “vulgar”, de lenguaje común y no

jurídico del término empleado, si de lo que se trata es de hacer congruente los distintos tipos penales con esa identificación.

En esa línea se integran URE, DONNA y de manera particular AGUIRRE OBARRIO. Sus análisis sirven para poner el foco en una de las perspectivas asumidas en esta tesis ya que a partir de sus críticas se pueden individualizar los problemas que presenta el tipo penal analizado.

a.1) URE:

De acuerdo con URE, debe sustituirse la denominación “propiedad” por la más apropiada de *“delitos contra el patrimonio”*, expresión con la que se gana *“no sólo en precisión de técnica jurídica, sino que es la que más conviene para la mejor interpretación de los delitos del Título VI”*⁴¹.

URE sostiene que el objeto jurídico del delito reside en el derecho que autoriza a exigir del obligado el cumplimiento de la obligación de restituir a su debido tiempo o de hacer un uso determinado de la cosa ajena. Con este parecer concuerda el jurista chileno POLITOFF.

a.2) GÓMEZ:

Apunta GÓMEZ, de manera similar a URE, que la expresión delitos contra la propiedad, referida a hechos que no lesionan, exclusivamente, el derecho de propiedad sino, también, otros derechos reales o personales, *“no es admisible, aunque se haya intentado justificarla*

⁴¹ Ure, op. cit., pág. 20 y en pág. 25 cita a Manzini, para quien el objeto de la tutela penal es el interés público concerniente a la inviolabilidad del patrimonio y, específicamente, del derecho de propiedad o de otro derecho sobre las cosas. Con este criterio (delitos contra el patrimonio) coinciden González Roura, quien explica en su obra que *“Al par que la vida, el honor y la libertad, la ley protege también al patrimonio”* (op. cit. t. 3, pág. 167) y Alfredo Molinario *“Derecho Penal”*, La Plata, 1943, pág. 11.

aduciendo que el concepto de propiedad, en el campo de la legislación penal, es comprensivo de todos esos derechos". En tal sentido explica que la ley penal, al reprimir la defraudación del inciso 5º del artículo 173, los delitos de quiebra y la usurpación, en verdad no protege la propiedad, sino el patrimonio, vale decir, *"conforme a la definición del artículo 2312 del Código Civil, el conjunto de los bienes de una persona"*⁴².

a.3) PECO:

Por su parte PECO, quien se expide en igual sentido, sostiene que las disposiciones del Título VI *"muestran la impropiedad de la denominación del código vigente"*. Explica que la denominación más exacta no es la que la reduce al bien jurídico más importante como el de la propiedad, sino *"el que la extiende a todos los bienes que la componen"*⁴³.

a.4) DONNA:

Este autor se inclina por la voz "patrimonio", pero formula ciertas distinciones dignas de resaltar. En primer término cuestiona la falta de univocidad de la expresión "propiedad", a la que considera inadecuada para definir el título. Concretamente la tacha de *"inexactitud terminológica"*. Por otro lado, si bien entiende *"más adecuado"* el vocablo "patrimonio", utilizado en las legislaciones italiana, española y alemana, explica que la noción civil de dicho instituto (artículo 2312 del Código Civil) no es del todo aplicable a los efectos penales, *"ya que es necesario precisar en qué sentido se habla de patrimonio"*, en el entendimiento de que se trata de un término que posee un contenido a veces diferente⁴⁴.

⁴² Eusebio Gómez, op. cit. T. 4, pág. 9.

⁴³ José Peco, op. cit. pág. 275. Cabe destacar, asimismo, que los proyectos de 1937 y 1941 recogían la denominación delitos contra el patrimonio, en los Títulos VI y III, respectivamente.

⁴⁴ Edgardo A. Donna, *"Derecho Penal, parte especial"*, op. cit., pág. 9 y ss.

Del mismo modo que lo hace MUÑOZ CONDE en la legislación española, DONNA pone como ejemplo el hurto impropio (artículo 173 inciso 5º), en el cual el dominio no sufre lesión alguna, puesto que quien sustrae la cosa es precisamente su dueño. De acuerdo con el autor citado, en tal caso lo que se tutela “*es la tenencia y no el dominio en el sentido del código civil*”⁴⁵.

En cuanto a los diversos criterios para clasificar el patrimonio, DONNA apoya la concepción mixta, según la cual, “*por patrimonio corresponde entender al conjunto de bienes o derechos con valor económico, pero que, además, gocen de protección jurídica*”. De acuerdo con esta noción de patrimonio, deben incluirse las cosas, bienes y créditos con valor económico; los derechos reales, personales e intelectuales; la posesión y las expectativas (ganancias futuras)⁴⁶.

⁴⁵ Donna, op. cit., pág. 8, quien también cita el caso de la usurpación (artículo 181 inciso 1º), en el que se protege la simple posesión o tenencia, sin que aparezca afectado el derecho de dominio. Eusebio Gómez, por su parte, además de consignar ambos ejemplos (hurto impropio y usurpación), agrega el supuesto de los artículos 176 y 177 (quiebra fraudulenta y culposa), los cuales tampoco importan ataques al derecho de propiedad. Tales disposiciones tienen su objetividad jurídica “*en el derecho de los acreedores a exigir del deudor común que no altere en su perjuicio la situación de los bienes que forman la garantía de sus créditos*”, op. cit., T. 4, pág. 8.

⁴⁶ Donna, op. cit. pág. 11. En general se exige que tengan una base jurídica preexistente y cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación. Gladys Romero explica sintéticamente y con claridad las distintas concepciones de patrimonio. Si bien señala que la teoría jurídico económica (o mixta) es la casi unánimemente aceptada en España, refiere que no logra dar respuesta satisfactoria a ciertas cuestiones que pueden presentarse. Por tal razón, la autora se inclina por la teoría “personal” del patrimonio (Gladys Romero, “*El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*”, en Revista de Derecho Penal, “*Estafas y otras defraudaciones – II, 2000-2*, dirigida por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, Buenos Aires, pág. 115 y ss.). De acuerdo con esta postura, desarrollada por Otto, el concepto de patrimonio es una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito de los objetos. Lo que caracteriza el concepto personal de patrimonio, explica Romero, es el reconocimiento de la finalidad económica individual y las posibilidades de acción del titular del patrimonio. De este modo, se advierte que en los delitos patrimoniales no se lesiona cualquier acopio de bienes con valor monetario pertenecientes a una persona (como en la teoría económica) sino que se lesiona la persona a la que corresponde el patrimonio y, además, se la lesiona en su ámbito económico individual de acción, esto es, en los fines perseguidos con sus actos de disposición (Otto, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, citado por G.

a.5) **AGUIRRE OBARRIO:**

Otro enfoque particular lo brinda AGUIRRE OBARRIO, quien considera “*inadecuado*” el nombre “*delitos contra la propiedad*”, porque se trata de una voz usada con acepciones diversas. El más ligero examen de las figuras delictivas contenidas en el Título VI nos demuestra que se protegen en él diversas situaciones que nada tienen que ver con el derecho de propiedad en el sentido indicado por el derecho civil. Y lo ejemplifica, también, con el caso de hurto impropio. En este caso, manifiesta el autor, se ataca el derecho concedido por el propietario, en virtud del cual el sujeto pasivo del delito tenía legítimamente la cosa en su poder. Aquí el bien jurídico tutelado es la tenencia y no el dominio⁴⁷.

Para AGUIRRE OBARRIO el derecho penal protege no solamente la propiedad sino también otros derechos susceptibles de valor, que pueden recaer sobre bienes de las personas. Así, el locatario de una patente de invención no está menos protegido por la ley penal que el propietario de la misma patente. La palabra propiedad está tomada, en la ley penal, con el mismo alcance con que la emplea el artículo 17 de la Constitución Nacional, es decir, como comprensiva de cualquier derecho patrimonial.

Sostiene el autor que el vocablo patrimonio es “*más adecuado*”. Pero aclara enseguida que esta denominación “*tiene un pequeño inconveniente*”, porque patrimonio es “*el conjunto de los bienes de una persona*” y la mayoría de los delitos que contiene el Título VI no se refieren al conjunto ni a un conjunto, sino a determinados bienes. De manera tal que

Romero, op. cit., pág. 121). Esta posición es también sostenida por Bockelmann y Schmidhäuser, entre otros. De acuerdo con esta concepción del patrimonio, éste sería una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito de los objetos (ver Carlos Julio Lascano, “*La protección penal del patrimonio. Algunas cuestiones acerca de la estafa*”, confr. elDial DCAC9, del 07/03/07).

⁴⁷ Eduardo Aguirre Obarrio, op. cit., T. II, pág. 184 y ss.

debe sobreentenderse que con la expresión “*delitos contra el patrimonio*” nos estamos refiriendo a delitos que afectan algún aspecto del patrimonio. Y como tal aspecto siempre será un derecho patrimonial, en definitiva el autor sugiere llamar al grupo “*delitos contra los derechos patrimoniales*”.

b) LA POSICIÓN DE QUIENES POSTULAN MANTENER EL TÉRMINO PROPIEDAD:

El bien jurídico protegido por el artículo 173 inciso 2º es la propiedad, según reza el rótulo del Título VI de nuestro Código Penal. Ahora bien, ¿qué debe entenderse por propiedad? El artículo 2506 del Código Civil dice: “*El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona*”. Si se repasan los delitos contemplados en el citado Título VI puede concluirse, sin dificultad, que el concepto elaborado por los civilistas no comprende toda la gama de objetos y relaciones susceptibles de protección penal. En efecto, la protección que alcanza el derecho penal abarca a otros derechos reales, además del dominio (usufructo, uso y habitación, servidumbre, prenda, hipoteca). También abarca la posesión, la tenencia y aquellos derechos que reconocen su fuente en relaciones personales (créditos, obligaciones).

Si bien estas consideraciones no despiertan mayores controversias veremos que los autores, aún cuando mantienen la rúbrica “propiedad”, en general y con algunos matices objetan la asimilación de dicho concepto con el de dominio, definido por la legislación civil, pues consideran que la protección penal es ostensiblemente más amplia, semejante a la dispensada por la Constitución Nacional.

b.1) NÚÑEZ:

Sostiene que el bien jurídico es la propiedad, en el sentido que le confiere la Constitución Nacional. El profesor cordobés expresa que el derecho penal *“no sólo protege el dominio, propiamente dicho, sino otros derechos reales, derechos personales, derechos administrativos y la vinculación de hecho entre una persona y las cosas, de posesión y tenencia”*⁴⁸.

Asimismo refiere que no puede identificarse la propiedad como derecho constitucionalmente garantizado y como bien penalmente protegido, pues este último sólo tiene en cuenta bienes de naturaleza económica, mientras que aquella abarca bienes que, si bien son propiedad en el sentido constitucional, *“por ejemplo, las adquisiciones procesales frente a leyes nuevas, la cosa juzgada y los derechos de familia, carecen de protección penal por no poseer naturaleza económica”*⁴⁹.

En relación con el carácter autónomo o subsidiario de los elementos normativos provenientes del derecho civil, NÚÑEZ explica que el derecho penal no está incondicionalmente ligado a los preceptos y a las instituciones de aquel sobre el patrimonio, *“de modo que más que al código civil, la ligazón es a la Constitución Nacional, y en función de ésta modificar los significados del derecho civil”*⁵⁰.

Efectivamente, la Corte Suprema de nuestro país, en relación a la noción constitucional de propiedad, ha dicho *“la expresión abarca el patrimonio en su totalidad, esto es, comprensivo de los derechos*

⁴⁸ Ricardo Núñez, *“Delitos contra la propiedad”*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 7, citado por Donna, op. cit. pág. 8. El autor cordobés explica en su Tratado - T.V, cit., pág. 164- que el artículo 17 de la Constitución Nacional otorga protección a otros derechos que le pertenecen a la persona pero que, por carecer de naturaleza económica, no resultan tutelados por la ley penal -v.gr. derechos adquiridos frente a una nueva ley, derecho a la cosa juzgada-. Por tal razón, la propiedad como bien jurídico penal es más restringido que el que tiene desde un enfoque constitucional.

⁴⁹ Núñez, *“Derecho Penal”*, op. cit. T. 5, p. 163.

⁵⁰ Núñez, op. cit. pág. 11, citado por Donna, en op. cit. pág. 10.

*reales y personales, bienes materiales e inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de si mismo, fuera de su vida y de su libertad”*⁵¹.

b.2) SOLER:

En la Exposición de Motivos de su Proyecto de 1960 expresó: *“Mantenemos el título de los delitos contra la propiedad, pues siempre hemos creído equivocada la moderna tendencia a sustituir esa designación por la expresión patrimonio”*. Agrega que el patrimonio no es un bien jurídico, pues aún cuando se diga que es el conjunto de bienes, forma un todo jurídico, una universalidad de derecho, que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, lo cual ocurre porque dentro de él, para fijar su monto, es forzoso contar las deudas. *“Lo que la ley penal protege -añade- no es esa abstracción, sino la propiedad del titular del patrimonio sobre todos y cada uno de los bienes que lo integran”*⁵².

Asimismo explica que los delitos agrupados en el Título VI no consisten en alterar simplemente el patrimonio de otro, en modificarlo, sino en ‘disminuirlo’, esto es, en alterar la relación interna al patrimonio mismo entre el activo y el pasivo. Hablando en términos más generales, consiste siempre en quitar o disminuir un crédito (derecho) o en poner o aumentar una deuda (obligación). Y agrega que no son, pues, delitos contra el patrimonio, *“sino contra la parte activa de él, en definitiva, contra ‘derechos’, contra el derecho del sujeto a que no sea alterado su estado patrimonial sin intervención de su voluntad o en forma arbitraria”*⁵³.

b.3) FONTÁN BALESTRA:

⁵¹ Fallos 145:307; 304:856 y LL 1983-A-463.

⁵² Citado por Carlos A. Tozzini, *“Los delitos de hurto y robo”*, op. cit., pág. 90 y ss..

⁵³ Soler, op. cit., T. 4, pág. 176.

Señala que en nuestro sistema jurídico, todo radica en el sentido que se da a la palabra “propiedad”. Si se le asigna el civilístico más limitado, que la identifica con el derecho real de dominio, entonces parece claro que resulta estrecha para denominar el Título en que se agrupan los diversos ilícitos tipificados en el acápite VI.

En cambio, si se le confiere el contenido que le otorga el artículo 17 de la Constitución Nacional, jerárquicamente superior, el concepto resulta más amplio y comprensivo de todos los delitos reunidos en el citado Título, al tiempo que “*se mantiene la correlación y armonía en el orden jurídico*”⁵⁴.

b.4) TOZZINI:

Refiere, en sintonía con SOLER, que el derecho de propiedad debe entenderse abarcativo de los elementos del patrimonio activo, derecho de propiedad que es más amplio que la institución civil, porque comprende no solamente el dominio, sino también otros derechos, inclusive la posesión y la tenencia como situación de hecho y hasta derechos personales de contenido patrimonial⁵⁵.

b.5) BUOMPADRE:

Nos recuerda que el Código Penal argentino, siguiendo la antigua legislación española adopta el término “propiedad” para designar, de manera genérica, los delitos agrupados en el título VI⁵⁶. De acuerdo con el

⁵⁴ Carlos Fontán Balestra, “*Derecho Penal*”, op. cit., Tomo V, pág. 378.

⁵⁵ Carlos A. Tozzini, “*Los delitos de hurto y robo*”, op. cit., pág. 82.

⁵⁶ El proyecto Tejedor denomina al Título Octavo -de la segunda parte- “*De los delitos contra la propiedad particular*”. Rodolfo Moreno (h), al referirse a las generalidades del Título reseña las disposiciones constitucionales consagradas con la finalidad de tutelar la

autor citado el término propiedad abarca “*al patrimonio en su totalidad, siendo comprensiva de los derechos reales y personales, bienes materiales e inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad*”⁵⁷.

En otras palabras, la protección penal se extiende tanto a la tenencia, posesión, dominio y demás derechos reales, cuanto al poder sobre las cosas procedentes de otros títulos o de situaciones jurídicas que conceden facultades idóneas para aumentar los bienes de una persona, ya se encuentren dentro del patrimonio del sujeto, ya operen todavía como expectativas ciertas por ejemplo, derecho al pago de una indemnización por daños.

BUOMPADRE explica que cuando se hurta un bien, en el patrimonio perjudicado nace un crédito exactamente igual al importe de aquel. El delito, pues, no ha sido cometido contra el patrimonio, sino contra el derecho de propiedad directamente referido a una cosa y no a un valor fungible con ella.

b.6) DAMIANOVICH de CERREDO:

Esta autora hace una distinción, señalando que el sentido del término propiedad que recoge la ley penal es el derecho de la propiedad, constitucionalmente consagrado como inviolable, y no meramente el derecho de propiedad que sólo protege a través de algunas de las descripciones típicas. Agrega que no está tutelado el patrimonio propiamente dicho ni este derecho de propiedad o dominio, el más extenso de todos los que regulan la relación entre el hombre y las cosas, sino el derecho a la propiedad que en sus

propiedad. Y explica que “*los intereses que se protegen al legislarse sobre esos delitos son los patrimoniales*”, aunque limita el concepto de patrimonio al que surge de la legislación civil (en el “*Código Penal y sus antecedentes*”, T. V, op. cit., pág. 78 y ss).

⁵⁷ Jorge E. Buompadre “*Delitos contra la propiedad*”, Mave Editor, Buenos Aires, 1998, pág. 21. El autor cita Fallos 304:856.

múltiples facetas comprende tanto la integridad del patrimonio como el derecho de propiedad propiamente dicho⁵⁸.

b.7) MILLÁN:

MILLÁN rechaza la opinión de quienes postulan la designación de delitos contra el patrimonio para el Título VI, señalando que el patrimonio es una entidad abstracta, distinta de los bienes, de las obligaciones que lo integran. Estos, los bienes, pueden cambiar, disminuir, desaparecer enteramente, pero no el patrimonio, que permanece uno mismo durante toda la vida de la persona. MILLÁN prefiere la designación “*delitos contra la propiedad*”, que no debe restringirse a la de dominio, pues la Constitución no desdeña garantizar el goce legítimo de los demás derechos reales y creditorios que componen el patrimonio individual. A su criterio, la propiedad comprende tanto derechos sobre cosas y bienes materiales, como sobre otros bienes inmateriales, tales la propiedad intelectual, científica, literaria y artística. En suma, sostiene que llamar al Título como “*delitos contra el patrimonio*” es innecesario, extraño a nuestra tradición legislativa y judicial y, además, controvertible⁵⁹.

c) LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA COMPARADA:

Para MUÑOZ CONDE el término “*propiedad*”, rúbrica del título XIII del Código Penal español, debe entenderse en un sentido estricto, pues estos delitos también se refieren a la posesión y a otros derechos reales y

⁵⁸ Laura Damianovich de Cerrado, “*Delitos contra la propiedad*”, 3º edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, págs. 39 y ss.

⁵⁹ Alberto S. Millán, “*Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados*”, 2º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 12/13. También Julio O. Chiappini se inclina por la denominación “delitos contra la propiedad”, ya que entiende que dicha fórmula resulta comprensiva de todos los bienes que son protegidos por el Título VI (en “*Hurto y hurtos agravados*”, Zeus Editora, Rosario, 1982, pág. 11).

obligaciones; por eso, dice, es preferible el término más amplio de delitos contra el patrimonio, aunque no todas las figuras recogidas en el título se dirigen exclusivamente contra él⁶⁰.

En este sentido, sostiene que el concepto de patrimonio “no está plenamente perfilado, lo que permite que se pueda aceptar un concepto lo suficientemente amplio y después, en atención a los fines del derecho penal, ir delimitándolo”. A partir de este criterio amplio, MUÑOZ CONDE propone definir el patrimonio como un “conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas y otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero”⁶¹.

Como bien observa el citado autor, en el código español, en este punto claramente asimilable al nuestro, si se aceptara la propiedad en su acepción jurídica privada, se daría la paradoja de que el propietario de una cosa podría cometer delito “al apropiarse de dicha cosa que otro tuviese legítimamente en posesión”⁶². En otras palabras, agrega que si se aceptase el término de propiedad en su enfoque privatístico, “se daría el supuesto insólito en derecho penal de que el titular del bien jurídico protegido y el sujeto activo del delito coinciden en una misma persona: se castigaría, por tanto, como reo de un ‘delito contra la propiedad’, al propietario mismo”.

El jurista español citado explica que es necesario que el patrimonio tenga un valor económico estimable en dinero. Aunque admite que también deben estar protegidas las cosas que, aún estando desprovistas de

⁶⁰ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 207.

⁶¹ Muñoz Conde, op. cit. pág. 212. Con este criterio pareciera coincidir Núñez, op. cit. T. V, pág. 164.

⁶² Muñoz Conde, op. cit., pág. 211, donde explica que el artículo 532.1º del código español castiga al dueño de una cosa que la sustrajere a otra persona que la tuviese en virtud de un título legítimo; similar a nuestra defraudación por sustracción o hurto impropio, del artículo 173 inciso 5º.

un valor económico objetivo, *“tienen un valor afectivo, subjetivo para el que las posee”*. De inmediato añade, a nuestro criterio restando claridad a su pensamiento, que en derecho penal no se puede decir que el patrimonio comprenda también las cosas que, estando privadas de un valor de cambio de dinero, tienen para el sujeto uno afectivo sentimental. En tal sentido apunta que *“si nos atenemos a un concepto estrictamente económico, también debe considerarse inexistente el hurto en el caso de que alguien, apoderándose de la cosa mueble de otro, deja en su lugar un objeto de valor equivalente, o dinero por el mismo valor”*. En suma, si bien reconoce la preeminencia del concepto económico de patrimonio, advierte que no puede aceptarse *“hasta el punto de protegerse posiciones patrimoniales ilegítimas”*⁶³.

Más adelante, en procura de clarificar su posición, señala que lo que caracteriza el concepto penal de patrimonio es tanto el valor económico de la cosa, como la protección jurídica que se brinda a la relación de una persona con esa cosa. Por ello, en derecho penal *“es conveniente una concepción mixta jurídicoeconómica del patrimonio”*⁶⁴.

VIVES ANTÓN también apoya el concepto económico-jurídico de patrimonio, señalando que dicho criterio importa la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente valuales y exige,

⁶³ Muñoz Conde, op. cit. pág. 212, con cita de Vives y Zugaldía. El argumento es convalidado por Rodríguez Devesa, en cuanto sostiene que la lesión del patrimonio en una de sus partes no puede identificarse con la lesión del patrimonio como conjunto económico. Tal teoría -explica- llevaría a excluir por ejemplo el hurto, o la apropiación indebida, cuando el delincuente deje en lugar de la cosa hurtada o apropiada, su valor. (José María Rodríguez Devesa, *“Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad”*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (“ADCP”), 1960, págs. 37/65).

⁶⁴ Con el concepto mixto de patrimonio concuerda Welzel, para quien el patrimonio es la *“suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico”* (Welzel, 11ª edición, citado por Rodríguez Devesa, op. cit. pág. 37/95).

por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico⁶⁵.

Un estudio pormenorizado del concepto de patrimonio y de la evolución de las distintas teorías que han tratado de delinear sus contornos es realizado PASTOR MUÑOZ, en una monografía que recoge gran parte de su tesis doctoral⁶⁶. En dicha obra la autora explica que la primera concepción de patrimonio que irrumpió con fuerza en la doctrina fue la jurídica o jurídico-técnica, cuyo principal exponente es BINDING. De acuerdo con dicha teoría, se identifica prácticamente el concepto de patrimonio con el de propiedad, pues lo relevante es el derecho sobre la cosa y no la cosa en sí⁶⁷.

Luego, es MERKEL el que, conforme expone la autora citada, introduce en el concepto jurídico consideraciones de carácter material, al exigir, para afirmar la concurrencia de perjuicio, junto a la afectación de un derecho patrimonial, una pérdida material.

A principio del siglo XX se desarrolla el concepto económico de patrimonio, el cual implica el abandono del formalismo y la adopción de una perspectiva económico-material. Dicha teoría define el patrimonio como “conjunto de bienes de valor monetario de una persona”, y el perjuicio como “un hacer al engañado económicamente más débil”⁶⁸.

⁶⁵ Tomás S. Vives Antón, “Comentarios al Código Penal de 1995”, coordinador, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 1109.

⁶⁶ Nuria Pastor Muñoz, “La determinación del engaño típico en el delito de estafa”, con prólogo de Jesús Silva Sánchez, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 32 y ss. La tesis doctoral de la autora lleva por título “El riesgo típico en el delito de estafa: contexto y contenido”.

⁶⁷ Urs Kindhäuser critica severamente el concepto jurídico de patrimonio, al punto de calificarlo como “construcción fallida”, en “Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal”, en “Derecho Penal Empresario”, Guillermo J. Yacobucci, Director, op. cit., pág. 163 y ss.

⁶⁸ Nuria Pastor Muñoz, op. cit. pág. 35/36. Kindhäuser también critica esta concepción, señalando que “entender el patrimonio como el valor global de la suma de todos los objetos patrimoniales de una persona no sólo es superfluo, sino también dogmáticamente

Sin embargo, la concepción económica radical, que sustituye el criterio del ‘derecho’ por el del ‘poder’, convirtiendo al derecho penal en un instrumento de protección de situaciones fácticas de poder económico, termina ignorando el juicio del derecho sobre el objeto de tal valoración. Dicho de otro modo, el derecho penal puede determinar con qué amplitud pretende proteger el patrimonio, pero no puede emanciparse de las normas competentes para la distribución jurídica de los bienes. Por tal razón, anota PASTOR MUÑOZ, hoy es difícil encontrar partidarios de una concepción económica radical de patrimonio y la mayor parte de la doctrina admite que el patrimonio tiene límites jurídicos.

A su turno, ESER propone una reformulación del concepto de patrimonio, agregándole la característica del dinamismo. Según dicho autor, el patrimonio no solamente consta de una dimensión estática, sino también de una dimensión dinámica. Por tanto, la protección del patrimonio debe abarcar tanto su conservación (tener) como su aumento (poder tener).

También es del caso mencionar las teorías de la frustración del fin, las cuales abundan en el proceso de la personalización del concepto de patrimonio. Si bien dichas teorías surgen para solucionar el problema del perjuicio en los negocios gratuitos, de todos modos dan respuesta, según PASTOR MUÑOZ, a una cuestión de mayor alcance que puede plantearse en todas las clases de negocios (mixtos y onerosos)⁶⁹. En suma, el perjuicio debe definirse, de acuerdo con estas teorías, como la frustración del fin perseguido con la disposición.

desafortunado”. Incluso se pregunta, incisivamente, “¿por qué debería verse favorecido el autor de una estafa por el hecho de que la pérdida patrimonial por él provocada sea compensada por un seguro, de modo tal que al final la víctima no experimente una desventaja neta?”, en op. cit. pág. 168.

⁶⁹ Pastor Muñoz, op. cit. pág. 42.

KINDHÄUSER parece abrazar esta concepción. Al respecto precisa que los problemas de la determinación del perjuicio *“se dejan solucionar con toda facilidad, si en vez de atender al cómputo financiero se atiende a la obtención del fin de la inversión. La obtención del fin es, en otras palabras, el equivalente que compensa la disminución financiera que se sigue de la disposición patrimonial. Y esto significa: un perjuicio patrimonial se produce allí donde el fin asociado a la disposición patrimonial no es alcanzado”*. Y poco después agrega: *“De lo que se trata, más bien, es del fin que aparece como fundamento del negocio respectivo. Este fin tiene que resultar expresado claramente y ser aceptado por la contraparte del negocio”*⁷⁰.

Por último, el profesor de la Universidad de Bonn apunta que una doctrina del perjuicio patrimonial que atiende al fin de las inversiones correspondientes puede ser designada sin más como “económica”. Señala que economizar quiere decir invertir en dirección a un fin. Y una doctrina de tal naturaleza del perjuicio también se ajusta al bien jurídico protegido. En el idioma alemán, la palabra “patrimonio” (*vermögen*) es una forma sustantivada de la expresión verbal “ser capaz de” (*vermögen*), en el sentido de “poder” (*Können*). Así visto, el patrimonio es la expresión cosificada del desenvolvimiento individual, lo cual, por su parte, no significa otra cosa que perseguir fines de conformidad con los propios intereses⁷¹.

Finalmente, para las teorías personales de patrimonio, los bienes que constituyen el patrimonio no se protegen porque objetivamente considerados posean un valor monetario, sino porque garantizan a la persona un espacio de libre desarrollo: el patrimonio es una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito material y está constituida por relaciones de dominio jurídicamente reconocidas entre la

⁷⁰ Urs Kindhäuser, op. cit. pág. 172.

⁷¹ Kindhäuser, op. cit. pág. 173.

persona y aquellos bienes patrimoniales que puedan ser objeto de negocios jurídicos⁷².

Las distintas teorías que se han ensayado sobre el patrimonio también son analizadas por KINDHÄUSER en otro estudio. De acuerdo con el profesor alemán, en la teoría jurídica del patrimonio no hay ninguna tensión entre la protección de la propiedad a través de los delitos contra la propiedad y la protección del patrimonio a través de los delitos contra el patrimonio en conjunto⁷³.

La propiedad como el derecho de disponer una cosa conforme la voluntad de su titular, es el derecho patrimonial por antonomasia. De acuerdo con ello, la sustracción de una cosa con ánimo de apropiación es formalmente una lesión jurídico patrimonial de la propiedad, toda vez que al propietario se lo priva de la posesión, que es el fundamento del ejercicio de su derecho.

Esta teoría está en contra de una concepción según la cual la lesión de la propiedad no ha de comportar necesariamente un daño del patrimonio en sentido material. Este es el caso cuando el valor del objeto es valorado según pautas subjetivas, en tanto la propiedad también es protegida en interés (subjetivo) del propietario. En consecuencia, la privación de su posesión resulta de igual manera una lesión a la propiedad como un daño contra el patrimonio.

Por el contrario, que el propietario considere sus cosas como algo que carece de valor, si ellas son objeto luego de una sustracción, ya

⁷² Esto de acuerdo con Otto, “*Struktur*”, pág. 69, citado por Pastor Muñoz, op. cit., pág. 44.

⁷³ Urs Kindhäuser, “*Estudios de Derecho Penal Patrimonial*”, op. cit., pág. 37 y ss. En esta obra el autor sostiene que los intentos de llevar los delitos patrimoniales del derecho penal hacia una sistemática coherente están desde un principio condenados al fracaso. No obstante, señala que hay delitos que poseen una similitud en lo referente al bien jurídico, a la modalidad del hecho y al ámbito de protección de las personas (pág. 35).

no produce una lesión del patrimonio, ni el merecimiento de protección en el sentido de los delitos contra la propiedad.

La cuestión varía cuando el patrimonio es valorado conforme pautas objetivas. A pesar de que el propietario puede tener interés en cosas que en sí carecen de valor comercial, la lesión de la propiedad en ese caso no plantea ningún daño contra el patrimonio en un sentido material. La protección del patrimonio es, por lo tanto, más limitada que la protección de la propiedad.

Siempre de acuerdo a KINDHÄUSER, la teoría fáctico económica del patrimonio, dominante en doctrina y jurisprudencia, se diferencia de la anterior en un sentido formal y material. La propiedad se toma en cuenta sólo bajo los presupuestos del patrimonio, de modo que el propietario puede disponer económicamente de la cosa en cuestión. Así, si una cosa es hurtada, o se extravía, ella ya no pertenece más a su patrimonio, no obstante que subsista como propiedad.

Bajo estas premisas, la protección de la propiedad y la del patrimonio son formalmente incongruentes. El autor que venimos comentando brinda el siguiente ejemplo: *“El tercero que sustrae al ladrón el botín mediante un hurto (delito contra la propiedad) comete un hecho punible en desventaja para el propietario (del bien originalmente hurtado). Pero si, por el contrario, el botín ya forma parte del patrimonio del ladrón, en razón de un criterio de valoración fáctico (jurídico-penalmente protegido) y es arrancado de él mediante una extorsión (delito contra el patrimonio), el autor de la extorsión comete un delito en desventaja del ladrón (y no así del propietario)”*⁷⁴.

⁷⁴ Kindhäuser, op. cit. pág. 40.

De acuerdo con esta teoría, las cosas desprovistas de un valor objetivo, como fotos o cartas personales, no pertenecen al patrimonio jurídico-penalmente protegido. KINDHÄUSER apunta que desde un punto de vista material también existe una incongruencia en la protección del patrimonio y en la protección de la propiedad. Y dice: *“El autor que sustrae una cosa sin valor objetivo, amenazando a la víctima con un arma con peligro para su vida, comete el delito contra el patrimonio de robo agravado. Pero si el autor deja que sea la propia víctima la que le entregue el mismo objeto bajo las mismas amenazas, entonces por falta de un daño patrimonial no comete ninguna extorsión agravada, sino sólo una coacción”*.

RODRÍGUEZ DEVESA critica las teorías monista y autonomista, diciendo que ambas son posiciones apriorísticas y no responden a la realidad que representa el derecho penal y la legislación penal, aduciendo, en este punto en consonancia con MUÑOZ CONDE, que existen casos en los que los términos empleados por el derecho penal coinciden sin ningún género de dudas con el concepto civil. Tal el caso de la “prenda”. Mientras que en otros casos es indudable que la acepción penal y la civil no coinciden. Es lo que ocurre con la “quiebra fraudulenta” y con los “derechos reales”⁷⁵.

Este autor español defiende el mismo criterio (económico-jurídico, intermedio o mixto), señalando que *“delitos contra la propiedad”* es la designación de un conjunto indeterminado de relaciones jurídico-patrimoniales que tienen un valor económico y que son objeto de ataque en los delitos que abarca el Título XIII.

El catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, en cuya obra realiza un completo análisis de las diversas clasificaciones propuestas, según veremos de inmediato, nos recuerda que los delitos contra

⁷⁵ Rodríguez Devesa, op. cit., págs. 37/65.

la propiedad proceden, en su gran mayoría, del derecho romano. Así, explica que el “hurto” encuentra su antecedente en el *furtum*, el robo en la *rapina*, la usurpación en la *invasio*, la estafa en el *stellionatus*, la usura en el *dardanariatus*, los daños del *damnum iniuria datum*, etc.⁷⁶ Conforme ya indicáramos, el delito que nos ocupa se halla abarcado por el *furtum*⁷⁷. El común denominador de todos estos delitos es la propiedad, que no se corresponde con la acepción civilista, que es más restringida, según apunta el autor. De acuerdo con RODRÍGUEZ DEVESA, todos los delitos contra la propiedad son delitos contra elementos integrantes del patrimonio.

El autor, con cita de ANTOLISEI, explica que el patrimonio es el complejo de relaciones jurídicas valiables económicamente y referidas a una persona. Desde el punto de vista penal, considera que debe introducirse un “correctivo” para dar entrada a una serie de relaciones jurídicas económicamente irrelevantes (sin valor de cambio) y que no obstante forman el patrimonio. Por ejemplo, una carta de una persona muy querida, pues dice que resulta inadmisibles que esos objetos puedan ser impunemente sustraídos.

Respecto a los intentos de clasificación, RODRÍGUEZ DEVESA evoca el “criterio de afinidad” admitido por ANTOLISEI. Según el catedrático de la Universidad de Torino, toda clasificación tropieza con un obstáculo probablemente insuperable: que todos los delitos tienen el mismo objeto jurídico, en cuanto todos ofenden al patrimonio. Apunta variadas diferencias: modalidad de la acción criminal, naturaleza y especie del objeto material, intención del agente, etc., cuyos elementos se entrecruzan. No es necesaria, pues, ninguna clasificación y basta con agruparlos por sus afinidades.

⁷⁶ Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 37/65.

⁷⁷ Ver Capítulo II.

La crítica de RODRÍGUEZ DEVESA a esta posición es severa. Sostiene que dicho criterio no satisface desde el punto de vista científico y que las afinidades son, en definitiva, un “*conato de clasificación vergonzante*”⁷⁸.

Luego se refiere al criterio “criminológico” de SAUER. Según este autor todos los delitos pueden dividirse en tres grandes grupos: a) delitos utilitarios y de necesidad, b) delitos de ataque y c) delitos impulsivos y por debilidad. Ubica a la “apropiación indebida” en el primer grupo. El comentarista de esta clasificación afirma que se halla condenada al fracaso. La crítica fundamentalmente porque se trata de una teoría que pone el acento en el derecho penal de autor.

RODRÍGUEZ DEVESA analiza luego otros criterios de división. Pasan por su lupa, y por su crítica, el criterio de la violencia y el fraude, atendiendo al medio empleado, del código Rocco de Italia (1930); el criterio del móvil, según se hayan cometido por ánimo de lucro o por venganza (Carrara y Cuello Calón); y el que estriba en el objeto material, según se trate de inmuebles, muebles o semovientes (Giurati y Carmignani).

Repasa seguidamente el criterio del derecho subjetivo patrimonial lesionado (Binding) y continúa con el análisis de WELZEL, quien los divide en: a) delitos contra la propiedad (apropiación indebida, hurto, robo, daños); b) delitos contra los derechos de apropiación, pretensiones y garantía (caza y pesca ilegal, hechos punibles contra aquellos derechos, y c) delitos contra el patrimonio en su conjunto (estafa, extorsión e infidelidad).

Luego de mencionar la clasificación que agrupa a los delitos de daño y de peligro, RODRÍGUEZ DEVESA se ocupa del criterio del

⁷⁸ Rodríguez Devesa, op. cit., págs. 37/65.

consentimiento, sostenido por SOLER. El autor argentino los divide en delitos en los que no media consentimiento y aquellos en que el consentimiento está viciado. El propio SOLER reconoce que este criterio sólo puede aplicarse en los delitos que llevan un desplazamiento material del bien (no así a los daños)⁷⁹.

Finalmente hace un repaso de la división consistente en la combinación del consentimiento y del desplazamiento patrimonial o su ausencia (Hegler), y del criterio del daño y del enriquecimiento.

SÁINZ-PARDO CASANOVA, connacional de los autores que venimos citando y profesor de la Universidad de Sevilla, señala en su obra, escrita en 1978, que el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida es la propiedad y no la tenencia, aunque cree, con MUÑOZ CONDE, que la denominación del título debiera ser el patrimonio, como “*conjunto de relaciones jurídico patrimoniales que tienen un valor económico*”⁸⁰. Como es sabido, con la reforma operada en 1995 el Código Penal español modificó el Título XIII, el cual pasó a titularse “*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*”⁸¹.

SÁINZ-PARDO CASANOVA sostiene, con la opinión española mayoritaria, que el bien jurídico en el delito de apropiación indebida “*es directa e inmediatamente la propiedad*”, y explica porqué, a su criterio, el sujeto pasivo sólo puede ser, con exclusividad, el propietario -no así el mero tenedor-. Así, señala que la tutela penal tiende a asegurar la funcionalidad

⁷⁹ Rodríguez Devesa, op. cit. págs. 37/65.

⁸⁰ José Sainz-Pardo Casanova, op. cit. pág. 67.

⁸¹ Por todos, Tomás S. Vives Antón, “*Comentarios al Código Penal de 1995*”, op. cit., págs. 1105 y ss., donde se explica el cambio de rúbrica del título. Allí se sostiene: “*es claro que en este título, junto a los delitos que representen ataques a la propiedad, se recogen otras infracciones que menoscaban derechos reales distintos del dominio, como por ejemplo los derechos de crédito, derechos de información, participación o control de los socios, etc*”.

instrumental de la cosa: *“la utilidad para satisfacer sus propias necesidades”*. Y agrega que esta utilidad *“implica dos poderes fundamentales: la libre disposición de la cosa y junto a él el libre goce de la misma”*. Estos dos aspectos constituyen el núcleo del pleno señorío sobre una cosa, y *“éste es la propiedad”*⁸².

El autor comentado reafirma su idea diciendo que el ordenamiento penal no protege los meros incumplimientos civiles que afectan el goce de la cosa. De ordinario se da la “coincidencia” de protección con referencia a estos poderes o facultades, pero en caso de presentarse separados *“es la facultad exclusiva de la propiedad la que queda protegida. Sólo de modo mediato la protección del derecho a la devolución o entrega, en persona distinta del propietario queda tutelado, pero directamente, inmediatamente lo es el derecho del propietario”*. Y de inmediato añade que la admisión del mero derecho a la devolución o entrega, como bien jurídico protegido, *“nos llevaría a desvirtuar de tal modo el delito de apropiación indebida, que habríamos de aplicar el art. 535 ante supuestos de mero incumplimiento contractual, dejando la esencia, el ataque al derecho de propiedad, reducida a un plano secundario”*⁸³.

POLITOFF, partiendo del artículo 470 del código chileno (incluido dentro del capítulo que protege los derechos patrimoniales), que castiga, al igual que el código argentino, la conducta de quien *“tenía la obligación de entregar o devolver”*, sostiene que si el sujeto activo tiene definida dicha obligación, *“es de toda evidencia”* que *“ha de existir un derecho correlativo en el paciente de la conducta punible. Relativamente a este derecho debe enfrentarse la determinación del objeto jurídico de la figura”*⁸⁴.

⁸² Sáinz-Pardo Casanova, op. cit. pág. 68.

⁸³ Politoff, op. cit. pág. 69.

⁸⁴ Politoff, op. cit. pág. 62.

En conclusión, POLITOFF considera que el bien jurídico quebrantado por el delito de apropiación indebida está constituido por el derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado, correlativo de la obligación del agente de restituir o entregar.

El autor chileno toma así la argumentación desarrollada por URE, a quien sin embargo critica, pero sin un sólido fundamento. El recordado jurista argentino, descartando que el bien tutelado por la figura sea la propiedad, pues no es éste -dice- un elemento constante del delito, el cual también puede ofender otros bienes jurídicos y no siempre a aquélla -aunque en los casos prácticos sea lo más frecuente-, señala que debe acudir a un proceso de eliminación de todos los elementos variables y aislar “*un elemento que no se pueda suprimir porque su concurrencia se anota en todos los casos. Ese será -apunta el autor- el objeto del delito que nos ocupa*”⁸⁵.

Es allí cuando URE vuelve su mirada al tipo acuñado en el artículo 173 inciso 2º, el cual, a su criterio, suministra ese elemento “*invariable*” de la apropiación indebida en cualquiera de sus manifestaciones: “*la obligación de entregar o devolver*”. Lo propio hace POLITOFF, más tarde, con la figura descripta en el código chileno. De acuerdo con URE, en suma, el objeto jurídico del delito bajo estudio reside en “*el derecho que autoriza a exigir del obligado el cumplimiento de la obligación de restituir a su debido tiempo o de hacer un uso determinado de la cosa ajena*”⁸⁶.

Este criterio es objetado por HORMAZÁBAL MALARÉE, para quien tal visión significa asignarle categoría de bien jurídico a un derecho de crédito específico que tendría un acreedor sobre un

⁸⁵ Ure, op. cit. pág. 26.

⁸⁶ Ure, op. cit. ibídem. Politoff hace suya la misma definición, op. cit. pág. 62. Podría decirse que para Ure el delito afecta la libertad de disposición de la cosa.

deudor, esto es, “*estaría sancionando por la vía penal lisa y llanamente una obligación de carácter civil concreta*”⁸⁷.

El profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona, en consonancia con SÁINZ – PARDO CASANOVA, cuestiona que los autores americanos enfoquen el delito desde una visión exclusivamente jusprivatista. Al respecto dice que las relaciones de derecho privado son relaciones entre personas en las que la intervención del derecho en forma positiva y tangible sólo se hace presente cuando afloran los conflictos con el objeto de superarlos. En cambio, el derecho penal tiene otra naturaleza. No regula relaciones entre individuos, sino las de éstos frente al poder sancionatorio del Estado. El Estado -señala- en cuanto poder político, “*interviene coercitivamente y como ultima ratio ante la insuperabilidad de un conflicto social que ha surgido desde una agresión concreta a un bien jurídico recogida dentro de un tipo penal*”.

Para el catedrático catalán, lo que el código penal español protege mediante la incriminación del artículo 535 es el “patrimonio”. Para ilustrar su punto de vista, el autor agrega que la acción típica en el delito de apropiación indebida “*es homologable a un incumplimiento civil y desde ese punto de vista es evidentemente una violación al ‘derecho subjetivo personal a la restitución’, pero desde la perspectiva del tipo penal constituye antes que nada una lesión al bien jurídico patrimonio, en cuya protección tiene el Estado interés*”⁸⁸.

⁸⁷ Hernán Hormazábal Malarée, “Una discutible interpretación extensiva del delito de apropiación indebida”, en Revista Jurídica de Catalunya, Nº 4, Colegio de Abogados de Barcelona, 1988, pág. 121.

⁸⁸ El articulista cita aquí a Cerezo Mir, en cuanto señala “Los bienes del individuo son protegidos por el derecho penal solamente en la medida en que revisten una importancia social. Objeto de protección del derecho es, además, sólo el bien jurídico mismo y no el interés que pueda tener en él su portador. El bien jurídico es, por ello, siempre un bien del derecho y no del particular”, en “Curso de derecho penal español, parte general”, 3º edición, Madrid, pág. 15.

Según el autor uruguayo BAYARDO BENGGOA, la propiedad es un derecho subjetivo regulado por la ley. Reconoce, con cita de Mantovani, que predomina la concepción “jurídica” de la propiedad. En cuanto a la corriente “civilística”, que propugna la identidad conceptual de las nociones civiles y penales, señala que se funda en el carácter meramente sancionador del derecho penal, lo cual no termina de convencer al autor rioplatense. En tal sentido, remarca que el derecho penal posee su propia autonomía, porque hay diferencias sustanciales entre ambos. Así, con cita de De Mársico y Petrocelli, afirma que “*el derecho penal tiene un carácter originario y constitutivo*”⁸⁹.

BAYARDO BENGGOA admite la existencia de una posición intermedia, en la cual se acepta la posibilidad de que el derecho penal cuente con un instituto originario de otro ordenamiento jurídico, con una noción independiente, aunque no excluye la posibilidad de que las nociones coincidan.

Contra esta opinión se expide GUARNERI, en tanto afirma que existe “*...no ya la posibilidad, sino la probabilidad de un significado diverso, en correspondencia a la diversidad de los fines y de las funciones conferidas por el legislador al derecho penal*”⁹⁰.

En suma, el autor uruguayo expresa que existen nociones penales atinentes a diversos institutos del derecho civil que tienen una fisonomía propia en el campo del derecho penal, lo cual no deja de ser cierto. La definición que brinda sobre el concepto de propiedad penal es la siguiente: “*complejo de relaciones jurídicas, aún despojadas de valor económico, entre*

⁸⁹ Fernando Bayardo Bengoa, “*Concepto penal de propiedad*”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 1, enero/marzo, 1970, pág. 6 y ss..

⁹⁰ Citado por Bayardo, op. cit., pág. 6 y ss..

un sujeto titular de derecho y un objeto material o inmaterial (derecho), que tiene como consecuencia la posibilidad de disponer de éste”.

En otro pasaje de su trabajo afirma que la “tenencia”, como estado de hecho, no puede ser objeto jurídico de tutela penal. Agrega que “es obvio” que la sustracción de la cual resulta víctima el ladrón no implica un daño para él, pues “*no es portador de intereses propietarios merecedores de tutela*”, sino hurto en perjuicio del legítimo titular de derecho sobre la cosa. En este punto nos distanciamos de la opinión del profesor de la Universidad de la República. Nos parece que la tenencia constituye título suficiente para merecer protección penal. El derecho penal no puede tutelar solamente al dueño o al poseedor, pues quitaría cobertura a un sinnúmero de situaciones que reclaman resguardo de la ley punitiva. Por lo demás, no llega a advertirse cómo el desapoderamiento que un tercero hace al ladrón, de la cosa a su vez previamente sustraída, pueda ser considerado hurto contra el “*legítimo titular del derecho sobre la cosa*”.

BAYARDO BENGIOA parece inspirarse en las enseñanzas de MAGGIORE, para quien resulta inadmisibles, además de un absurdo ético y jurídico, que la misma norma que castiga el hurto ampare al ladrón. “*Castigar a quien le sustrae a su socius criminis la porción que le correspondía en la división del botín, es transformar la ley punitiva en encubridora, al ayudar al ladrón a asegurarse el provecho del delito*”. De allí que el autor italiano considere que el hurto cometido por un tercero en perjuicio del ladrón solamente lesiona el derecho del propietario⁹¹.

Es evidente que para sostener tal postura el bien jurídico tiene que ser exclusivamente la propiedad y no, en cambio, la simple tenencia.

⁹¹ Giuseppe Maggiore, “*Derecho penal. Parte especial*”, vol. V, Editorial Temis, Bogotá, 1956, citado por Carlos A. Tozzini, en “*Los delitos de hurto y robo*”, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 120.

Al respecto, entendemos que la simple tenencia se halla protegida por el Título VI del Código Penal⁹².

IV.2. LA RELACIÓN CONSTITUTIVA ENTRE EL BIEN JURÍDICO DE LA NORMA DE COMPORTAMIENTO Y LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA DE IMPUTACIÓN PENAL:

Si bien es cierto que la exégesis de toda norma obviamente ha de empezar por su interpretación literal, también corresponde recordar que una norma no sólo manda o prohíbe, también informa, ilustra, motiva, define. La interpretación es algo más que una cuestión lingüística y nunca el sentido literal de las normas puede alcanzarse merced a una simple investigación gramatical. “*El intérprete de la letra es prisionero de lo que pretende poner en claro: la letra misma*”, dice VERNENGO⁹³. No es infrecuente que los juristas se sientan obligados a desatender el tenor literal de la norma para dedicarse a sondear la voluntad del legislador, mal expresada en la letra del texto legal (método exegético). Una mala traducción no refleja la intención del legislador, en cuya concepción anida la fuerza de la ley. El sentido literal en principio obliga, pero no siempre es necesario que los vocablos usados acierten en expresar la verdadera voluntad del legislador.

⁹² Carlos A. Tozzini, op. cit., pág. 90 y ss., admite que el ladrón puede ser sujeto pasivo del delito de hurto. Jorge Frías Caballero también acepta la posibilidad de hurto en perjuicio del ladrón de la cosa, porque no acepta que el objeto específico de la tutela esté constituido por el dominio (Confr.. “*La acción material constitutiva del delito de hurto*”, en “*Temas de Derecho Penal*”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1970, pág. 113.) Para Núñez, entre la persona y un objeto apreciable pecuniariamente debe mediar una relación jurídica particular, en virtud de la cual el sujeto puede invocar una pertenencia reconocida por el derecho que permita, por un lado, rechazar las meras expectativas de enriquecimientos futuros, y por el otro, aceptar las que se originan en un título ilícito, como sucede, por ejemplo, con la tenencia o posesión ilegítima del ladrón, del estafador o del receptor, los cuales gozan de protección jurídica frente a terceros que, a su vez, no gocen del derecho de recobrar el objeto, tal como lo determinan las disposiciones del Código Civil (Núñez, op. cit. pág. 166). Frías Caballero, por su parte, tan sólo requiere que entre la persona y la cosa haya un vínculo fáctico, positivo y real. Una simple situación de hecho (pág. 116).

⁹³ Roberto J. Vernengo, en “*La interpretación literal de la ley*”, segunda edición ampliada, Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994, pág. 75.

El significado de un término, sostiene VERNENGO, es función del significado del enunciado en que aparece, de su contexto verbal y de la situación en que se lo utiliza. La concepción clásica de la interpretación literal -agrega- *“no sólo descuida el contexto y la situación, sino que no advierte explícitamente que el sentido de un término es función del enunciado que integra”*.

Al explicar la interpretación por conexión, el filósofo del derecho ROSS se pronuncia de manera similar. Dice que el significado de una palabra es una función de la conexión -expresión, contexto, situación- en que la palabra aparece⁹⁴. Agrega que este método de interpretación no se apoya en el uso lingüístico, ni utiliza como herramientas las palabras empleadas, sino otros datos. El método trabaja con todos los hechos, hipótesis y experiencias que pueden arrojar luz sobre lo que una persona -en nuestro caso, el legislador- intentó comunicar.

El derecho penal liberal nacido en la época de la Ilustración (Beccaria, Feuerbach), nos recuerda YACOBUCCI, propició la aplicación estricta de la letra de la ley, reduciendo al máximo la posibilidad de consultar su espíritu. En dicho sistema, el juez está llamado a realizar una tarea mecánica, limitándose a verificar si el hecho sometido a juzgamiento es el mismo que en abstracto describe el tipo. Sólo la literalidad y la sistematicidad han de regir para este modelo formalista de la legalidad⁹⁵.

a) ANÁLISIS CRÍTICO DEL TEMA:

⁹⁴ Alf Ross, *“Sobre el derecho y la justicia”*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1974, pág. 112. Merece señalarse que Sebastián Soler critica la posición realista de Ross, en cuanto al concepto de vigencia de las normas, en *“Las palabras de la ley”*, Edit. Praxis Jurídica, México, 1974.

⁹⁵ Guillermo J. Yacobucci, *“Interpretación constitucional y legalidad penal”*, págs. 375/400, en *“La interpretación en la era del neoconstitucionalismo”*, coordinado por Juan Cianciardo, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2006.

Sin embargo, este paradigma de la ciencia penal ha cambiado sustancialmente. Según MIR PUIG, históricamente se ha confundido la dogmática con la “*pura exposición de la legalidad vigente, según aplicación literal y rigurosa del positivismo jurídico*”. A diferencia de lo sostenido por la Escuela de la Exégesis y el positivismo radical, la moderna hermenéutica ha demostrado que la aplicación de la ley va más allá del puro análisis del tenor literal del texto legal. “*La letra de la ley -dice el jurista español- no ofrece más que el punto de partida y el límite máximo de la interpretación de la norma. La letra de la ley traza únicamente un marco, dentro del cual el jurista ha de concretar el preciso alcance de la norma*”⁹⁶.

En igual sentido, ROXIN, considera que “*el sistema penal interpretado deductivamente y mediante criterios abstractos puede violentar la materia jurídica, olvidando la discusión de los problemas concretos*”. El profesor alemán entiende que uno de los riesgos del carácter deductivo del método dogmático clásico es la afectación de la justicia en el caso particular “*por la intención de preservar siempre la coherencia sistemática*”. Por eso ROXIN sostiene que “*un moderno sistema de derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea, construido atendiendo a finalidades valorativas*”⁹⁷. JESCHECK señala que toda norma jurídica necesita interpretación, aún aquella de la que se predica su “*claro tenor literal*”, pues su sentido jurídico puede ser distinto del que un entendimiento sin perjuicios extrae de la lectura de un texto legal aparentemente claro⁹⁸.

⁹⁶ Santiago Mir Puig, “*El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*”, Barcelona, Ariel, 1994, citado por Yacobucci, op. cit. pág. 384, y en “*El sentido de los principios penales*”, Edit. Abaco, Buenos Aires, 2002, pág. 440”.

⁹⁷ Claus Roxin, “*Política criminal y sistema de derecho penal*”, Buenos Aires, Hammburabi, 2º edición en castellano de *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*”, citado por Yacobucci, op. cit., pág. 385.

⁹⁸ J. Hans-Heinrich Jescheck, “*Tratado de Derecho Penal, parte general*”, 4º edición, Editorial Comares, Granada, 1993, pág. 137.

YACOBUCCI, por su parte, explica que en esta nueva impronta de actuación punitiva del Estado se hace cada vez mayor uso de *“nociones o conceptos de tipo valorativo, cultural o normativo, con afectación del esquema predominantemente natural y descriptivo anterior”*. Al delinear el concepto material de legalidad penal, el profesor de la Universidad Austral señala que además de entenderse a la ley como instrumento imperativo, *“debe recurrirse a principios axiológicos surgidos de los valores superiores del orden constitucional que operan primordialmente en la instancia interpretativa”*⁹⁹. Asimismo remarca el avance de criterios de interpretación teleológicos por sobre los de orden literal, anotando que la Corte Suprema argentina tiene dicho que *“la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley. Es ineludible función de los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma”*¹⁰⁰.

En esta misma dirección se inscriben otros fallos del máximo Tribunal: *“por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente. En esa indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación sistemática así lo requiere”*¹⁰¹.

El autor comentado agrega que puede hablarse de una nueva legalidad penal, amparada no sólo en el instrumento legal con la que se construye -el enunciado de la ley-, sino también en el contenido valorativo de su realización, que ha de ser ponderado críticamente desde los principios. La nueva legalidad, concluye, es eminentemente axiológica y está orientada por

⁹⁹ Yacobucci, *“Interpretación constitucional...”*, op. cit. pág. 389.

¹⁰⁰ Fallos, 249:37.

¹⁰¹ Fallos, 283:239, 311:2751.

los valores constitucionales antes que por el enunciado literal de la norma penal.

Reafirmado este criterio hermenéutico, la Corte expresa en el conocido caso “Saguir y Dib” que *“no se trata de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados...”*¹⁰².

Delineado entonces el método interpretativo que consideramos correcto, se explicará a continuación en qué consiste, a nuestro criterio, la acción típica contenida en el artículo 173 inciso 2º.

b) EL FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN:

Sobre la base de lo visto cabe pues desarrollar, analíticamente, en lo que sigue, las respuestas que constituyen el núcleo de nuestra postura y sus consecuencias dogmáticas.

Hasta aquí se ha explicado que el delito consiste en no restituir o no restituir a su debido tiempo -fraudulentamente- una cosa mueble recibida con la obligación de ser entregada o devuelta. Es decir, hemos dado por sentado que efectivamente se trata de una conducta delictiva. Antes de proseguir con el análisis de los restantes elementos y características de la figura, corresponde explicar los motivos por los cuales entendemos que dicha omisión debe ser considerada lo que es: un ilícito debidamente tipificado en el

¹⁰² Fallo dictado el 6.11.80, Considerando 12º.

Código Penal. En otras palabras, debemos detenernos en un aspecto fundamental, cual es explicar el fundamento de la punición de dicha conducta en el ámbito del derecho represivo, no obstante la existencia de normas del derecho privado que se encargan de regular la responsabilidad derivada de los incumplimientos contractuales, amén de que recordaremos, aunque más no sea en forma sucinta, ciertos principios liminares del derecho penal.

En relación a este último punto, merece destacarse la posición de autores, como BUSTOS RAMÍREZ, entre otros, que sostienen que la intervención penal del Estado “*sólo está justificada en la medida que resulte **necesaria** para la mantención de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática. Todo lo que vaya más allá de tal medida lo encauza por la vía autoritaria, que termina inevitablemente en la supresión de las bases democráticas del Estado*” -lo destacado es del original-¹⁰³.

El derecho penal debe entenderse como *ultima ratio*, esto es, sólo debe recurrirse a él cuando han fallado los demás controles, sean formales o informales. “*La gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que él significa -apunta el autor español-, impone que sólo se le considere en última instancia. Es el último recurso que ha de utilizar el Estado, sólo en ese caso está justificado su empleo*”¹⁰⁴.

Estrechamente vinculado a lo anterior se encuentra el carácter fragmentario del derecho penal. De acuerdo con este criterio y debido a la gravedad que implica el control penal, no es posible utilizarlo ante toda situación, sino sólo respecto de hechos determinados y específicos. “*De otro*

¹⁰³ Juan Bustos Ramírez, “*Manual de Derecho Penal español, parte general*”, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, pág. 49).

¹⁰⁴ Bustos Ramírez, *ídem*.

modo el Estado podría convertirse en un Estado policial y, además, se correría el riesgo de paralizar toda la actividad social a través de la violencia penal. Los ciudadanos de un Estado de derecho no pueden vivir bajo la amenaza penal constante en todas sus actividades sociales, eso sería la negación del Estado de derecho, pues provocaría la inseguridad de sus ciudadanos”¹⁰⁵.

ROXIN también sostiene que el Derecho Penal es la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que *“sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico técnicas, etc-. Por ello se denomina a la pena como la ‘última ratio de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos”*. En la medida en que el Derecho Penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, se habla también de su *“naturaleza fragmentaria”¹⁰⁶*.

SCHÜNEMANN comparte similar enfoque, en cuanto sostiene que no puede ser objeto de protección penal cualquier interés, sino *“sólo un interés perentorio de la provechosa vida en común”*. Párrafos más adelante agrega que *“ultima ratio”* significa que la utilización del derecho penal debe ser *“idónea y necesaria, no pudiendo ser desproporcional”*, es decir, *“no puede provocar para esa finalidad más daños que beneficios”¹⁰⁷*.

Refiriéndose al principio de subsidiaridad como integrativo del principio de intervención mínima, MIR PUIG, acudiendo a una cita de

¹⁰⁵ Bustos Ramírez, *ibídem*. El autor agrega que ello explica que en los últimos tiempos hayan habido fuertes movimientos por una simplificación de las partes especiales de los códigos penales, esto es, una tendencia a la descriminalización de conductas.

¹⁰⁶ Claus Roxin, *“Derecho Penal, Parte General, Tomo I”*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 65.

¹⁰⁷ Bernd Shünemann, *“Obras”*, Tomo II, Colección *“Autores de Derecho Penal”*, dirigida por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 94 y ss.

FERRAJOLI, en la cual el jurista italiano expresa que el derecho penal no debe procurar la mayor prevención posible, sino el “*mínimo de prevención imprescindible*”, nos recuerda que el derecho penal ha de ser la “*última ratio*”, esto es, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. En cuanto al carácter fragmentario del derecho penal, el profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona explica que este derecho no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. “*Así -agrega-, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento*”¹⁰⁸.

Como enseguida se explicará, consideramos que la conducta omisiva analizada verdaderamente ingresa en el ámbito del derecho penal, pues además de constituir un incumplimiento que puede dar lugar a la formulación de un reclamo privatístico, sin duda la lesividad de la ofensa reclama, como en el hurto y en las restantes defraudaciones por abuso de confianza, la tutela impostergable del derecho penal.

Formulada la observación anterior, merece destacarse que en el estudio de los delitos patrimoniales es frecuente encontrar términos utilizados en otras ramas del derecho, especialmente en el derecho privado. Frente a ello, la doctrina polemiza si dichos conceptos deben ser entendidos en el sentido originario que ostentan en el citado ámbito, limitándose el derecho penal a sancionarlos (teoría sancionatoria del derecho penal); o bien de modo independiente, con un significado distinto al que tienen en las otras ramas del derecho (teoría autónoma del derecho penal).

MUÑOZ CONDE afirma que la primera teoría parte del carácter sancionatorio del derecho penal, dejando a la exclusiva competencia

¹⁰⁸ Santiago Mir Puig, “*Derecho Penal, parte general*”, op. cit., pág. 98/9.

del derecho civil la determinación del significado de los términos que se refieren al derecho privado. Esta posición no considera las exigencias propias del derecho penal, que entorpecen la recepción pura y simple de los conceptos delineados en el derecho privado. Pero tampoco la otra teoría es convincente, porque no puede afirmarse *a priori* que los conceptos elaborados en otras ramas del derecho no tengan ninguna validez para el derecho penal¹⁰⁹.

En definitiva, el catedrático de la Universidad de Sevilla señala que se trata de un problema de interpretación que debe resolverse caso por caso. *“El punto de partida -agrega- debe ser la aceptación de esos conceptos tal como vienen elaborados del derecho privado. Es necesario, sin embargo, que tales nociones sean de nuevo examinadas a la luz de las normas jurídicas penales y comprobar las consecuencias que derivan de su aplicación. Si de dicho examen resulta que la completa y rigurosa aplicación de los conceptos privatísticos lleva a resultados que están en oposición con la finalidad asignada a las normas penales y a las propias exigencias del derecho penal, deben realizarse en dichos conceptos las modificaciones que sean indispensables para evitar los resultados citados. Operándose así no se invade el campo del derecho privado y se evitan las confusiones que tanto dificultan la solución de los problemas jurídicos”*¹¹⁰.

Las razones que explican la punición de la conducta consistente en no restituir o no restituir a su debido tiempo la cosa mueble recibida con la finalidad de ser entregada o devuelta, amén de las consecuencias que dicha omisión, por incumplimiento contractual, pudieran generar en el ámbito del derecho privado, no son muy distintas -salvando las

¹⁰⁹ Francisco Muñoz Conde, *“Derecho Penal, parte especial”*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 208.

¹¹⁰ Muñoz Conde, op. cit. pág. 208. El profesor español analiza, a modo de ejemplo, algunos conceptos jurídicos privados (cosa, ajenidad, propiedad), que demuestran cómo su aplicación al derecho penal, con o sin modificaciones, consiste en un problema de interpretación.

distancias anotadas en otro punto-¹¹¹ de aquellos motivos que justifican, con sobrado fundamento, la sanción penal de la conducta consistente en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena; o de quien decide vender la prenda sobre la que prestó dinero o dispone de ella sin observar las formalidades legales¹¹²; o de quien encuentra y se apropia de una cosa perdida; o quien se apropia de una cosa por error¹¹³.

No debe olvidarse que la omisión fraudulenta de restitución reconoce en el hurto su figura inspiradora. Ya hemos explicado, asimismo, que el derecho romano regulaba una figura más amplia, el *furtum*, en el cual tenían cabida ambas conductas.

La proximidad entre ambos tipos penales y el fundamento de su punición es posible advertirlo en las siguientes palabras de SOLER, recordadas por POLITOFF. De acuerdo con el autor chileno, la locución “*quedarse con la cosa*”, que toma de una explicación del recordado jurista argentino, a su criterio “*retrata admirablemente la índole del delito de apropiación indebida. En efecto, nos apoderamos de aquello que está fuera de nosotros, que no está en nuestro poder. Por la inversa, nos quedamos con aquello que -estando en nuestro poder- no nos pertenece y debemos restituir*”¹¹⁴.

Más allá del paralelismo, indudable, que es posible trazar con el hurto, es necesario ver los elementos propios de la figura analizada y precisar porqué, a nuestro criterio, ingresa en el terreno delictivo.

¹¹¹ Ver Capítulo XVI.

¹¹² Ure le destina severas y acertadas críticas al artículo 175 inciso 3º del Código Penal: “*No se pueden pedir más errores y defectos técnicos en menos líneas*”, en “*El delito de apropiación indebida*”, op. cit. pág. 212.

¹¹³ Art. 175, incisos 1º y 2º del Código Penal.

¹¹⁴ Politoff, op. cit., pág. 56.

Si la cosa está en poder del agente es porque el dador, que no le ha transmitido el dominio, confía, por el acuerdo previamente asumido, que aquél habrá de cumplir con su prestación, entregando o devolviendo la cosa a quien corresponda. Sabemos que el ilícito se verifica justamente cuando esto no ocurre. Indudablemente hay una frustración en la confianza y en la expectativa de la víctima, que se despoja en forma voluntaria de la cosa, merced a un título que obliga al autor a su restitución o entrega. Empero, dicho título termina siendo despreciado por el autor, que opta de todas formas por no cumplir con su prestación. En otras palabras, omite ejecutar la restitución que le compete, con la consiguiente afectación del bien jurídico.

Hay aquí una notoria infracción de un deber específico, respecto del cual el sujeto activo tiene una posición particular, diferente a la de cualquier otra persona. De allí la especialidad de su competencia que viene entonces signada por la institución contractual a la que remite la obligación incumplida. El quiebre de las relaciones sinalagmáticas que surgen de ese acuerdo justifica, como ya se vio, el interés público por asegurar los compromisos asumidos entre particulares que dinamizan los intercambios y negocios jurídicos. Las expectativas normativas de los ciudadanos suponen que en la práctica la entrega de un bien mueble con carga de devolución se cumple en la mayoría de los casos. Sin embargo, la reafirmación de la confianza es necesaria frente a situaciones donde se desconoce ese deber. Los intercambios dentro de una sociedad evolucionada y formalizada a través de acuerdos de distintas naturaleza requiere de una confianza extendida, que permite expectativas no sólo normativas sino también empíricas.

En verdad, en el comportamiento ilícito aquí tratado hay un doble aprovechamiento: el de la confianza dispensada, por un lado, y el de una situación de hecho, por el otro, surgida del poder material -aunque más no sea transitorio- que el sujeto detenta sobre la cosa ajena. La obligación emergente del contrato le resulta simplemente indiferente. Decide, a pesar del

acuerdo contraído, quedarse con la cosa, para utilizar la expresión ya consignada de SOLER.

Veamos cuál es la esencia del delito para PETROCELLI, uno de los autores que, según dijéramos, ha estudiado con mayor profundidad la figura analizada. Si bien la legislación italiana hace recaer el delito en la apropiación indebida, el fundamento de su punición es equiparable a la conducta omisiva diseñada por nuestro ordenamiento. Sostiene PETROCELLI que la esencia reposa *“en la violación de la confianza, la cual constituye el objeto específico del delito y de la tutela penal, entendida la confianza en un sentido objetivo, vale decir, implícita en la naturaleza del vínculo y no referida a una relación que reconozca como origen una elección especial. En otras palabras, que no se requiere la existencia de un vínculo de confianza, directo e inmediato, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo”*¹¹⁵.

Agrega el jurista italiano que la ley penal no toma en consideración el incumplimiento de la obligación en cuanto tal, puesto que para ello sería bastante la tutela del derecho privado, *“y el orden jurídico no tendría razón ni interés en hacer algo más”*. Considera algo especial que se manifiesta en ciertos incumplimientos, una particularidad que motiva la inejecución, un *quid* que la tutela del derecho privado no tiene razón ni manera de considerar, pero que, en cambio, interesa al derecho penal y que, al par que caracteriza la ofensa al particular, refleja una ofensa al interés público. En la violación a la obligación de restituir, el *quid* especial que constituye la razón y la finalidad de la tutela penal es, para PETROCELLI, la violación de la confianza¹¹⁶.

¹¹⁵ Petrocelli, op. cit. pág. 112, citado por Ure en op. cit., pág. 27.

¹¹⁶ En sintonía con esta postura Vives Antón dice que *“la relevancia penal de la lesión del patrimonio se fundamenta en el abuso de confianza”* (op. cit., pág. 1251).

La omisión de restituir presupone la concertación de un acuerdo previo, libremente aceptado por las partes, en virtud del cual surge, para el receptor de la cosa, la obligación legal de entregarla o devolverla. El incumplimiento de dicha obligación, está claro, importa la violación del acuerdo y consecuentemente el nacimiento de responsabilidades contractuales. Sin embargo, además del reclamo de orden civil que tal conducta puede aparejar, es indudable que posee entidad suficiente para habilitar, también, el consecuente reproche de orden penal. Los negocios e intercambios de bienes dependen de este presupuesto fundamental de una sociedad desarrollada como es la confianza respecto de los deberes libremente asumidos.

El poder punitivo estatal no puede permanecer impávido frente a la conducta de quien, burlándose de la confianza dispensada por su contratante, decide aprovecharse de una circunstancia ocasional, la tenencia precaria de una cosa ajena, para incumplir con su deber y omitir la restitución que jurídicamente le compete.

Ya hemos dicho que es indiferente lo que el autor haga con la cosa. Podrá retenerla, usarla, regalarla, venderla o destruirla, desde que el delito no se consuma con tales comportamientos, sino con la omisión de restituir. No cabe ninguna duda, pues, que la propiedad, o la parte activa del patrimonio (SOLER, TOZZINI), o los derechos patrimoniales (AGUIRRE OBARRIO), encuentran en la conducta omisiva analizada una modalidad sumamente eficiente en orden a su perjuicio o lesión. La propiedad así profanada, comprensiva de los derechos patrimoniales, merece, sin duda, la más irrestricta tutela del derecho penal. De ello depende el desenvolvimiento cotidiano de los ciudadanos en los intercambios de bienes y servicios que son el motor básico al que accede toda persona.

En verdad no podría ser de otro modo, pues la razón de ser de la protección radica precisamente en que el dominio de la cosa mueble no se transmite al sujeto activo, quien recibe la cosa con la expresa obligación (título contractual) de entregarla a un tercero o de devolverla al dador. No hace falta, hemos dicho y resulta uno de los pilares de esta tesis, una alteración del título de la tenencia por el dominical; para la configuración del delito basta con la mera omisión dolosa que el sujeto sabe le compete realizar.

Repárese que el autor no sólo tiene un poder de hecho material sobre la cosa, sino que además tiene un derecho a la tenencia emanado de la voluntad del sujeto pasivo. Ello significa que su tenencia reconoce un fundamento conforme a derecho (a causa del título). La conducta omisiva del autor revela, pues, una gravedad que amerita la intervención del derecho penal. Se trata de una afectación *-harm*, en la terminología de Feinberg- que tiene un contexto de derechos afectados, incluso inmaterial si se quiere, ya que lo primero que ofende es la confianza y sólo consecuentemente provoca una alteración patrimonial.

c) LA DENOMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO:

No se nos escapan las similitudes que pueden trazarse en esta materia entre derecho civil y derecho penal. Son innegables. Como lo son también algunas de sus diferencias.

Así, ZIESCHANG, señala con claridad que ambas ramas del derecho cumplen funciones diversas, y se dejan por tanto intactas entre sí. El derecho civil está orientado hacia la concepción de reparación del daño, y la distribución de bienes. El sistema normativo civil muestra características diferentes al penal. *“La imposición de una obligación de indemnizar en el derecho civil -expone- es siempre un medio para compensar a alguien del*

daño que ha sufrido. El derecho penal, en cambio, causa un perjuicio en forma de pena sin el fin de compensar bienes”¹¹⁷.

Las palabras de GÓMEZ acerca de este punto son aleccionadoras. Sostiene que la objetividad jurídica de los delitos contra el patrimonio sería de imposible determinación sin el concurso de los preceptos del derecho civil. *“Cuando la ley penal establece que es delito la no restitución de la cosa mueble recibida en depósito, requiere que éste se halle constituido en los términos que, según la ley civil, crean la obligación de restituir”¹¹⁸*. Y añade, con cita de ROCCO, *“los derechos violados con los delitos patrimoniales son derechos que existen no por imperio de las normas del derecho penal, sino por imperio de las normas del derecho privado, civil y comercial, afirmando, al mismo tiempo, que el delito patrimonial es violación de un derecho subjetivo patrimonial en cuanto constituye, también, un hecho ilícito privado, es decir, un delito o un cuasi delito civil”¹¹⁹*.

No obstante, con cita de MANZINI, refuta la teoría que sostiene que el derecho penal tiene en esta materia un carácter meramente sancionador de las normas del derecho privado, porque si a menudo debe acoger determinadas nociones de este derecho, también establece preceptos que son autónomos y hasta antagónicos con aquellas nociones; y, a veces, limita los derechos subjetivos reconocidos por el derecho privado. Señala como ejemplo la noción de cosa, que el derecho civil limita, en cuanto es objeto de los derechos privados, a lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares, admitiendo el derecho penal, por su parte, que una cosa puede ser objeto de delito contra la propiedad, aunque sólo tenga valor respecto de su dueño o respecto del que la detiene.

¹¹⁷ Frank Zieschang, *“La protección de la propiedad a través del delito de estafa”*, en Revista de Derecho Penal, *“Estafas y otras defraudaciones-I”*, dirigido por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000-1, pág. 15.

¹¹⁸ Eusebio Gómez, op. cit., pág. 13.

¹¹⁹ Gómez, op. cit., pág. 13/4.

Creemos, junto a MUÑOZ CONDE, en punto a la dependencia o autonomía del derecho penal respecto del derecho civil, que si bien debe aceptarse que los conceptos vienen elaborados por el derecho privado, es necesario examinarlos, caso por caso, a la luz de las normas penales.

Reiteramos, “*no toda relación de confianza no mantenida reviste el grado de intolerabilidad social que justifica la imposición de una pena*”, conforme acierta en apuntar BACIGALUPO¹²⁰. Empero, tampoco hemos advertido que se le objete a nuestra figura pretensión alguna de penalizar el derecho de las obligaciones. Antes bien, por el contrario, entendemos que el propio tipo penal posee los límites que impiden el desborde del concepto material de delito. En efecto, la misma disposición, que mereciera una detenida atención de parte de URE, brinda los contornos y el contenido del injusto.

El artículo 173 inciso 2º del Código Penal castiga, sintéticamente, al que “*se negara a restituir o no restituyere a su debido tiempo cualquier otra cosa mueble que se haya dado bajo un título que produzca obligación de entregar o devolver*”.

La norma, como bien explica AGUIRRE OBARRIO, tutela los derechos personales (no reales) del sujeto pasivo: “*En efecto, el depósito, por ejemplo, es un acto jurídico, un contrato que sólo engendra obligaciones de carácter personal*”¹²¹. Recordemos que derecho personal es

¹²⁰ Enrique Bacigalupo, en “*Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*”, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 72.

¹²¹ Aguirre Obarrio, op. cit., pág. 194.

aquel que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera, a dar, a suministrar, a hacer o no hacer alguna cosa¹²².

Es cierto que a través de la conducta omisiva analizada puede verse afectado el dominio, derecho real por excelencia, pero no por ello deja de compartir, con los derechos personales, la cualidad de ser ambos patrimoniales por su contenido y de constituir bienes en sentido estricto. Así, por ejemplo, la tradición es un acto jurídico real que unido al título suficiente produce la adquisición o constitución del derecho real, pero simultáneamente es la prestación -objeto- de un derecho personal¹²³.

A la luz del derecho civil no sería aventurado afirmar que estamos en presencia de una obligación de dar cosas ciertas (art. 495 del CC). Sabido es que el objeto en las obligaciones de dar consiste en la entrega de una cosa o de un bien. *“El deber de conducta que pesa sobre el deudor le impone la necesidad de desprenderse o desasirse del bien o cosa, para entregarlo al acreedor”*¹²⁴. Dentro del mismo capítulo del Código Civil se contempla la obligación de restituir la cosa a su dueño (arts. 584 a 587).

Parece entonces razonable sostener que cuando alguien se compromete a dar algo, nace del lado del acreedor a esa prestación un derecho personal (derecho personal a exigir la entrega de la cosa). Volviendo nuestra mirada hacia el bien tutelado por la figura, coincidimos con URE en cuanto

¹²² Conf.. Ricardo J. Papaño, Claudio M. Koper, Gregorio A. Dillon y Jorge R. Causse, *“Derecho Civil, Derechos Reales”*, T. 1º, 2º edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 12. De acuerdo con el Digesto (Libro XLIV, Título VII), *“acción personal es aquella por la cual exigimos a otro lo que se obligó a hacernos o darnos”*, citado por Jorge H. Alterini, en *“¿Derecho reales o personales? Casos dudosos”*, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1-IV, 1963, pág. 215. El mencionado autor precisa que es el derecho a la cosa derecho personal, pero no todo derecho personal es derecho a la cosa, porque éste, es sólo una especificidad de aquél.

¹²³ La entrega de la cosa, en efecto, constituye el objeto de la principal obligación -derecho personal- del vendedor, por ejemplo, en una compraventa.

¹²⁴ Confr. Jorge J. Llambías, *“Tratado de Derecho Civil, Obligaciones”*, Tomo II-A, 4º edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 65.

afirma que el objeto jurídico del delito reside en el derecho que autoriza a exigir del obligado el cumplimiento de la obligación de restituir a su debido tiempo, o de hacer un uso determinado de la cosa ajena.

No nos termina de convencer la crítica formulada por HORMAZÁBAL MALARÉE, para quien dicha postura significa asignarle categoría de bien jurídico a un derecho de crédito; en otras palabras, que ello significa sancionar por vía penal una obligación de carácter civil. El hecho de que la omisión constituya, ciertamente, una violación al derecho subjetivo personal a la restitución, del cual es titular el sujeto pasivo, no deja de constituir, asimismo, una lesión al bien jurídico patrimonio, en cuya protección el Estado no puede desentenderse ni ser indiferente.

Los individuos y las empresas se ven entrelazadas cotidianamente por una enorme cantidad de relaciones jurídicas creadas y moldeadas por el derecho civil, cuyo abuso o desnaturalización, por afectar bienes esenciales, como el patrimonio, da lugar a la intervención del derecho penal. Es lo que ocurre con las defraudaciones por abuso de confianza. Una empresa puede contratar a un individuo para que administre sus intereses patrimoniales y el elegido puede aprovecharse del cargo para distraer mercadería en perjuicio de su empleadora. La empresa damnificada, conforme lo explicado, en tanto titular de un derecho personal, se encontrará facultada a obligar a la persona a realizar una prestación determinada -de acuerdo a los términos del contrato-. Su incumplimiento la hará pasible de sufrir las consecuencias de una demanda civil por daños y perjuicios. Pero el individuo también habrá incurrido en el delito de defraudación por administración fraudulenta. Para ser consecuente con su posición, si no lo interpretamos equivocadamente, HORMAZÁBAL MALARÉE debiera decir que no es posible adjudicarle al autor el artículo 173 inciso 7º del Código Penal porque

significaría sancionar por vía penal una obligación de carácter civil. No compartimos esta postura¹²⁵.

Los incumplimientos contractuales propios del derecho privado no excluyen la posibilidad de invadir, a la vez, la competencia punitiva del derecho penal, cuando la lesión producida supera ciertos límites de tolerabilidad. Que un individuo se valga del poder de hecho transitorio que posee sobre una cosa ajena, en cuya tenencia ha entrado por voluntad del dador, y omita entregarla o restituirla a quien debe, violando la prestación jurídica a que se halla obligado, importa una ofensa al patrimonio que reclama, a nuestro criterio sin lugar a dudas, la actuación sancionatoria del Estado a través de las herramientas que consagra el derecho penal.

En cuanto a la rúbrica o nombre del Título, estimamos que la propiedad entendida como dominio alude únicamente a derechos reales, pero el Título VI del Código Penal, a poco que se repase, comprende delitos que también afectan derechos personales, como es el caso del delito de omisión de restitución fraudulenta. El derecho de propiedad corresponde al reconocido en la Constitución Nacional y abarca la suma de derechos reales y personales, de bienes materiales, constitutivos de todo aquello que forma el patrimonio de las personas. Es por ello que para definir el objeto jurídico de la conducta reprimida (derecho del sujeto pasivo a exigir del obligado el cumplimiento de la obligación de entregar o restituir), nos inclinamos por la denominación más abarcativa de “*derechos patrimoniales*”, empleada por AGUIRRE OBARRIO¹²⁶.

¹²⁵ Lo mismo valdría decir de cualquier ejemplo que pudiera elaborarse en los términos del artículo 173 inciso 11°.

¹²⁶ Repárese que para los doctrinarios españoles el bien jurídico protegido en el delito de “apropiación indebida” es la propiedad, a pesar de que no dudan en llamar al Título “Delitos contra el patrimonio”.

V. LOS INTENTOS DE IDENTIFICACIÓN DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO

Resulta paradójico que luego de tantas décadas aún se discuta la identificación del comportamiento típicamente relevante de la figura penal analizada. Frente al principio de legalidad que pone el acento en la garantía de tipicidad como uno de los requisitos básicos de una buena técnica legislativa, esta cuestión se presenta como uno de los mayores problemas que, por cierto, justifican la elaboración de la tesis.

No se trata simplemente de precisar un *nomen iuris* representativo del injusto típico sino que su denominación exprese el núcleo de ilicitud que expresa la descripción de la figura. No debe olvidarse que el tipo, en tanto regla de imputación, asume las normas de comportamiento que entran en la consideración del juicio de valor que aplica la instancia jurisdiccional. En esa línea, el señalamiento de la conducta esperada resulta definitoria de la atribución penal.

Asumiendo la perspectiva de SILVA SANCHEZ, resulta claro que en este tema el debate se cierne sobre la norma de valoración que entra en el juicio de tipicidad que integra también las posibilidades de determinación de las reglas de comportamiento. En este caso, el debate sobre el imperativismo y la capacidad del sujeto al que se dirige la obligación, no resultan siquiera problemáticos en la medida que, a través del negocio jurídico que hace nacer ese deber, el ciudadano -concreto- es “llamado” a su cumplimiento sin mayor dificultad. De allí que la “expectativa institucionalizada” a la que remiten las actuales posturas sobre las normas también se vean alcanzadas por la peculiaridad del fundamento del deber.

V.1. LAS DIFICULTADES SURGIDAS A PARTIR DE LOS VERBOS TÍPICOS:

Resulta llamativo entonces que un tipo penal que parece expresar de manera tan plena las distintas posturas sobre la naturaleza de las normas -valorativa, imperativa y regularidad o expectativa- no permita un *nomen iuris* que exprese cabalmente el comportamiento relevante. La discusión nacional e incluso algunos debates en el derecho comparado, sin embargo, muestran que en este punto existe un problema marcado por la distinta naturaleza de los bienes muebles vinculados al tipo de injusto y las fuentes de la obligación a la luz de la legislación *ius privatista*. En ese marco, la técnica legislativa buscó la identificación de verbos típicos que no siempre dieron la posibilidad de comprender normativamente el núcleo del comportamiento alcanzado. El ejemplo español es, en esta cuestión, un verdadero paradigma, aunque no es el único.

Es cierto e irrefutable que la legislación italiana, española, francesa, chilena, entre otras, acuñaron en sus códigos penales el verbo “apropiar” para denotar la conducta incriminada. Es lógico, pues, que los comentaristas de tales códigos, y los magistrados llamados a aplicarlos, llamen al delito con el nombre de “*apropiación indebida*”.

Igual conclusión es válido extraer respecto de nuestros propios antecedentes legislativos. Tejedor, según vimos, explica que “*lo que constituye el delito es la apropiación de la cosa con desprecio del contrato*”. Y lo mismo puede decirse de los proyectos de 1881 y 1891, del código de 1886, y de otros proyectos y leyes posteriores, como los de Peco, Soler y las leyes 17.567 y 21.338, todas las cuales adoptaron el verbo “apropiarse”.

Sin embargo, el código de 1921, mediante la fórmula que actualmente nos rige y luego de algunos interregnos en los que prevaleció otra redacción, según acabamos de señalar, decidió, con fundamento directo en el lacónico proyecto de 1906, abandonar esa afiliación, haciendo fincar el delito

en la omisión de restituir, o en la omisión de restituir a su debido tiempo. En otras palabras, y por la razón que finalmente fuera -porque hoy en día indagarla no pasa de ser un inoficioso ejercicio de interpretación histórica-, lo cierto es que el legislador eliminó la acción que, entonces y hoy, sirve para denominar el delito en la legislación comparada¹²⁷.

La diferencia de criterios a la hora de tipificar las conductas punidas ha sido incluso resaltada por QUINTANO RIPOLLÉS, quien al pasar revista de la legislación foránea -de España, se entiende-, cuando se refiere a la redacción de la figura del art. 173 inciso 2º de nuestro código, comenta que *“se echa de menos toda referencia expresa a apropiación”*, aunque señala en su obra, editada en 1964, que *“es prevalente en doctrina y praxis su tratamiento conforme a los postulados dominantes en la dogmática española o italiana”*¹²⁸.

a) EL SIGNIFICADO DE APROPIARSE:

Ahora bien, no puede pasarse inadvertido que el mismo legislador que en 1921 suprime el verbo *“apropiarse”* del inciso 2º del artículo 173, mantiene dicho verbo expresamente en los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 175 del Código Penal.

Puede pensarse, como URE, que la no inclusión de la acción típica *“apropiarse”* en el art. 173 inciso 2º, o que su no eliminación del art. 175 ha sido producto de una defectuosa interpretación de la

¹²⁷ De *lege lata*, como anota Soler, no queda más remedio que ajustarse al texto vigente.

¹²⁸ Quintano Ripollés, op. cit. pág. 867. Sáinz-Pardo, al referirse a la redacción de nuestro artículo 173 inciso 2º, dice que la influencia del artículo 535 español es *“innegable”*. Sin embargo, corresponde consignar que su obra fue escrita en 1977, durante la ley 21.338, a través de la cual cobró vigencia la redacción impuesta por la ley 17.567, que había agregado a la figura el verbo *“apropiarse”* -op. cit. pág. 49-.

jurisprudencia¹²⁹. A esta respetable opinión, empero, no puede dejar de oponérsele la doctrina de nuestro más alto Tribunal, en cuanto alerta que “*la inconsecuencia o falta de previsión no se suponen en el legislador*”¹³⁰.

En suma, la legislación extranjera tipifica otro delito, similar pero diferente, cuando incluye el verbo “*apropiarse*” en su texto. Nuestro codificador, conociendo los antecedentes foráneos, resolvió excluir del inciso 2º la conducta aludida, cuyo significado es claramente diferente al de los restantes verbos tipificados en la norma (no restituyere, o no restituyere a su debido tiempo).

Apropiarse señala someter a dominio, expresa disponer de la cosa como si fuese propia. Significa, como dice URE, establecer sobre ella relaciones equivalentes o análogas a las del propietario, sin intención de devolverla. Es, en otras palabras, transformar el título de la tenencia lícita originaria en una posesión antijurídica. Apropiarse implica, pues, desplegar actos positivos, concretos, inequívocos, que exterioricen la voluntad del autor de disponer de la cosa como si fuera propia o, dicho de otra forma, es proceder con “*animus rem sibi habendi*”.

Los elementos de la apropiación son, según GÖSSEL, el desapoderamiento del propietario y el apoderamiento por parte del autor, de cosas muebles (bajo la condición civil). Dicho de otra forma, puede afirmarse que hay apropiación cuando el autor se apodera precisamente del poder material jurídico, “*esté o no ligado a la posición jurídica formal, y que, a su vez, se le quita al propietario*”. Agrega el autor que “*como la misma palabra*

¹²⁹ La influencia de la aludida corriente jurisprudencial, sin adjetivos mediante, es también reconocida por Malagarriga -op. cit. pág. 402- El argumento de Ure es convincente y de rotunda sencillez, pero insuficiente para explicar las razones de la omisión. Podría sostenerse que al tiempo que magnifica la influencia de la labor forense, minimiza la atinente a la labor parlamentaria. En verdad, la supresión del verbo no merece tanto reproche como la ausencia de explicación de tal decisión.

¹³⁰ Fallos CSJN 304:794; 306:721; 307:518, entre muchos otros.

‘a-propiación’ lo señala, el prefijo ‘a’ exigen obtención de la propiedad por parte del autor”¹³¹.

Este concepto de apropiación, no discutido en doctrina, sólo es aplicable a la legislación extranjera que, como vimos, acuña en sus ordenamientos positivos la voz “apropiarse”.

b) EL SIGNIFICADO DE RETENER:

La ley argentina, empero, no adopta el mismo concepto de apropiación; se conforma con la no restitución de la cosa, lo cual, según SOLER, “*es menos que apropiarse*”¹³². Es menos que apropiarse según cuál sea el parámetro de comparación que se utilice. Si se midiera por el grado de intervención punitiva del Estado, sería más que apropiarse¹³³. Pero la observación de SOLER es igualmente atinada. Una mera retención posesoria de la cosa, por prolongada que fuese, puede demostrar un ánimo de seguir disfrutando de ella, pero no revela la intención de hacerse dueño de la misma.

La diferencia expuesta -entre ambos ordenamientos- se ve con claridad en un texto de GONZÁLEZ RUS, al comentar el delito de apropiación indebida en el código español. Dice que “*distinto es el caso en que se niega la entrega o la devolución de una cosa que se admite haber recibido y que en sí mismo constituye un incumplimiento contractual,*

¹³¹ Karl Heinz Gössel, “Sobre el objeto de apropiación punible y el menoscabo de los derechos de crédito”, en “Revista de derecho penal, Estafas y otras defraudaciones-I”, dirigida por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000-1, págs. 189 y ss.

¹³² Confr. Soler, “Derecho Penal”, T. 4, op. cit. pág. 428.

¹³³ Justo Laje Anaya dice algo parecido a Soler. Al cuestionar un fallo que exigía la apropiación de la cosa, el comentarista explica que “*se exige algo que la ley no ha contemplado. La ley se conforma con menos; basta que no se restituya lo que se debe restituir*”, en “La estafa y otras defraudaciones en la doctrina judicial argentina”, op., cit., pág. 323.

*penalmente atípico hasta tanto no se acompañe de un acto de disposición que revele la voluntad de apropiación”*¹³⁴.

Concepto similar vierte su connacional VIVES ANTÓN, quien al analizar la figura de la apropiación indebida en la legislación española se pregunta si es posible su comisión a través de una conducta omisiva. Al respecto señala que *“prima facie pudiera parecer que, mediante el simple no entregar o devolver la cosa no puede llevarse a cabo el acto de disposición sobre la misma, pues la apropiación indebida no consiste en un incumplimiento de la obligación de entregar o devolver, sino en la ilegítima atribución del dominio”*. A su criterio la posibilidad de realización omisiva del acto es más que discutible. *“No cumplimentar un requerimiento de entrega no es, todavía, haberse apropiado de la cosa. En cualquier caso, el injusto no reside en la conducta negativa de desatender el requerimiento, sino en la positiva apropiación”*¹³⁵.

c) PERSPECTIVA HERMENÉUTICA DE LA CUESTIÓN:

Las explicaciones de los autores españoles mencionados permiten trazar con claridad la diferencia existente entre ambas legislaciones. En aquella se recepta un tipo objetivo que expresamente prevé la acción positiva de “apropiarse” de la cosa mueble ajena, descripción que se ha mantenido invariable a través de las numerosas reformas introducidas al código español. Ahora bien, aún cuando dicha legislación haya sido fuente

¹³⁴ Juan José González Rus, *“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”*, en *“Curso de Derecho Penal Español”*, Parte Especial I, Carmona Salgado, C; González Rus, J.J.; Morillas Cueva, L.; Polaino Navarrete, M.; Portilla Contreras, G., dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 707. En igual sentido se expide Joan Queralt Jiménez, para quien el apartamiento temporal de un bien no constituye este delito, máxime sin existir voluntad de quedarse con el mismo, en *“Derecho penal español”*. Parte especial, 4º edición, Atelier, Barcelona, 2002, pág. 339.

¹³⁵ T.S. Vives Antón, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 958.

directa de nuestro artículo 173 inciso 2º, lo cual es innegable, nos parece que ello no autoriza a tensar la interpretación de la norma para asignarle una significación y efectos que, tal como está concebida, no posee. La distinción entre ambos ordenamientos, como puede comprobarse, supera holgadamente la mera connotación semántica. Las conductas que contemplan, activa una omisiva la otra, inciden de modo diferente en el momento consumativo, en el cómputo del plazo de prescripción y en la competencia, como asimismo en el plano estrictamente procesal, pues en el caso de la apropiación corresponderá probar la concurrencia de un elemento subjetivo de difícil acreditación, el *animus rem sibi habendi*, ausente en la variante omisiva de la no restitución¹³⁶.

A mayor abundamiento debemos decir, al margen de lo anotado, que no necesariamente quien usa, destruye o abandona la cosa debe apropiársela primero -de acuerdo con el preciso significado jurídico que encierra esta acción-, pues aquellas conductas no son privativas del propietario. Por lo demás, debe admitirse que dentro de las facultades de quien, sin serlo, actúa como propietario -porque no se le ha transferido el dominio- se halla también la de devolver la cosa previamente recibida. Con lo cual, aquel que decide apropiarse de la cosa y antes de que opere el vencimiento para proceder a su entrega o devolución cambia de opinión y la restituye, no cometerá delito. Este razonamiento autoriza a concluir, a nuestro criterio, que la acción típica no se corresponde con la apropiación, que exige *animus* específico, sino con la no restitución.

Para exponerlo de otro modo, si el delito quedara consumado con el mero acto de disposición de quien se comporta como dueño, el obligado a restituir que da en préstamo la cosa pero la recupera y

¹³⁶ La dificultad probatoria de la apropiación queda de manifiesto en algunos párrafos de Ramos, para quien, como vimos oportunamente, la negativa a restituir la cosa comporta una “presunción” de la apropiación indebida (Juan P. Ramos, op. cit., pág. 78).

devuelve a su debido tiempo, no dejaría sin efecto la consumación del delito, operada a partir del préstamo de la cosa. BACIGALUPO, cuestionando esta interpretación, se pregunta, con razón, si la devolución al titular ocurriera por el arrepentimiento del autor “¿cómo atribuir efecto a un arrepentimiento posterior a la consumación?”¹³⁷.

De acuerdo con los autores que propician la tesis de la “apropiación”, una de las formas en que puede exteriorizarse dicho “ánimo” es precisamente a través de la retención o no restitución de la cosa. De modo que, cronológicamente, primero debe ocurrir la apropiación, ha de seguirle la no restitución y finalmente el perjuicio. Como anota BACIGALUPO, criticando esta tesis, la omisión dolosa constituiría un medio de prueba de la apropiación. Es decir, la falta de entrega o devolución aparece como una forma de exteriorización de la apropiación, con lo cual la omisión revestiría un doble juego: “medio de prueba de la apropiación” y, a la vez, “elemento del tipo”, configurativo de un delito propio de omisión.

Por lo demás, el uso indebido de la cosa no queda abarcado o comprendido en la “apropiación”, concepto que demanda, ya lo vimos, el “*animus rem sibi habendi*”. En efecto, como la tipicidad del delito de apropiación indebida se caracteriza por la apropiación, “es prácticamente indiscutible sostener que el uso no autorizado de una cosa mueble (no fungible), entregada con la obligación de su devolución, es atípico”¹³⁸. No habría perjuicio, entonces, por el uso abusivo de la cosa. Ni siquiera la mera omisión de restituir sería constitutiva de delito si no fuera acompañada de ese singular (*animus*) elemento subjetivo del autor o de lo injusto.

¹³⁷ Enrique Bacigalupo, “*Estafa de seguro y apropiación indebida*”, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971, pág. 44.

¹³⁸ María Luisa Silva Castaño, “*El delito de apropiación indebida y la administración desleal*”, en Curso de Derecho Penal Económico, dirigido por Enrique Bacigalupo, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pág. 99 y ss. Más adelante tratamos el uso no autorizado de la cosa (Capítulo XXI).

El ilícito, en suma, a nuestro criterio, consiste en no restituir la cosa mueble ajena, y ello puede ocurrir por innumerables motivos, ya sea porque el detentador de la cosa y obligado a devolverla la destruyó, la regaló, la distrajo o desvió, la abandonó o, simplemente, porque decidió quedársela para sí.

Es importante decir que NÚÑEZ, con quien en este punto también coincidimos, proclama la necesidad de no confundir los conceptos de apoderarse y apropiarse. *“No es que sostengamos que el animus rem sibi habendi sea incompatible con la noción de hurto, pues únicamente argüimos que no sólo se apodera el que toma la cosa con el propósito de hacerla suya, sino también el que la coge y transporta con otros propósitos igualmente compatibles con la noción del ladrón”*¹³⁹.

Tampoco nos convence, por lo dicho, la denominación de *“retención indebida”*, cuyo máximo propulsor fuera SOLER. No sólo porque tal verbo no figura en la disposición, sino también, especialmente, porque el agente puede destruir la cosa, regalarla o abandonarla, acciones todas que implican o sobreentienden la no retención. En efecto, en ninguno de tales supuestos el autor *“retiene”*, por lo que tal *nomen iuris* resulta equívoco, en tanto no interpreta la esencia del delito. Como ya dijéramos, la norma no castiga ninguna conducta positiva determinada: destruir, inutilizar, ocultar, abandonar, apropiar, retener. Todas estas son acciones irrelevantes. Lo que castiga la disposición es una omisión: no restituir, o no restituir a su debido tiempo.

V.2. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER COMO NÚCLEO DEL TIPO:

¹³⁹ Ricardo Núñez *“Los elementos subjetivos del tipo penal”*, pág. 60, citado por Politoff, op. cit. pág. 198.

El artículo 173 inciso 2º, como ya hemos dicho, castiga la negativa a restituir o la no restitución a su debido tiempo de una cosa que el autor recibe para, a su vez, entregar o devolver. Es decir, el sujeto activo asume una obligación que consiste en entregar a un tercero o devolver a quien la dio, la cosa mueble recibida por título no traslativo de dominio. ¿Incorre en delito el obligado que no entrega al tercero la cosa confiada? En tal caso, ¿cuándo se consuma?

Las respuestas no son coincidentes. NÚÑEZ dice que si bien el título puede imponer al autor el deber de “entregar” a un tercero la cosa o de “devolverla” a quien se la dio, sólo es punible la segunda conducta, es decir, la no restitución. La omisión de restituir -señala- existe tanto cuando el autor no restituye la cosa, como cuando no la restituye a su debido tiempo.

Critica de tal forma a SOLER, para quien la figura también castiga el acto de no entregar. Según NÚÑEZ, el citado autor “*confunde los objetos posibles del título a que le fue dada la cosa al agente, con el objeto de la omisión punible*”¹⁴⁰. Si el objeto de ese título fue la “entrega” de la cosa a un tercero, y el autor no lo hace, “*el delito sólo se produce si luego no la devuelve al que se la dio*”. Y agrega que la diferencia es notable “*en el momento consumativo del delito*”, lo cual es cierto, pues la intimación a restituir puede producirse mucho tiempo después de la no entrega a que se había obligado el agente.

Con NÚÑEZ, cuya postura en este punto suscribimos, parece concordar AGUIRRE OBARRIO, para quien la referencia a “entregar” de la norma muestra que hay casos en que una persona se obliga a entregar algo a un tercero. “*Si cumple -comenta el autor- nada tiene que restituir o*

¹⁴⁰ Ricardo Núñez, op. cit. pág. 379, ver allí cita nº 54.

devolver. Pero si no cumple o no pudo hacerlo, entonces tiene la obligación de devolver la cosa a quien se la había confiado”¹⁴¹.

Aclara asimismo NÚÑEZ que la omisión de restituir requiere una negativa del autor a devolver la cosa o un hecho que indefectiblemente la implique, como por ejemplo, destruirla u ocultarla. En cambio, la no restitución a su debido tiempo exige la mora del obligado, esto es, su retraso en el cumplimiento de la restitución debida. Ese momento puede estar determinado por el título de entrega, conforme se analizará de inmediato. Pero, tratándose de un título que impone el deber de entregar la cosa a un tercero, dicho momento no coincide necesariamente con el establecido para el cumplimiento de este deber, sino que es el que, expresa o implícitamente, está señalado para la devolución del bien a su dador.

En definitiva, una cosa puede darse para ser devuelta a quien la dio, o para ser entregada a un tercero. Cuando esto último no ocurre, por el motivo que fuere, la obligación de entregar se transforma *ipso iure* en obligación de restituir, la cual formalmente habrá de nacer apenas el obligado reciba la intimación fehaciente del sujeto pasivo, esto es, de quien dio la cosa¹⁴².

Lo dicho tiene sustento en diversas normas del Código Civil:

¹⁴¹ Aguirre Obarrio, “*Los delitos*”, op. cit. pág. 416.

¹⁴² Para que la interpelación cause la mora del deudor debe consistir en la exigencia categórica e indudable del cumplimiento de la obligación, conforme Jorge Joaquín Llambías, “*Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*”, T. I, 5º edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 138.

a) El artículo 509 consagra el principio de mora automática en las obligaciones a plazo determinado, cierto en incierto¹⁴³. El plazo tácito (especie dentro del género de obligaciones de plazo indeterminado), en cambio, exige interpelación. En los casos de indeterminación absoluta de plazo, se fija judicialmente¹⁴⁴.

b) A su vez, el artículo 579 establece que si la obligación de dar una cosa cierta es para transferir sobre ella derechos reales y la cosa se pierde por culpa del deudor, *“éste será responsable al acreedor por su equivalente y por los perjuicios e intereses”*¹⁴⁵. La misma disposición se aplica si la obligación fuera de dar una cosa cierta con el fin de restituirla a su dueño y la cosa se pierde por culpa del deudor (reenvío del artículo 585). Por último, si el obligado a restituir la cosa mueble a su dueño constituye una obligación con otra persona sobre la misma cosa, si aún no ha operado la tradición será preferido el propietario a quien se le debe restituir (art. 598).

c) Si la obligación tuviere por fin constituir o transferir derechos reales, y la cosa ya individualizada se perdiese o deteriorase en su totalidad por culpa del deudor; el acreedor tiene derecho a exigir igual cantidad de la misma especie y calidad, con más los perjuicios e intereses, o a disolver la obligación con la indemnización correspondiente (art. 610 C. Civil).

¹⁴³ Hay excepciones, pese a existir plazo determinado, en que la mora no opera automáticamente y requiere de previa interpelación: i) cuando las partes lo hayan acordado previamente; ii) cuando la ley disponga lo contrario en ciertos supuestos).

¹⁴⁴ Numerosos fallos de la justicia civil establecen que la obligación de restituir por resolución del contrato es pura y simple, de exigibilidad inmediata y precisa de interpelación para constituir en mora -ver *“Código Civil comentado y anotado”*, bajo la dirección de Santos Cifuentes, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 373-. Llambías formula reparos a la redacción de la norma, pues no contempla un principio general que regule los casos no comprendidos en los supuestos legales de la disposición -Jorge J. Llambías, *“Tratado de Derecho Civil, Obligaciones”*, op. cit. pág. 127.

¹⁴⁵ La doctrina civilista más autorizada entiende que el “equivalente” aludido en la norma es el valor en dinero de la cosa perdida, es decir el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor por la inejecución del deudor. Por todos, Jorge Llambías, op. cit. pág. 87.

d) En relación al mandato, el Código Civil establece que el mandatario está obligado a restituir todo lo recibido por el mandante, e incluso lo recibido de un tercero, aunque lo recibiese sin derecho (art. 1911).

e) Como es sabido, en el depósito regular el depositario debe restituir la misma cosa depositada (art. 2210) directamente al depositante, o a terceros autorizados (art. 2211), e incluso puede exigir la cosa antes del término designado para la restitución (art. 2217).

f) En cuanto al comodato, el artículo 2268 del Código Civil prevé que el comodatario no puede hacer otro uso de la cosa, diferente al expresado en el contrato, y a falta de convención expresa, distinta a aquél a que está destinada la cosa, según su naturaleza. En caso de contravención, el comodante puede exigir la restitución inmediata de la cosa prestada, y la reparación de los perjuicios.

g) Debe tenerse presente, asimismo, que el Código Civil, al regular los actos ilícitos, expresamente señala que el delito (civil) puede ser un hecho negativo o de omisión, o un hecho positivo. Cuando alguien se abstiene de realizar un acto que podría haber efectuado y de tal omisión se sigue un daño ajeno, el código Civil prevé delitos, que pueden ser de acción o de omisión.

h) El artículo 1092 a su vez establece que si no fuere posible la restitución de la cosa hurtada, *“se aplicarán las disposiciones de este capítulo sobre la indemnización del daño por destrucción total de la cosa ajena”*. De acuerdo con LLAMBÍAS, en todos los casos el crédito de la víctima se mide en función del valor que tenía la cosa al tiempo de sobrevenir la imposibilidad de recuperación, con los intereses pertinentes¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Jorge Llambías, op. cit. pág. 150.

En definitiva, las obligaciones que asume el sujeto activo pueden consistir en devolver la cosa mueble a quien se la dio, o en entregarla a un tercero. Para el caso de que esto último no ocurra (y no se alegue, claro, ninguna causa de justificación o de inculpabilidad), el obligado, que ciertamente carecerá de todo derecho de retención, incurrirá en delito cuando no restituya la cosa una vez intimado a devolverla, ya sea a quien se la dio o a un tercero autorizado. Aquí es donde cobra virtualidad la omisión típica consistente en “*no restituir a su debido tiempo*”.

A pesar de estas reflexiones, la tradición dogmática argentina y en buena medida la jurisprudencia habla del tipo penal del artículo 173 inc. 2º con un *nomen iuris* de diversa significación. Incluso se sigue utilizando la idea de apropiación indebida. Esa denominación tiene en la praxis consecuencias fundamentales en la hermenéutica del comportamiento típico. Otro tanto ocurre con la noción de retención ya señalada. Por eso es necesario atender a las distintas posturas doctrinarias que han venido constituyendo el presupuesto de estas discusiones y, a la postre, las dificultades en la aplicación normativa. Este debate en torno al *nomen iuris* resulta imprescindible a la hora de tomar partido, en esta tesis, por la noción de omisión en la comprensión normativa del comportamiento penal.

V.3. LA DISCUSIÓN DOCTRINARIA Y LA NOCIÓN DE “APROPIACIÓN INDEBIDA”:

La composición del tipo penal motivo de análisis ofrece diversos e interesantes debates, uno de ellos, probablemente de los más trascendentes es, como se adelantó, el relativo al propio *nomen iuris* de la figura.

El rótulo o denominación con que se identifica a las acciones u omisiones punibles, es decir a los tipos penales, como se comprenderá, no es un tema menor. El nombre, expresión del lenguaje, es un signo formal, instrumental, que identifica ideas, imágenes y conceptos reales que el hombre recibe de la experiencia¹⁴⁷. Sin duda, el pensamiento debe adecuarse tanto a la realidad como a la expresión lingüística. El análisis lingüístico de los enunciados, de acuerdo a las enseñanzas aristotélicas, tiene por utilidad asegurar que el razonamiento se aplique no sólo al nombre, sino a la cosa misma a la que alude. Es evidente, pues, la necesidad de que haya una correspondencia entre la cosa y el nombre que la define o significa¹⁴⁸.

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

De conformidad con los verbos utilizados en la disposición -*“negarse a restituir”* o *“no restituir a su debido tiempo”*-, la mayoría de nuestros autores y tribunales, siguiendo una interpretación prioritariamente gramatical, aunque no completamente precisa, llaman “retención indebida” a esta defraudación especial. Como se advierte, el verbo “apropiar” no aparece en ninguna de sus conjugaciones. Sin embargo, juristas de nota e innumerables fallos han optado por denominar al delito con el nombre de

¹⁴⁷ “Este recurso al lenguaje corriente como ámbito privilegiado de experiencia se explica porque ese lenguaje contiene y expresa un sedimento de experiencia humana acumulada a lo largo del tiempo, que tiene un especial valor como fuente de contenidos cognoscitivos acerca de las circunstancias, motivaciones y reglas de convivencia humana”, conforme Carlos Ignacio Massini Correas, “La cuestión de la justicia”, Revista Sapientia. Volumen LII, 1997, fascículo 202, págs. 347/362).

¹⁴⁸ Confr.. Félix Adolfo Lamas, “Lenguaje, dialéctica y metodología jurídica”, en Revista Internacional de Filosofía Práctica, N° 1, abril 2003, “Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino”, Buenos Aires, 2003.

“apropiación indebida”. Incluso, como ya se ha visto, no han faltado proyectos de códigos y leyes que adoptan esta última designación.

Otros autores, con NÚÑEZ a la cabeza, se inclinan por denominar al delito “*omisión de restituir defraudatoria*”. Como se verá, es la que nos parece correcta¹⁴⁹.

La importancia de los verbos acuñados en una figura radica en que no sólo marcan el contenido de la acción ilícita, sino también el momento consumativo del delito. Conforme se verá, según se adopte el concepto de apropiación o de omisión fraudulenta de restitución, las consecuencias jurídicas resultan claramente diferenciables.

En suma, el estudio pormenorizado de un delito no puede prescindir del análisis de su *nomen iuris*, que es, en definitiva, un aspecto tan medular de la materia como la propia identificación de la acción típica incriminada. Pasaremos revista a la postura de quienes predicán las ventajas de llamar “apropiación indebida” al delito; la de quienes se muestran partidarios de la denominación “retención indebida”, para luego explicar las razones por las cuales consideramos más adecuado el nombre “*omisión fraudulenta de restitución*”.

a) EL PLANTEO INICIAL DE ERNESTO J. URE:

Sin lugar a dudas, el autor que en nuestro país ha estudiado en mayor profundidad la figura cuyo análisis nos convoca es URE, abanderado por excelencia de la denominación “apropiación indebida”. Si

¹⁴⁹ Daniel P. Carrera también denomina al delito “*omisión de restituir defraudatoria*”, en su “*Estudios de las figuras delictivas*”, T. II-A, Edit. Advocatus, Córdoba, 1994, p. 153. Justo Laje Anaya, por su parte, llama “*omisión fraudulenta*” al tipo del artículo 173 inciso 2º, en “*La estafa y otras defraudaciones en la doctrina judicial argentina*”, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2005, p. 257.

bien otros juristas de talla, como RAMOS¹⁵⁰, DÍAZ¹⁵¹, FRÍAS¹⁵², PECO¹⁵³, GÓMEZ¹⁵⁴, ODERIGO¹⁵⁵, RAMOS MEJÍA¹⁵⁶, ROMERO¹⁵⁷, se inclinan por tal denominación, es el recordado magistrado, profesor y académico quien, con su tesis doctoral, titulada precisamente “*El delito de apropiación indebida*”, ha marcado un rumbo y ha contribuido, hasta nuestros días, a una más cabal e íntegra comprensión del tipo penal examinado. Baste decir que su magnífica obra, para RAMOS¹⁵⁸, “*agota la materia en todos sus aspectos civiles y penales*”¹⁵⁹.

Los ordenamientos legales extranjeros y los propios antecedentes nacionales, como ocurre con la gran mayoría de los delitos, han servido de fuente directa a la figura cuyo estudio nos convoca. Tales antecedentes, en su totalidad, como bien destaca el autor que venimos citando y conforme se ha visto en el capítulo II, denominan “apropiación indebida” a la conducta descrita en el artículo 173 inciso 2º. Incluso, es posible advertir reminiscencias del código penal francés en nuestro propio código civil de 1869, sancionado durante la vigencia del proyecto Tejedor, una de cuyas

¹⁵⁰ Juan P. Ramos, “*Derecho Penal*”, Segunda Parte, T.VI, 2º edición, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 75.

¹⁵¹ Emilio Díaz, “*El Código Penal para la República Argentina*”, 5º ed, Librería y Editorial La Facultad, Buenos Aires, 1947, pág. 398.

¹⁵² J. H. Frías, “*Derecho Procesal*”, VI, p. 117 “*Este delito se realiza o comete mediante un acto material de apropiación*”.

¹⁵³ José Peco, “*Proyecto de Código Penal – Exposición de Motivos*”, op. cit., pág. 282/4.

¹⁵⁴ Eusebio Gómez, “*Tratado de Derecho Penal*”, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, T. IV, pág. 257.

¹⁵⁵ Mario A. Oderigo, “*Código Penal anotado*”, Buenos Aires, 1942, p. 231: “*El hecho... consiste en la apropiación de la cosa...*”.

¹⁵⁶ Enrique Ramos Mejía, “*La conducta punible en el delito de apropiación indebida*”, en “*Estudios de Derecho Penal*”, Edit. Ideas, Buenos Aires, 1947, p. 211.

¹⁵⁷ Gladys Romero, “*La acción típica en el delito del artículo 173 inciso 2º del C.P.*”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 1968-1, ps. 61 y ss. Que la apropiación indebida es un delito que requiere “*apoderamiento*”, vuelve a sostenerlo la autora en “*El perjuicio patrimonial en la estafa*”, en “*Estafas y otras defraudaciones*”, volumen II, dirigido por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000-2, pág. 116.

¹⁵⁸ De quien Peco dijo que puede reivindicar para sí la gloria de haber abierto horizontes a los estudios penales en la República Argentina, en “*La reforma penal argentina*”, pág. 15.

¹⁵⁹ Ramos, “*Derecho Penal*”, T. V I, op. cit. pág. 75. Algunas páginas más adelante, se refiere al libro de Ure como “*admirable trabajo jurídico*” -p. 105-.

fuentes fue, precisamente, el código penal francés. Vélez Sarfield se refiere a la posesión viciosa en el artículo 2364, siendo uno de sus supuestos el “*abuso de confianza*” como forma de adquirir la cosa mueble¹⁶⁰.

Sin embargo, como ya dijéramos, el proyecto de 1906 se apartó abruptamente de la tradición que, hasta entonces, venía designando al delito como “apropiación indebida”. Esta supresión, o mejor dicho la manera inexplicada en que se produjo, vino a brindarle a URE otro argumento para defender la nominación que postula en su imprescindible trabajo.

El autor citado, al brindar las razones por las cuales adopta el nombre de apropiación indebida, señala “*porque además de ser la que cuenta con mayor aceptación en la doctrina y legislación universales, presenta sobre el abuso de confianza –su primitivo nomen iuris, conservado en la terminología francesa- la ventaja de comprender los casos de apropiación indebida menor del artículo 175, incisos 1º y 2º. Así se le designa también en el proyecto Peco, y es la que más conviene a su naturaleza*”¹⁶¹.

En otro pasaje, criticado sin razón por NÚÑEZ, como ya se verá, URE remata su concepción señalando que la prueba de que, dentro de nuestra legislación, la esencia del delito consiste en la apropiación y no en la no restitución se demuestra con facilidad: “*no toda negativa o demora en la devolución bastan, sic et simpliciter, para constituir el delito, pues pueden concurrir causas que justifiquen tal comportamiento y eliminen la ilicitud del*

¹⁶⁰ El artículo 2364 del C.C. dice: “*La posesión será viciosa cuando fuere de cosas muebles adquiridas por hurto, estelionato o abuso de confianza; y siendo de inmuebles, cuando sea adquirida por violencia o clandestinamente; y siendo precaria, cuando se tuviese por un abuso de confianza*”. En consonancia con esta disposición, el artículo 2458 del C.C. prevé que la posesión se adquiere por abuso de confianza cuando el tenedor que está obligado a restituir la cosa intervierte unilateralmente su título, convirtiéndose en poseedor.

¹⁶¹ Ure, op. cit. pág. 13.

hecho, mientras que bastará comprobar que hubo ‘apropiación’, en la negativa o en la demora, para dar por integrado el tipo”¹⁶².

En definitiva, el autor propone en su trabajo la siguiente redacción para el delito: *“Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años el que, en perjuicio de otro, se apropiare de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, en cuya tenencia hubiese entrado por cualquier título”¹⁶³.*

Al explicar las ventajas del texto sugerido, URE dice que substituye el medio o la exteriorización *“se negare a restituir o no restituyera a su debido tiempo”*, por la acción típica que caracteriza el delito *“apropiarse”*. Asimismo, recomienda disminuir la pena; resalta el carácter jurídico del título *“tenencia”*, para evitar *“la actual anarquía terminológica”*, y reemplaza la enumeración casuística de los actos jurídicos productivos de la obligación por una expresión comprensiva de todos ellos *“cualquier título”*. De este modo, considera que el texto ayuda a simplificar la descripción, que igualmente sigue conteniendo todos los elementos de la figura.

En suma, las referencias históricas señaladas constituyen, indudablemente, un buen argumento -aunque no el único- para que los partidarios de la denominación tradicional defiendan el *nomen iuris* que, a su entender, corresponde asignar al ilícito analizado.

b) LA INEXPLICADA DESAPARICIÓN DE UN VERBO:

Que el verbo “apropiar” haya sido suprimido sin explicación alguna en el proyecto de 1906, y así pasara al código de 1921,

¹⁶² Ure, op. cit. pág. 96.

¹⁶³ Ure, op. cit., pág. 194.

proporciona a quienes defienden la denominación tradicional del delito un nuevo y convincente argumento.

URE señala que en la Exposición de Motivos del proyecto de 1906 nada se dijo acerca de la comentada eliminación, mientras que RIVAROLA, uno de sus autores, tampoco la explica en su *“Exposición y crítica del Código Penal”*, en la cual, no obstante la omisión apuntada, se encarga de denominar a la figura con el nombre de “apropiación indebida”¹⁶⁴.

Concluye el autor que venimos citando, que el legislador no quiso introducir una alteración sustancial en el delito, pues tratándose de un cambio tan fundamental lo hubiese manifestado expresamente y hubiese dado las razones *“de una modificación que tanto afectaría la estructura jurídica del delito”*. En consecuencia, atribuye URE la supresión del verbo que caracteriza la figura a una *“defectuosa interpretación que la jurisprudencia nacional había hecho de este delito”*¹⁶⁵.

Esta anotación es cuestionada por SOLER. El eminente jurista, si bien reconoce la predominante tendencia de hacer consistir el delito en la apropiación, advierte que no ve *“contradicciones jurídicas internas en nuestra ley, derivadas del hecho de acordar a la disposición el sentido de las palabras con las que se expresa”*; y acota que para apartarse del sentido gramatical de una frase *“es necesario mostrar que conduce a una contradicción jurídica, es decir, a una colisión de normas vigentes”*. Incluso se permite señalar, a pie de página, que *“no hay que llamar error a cualquier desviación de la doctrina, por famosa que ésta sea. Lo importante es que el legislador no sancione cosas imposibles o contradictorias o incompatibles,*

¹⁶⁴ *“Exposición y crítica del código penal”*, II, pág. 367, citado por URE en op. cit. pág. 93.

¹⁶⁵ Ure op. cit. pág. 93.

*nada de lo cual ocurre en el presente caso”. Y agrega: “podrá preferirse, de lege ferenda, otro sistema; pero ello no exime de estudiar la lex lata”*¹⁶⁶.

Resulta interesante y novedosa la observación que sobre la redacción del artículo hace POLITOFF, la cual no hemos visto comentada por ningún autor argentino. Señala el jurista chileno que nuestro código de 1886 (art. 203 inc. 3º) definía la apropiación indebida del mismo modo que la ley española de 1870, con una leve salvedad: se alteró el orden de la proposición, de manera que el giro *“nieguen haber recibido”*, que en el código español figuraba al término de la descripción, pasaba en el precepto argentino a encabezarla. Este sistema se mantuvo en el proyecto de 1891. Y dice: *“Se nos ocurre que este matiz, vacuo en apariencia, puede haber determinado la extraña fisonomía que el tipo legal comentado adquirió en el código de 1906 y en el de 1922. En efecto, el primero de estos textos hizo desaparecer las expresiones tradicionales ‘apropiare o distraer’, restando sólo la fórmula omisiva ‘negare haber recibido’ del molde original, extendiéndosela a ‘se negare a restituir o no restituyere’. La ley de 1922, por curiosa paradoja, suprimió la controvertida locución ‘negare haber recibido’, pero manteniéndose las demás derivaciones omisivas”*¹⁶⁷.

c) LA POSTURA DE RAMOS:

Señala RAMOS que el texto argentino ha sido casi calcado del código español, y tras comparar las disposiciones de los códigos italiano, francés y español con el argentino, se pregunta *“¿dónde está la diferencia?”* *“No existe”* -responde-. Y agrega que ni siquiera hay diferencia de matices. *“En consecuencia -prosigue-, es éste uno de los pocos casos en que podemos utilizar para elaborar un concepto, la doctrina y jurisprudencia francesa e*

¹⁶⁶ Soler, *“Derecho Penal Argentino”*, T. 4, op. cit., pág. 428.

¹⁶⁷ Politoff, op. cit., pág. 55, nota 152.

italiana, máxime que en España y en nuestro país el delito que acrimina el artículo 173 inciso 2º carece de elaboración doctrinaria y jurisprudencial”.

Al referirse a diversas cuestiones doctrinarias, a su criterio “no resueltas por el código”, se pregunta si “¿es suficiente la simple negativa de entregar la cosa?” -y responde- “el código únicamente dice se negare a restituir. Sin embargo, si bastara la simple negativa, estaríamos en presencia de un delito formal, lo cual no es exacto”¹⁶⁸.

No compartimos el punto de vista del autor. Tan cierto es que la figura incrimina la no restitución, como que a la par reclama una consecuencia derivada de dicha omisión: la producción de un perjuicio a otro. La distinción entre delitos materiales y formales no se superpone totalmente, como anota SOLER, con la que separa los delitos en delitos de daño y de peligro¹⁶⁹, pero indudablemente está muy próxima¹⁷⁰. Según FONTÁN BALESTRA, la clasificación mencionada en primer término (materiales/formales) “reclama” la segunda categoría (daño efectivo/potencial)¹⁷¹.

Hay autores que optan por darle otro nombre a esta clasificación. RUSCONI habla de “tipos de resultado y de mera actividad” y “tipos de lesión y de peligro”, que se corresponden con las categorías antes mencionadas. “En los delitos de resultado existe una separación física y temporal entre la acción misma y la producción del resultado que se quiere

¹⁶⁸ Juan P. Ramos, op. cit. pág. 76.

¹⁶⁹ Soler, op. cit., T. 2, pág. 195.

¹⁷⁰ Eugenio R. Zaffaroni advierte que no debe confundirse la clasificación de tipos penales de daño y de peligro con la de delitos de resultado material y de mera conducta. Explica que a la lesión al bien jurídico se la suele llamar, “*criticablemente*”, ‘resultado jurídico’ y es necesaria en el tipo, en tanto que la individualización de un resultado material determinado es contingente, en “*Tratado de Derecho Penal, Parte General*”, T. III, Ediar, Buenos Aires, 1981, pág. 258)

¹⁷¹ Carlos Fontán Balestra, “*Tratado de Derecho Penal*”, T. I, 2º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 489.

evitar”. Esta separación “no existe en los delitos de mera actividad, en los cuales el proceso lesivo del ejercicio de la acción no puede escindirse del mismo resultado”¹⁷².

En palabras de FONTÁN BALESTRA, los delitos materiales “son aquellos cuya consumación requiere un resultado distinto en el tiempo del movimiento corporal constitutivo de la acción propiamente dicha”. Los delitos formales, en cambio, “son aquellos en los que el resultado coincide en el tiempo con la acción”¹⁷³.

Por su parte, DONNA, que comparte la misma denominación empleada por RUSCONI y ZAFFARONI, explica que dentro de la clasificación de los delitos según la exigencia o no de resultado se encuentran los delitos de resultado y los de acción o de mera actividad. Los primeros, a su vez, pueden dividirse en delitos de lesión o de peligro. A diferencia de los de resultado, los de acción se configuran con la sola realización de una conducta, sin exigir ningún resultado material ni de peligro respecto del bien jurídico protegido¹⁷⁴.

En suma, una correcta y no parcializada interpretación del artículo permite advertir que es incorrecto categorizar de “formal” al delito de

¹⁷² Maximiliano Rusconi, “Derecho Penal, Parte General”, 2º edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pág. 369. Zaffaroni, si bien recoge la misma clasificación -“delitos de resultado y de mera actividad”-, no deja de señalar que la denominación “no es exacta, porque no hay tipo penal que no exija que algo se produzca en el mundo (resultado) y lo cierto es que revelan una confusión de niveles (fáctico y legal)”, en su “Estructura básica del derecho penal”, Ediar, Buenos Aires, 2009, pág. 85. Bacigalupo participa de esta misma crítica al afirmar que dicha clasificación “es cuestionable, ya que hay delitos de peligro que, en verdad, difícilmente pueden diferenciarse de los de actividad”, en “Derecho Penal, Parte General”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pág. 167.

¹⁷³ Carlos Fontán Balestra, op. cit. T. I, pág. 490.

¹⁷⁴ Confr. Edgardo Alberto Donna, “Derecho Penal, Parte General”, T. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 391.

omisión fraudulenta de restitución. A nuestro modo de ver, conforme se explicará *infra*¹⁷⁵, se trata de un delito de resultado y de daño.

En otro orden, al abordar el siempre arduo problema de probar el “*ánimo de apropiarse*”, RAMOS señala que cuando la persona se niega a la restitución de una cosa o no la restituye a su debido tiempo -que son, agregamos nosotros, los únicos verbos típicos de la figura- existe a su criterio “*simplemente una presunción*” y añade: “*la persona que se niega a restituir, indiscutiblemente se apropia de la cosa, pero puede alegar un derecho sobre esa cosa (de retención, por ejemplo). Por eso existe solamente una presunción*”¹⁷⁶.

Tampoco coincidimos con este otro enfoque del autor. Como a su criterio el delito consiste en una “*apropiación*”, que obviamente es algo más que no restituir, porque reclama un “*ánimo*” enderezado a adueñarse de la cosa, a la mera omisión de restituir no la considera más que una simple “*presunción*”. Sin embargo, sin lograr aclarar su pensamiento, el autor de inmediato agrega que la negativa a restituir “*indiscutidamente*” implica apropiarse de la cosa -con lo cual la “*presunción*” parece quedar rápidamente a un lado-, y es entonces cuando hace depender la configuración del tipo en una eventual causal de justificación.

Si bien volveremos sobre el tópico más adelante¹⁷⁷, lo que hace RAMOS es, nos parece, superponer planos que en verdad no deberían tocarse, no al menos en esta preliminar etapa del análisis dogmático. Ello, sin dejar de mencionar que el criterio argüido por el autor sería igualmente aplicable, no ya para la mera omisión de restitución, sino para cualquier caso de presunta apropiación. Así, el obligado a restituir que presta la cosa a un

¹⁷⁵ Ver capítulo X.

¹⁷⁶ Juan P. Ramos, op. cit. pág. 78.

¹⁷⁷ ver capítulo XII.

tercero, quien finalmente la extravía, podrá alegar un caso fortuito o falta de dolo. Como se ve, son aspectos que no inciden para considerar la completatividad del tipo penal, sino en un posterior análisis sobre su antijuricidad y, en definitiva, sobre la tipicidad subjetiva del agente.

Al margen de la postura de RAMOS y de las observaciones de URE, en cuanto adjudica la eliminación del verbo a un error legislativo, y sumado a la importancia que le asigna este último autor a los antecedentes históricos de la figura, creemos posible arrimar otro argumento que avala la tesis propiciatoria del nombre “*apropiación indebida*”, el cual exponemos a continuación.

d) EL NÚCLEO COMÚN DE ESAS REFLEXIONES:

No se discute que el *furtum*, del cual proviene en sus orígenes la apropiación indebida, reclama una inequívoca noción de apoderamiento. Ambas figuras, por lo demás, versan sobre el mismo objeto: cosas muebles ajenas¹⁷⁸. Las similitudes son tales que algunos autores, como ANTOLISEI, tienen una concepción más cercana al hurto, al extremo de tratar ambos delitos uno al lado del otro, y calificar de “*fragilísima la distinción tradicional entre ambas figuras en base a lo fraudulento del modo comisivo*”¹⁷⁹. Por su parte, BINDING, considera la apropiación indebida como una variedad del hurto, criterio que comparte WELZEL, al destacar la dependencia conceptual de ambas figuras¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Ciertamente es que las similitudes entre ambos delitos se hacen más patentes en los hurtos domésticos o cualificados por el abuso de confianza, como hace notar Quintano Ripollés, op. cit. pág. 873.

¹⁷⁹ Antolisei, “*Manuale, Parte Speciale*”, T. I, párr. 56, citado por Quintano, pág. 877.

¹⁸⁰ Binding, *Lehrbuch*, pág. 143; *Die Normen*, t. II, pág. 539, y Hans Welzel, *Deutsches Strafrecht*, citados ambos por Gladys Romero, en “*La acción típica en el delito del artículo 173 inciso 2º del Código Penal*”, op. cit., pág. 61 y ss..

Entre nosotros, ROMERO, siguiendo las enseñanzas de URE, se ocupa de destacar las analogías entre la apropiación indebida y el hurto, del cual se fue desglosando la primera. Señala la autora que la figura acuñada en el artículo 173 inciso 2º es la que menos se asemeja a una defraudación, y que en “puridad” se trata de un tipo que, mediante pena, buscar proteger la propiedad de las cosas muebles. El sujeto activo, explica, con su acción tiende a lesionar la propiedad del sujeto pasivo, adueñándose de la cosa, cuyo carácter de ajena se expresa en el caso, y de la que sólo tiene legítimamente la posesión o tenencia. Resalta a su vez que en el artículo 162 se sanciona el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena. Reflexiona ROMERO que en ambos casos se trata de proteger el derecho a la propiedad de las cosas muebles, de colocarlas “*extramuros del ánimo de apropiación del sujeto activo, extramuros que tiene a la pena como centinela*”.

De acuerdo con la misma autora, el inciso 2º del artículo 173 y el artículo 162 poseen una “*misma figura rectora*”, por lo que el dolo de adueñarse de una cosa mueble ajena puede corresponder a ambas figuras, ya que, a mayor abundamiento, en ambas subsiste el requisito de ajenidad, consignado de manera expresa en ambos tipos penales.

Siendo la apropiación la acción típica del delito, concluye ROMERO, “*sólo cabe interpretar la expresión ‘no entregare o no restituyere’ contenido entre comas, como manifestaciones externas de la apropiación, esto es, pruebas o presunciones de iure del apoderamiento ya consumado. Entendemos entonces que ‘no entregare o no restituyere’ carece de trascendencia típica, dado que el hecho equivale pura y simplemente a la apropiación, siendo por tanto un agregado estructuralmente intrascendente y que sólo revela, en última instancia, el ánimo del sujeto de adueñarse de la cosa*”¹⁸¹.

¹⁸¹ Gladys Romero, “La acción típica en el delito del artículo 173 inciso 2º del Código Penal”, op. cit..

V.4. LA CONSIDERACIÓN GRAMATICAL DE TERÁN

LOMAS:

Sabido es que uno de los modos aceptados de interpretación consiste en guiarse exclusivamente por los verbos típicos empleados por el legislador. Éste método, puramente gramatical, ha llevado a muchos autores y fallos a defender a ultranza la denominación de “retención indebida”. Con ayuda del método lógico-abstracto pretenden agotar el estudio de la figura delictiva en las palabras desnudas del texto legal.

Es el caso de TERÁN LOMAS¹⁸². Para el jurista cordobés, en crítica alusión a la obra de URE, “*el texto de la ley es al que debemos atenernos*”, agregando, con cita de Kelsen y García Maynez, que “*lo susceptible de interpretación lo constituyen las formas expresivas empleadas por el legislador*”. Es más, considera que quienes creen ver en la figura una apropiación indebida incurrir en una interpretación analógica.

En la vereda opuesta, RAMOS MEJÍA explica que la clara noción de apoderamiento que emerge de la figura madre (*furtum*), los antecedentes extranjeros y la inexplicada supresión del verbo en nuestros antecedentes nacionales hicieron plausible la posición de quienes sostienen, como URE, que el delito debe ser llamado “apropiación indebida”. Además de ello hay otros argumentos, igualmente convincentes, que avalan dicha concepción¹⁸³.

Uno de ellos consiste en recurrir a un método adecuado de interpretación que, claro, no es el gramatical. Es en éste terreno en el que el

¹⁸² Roberto A. M. Terán Lomas, “*El tipo legal del art. 173 inc. 2º del Código Penal*”, en Revista del Colegio de Abogados, Rosario, t. XV, año 1944.

¹⁸³ Enrique Ramos Mejía, “*La conducta punible en el delito de apropiación indebida*”, op. cit., pág. 203.

autor citado refuta al jurista cordobés. RAMOS MEJÍA adhiere sin vacilaciones a la posición que considera que el delito se comete con la apropiación indebida de la cosa sometida a la obligación de reintegro. Señala que es indispensable determinar el verdadero objeto cuyo conocimiento se persigue, precisar el método apropiado y fijar el papel que juegan las normas legales y la valoración del juzgador. Sólo así se podrá dilucidar con acierto el aspecto particular del delito analizado.

RAMOS MEJÍA critica a quienes utilizan el método lógico-abstracto, señalando que al dejar de lado la valoración de aquella conducta que la norma legal describe y delimita “*se arriba a una solución fría y abstracta, apegada sí mecánicamente a los signos expresivos de la ley, a las palabras con que la norma enuncia en su faz gramatical, pero alejada de toda realidad, de toda comprensión valorativa de la acción concreta que la ley penal castiga como actuación personal del delincuente*”. Asimismo señala que el primer error en cuanto al objeto los arrastra a un segundo error, metodológico, consistente en la aplicación exclusiva al derecho del método lógico abstracto y, dentro de tal orientación, del método gramatical. El empleo en exceso de este método, agrega el autor, “*conduce a tal postura racionalista a buscar el conocimiento del derecho con el acto meramente intelectual de desentrañar el significado de la ley a través de la autonomía gramatical de sus palabras, por lo que éstas son y significan en cuanto simples palabras*”. Y prosigue: “*sólo la gramática considera las palabras como palabras; en la ciencia del derecho, y ello es manifiesto después de las investigaciones de Husserl y su ulterior aplicación por la teoría egológica, las palabras no pueden desconectarse de toda significación, de manera que es imposible quedarse en el hecho de las palabras sin trascender a la esfera de las significaciones*”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Enrique Ramos Mejía, op. cit., con cita de Cossio, Carlos “*El substrato filosófico de los métodos interpretativos*”, en Universidad, junio de 1940, pág. 52.

V.5. SOLER Y SU NOCIÓN DE “RETENCIÓN INDEBIDA”:

SOLER se muestra partidario de la interpretación gramatical y, por ende, de la tesis de la “retención”. Este apego a la exégesis literal le vale el cuestionamiento de DONNA, para quien dicho criterio, como asimismo el expuesto por Núñez, se encuentra teñido de un “*positivismo exagerado*”¹⁸⁵. La posición adoptada por SOLER lo lleva a criticar a quienes pretendiendo transpolar la legislación y doctrina extranjera denominan “apropiación indebida” a nuestra figura. Sea cual sea la corrección de tales definiciones -anota- no parecería exento de riesgos aceptarlas como válidas, en principio, frente al texto de nuestra ley antes de su reforma por la ley 17.567. Como ya se dijo, el autor admite que de *lege ferenda* podría preferirse otro sistema, pero “*no exime de estudiar la lex data*”¹⁸⁶.

Para apartarse del sentido gramatical de una frase es necesario, a criterio del recordado jurista, mostrar que conduce a una contradicción jurídica, es decir, a una colisión de normas vigentes, siendo insuficiente mostrar una discrepancia con la teoría general. Por tal razón, sostiene que le resulta inválida la invocación de la doctrina extranjera, “y hasta resultaba equívoco llamarla *apropiación indebida*”. De hecho, se manifiesta “*firmemente convencido de que esa autoridad extranjera ha influido más de lo justo en los comentadores de la ley argentina*”¹⁸⁷. El delito

¹⁸⁵ Donna, Edgardo Alberto, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, T. II-B, Rubiznal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, pág. 370.

¹⁸⁶ Soler, T. 4, op. cit. pág. 427.

¹⁸⁷ Soler, op. cit. T. 4, pág. 440, nota n° 35.

*“debe llamarse retención indebida”*¹⁸⁸, porque consiste en no restituir a su debido tiempo, con perjuicio de otro, *“lo cual es menos que apropiarse”*¹⁸⁹.

Según entiende SOLER, es indiferente que la no restitución sea o no el resultado de una verdadera apropiación. Y pone el siguiente ejemplo: si un sujeto pidió prestado un libro por un mes e, interpelado, no lo devuelve en el tiempo debido, es indiferente que eso ocurra porque haya resuelto quedarse con él o porque lo haya prestado por dos meses a un tercero, con orden de devolverlo después a la biblioteca. Su conclusión es la siguiente: *“No cabe duda de que el autor no se ha apropiado; ha abusado, sí, de su tenencia, pero sin el ánimo de comportarse como dueño, pues constituyó al tercero en tenedor precario a nombre del propietario”*¹⁹⁰.

No obstante que la posición de SOLER pareciera no admitir dudas a favor de la denominación *“retención indebida”*, es evidente que el destacado tratadista advirtió, con la corriente doctrinaria y jurisprudencial entonces predominante, que el delito resultaba mejor definido, a su criterio, con el agregado del verbo *“apropiarse”*.

Así lo dejó demostrado a través de su proyecto de 1960 y en la reforma cristalizada años más tarde a través de la ley 17.567, en cuya redacción intervino el recordado jurista, por cuanto se agrega al artículo 173 inciso 2º el verbo *“apropiarse”* -además de mantener el *“no entregare”* y *“no restituyere a su debido tiempo”*-.

¹⁸⁸ La aseveración consignada pertenece a la edición que hemos consultado y que nos ha servido de guía -5º edición, reimpresión de 1994, que corresponde a la redacción del artículo conforme la ley 17.567-, pero en la 3º edición, de 1963, cuando regía el texto original, el autor no se expide en forma tan categórica: *“El delito puede llamarse retención indebida”*.

¹⁸⁹ Ya hemos dicho que es menos que apropiarse según qué parámetro se adopte. Si se mide por el grado de intervención de la ley penal, es más que apropiarse. Ver nota 132.

¹⁹⁰ Soler, op. cit. T. 4, pág. 428.

El tipo penal -no exento de críticas, como luego se verá-, quedó redactado de la siguiente manera: *“El que con perjuicio de otro se apropiare, no entregare o no restituyere a su debido tiempo, cosas muebles, dinero o valores ajenos, que tuviera bajo su poder o custodia por un título que produzca obligación de entregar o devolver”*.

En la Exposición de Motivos se expresa que *“las modificaciones tienden a aclarar que, como es indudable, el delito ya se comete apropiándose, así como también no entregando o devolviendo el objeto que se tiene”*.

SOLER¹⁹¹ da cuenta de que con la reforma el tipo penal abarca tanto la acción del que no devuelve en tiempo debido, como la del que en tiempo debido no entrega algo que le ha sido confiado para entregar, como la del que directamente dispone de la cosa como propia.

La sanción de la ley modificatoria 17.567 despertó fuertes críticas, como las efectuadas por GLADYS ROMERO. Señala la autora, entre otras objeciones que le merece la forma en que fue dictada la ley 17.567: *“{...por la circunstancia de haberse agregado al texto la expresión ‘apropriarse’, este verbo no puede dejar de ser el núcleo del tipo. En realidad, la reforma explicita algo que el artículo ya contenía según la mejor doctrina. En efecto, si antes, “no devolver o no restituir” significaba “apropriarse”, ahora nada ha cambiado, desde que se agregó una fórmula que en nada modifica el contenido de la disposición. Sin cambiar entonces el texto, por cuanto sólo se agrega expresamente lo que siempre se interpretó como*

¹⁹¹ Para profundizar el estudio de la figura Soler remite a la obra de Ure, quien sigue en el título la terminología italiana y *“acepta, en general, como aplicables a nuestra ley, la tesis de la doctrina extranjera, lo cual, en muchos respectos, no parece exacto”* (ver cita al pie nº 4 de p. 426).

implícito, la reforma pretende hacer decir lo contrario a lo sostenido por la jurisprudencia”¹⁹².

Asimismo agrega, luego de repasar los antecedentes de la figura: *“Llama entonces la atención que los reformadores, al pretender imponer un concepto dual de apropiación y simple retención, citen como fuentes nuestros antecedentes legislativos, donde precisamente la esencia del delito consistió siempre en la ‘apropiación’ y nunca en la simple retención”.*

Como es sabido, la ley 17.567 fue modificada luego por la 20.509, que vuelve al texto de 1921. Más tarde la ley 21.338 retoma la redacción establecida por la ley 17.567 y finalmente la ley 23.077 regresa a la versión del código de 1921.

Sin duda, la ley 17.567 vino a demostrar que para SOLER -y los demás redactores de la reforma-¹⁹³ el verbo *“apropiarse”* respeta más fielmente la esencia del delito. Empero, su criterio interpretativo, esencialmente gramatical, le impedía a SOLER reconocer tal posición mientras rigió el texto original del Código, el cual, como se dijo, omitió receptar dicha conducta, o mejor dicho, la eliminó expresamente.

¹⁹² Gladys Romero, op. cit.. La ley 17.567 fue, ciertamente, blanco de ásperas críticas. La más recordada tal vez sea la de Ricardo Núñez, *“El origen bastardo de una reforma”*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 1968, n° 1, pág. 29, donde alude al *“procedimiento reformativo clandestino”*. Sin ahorrarse críticas a Sebastián Soler señala: *“En una república no se respeta su derecho cuando la fuerza, ayudada por el saber de los eruditos, sustituye la fuente popular de la ley por una fuente autoritaria, porque procediéndose así, se somete a los ciudadanos a una norma que les es totalmente ajena”*. Remata diciendo: *“La ley 17.567 se ha preparado secretamente, sin discusión y examen y sin conocimiento de nadie”*.

¹⁹³ Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio. Este último autor, al preparar y actualizar la obra de Alfredo J. Molinaro, *“Los Delitos”* -Edit. Tea, Buenos Aires, 1996, pág. 417/8-, señala que *“consideraron la incorporación del verbo ‘apropiarse’, porque estimaron que él marca mucho más cumplidamente el momento consumativo. Es evidente que cuando el sujeto se apropió de la cosa (v.gr., cuando la vendió) cometió el delito. No hay que esperar el ‘debido tiempo’. Pero es mucho más claro colocarlo en el texto legal”*.

V.6 LA IMPORTANCIA DE LA OPINIÓN DE NÚÑEZ:

Al abordar el tratamiento de este delito advierte NÚÑEZ que en él, más que en ningún otro, se han esforzado los autores y los tribunales por transformar el tipo descrito en el artículo 173 inciso 2º, empenándose en denominarlo “*apropiación indebida*”. Más allá de que no se comparte íntegramente su visión acerca de la figura, discrepancias que iremos marcando en la medida de lo necesario, es mérito indiscutible del profesor cordobés haber denominado al delito “*omisión de restituir defraudatoria*”. Es ésta, nos parece, la designación que mejor se adapta al comportamiento típico acuñado en la figura bajo análisis.

No se priva NÚÑEZ de criticar severamente a RAMOS al sostener que la “*alteración del tipo del inciso 2º es otro desgraciado fruto de nuestro colonialismo en materia de interpretación jurídica, que no se justifica afirmando que ese tipo es esencialmente idéntico al francés y al italiano*”¹⁹⁴. Y agrega que ni conceptual ni jurídicamente apropiarse es lo mismo que “*negarse a restituir*” o que “*no hacerlo a debido tiempo*”. Para aclarar su postura indica que el que ha realizado actos de dueño sobre una cosa, como son los de prestarla o venderla, puede no negarse a restituirla y hacerlo a su debido tiempo después de recuperarla.

En contra de este criterio se pronuncia URE, para quien el delito en tal caso existió y quedó consumado con la disposición indebida que el agente llevó a cabo como dueño del objeto ajeno. Ello es consecuencia lógica de su visión sobre la figura, en cuanto la hace consistir en una apropiación indebida. Señala en tal sentido: “*la posterior recuperación es un post sin influencia alguna en el delito. Puede equipararse al resarcimiento voluntario del daño, y ha sido comparado al acto del ladrón que, una vez*

¹⁹⁴ Núñez, op. cit. pág. 370.

consumado el hurto, restituye el objeto sustraído al lugar en que se encontraba”¹⁹⁵.

En este punto, nos parece que es la propia norma la que brinda la clave para comprender ambas posiciones. Las acciones típicas consisten en “*negarse a restituir*” o “*no restituir a su debido tiempo*”. Como se verá en profundidad más adelante, la disposición no prohíbe hacer algo (con la cosa), sino que manda a hacer algo: restituir. La posibilidad de diferir el cumplimiento de la obligación (restituir a su debido tiempo) prevista expresamente en el artículo, a diferencia de la restante conducta incriminada, no le impediría al obligado prestar o vender la cosa, como predica NÚÑEZ, con la condición de recuperarla y devolverla a su debido tiempo¹⁹⁶.

La tenencia legítima de la cosa en poder del agente¹⁹⁷ y la obligación que asume de devolverla en un plazo bilateralmente acordado es lo que distingue la conducta omisiva contemplada en el artículo 173 inciso 2º, de la figura del hurto¹⁹⁸. De allí que, a nuestro entender, no sea del todo exacto asimilar la acción de quien se apodera de una cosa, que luego recupera y devuelve, con la de quien teniendo una cosa lícitamente en su poder, dispone de ella y la restituye en el momento indicado. Sólo en el primer caso habrá delito (hurto consumado).

De más está decir que si el agente destruye la cosa, o lleva a cabo actos que implican la imposibilidad de recuperarla, incurrirá en el

¹⁹⁵ Ure, op. cit. pág. 138. De la misma idea es Eusebio Gómez, “*Tratado de Derecho Penal*”, op. cit. pág. 255.

¹⁹⁶ Este supuesto permite trazar cierto paralelismo con el delito de insolvencia procesal fraudulenta, en el que el deudor efectivamente lleva a cabo actos de disposición patrimonial con el fin de insolventarse, pero a la sazón, debido a la existencia de un plazo legalmente acordado, cumple con la posterior sentencia condenatoria, eximiéndose así de quedar alcanzado por la figura del artículo 179, 2º párrafo del Código Penal.

¹⁹⁷ Tenencia que presupone la tradición previa de la cosa en los términos del artículo 2377 del Código Civil.

¹⁹⁸ En el capítulo XIV se analizarán con mayor detenimiento las diferencias que existen con el hurto.

delito de omisión de restitución cuando, de acuerdo con las modalidades contractuales específicamente acordadas, llegue el momento de devolver la cosa y no lo haga.

NÚÑEZ hace notar que el proyecto de 1960 introdujo en el artículo 221, a la par de la acción de apropiarse, la de no entregar o restituir a su debido tiempo, con lo que no sólo niega la identidad de ambas conductas, sino que no descalifica científicamente a la segunda. Y agrega: *“Salvo el Dr. Ure, el artículo fue aprobado por la Comisión Revisora, la cual, subrayando más la distinción, señala que el título “apropiación indebida” del Anteproyecto resulta equívoco, y por esto propone y obtiene el de “apropiación y retención indebida”*¹⁹⁹.

En crítica a URE, el maestro cordobés considera insuficiente el argumento de que *“no toda negativa o demora en la devolución bastan...pues pueden concurrir causas que justifiquen tal comportamiento y eliminen la ilicitud del hecho...”*. Señala que esta reflexión tiene defectos, porque implica confundir la acción punible con su justificación. Además - sostiene- la punibilidad de un acto de apropiación también puede ser excluida por una causa de justificación, por ejemplo, por el ejercicio de un derecho fundado en sentencia o por un estado de necesidad.

De opinión contraria es RAMOS MEJÍA quien, a semejanza de URE, explica que no puede concluirse sin más en que cualquier negativa o falta de restitución constituye defraudación, *“pues pudiendo ser y siendo en verdad numerosas las formas u ocasiones en que no se reintegran en la realidad las cosas recibidas con obligación de devolver en las condiciones supuestas por la disposición, que debe el juez valorar las*

¹⁹⁹ Núñez, op. cit. pág. 370, nota 14, con remisión al “Proyecto de Código Penal”, Buenos Aires, Imprenta del Congreso, 1961, pág. 111.

circunstancias de hecho para decidir sobre la existencia de delito”²⁰⁰. Y para dar más fuerza a su razonamiento se pregunta el autor: ¿se castigaría acaso aquella falta de restitución que obedeciera a una simple demora o a un olvido involuntario?, ¿acaso se crearía también alguna especie de falta de restitución culpable? En definitiva, concluye que la defraudación en estudio se constituye cuando existe una verdadera “apropiación” de la cosa recibida con cargo de devolución.

En otro trabajo RAMOS MEJÍA explica que trasladar el momento consumativo a los instantes posteriores a la apropiación implica agregar a los elementos típicos del delito una “*condición nueva, atípica, extraña a las previsiones del legislador y a la cual éste no se ha referido. Tales circunstancias posteriores serán la prueba de la infracción, pero nunca podrán ser consideradas como constitutivas de su consumación*”²⁰¹.

ROMERO se hace cargo también del cuestionamiento lanzado por NÚÑEZ y si bien destaca el acierto de la crítica, pues la afirmación de URE parecería confundir el plano de la acción con el de la antijuricidad de la acción, observa que no es preciso ser “*demasiados rígidos en afirmaciones como ésta, olvidando que para Binding y los hegelianos, ‘el concepto de acción del lenguaje común no existe siquiera’ entre los objetos jurídicos, y sólo puede hablarse de una ‘acción imputable’ en el sentido dado por ellos a la imputación*”²⁰². En suma, concluye ROMERO que la opinión de

²⁰⁰ Enrique Ramos Mejía, “La conducta punible en el delito de apropiación indebida”, op. cit., pág. 211.

²⁰¹ Enrique Ramos Mejía, “Momento consumativo y competencia territorial en el delito de apropiación indebida”, en “Estudios de Derecho Penal”, Edit. Ideas, Buenos Aires, 1947, p. 103.

²⁰² Gladys Romero, op. cit. Nos recuerda Donna que el concepto de acción de los hegelianos era un concepto valor que encerraba toda la imputación penal, de manera que la acción y la imputabilidad eran una misma cosa (confr.. Donna, Edgardo, “Teoría del delito y de la pena”, T. 2, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 4 y ss). La teoría de la imputación fue luego abandonada, pasando la acción a concebirse como “*un algo que es posible conocer y caracterizar sin que el sujeto aporte nada de su parte*”, siendo Luden el autor que parte de la causalidad natural como criterio esencial de imputación, dejando a un

URE es equivocada si se la analiza partiendo del concepto natural de acción que sigue Núñez, pero no lo sería, quizás, desde un concepto distinto, aunque en su trabajo no explica cual podría ser, de todos los elaborados por la dogmática penal²⁰³.

La crítica de NÚÑEZ a URE, en cuanto a que confunde la acción punible con su justificación²⁰⁴, no nos parece del todo acertada. No hay confusión entre ambos conceptos (acción/antijuricidad), en tanto no se hallan en planos superpuestos y en todo caso tal binomio cobra relevancia en

lado las tesis hegelianas, como nos lo recuerda Jesús M. Silva Sánchez (“*El delito de omisión. Concepto y sistema*”, 2º edición, Editorial B de F SRL, Uruguay, 2003, p. 6). Dicho autor, por lo demás, explica que el concepto de omisión surge en el tipo; consiguientemente, cabe la existencia de omisiones justificadas que, por ello mismo, no infringirían norma alguna. Cabral, por su parte, recuerda que para Binding “*no hay ilicitudes inculpables*”, lo cual equivale a decir que toda antijuricidad para ser tal debería ser, además, culpable (Luis Cabral “*Compendio de Derecho Penal, Parte General*”, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 95). Francisco Muñoz Conde explica que de la mano del neokantismo comenzó a resquebrajarse la tajante separación entre antijuricidad y culpabilidad. En algunos delitos, como el hurto y la injuria, era imposible calificar la acción como antijurídica, si no se recurría, desde el primer momento, a determinados elementos subjetivos: el ánimo de apropiarse de la cosa mueble en el hurto, el *animus injuriandi* en la injuria (“*Introducción al derecho penal*”, 2º edición, Editorial B de F, Montevideo, 2003, pág. 260).

²⁰³ Cabe recordar que el naturalismo, como el finalismo, es una de las concepciones negativas de la omisión. Desde este enfoque la omisión, como hecho externo, es la nada, el no-ser. Para Beling es la inactividad corporal voluntaria. Para v. Liszt y Radbruch es no hacer algo posible y determinado -citados por Silva Sánchez, op. cit. pág. 25-. Asimismo, también vale afirmar que a la par existe un nutrido grupo de posiciones doctrinales que atribuyen a la omisión un contenido de sentido trascendente al mero no hacer algo, que son calificadas como “concepciones positivas” por Silva Sánchez, entre ellas, la teoría de la expectativa, o la teoría de la acción esperada, desarrollada por los neokantianos, entre ellos Grispini y Mezger, citados por Ure, en “*La omisión en derecho penal*”, en L.L., t. 34, 1944, pág. 1099/05; como asimismo von Liszt y von Hippel, mencionados por Luis Jiménez de Asúa, en su “*Tratado de Derecho Penal*”, T. III, Editorial Losada, Buenos Aires, 1951, pág. 347, quien también se muestra ferviente partidario de la teoría. La “acción esperada” es tomada, por cierta doctrina, como “*expectativa deóntica*” (sólo se pueden omitir aquellas cosas que se pueden hacer), conforme Ernesto Garzón Valdés, Norberto E. Spolansky, Carlos S. Nino y María E. Urquijo, “*Lenguaje y acción humana*”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, págs. 91 y ss.

²⁰⁴ Recordemos que Ure expresa, en cuanto es blanco de la crítica formulada por Núñez, que “*no toda negativa o demora en la devolución bastan ...pues pueden concurrir causas que justifiquen tal comportamiento y eliminan la ilicitud del hecho*”.

el ámbito de la culpabilidad²⁰⁵. “*El externo encuadramiento de una acción a su figura no es más que el primer paso*”, reflexiona con acierto SOLER, porque es necesario en cada caso verificar si el hecho examinado, “*además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario*”²⁰⁶. En palabras de ZAFFARONI, la tipicidad penal (antinormativa) no pasa de ser un “*indicio de antijuricidad*”, punto con el cual concuerda SOLER, al señalar que los preceptos permisivos capaces de destruir ese indicio no proceden sólo del campo penal, “*sino de cualquier parte del ordenamiento jurídico*”, es decir, del orden jurídico en su totalidad²⁰⁷.

Cierto es que conforme con el principio lógico de no contradicción²⁰⁸, según el cual una misma cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, la pregunta por la antijuricidad o justificación de una conducta concreta se formula y responde a partir del orden jurídico total, como acabamos de decir. Dicha conducta será conforme o contraria a derecho para todas y cada una de sus ramas. La justificación se halla remitida a la totalidad del ordenamiento jurídico en virtud de lo normado por el artículo 34 inciso 4º del Código Penal²⁰⁹. Así, si el ordenamiento jurídico concede a una persona el derecho de retención (artículo 3939 del Código Civil), sería inadmisibles que esa persona cometiera a la vez el delito de retención indebida. Lo mismo que no incurriría en el delito de privación ilegítima de la libertad el juez que, en cumplimiento de un deber, dictara la prisión preventiva de un

²⁰⁵ Quizás resulte interesante destacar que existen algunos tipos penales que contienen elementos condicionantes de verdaderas causas de justificación, con validez para un determinado delito, como por ejemplo el artículo 86 del Código Penal (aborto terapéutico).

²⁰⁶ Soler, “*Derecho Penal*”, op. cit. T. 1, pág. 391.

²⁰⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, “*Tratado*”, T. III, op., cit., pág. 562.

²⁰⁸ El cual ofreciera para Zaffaroni cierta dificultad de encuadramiento, pues lo considera “*metalegal*” en su “*Teoría del Delito*”, Ediar, Buenos Aires, 1973, pág. 449 (en la cual puede verse un profundo estudio de los tipos permisivos), pero ocho años más tarde, en su Tratado, y por las mismas razones (“*porque se deriva de la más primaria de las exigencias del fenómeno jurídico*”), expresa que “*no puede considerarse metalegal*”.

²⁰⁹ Confr. “*Teoría del Delito*”, de Jorge Frías Caballero, Diego Codino y Rodrigo Codino, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 253 y ss.

imputado. También estaría justificada la acción del poseedor o tenedor de un inmueble que repeliera una invasión ilegítima del fundo, conforme lo establecido en el artículo 2470 del Código Civil²¹⁰.

De allí que la objeción presentada por el profesor cordobés a la postura de URE, en cuanto le atribuye confundir la acción típica con su justificación, no parece ser acertada. De hecho, y salvando la distancia, lo mismo cabría decir, por ejemplo, del funcionario público que omite ejecutar una orden que considera ilegal. Es probable que quien no restituya la cosa ajena, como el funcionario del ejemplo, deban soportar la formación de sendos sumarios penales en su contra -por presunta infracción a los artículos 173 inc. 2º y 248 del Código Penal-, como asimismo es probable que la defensa de ambos radique en probar la concurrencia de una causa de justificación, la cual, acreditada, los eximirá de pena -pero no se habrán deslizado equívocos entre acción típica y su justificación, sea por el ejercicio de un derecho, por el cumplimiento de un deber o por la incidencia invencible de un error-.

A pesar de las críticas efectuadas a la denominación “*apropiación indebida*”, y aunque a su criterio traduce mejor el concepto legal, para NÚÑEZ el delito tampoco consiste en una “*retención indebida*”. La idea de retener, que alude al hecho de conservar o guardar la cosa, puede ser excedida por la idea del inciso 2º, ya que, “*verbigracia, no restituye, aunque no retiene la cosa, el que la ha destruido o abandonado*”. De acuerdo con el autor citado, se trata en verdad de una “*omisión de restituir defraudatoria*” y aclara que el delito es una violación, cometida por la falta de

²¹⁰ Debe recordarse asimismo lo dispuesto por el artículo 1071 del Código Civil, en cuanto establece que “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto*”. En idéntico sentido, Soler explica: “*La norma es siempre el resultado de la interpretación integral y unitaria de la voluntad del derecho*” (“*Derecho Penal*”, op. cit. T. I, pág. 130).

restitución, del deber de entregar o devolver establecido por el título de entrega²¹¹.

En suma, NÚÑEZ descarta tanto la apropiación -el agente puede prestar o vender y luego recuperar y restituir la cosa a su debido tiempo-, como la retención -pues quien destruyó o abandonó la cosa no retiene-. Prefiere, en cambio, la denominación de omisión de restitución defraudatoria, con la cual nos parece se aproxima a la comprensión más cabal del tipo estudiado, más con las diferencias que se apuntan en este trabajo.

Ciertamente, una cosa es qué hace el agente con el objeto ajeno -circunstancia que no está descripta en la figura, es decir, puede hacer cualquier cosa, desde ocultarla hasta destruirla-, y otra cosa es lo que no hace: no restituirla o no entregarla; y es ésta omisión, precisamente, la que se halla punida por el legislador. Las conductas omisivas castigadas son las de no restituir o no restituir a su debido tiempo. ¿Y qué es lo que debe restituirse? La cosa mueble que haya tenido la obligación de entregarse o devolverse.

Por último, para NÚÑEZ el analizado es un delito de comisión por omisión. Ya nos referiremos a esta importante cuestión.

V.7. EL ANÁLISIS ACTUAL DE DONNA:

La opinión de DONNA también merece párrafo aparte. Al analizar los antecedentes de la figura, señala que conforme con la actual

²¹¹ Ya hemos dicho que Laje Anaya concuerda con Núñez al denominar el delito “*omisión defraudatoria*”. Dice el primero que esta infracción ha sido “*erróneamente llamada apropiación indebida*”. Abrazando una interpretación predominantemente gramatical, como su coterráneo Terán Lomás, el jurista cordobés comentado señala que el delito no requiere tanto como el autor “*se apropie*”. La razón “*es simple y sencilla: el tipo legal no requiere que el sujeto se apropie, y eso es todo*”. Agrega: “*de ahí que se comete un error, y se lo comete cuando se equipara este delito a la trufa*”. Laje Anaya también considera, como Núñez, que se trata de un delito de comisión por omisión, el cual tampoco consiste en retener, “*sino en omitir entregar lo que se debía entregar*” (op. cit., pág. 256 y ss-).

redacción la conducta típica es la no restitución, o la negativa a restituir a debido tiempo, resultando indiferente si el autor se ha apropiado de la cosa, la ha prestado temporariamente a un tercero o sólo ha resuelto quedarse con ella por un corto plazo. Sin embargo, al analizar la discusión doctrinal sobre la acción típica, DONNA, de manera antagónica, parece compartir la postura de quienes defienden la denominación de apropiación indebida, al punto de señalar que tal acto es de la “*esencia del delito*”; a la vez que desliza algunas críticas a quienes, como SOLER y NÚÑEZ, sostienen la tesis opuesta.

Explica que la discusión reviste gran importancia, pues de acuerdo con la solución que se adopte, una acción puede o no ser típica en un caso concreto. *“Tal es, por ejemplo, la hipótesis de quien deja en depósito a alguien una heladera por un mes, y a los diez días el depositario dona el electrodoméstico a una institución. En este caso, la consumación del hecho es al momento de la fecha de la donación -en que dispuso de la cosa como propia-, si se sigue la teoría de la apropiación. Pero, en cambio, recién se configuraría delito, según la otra posición, en el momento de la finalización del término fijado, previa intimación a devolver, y la no restitución consecuente”*. Y agrega a continuación que para la primera tesis el delito igualmente se consume con independencia de que luego se entregue o restituya la cosa, incluso en tiempo oportuno, situación ésta que también admite como posible NÚÑEZ, según ya viéramos²¹².

También DONNA cree, como NÚÑEZ, que estamos frente a un delito de comisión por omisión, cuestión que pasaremos a tratar de inmediato²¹³.

²¹² Edgardo Donna, op. cit. pág. 371.

²¹³ Sproviero también es partidario de la misma tesis, de considerar al delito como de “*comisión por omisión*”. Dice que “*surge de la actividad dolosa centrada en el autor, que elude la obligación a su cargo, omitiendo el cumplimiento de entrega de la cosa, por razón de una mentida titularidad que se desprende de su comportamiento como real titular de dominio o dueño del bien cuestionado*” (Juan H. Sproviero, “*Delitos de estafas y otras defraudaciones*”, T. 1, 2ª edición, Edit. Abaco, Buenos Aires, 1998, pág. 285).

VI. LA OMISIÓN COMO COMPORTAMIENTO TÍPICO

El relevamiento anterior y los planteos de fundamentación ya expuestos ponen en el centro del comportamiento típico la noción de omisión. Sin embargo, ya dentro de ese campo dogmático, la cuestión remite a la distinción entre omisión y comisión por omisión²¹⁴. En el tema, la doctrina penal ha asumido distintas perspectivas e, incluso, clasificaciones sobre el contenido de ambas denominaciones. En esto lo que interesa a los fines de la tesis presentada, es la naturaleza del comportamiento al que remiten las ideas de omisión y de comisión por omisión, respectivamente.

VI.1. LA DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA EN LA CIENCIA PENAL:

Las omisiones pueden diferenciarse entre sí de acuerdo a criterios muy variados. Incluso, hasta se halla en crisis la misma idoneidad de las expresiones “*propia e impropia*” como pauta de distinción entre las omisiones. JESCHECK propone como más adecuada la clasificación de omisiones simples y cualificadas²¹⁵. MIR PUIG, por su parte, prefiere

²¹⁴ Zaffaroni señala que, en estricto lenguaje, desde que se considera que la omisión impropia es una forma de omisión, es decir, una variable de tipificación de una acción que viola una norma enunciada preceptivamente “y no como se entendía antes, o sea, una variable de la violación a una norma enunciada preceptivamente, resulta claro que corresponde hablar de tipos propios e impropios de omisión o de delitos propios e impropios de omisión, y rechazar por errónea las denominaciones de ‘omisión propia e impropia’, y menor aún, la de ‘comisión por omisión’ o ‘comisión mediante omisión’”. De todas formas, el autor explica que no es necesario erradicar tales denominaciones, aceptando que han pasado a ser “los nombres de la problemática” (Eugenio R. Zaffaroni, Tratado, T. III, op. cit., pág. 459).

²¹⁵ Hans-Heinrich Jescheck, “Tratado de Derecho Penal, parte general”, op. cit., pág. 551.

llamarlas omisión pura y comisión por omisión²¹⁶. Se han propuesto soluciones bipartitas²¹⁷ y tripartitas.

a) Entre las primeras, figura el criterio normológico que establece el distingo sobre la base de que unas infringen un mandato y otras una prohibición²¹⁸. Dice SILVA SÁNCHEZ, cuestionando esta concepción, que si la omisión se ha definido como la no realización de una prestación positiva, está claro que se caracteriza por infringir una norma que, independientemente de su concreta formulación, expresa un contenido prescriptivo de mandato. *“Ninguna omisión puede, pues, llegar a infringir una norma de contenido materialmente prohibitivo: ello es indefendible”*²¹⁹.

ARMIN KAUFMANN, en crítica también a esta clasificación, sostiene que entre omisión y resultado no existe relación de causalidad alguna. En cualquier caso, todas las omisiones -tanto las propias como las impropias- infringen normas de mandato y no de prohibición²²⁰. De esta misma idea participan, entre nosotros, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR²²¹.

²¹⁶ Santiago Mir Puig, *“Derecho Penal, Parte General”*, 3º edición, PPU, Barcelona, 1990, p. 325.

²¹⁷ Cuestionadas por Silva Sánchez, por no proporcionar una caracterización suficiente de las distintas clases de omisiones, op. cit. pág. 400.

²¹⁸ Esta clasificación, sostenida entre otros por Binding, señala: *“El delito propio de omisión consiste sólo y exclusivamente en la infracción de un mandato y no tiene nunca ‘consecuencias reales’; el impropio infringe sólo y exclusivamente una prohibición, nunca un mandato y tiene siempre, cuando se consuma, consecuencias reales”* (Binding *“Normen”* II, 1, 1914, pág. 551). También adhieren a esta corriente Rodríguez Devesa y Serrano (PG, 1994, pág. 368): *“En los delitos de acción en sentido estricto se infringe una ley prohibitiva; los delitos puros de omisión consisten en la infracción de una ley preceptiva que manda hacer algo; en los delitos de comisión por omisión se infringe una ley prohibitiva mediante la infracción de una ley preceptiva”*. Ambos citados por Enrique Gimbernat Ordeig, *“La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)”*, en *“El derecho penal del siglo XXI, homenaje al Dr. Manuel Rivacoba y Rivacoba”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, p. 709.

²¹⁹ Silva Sánchez, op. cit., pág. 403.

²²⁰ Citado por Gimbernat Ordeig, op. cit. pág. 710.

²²¹ Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *“Derecho Penal, parte general”*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 547.

JESCHECK comparte el mismo criterio. Dice que no resulta viable esta distinción, conforme a la clase de norma violada (norma preceptiva o prohibitiva), pues en los delitos impropios de omisión el garante que omite la acción esperada sólo infringe el mandato de actuar y no simultáneamente la prohibición de la causación del resultado²²². Otro tanto ocurre con MIR PUIG, que también rechaza esta diferenciación, por el argumento de que no puede infringirse por un no hacer una norma que prohíbe actuar²²³.

GIMBERNAT ORDEIG lo explica con suma claridad. Manifiesta que la norma “*no matarás*” encierra también, en determinados casos, la norma preceptiva “*evitarás que otro muera*”. Si, como se deriva del sentido literal posible de las palabras, no existe inconveniente gramatical alguno en subsumir en el término legal “matar” tanto acciones como determinadas omisiones, si tanto “mata” el que mediante un disparo causa la muerte de otro, como la madre que no alimenta a su hijo hasta que muere, entonces es evidente que, como la expresión “matar” abarca tanto a acciones como a omisiones, la norma “no matarás” tiene que comprender, necesariamente, tanto la de prohibición que veda la ejecución de comportamientos positivos enderezados al resultado típico “muerte”, como la de mandato que ordena a la madre, por ejemplo, que ejecute acciones de cuidado para impedir que su hijo muera²²⁴.

Este criterio tampoco advierte la existencia de omisiones que, infringiendo claramente mandatos, es decir, realizando tipos legales de descripción negativa, no constituyen delitos ‘formales’ o de ‘mera desobediencia’, sino que resulta posible imputarles un resultado. Es, precisamente, el caso del artículo 173 inciso 2º.

²²² Jescheck, op. cit., pág. 552.

²²³ Mir Puig, op. cit. pág. 325.

²²⁴ Gimbernat Ordeig, op. cit. pág. 712.

b) Otro aspecto diferenciador de naturaleza jurídico-positiva (no material), propuesto por KAUFMANN, sostiene que es decisiva la tipificación legal expresa de la realización omisiva (omisión propia), sin importar si al sujeto se le imputa la producción de un resultado o, por el contrario, su vinculación al marco penal de un tipo comisivo (omisión impropia). Esta clasificación es juzgada por SILVA SÁNCHEZ útil pero insuficiente, y hasta incorrecta, si a partir de tal criterio pretende negarse la existencia de diferencias dogmáticas y materiales entre los delitos de omisión²²⁵.

c) Desde un punto de vista diferente -teórico-normativo- distingue entre omisiones propias, como las correspondientes a los delitos activos de mera actividad, y omisiones impropias, como aquellas equivalentes a los delitos de resultado. Según esta postura, la omisión impropia se correspondería con el delito comisivo de resultado, porque, si el hijo fallece, el resultado típico se le imputa a la madre, mientras que la omisión propia sería equivalente al delito comisivo de actividad, ya que, como esta categoría delictiva carecería de resultado externo y la realización del tipo se agotaría en el correspondiente movimiento corporal, de la misma manera el contenido delictivo de la omisión propia se agotaría también en la mera inactividad de no prestar auxilio.

De acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, en ningún caso se da una diferencia esencial jurídico-material que permita una distinción clara y con sentido. También advierte que en las omisiones propias, no sólo en las impropias, se dan deberes de evitación del resultado²²⁶.

²²⁵ Confr. Silva Sánchez, op. cit. pág. 403.

²²⁶ Silva Sánchez, op. cit. pág. 410.

GIMBERNAT ORDEIG, por su parte, explica que la distinción entre delitos de resultado y delitos de actividad debe ser rechazada. Todos los delitos tienen como objeto de protección un bien jurídico, por lo que es imposible que sin una modificación en el mundo exterior (sin un resultado) dicho bien pueda ser amenazado (delitos de peligro) o lesionado (delito de lesión).

En realidad, se diferencian porque en unos existe una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado (delito de lesión), y en otros el resultado siempre tiene lugar simultáneamente con la actividad desplegada por el agente (delitos de actividad)²²⁷. Contra esta postura se ha sostenido, además, que existen casos de omisión propia en los que se incluye el resultado como elemento de la realización típica²²⁸.

d) Un punto de partida distinto procura clasificar las omisiones a partir del círculo de sujetos. Se habla así de “*delito de omisión de todo el mundo*” y “*delito de omisión del garante*”²²⁹. SILVA SÁNCHEZ tampoco estima satisfactorio este esquema, pues conforme su opinión, al partir de una concepción material autónoma de la noción de garante se “*muestra insuficiente y errada como criterio clasificador*”²³⁰. Ya volveremos sobre esta clasificación.

e) Entre las propuestas de solución tripartitas, las cuales combinan criterios de diferente signo, cabe mencionar la de SÁNCHEZ TEJERINA, conocida por su teoría integral de la omisión, que abarca la

²²⁷ Gimbernát Ordeig, p. cit. pág. 715.

²²⁸ Silva Sánchez, menciona a Meyer, Schmitt, Novoa Monreal. El propio Silva Sánchez indica que “*son diversos los casos de omisiones expresamente tipificadas en que se produce la imputación de un resultado a la no realización de la acción ex ante indicada*”, (op. cit. pág. 410 y 411).

²²⁹ Silva Sánchez, op. cit. pág. 419.

²³⁰ Silva Sánchez, op. cit. pág. 420.

omisión simple, la comisión por omisión y la omisión espiritual o culpa²³¹; la de RODRÍGUEZ MOURULLO, que distingue entre delitos omisivos de mera conducta y de conducta y resultado, en los que la omisión se advierte como condición negativa no impeditiva del resultado²³²; y las de WELZEL y JAKOBS, quienes toman como punto de partida el criterio jurídico-positivo de la tipificación legal expresa. La tripartición resulta así, para WELZEL, de la distinción, dentro de las omisiones propias, de unas en las que basta con la no realización de la acción debida y otras que requieren además la producción del resultado no evitado. Para JAKOBS, los términos de esta segunda distinción son las omisiones propias equivalentes a la comisión o de garante, y no equivalentes a la comisión²³³.

f) De acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, ni las clasificaciones bipartitas ni las tripartitas resultan suficientes para proporcionar una caracterización completa de las realizaciones típicas omisivas. Sostiene que a tales efectos deben conjugarse diversas perspectivas: político-criminales, axiológicas, jurídicopositivas, estructurales. Asumiendo tal compromiso, el jurista español propone diversas posibilidades clasificatorias:

*Basadas en consideraciones de política criminal. Una fundada en la solidaridad general y otra de cuyo fundamento, en cambio, se halla en la asunción por el sujeto, en razón de circunstancias cualesquiera, de una base funcional específica, es decir, de una posición individual de responsabilidad cualificada, que puede denominarse de garantía.

*Consecuencia directa del enfoque propuesto en el apartado anterior, puede establecerse la existencia de omisiones que pueden

²³¹ Sánchez Tejerina “*Teoría*”, pág. 51, citado por Silva Sánchez, op. cit. pág. 422.

²³² Rodríguez Mourullo, “*La omisión*”, pág. 72, citado por Silva Sánchez, op. cit. pág. 423.

²³³ Welzel, “*Lehrbuch*”, 11^o edic. pág. 202 y Jakobs, “*Lehrbuch*”, pág. 640, citados ambos por Silva Sánchez, op. cit. pág. 424.

ser cometidas por la generalidad de individuos (menos graves), y otras que, por el contrario, sólo pueden realizar sujetos pertenecientes a un círculo determinado, caracterizado por la ostentación de cierto rol social o posición de responsabilidad (más graves). Aquí se ve, sin duda, un elemento de naturaleza valorativa.

*Mayor precisión puede alcanzarse si a la clasificación valorativa indicada precedentemente se superpone una distinción entre omisiones equivalentes a la comisión y no equivalentes, asentadas en consideraciones dogmático-estructurales.

* Un último criterio cuya complementación a los anteriores permite delinear de modo más completo las diferentes clases de omisiones, es el de naturaleza jurídico-positiva. En virtud de él cabe distinguir entre omisiones legalmente tipificadas en tipos de descripción negativa y aquella cuya tipificación se produce en preceptos de descripción positiva.

VI.2. LA PROPUESTA CLASIFICATORIA DE SILVA SÁNCHEZ:

Conjugando los criterios antes señalados, SILVA SÁNCHEZ tiene el mérito de haber propuesto una tripartición de las omisiones, en la que sugiere la introducción de una categoría de omisiones de gravedad intermedia (o “de garante”) entre las omisiones puras generales y la comisión por omisión²³⁴.

²³⁴ Sostiene que la codificación de las omisiones de gravedad intermedia como cualificaciones sobre los tipos de omisión pura permitiría tender el necesario puente entre las omisiones puras y una comisión por omisión concebida estrictamente, “*convirtiéndose en una de las exigencias más irrenunciables de una correcta política criminal de los delitos de omisión*” (Silva Sánchez, op. cit. pág. 476).

Concretamente distingue entre: a) “omisiones puras” o “simples” y b) “omisiones referidas a un resultado”.

a) Las primeras, en las cuales incluye las omisiones de garante, como enseguida se verá, son aquellas a las que no cabe imputar el resultado lesivo trascendente a la omisión, cuya no evitación ha venido dada por la no realización de la acción indicada. Esto es, se agotan en la aludida no realización. Las segundas se caracterizan, por el contrario, por la posibilidad de imputárseles el resultado lesivo que, al no realizarse la conducta indicada, no ha sido evitado²³⁵.

El autor señala que, a su vez, es posible distinguir dos grupos de omisiones puras: las “*omisiones puras generales*” (realizables por todos los que pudiendo llevar a cabo la acción indicada no la llevan a término) y las “*omisiones puras de garante*”. Entre estas últimas, a su vez, las que aparecen expresamente tipificadas como tales y aquellas otras que no se da dicha tipificación.

La existencia de las omisiones puras generales se debe a consideraciones de solidaridad general en aras de la protección de bienes jurídicos individuales. Todo este tipo de omisiones han de hallarse, además, expresamente tipificadas como tales en preceptos legales de descripción negativa.

²³⁵ Silva Sánchez, op. cit. pág. 431. La consistencia de esta caracterización, sin embargo, se ve disipada en el mismo texto del profesor español, por cuanto en diversos pasajes de su obra hace referencia a la existencia de omisiones propias que causan resultados materiales lesivos de bienes jurídicos. Así, en págs. 399, 401, 403. En contra es posible situar a Cabral, quien afirma, sin dar mayores precisiones, que “*los delitos de omisión pura nunca son de resultado*”, en “*Compendio de Derecho Penal*”, op. cit. pág. 53.

Frente a ellas, las omisiones puras de garante²³⁶ tienen su fundamento en la existencia de una base funcional específica. Ello determina que sólo puedan ser realizadas por un determinado círculo de sujetos caracterizados por la ostentación de una posición de responsabilidad especial. Se trata de omisiones de mayor gravedad que las generales. Poseen, a criterio del profesor español, gravedad intermedia²³⁷.

b) Las “*omisiones referidas a resultado*” se caracterizan todas por la posibilidad de imputárseles un resultado trascendente a la no-realización de la conducta indicada y que, a consecuencia de este hecho, no ha sido evitado por el sujeto. Esta categoría requiere un círculo restringido de autores. En ellas se incluyen las llamadas omisiones impropias.

Resulta interesante destacar que entre los delitos propios o impropios de omisión, según ZAFFARONI, media una diferencia en cuanto al autor: en los propios el autor puede ser cualquiera, no se requiere que se encuentre en ninguna relación especial respecto del bien jurídico penalmente tutelado. Permanece obligado por un general deber de ayuda o de solidaridad social. En cambio, en los tipos impropios de omisión, el autor se encuentre siempre en una relación *sui generis* respecto del bien. Y menciona incluso, a modo ejemplificativo, “*al obligado por un contrato a devolver*”²³⁸.

Por lo demás, conforme apunta GIMBERNAT ORDEIG, la calidad de garante no trae consigo, por sí sola, la existencia de un omisión

²³⁶ Con la terminología de ‘omisiones de garante’ se pretende diferenciar entre la concurrencia de una determinada posición de responsabilidad -garantía- y la existencia en ella de la gravedad suficiente para poderla castigar en comisión por omisión.

²³⁷ Tal el caso de la omisión contemplada en el artículo 195.3 del Código Penal español, en el cual se castiga una omisión de socorro por actuar precedente.

²³⁸ Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Tratado, T. III, op. cit. pág. 459. De la misma idea es Gimbernat Ordeig, para quien las omisiones impropias son aquellas en que el omitente tiene una especial relación de garantía con el bien jurídico amenazado; mientras que las propias son aquellas en las que el omitente es una persona cualquiera, desvinculada del interés en peligro, op. cit. pág. 736.

impropia, pues esta exige, además de que el omitente sea garante, que “*la no evitación del mismo resultado equivalga a su causación*”²³⁹. Por mucha posición de garantía que tenga el omitente no existirá una comisión por omisión si la inactividad de ese garante no es equiparable a la producción del resultado mediante un comportamiento positivo. En otras palabras “*la posición de garantía es condición necesaria pero no suficiente, para la entrada en juego de una comisión por omisión*”²⁴⁰.

VI.3. DISTINCIONES DENTRO DEL PENSAMIENTO NACIONAL:

a) GÓMEZ:

A pesar de considerar que el delito consiste en una “*apropiación indebida*”, el cual se consuma en el momento en que el autor exterioriza el ánimo de hacer suya la cosa (*animus rem sibi habendi*), GÓMEZ sostiene que la figura examinada “*es un delito de omisión*”, el cual consiste en no restituir a su debido tiempo o en negarse a restituir “*y en los delitos de omisión la tentativa no se concibe*”²⁴¹. Aclara que “*sin apropiación no es posible declarar la existencia de la defraudación*”.

b) SOLER:

Comentando también el momento consumativo de la figura, este autor coincide con el anterior y señala que el hecho se consuma por el perjuicio causado por la acción de *no restituir*, de manera que su existencia no depende de lo que el sujeto *ha hecho* en determinado momento, sino de lo que *no ha hecho*: no entregar, no devolver. Se trata, por lo tanto, de

²³⁹ Gimbernat, op. cit. pág. 726. La entrecomillada es parte del párrafo primero del artículo 11 del Código Penal español, el cual establece la cláusula de equivalencia.

²⁴⁰ Gimbernat, ibídem.

²⁴¹ Eusebio Gómez, “*Tratado de Derecho Penal*”, T. IV, op. cit. pág. 257.

un delito de omisión, de carácter doloso; pero esa omisión está legalmente apreciada en cuanto ella importa la *comisión* de un perjuicio²⁴².

c) **NÚÑEZ**:

NÚÑEZ critica en forma expresa esta posición, aunque en su cita solamente alude a GÓMEZ. A criterio del profesor cordobés, el delito es de comisión por omisión²⁴³. Explica que el perjuicio a la propiedad que le corresponde sólo puede ocasionarse mediante la omisión de restituir el bien, impuesta al autor por un título que lo obligaba a entregar o devolver. Ese título es la razón jurídica por la que al autor se le dio la cosa mueble.

La posición de Núñez es, en este punto: a) compartida parcialmente por DONNA -a pesar de ciertas objeciones que no llegan a convencer-, y b) criticada por BACIGALUPO.

d) **DONNA**:

En cuanto a la naturaleza del delito, DONNA entiende que debe analizarse desde la perspectiva de la posición del autor y los deberes a su cargo, *“lo que lleva a que se trate de un delito de omisión impropia y de resultado”*²⁴⁴. Allí es donde se separa de NÚÑEZ al señalar que *“no parece coherente que exista un delito de omisión simple y de peligro abstracto, como parece ser la opinión, si fueran consecuentes, de autores como Soler y Núñez”*. Y agrega que lo primero que debe analizarse es la posición de garantía del sujeto activo, que lo pone como autor especial propio, y luego, ver cuál es su deber. *“Partiendo de esta base -señala- es claro que el deber del autor, basado en un derecho del sujeto pasivo, es el de devolver la cosa*

²⁴² Confr. Sebastián Soler, “Derecho Penal”, T. IV, op. cit. pág. 436, lo resaltado corresponde al original.

²⁴³ Núñez, “Derecho Penal”, op. cit. pág. 372 y nota 18.

²⁴⁴ Donna, op. cit. pág. 372.

en el plazo debido, por lo que, si no lo hace, su conducta es un equivalente a la acción, en el sentido que defrauda la confianza, similar a la administración fraudulenta, y ocasiona un perjuicio. Se trata, en el fondo, de una administración fraudulenta de los bienes ajenos, pero de manera omisiva impropia”.

Nuestro preliminar reparo es que en ningún momento SOLER y NÚÑEZ dicen que el analizado sea un delito de peligro abstracto. Cuando el primero analiza la figura en el Tomo 4 de su obra, afirma que se trata de un delito de omisión, de carácter doloso, y que dicha *“omisión está legalmente apreciada en cuanto ella importa la comisión de un perjuicio”*. En efecto, este autor manifiesta que el hecho se consuma *“por el perjuicio causado por la acción de no restituir”*²⁴⁵. Está claro que esta categoría de delitos -materiales- no se superponen totalmente, pero están muy próximos a los delitos de daño.

Por lo tanto, no se advierte cuáles elementos permitirían pensar que SOLER sostiene que el analizado sea un delito de omisión y de peligro abstracto. Antes bien, por el contrario, de tales reflexiones, y de las que vuelca en el Tomo 2, donde examina los *“tipos penales”*, parecería desprenderse la opinión contraria²⁴⁶.

En cuanto al cuestionamiento que hace a NÚÑEZ, le valen a DONNA similares reparos a los efectuados en los párrafos precedentes. El autor cordobés, según hemos dicho, sostiene que se trata de un delito de

²⁴⁵ Soler, op. cit. pág. 436.

²⁴⁶ Debemos señalar, empero, que no estamos de acuerdo con el recordado jurista cuando, al tratar los *“delitos de comisión, de simple omisión y de comisión por omisión”* -pág. 199-, señala que *“no pueden ser cometidos omitiendo los delitos que hemos llamado de pura acción (formales)”*. En este punto, entendemos que el delito de injuria, de carácter formal, según admite en su obra el propio autor comentado, bien puede ser cometido de manera omisiva, por ejemplo negando el saludo a quien tiende la mano en una junta directiva o en una asamblea accionaria o societaria.

“*comisión por omisión*”. Nuevamente, la explícita postura de NÚÑEZ desautoriza la interpretación realizada por DONNA cuando, glosando a aquel, lo critica por sostener que el analizado es un delito de “*omisión simple y de peligro abstracto*”²⁴⁷. Por lo demás, frente a su observación, relativa a la supuesta imposibilidad de coexistencia de tal binomio, debe señalarse que varios autores establecen un paralelismo entre los delitos de omisión propia y los delitos de peligro abstracto. Tal el caso de HIPPEL, MEZGER, JIMÉNEZ DE ASÚA, WELZEL, QUINTANO RIPOLLÉS, VERMANDER, citados todos por SILVA SÁNCHEZ. El propio profesor español considera que el delito de omisión de socorro es un delito de peligro abstracto. GIMBERNAT ORDEIG señala que las omisiones propias son todas de peligro, ya que, aunque de este derive el menoscabo de un bien jurídico, al omitente propio nunca se le puede hacer responsable por un delito de lesión²⁴⁸.

En otro orden, tampoco se comparte el punto de vista de DONNA en cuanto sostiene que la omisión del autor, de no devolver la cosa, equivalga a una acción defraudadora de la confianza, similar a la administración fraudulenta. La conducta del autor, en realidad, descripta imperativamente en la norma, como ya se ha visto, se agota con la mera omisión. En otras palabras, se agota con la no realización de la acción indicada: restituir, restituir a su debido tiempo²⁴⁹. La pretensión de asociar la omisión propia del inciso 2º del artículo 173, a la acción comisiva del inciso 7º parecería colisionar con el principio de estricta legalidad.

e) BACIGALUPO:

²⁴⁷ Cabe señalar que Donna también piensa que se trata de un delito de “*comisión por omisión*” -págs. 372 y 379-.

²⁴⁸ Enrique Gimbernat Ordeig, op. cit. pág. 729.

²⁴⁹ Para Zaffaroni lo nuclear del tipo objetivo en las omisiones es la exteriorización de una conducta distinta de la ordenada. La conducta ordenada, en nuestro caso, consiste en restituir o restituir a su debido tiempo la cosa mueble objeto de la figura; al no restituir, el sujeto activo realiza una conducta que no se dirige al fin ordenado. Desde ya, el agente debe tener la posibilidad física de realizar la conducta ordenada.

Por su parte, BACIGALUPO expresa que no existen tipos penales de comisión por omisión, sino solamente de omisión pura y simple o de comisión. Por esto, *“resulta contradictoria la designación que da Núñez al delito de apropiación indebida del art. 173 inc. 2º del Código Penal. En efecto, lo que Núñez busca en su interpretación es reducir este tipo a una omisión pura, es decir, a su entender la norma que respalda el tipo servía sólo a un mandato de acción”*²⁵⁰.

No nos parecen atinadas las críticas dirigidas a NÚÑEZ. Este autor sostiene claramente que el delito de *“omisión de restitución defraudatoria”* -como llama al delito acuñado en el artículo 173 inciso 2º- es de *“comisión por omisión”*. No advertimos en ninguna de sus reflexiones que NÚÑEZ intente *“reducir”* este tipo a una omisión pura, y las herramientas que suministra su glosador no nos resultan suficientes para suscribir su postura²⁵¹.

Páginas más adelante BACIGALUPO, tomando expresamente en consideración el artículo 173 inciso 2º del Código Penal, en su versión de la ley 17.567, dice que la base sobre la cual la ley equipara acción y omisión es la posición de garante, que se caracteriza por una estrecha relación del sujeto con el bien jurídico.

Agrega que la nueva redacción introducida por la ley 17.567 puso a la misma altura la *“apropiación”* y la *“no entrega o no restitución”* de cosas muebles tenidas en custodia por un título que produzca obligación de entregar o devolver. Y reflexiona *“lo cierto es que la sola infracción en sí del deber de cumplir un contrato o una obligación de restituir*

²⁵⁰ Enrique Bacigalupo, *“Delitos impropios de omisión”*, op. cit. pág. 14.

²⁵¹ No al menos en esta obra. Ya veremos que en otro trabajo el reconocido jurista aporta nuevos y más ricos elementos de análisis.

*no es suficiente para determinar la infracción de garantía, como lo demuestra el hecho de que la obligación **legal** de cumplir un contrato no es suficiente para fundar un deber de garantía, es decir, para que una parte sea **criminalmente** responsable de que no se producirán lesiones a la otra parte” -lo destacado es del original-. Y prosigue: “la equiparación actual de una acción y una omisión en la misma ley (como resultado de la reforma introducida por la ley 17.567, agregamos nosotros) permite afirmar que en el caso de la omisión deberán concurrir también los elementos que forman parte del contenido de injusto de la conducta omisiva equiparada (apropiación) y que por lo tanto deberá concurrir un animus rem sibi habendi. Lo que no podrá afirmarse es que se trate de un delito de comisión por omisión, como hizo Núñez con el texto anterior”²⁵².*

En primer lugar, no queda del todo claro si para el ex magistrado del Tribunal Supremo español la figura original, sin el aditamento incorporado por la ley 17.567, debiera ingresar al ámbito del derecho represivo. Merece destacarse que el autor vierte estas reflexiones cuando se hallaba vigente la reforma introducida por la citada ley, a través de la cual se agregó el verbo “*apropiare*” a la figura del artículo 173 inciso 2°. En otras palabras, si BACIGALUPO señala que el criterio de equivalencia de acción y omisión, apoyado en la posición de garante, surge del Código Penal en diversas normas donde la misma ley equipara bajo una misma escala penal en un tipo concreto una omisión con una acción, y cita como ejemplos, entre otros, el artículo 173 inciso 2° con la redacción resultante de la ley 17.567, es lícito concluir que sin la inclusión de la conducta comisiva “*apropiare*”, BACIGALUPO probablemente no hubiera considerado a este delito como de omisión impropia.

²⁵² Bacigalupo, op. cit. pág. 114.

Si bien es de lamentar que no hubo ediciones posteriores de su consagrada obra para conocer cuál habría sido su posición en relación a la actual composición del delito, el autor tuvo oportunidad de publicar al año siguiente otro trabajo, titulado *“Estafa de seguro y apropiación indebida”*, en el que analizó con mayor detenimiento el tipo penal a la luz de la reforma operada por la ley 17.567²⁵³.

Allí expresa, con remisión a la obra de URE, que para los sostenedores de la teoría de la “apropiación”, la no restitución aparece como una forma de exteriorización de la apropiación, o lo que es lo mismo, del *“animus rem sibi habendi”*. Y es entonces cuando, criticando la fórmula sancionada, agrega *“sin duda no resulta del todo libre de objeciones el doble juego atribuido a la falta de entrega, a un tiempo ‘medio de prueba’ de la ‘apropiación’, y ‘elemento del tipo’ que configura un delito propio de omisión (caso de retención)”*. Con acierto explica a continuación que *“en la medida en que el delito se puede consumir por la omisión y en el momento de ésta, es evidente que en esa hipótesis la falta de entrega, ya no es un medio de prueba sino el elemento decisivo del tipo penal”*. Para poner bien en claro su posición BACIGALUPO afirma que *“de cualquier manera”*, sea como medio de prueba o como elemento del tipo, *“la no entrega de la cosa ejercerá en definitiva una función dominante por lo cual, en última instancia, siempre el delito dependerá de una omisión, a pesar de la exigencia del acto ‘positivo’ consumativo anterior”*²⁵⁴. Estamos de acuerdo con esta reflexión.

Por otra parte, le asiste razón al autor cuando cuestiona la categoría que NÚÑEZ asigna al delito, en su versión original, de ser de *“comisión por omisión”*. BACIGALUPO señala, sin dar mayor razón de sus dichos, que el profesor cordobés *“quiso decir en realidad de omisión*

²⁵³ Enrique Bacigalupo, *“Estafa de seguro, apropiación indebida”*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971.

²⁵⁴ Bacigalupo, *“Estafa de seguro, apropiación indebida”*, op. cit. pág. 39.

propia”²⁵⁵. A nuestro criterio, como explicaremos *infra*, se trata de un delito de omisión propia, pero no hemos podido advertir, a diferencia de BACIGALUPO, para quien sin embargo la esencia del delito consiste en una omisión, que el profesor cordobés buscara “*reducir*” el tipo a dicha categoría.

f) ZAFFARONI:

Algo similar ocurre con ZAFFARONI, quien escribió su Tratado de Derecho Penal durante la vigencia de la ley 21.338, que había reimplantado la ley 17.567, es decir, cuando el tipo contemplaba, junto a la conducta omisiva de no restituir o no restituir a su debido tiempo, la conducta comisiva “*apropiarse*”. El autor, al examinar la figura, sostiene que el artículo 173 inciso 2º responde a una estructura omisiva equivalente a una estructura activa, por cuanto “*la omisión de entrega o restitución está equiparada a la apropiación*”. En otras palabras, que se trata de un delito impropio de omisión²⁵⁶.

ZAFFARONI ratifica así la posición que había suscripto en su “*Teoría del delito*”, la cual terminó de imprimirse en noviembre de 1973, cinco meses después de haberse sancionado la ley 20.509 -publicada el 28.05.73-, lo cual permite inferir que las reflexiones del autor sobre el punto pudieron haber sido vertidas durante la vigencia de la ley 17.567, que como se señalara incorporó el verbo “*apropiarse*” al artículo 173 inc. 2º²⁵⁷.

²⁵⁵ Bacigalupo “*Estafa...*”, op. cit. pág. 42.

²⁵⁶ Zaffaroni, “*Tratado*”, T. III, op. cit., pág. 458.

²⁵⁷ Eugenio R. Zaffaroni, “*Teoría del delito*”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1973, pág. 372.

Nuevamente, es razonable concluir que la opinión de este autor sería diferente si el verbo “*apropiarse*” no figurara en la disposición. De hecho, es probable que no lo considerara como delito impropio de omisión²⁵⁸.

Vinculado a lo expuesto, no pueden dejar de señalarse los serios reparos que ZAFFARONI formula, desde la primera hora, a la constitucionalidad de los delitos impropios de omisión. En su “*Derecho Penal*” desarrolla sus argumentos, explicando que a pesar de los esfuerzos de la doctrina contemporánea por justificarlos, y de que se hallen legislados en diversos códigos extranjeros, es innegable que dicha postura “*viola la exigencia de estricta legalidad*”, por cuanto aspira a una legislación penal “*sin lagunas, en la que nada pueda escapar al poder punitivo*”. Afirma que esta pretendida “*etización retrocede varios siglos, confundiendo moral y derecho*”, y que de existir una fórmula general de equivalencia en la ley argentina sería inconstitucional, “*frente a la general prohibición de la analogía in malam partem*”²⁵⁹.

Que las omisiones impropias no están tipificadas, es un hecho que no se discute; en cambio el Código Penal argentino, como vimos, tipifica expresamente la conducta omisiva de quien no restituye o no restituye a su debido tiempo (artículo 173 inciso 2º).

VI.4. LA TEORÍA DE LA “ALIUD AGERE”:

²⁵⁸ Debe repararse que en su “*Derecho Penal-Parte General*”, escrito en 2000 junto con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, al ejemplificar sobre casos de delitos impropios de omisión, no incluye el tipificado en el artículo 173 inc. 2º (Confr.. op. cit. pág. 553). Tampoco lo hace en su última obra, “*Estructura básica del derecho penal*”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009, pág. 129. Por lo demás, sabido es que no hubo reediciones de su Tratado, que nos permitirían conocer, sin equívocos, su punto de vista en relación con la actual versión del delito, que no incluye el verbo “*apropiarse*”.

²⁵⁹ Zaffaroni, Alagia y Slokar, op. cit., pág. 552. De igual opinión es Maximiliano Rusconi, para quien “*se trata, sin lugar a demasiadas dudas, de una de las más claras violaciones del principio de legalidad que ha sido observada con pasividad por el penalismo, sobre todo, argentino*”, en “*Derecho Penal, parte general*”, op. cit. pág. 603 y ss. Similares reparos constitucionales observa Esteban Righi “*Derecho Penal, Parte General*”, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pág. 369.

Esta teoría puede resumirse de la forma propuesta por ANTOLISEI, para quien la omisión, como comportamiento del sujeto, no es un *quid vacui*, no es la nada. Quien omite no permanece inerte, sino que hace alguna otra cosa; si no realiza la acción que se esperaba de él, realiza una acción diversa. Esta segunda acción forma un todo unitario con la omisión, constituyendo su aspecto positivo²⁶⁰. En suma, esta teoría, como explica JIMÉNEZ DE ASÚA, termina equiparando la omisión a una acción²⁶¹.

ZAFFARONI se muestra partidario de la teoría del “*aliud agere*”²⁶². Sostiene que el tipo omisivo doloso se construye mediante la técnica de prohibir acciones diferentes a la debida. Cualquier otra acción diferente a la debida está prohibida. Y agrega que la acción diferente (*aliud agere*) no se prohíbe en sí misma, sino porque exterioriza la no realización de la acción debida.

KRUG²⁶³ y ANTOLISEI, según recuerda URE ya en 1944, critican la teoría del “*aliud agere*”. La conducta diversa carece de relevancia para el derecho. Lo que el individuo hizo en lugar de lo que debió hacer “*es tan indiferente que el juez no debe tomarlo en cuenta*”²⁶⁴. En su Manual de Derecho Penal, ANTOLISEI sostiene que además de “*abstrusa, la concepción carece de consistencia, bien porque el hombre no realiza siempre*

²⁶⁰ Francesco Antolisei, “*Manual de Derecho Penal, parte general*”, UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1960, pág. 167. Este autor originalmente había aceptado la doctrina expuesta (*aliud agere*),

²⁶¹ Luis Jiménez de Asúa, “*Tratado de Derecho Penal*”, T. III, op. cit., pág.338. El recordado jurista español apoya resueltamente la teoría de la “acción esperada” (ver págs. 347 y ss).

²⁶² Concretamente en su “*Estructura...*”, pág. 124, pero ya en su “*Derecho Penal*”, junto con ALAGIA y SLOKAR, había anticipado su respaldo a la posición -págs. 542 a 545-, señalando que en el plano pretípico no existen omisiones penalmente relevantes sino sólo acciones. La omisión es un no hacer algo; es una forma típica de prohibir acciones.

²⁶³ “*Commentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen*”, citado por Zaffaroni, Alagia y Slokar, op. cit. pág. 542.

²⁶⁴ Ure, “*La omisión en derecho penal*”, op. cit. pág. 1100, con cita de Antolisei, “*Il rapporto di causalità nel diritto penale*”, pág. 124.

*otra acción en el momento en que habría debido obrar (puede continuar durmiendo, por ejemplo), bien porque existen muchos deberes que no deben cumplirse en un determinado instante, sino dentro de cierto plazo, durante el cual el sujeto realiza un indefinido número de cosas. En tales casos, ¿cómo se puede individualizar la acción distinta que representaría el aspecto positivo de la omisión?”*²⁶⁵.

En procura de cuestionar la teoría, KRUG formula la siguiente observación: si la madre, en vez de alimentar al hijo, teje calcetines, causa de la muerte del niño debe ser el tejido, porque ésta fue la acción cumplida en lugar de alimentar a la criatura²⁶⁶. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, sin mencionar al autor se hacen cargo de la crítica señalando que *“nadie puede decir que la pretendidamente ridiculizada conducta de la madre de tejer es inofensiva, cuando el niño está a su lado muriendo de sed. El tipo capta un marco situacional en el que desvalora lo único que puede desvalorarse: una acción”*²⁶⁷.

No termina de convencernos la posición de estos últimos autores. De acuerdo con el artículo 173 inciso 2º el agente debe realizar una única conducta positiva: restituir la cosa, o restituirla a su debido tiempo. Lo único que se castiga es, pues, la omisión típica de esa acción, es decir, la omisión de restitución. Lo que haga el agente con la cosa que decidió no devolver, cualquiera sea el destino que quisiera darle, tantos como la propia creatividad y las leyes físicas le permitan, no provocará incidencia alguna en la configuración del tipo omisivo analizado. No decimos que resultará jurídicamente irrelevante, claro, pues si vende la cosa ajena como propia, o si con ella comete un atentado incurrirá en diversos delitos. En otras palabras, lo que el obligado a restituir haga con la cosa es irrelevante en los términos del

²⁶⁵ Antolisei, Manual, op. cit. pág. 167.

²⁶⁶ Confr.. Ure, “La omisión...”, pág. 1100.

²⁶⁷ Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho Penal, parte general”, op. cit. 545.

artículo 173 inciso 2º; no obstante que pueda cometer otros ilícitos, según los casos. Lo que verdaderamente importa, lo que típicamente importa para tener por perfeccionada la conducta acuñada en el artículo 173 inciso 2º, es lo que el obligado deja de hacer, lo que omite hacer: restituir la cosa.

VI.5. VARIACIONES SOBRE EL TEMA:

a) MORENO, el primer exegeta de nuestro Código Penal, que escribe su célebre obra en 1923, titula “*Negativa a restituir*” el capítulo donde trata el artículo 173 inciso 2º. Allí explica qué conducta se castigaba en el proyecto Tejedor²⁶⁸. Para TEJEDOR, lo que constituye delito -de acuerdo con el comentario del código de Baviera- “*es la apropiación de la cosa con desprecio del contrato. Es la infidelidad del depositario, mandatario, comodatario u obrero asalariado*”. MORENO sencillamente se limita a consignar: “*La negativa o la falta de entrega a su debido tiempo es lo que caracteriza la ejecución del delito*”²⁶⁹.

b) A pesar de la afirmación en contrario de NÚÑEZ²⁷⁰, no resulta tan claro GONZÁLEZ ROURA al momento de explicar cuál es la conducta incriminada. No obstante publicar su Tratado al año siguiente de ser sancionado el código, este último autor omite analizar las disquisiciones relativas al *nomen iuris*. Tampoco se remonta a los antecedentes, ni se pregunta por la eliminación de uno de los verbos que hasta entonces delineaba la figura. Probablemente imbuido por la tradición francesa que acompañaba al delito, el tratadista pone el acento en el abuso de confianza, como medio empleado para disponer o “*apropiarse*” de cosas muebles ajenas. Luego, en otros párrafos, se refiere a que el delito se comete cuando el agente dispone de

²⁶⁸ Los que se nieguen a restituir la cosa ajena que hubiesen encontrado perdida, o el depósito miserable que se les hubiese confiado.

²⁶⁹ Rodolfo Moreno (h), “*El código penal y sus antecedentes*”, T. V, H. Tommasi, Editor, Buenos Aires, 1923, pág. 203.

²⁷⁰ Núñez, “*Derecho Penal*”, op. cit., pág. 369, nota 10.

la cosa. Empero, estando a los términos de la ley -explica- *“el delito se perfecciona por la falta de restitución o negativa a devolver a su debido tiempo”*²⁷¹.

c) MALAGARRIGA explica que la redacción del proyecto de 1906 fue determinada por la jurisprudencia de la Cámara Criminal de la Capital, integrada por uno de los autores del citado proyecto, la que, al aplicar el artículo 203, inciso 6º, del Código de 1886, a cobradores de casas de comercio que *“no dieron cuenta”* de varias sumas recibidas, empezó a introducir la *“no restitución”* como característica cierta del delito del inciso 6º.

Asimismo señala: *“Creemos muy feliz la solución que da el Código actual a una cuestión que se presentaba obscura mientras se la hacía consistir en una apropiación indebida. Con el hecho de la no restitución se tiene el acto externo indudable, la consumación cierta del delito, que haciendo presumir la voluntad de defraudar, simplifica el proceso”*²⁷².

d) FONTÁN BALESTRA no asume una posición muy definida en lo que respecta a esta figura, pues tanto durante la vigencia de la ley 17.567 como con el texto actual retomado por ley 23.077, encuadra la conducta del artículo 173 inciso 2º dentro de los *“abusos de confianza”*, denominándola indistintamente *“apropiación o retención indebida”*. Si bien aclara que en su primera edición, al igual que SOLER y NÚÑEZ, hubo de criticar la postura de quienes concebían la figura como una *“apropiación”*, no puede perderse de vista que fue uno de los tres miembros de la Comisión redactora del código sancionado por ley 17.567, el cual, ya hemos dicho,

²⁷¹ Octavio González Roura, *“Derecho Penal, parte especial”*, T. III, Valerio Abeledo, editor, Buenos Aires, 1922, pág. 218 y ss.

²⁷² Carlos Malagarriga, *“Código Penal argentino”*, T. II, Librería Cervantes, Buenos Aires, 1927, pág. 403.

incluyó el verbo “*apropiarse*” al elenco de conductas punibles²⁷³. Explica que los actos de apoderamiento no pertenecen al tipo de este delito; de manera que “*puede cometerse con apropiación o sin ella*”. En otras palabras, es posible la existencia de retención indebida sin apropiación y viceversa. De este modo, y tratándose de una figura de retención, que se consuma con una omisión, “*los actos de apropiación realizados sobre la cosa son considerados por parte de la doctrina como atípicos en sí mismos, puesto que el hecho se configura solamente al no restituir*”.

e) SPROVIERO, quien escribe su obra durante la vigencia del texto actual, luego de hacer una reseña de los antecedentes nacionales de la figura, se muestra de acuerdo con el proyecto de 1906, en cuanto suprimió el verbo “*apropiarse*”. Concretamente señala que el hecho delictivo debe ser calificado o encasillado como retención indebida, “*porque la esencialidad del delito consiste en no restituir a su debido tiempo, pero siempre originando el perjuicio de un tercero, afectado por la actitud del autor*”²⁷⁴. Agrega que “*fue necesario darle prevalencia al código de 1921 para introducir la necesaria reforma que dio por tierra con todo concepto que no se redujera a la negativa a la restitución o no se restituyere*”²⁷⁵.

Sin embargo, debemos decir que a pesar de defender a ultranza el citado *nomen iuris*, en distintos pasajes de su obra provoca cierta incertidumbre, pues sus reflexiones se aproximan al concepto de “*apropiación*”. Como cuando dice que “*la consumación se pone en evidencia cuando el agente dispone de la cosa con concertación de plazo y antes de producirse el finiquito del mismo se conduce con una calidad de dueño, de la que no goza; tal actitud acelera la posibilidad de concreción cuando el acto*

²⁷³ Confr. Carlos Fontán Balestra, “*Tratado de Derecho Penal*”, 2º edición actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, T. VI, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 119 y ss.; y “*Derecho Penal, parte especial*”, 16º edición actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, pág. 520 y ss.

²⁷⁴ Juan Sproviero, “*Delitos de estafas y otras defraudaciones*”, op. cit., pág. 274.

²⁷⁵ Sproviero, op. cit. pág. 276.

*implica disponer, bajo aquel título de dueño, que no es otro que la consecuencia final de una distorsión que se inicia con la invocación falsa o la actividad que simula una titularidad de que no goza”*²⁷⁶.

También cuando señala que el delito tiene lugar “*por el hecho de la retención, que equivale a expresar una potestad, detentada por el agente, pero que es falsa y también consecuencia del acto ilícito del autor a través de la voluntaria interversión del título*”. O cuando agrega “*los condicionamientos a que puede sujetarse la entrega quedan trascendidos al momento de conducirse el agente como si gozara de una titularidad sobre el bien y se apropia, lisa y llanamente, de este último*”²⁷⁷.

Las consideraciones expuestas, amén de que no parecen adecuarse al criterio de delito de omisión impropia que el autor le atribuye en otros pasajes de su obra, reclaman un comportamiento activo del imputado, identificable con un concepto o idea de “disposición” que a nuestro criterio no necesariamente debe existir para tener por configurado el delito de omisión fraudulenta de restitución. La actitud del obligado a devolver, que directamente resuelve quedarse con la cosa sin intención de comportarse como dueño o de intervertir el título de su tenencia, de acuerdo con la posición del autor que comentamos, difícilmente encuadre en el tipo omisivo del artículo 173 inciso 2º, criterio con el cual discrepamos. En otras palabras, SPROVIERO pareciera requerir algo más que la negativa a restituir; pareciera exigir un “*animus domini*” que la figura no reclama.

f) BUOMPADRE comparte un criterio similar, y lo hace en los siguientes términos: “*al no exigir la ley un acto de apropiación expresamente, aparece como irrazonable la exigencia de un animus específico que revele la intención del agente de conducirse como dueño de la*

²⁷⁶ Sproviero, op. cit. pág. 280.

²⁷⁷ Sproviero, op. cit. pág. 282

cosa. Esto es, exigir más de lo que la ley penal exige”²⁷⁸. En otro trabajo el autor sostiene que para que el tipo se perfeccione es “*suficiente con la negativa o la demora, no más*”. Y agrega, “*si el legislador hubiera querido incorporar al tipo subjetivo un elemento especial distinto del dolo (elemento subjetivo del injusto) lo hubiera dicho expresamente, como lo hizo con otras figuras delictivas*”²⁷⁹.

El presupuesto material del delito es la tenencia de la cosa en poder del autor. En efecto, cuando el sujeto activo decide incurrir en la conducta omisiva típica analizada en los Capítulos IV y V, ya tiene la cosa en su poder. La tiene legítimamente para un cometido determinado: entregarla a un tercero, o restituirla a quien se la dio. Ya sabemos que no lo hace; y esa omisión es, precisamente, la omisión punida por la figura. El presupuesto material del delito, como decimos, es la tenencia de la cosa, que alude a una relación material o de hecho con la cosa.

VII. LAS TEORIAS DE LA OMISIÓN Y EL TIPO PENAL ANALIZADO

De acuerdo con la teoría de los delitos de omisión impropia, es posible imputar por omisión la realización de tipos concebidos como de comisión, vale decir, omisión que equivalga a comisión activa. Expresado de otra manera, los delitos impropios de omisión deducen su existencia de mandatos contenidos en los tipos de acción, lo que supone la conversión de normas prohibitivas en imperativas²⁸⁰. Sin embargo, la figura analizada no está concebida como delito de comisión. El artículo 173 inciso 2º

²⁷⁸ Jorge Eduardo Buompadre, “*Estafas y otras defraudaciones*”, Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pág. 160.

²⁷⁹ Jorge E. Buompadre, “*Derecho Penal, parte especial*”, Tomo 2, Mave, Buenos Aires, 2000, pág. 156.

²⁸⁰ Confr. Esteban Righi, “*Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito*”, en Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001/A, pág. 97.

está definido como una omisión; en otras palabras, y conforme a este criterio, se trata de una omisión típica.

En los delitos propios de omisión lo punible es la omisión misma. La norma establece una pena para quien deja de hacer algo determinado, que está mandado en la misma norma. Se trata de una infracción al deber asumido que se constituye en el comportamiento requerido por la norma a la que debe atender el tipo penal. Es precisamente lo que ocurre con el artículo 173 inciso 2º, que establece la punición de un “no hacer determinado”. En suma, la omisión constituye el objeto mismo de la imputación, o dicho de otra forma, el delito se agota con la simple omisión del cumplimiento del mandato. La institución contractual que está en la fuente de la obligación y el incumplimiento de ese deber asumido por el sujeto son los que brindan consistencia a la noción de omisión así entendida.

Como delito de omisión propia que es, la situación típica generadora del deber de actuar es, sin duda, en el artículo 173 inciso 2º, la asunción previa -formal o informal-, por parte del sujeto activo, de la obligación de devolver o entregar la cosa mueble recibida por título que no transfiere el dominio. Está claro que para que se configure el delito deben concurrir los restantes elementos del tipo omisivo: la no realización de la acción mandada y el poder de hecho para evitar la lesión del bien jurídico²⁸¹.

En las conductas estructuradas como tipos de comisión, la norma prohíbe la realización de una acción positiva o la causación de un resultado. Pero en los tipos omisivos se impone la realización de una conducta determinada, que en el caso de nuestra figura consiste en restituir o no restituir a su debido tiempo. Lo que se castiga, pues, es la pasividad, el no

²⁸¹ Confr. Enrique Bacigalupo, “*Lineamientos de la teoría del delito*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, pág. 151. Armin Kaufmann llama a la situación típica, “*objeto de actuación*”, en “*Dogmática de los delitos de omisión*”, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pág. 114.

hacer, el no restituir, teniendo, claro, la posibilidad de hacerlo²⁸². Dicho de otra forma, la acción objetivamente típica se agota en la inactividad y en el negarse a realizar la conducta debida. En los tipos comisivos hay que actuar para impedir el resultado; en los omisivos no actuando se incurre ya en la conducta típica.

JESCHECK lo explica con claridad: las normas jurídicas son normas prohibitivas o preceptivas. Mediante la primera se veda una acción determinada, o sea, que se ordena una omisión; la infracción jurídica consiste en la realización de la acción prohibida. Mediante la norma preceptiva se ordena una acción determinada, y se solicita así un hacer positivo; la infracción consiste en la omisión de ese hacer²⁸³.

La omisión impropia, en definitiva, termina equiparando una omisión a una acción, pero en el delito examinado lo punido, la conducta prohibida, consiste precisamente en una omisión, de modo que con la mera omisión ya se consuma el delito. En los casos de omisión impropia, la conducta, la acción típica penada, siempre consiste en una situación normativa que a pesar de remitir a un “no hacer” resulta equivalente a una comisión lesiva. No es el caso del art. 173 inciso 2º del Código Penal.

Las omisiones impropias no se contemplan como verdaderas omisiones, sino más bien como hechos próximos, cuando no idénticos, a la comisión, según el enfoque de SILVA SÁNCHEZ²⁸⁴.

²⁸² “Capacidad de acción”, como lo denomina Armin Kaufmann, “Dogmática... op. cit., pág. 112 y ss.

²⁸³ Hans-Heinrich Jescheck, op. cit. pág. 547. También lo explica con claridad Eduardo Aguirre Obarrio: “Las figuras del Código Penal prohíben hacer ciertas cosas o, menos veces, mandan hacer otras. Si se castiga un hacer, es porque está prohibido hacerlo; cuando se castiga un no hacer, es porque está mandado hacerlo”, en “Los delitos”, op. cit., pág. 81.

²⁸⁴ Jesús M. Silva Sánchez, “El delito de omisión”, op. cit. pág. 394. En igual sentido, Enrique Bacigalupo: “la omisión impropia se liga a los tipos de comisión, no a los de

ZAFFARONI, con cita de Schünemann, dice que “*en todos los delitos omisivos la norma violada es imperativa, y cualquier intento de extraer una omisión de una norma prohibitiva está condenada al fracaso*”²⁸⁵.

Para NAGLER, creador de la teoría de la posición de garante, “*la comisión por omisión sólo puede ser aceptada si la inactividad en el sentido del tipo se prueba que está equiparada con la actividad según la voluntad de la ley*”²⁸⁶.

El autor alemán, para establecer la equivalencia entre pasividad y actividad, requiere que el sujeto tenga jurídicamente a su cargo una tarea de protección. Es decir, se trata de un mandato especializado. En otras palabras, debe existir una estrecha relación del autor con el bien jurídico, como dice WELZEL²⁸⁷.

En los delitos de omisión, el mandato de acción, siempre de acuerdo con NAGLER, se agota en el deber de ejecución de una acción especialmente prescripta. El derecho sólo pena la falta de realización de una acción como tal. Conforme con WELZEL, la omisión es una acción no realizada; es decir, se omite una acción posible para el autor. Es, como la acción, una conducta humana dominable por la voluntad de actividad final²⁸⁸.

omisión”, en “*Delitos impropios de omisión*”, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pág. 95.

²⁸⁵ Zaffaroni, Tratado, T. III, op. cit. pág. 460.

²⁸⁶ Nagler, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, “G.S.”, 111, págs. 1 a 51, citado por Enrique Bacigalupo, “*Delitos impropios de omisión*”, op. cit., pág. 38, para quien la teoría del jurista alemán, concebida en respuesta a la posición de la escuela de Kiel, tiene la virtud, a pesar de las variadas críticas que le fueron formuladas, de haber definido de la manera hoy vigente la problemática de la omisión impropia.

²⁸⁷ Welzel, en *Lehrbuch*, pág. 203, citado por Bacigalupo, “*Delitos impropios de omisión*”, op. cit., pág. 100.

²⁸⁸ Confr. Bacigalupo, op. cit., pág. 45.

A su turno, ARMIN KAUFMANN, enrolado en la teoría finalista que profundiza los estudios de NAGLER, explica que para poder hablar de omisión impropia se requiere que exista un tipo de acción en la ley que castigue la realización de la lesión de un bien jurídico o su puesta en peligro. Esto no es lo que ocurre en nuestra figura, porque la ley no castiga una acción, sino una omisión: no restituir o no restituir a su debido tiempo²⁸⁹.

Para RUDOLPHI la esencia de los delitos de comisión consiste en la contradicción de una prohibición mediante la lesión de un deber de omitir; mientras que los delitos impropios de omisión presuponen la acción contraria que contradiga un mandato, es decir, lesiva de un mandato de acción²⁹⁰.

Por su parte, BACIGALUPO, a partir de las reflexiones que realiza en su ya clásica obra, reformula la definición de omisión de v. LISZT, de un “*no hacer determinado*”, por “*un hacer que no es el determinado*”, con lo cual afirma que el objeto valorado es también una acción. El autor sostiene, pues, que sólo hay acciones ontológicamente positivas -incluyendo la inactividad en estado de vigilia- y que “*algunas realizan un tipo penal en la medida que están descriptas en la ley, como prohibidas, mientras otras -igualmente positivas- realizan un tipo justamente por no ser las descriptas en la ley, como mandadas*”²⁹¹.

²⁸⁹ A. Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, 284, citado por Bacigalupo, op. cit., pág. 45.

²⁹⁰ Hans-Joachim Rudolphi, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der gedanke der Ingerenz*, 1996, pág. 83, citado por Bacigalupo, op. cit. pág. 49.

²⁹¹ Bacigalupo, op. cit. pág. 71. Adviértase que los delitos propios de omisión están determinados totalmente en la ley, como hace notar el mismo autor en “*Lineamientos de la teoría del delito*” -op. cit. pág. 150-. Si la lesión al mandato de garante es impropia en tanto no está tipificada en la ley, debe repararse que ello no ocurre con el artículo 173 inciso 2º, cuya conducta omisiva, al estar prevista en la norma, cumple con la citada característica de los delitos propios de omisión. La omisión no es un hecho físico, natural, como lo es la acción positiva. Es, en cambio, un concepto valorativo que deriva del juicio de relación con una norma jurídica que prohíbe u ordena determinada acción, conforme la teoría de “la acción esperada”, recordada por Ure en “*La omisión en derecho penal*” -L.L. T. 34, pág. 1099-. Zaffaroni-Alagia-Slokar sostienen que en el plano típico existen dos estructuras: a)

Para el mismo autor, mandato y prohibición no pueden asimilarse, ni es lícito afirmar que constituyen sólo un problema de formulación idiomática en el que uno puede libremente trasvasarse en el otro, como opina Kelsen²⁹². En similares términos se expresan ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, en cuanto sostienen que si bien la norma que se deduce del tipo activo está enunciada prohibitivamente, en tanto que la deducida del tipo omisivo lo está imperativamente, esto no significa que puedan trasvasarse libremente, pues cuando una norma enunciada prohibitivamente se transforma en un enunciado imperativo, cobra una amplitud mayor y a veces inusitada que, incuestionablemente, excede su alcance prohibitivo²⁹³.

De acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, es conveniente desligar los conceptos de comisión y omisión de las formas normativas de prohibición y mandato. Desde una perspectiva meramente formal -señala- puede verse la omisión como la no realización de la conducta debida (indicada en el tipo). Sin embargo, tal esquema puede estimarse perfectamente aplicable -formalmente- a la comisión. También en ésta puede advertirse la realización de una acción (por ej. disparar) distinta a la expresada en el tipo como adecuada a la protección del bien jurídico (por ej, que el supuesto asesino, en el momento en que está en condiciones de disparar, en lugar de hacerlo se fume un cigarrillo, pasee, etc). Desde esta óptica formal, comisión y omisión aparecerían únicamente como dos técnicas legislativas, dos formas de expresar conductas no deseadas. En los casos de comisión

una que prohíbe las conductas que describe -activa- y b) otra que prohíbe las conductas distintas de las que describe -omisiva-, op. cit. pág. 544.

²⁹² Kelsen, *Hauptprobleme*, pág. 669, citado por Bacigalupo, op. cit., pág. 96. El mismo autor menciona a Armin Kauffmann, para quien “no puede existir identificación posible entre la exigencia de realización de una acción y la prohibición de realización de una acción”, *Unterlassungsdelikte*, pág. 3.

²⁹³ Zaffaroni-Alagia-Slokar, “*Derecho Penal, parte general*”, op. cit., pág. 542.

(prohibiciones) se expresaría qué es lo que no desea; en los casos de omisión (mandatos) se señalaría qué se desea²⁹⁴.

Una concepción similar expone ZAFFARONI, en cuanto postula que comisión y omisión son simplemente dos técnicas diferentes de prohibir conductas humanas. Concretamente señala que la norma que da origen al tipo es siempre prohibitiva, pero puede enunciarse prohibitiva o preceptivamente. El enunciado preceptivo prohíbe realizar cualquier otra acción que no sea la que individualiza el tipo²⁹⁵.

Conforme con SILVA SÁNCHEZ, la vinculación de los conceptos de comisión y omisión a los de mandato y prohibición, en tanto existen normas preceptivas y prohibitivas eventualmente sustituibles entre sí, constituye un concepto lógico-formal que debe ser superado por otro de carácter material. Lo decisivo, a su criterio, es el contenido del deber concreto individual del sujeto. Así, en la omisión la pretensión incumplida es una pretensión de prestación activa de salvaguarda de un bien jurídico; en la comisión, una pretensión de respeto de -no injerencia- en las esferas de libertad ajenas²⁹⁶.

En síntesis, SILVA SÁNCHEZ define a la omisión penal como la *“no realización de la acción típicamente indicada como prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico”*²⁹⁷.

Esta aproximación muestra entonces que el núcleo del tipo penal analizado reside en la omisión ya que no hay injerencia inicial en el negocio jurídico, en tanto la cosa fue entregada por el que luego aparecerá

²⁹⁴ Silva Sánchez, op. cit. pág. 183.

²⁹⁵ Eugenio Zaffaroni, Tratado, op. cit. pág. 448. También dice el autor: *“la omisión es una forma típica de prohibir acciones”* -pág. 449-.

²⁹⁶ Silva Sánchez, op. cit. pág. 185.

²⁹⁷ Silva Sánchez, op. cit. pág. 352.

como víctima. Lo que sucede es que ese dar lleva en si la obligación de una prestación activa que salvaguarda no sólo el bien facilitado, sino los derechos inherentes a la relación. Es ese incumplimiento del deber lo que determina la lesión de la norma de comportamiento. El presupuesto material del injusto típico, como se dijera, es la tenencia de la cosa, que alude no sólo a una relación de hecho con ésta, sino que remite a su significación jurídica.

SEGUNDA PARTE:

LA ESTRUCTURA ANALITICA DEL TIPO DE INJUSTO DESDE SU INTERPRETACION OMISIVA

Expuesta en la primera parte de la tesis el planteo dogmático del tipo del artículo 173 inc. 2º del Código Penal a partir de la omisión de cumplir con el deber de restituir originado en la entrega de bienes muebles o dinero bajo título que obliga en tal sentido, corresponde ahora, en esta segunda parte, presentar la comprensión analítica del injusto.

Este análisis justamente ha de tomar como punto de partida la noción de infracción de deber y la omisión de restituir. Por eso, el desarrollo no sólo asumirá las cuestiones dogmáticas y normativas que surgen de la posición que se defiende en esta tesis, sino que además buscará resolver los problemas que la doctrina tradicional no ha logrado explicar satisfactoriamente.

En esa línea, se pretende mostrar la capacidad de rendimiento del planteo que se propone en orden al desenvolvimiento del injusto típico dentro de la praxis jurídica.

Por lo tanto, lo primero a individualizar es la situación material a partir de la cual surge el deber de restituir -norma primaria- que se infringe con su omisión, dando lugar entonces a la aplicación de la norma de imputación -tipo de injusto-. Esa situación, como a continuación se verá, es la tenencia de los bienes o dinero bajo un título jurídico -institucionalmente comprendido- que es el origen del deber de actuar.

VIII. LA TENENCIA COMO PRESUPUESTO DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE RESTITUCIÓN

El derecho penal se desenvuelve a partir de normas que aseguran bienes jurídicos, muchos de los cuales pueden ser interpretados como situaciones de uso o goce de derechos, intereses relevantes y relaciones materiales con objetos que son apreciados en su relación con las personas. En esa perspectiva la dinámica penal parte de esos vínculos que no son creados por el sistema punitivo sino que son asumidos como previos y, en el caso aquí tratado, dependiente de una consideración *ius civilista*. Evaluación que en ocasiones reconoce aspectos de hecho o materiales que se tornan relevantes para la reflexión del tipo penal.

VIII.1. LAS RELACIONES ENTRE LAS PERSONAS Y LAS COSAS:

Existen distintas relaciones de hecho, reales o materiales, que pueden establecerse entre las personas y las cosas. Se trata de “*vínculos fácticos, independientes de la existencia o no de un derecho que los justifique*”²⁹⁸. No obstante ser relaciones de hecho, no siempre sustentadas en

²⁹⁸ Conf.. Ricardo Papaño y otros, “*Derecho Civil, Derechos Reales*”, T. 1, op. cit. pág. 43. Exactamente el mismo concepto se lee en la obra “*Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*”, T. 10, Director Eduardo Zannoni, Coordinadora Aída

vínculos jurídicos, el ordenamiento les otorga distintos grados de protección. Tales relaciones son: posesión, tenencia, yuxtaposición local y las derivadas de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad²⁹⁹.

Ya en estos planteos se advierte que la situación puede operar como fuente de deberes positivos o de actuación y que su infracción - omitir la restitución- puede ser adecuadamente integrado en el análisis del tipo de injusto del inciso 2º del artículo 173. Sin embargo, también se observa que habrá casos o situaciones donde el comportamiento derive a las previsiones propias del artículo 162 del Código Penal. Signo de cierta familiaridad originaria -genética e histórica- entre el *furtum* y la figura típica aquí estudiada.

En cuanto a la posesión, sabido es que se han desarrollado dos teorías principales para explicarla, una subjetiva, concebida por Savigny, que reclama la existencia de dos elementos: el *corpus* y el *animus domini*; la otra objetiva, elaborada por Ihering, quien criticaba la primera por considerar que el *animus* era de muy difícil prueba, pues dependía de la intención del sujeto. Para este autor la posesión consiste en el ejercicio de un poder de hecho sobre las cosas, conforme su destino natural. Prescinde así de la voluntad de quien tiene la cosa. Dicho de otro modo, la voluntad individual es

Kemelmajer de Carlucci, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 183 y ss. Allí dice: “Se trata de vínculos fácticos entre la persona y la cosa, independiente de la existencia o no de un derecho que los justifique”.

²⁹⁹ Con esta clasificación cuatripartita coinciden varios autores, entre ellos Ricardo Papaño y otros, en op. cit., pág. 43; Eduardo Zannoni, “Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado”, op. cit., pág. 183 y ss.; Mariani de Vidal, “Curso de Derechos Reales”, T. 1, Zavallía, Buenos Aires, pág. 95 y ss.; Jorge Llambías y Jorge Alterini, “Código Civil anotado”, T. IV-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, pág. 68 y ss.; Alberto Bueres y Elena Highton, “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, 2º edición, T. 5ª, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 157 y ss.; “Código Civil de la República Argentina Explicado”, T. VI, Directores: Compagnucci de Caso, Ferrer, Kemelmajer de Carlucci, Koper, Lorenzetti, Medina, Méndez Costa, Mosset Iturraspe, Piedecasas, Rivera, Trigo Represas, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, pág. 215 y ss.;

reemplazada por la voluntad abstracta de la ley, lo que hace desaparecer el *animus domini*.

No se discute que nuestro Código Civil ha seguido la teoría subjetiva de Savigny, a diferencia de la legislación extranjera que, en base a las enseñanzas de Ihering, se guía por la teoría objetiva.

El artículo 2351 del C.C. dispone “*Habrá posesión de las cosas, cuando una persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad*”. Como se ve, la definición engloba ambos conceptos: *corpus* (tener la cosa bajo el poder) y *animus domini* (intención de someterla al derecho de propiedad).

Por su parte, el artículo 2352 define la tenencia: “*El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simplemente tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho*”.

Se advierte sin dificultad que el elemento distintivo entre las comentadas figuras es el *animus*, pues ambas participan del *corpus*. En efecto, el poseedor no acata ni reconoce en otro la propiedad de la cosa y tiene la intención (*animus domini*) de someterla para sí al ejercicio de un derecho de propiedad; en otras palabras, pretende conducirse como dueño³⁰⁰. Por su parte, el tenedor detenta la cosa pero reconoce en otro la propiedad, es decir, carece de *animus domini* (ánimo del propietario) o *animus rem sibi habendi* (voluntad de poseer para sí).

De acuerdo siempre con el Código Civil, el tenedor está obligado a conservar la cosa (artículo 2463), y a restituirla, luego de que ello

³⁰⁰ Confr. artículo 2373, que en la parte pertinente dice: “*La posesión se adquiere por la aprehensión de la cosa con la intención de tenerla como suya...*”.

le sea exigido conforme a la causa que lo convirtió en tenedor (artículo 2465); y por otro lado, si incurre en gastos y mejoras necesarias, le asiste el derecho de retención (artículo 2466).

Para que el *corpus* sea reputado de tal, requiere que el contacto físico con la cosa sea querido. En otras palabras, debe existir de parte del sujeto un mínimo de voluntad en llevar a cabo ese contacto. El *corpus*, además, se conforma a través de una suerte de imperio que el poseedor y el tenedor tienen sobre todo lo que se encuentra en la esfera de custodia, y en esa línea basta que una encomienda se deje en una casa a disposición de una persona para que ésta tenga el *corpus* sobre ella, con independencia del contacto físico sobre la misma.

Respecto a la tenencia vale agregar que concurre cuando una persona tiene una cosa bajo su poder físico, puede disponer de ella, pero reconoce en los hechos un señorío superior en otro. Es decir, tiene el *corpus* pero carece del *animus domini*.

BUERES explica que el ladrón que despoja de una cartera ejerce sobre ésta el *corpus* con *animus domini*, pues en los hechos ha desconocido otro señorío superior a su respecto, a pesar de que desde el punto de vista jurídico sepa y admita no ser su propietario. Se ha comportado en los hechos como un propietario. Si en lugar de robar la cartera la hubiera pedido prestada, tal actitud habría descartado el *animus domini* habida cuenta de que ese pedido habría implicado el reconocimiento de un señorío relativamente superior a la cosa³⁰¹.

³⁰¹ Alberto Bueres, “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, op. cit., pág. 157 y ss. Puede decirse, entonces, que quien no restituye la cosa estando obligado a hacerlo, lo mismo que el ladrón, el usurpador o el apropiador, son poseedores aunque detenten una posesión viciosa.

El *animus domini*, o ánimo de dueño, implica el comportarse como lo haría el propietario, sin reconocer el derecho de propiedad de otro. Cuando se reconoce la propiedad en un tercero existe la tenencia. El *animus* no apunta a la mera voluntad íntima del poseedor, sino a la intención exteriorizada, o sea, traducida en hechos exteriores. Estos hechos que reflejan el *animus* pueden ser realizados aún sin relación física con la cosa (v.gr. el pago de impuestos). Sin embargo, generalmente se expresa a través del *corpus*.

El artículo 2352 califica al tenedor como representante de la posesión del propietario, lo que implica a su vez que el poseedor ejercita su relación de hecho a través del tenedor, pues éste lo representa. Correlativamente, el artículo 2351 refiere que la posesión de las cosas puede ejercitarse por sí o por otro.

Cuando el contacto con la cosa no es querido, cuando no hay voluntad de mantener dicho vínculo, la relación entre la persona y la cosa se denomina “yuxtaposición local”. Como recuerda PAPAÑO, son clásicos los ejemplos del bebé y su chupete, del preso y sus cadenas y el de la persona dormida a la cual se le coloca un objeto en el bolsillo³⁰². En estos casos, aunque luego volveremos sobre la yuxtaposición, el contacto físico no es querido, pues falta en absoluto la voluntad. Este supuesto difiere de los otros casos mencionados, porque tanto en la posesión como en la tenencia hace falta un mínimo de voluntad para que pueda configurarse el *corpus*. Reiteramos, para que concurra este elemento (*corpus*) es menester que la relación física con la cosa sea querida por quien tiene la capacidad de quererla.

³⁰² Ricardo Papaño y otros, T. 1, op. cit. pág. 63. Llambías y Alterini, por su parte, citan los mismos ejemplos, señalando que no involucra “*corpus*” la relación física que mantiene un demente con un inmueble, porque carece de un mínimo de voluntad. Lo mismo el caso de la persona dormida a la que se coloca un objeto entre sus manos, o el prisionero que mantiene una relación con la celda “presumiblemente no querida” (op. cit., pág. 69 y ss.).

Por último, las relaciones basadas en un vínculo de dependencia, hospedaje u hospitalidad constituyen otra categoría de las relaciones materiales, o de hecho, que pueden trabarse entre las personas y las cosas. En ellas no hay posesión ni tenencia, y tampoco yuxtaposición local.

Estos supuestos versan sobre relaciones en las cuales los sujetos “*sirven*” a la posesión de otro, y por tal motivo se denominan “*servidores de la posesión*”. Se trata de relaciones con la cosa que carecen de autonomía y se vinculan con una relación principal cuya suerte siguen. Algunos autores, como MOLINARIO, subsumen esta categoría en la tenencia desinteresada. Sin embargo, en los casos de tenencia hay que presuponer, como un mínimo imprescindible, que el tenedor actúa con independencia suficiente. Hay cierta autonomía que excede la idea del simple servicio de otro, y bajo su dependencia estricta o tolerancia circunstancial³⁰³.

En estos casos el sujeto carece del derecho de retención, por no ser tenedor, y por no existir conexidad entre el crédito y la cosa. La única defensa que le asiste es la extrajudicial, prevista en el artículo 2470 del C.C., sin que pueda intentar acciones posesorias o policiales³⁰⁴.

Existe relación derivada de un vínculo de dependencia cuando el obrero utiliza las herramientas de la fábrica donde trabaja. No es poseedor ni tenedor de esas cosas, aunque tampoco hay yuxtaposición porque el contacto físico con los objetos es querido³⁰⁵.

Lo mismo ocurre con la relación de los pasajeros de un hotel con las cosas que hay en la habitación. Existe allí un vínculo de

³⁰³ Confr. Zannoni,, op. cit. pág. 160.

³⁰⁴ Si sufre la turbación o despojo de un tercero, debe recurrir al poseedor.

³⁰⁵ Papaño, op. cit., pág. 64 y ss. En igual sentido Mariani de Vidal (op. cit. pág. 95) y Zannoni (op. cit. pág. 183 y ss).

hospedaje, así como con la relación de un huésped y el inmueble y los muebles que ocupa, donde existe tan solo un vínculo de hospitalidad. En esta última categoría se inscribe la relación entre un comensal y los objetos de un restaurante o el invitado a una cena y la vajilla que se pone a su disposición.

Habiendo pasado rápida revista a las distintas relaciones materiales que existen entre las personas y las cosas, es importante señalar, a los fines de nuestro trabajo, que los supuestos de yuxtaposición local y de los servidores de la posición en ningún caso dan lugar a la configuración del delito de omisión fraudulenta de restitución, sino, como enseguida se verá, quien en tales condiciones no devuelve la cosa ajena comete el delito de hurto.

En este sentido corresponde destacar que sólo la tenencia puede dar origen al delito previsto en el artículo 173 inciso 2º del Código Penal. Es en la identificación de esta fuente del deber de restitución en lo que reside buena parte de la peculiaridad dogmática del tipo bajo estudio y cuya infracción, a través de la omisión de cumplir con la obligación surgida de ese título, constituye el injusto típico -diverso a su vez del hurto-.

VIII.2. ALGUNAS PRECISIONES RELAVANTES PARA LA ESPECIFICIDAD DEL TIPO DE INJUSTO:

La identificación del título que da nacimiento al deber de restituir y cuya omisión fraudulenta de cumplimiento alcanza relevancia típica en los términos del artículo 173 inc. 2º del Código Penal, exige asumir un elenco de conceptos que atienden a diferencias en las relaciones entre las personas y las cosas. Estas nociones conforman un instrumental dogmático -aunque de origen privatista- que permite encontrar la identidad del injusto analizado y por ello su diferenciación con situaciones aparentemente análogas

pero que, normativamente, han de derivarse al tipo del artículo 162 del Código Penal.

Para profundizar en el análisis de este concepto y para abordar el estudio que sobre el tópico han hecho importantes autores, vale destacar que no siempre la tenencia de la cosa en manos del autor, no restituida luego al derecho habiente, concita la figura mencionada. En algunos supuestos, como acabamos de señalar (servidores de la posesión y yuxtaposición consciente, que explicaremos de inmediato), se estará en presencia del delito de hurto, cometido mediante abuso de confianza. Es cierto que no es lo usual, pues en esta figura la cosa suele estar en poder del sujeto pasivo. De allí que el verbo típico requiera un “*apoderamiento*”. Por lo dicho, para aquellos casos en que la cosa ya se halla en manos del agente, se hace indispensable distinguir ambas figuras con precisión.

La persona que detenta momentáneamente una cosa que le acaban de prestar o mostrar, por ejemplo, un libro, una bicicleta o una lapicera y huye corriendo, comete el delito de hurto. En ningún momento se le ha transferido la tenencia de la cosa. Una persona que trabaja en un taller y sustrae una herramienta que le han dado para trabajar, también comete hurto. En este caso el sujeto se comporta como servidor de la posesión.

Ya Carrara, al hablar del hurto impropio, y dentro de él, del abuso de confianza, decía que esa detención momentánea no varía la posesión del propietario, pues permanece subsistente la custodia del derecho habiente. Lo que recibe el agente es un mero contacto, incapaz de conferirle un poder sobre la cosa³⁰⁶.

³⁰⁶ Carrara, *Programma*, IV, 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1966, n° 2285, pág. 365). Ure, en su fundamental obra, comenta también la posición de Pessina, similar a la de Carrara, y la de Manzini, quien sostiene que para que la detención pueda originar apropiación indebida debe concretarse en un hecho jurídico y no en un mero hecho material, debe admitir el ejercicio de un señorío de hecho sobre la cosa similar al del

Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, explica que la solución encontrada por la doctrina y jurisprudencia española para distinguir el hurto y la apropiación indebida consistía en diferenciar servidor de la propiedad y titular de un título traslativo de la posesión (no de la propiedad). En efecto, el primero es aquel sujeto a cuya disposición, para el fin que su principal haya establecido, se ponen una serie de medios, sin que tenga ningún poder sobre ellos más allá de la mera utilización; en cambio, en la apropiación indebida no es necesario el efectivo contacto con la cosa, sino que disfruta de un título de posesión³⁰⁷.

La conducta defraudatoria prevista en el artículo 173 inciso 2º, está claro, comprende un comportamiento específico, determinado, que excede la figura del hurto. El autor recibe la cosa con el propósito preestablecido de entregarla a un tercero, o de restituirla a quien se la dio. Ninguno de los ejemplos dados, ni los análogos que en igual sentido podrían brindarse, le confiere al sujeto activo la significación jurídica concreta que dimana del mandato insito en la entrega voluntaria bilateralmente acordada.

Cuando Juan le presta a Pedro una lapicera para que la examine mejor, o para que la tenga mientras extrae un documento del portafolio, no le está confiando un poder de disponibilidad autónomo sobre la

propietario, pero no cuando la cosa permanece bajo la custodia o la vigilancia del dueño, en op. cit., pág. 59 y ss.

³⁰⁷ Joan J. Queralt Jiménez, “*Derecho Penal español. Parte especial*”, 4º edición, Atelier, Barcelona, 2002, pág. 336. El autor señala que un ejemplo paradigmático lo constituye el del cajero del banco, que efectúa pagos y recibe cobros, y el jefe de caja o apoderado de un banco que controla la marcha de las operaciones. Si el primero distrae dinero para su propio peculio, comete hurto con la agravante genérica de abuso de confianza, pero, si la misma conducta la realiza el apoderado, incurrirá en apropiación indebida. No estamos de acuerdo con esta calificación legal, pues a nuestro criterio “*distraer dinero para su propio peculio*” consiste en una acción positiva que no se compadece con la descripción típica contenida en el artículo 173 inciso 2º. Según el apoderado posea el manejo, el cuidado o la administración del patrimonio ajeno, su conducta (“distracción”), podrá encuadrar en la figura de administración infiel, contemplada en el artículo 173 inciso 7º del Código Penal, o bien, según el caso, en el delito de hurto.

cosa, distinto del que emerge de la propia naturaleza de la entrega. En otras palabras, no le está transfiriendo la tenencia. Es obvio que se la da para que se la devuelva de inmediato, apenas termine de verla. Si no lo hace y Pedro sale corriendo, se configura el apoderamiento ilegítimo previsto en el artículo 162. En cambio, si Juan le da la lapicera para que a su vez la entregue a la bibliotecaria, y Pedro omite hacerlo, quedándosela para sí, o regalándosela a un tercero, comete el delito de omisión fraudulenta de restitución o entrega. En el primer caso hay un mero contacto físico con la cosa y el dueño en ningún momento se desprende de su custodia. URE denomina este caso de “*simple detención*”, porque es la vinculación más elemental con la cosa. Mientras que en el segundo caso el derecho habiente le confía la custodia de la cosa -precisamente en función de una confianza que luego resulta defraudada- para llevar a cabo un cometido determinado. Hay, pues, una significación jurídica inequívoca en dicha entrega, pues conlleva una clara obligación de dar (art. 495 del C.C.).

Volviendo al tópico con que dimos comienzo a este capítulo, entre los doctrinarios del derecho civil, MOLINARIO es tal vez quien con mayor profundidad ha estudiado las distintas “*relaciones reales*” que pueden establecerse con las cosas³⁰⁸. En dicha obra, el reconocido profesor describe y desarrolla la amplia gama de relaciones reales que es posible trazar, las cuales, a su criterio, no se circunscriben a la posesión y a la tenencia, con sus correlativas cuasi posesión y cuasi tenencia³⁰⁹. Precisamente una de ellas, a la cual ya nos hemos referido, es la

³⁰⁸ Hemos entrecomillado “*relaciones reales*”, porque precisamente así, “*De las relaciones reales*”, se titula el libro de Alberto D. Molinario, publicado por Editorial La Ley en 1965.

³⁰⁹ Molinario habla de posesión, coposesión, cuasi posesión, cuasi coposesión, tenencia, cotenencia, subtenencia, subcotenencia, cuasi tenencia, cuasi cotenencia, cuasi subtenencia, cuasi subcotenencia y yuxtaposición. La mayoría de los autores circunscribe las relaciones reales a la clasificación cuatripartita antes reseñada (posesión, tenencia, yuxtaposición y relaciones basadas en vínculos de dependencia, hospedaje u hospitalidad).

yuxtaposición³¹⁰. Para describirla el autor recurre a un ejemplo. Sostiene que la relación que existe entre el procesado y las esposas que lo privan de la libertad es, con relación a aquél, una simple yuxtaposición que él no ha querido establecer, ni ha consentido voluntariamente, sino que le ha sido impuesta por la autoridad competente³¹¹.

Otro ejemplo que brinda MOLINARIO en relación a la yuxtaposición es el caso del hombre que recoge frutas en un predio, amigo del dueño real y verdadero, quien lo ha invitado a visitar el lote y lo ha autorizado a tomar los frutos recogidos. *“Este señor se halla, respecto del inmueble, en una relación de simple yuxtaposición local y tiene, con cada uno de los frutos recogidos, una relación de posesión legítima, ya que al contar con la autorización del dueño los adquiere -al separarlos- en propiedad”*³¹². Bien podría ocurrir, a nuestro criterio, que dicha relación fuera de mera tenencia, si el dueño, en vez de regalarle los frutos, como parecería desprenderse del ejemplo, le encomendara su recolección y posterior entrega. En este caso estaría reconociendo la propiedad en el dueño y ya no habría, por ende, una relación de posesión. Ahora bien, si en tal supuesto el autor se diera a la fuga con los productos, se configuraría el delito de hurto, toda vez que los frutos no le fueron previamente “dados”, como requiere el tipo objetivo del artículo 173 inciso 2º.

A los clásicos ejemplos utilizados para ilustrar la yuxtaposición, algunos autores agregan las relaciones que denominan “fugaces”, aunque sean conscientes y queridas³¹³. Tal el caso de alguien que observa un objeto por curiosidad. Sin embargo, hemos dicho que la

³¹⁰ Para Kiper la yuxtaposición local no está contemplada en el Código Civil y no tiene consecuencias jurídicas (en *“Código Civil de la República Argentina Explicado”*, op. cit., pág. 215).

³¹¹ El autor recuerda en el texto un concepto que expresó con anterioridad: *“no es el detenido quien tiene las esposas, sino que las esposas lo tienen a él”* -op. cit., pág. 6-.

³¹² Molinario, op. cit. pág. 57.

³¹³ Tal el caso de Zannoni (con cita de de Zavallía), en op. cit., pág. 157 y ss.

yuxtaposición local, llamada también “simple relación de lugar”, se caracteriza por la falta absoluta de voluntad, lo que excluye el *corpus*. Siendo ello así, los supuestos de relaciones “fugaces” mencionados escapan, a nuestro criterio, a la definición de yuxtaposición local. Se trataría de un caso de “simple detención”, al decir de URE³¹⁴.

MOLINARIO define a la yuxtaposición como aquellas *“relaciones conscientes o inconscientes que se establecen entre una persona y una cosa ajena sin que se tenga por el titular, en las de carácter consciente, el propósito de constituirse en poseedor o tenedor de la misma y su intención se limite a usar de ella en determinada medida consentida por la ley o el contrato que la rija y que actúe como representante de la posesión”*³¹⁵.

El autor clasifica la yuxtaposición en: a) inconsciente, que es la más extrema, por la ausencia de todo conocimiento y que no entra en el campo del derecho³¹⁶; y b) consciente, en la cual existe cierta especie de voluntad, que no configuran los elementos cognoscitivo y volitivo ineludible para que pueda hablarse de tenencia o de posesión. El autor brinda el siguiente ejemplo de este supuesto: *“Cuando una persona invita a otra a comer en su casa, la segunda entra en una situación de yuxtaposición respecto de los diferentes sector de la casa, como así también respecto de los cubiertos, copas, platos, etc., que se le proporcionen”*. Esta yuxtaposición, meramente social, que para MOLINARIO no entra en el campo del derecho, es denominada yuxtaposición complaciente. También es el caso del posible comprador que entra en un negocio y toma en sus manos el objeto que desea

³¹⁴ Ure, op. cit., pág. 68.

³¹⁵ Molinario, op. cit. pág. 164. En general, la doctrina civilista coincide, elementos más, elementos menos, con la definición brindada por Molinario. Por todos, Marina Mariani de Vidal, para quien la yuxtaposición local *“es una relación de mero contacto físico con la cosa, sin voluntad alguna jurídicamente relevante de tener ese contacto físico”* (*“Curso de Derechos Reales”*, T. I, op. cit, página 95).

³¹⁶ Es el caso de la persona dormida, a la cual se le pone algo en su bolsillo sin que se de cuenta.

adquirir. Este caso, según el citado autor, tampoco es considerado por el derecho.

MOLINARIO señala que la diferencia existente entre yuxtaposición consciente y tenencia se basa en la “*representación de la posesión*”, que se da en este último caso.

Tanto en la posesión como en la tenencia es necesaria la existencia de un mínimo de voluntad para que pueda configurarse el *corpus*. Como hemos visto, en la yuxtaposición inconsciente falta en absoluto la voluntad y por lo tanto se trata de una relación irrelevante para el derecho. En esto coincidimos con MOLINARIO. Sin embargo, discrepamos con la solución dada por el autor en relación al restante supuesto de yuxtaposición, la consciente, también denominada complaciente. Creemos que este caso sí interesa al derecho en general, pues el cliente que examina un libro en una librería³¹⁷ tiene y expresa, inequívocamente, su voluntad de tener contacto físico con el objeto ajeno, pues se aprovecha de la corriente usanza aceptada en todo negocio de venta al público, en los cuales se permite a los clientes revisar los productos antes de comprarlos. Nos parece que en este supuesto, por fugaz que sea, el cliente ejerce un grado mínimo de autonomía que excluye la noción, ya analizada, de yuxtaposición local. Si con el pretexto de examinar el libro el cliente lo toma y sale corriendo, es indudable que comete el delito de hurto. Ergo, este tipo de yuxtaposición, llamada consciente o complaciente por MOLINARIO, que es menos que la tenencia a criterio del citado autor, constituye una relación con la cosa que no puede -ni debe- resultar indiferente al derecho. Concretamente, para el derecho penal encuadra en la figura tipificada en el artículo 162.

³¹⁷ También sería el caso del cliente que examina cualquier tipo de objeto, en cualquier tipo de negocio.

Más allá de la ubicación que pueda asignarse a la yuxtaposición dentro del ámbito del derecho civil o penal (aunque creemos que este instituto sólo da lugar al hurto), y más allá de las subdivisiones o categorías que pueden trazarse de las diferentes relaciones reales existentes entre las cosas, nos parece que la clasificación que mejor explica la diferencia entre defraudación y hurto es aquella que lo hace a partir de los conceptos de esfera de custodia y esfera de vigilancia, que enseguida analizaremos, dentro de cuyos límites se verifica el delito de hurto. Cuando se sobrepasan dichos contornos se ingresa, entonces sí, en el terreno de la defraudación.

El concepto de custodia es claramente explicado por PETROCELLI. Sostiene que custodiar la propia cosa significa poseerla, siendo la custodia la manifestación más sencilla y expresiva de la posesión. El mantenimiento de ella, por lo tanto, va entendido como manifestación de que perdura en el propietario el poder, de hecho y de derecho, sobre la cosa, “*que excluye la subsistencia contemporánea de un poder de otro*”³¹⁸. De acuerdo con URE, en suma, custodia es “*el conjunto de las medidas de control y vigilancia destinadas a proteger y a conservar la cosa en poder del derecho habiente*”.

Si bien el citado autor argentino distingue cinco casos o grados de custodia, en beneficio de una mayor claridad expositiva optamos por resumirlos en un solo caso, el cual corresponde diferenciar, a su vez, del concepto de “*esfera de actividad*”³¹⁹.

Veamos:

³¹⁸ Citado por Ure, en op. cit., pág. 68.

³¹⁹ Algunos de los supuestos de custodia clasificados por Ure son difíciles de concebir en la práctica, el primero por ejemplo. Otro supuesto, el tercero, se superpone con el concepto de “esfera de actividad”, que el autor toma de la obra de Petrocelli, y con el cual se pronuncia de conformidad. De allí que no nos quede claro cuál es la distinción, para el autor, entre custodia y actividad, a pesar de que señale que este último “*constituye un elemento distinto de la esfera de custodia*”, en op. cit., pág. 72.

a) Esfera de custodia: es la que se ejercita teniendo la cosa a la vista y alcance directo del derecho habiente, pero se halla en manos del agente. Es el caso del *caddie* que lleva la bolsa de palos de golf del jugador, que de pronto sale a la carrera con la bolsa ajena. Comete hurto, pues dicho objeto nunca salió de la esfera de custodia del dueño³²⁰.

b) Esfera de actividad: es la que no se ejercita inmediata y directamente, como la anterior. No es la custodia visual y continua, sino aquella que debe considerarse que subsiste aún cuando el derecho habiente no esté frente a la cosa, pero que lo mismo se realiza por el solo hecho de hallarse en el lugar en que se encuentra la cosa. Es el supuesto de las cosas de la oficina, del taller, de la casa, del negocio, de la fábrica. Para ser apropiadas, dice URE, tienen que ser “*substraídas*”, sacarse de su sitio y burlarse la custodia. En este caso dicho comportamiento también constituye hurto. A los sujetos activos de estas hipótesis les cabe la clasificación, ya explicada, de servidores de la posesión.

MARIANI de VIDAL, en su conocido “*Curso de Derechos Reales*”, al exponer las relaciones basadas en vínculos de dependencia, hospedaje u hospitalidad, se refiere, entre otros, a los casos del inquilino (en relación al inmueble y a las cosas que se hallan en el lugar alquilado) y del obrero con las máquinas existentes en el lugar donde trabaja..

La doctrinaria alude en su obra a la jurisprudencia penal vinculada a las cosas inmuebles, y explica que al no existir una relación autónoma, un señorío consolidado e independiente sobre la cosa, “*no hay ni siquiera tenencia*”. Es allí donde cita el fallo plenario “*Contarino*”, dictado

³²⁰ Ure pone como ejemplo, entre otros, el del changador que sigue al viajero hasta el tren, llevándole el equipaje. En op. cit. pág. 69.

por la Cámara del Crimen en 1964. La autora dice: *“Leemos en el voto del doctor Munilla Lacasa, de la mayoría:*

“Sólo se trata en la especie de lo que en doctrina se conoce con el nombre de servidores de la posesión...Simples locadores de servicios mediante retribución establecida. La circunstancia de que algunas veces se les brinde habitación u otras dependencias del inmueble...no es sino una concesión accesoria del contrato principal...relativo al trabajo convenido...no ha poder autónomo sobre el ámbito que se les brinda...ni título alguno sobre el inmueble. Carecen de todo derecho personal sobre la cosa y, disuelta la relación laboral, simultáneamente concluye la precaria ocupación que durante su vigencia les fuera concedida. De modo...que si en situación tal se niegan a abandonar el inmueble intervienen el título que los autorizaba a estar en la casa, ya que pretenderían ejercer un derecho personal del que carecieron en todo momento...”³²¹.

Para complementar el concepto volcado por MARIANI de VIDAL, correspondería señalar que la sentencia plenaria aludida se refirió a una cosa inmueble. Comprendió al portero o encargado de edificio, a quien se le desconoció su carácter de tenedor (del departamento que ocupaba mientras subsistió el vínculo laboral), encuadrándose su conducta, consistente en permanecer en la vivienda o, como señala el fallo, de *“intervenir el título”*, en el delito de usurpación, previsto en el artículo 181, inciso 1º del Código Penal. Esa mera yuxtaposición consciente o complaciente con la cosa, según MOLINARIO, que no llega a ser tenencia, es claramente relevante para el derecho penal, al punto de que si se tratara de una cosa mueble habría hurto, y

³²¹ Mariani de Vidal, op. cit., pág. 96. La autora se refiere al fallo plenario “Contarino, Mario”, del 13/08/64, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional -L.L. 115-555-, donde se resolvió que *“resuelto el contrato de trabajo, concluye para el encargado de casa de renta todo derecho a permanecer en la casa, precisamente cedida para esa causa y sin que exista derecho de retención, y por lo tanto, su negativa a abandonarla configura el delito de usurpación”*.

usurpación, como sostiene el plenario “Contarino”, en caso de ser un inmueble.

Volviendo a la clasificación bipartita antes señalada (esfera de custodia/esfera de actividad), y para seguir analizando las diferencias, no siempre perceptibles, existentes entre defraudación omisiva y hurto, resulta oportuno citar la opinión de GÓMEZ.

Dice este autor: *“el sirviente sólo tiene en sus manos las cosas muebles de su patrón a los fines del cumplimiento de sus tareas. Cuando el patrón se las confía, está lejos de su ánimo la idea de trasmitirle siquiera la simple tenencia”*³²². Pensemos en el caso de la secretaria de oficina que se lleva a su casa una resma de papel. No es omisión de restitución o entrega la conducta que lleva a cabo, sino un claro apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena³²³.

Sobre este punto PETROCELLI expone interesantes observaciones. Explica que hay numerosos casos en los que el propietario no tiene ninguna forma de custodiar la cosa transferida a otro, pero conserva el gobierno de la misma cosa. Pone el ejemplo del empleado de la tienda que se apropia de las cosas existentes en el establecimiento, y del doméstico que se apropia de las cosas contenidas en la casa de la cual el patrón se ha alejado momentáneamente, dejándole la llave. Aquí no existe la custodia del propietario, y hasta puede decirse que las cosas se hallan bajo la custodia del empleado y del doméstico. Sin embargo, hay hurto. La cosa ha salido de la esfera de custodia del propietario, pero ha quedado en el ámbito de otra

³²² Eusebio Gómez, “Tratado”, op. cit., T IV, pág. 57.

³²³ Es interesante la referencia de Ferrer Sama, anotada por Sainz - Pardo Casanova: *“Utilizando la terminología romana, estimamos que habrá hurto en el caso de que la cosa ajena se haya obtenido mediante ‘amotio’ y por el contrario, apropiación indebida cuando la ‘amotio’ no haya existido por estar ya la cosa en manos del autor, por muy material y momentánea que sea la tenencia”*, en *“El delito de apropiación indebida”*, op. cit., pág. 93. Por ‘amotio’, como se recordará, se entiende la acción de remover la cosa.

esfera, en la cual todavía rige e impera, en varias formas, la persona del propietario; ha quedado subordinada a su acción, ha quedado, en suma, en su esfera de actividad³²⁴.

En todos los casos la sustracción se hace posible, de acuerdo con el autor italiano, *“cuando sobre la misma cosa se ejerza alguna acción enderezada a modificar las condiciones en que fue colocada por el propietario, y que el agente no estaba facultado para modificar”*. Estas acciones se reducen al acto que es característico del hurto: un acto de sustracción.

No cabe duda que la cosa, prosigue PETROCELLI, si bien materialmente en poder del agente, queda sujeta a un complejo de condiciones, de medios, de límites, estrechamente inherentes a la persona del propietario, del cual es necesario que el agente la separe para que la cosa entre autónomamente en su poder.

En otras palabras, si bien la cosa, por explícita voluntad del propietario se halla en poder del agente, en cierto punto éste quiebra la confianza dispensada y se apodera de la misma, sacándola en forma subrepticia del ámbito de actividad que le ha sido asignado. Allí, en ese desvío, en esa conducta positiva de apropiación, es cuando el autor comete el delito de hurto.

La diferencia entre ambas figuras también podría describirse diciendo que en el hurto el agente procede en contra de la voluntad del propietario, mientras que en la defraudación omisiva analizada es al revés, tiene la cosa conforme a la voluntad del propietario, pero omite entregarla o devolverla, comportamientos activos éstos que contractualmente se

³²⁴ Confr. Ure, op. cit., pág. 72 y ss.

comprometió a cumplir. Hay, pues, una relación jurídica preexistente, en virtud de la cual el agente recibe el objeto.

PETROCELLI brinda el siguiente ejemplo, que nos parece sumamente ilustrativo: *“si el conductor del automóvil, que tiene la llave del garage, sustrae el vehículo del lugar en que se encuentra, fuera de las horas de servicio, cometerá hurto. Lo mismo si dispara con el vehículo, para apropiárselo, mientras el patrón descendió momentáneamente para entrar en un negocio. En los dos casos, el objeto ha sido sustraído a la esfera de actividad y, hasta cierto punto, en el segundo caso, a la de custodia del propietario. Pero, en cambio, si el patrón confía el automóvil al conductor para que lo lleva a un sitio determinado para entregarlo a un comprador, y el conductor se lo apropia, cometerá apropiación indebida. Si el patrón confía al conductor una pieza del motor para hacerla reparar, y éste se la apropia, cometerá apropiación indebida, mientras que si el conductor lo saca del automóvil cometerá hurto porque lo sustrae, lo aleja del algo que, visiblemente, lo mantiene en la esfera de actividad, bajo el poder del propietario”*³²⁵.

En síntesis, el sujeto activo del delito no recibe la tenencia de la cosa ajena, y por tanto comete hurto, cuando esa misma cosa:

- a) permanece en la esfera de custodia del derecho habiente;
- b) permanece en la esfera de actividad del derecho habiente.

Como hace notar URE, de ocurrir lo contrario, deberá considerarse que la tenencia le ha sido transmitida, pues en tal caso se le

³²⁵ Confr. Ure, en op. cit., pág. 75.

habrá conferido al agente un poder autónomo sobre la cosa, poder que puede ser:

a) en interés exclusivo del derecho habiente, como es el caso, por ejemplo, del depósito;

b) en interés exclusivo del agente, como en el caso de la prenda;

c) de uso y goce de la cosa ajena, como lo son, por ejemplo, el comodato y el usufructo, y aún de disposición, como puede ser, en ciertos casos, el mandato.

En suma, la permanencia o no de la cosa en la esfera de custodia o esfera de actividad del derecho habiente es lo que permite distinguir si hay tenencia a los fines penales, y es lo que permite determinar, consecuentemente, si existe hurto u omisión fraudulenta de restitución o entrega.

En razón de lo expuesto, discrepamos con la solución dada por la Cámara Nacional de Casación Penal, en aquel caso de la mujer a quien el dueño le había entregado voluntariamente la conducción del automóvil, del cual descendió ante la imposibilidad de estacionar en la calle a la que se dirigían. La imputada, en vez de buscar estacionamiento en las inmediaciones, se dio a la fuga con el auto y con las restantes pertenencias que se hallaban en su interior. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 17 había condenado a la imputada por el delito de hurto, pero la Sala I de la Cámara de Casación, en el fallo comentado, entendió que *“la forma de entrar en la tenencia del auto”* permitía *“desplazar la conducta de la encausada de la figura del hurto hacia la defraudación por abuso de confianza prevista en el artículo 173 inciso 2° del código de fondo”*. Con cita de URE, el Tribunal señala que la *“tenencia de*

la cosa ajena en poder del agente, con anterioridad a la consumación del delito, constituye pues el presupuesto material de la apropiación indebida. Es también un elemento para la diferencia con el delito de hurto. Un principio general enseña que no se puede sustraer una cosa que ya se tenía. El hurto requiere un apoderamiento y esta palabra presupone, a su vez, que la cosa debe hallarse en manos de cualquiera menos en la del autor, que la sustrae a quien la tuviere. Parecería, entonces, que indefectiblemente el autor del hurto no debe tener la cosa antes de cometer su delito”.

A continuación agrega la Cámara que la entrega del rodado por parte del dueño a la imputada a fin de solucionar el problema del estacionamiento en el microcentro, *“así como la relación que mantenía con el matrimonio, de la que es prueba el hecho de que la llevaba en su auto, sustentan el abuso de confianza que subyace en la figura del inciso 2º del artículo 173, y que atento a la redacción actual se denomina defraudación por retención indebida en lugar de la apropiación indebida que con más precisión contenía el texto legal anterior”*,³²⁶.

En primer lugar, creemos que la confianza debe ser entendida en un sentido objetivo, implicada en la naturaleza del vínculo y no referida a una relación que reconozca su origen en una elección especial, como parece interpretar el Tribunal³²⁷. Asimismo, hemos explicado que no siempre el delito de hurto exige, en forma *“indefectible”*, que la cosa se halle en poder de la víctima para honrar así el principio ya mencionado, de que *“no se puede sustraer una cosa que ya se tenía”*. Se ha visto que pueden presentarse infinidad de situaciones en las cuales el agente incurriría en apoderamiento ilegítimo, en los términos del artículo 162, aún teniendo la cosa ajena en su poder, pues ésta se mantiene bajo la esfera de custodia o

³²⁶ CNCP, Sala 1º, causa N° 600, “Gamra, Ana María s/rec. de casación”, resuelta el 28/12/95.

³²⁷ En tal sentido, Petrocelli, citado por Ure en op. cit., pág. 27.

actividad del derecho habiente, comportándose aquél como mero servidor de la posesión.

En el caso puntual analizado por la Cámara de Casación, curiosamente análogo al ejemplificado por PETROCELLI, según viéramos, el automóvil permanece en la esfera de actividad del dueño, aunque ya no se halle frente a su vista. Hay un abuso de confianza, sí, pero que no supera los contornos del apoderamiento típico del hurto. La imputada no ejerce más que una simple detención, un mero contacto físico con la cosa, una yuxtaposición consciente o complaciente. No asume, ciertamente, poder autónomo alguno sobre el rodado. Estimamos, en suma, que el encuadre legal correcto es el escogido por el Tribunal Oral, pues la conducta de la mujer se adecua al delito previsto en el artículo 162 del Código Penal.

La conclusión a la que cabe arribar es que la tenencia resulta desde la perspectiva dogmática aquí planteada, la única relación material -entre personas y cosas- que constituye la fuente de deber de restituir cuya omisión fraudulenta determina, si además concurren los restantes elementos, la aplicación del tipo penal. En aquellos supuestos en los cuales pueden presentarse ciertas dudas a la hora de distinguir esta figura de la del hurto, por hallarse la cosa en poder del sujeto activo, sea por mediar yuxtaposición local -o consciente según MOLINARIO-, o una relación derivada de un vínculo de dependencia, hospedaje u hospitalidad, la clave, a nuestro entender, consiste en acudir a la clasificación bipartita señalada: esfera de custodia y esfera de actividad. En ninguno de estos casos, explicados *supra*, el sujeto recibe la tenencia de la cosa en los términos de fuente de deber –exigido en el injusto típico del art.173 inc.2 del CP- y si decide sustraerla cometerá el delito de hurto.

VIII.3. LA NECESARIA DISTINCIÓN CON EL TIPO PENAL DE HURTO:

Como se habrá advertido, existen numerosísimas similitudes y diferencias entre ambas figuras. Tantos son los puntos de contacto que originariamente, como ya hemos explicado, los dos comportamientos se identificaban con una sola voz: *res furtum*. Con el tiempo las figuras se fueron diferenciando y actualmente es posible sostener que el principal punto en común entre ambas reside en el objeto material sobre el cual recae la acción: una cosa mueble ajena. No obstante, el hurto con abuso de confianza o hurto doméstico es, sin duda, la figura más parecida a la omisión fraudulenta de restitución o entrega. En cuanto a las diferencias entre ambos delitos, a las ya marcadas añadimos las siguientes:

a) En el hurto el autor toma la cosa, o si ya la tiene consigo, como explicamos en el Capítulo anterior, la saca subrepticamente de la esfera de custodia o actividad, sin conocimiento ni consentimiento del dueño. En el delito que analizamos la cosa es detentada por el sujeto activo, quien omite entregarla o restituirla, pues en ello consiste, precisamente, el objeto o finalidad de su transitoria tenencia. No quita la cosa, es cierto, pero tampoco la pone en manos de quien corresponde. Ergo, una forma de distinguir ambos delitos es a través del modo en que el autor entra en contacto con el objeto material³²⁸.

La similitud entre dichos comportamientos (hurto y defraudación) y la estafa es explicada gráficamente por GROIZARD a través de una ejemplificación cuya vigencia no ha mermado en 150 años: “*El ladrón*

³²⁸ Alfredo Masi sostiene que: “*Se devuelve lo que se ha recibido. Se restituye lo que se ha hurtado. Se añade que devolver supone préstamo; restituir, ocultación. Devuelvo lo que me han entregado; restituyo lo que no es mío. La devolución toca a la familia. La restitución toca al derecho*”, con cita de Roque Barcia, “*Sinónimos castellanos*”, Buenos Aires, 1939, en “*El artículo 173 inciso 2º del Código Penal*”, en *Revista Jurídica de San Isidro*, T. II, 1968, pág. 63 y ss..

*coge las cosas, el estafador alarga la mano para que se las pongan a su alcance y en el último extremo, basta cerrarla*³²⁹.

b) Otra pauta de distinción puede establecerse a partir de las diferentes secuencias temporales que dan movimiento a cada conducta. En el hurto se emprende un comportamiento antijurídico que se desarrolla normalmente en un tiempo, en el cual el autor procura apoderarse de la cosa ajena. En la omisión de restitución, en tanto dicha conducta participa de las características del abuso de confianza, generalmente se verifica la secuencia en dos tiempos. Una legítima, consistente en recibir la cosa con la precisa finalidad de entregarla o devolverla, y otra posterior, ilegítima, de omitir el cumplimiento de esa obligación, frustrando así la confianza dispensada por el dador de la cosa³³⁰.

c) La penalidad es otro punto que, entre las diferencias, merece ser destacada. Para nuestra legislación, la defraudación omisiva analizada es más grave que el hurto. Sin embargo, no era así en el Código Penal Español³³¹.

³²⁹ Groizard, *“El Código Penal de 1870, concordado y comentado”*, Tomo VI, Burgos, Salamanca, 1870. pág. 594, citado por Quintano Ripollés, op. cit. pág. 868. El autor citado señala, asimismo, que en la acción del hurto media la materialidad de una sustracción, en la de la estafa propia, un engaño previo, y en lo que es la actual apropiación indebida, un simple abuso de confianza.

³³⁰ Si el autor recibe la cosa a sabiendas de que no cumplirá su prestación -entrega o devolución-, estaremos frente a una estafa, prevista en el artículo 172 del Código Penal). En el artículo *“La fianza en la locación y el delito de desbaratamiento de derechos acordados”*, publicado por el autor de este trabajo en Suplemento Penal y Procesal Penal de La Ley, del 30/11/06, se mencionan las semejanzas del artículo 173 inciso 2º con el inciso 11º. En ambas figuras se verifica la presencia de dos actos o tramos, el primero de los cuales, lícito, condiciona la actuación futura del autor, o para decirlo de otra forma, el primer acto lo *“ata”* para actuar de una manera determinada; si no actúa conforme las pautas acordadas -*“anudadas”*- en ese primer tramo, y desbarata, en un caso, o no devuelve o entrega, en el otro, el sujeto activo habrá cometido el delito de defraudación (por desbaratamiento de derechos acordados, o por omisión fraudulenta de restitución o entrega, según el caso).

³³¹ A partir de la reforma operada en 1995, la apropiación indebida, cuyo castigo se equipara al delito de estafa, es penado más severamente que el hurto simple.

RODRÍGUEZ DEVESA justifica la mayor gravedad de la pena del hurto, señalando que esta conducta “*demuestra una mayor energía criminal, y se hace acreedor a la pena más grave, el que previamente desposee que quien, siendo poseedor, se limita a apropiarse la cosa cuya posesión tenía de antemano*”. Luego dice que es comprensible la mayor pena del hurto “*porque el sujeto para apropiarse ataca simultáneamente la propiedad y la posesión (penal)*”, mientras que en el otro caso “*realiza una simple apropiación, puesto que la posesión previa de la cosa es una de las condiciones del delito*”³³².

En la vereda opuesta se ubica, severa, la postura de VIVES ANTÓN: “*La idea de que la apropiación indebida es menos grave que el hurto se apoya en una concepción del dominio como señorío típico sobre las cosas que resulta, ante la realidad actual del patrimonio, más que falsa, ridícula*”³³³.

La mayor penalidad de la defraudación se justifica, a nuestro criterio, porque el autor se aprovecha de una situación de hecho o *statuo quo*, consistente en la tenencia legítima y bilateralmente acordada de una cosa mueble dada por el sujeto pasivo en la confianza de que aquel, honrando el compromiso asumido, la entregará o devolverá a quien corresponda en el momento preestablecido, o cuando sea intimado a hacerlo. Ese aprovechamiento del poder que detenta sobre la cosa, esa situación de inferioridad del derecho habiente que se ha desprendido del objeto en la convicción, luego defraudada, de que el autor cumplirá con su prestación son,

³³² Rodríguez Devesa, op. cit, pág. 381 y ss.

³³³ T. S. Vives Antón, en “*Derecho Penal, Parte Especial*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 951. Joan J. Queralt Jiménez también critica que el hurto se hallara más severamente penado que la apropiación indebida, en “*Derecho Penal español. Parte especial*”, 4º edición, op. cit., pág. 336. Ricardo Sáenz, con cita de Schaffstein y sobre la base de las enseñanzas de Santo Tomás, recuerda el siguiente principio: “*El acto cometido por omisión ha de castigarse más benignamente que el cometido por un hacer activo*”, porque, en verdad, “*es más grave causar el mal que no hacer el bien*”, en *Doctrina Penal*, año 12, 1989, Depalma, pág. 306.

en suma, los ejes sobre los cuales se funda la mayor gravedad de la respuesta penal, en este claro ejemplo de abuso de confianza que reprime el artículo 173 inciso 2º.

IX. LA COSA MUEBLE AJENA COMO REFERENCIA OBJETIVA DEL TIPO DE INJUSTO

Las normas primarias o de comportamiento remiten siempre a bienes jurídicos que asumen en su objetivación el concepto de *res*, esto es, de cosa, pero que va más allá de lo simplemente material o físico pues puede asumir representaciones jurídicas -v.gr. títulos-. En el análisis del tipo de injusto estudiado, la cosa mueble es la referencia principal como concreción del bien jurídico asumido y respecto del cual surgen los deberes positivos -de restitución-. En el caso de la legislación penal argentina, la integración del dinero dentro del enunciado del tipo presenta particularidades a las que cabe brindar especial atención. Esto, por cierto, ha quedado en evidencia dentro de la problemática jurídica española, dando lugar a disputas jurisdiccionales y dogmáticas.

Por eso es necesario atender al contenido de significado de los objetos que integran el bien jurídico.

IX.1. UNA APROXIMACIÓN A LA CUESTIÓN:

El concepto jurídico de cosa es el que emana del artículo 2311 del Código Civil: “*Se llaman cosas en este Código los objetos corporales susceptibles de tener un valor*”. Todas las cosas son bienes, pero no todos los bienes son cosas. La cosa es el género, el bien la especie. El artículo 173 inciso 2º agrega los vocablos “*dinero y efectos*”, que podría no haberlos agregado, porque nadie duda de que sean cosas. De hecho, la propia

disposición dice: “*dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble*”, aclaración que no permite abrigar dudas al respecto. Como bien hace notar URE, en los artículos 162 y 164 del Código Penal sólo se habla de cosa mueble y nadie pensaría que están excluidos el dinero y los efectos³³⁴. En suma, los términos dinero y efectos son meramente ejemplificativos, en tanto participan de las características de las cosas muebles.

Sabido es que el concepto de cosa mueble, en el derecho penal, tiene un alcance y un sentido más amplio que el asignado por el derecho civil, aunque no nos explayaremos sobre este tópico. El carácter de mueble, según lo entienden pacíficamente los doctrinarios, está dado por la condición de que la cosa sea transportable o movable. Esto significa que dentro del concepto quedan incluidas, además de las cosas muebles por su naturaleza, las cosas inmuebles por accesión (artículos 2315 y 2316 del Código Civil), y por su carácter representativo (art. 2317 C.C.).

De todas formas, hay varias cosas muebles que, por sus características, merecen ser analizadas por separado.

IX.2. COSAS QUE SE HALLAN EN EL INMUEBLE OCUPADO POR OTRO:

En relación a las cosas que se encuentran dentro de un inmueble legítimamente ocupado por el agente, por ejemplo en el caso del alquiler, vale la pena recordar, en primer término, la postura de dos autores italianos, mencionados por URE, para luego dar nuestro punto de vista.

a) Para ANGELOTTI habrá apropiación indebida cuando ésta verse sobre cosas muebles por naturaleza, pero inmuebles por accesión,

³³⁴ Ure, op. cit., pág. 29.

que se encuentren incorporadas al inmueble en forma estable (vid. animales de labranza, árboles talados, roperos, etc), respecto de las cuales no sea indispensable, para separarlas, aplicar cierta violencia, pues en tal caso existirá robo o hurto (vid. cañerías, bajorrelieves, etc)³³⁵.

b) Mientras que para PETROCELLI, quien no distingue entre accesión física y moral, sólo habrá apropiación indebida cuando la cosa inmueble alquilada tenga una función propia e independiente, sin más limitación que la derivada de la elemental custodia (un caballo, un automóvil, una bicicleta). Pero habrá hurto cuando la cosa haya sido movilizada o cuando, siendo mueble por su naturaleza, no tenga una función autónoma sino que esté destinada al servicio y mejor utilización del inmueble a que pertenece como accesorio. Agrega que el agente, para obtener un provecho ilícito de las cosas, debe sacarlas, alejarlas del inmueble, en una palabra, debe sustraerlas, y allí es donde comete hurto o robo³³⁶.

URE discrepa con ambas posiciones. Señala que el error de la primera reside en tomar como punto de referencia el medio utilizado para la conversión de la cosa inmueble en mueble, olvidando el elemento fundamental, que es la relación jurídica creada entre el agente y las cosas recibidas en tenencia, sea como locatario, comodatario, depositario, etc. Y de inmediato se pregunta: *“¿qué diferencia substancial existe entre la apropiación del arado y la del molino?”*. Y responde: *“Absolutamente ninguna”*. En ambos casos el agente era tenedor y al apropiarse de tales elementos comete apropiación indebida, sin que importe el medio de que se valió para movilizarlos.

En cuanto a la postura esgrimida por PETROCELLI, el jurista argentino explica que cuando se entra en la tenencia de un inmueble,

³³⁵ Ure, op. cit., pág. 35/6.

³³⁶ Ure, op. cit. ibidem.

ya sea un departamento amueblado o un establecimiento de campo, se recibe, en el mismo carácter, la tenencia de todas las cosas que forman parte integrante de ese mismo inmueble y que se incluyen en el respectivo contrato, salvo, naturalmente, aquellas cosas que, por convención expresa, se hubiese reservado el locador, y que, por consiguiente, serán objeto de hurto o de robo y no de apropiación indebida³³⁷.

Coincidimos con la opinión de URE prácticamente en todo. De acuerdo con el artículo 1558 del Código Civil, se presume que los objetos con que se halla amueblado, guarnecido o provisto el inmueble pertenecen al locatario, salvo que se pruebe lo contrario. Es por ello que acostumbra a firmarse un inventario, que forma parte del contrato de alquiler, de las cosas muebles que se hallan en su interior, pertenecientes al propietario, que si bien pueden ser usadas conforme su destino, deben ser restituidas, junto al inmueble, una vez vencido el contrato. Todas estas cosas muebles, que escapan a la presunción *iuris tantum* contenida en el artículo 1558, está claro, han sido entregadas al locatario bajo un título que produce obligación de devolver, de acuerdo con lo normado en el artículo 173 inciso 2º del Código Penal. Por ello, si el locatario omite restituirlas a su debido tiempo, ya sea porque las inutilizó, hizo desaparecer, regaló, vendió o apropió, deberá responder como autor del delito analizado.

No nos termina de convencer, empero, la excepción contemplada por URE de aquellas cosas muebles en particular que, por convención expresa, se habría reservado el locador, a las cuales considera pasibles de hurto o robo, y no de apropiación indebida. Realmente no alcanzamos a distinguir los parámetros sobre los cuales puede descansar la diferencia de tratamiento de una cosa incluida dentro del mobiliario entregado al locatario, que al no ser devuelta al propietario de nacimiento al delito de

³³⁷ Ure, op., cit., pág. 36.

hurto o robo. Creemos que todas las cosas muebles que se encuentran dentro de una finca legítimamente ocupada por el agente, al no ser restituidas al vencimiento del contrato darán lugar a la defraudación omisiva examinada.

IX.3. LOS DERECHOS DE CRÉDITO Y EL OBJETO MATERIAL DE LA FIGURA OMISIVA DEL ARTÍCULO 173 INC. 2º:

En un interesante trabajo, GÖSSEL señala que el objeto de la apropiación es la cosa mueble ajena, entendida como objeto material que, a su vez, es objeto de propiedad (conforme el parágrafo 903 del BGB)³³⁸. Por eso se podrá interpretar aquella jurisprudencia que considera como objeto de apropiación la “sustancia” de la cosa. Esta concepción, agrega, conocida como teoría sustancial, ha sido objetada en razón de conducir a situaciones de peligrosos vacíos en la tutela penal de la propiedad, por ejemplo, cuando el autor no quiere adquirir o utilizar la sustancia misma de la cosa, sino que lo que desea es el valor ligado a ella. Es el conocido caso donde el autor le quita a la víctima la libreta de ahorro con el propósito de retirar los haberes allí registrados, pero con la intención de devolverla; o el caso donde el ladrón le hurta la cosa al propietario para luego vendérsela, o se la devuelve habiéndola previamente utilizado y aprovechado o reducido su valor económico (baterías, combustible).

Argumenta GÖSSEL que para poder encuadrar estos casos como apropiación indebida se ha intentado inferir una interpretación de sustancia con contenido patrimonial del concepto mismo de sustancia, o bien,

³³⁸ Karl Heinz Gössel, “Sobre el objeto de apropiación punible y el menoscabo de los derechos de crédito”, en “Revista de Derecho Penal – Estafas y otras defraudaciones –I”, dirigida por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, op. cit., pág. 189 y ss. En el artículo, el autor analiza la legislación alemana. Allí explica que los elementos de la “apropiación” son el desapoderamiento del propietario y el apoderamiento por parte del autor. Al respecto, recordamos que el artículo 173 inc. 2º, a nuestro criterio no es una “apropiación”, porque no requiere en ningún momento el apoderamiento por parte del autor. Lo que requiere es una conducta omisiva: no restituir. Esa no restitución puede coincidir o no con un apoderamiento.

en forma conjunta a la sustancia de la cosa, se ha procurado reconocer un valor de la cosa en efecto aprovechable como objeto de apropiación que excede del valor material, y representa su aprovechamiento económico por parte del autor.

Así, nace una nueva teoría del “valor” de la cosa, subsidiaria a la teoría sustancial. Explica que si la apropiación de objetos sin valor fuese no punible, entonces tampoco sería punible el aprovechamiento (utilización) de la cosa que deja intacta el valor económico (hurtos fetichistas). Por esta razón, la teoría del valor de la cosa fue solamente invocada como complemento de la teoría sustancial. De modo que se considera objeto de apropiación a *“la cosa misma, o el valor intrínseco que ésta posee”*. Con esta fórmula tomó relevancia la teoría de la unificación, impulsada por BOCKELMANN³³⁹.

Como a la luz del derecho civil las cosas objeto de propiedad son, según el autor alemán, exclusivamente los objetos corpóreos, no podrán ser objeto de apropiación, entonces, ni los créditos ni los derechos (tampoco los referidos a las cosas), entendidos como valores de objeto corpóreo, sea eventualmente financiero (por ejemplo, posibilidades funcionales), o de otra índole. Estos valores y derechos no son objeto del derecho real de propiedad, por lo que se excluyen de la protección penal en los delitos de apropiación. El objeto de apropiación penal es sólo la cosa misma en su sustancia.

A raíz de ello, continúa el autor, la cuestión que se plantea en cuanto a la delimitación entre el simple uso (no autorizado) y el deterioro (destrucción) y apropiación de una cosa toma relevancia recién cuando el

³³⁹ Citado por Gossel, pág. 194.

objeto potencial, tanto sea del delito de hurto de uso, deterioro o apropiación, es verdaderamente una cosa.

En el caso de la libreta de ahorro para retirar los fondos allí documentados, y luego devolverla, tampoco puede afirmarse una apropiación: en el retiro de los fondos no se dispone finalmente sobre el libro, sino sobre un crédito, que no constituye cosa.

En suma, la apropiación, fijada en términos legales no muy precisos, se define como un apoderamiento y desapoderamiento sobre la propiedad (incluyendo poder jurídico material) de cosas (bajo la condición civil).

De acuerdo con URE, con quien coincidimos en el punto, la cosa debe ser corpórea, “*en el sentido de entidad material perceptible*”³⁴⁰. Se excluyen, por lo tanto, las entidades ideales, como son los derechos, que pueden ser turbados o violados y cuyo ejercicio puede verse impedido. Pero la conducta consistente en omitir la prestación o el reconocimiento de un derecho no da lugar a la comisión de la figura prevista en el artículo 173 inciso 2°. Expresado de otra forma, el ordenamiento penal no deja de proteger a los derechos, expresión ésta que utilizamos como opuesta a los objetos corpóreos, sino que lo hace a través de otras disposiciones. Tal es el caso de la defraudación por desbaratamiento de derechos acordados (art. 173 inc. 11°); la estafa, cuando se monta, por ejemplo, con la finalidad de que se deje de percibir un crédito (art. 172); la supresión o alteración del estado civil (art. 138); la defraudación fiduciaria (art. 173 inc. 12); la turbación de la posesión o tenencia (art. 181 inc. 3°); la propiedad intelectual (Ley 11.723), etc³⁴¹.

³⁴⁰ Ure, op. cit. pág. 39.

³⁴¹ Ha dicho la Sala VI de la Cámara del Crimen que: “*El concepto de cosa es sólo aplicable al soporte y no a su contenido. En consecuencia, todo programa de computación, al no revestir la calidad de cosa, permanece al margen de los tipos penales de daño y retención indebida*”, causa “Pinamonti, Orlando”, rta. el 30/04/93.

La cosa, además, debe tener un valor. Bien apunta URE que no se exige que tenga un valor económico, sino patrimonial. Con cita de MANZINI, el autor mencionado indica que el concepto de valor patrimonial no corresponde necesariamente al concepto de valor económico, y el de daño patrimonial no se identifica necesariamente con el daño económico. Así, agrega que *“desde que una cosa es poseída como útil por determinada persona, y es considerada y ambicionada como útil por otra persona, es evidente que, para el derecho en general y para todo el ordenamiento jurídico en particular, constituye un bien patrimonial”*³⁴².

No es de la misma opinión SAINZ-PARDO CASANOVA, para quien el objeto material del delito debe tener un valor objetivo, efectivo o potencial, valuable en dinero. *“El valor subjetivo del objeto -agrega- tanto referido al propietario como a la utilidad real para el sujeto activo, no es decisivo”*³⁴³.

En igual sentido, y en este punto discrepando con URE, el autor chileno POLITOFF LIFSCHITZ sostiene que no puedan entenderse tutelados, a la luz del derecho trasandino, ni por la vía del hurto ni de la apropiación indebida, *“los sentimientos que impulsen a una persona a guardar con unción un mechón de cabellos o una antigua carta. Ello no impide que, según los casos, resulte aplicable otra figura legal, como, por ejemplo, un delito contra el honor”*³⁴⁴.

³⁴² Ure, op. cit. ibídem, quien parifica, como objetos pasibles reclamar la tutela del derecho penal, una alhaja, un mechón de pelo, un automóvil o una carta. En igual sentido se expide Eusebio Gómez, op. cit., Tomo IV, pág. 42.

³⁴³ José A. Sáinz-Pardo Casanova, op. cit. pág. 84. Quintano Ripollés comparte el mismo criterio. Sostiene que el objeto material del delito debe tener un efectivo o potencial valor económico traducible en dinero, puesto que ello es pauta indeclinable para regular la responsabilidad penal, en op. cit., pág. 906.

³⁴⁴ Sergio Politoff Lifschitz, op. cit., pág. 85.

Veamos el siguiente ejemplo. Juan le entrega a Pedro una carta antigua que su padre le escribió a su madre cuando eran jóvenes, para que a su vez la entregue a su hermana María, que vive en España, y hacia donde se dirige Pedro. Este último decide que la amarillenta y ajada carta no posee ningún valor, y resuelve arrojarla por la borda del buque que lo lleva a España. Para URE y GÓMEZ habrá cometido el delito de apropiación indebida³⁴⁵, mientras que para SAINZ-PARDO CASANOVA, QUINTANO RIPOLLÉS y POLITOFF, en cambio, no habrá cometido delito alguno, pues el objeto material sobre el cual versó su conducta no posee valor económico traducible en dinero³⁴⁶.

De acuerdo con la concepción mixta de patrimonio, para la cual no sólo el valor económico de la cosa cuenta, sino también la protección jurídica que debe brindarse a la relación de una persona con esa cosa, la conducta de Pedro sería configurativa del delito previsto en el artículo 173 inciso 2º del Código Penal. Y con esa solución estamos de acuerdo. Desamparar la relación de Juan con el objeto que le confió a Pedro para un fin determinado, sería lo mismo que admitir la existencia de una brecha en los derechos patrimoniales, dominio incluido, no cubierta o satisfecha por el ordenamiento legal. La malla de protección de tales derechos tendría, a la vista del propio digesto normativo, una hendidura por la que se filtrarían, impunes, diversos actos que fulminarían la coherencia y virtualidad del derecho de propiedad. Considerar la atipicidad de tal conducta sería lo mismo que admitir la inocuidad de aquel comportamiento consistente en apoderarse de la cosa mueble de otro y dejar en su lugar un objeto de valor equivalente, o dejar dinero por el mismo valor.

³⁴⁵ Aunque el autor no haya incurrido, formalmente, a nuestro criterio, en ningún acto de apropiación. Esto nos parece así a pesar de que se nos diga que el poder de disposición del propietario fue reemplazado, aún por corto plazo, por el poder de disposición del autor, semejante al del propietario, y que en ello radicó la apropiación.

³⁴⁶ Lo mismo valdría decir de una foto, un recorte periodístico, un cassette, o cualquier otra expresión u objeto personal no susceptible de apreciación económica.

La carta de nuestro ejemplo puede no tener ninguna valuación traducible en dinero para Pedro, y precisamente por tal motivo la arroja al mar. Esta conducta, según los autores extranjeros citados, sería atípica. Pero para Juan reviste un valor inestimable, al punto de que para lograr su recuperación estaría dispuesto a pagar una fuerte suma de dinero. En tal supuesto, si Pedro decidiera sacar provecho del recado que se le encomendara, y le pidiera dinero a Juan a cambio de entregar la carta a María, ¿acaso la cosa mueble en cuestión, la carta, adquiriría de pronto entidad para constituir delito? ¿La cosa de la que habla el artículo 168 (extorsión) es conceptualmente diferente de la cosa a la que alude el artículo 173 inciso 2º?

Por lo expuesto, suscribimos una vez más las palabras de MANZINI: *“desde que una cosa es poseída como útil por determinada persona, y es considerada y ambicionada como útil por otra persona, es evidente que, para el derecho en general y para todo el ordenamiento jurídico en particular, constituye un bien patrimonial”*³⁴⁷.

La disposición que estamos analizando se refiere al “dinero” y “efectos”. Estos últimos pueden ser títulos -nominales o al portador-, acciones, pagarés, cheques, bonos, letras de cambio, etc³⁴⁸. En suma, aquellos títulos representativos de derechos, en cuanto sean susceptibles de estimación pecuniaria y constituyan un valor negociable, pueden ser objeto del delito analizado. En este caso, nos parece que la expresión “efectos”, a continuación del vocablo “dinero”, equivale a “valores” y, por ende, aquellos deben poseer un significado o ser valubles en términos económicos. Téngase en cuenta que durante la vigencia de la ley 17.567, la expresión “*efectos*” fue reemplazada por “*valores*”.

³⁴⁷ Ure, op. cit., pág. 39.

³⁴⁸ La Sala III de la Cámara del Crimen, con fecha 04/09/90, resolvió que los bonos externos son cosas fungibles y pueden funcionar como simple dinero, en E.D., 139-679.

Los avances tecnológicos, por otra parte, merecen una referencia obligada, pues hacen posible sustituir la tradición manual de la cosa por la tradición virtual, efectivamente realizada. Tómese el caso, por ejemplo, de una transferencia bancaria de dinero a la cuenta del autor, que a su vez éste debe transferir a un tercero, pero omite hacerlo, desviando la suma a una persona diferente. En tal caso, ¿puede sostenerse que se configura el delito del artículo 173 inciso 2º?

La Ley 26.388, conocida como de “delitos informáticos”, incorporó al artículo 173 el inciso 16, el cual dice: *“El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos”*.

Por “manipulación informática” se entiende alterar, modificar u ocultar datos informáticos que conduzcan a realizar operaciones de forma incorrecta o incompleta; como así también la conducta de modificar las instrucciones del programa con el fin de alterar el resultado que se espera obtener³⁴⁹.

La manipulación, para que sea típica, debe provocar una alteración en el sistema informático o transmisor de datos de la víctima o de un tercero. Es decir, el delito se comete cuando se modifica el normal funcionamiento del sistema. En base a lo expuesto, no nos parece que la conducta descrita en el ejemplo (transferencia bancaria a la cuenta del autor, que omite transmitirla a un tercero, desviándola a una persona diferente) se adecue al concepto previsto en el inciso 16, pues en ningún momento el autor altera o manipula el sistema, ni provoca ningún trastorno o perturbación en el funcionamiento del mismo. Simplemente, lo que hace es valerse de dicho sistema para desviar el destino del dinero: en lugar de girarlo a la cuenta “x”,

³⁴⁹ Confr. Rubén E. Fígari, *“Delitos de índole patrimonial”*, T.II, Nova Tesis, Buenos Aires, 2010, pág. 235 y ss.

lo transfiere a la cuenta “y”. Creemos que el caso se adapta, sin esfuerzo, al tipo de omisión fraudulenta de restitución o entrega, contemplado en el artículo 173 inciso 2º.

En efecto, el autor recibe en su cuenta corriente una suma determinada para entregar a un tercero, y si bien no toma el dinero, ni se le hace entrega física del mismo, lo cierto es que tiene un amplio y exclusivo poder de disposición sobre el mismo, al punto de que con una simple operación informática, cuyo sistema no ha de sufrir alteración alguna, desvía el importe a una cuenta distinta de la que se había comprometido. El hecho de que no reciba el dinero en sus manos no cambia el encuadre legal, pues en definitiva lo recibe en su cuenta corriente, la cual es de su exclusiva titularidad y nadie, salvo él, puede disponer del mismo.

En definitiva, el artículo 173 inciso 2º sólo le da cabida a las cosas corpóreas que, además, posean valor patrimonial, concepto éste que excede lo estrictamente económico. En cuanto a los efectos, por lo antes dicho, creemos que deben ser susceptibles de apreciación pecuniaria.

IX.4. EL DINERO EN LA COMPRENSIÓN NORMATIVA DEL TIPO PENAL:

Que el dinero puede ser susceptible del delito analizado no está en duda, pues el propio texto legal se encarga de admitir tal posibilidad al incluir al “dinero” (*“efectos o cualquier otra cosa mueble”*) como objeto del tipo penal. Sin embargo, por las características inmanentes del dinero, asociadas a su fungibilidad y al tráfico comercial, pueden presentarse ciertos supuestos que generen alguna confusión acerca de su virtualidad para encuadrar en el tipo acuñado en el artículo 173 inciso 2º del Código Penal. Por tal razón, para despejar aquellos interrogantes que tal elemento provoca como componente del tipo objetivo, se hace necesario repasar la conocida

clasificación de cosas consumibles y no consumibles, fungibles y no fungibles. Ello nos permitirá advertir que no importa tanto la naturaleza de las cosas, cuanto el contenido del título jurídico en virtud del cual se produce la entrega, como bien apunta SAINZ-PARDO CASANOVA³⁵⁰.

La doctrina civilista explica que es la posibilidad o imposibilidad de un uso repetido, con la consiguiente desaparición de la cosa para el sujeto titular de su posesión, lo que configura la esencia de la clasificación de las cosas en consumibles o no consumibles.

De la definición de esta categoría de cosas que brinda el artículo 2325 del Código Civil³⁵¹, se desprende que existen dos especies de cosas consumibles: a) aquellas que desaparecen con el primer uso, es decir, que tienen en cuenta la esencia natural de esas cosas, por ejemplo, los comestibles en general; y b) cosas cuyo concepto de consumición es relativo a quien deja de poseerlas por el cambio. Por ejemplo el dinero.

Se explica a través de un concepto y de un criterio jurídico de consumibilidad. En efecto, lo que se valora es el destino normal económico de la cosa, de modo que son consumibles las cosas que se consumen por su uso o destino económico en el tráfico jurídico. De ahí que pueda considerarse al dinero, como hace el Código Civil, como una cosa cuya consumibilidad es simplemente jurídica. La relatividad del concepto se advierte sin esfuerzo, pues el dinero es cosa consumible para quien se desprende de él en un negocio jurídico, aunque no se destruya físicamente por el primer uso. Sin embargo, en el caso del depósito regular (art. 2188, 2º párrafo, C.C.) el dinero

³⁵⁰ Sainz-Pardo Casanova, op. cit., pág. 83.

³⁵¹ “Son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. Son cosas no consumibles, las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo”.

puede ser considerado cosa no consumible. Ello demuestra que lo relevante es el título jurídico de la entrega³⁵².

Va de suyo que estas cosas, cuando se destinan a un uso propio de su naturaleza, no pueden ser objeto del delito analizado. Ciertamente, en tanto son consumibles, no pueden restituirse. Como apunta PETROCCELLI, *“si alguien recibe la cosa consumible de otro para hacer de ella el uso al cual está en definitiva destinada, no habrá allí posibilidad de apropiación indebida, y que no hay posibilidad ni de restitución, ni de uso que sea diverso de la consumición de la cosa”*³⁵³.

Con relación al dinero, URE coincide con la postura civilista. Señala que como ejemplo de cosas consumibles que terminan con el primer uso se pueden citar las sustancias alimenticias; y como ejemplo de cosas consumibles que no dejan materialmente de existir, pero que se pierden para quien deja de tenerlas, se halla el dinero.

Las cosas no consumibles, en cambio, son las que no dejan de existir con el primer uso que de ellas se haga, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo. En tal caso, son pasibles de recaer en el delito previsto en el artículo 173 inciso 2°.

Se hace necesario analizar, asimismo, otra categoría similar a la ya examinada: cosas fungibles o no fungibles.

URE explica que *“las cosas fungibles son aquellas que se determinan por su peso, número o medida, y que se pueden reemplazar unas con otras de la misma calidad y en igual cantidad (art. 2324 del C.C.),*

³⁵² Confr. Armando V. Silva, “Cosas consumibles”, *“Enciclopedia Jurídica Omega”*, T. IV, pág. 1005.

³⁵³ Biagio Petroccelli, *“L’Apropiazione indebita”*, Alberto Morano, Napoli, 1933, citado por Politoff Lifschitz, op. cit., pág. 81.

*mientras que no fungibles son aquellas que, dotadas de individualidad propia, no pueden substituirse unas con otras*³⁵⁴.

Adviértase que en el caso del préstamo de dinero, al ser fungible y consumible para quien se desprende de él, el dador lo entrega con el cargo de recibir otro tanto del mismo género y calidad, pasando por ende a ser propiedad del mutuario, lo que hace desaparecer la hipótesis delictiva analizada.

Sin embargo, no debería creerse, *a priori*, que por su mera calidad de consumible o fungible, el dinero no puede ser objeto del delito analizado. Esa sería, nos parece, una conclusión apresurada. De hecho, el propio artículo 173 inc. 2º, como dijimos, establece que el “dinero” es una cosa que el autor del delito puede negarse a restituir, o restituir a su debido tiempo. Tal es el caso de aquellas cosas consumibles que se entregan para un fin diverso al propio de su destino natural, es decir, que no se reciban bajo su aspecto consumible.

POLITOFF LIFSCHITZ recuerda y adapta a su manera el ejemplo de PETROCELLI: *“Una señora requiere de su vecina varios paquetes de fideos, no para consumirlos, sino para impresionar la credulidad de unos visitantes con el espectáculo de la despensa bien provista y con cargo de restituir, luego, dichas especies a su dueña”*. Sostiene el autor chileno que en un caso semejante, la consumición de estas cosas (que no se recibieron bajo su aspecto consumible) constituirá apropiación indebida. No obstante, si la naturaleza fungible de ellas permite devolver un equivalente sin que de ello se siga perjuicio alguno para el propietario, tal apropiación no es punible. Por la inversa, si se abstiene de devolver, la figura queda completada por la concurrencia de esa condición objetiva de punibilidad³⁵⁵.

³⁵⁴ Ure, op. cit., pág. 37.

³⁵⁵ Politoff, op. cit. pág. 82.

Más adelante, el autor citado agrega que las cosas consumibles se reciben en dominio o en mera tenencia, según que exista o no una autorización explícita o presunta para usar de ellas conforme a su destino natural. En el primer caso, el título será traslativo de dominio (mutuo, depósito irregular, cuasiusufructo, etc) y el delito de apropiación indebida no puede surgir, aunque no se devuelva el equivalente; en el segundo, el título es de mera tenencia, por lo que se da el presupuesto de dicha figura delictiva. Una vez más, se confirma que lo sustancial para definir la tipicidad objetiva del dinero no es su naturaleza, sino el contenido y alcance del título jurídico que enmarca su entrega.

POLITOFF, al delinear su postura, comenta y cuestiona un fallo de la Corte Suprema chilena, en el cual se declaró que cuando la cosa es fungible, como el dinero, la apropiación indebida no puede verificarse sino frente a la negativa de restituir un valor equivalente. Agrega la sentencia que la simple “disposición” de la cosa no puede revelar la apropiación, toda vez que la ley, en cierto modo, autoriza su uso y empleo, como se desprende de ciertos artículos, que cita, del Código Civil chileno³⁵⁶.

El autor citado expresa que concuerda con la conclusión a la que arriba el fallo, más no con sus fundamentos. Explica que si “A”, como mandatario de “B”, restituye la suma recibida para su mandante en moneda diversa de aquella que le fue materialmente consignada, no comete el delito de apropiación indebida (puesto que B no tiene interés en la restitución de aquellas monedas, de aquellos billetes de banco, si bien tiene interés en la restitución de aquella suma), desde que, con ello, no causa perjuicio alguno a su mandante. Empero, de esto no debe concluirse que la ley autorizaba al mandatario para emplear el dinero recibido, ya que, si así fuera, el título sería

³⁵⁶ Politoff, op. cit, pág. 83.

traslativo de dominio y la no restitución del equivalente importaría el quebrantamiento de una mera deuda civil, como puede suceder en el mutuo o en el depósito irregular³⁵⁷.

Aclara de inmediato el jurista chileno, también con cita de PETROCELLI, que al margen de los casos de “*fungibilidad*” en sentido estricto, pueden existir casos en que el dinero sea objeto de una relación de naturaleza tal, que quien recibe la cosa asuma la obligación de restituirla “*en su propia individualidad, así como ha sido entregada*”. En tales casos, añade, no sólo la falta de restitución, sino también la restitución de cosa diversa (aunque de la misma calidad y género) dará lugar a la aparición de la figura delictiva en estudio³⁵⁸.

IX.4.1) DISTINCIONES A PARTIR DEL TÍTULO JURÍDICO DE SU ENTREGA:

Esto planteos ponen en evidencia que además de los problemas que suscita el dinero como objeto del tipo penal, resulta necesario realizar precisiones sobre el título en virtud del cual se ha hecho la entrega.

Estas diferencias, que surgen de la comprensión civilista en la materia, operan sin embargo con especial importancia en la comprensión dogmática del tipo estudiado y ameritan una consideración particularizada.

IX.4.1.a) EL CASO DEL DINERO ENTREGADO EN DEPÓSITO:

Sabemos que puede haber depósito de dinero regular (art. 2188 del C.C.), como irregular (art. 2189). Encuadra en el primer caso cuando

³⁵⁷ Politoff, *ibídem*.

³⁵⁸ Politoff, *op. cit.* pág. 84.

el depositante lo entrega al depositario en saco o caja cerrada con llave, no entregándole ésta; o fuere un bulto sellado, o con algún signo que lo distinga. Será irregular si el depositante concede al depositario el uso del dinero o se lo entrega sin las precauciones del artículo anterior, aunque no le conceda tal uso y aunque se lo prohíba.

Básicamente la diferencia radica en que en el depósito regular el depositario debe devolver las mismas cosas que se le han confiado y han sido objeto del contrato, esto es, el mismo dinero entregado. En el depósito irregular el depositario restituye otras cosas que son equivalentes, de la misma especie y calidad. En este supuesto, existe la presunción de que la entrega de dinero, o cantidades de cosas consumibles, sin ninguna prevención, constituye transferencia del dominio de tales cosas al depositario, porque se confunden con las suyas.

Refuerza este concepto el propio artículo 2191, al establecer que si el depósito fuere regular, el depositario sólo adquiere la mera detentación de la cosa. Si fuere irregular, en cambio, la cosa depositada pasa al dominio del depositario, *“salvo cuando fuese un crédito de dinero o de cantidad de cosas consumibles, que el depositante no hubiere autorizado al depositario para cobrarlo”*³⁵⁹.

No se discute que el dinero entregado bajo la modalidad de depósito regular (art. 2188, inc. 2º C.C.) que no sea restituido al momento de vencer la obligación de hacerlo (art. 2217), hará incurrir al depositario en el delito previsto en el artículo 173 inc. 2º del Código Penal.

³⁵⁹ Autorizada doctrina sostiene que, en rigor de verdad, la excepción prevista en este artículo no trataría de un depósito irregular sino regular, en cuya virtud el depositario sólo adquiere la tenencia de la cosa (Santos Cifuentes, director, *“Código Civil comentado y anotado”*, T. III, op. cit., pág. 76, con cita de Lafaille, Salvat, Acuña Anzorena).

Tampoco genera debate que el dinero entregado en depósito irregular queda al margen de la citada disposición penal, pues en tal caso se considera que el depositante ha cedido su uso y, siendo una cosa consumible y fungible, ha transferido el dominio, liberándose el depositario de su obligación devolviendo una suma equivalente (art. 2220).

La polémica se presenta cuando el dinero se entrega sin las prevenciones o formalidades previstas en el artículo 2188, inc. 2º, pero tampoco se lo entrega en préstamo, sino bajo una condición determinada. El caso más discutido es cuando se da en concepto de reserva para la adquisición de bienes. Pero corresponde aclarar que son muchos, tal vez innumerables, los casos en que una persona puede entregar a otra dinero para un fin específico y determinado. Es precisamente para tales casos que cobra virtualidad lo dispuesto en el artículo 173 inciso 2º del Código Penal.

Analicemos el recurrente ejemplo de las reservas inmobiliarias. Algún autor sostiene que la vinculación contractual que une al agente inmobiliario con el oferente de una suma de dinero entregada en concepto de “reserva”, con relación al bien que desea comprar, no puede ser otra más que la del mandato (arts. 222 y sstes., del Código de Comercio y, supletoriamente, arts. 1869 y sstes., del Código Civil). Es el caso de RAFECAS, con quien coincidimos en este punto. Señala que el “*mandante hace entrega al mandatario de una suma de dinero con un propósito determinado, y es obligación del mandatario cumplir con el encargo*”³⁶⁰. Agrega que la suma de dinero que tiene el agente en su poder, y “*que no es más que un reaseguro demostrativo del interés concreto que tiene el comprador de adquirir la propiedad de que se trata*”, debe ser devuelta íntegra” a su dueño cuando éste lo requiera o según el plazo estipulado. En

³⁶⁰ Daniel Eduardo Rafecas, “*La retención injustificada de la reserva inmobiliaria: ¿una conducta infiel aprehendida por el derecho penal?*”, en L.L., 1999-C, 890. El autor descarta que la relación contractual entre ambas partes pueda ser la de corretaje.

consecuencia, no se puede disponer de esa suma sin incurrir en una defraudación por abuso de confianza.

Ahora bien, el articulista, con cita de algunos fallos de la Cámara del Crimen, encuadra la conducta del agente inmobiliario que dolosamente retiene una suma de dinero (reserva) que le fue entregada en carácter de mandatario y cuya devolución íntegra estaba pactada contractualmente y le fuera ordenada por su mandante mediante intimación legal, en el delito de defraudación por administración fraudulenta (artículo 173 inciso 7º del C.P.)³⁶¹.

El autor, con quien discrepamos en este punto, explica que el agente, por intermedio de un acto jurídico (art. 944, en función de los arts. 1869 y sstes. del C.C.), le es conferido el manejo de un negocio ajeno, fuera de la esfera de custodia del mandante. En ese ámbito, quebranta la fidelidad para con éste y perjudica en forma real y efectiva los intereses confiados. Acude, asimismo, a un fallo de la Sala VII de la Cámara del Crimen, en el cual se sostiene que la acción del procesado, consistente en haber recibido dinero extranjero en concepto de reserva para la compra de un inmueble propiedad de un tercero que no aceptó la oferta, y no lo reintegró, comete el delito de administración fraudulenta, pues el inciso 2º del art. 173 requiere que el agente omita devolver la misma cosa que se le dio³⁶².

³⁶¹ Rafecas, op. cit., pág. 895, menciona, sin embargo, un fallo en el que se sostuvo que quien retiene fondos provenientes de la venta de cereal del mandante, alegando que ejerce el derecho de retención por adeudarle éste la comisión sobre el precio de venta de un campo de su propiedad, comete defraudación por retención indebida, por cuanto no existe conexión entre la cosa retenida y el crédito del que retiene -resuelto por la Sala V de la Cámara del Crimen, causa “Neuman”, que luego será citada nuevamente, en E.D., 15-352, fallo 7893.

³⁶² C.C.C., causa nº 12.693, “Viale, Luis”, rta. el 12/2/90, en L.L. 1990-C,122. Rafecas agrega que si al momento de suscribirse la reserva de compra, el mandante “*toma la previsión de individualizar la numeración de los billetes que entrega al mandatario, el encuadre legal típico no debe trasladarse del 173 inc. 7º al 173 inc. 2º del Código Penal, ya que la misión del agente inmobiliario excede el marco del contrato del depósito regular que, en todo caso, constituirá en esos casos un ‘plus’ que deberá agregarse a las*

Encontramos otro fallo, correspondiente a la Sala IV del citado Tribunal, que señala, por mayoría, que la negativa del imputado a devolver a la querellante el dinero que le entregó en concepto de resera por la compra de un departamento, la cual no se concretó por razones en principio atribuibles a la parte vendedora, constituye también el delito de defraudación por infidelidad, previsto en el artículo 173 inciso 7º, dado que quien recibe el dinero en estas condiciones adquiere el manejo de bienes e intereses pecuniarios ajenos. Por ello, al imprimirle un uso diferente al acordado, en perjuicio de su titular, quebranta aquella fidelidad³⁶³.

En minoría, el juez SEIJAS sostiene que no restituir el dinero entregado en concepto de reserva, lo cual no implicó una transferencia de propiedad ni tampoco un convenio de depósito irregular, configura la omisión de la obligación pactada, que debe ser analizada en los términos del artículo 173 inciso 2º del Código Penal.

Discrepamos con RAFECAS, y con los fallos que se inclinan por encuadrar tal conducta como constitutiva del delito de administración fraudulenta, porque el dinero entregado en concepto de reserva no se da en propiedad, sino en simple guarda y condicionado a la suerte de un negocio determinado el cual, si no prospera, obliga a su tenedor a efectivizar su devolución. Es decir, no puede usarse -y mucho menos apropiarse-, para ninguna otra finalidad.

La misma cuestión es abordada y resuelta de manera diferente por ALTIERI, que si bien coincide en calificar a la relación como de mandato, concluye que la conducta del corredor inmobiliario que no restituye

obligaciones ya mencionadas anteriormente (retirar el bien de la oferta, acercar el ofrecimiento del mandante a la parte vendedora)".

³⁶³ CCC, Sala IV, "Rinaldi, Héctor", rta. el 25/06/08.

la suma dineraria entregada en concepto de reserva es atípica, sin perjuicio de las acciones civiles a que diera lugar, *“en tanto el pretenso comprador no individualice fehacientemente (v.g. por su numeración) el dinero, nacional o extranjero”*, recibido en tal concepto³⁶⁴.

La opinión desincriminante propuesta por ALTIERI había sido ya tomada por algunas Salas de la Cámara del Crimen. Así, en el caso *“Chomer”*, el juez DONNA, que lideró la votación, señala que la negativa del agente inmobiliario de restituir el dinero recibido por el oferente en calidad de reserva constituye una conducta atípica, pues el comportamiento punible del artículo 173 inciso 2º, según el magistrado, queda configurado por la omisión indebida y no restitución de la misma cosa que fue dada en depósito, administración, etc., lo cual no ocurría en el caso examinado. Y agrega que si bien el oferente había efectuado un depósito de dinero, el mismo no fue hecho *“con las precauciones del art. 2188 del C.C. (depósito regular), transformándose por tal motivo en un préstamo que sólo genera una deuda”*³⁶⁵.

A su vez, la Sala V del citado Tribunal, en el caso *“Avondet”*, expresa que si se asume que el dinero resulta un bien fungible, con su sola entrega el sujeto adquiere la propiedad sobre él; por lo tanto, al pertenecerle, nunca podrá retenerlo indebidamente. Y agrega que en el delito de *“defraudación por omisión de restituir -o por retención indebida- la misma cosa es la que debe ser devuelta o entregada; por tal motivo y por esta estructura típica, la entrega de fondos -en tanto bienes fungibles- implica la posibilidad de disponer de él y de devolver, llegado el caso, otros billetes”*³⁶⁶.

³⁶⁴ Domingo L. Altieri, *“La negativa a restituir la reserva inmobiliaria y el delito de defraudación por retención indebida”*, en L.L., Suplemento Actualidad, del 24/08/99. El citado autor y el mencionado anteriormente, Rafecas, parecen haberse inspirado en la misma nota periodística, que ambos refieren, publicada en el diario Clarín del 30/09/98, titulada *“Algunas inmobiliarias se quedan con la reserva que deja la gente”*.

³⁶⁵ CCC, Sala I, causa *“Chomer, Carlos A.”*, resuelta el 20/09/89, L.L. 1990-B, 506.

³⁶⁶ CCC, Sala V, causa *“Avondet, Juan”*, rta. el 17/10/06.

En el mismo fallo se explica que la excepción a esta postura podría darse cuando el dinero se entregue sellado, con la obligación de devolverlo de la misma forma en que se recibió, o cuando el objeto de esta última carga sean los mismos y exactos billetes, *“mas, como ninguno de estos es el caso de autos -nótese que el dinero fue entregado al encausado a modo de reserva de compra de un bien-, el delito previsto y reprimido en el inciso 2º del art. 173 debe desecharse”*.

Asimismo, la juez de la Corte Suprema, ARGIBAY, como vocal preopinante de la Sala VI de la Cámara del Crimen, a cuyo voto adhieren sus colegas del Tribunal, sostiene un criterio similar en el caso “Moncalvillo”, donde expresa que *“los billetes entregados no fueron identificados de manera fehaciente, con lo que se trataría de un depósito irregular (art. 2220 del C.C.) que no puede ser título creador de la obligación de devolver. Asimismo, es claro que Moncalvillo asumió el poder sobre el dinero entregado, por encargo y representación de los hermanos Senostan. En tal caso, no puede hablarse de delito, puesto que la cosa no le fue ‘entregada’ en el sentido de la ley”*³⁶⁷.

Sin embargo, la mayoría de las Salas de la Cámara Nacional de Casación Penal se pronuncian de otra manera. Así, la Sala I, en el caso “Banchiero”, expresa que la falta de restitución de la suma de dinero entregada al agente inmobiliario en concepto de reserva constituye el delito de defraudación por retención indebida, y no el de administración fraudulenta, por el que se había condenado al imputado, ya que dicho monto no fue entregado en propiedad sino en simple guarda y condicionado al resultado de las negociaciones. Agrega el Tribunal que resulta inadmisibles considerar que el dinero entregado en concepto de reserva al agente inmobiliario, quien actúa

³⁶⁷ CCC, Sala VI, causa 91.789, “Moncalvillo, Carlos O.”, rta. el 17/06/92, con nota laudatoria de Claudia G. Della Malva, en L.L., 1993-E, 364.

como mandatario, pase a su dominio ni que se pueda confundir con su patrimonio, pues la suma que recibe no reúne las características del depósito irregular en tanto no es dado en propiedad.

Es más, la Cámara precisa que resultaba improcedente calificar la conducta del mandatario en su condición de corredor inmobiliario y a raíz de un contrato de reserva como constitutivo del delito de defraudación por administración infiel, ya que el agente no podía realizar operación alguna o acto de disposición, ni tuvo el ‘manejo’ ni el ‘cuidado’ del dinero que debía custodiar, en tanto no pudo utilizar la suma entregada para ninguna otra finalidad que no fuese su guarda³⁶⁸.

Igual criterio sostiene la Sala III en el caso “Cash”, donde manifiesta que al accionar del agente inmobiliario que no restituye la suma de dinero que le fuera entregada en concepto de reserva “*se ajusta perfectamente al tipo penal contenido en el inc. 2º del artículo 173*”. Agrega que la acción típica desplegada por el acusado “*importó un abuso de poder que él, como agente, ejercía sobre la cosa (el dinero), en virtud de la entrega que se le había hecho por el título creador, el que también fijaba su obligación de restituirla para el caso de que se cumpliera la condición establecida (la no aceptación de los términos de la oferta)*”. Enfatiza luego que el ilícito se verifica cuando la entrega de la cosa se somete a una condición, “*porque lo que se transfiere es la tenencia de la misma y no su propiedad*”³⁶⁹.

³⁶⁸ CNCP, Sala I, causa “Banchiero, Oscar”, resuelta el 29/02/00, en L.L. 2001-D, 263.

³⁶⁹ CNCP, Sala III, causa n° 1867, “Cash, Alejandro”, resuelta el 31/03/99). Si bien coincidimos con el concepto vertido por la Sala en cuanto a que el dinero, entregado bajo tal condición, puede ser susceptible de encuadrar como elemento objetivo del tipo, discrepamos en cambio, como ya expusieramos en el Capítulo XI, en cuanto considera que la acción típica constitutiva del ilícito está compuesta por el “*animus rem sibi habendi*”, esto es, por el ánimo de apropiación que, a criterio de los jueces mencionados, exige la figura. Nuestra discrepancia sobre el tópico la hemos desarrollado en citado Capítulo, al cual nos remitimos en honor a la brevedad.

La misma Sala, en un caso en el que el querellante había denunciado haber sido víctima de una maniobra ardidosa a través de la cual, contrato de locación mediante, el acusado percibió una suma de dinero en concepto de reserva a sabiendas de que no iba a alquilar ningún local comercial ni devolver en forma adecuada el dinero recibido, por mayoría, expresa que tal comportamiento no es configurativo del delito de estafa³⁷⁰.

El juez TRAGANT, preopinante en el acuerdo, explica que la cuestión debatida tiene como base un conflicto generado en una relación contractual libremente acordada por las partes, el cual excede la competencia del fuero penal. El damnificado, a criterio del magistrado, debió haber tomado las mínimas precauciones al efectuar el acuerdo comercial, como ser documentar la entrega del dinero, o asentar el concepto por el cual llevaba a cabo la misma, con el fin de que ello le permita, en caso de incumplimiento, reclamar lo que corresponda.

El juez RIGGI, por la minoría, expresa que el hecho analizado, de acuerdo con los precedentes de esa Sala, debía ser examinado bajo el prisma del artículo 173 inciso 2°. A la luz de dicho encuadre, el hecho consiste siempre en no entregar o devolver oportunamente una cosa cuya tenencia se ha recibido legítimamente mediante una convención no traslativa de dominio, en perjuicio del propietario de la misma, sea o no quien la entregó. Siendo indiferentes los medios y los modos de realizar la acción con tal que sean idóneos e inequívocos, es decir, hecho materiales concretos y objetivos que revelen -expone el magistrado- *“el animus rem sibi habendi del sujeto activo, la finalidad dolosa de convertir la cosa en su provecho o en el de un tercero, considerándola como propia y no como mero tenedor”*.

³⁷⁰ CNCP, Sala III, causa “Portnoy, Pablo”, rta. el 07/05/06. La juez Ledesma adhirió al voto de Tragant.

Con cita de diversos precedentes y opiniones doctrinarias, el magistrado se inclina por la necesidad de profundizar la investigación, con el objeto de determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, para dilucidar si la omisión de restituir ingresa o no en la figura penal antes señalada. Es ilustrativo el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba citado por el juez de la minoría, en cuanto expresa que en la retención indebida el autor tiene un poder de hecho legítimamente adquirido sobre la cosa; no tiene éste en contra de la voluntad de su titular, sino en virtud de un acto jurídico consensuado con aquel o con quien tiene el poder jurídico de hacerlo, en su nombre. El propietario ha entregado la simple tenencia de la cosa libre y voluntariamente, es decir, sin vicios de error, dolo o violencia, confiando no tanto en el autor sino en el negocio jurídico que formalizó con éste; *“pero el tenedor intervierte el título de la simple tenencia, empezando a poseer animus rem sibi habendi, consumando la apropiación que desplaza al titular”*³⁷¹.

Por su parte, la Sala IV del Tribunal de Casación, en el caso “Gómez Ribes”, señala que la falta de devolución del dinero recibido por una inmobiliaria en concepto de reserva de compra, para gestionar la adquisición de un inmueble, cuando la operación se frustra sin culpa del comprador, configura el delito de retención indebida prevista en el artículo 173 inciso 2º del Código Penal. La Cámara de Casación revoca, de tal forma, el sobreseimiento de los imputados, el cual se había basado en que la omisión de restituir el dinero en concepto de reserva no constituía el mencionado delito, por así determinarlo la naturaleza fungible del dinero. Empero, los jueces del Tribunal de alzada expresan que el dinero entregado en tal concepto tiene una finalidad específica, cierta, cual es la de asegurarse cierta prioridad y la seguridad de que el bien sea temporáneamente sacado del

³⁷¹ TSJ de Córdoba, Sala Penal, “Madrazo, Andrés y otros”, rta. el 25/08/95, publicado en Revista de Derecho Penal, “Estafas y otras defraudaciones I”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 400.

comercio, a resultas de las negociaciones al efecto realizadas entre las partes, en las cuales es mediador el agente inmobiliario, como mandatario. Dicha suma no le es entregada a éste en propiedad, en los términos del artículo 2191 del C.C., sino que se halla condicionada al resultado de las pertinentes negociaciones, asumiendo el agente inmobiliario el compromiso de reintegrar el dinero en el supuesto de que la operación fracasara sin culpa del comprador.

Debe destacarse, por otra parte, que la expuesta es también la opinión de importantes juristas. Así, FONTÁN BALESTRA enseña que la obligación de entregar o devolver sumas de dinero es apta para configurar la retención indebida en numerosos casos. *“Esto ocurre, verbigracia, ...con el que recibe dinero para entregar o con un destino determinado...”*³⁷². CREUS refiere que no quedan descartados, como títulos creadores de la obligación típica, aquellos en que la cosa *“sin ser transferida en propiedad al agente, le es entregada, supeditando su devolución, o la del objeto equivalente, a una determinada condición (ej.: entrega en comisión, en la que si no se produce la venta, la cosa debe ser devuelta, y si se produce, tiene que entregarse el precio cobrado)”*³⁷³.

NÚÑEZ, sin embargo, se inclina por la posición contraria. En su Tratado sostiene que la cosa se entrega a título de propiedad *“no sólo cuando se lo hace a un título directamente traslativo del dominio, como la venta, la permuta, la donación..., sino también si se la da en razón de otro título que implique la facultad de apropiarse o disponer de ella o sustituirla, pues en estos casos el que no restituye las cosas no omite en los términos del inciso 2º, sea porque el título no lo obliga a entregar o devolver, sea porque es el propio título de entrega de ella el que lo autoriza a sustituir el objeto de*

³⁷² Carlos Fontán Balestra, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, 16ª edición actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, pág. 523.

³⁷³ Carlos Creus, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, T. I, 3ª edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1991, pág. 504.

la obligación”. Pero lo interesante es la nota al pie, donde consigna diversos ejemplos de la situación descripta, donde no se verifica el delito, lo que ocurre con el depósito irregular, y “*con la entrega de dinero en garantía de alquileres*”³⁷⁴.

Si la omisión de restituir el dinero dado en concepto de reserva para la adquisición de un bien es susceptible de encuadrar, como vimos, en el delito analizado, consecuentemente la misma solución es razonable adoptar respecto de otros casos análogos, en los cuales una persona entrega a otra una suma determinada para, en su carácter de mandatario, destinarla a una operación o negocio específico previamente acordado. Es el caso de la entrega de dinero para depositar en el Banco, para entregar a un tercero, para girar al exterior, para que un tercero compre cualquier objeto, o para que cancele obligaciones, etc.

IX.4.1.b) EL SUPUESTO DEL DINERO ENTREGADO EN COMISIÓN:

Otro de los títulos jurídicos expresamente contemplados en el artículo 173 inciso 2º, por medio del cual el sujeto activo puede recibir dinero, es la “comisión”. El Código de Comercio establece en su artículo 222, segundo párrafo, que habrá comisión o consignación “*cuando la persona que desempeña por otros, negocios individualmente determinados, obra a nombre propio o bajo la razón social que representa*”.

Respecto a las obligaciones del comisionista que nos interesa destacar a los fines de este trabajo, el artículo 277 (C.Com.) prevé

³⁷⁴ Ricardo C. Núñez, op. cit., T. V, pág. 374 y nota 27 ter. Es curioso que este mismo pasaje de la obra del profesor cordobés haya sido citado por la Sala III de la Cámara de Casación en el caso “Cash”, antes mencionado, pero para sostener, al parecer en forma contraria a lo afirmado por el autor, que Núñez avala la posición de que la no restitución del dinero entregado en concepto de reserva es configurativa del delito previsto en el inciso 2º.

que éste se halla obligado a rendir cuenta detallada al comitente de todas las operaciones y cantidades entregadas o percibidas, debiendo reintegrarle el sobrante que resulte a su favor.

Asimismo, si realizara una enajenación por cuenta ajena a inferior precio del que estaba acordado, debe abonar al comitente la diferencia resultante (art. 243 C.Com.).

En principio, y a la luz de las disposiciones mencionadas, no parecería dudoso sostener que el comisionista que no restituye a su debido tiempo el dinero que haya recibido en el desempeño de su mandato incurrirá en el delito que estamos analizando. Sin embargo, se hace necesario formular algunas precisiones que surgen del propio texto legal.

Así, de acuerdo con el art. 243, tercer párrafo, si el comisionista hubiera obtenido un mayor precio que el indicado por el comitente, quedará al arbitrio de éste aceptar el mayor valor o dejarlo a cargo del primero. En tal caso, la no entrega del beneficio logrado no configurará el delito de omisión fraudulenta de restitución contemplado en el art. 173 inc. 2°.

Asimismo, el art. 242 inc. 3° prevé la posibilidad de que el comitente apruebe o ratifique el comportamiento del comisionista cuando éste se hubiera apartado de las instrucciones recibidas. Si la aprobación a que alude la norma comprende el permiso de usar o retener una cosa que haya debido restituir o entregar a aquél, también en este caso quedaría excluida la figura bajo análisis³⁷⁵.

³⁷⁵ En esta misma dirección corresponde citar el art. 246, en cuanto reafirma el concepto liberatorio que entendemos debe imponerse. Dice: *“El comitente que no responde dentro de las veinticuatro horas, o por el segundo correo, a la carta de aviso en que el comisionista le informa el resultado de la comisión, se presume que aprueba la conducta del comisionista, aunque hubiese excedido los límites del mandato”*.

A su vez, el artículo 272 del C.Com. establece que el comisionista que efectúe un negocio desventajoso para el comitente, por un precio o por condiciones más onerosas que las correspondientes, deberá responder por los perjuicios. Ciertamente, si el mal resultado se debiera a una conducta negligente o descuidada del comisionista no habrá delito; empero, si se probara que ello respondió a la intención o mala fe del comisionista, entonces no podrá desestimarse la hipótesis delictiva, más ello dependerá, en suma, de una cuestión probatoria.

Está claro que si el comisionista anticipa los fondos, en los términos previstos por el artículo 241 del C.Com., y luego cambia de opinión y se queda con la cosa o la vende a un tercero, entonces no cometerá delito, pues no habrá habido entrega que lo obligue a devolver. Ello sin perjuicio, claro, del incumplimiento contractual que tendrá derecho a reclamar el comitente³⁷⁶.

Vale aclarar, en otro orden, que entre el comitente y comisionista rige la misma relación de derechos y obligaciones que entre el mandante y mandatario (confr. art. 232 C.Com.)³⁷⁷; ergo, la cosas compradas por el comisionista pertenecen al comitente, aún cuando aquél actué a nombre propio. Dicho de otro modo, no adquiere para sí, sino para el comitente, verdadero dueño de las cosas.

Asimismo, otra disposición del Código Comercial interesante de relacionar con nuestra investigación es la descrita en el art. 269, en cuanto establece que el comisionista que “*distrajera del destino ordenado los fondos de su comitente, responderá por los intereses, desde el día que entraron en su poder dichos fondos, y por los daños resultantes de la*

³⁷⁶ En este sentido, Ure, “*El delito de apropiación indebida*”, op. cit., pág. 268.

³⁷⁷ La comisión, dice Lorenzetti, puede ser calificada como una especie de mandato no representativo (op. cit. T. I, pág. 292).

falta de cumplimiento de la orden, sin perjuicio de las acciones criminales a que pudiera haber lugar, en caso de dolo o fraude”.

URE hace una distinción, explicando que si la conversión del dinero en provecho propio fuera sólo momentánea no habría delito, en cambio la apropiación indebida quedaría consumada si se tratase de una “conversión lisa y llana”³⁷⁸. Agrega que el problema se resuelve a través del elemento subjetivo, “que requiere una cuidadosa investigación de la intención de restituir o de apropiarse, conceptos éstos armónicamente antinómicos”³⁷⁹.

Más allá de la discrepancia, ya explicada, que tenemos con el autor citado, en tanto a su criterio el comportamiento típico distintivo del delito es la “apropiación”, que lo conduce a la siempre difícil tarea de sondear la intención o *animus* con que actúa el sujeto activo, hacemos notar que la disposición transcrita no hace referencia alguna al tiempo, poco o mucho, que debe tomar la “distracción” de los fondos para desencadenar la responsabilidad civil del comisionista, por los intereses y daños; además de las “acciones criminales” a que hubiera lugar.

Para que se configure el delito examinado bastará con que el comisionista omita restituir el dinero en la oportunidad en que deba hacerlo. La “distracción” a que se refiere la norma comercial podrá ciertamente adoptar distintas manifestaciones, empero la conducta penalmente relevante consistirá en la no restitución o entrega oportuna de los fondos confiados al comisionista. Será una cuestión de prueba acreditar que éste no pudo cumplir su obligación por causa de fuerza mayor, o porque se creyó con derecho a distraer. Esta cuestión, no obstante, será elucidada en un estadio ulterior del análisis de adecuación.

³⁷⁸ Ure, op, cit., pág. 272.

³⁷⁹ Ure, ídem.

Ligado a lo anterior, el artículo 277 del C.Com. contempla otra obligación para el comisionista, la de rendir cuentas, cuyo incumplimiento podría desembocar también en el delito que estamos examinando, en tanto no le asista el derecho de retención estipulado en el artículo 279. Establece el art. 277 que el comisionista debe rendir detallada y justificada cuenta de todas las operaciones y cantidades entregadas y percibidas, debiendo reintegrar al comitente el sobrante que resulte a su favor. Si, debidamente intimado, el comisionista omite reintegrar al comitente el saldo resultante de su comisión, entonces incurrirá en el delito previsto en el artículo 173 inciso 2º del Código Penal. Ello, sin perjuicio del juicio comercial que, por falta de rendición de cuentas, podrá deducir el comitente contra su contraparte.

IX.4.1.c) LA ADMINISTRACIÓN DE CAUDALES:

La figura objeto de estudio prevé que el dinero, entre las cosas muebles expresamente contempladas que nos interesa destacar, dado en administración y no restituido, puede dar lugar a la omisión típica examinada.

Creemos necesario formular ciertas precisiones sobre el punto. Una persona puede entregar dinero a otra para hacer algo determinado (o distintas cosas determinadas) y, en tal caso, quien lo recibe no puede disponer de él, salvo, claro, para cumplir con el objetivo específicamente acordado. En tal caso, rigen las normas del mandato (arts. 1909, 1911, 1913 y concordantes del C.C.) y si el mandatario no restituye el dinero, o la cosa que hubo de adquirir con dicho importe, entonces cometerá el delito de omisión fraudulenta de restitución.

Recordamos que el mandato, como contrato, según el Código Civil, existe cuando una parte da a otro el poder, que éste acepta, para

representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza (art. 1869).

El Código de Comercio, a su vez, establece que el mandato es un contrato por el cual una persona se obliga a administrar uno o más negocios lícitos de comercio que otra le encomienda (art. 221).

Ahora bien, también puede darse el caso de que una persona entregue a otra dinero para aplicarlo a fines indeterminados, esto es, para que lo administre o maneje a su leal saber y entender, aún en el contexto y bajo los parámetros de un negocio específico. Dejando a salvo aquellos supuestos que podrían encuadrar en eventuales incumplimientos contractuales, ajenos por definición al ámbito penal³⁸⁰, la violación de los deberes confiados, para procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, que derive en un perjuicio patrimonial, encuentra adecuación en el tipo penal acuñado en el artículo 173 inciso 7º del Código Penal. En otras palabras, la omisión de restituir fondos en el marco de una administración de negocios ajenos no constituirá el comportamiento típico del inciso 2º, sino el del inciso 7º.

En este sentido, al trazar la diferenciación entre las dos figuras reseñadas, CARRERA explica que en la administración fraudulenta *“el confiamiento de bienes es global y no versa, como en la retención indebida, sobre determinada cosa o bien”*³⁸¹.

Con esta apreciación coincide CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, quien al estudiar la relación entre ambos delitos señala que si bien en toda administración fraudulenta hay algo de retención indebida -así la llama-

³⁸⁰ Que podrían abarcar una amplia gama de posibilidades, desde errores operativos justificables a casos de imprudencia o impericia manifiestos.

³⁸¹ Daniel P. Carrera, *“Administración fraudulenta”*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 159.

no en toda retención indebida hay administración fraudulenta. Sostiene que ésta es el género y aquella la especie. *“Ambas figuras se aproximan -diciendo cuando la violación al deber de cuidado con ánimo de dañar consiste en destruir la cosa ajena, esto es, cuando la retención se fundamenta en una custodia de bienes ajenos. La diferencia está dada por la autonomía del administrador fraudulento, que no la tiene el autor de la retención indebida”*³⁸².

NÚÑEZ, por su parte, lo expone con toda claridad. Dice que el tipo del inciso 7º no está contenido en el del inciso 2º. En éste, el objeto material de la defraudación es sólo el bien determinado que ha recibido del autor. Por el contrario, en el inciso 7º es el acervo administrado o la parte de él a determinar por la rendición de cuentas. Refiere que los objetos de ambas defraudaciones no se confunden ni siquiera cuando el título de la entrega a que alude el inciso 2º es el de administración. *“Esta hipótesis del inc. 2º - agrega el profesor cordobés- comprende de manera exclusiva la defraudación de la cosa dada en administración con la obligación de conservarla y devolverla; por ejemplo, el automóvil entregado para administrarlo como taxímetro. En el inciso 7º cae, en cambio, la defraudación del dinero entregado por el dueño del vehículo para afrontar gastos del servicio y de las ganancias producidas por éste”*³⁸³.

³⁸² Cristina Caamaño Iglesias Paiz, *“El delito de administración fraudulenta”*, Edit. FD, Buenos Aires, 1999, pág. 164.

³⁸³ También explica el autor que el contenido de la obligación civil de entregar que el artículo 1911 del C.C. pone a cargo del mandatario, tiene su refuerzo penal por la vía del inciso 2º o por la del inciso 7º, según que los bienes le hayan sido confiados por el mandante sin facultad de disponer de ellos, o que los haya recibido de terceros o constituyan ganancias. (Ricardo Núñez, op. cit., Tomo V, pág. 383, aunque se expide en relación al antiguo inciso 7º, que decía: *“Sufrirá la pena del artículo 172 el comisionista, capitán de buque o cualquier otro mandatario que cometiere defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho”*). Ure critica ácidamente a esta disposición, diciendo que *“es uno de*

IX.4.2) LA ENTREGA DE OTRA COSA MUEBLE POR DINERO:

En otro orden, cabe analizar aquellos supuestos en los que la entrega de una cosa debe dar lugar a la restitución de dinero. Al respecto, es oportuno consignar nuevamente la opinión de NÚÑEZ, conteste, como no podía ser de otro modo, con el concepto destacado en el subcapítulo anterior. El reconocido jurista, con anterioridad a editar su Tratado, suscribe un opúsculo en el cual sostiene que la obligación de entregar o devolver cuya infracción vuelve delictivo el hecho, debe tener por objeto el mismo dinero, los mismos efectos o la misma cosa mueble dada por la víctima al autor. Si, por lo tanto, agrega el autor, es el propio título de entrega el que substituye el objeto a entregar o devolver por quien recibe de otro una cosa, la no devolución o entrega de ésta no importará un quebrantamiento de la obligación impuesta por el título a que le fue dada y, por consiguiente, no se podrá aplicar el artículo 173 inciso 2º. Para completar el concepto NÚÑEZ explica que *“eso es lo que ocurre siempre que en virtud del título de entrega, la obligación del que recibe, sea por la ejecución de ese título, sea por su inejecución, se convierte en el momento de entregar o devolver en una obligación de dar cosas ciertas distintas de la recibida o cosas inciertas o sumas de dinero”*³⁸⁴.

los preceptos perfectamente innecesarios de nuestro Código Penal”. Al respecto sostiene que si se suprimiera mentalmente el inciso y *“nos planteáramos una conducta correspondiente al modelo descripto en el inc. 7º, estaremos en presencia de un caso de estafa, o en presencia de un caso de apropiación indebida”*, op., cit., pág. 280 y ss.

³⁸⁴ Ricardo C. Núñez, *“El artículo 173 inciso 2º del Código Penal y la no devolución del dinero recibido en pago de alquileres y como fianza real en garantía del pago de los mismos”*, en L.L. 68, 455, donde refuta la adecuación típica de estafa, fijada por la Cámara del Crimen en el caso “Díaz de Roldán, Filomena”, de agosto de 1952, el cual versaba sobre la no devolución del dinero dado en pago de alquileres no vencidos, que a criterio del jurista cordobés pasa a ser propiedad del locador *“porque el acto jurídico del pago así lo determina”*. Añade el comentarista que *“la entrega de dinero en garantía de alquileres tiene por fin principal asegurar el pago de los mismos adelantando hasta tres períodos,*

Debe destacarse que la Cámara del Crimen no ha sido siempre coincidente en fijar su postura en relación al tema analizado. En el caso “Moses”, “A” le había encargado la venta de su vehículo a “B”, para que le entregara el producido de la venta, esto es, el dinero dado por el comprador “C”. Efectuada la venta, “B” omitió la entrega de lo recaudado por la operación de venta. La Sala I, con invocación de numerosos precedentes, sostuvo que cuando lo que se debe restituir es dinero, *“no se tipifica el artículo 173 inciso 2º”*. Para clarificar el concepto, el juez DONNA, que lideró el acuerdo, añade: *“La idea que existe detrás de estos fallos es que lo que debe devolverse es la misma cosa que se entregó. Acá la víctima de autos entregó un automotor y debió el procesado reintegrar dinero, de modo que, para que pueda ser considerado cosa dentro de este artículo, se exige que sea un depósito regular, lo que en autos obviamente no se da”*.

Ahora bien, lejos de estimar que la conducta deviene impune, el magistrado preopinante, con adhesión de sus colegas de Sala, agrega que en el caso analizado *“no hay duda que el procesado ha violado el deber de fidelidad, apropiándose de algo que debió entregar, porque no era suyo y ocupaba en ese momento el lugar de administrador con respecto a los bienes del dueño de los mismos”*. En suma, el fallo encuadra dicha conducta en el supuesto de defraudación por administración fraudulenta (art. 173 inciso 7º del C.P.)³⁸⁵.

La misma Sala, con el voto preopinante del juez RIVAROLA, encuadra de idéntica manera la actitud del empleado de una firma de productos cosméticos, que utilizó para provecho propio las sumas

pero no es, en ninguna forma, un pacto cuyo objetivo sea la guarda del dinero. No puede ser, en consecuencia, un depósito, cuyo carácter irregular, por no haber sido entregado el dinero con las precauciones del art. 2188 del C.C., trasladaría al locador el dominio de aquél o impediría por esto la aplicación del art. 173 inc. 2º”.

³⁸⁵ CCC, Sala I, causa “Moses, Gustavo”, resuelta el 07/06/90, L.L. 1990-E, 61.

dinerarias recibidas en concepto de ventas de las mercaderías entregadas por la citada empresa, como así también la no restitución del excedente no comercializado. Concretamente, y tras modificar la calificación legal de retención indebida efectuada en primera instancia, expresa que *“la omisión de rendir cuentas y desviar para su interés las ganancias ajenas percibidas, las que estaba obligado a entregar dentro del marco contractual que lo vinculaba a la firma aludida, configura una defraudación por administración fraudulenta”*³⁸⁶.

El caso de la entrega de géneros para que la imputada confeccionara camisas y la no devolución de las camisas ni de los géneros fue interpretado por la Sala V de la Cámara del Crimen, con voto del juez TOZZINI, como una locación de servicios, ajena al derecho represivo, por cuanto esa clase de contratos implica, por parte del contratante, la transferencia de la tenencia de la cosa, esto es, su posesión corporal autónoma, a punto tal que la locataria puede, a su vez, lícitamente, poner esa cosa en manos de un tercero para el cumplimiento parcial de una o varias etapas del proceso de producción. En conclusión, para el comentado fallo, la *“omisión en la entrega de cantidades de cosas elaboradas, y diferentes de las entregadas como materia primaria, resulta atípica desde el punto de vista penal”*, sin perjuicio de los derechos que otorga el Código Civil. *“De lo contrario -añade el magistrado preopinante- la extensión analógica del tipo que se hace en la sentencia recurrida, para abarcar supuestos de ‘apropiación indebida’ como forma de comisión de restituir defraudatoria, lleva directamente a la prisión por deudas”*³⁸⁷.

No siempre la Cámara del Crimen opinó sobre el tópico de la misma manera. En el caso “Neuman”, la Sala V del Tribunal, con voto

³⁸⁶ CCC, Sala I, causa “Galzusta, Gustavo”, resuelta el 26/02/97.

³⁸⁷ CCC, Sala V, causa “Sánchez de Serra, Angela”, resuelta el 26/08/86, en L.L. 1987-B, 81.

preopinante de URE, sostiene que comete el delito de apropiación indebida *“el mandatario que retiene fondos provenientes de la venta de cereal del mandante, alegando, erróneamente, un supuesto derecho de retención por adeudarle éste la comisión sobre el precio de venta de un campo de su propiedad, por cuanto no existe conexión entre la cosa retenida y el crédito del que la retiene”*³⁸⁸.

Respecto del tema analizado es oportuno citar el fallo plenario de la Cámara del Crimen *““Brondolo de Ortelli”, en el cual, por doce votos a dos, se establece que “La conducta de quien, habiéndose comprometido a realizar un trabajo y aportar los materiales, recibiendo para ello la totalidad o la mayor parte de la suma de dinero acordada como precio, y no cumpliendo con lo pactado, ni entregando aquellos, retuvo dicha suma, no constituye el delito de defraudación por retención indebida, previsto y reprimido por el art. 173 inc. 2º del Código Penal”*³⁸⁹.

El hecho consistió en la entrega, en concepto de adelanto, de una suma de dinero al imputado para que comprara alfombras y papel y los colocara en el departamento de la querellante. El trabajo no se realizó, y tampoco restituyó el dinero en cuestión, aduciendo que tal suma le había sido entregada en concepto de seña y que la nombrada había rescindido unilateralmente el contrato.

De acuerdo con el voto de la mayoría, liderado por OUVIÑA, la relación entablada entre las partes se ajusta a la figura de la locación de obra, *“por lo cual la suma de dinero entregada no es otra cosa que el precio adelantado por el querellante a quien asumía el compromiso de realizar un trabajo determinado”*. Luego de descartar la concurrencia de los tipos contractuales de la compraventa (en relación a los materiales elegidos

³⁸⁸ CCC, Sala V, causa “Neuman, Ricardo”, resuelta el 03/06/66, E.D. 15-352, fallo 7.893.

³⁸⁹ CCC, en pleno, “Brondolo de Ortelli”, del 3/11/94, L.L. 1995-B, 396.

por la locataria), del mandato (pues el imputado compraba a nombre propio), del depósito (el dinero no debía ser guardado), de la comisión y de la administración, el citado juez explica que el imputado estaba obligado a entregar la obra encomendada en la forma y en el plazo acordado, hallándose sujeto a las responsabilidades del trabajo concretamente realizado. En otras palabras, que se trata de un incumplimiento contractual que debe ser dirimido en el fuero civil. En suma, *“el hecho de haber retenido el dinero entregado como precio adelantado de una locación de obra, finalmente no ejecutada, no se adecua al tipo del artículo 173 inciso 2º, pues tal suma de dinero no fue recibida por título que obligaba al recipiente a entregarla a otro o a devolverla al locatario”*.

La discrepancia formulada por la minoría, sustentada por los magistrados GEROME y GONZÁLEZ, estriba en que incorrectamente se deja de computar la figura del mandato. Concretamente señala el primero que la entrega de dinero para la compra de los materiales constituye un verdadero mandato, puesto que *“éstos debieron ser adquiridos conforme a las indicaciones dadas por la dueña, lo que en otras palabras significa que el imputado, al celebrar este acto jurídico, no estaba más que actuando la voluntad de aquella”*. En consecuencia, a su criterio, que compartimos enteramente, se celebraron dos actos, la contratación de la locación de obra por un lado -colocación de alfombras y revestimientos- y por otro, un mandato -encargando al imputado la adquisición de los materiales para ello-. De acuerdo con este criterio, la minoría considera que la entrega de dinero destinada a la compra de los materiales que la damnificada había encargado adquirir constituye un mandato, al margen de la locación de obra que también se celebraba. Ergo, el hecho puede encuadrar en la defraudación prevista en el artículo 173 inciso 2º del Código Penal.

A su turno, GONZÁLEZ, añade que la entrega de dinero obedece a la necesidad de que el contratado pudiera adquirir los elementos

para llevar adelante sus trabajos. *“Dicho contrato verbal, de rutina en el mercado, reviste la naturaleza de un mandato gratuito, tácito y oculto, que en este caso no se cumplió por el mandatario, al no haber adquirido la mercancía, y le fue posteriormente revocado al desistir la dueña de la obra en su ejecución”*. Se pregunta el juez *“¿debe admitirse entonces que como frustrado ejecutor de la obra, pueda arrogarse y ejercer -incluso exageradamente- el derecho de retención que le atribuye el artículo 1956 del Código Civil?”*. Responde que no, porque en su doble calidad de locador de obra y mandatario, la persona debe restituir a su mandante *“...todo lo que hubiere recibido como consecuencia del ejercicio del mandato y de lo que no hubiere dispuesto por su orden (art. 1911 del C.C.)...”*. Incluso añade que si la obra no llega a concretarse, como en la especie, menos razón aún asiste al contratado para mantener en su poder el dinero que le adelantara el contratante, máxime cuando ni siquiera llegó a adquirir los materiales.

En definitiva, para el mencionado juez existe un acto jurídico -mandato- que produce la obligación de devolver el dinero excedente de los conceptos por los cuales el empresario podía ejercer un derecho de retención, pero en modo alguno sobre la totalidad de la suma confiada. A su criterio se trata de una conducta dolosa, *“porque el mandatario se ha negado a restituir la cosa que le fuera entregada en confianza, ocasionando un daño patrimonial a su mandante”*.

DONNA, que comparte el punto de vista mayoritario, y en ese sentido emite su voto, anota que *“el dinero es una cosa fungible y consumible, por lo que, quien recibe el dinero, en la forma en que lo hizo el procesado, tiene la facultad de disponer de él como propietario. Es decir, estamos frente a un título traslativo de dominio, y por ende inidóneo, para servir de antecedente jurídico al delito de apropiación indebida”*.

También es interesante consignar el parecer del juez TOZZINI, quien se expidió por la mayoría. Señala que el delito de retención indebida requiere, como base, de una obligación de las llamadas “*do ut des*”, es decir, “*doy para que des*”, a mí o un tercero, la misma cosa que te di, tal y como ocurre en la locación de obra, el contrato de transporte y el depósito regular. Esto descarta la posibilidad de que pueda mediar, como en la especie, una obligación de las denominadas “*do ut facias*”, esto es, “*doy para que hagas*”, entre las cuales están las locaciones de obra y de servicios, las que pueden llevar a tipificar, según los casos, estafas o defraudaciones por administración fraudulenta, pero nunca una defraudación por retención indebida.

Los argumentos que nos convencen son, definitivamente, los de la minoría. La posición que se impuso en el acuerdo soslaya, sin razones atendibles, a nuestro criterio, la existencia, alcance e incidencia del instituto del mandato (la entrega de dinero para la compra de los materiales), el cual claramente da lugar a la configuración del delito analizado.

El voto del juez TOZZINI nos invita a formular una reflexión adicional, pues afirma que ni la locación de obra ni la de servicios permite encuadrar, “*nunca*”, la defraudación prevista en el inciso 2º, aunque si tal vez, según los casos, en la estafa o en la administración fraudulenta. Le asiste razón al recordado camarista, pues el locador de servicios que recibe por anticipado el valor del servicio a que se comprometió y no lo realiza ni restituye el dinero recibido, obtiene el dinero por título traslativo de la propiedad. Lo mismo en cuanto al locador de obra, que no la ejecuta no obstante haber recibido el precio convenido³⁹⁰.

³⁹⁰ Los honorarios, por ejemplo, que se le adelantan al abogado, al contador o al médico, se les entrega en propiedad, y no existe obligación de restituir. Ello, sin perjuicio de que la conducta pueda encuadrar en otras formas delictivas.

IX.4.3) LA ENTREGA DE TÍTULOS O DOCUMENTOS REPRESENTATIVOS DE DINERO:

En el caso “Llaneza”, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 16 sostiene que la no restitución de títulos públicos (láminas Bonex) que fueron entregados bajo la modalidad contractual de depósito regular, no constituye delito de defraudación (art. 173 inc. 2°)³⁹¹.

La querella alegaba que los valores se entregaron bajo un título -depósito regular- que obligaba a los autores a restituir los mismos Bonex “*prolijamente individualizados*”, pues sólo se les había transferido la mera tenencia de los títulos, un simple poder corporal autónomo, pero que en absoluto habilitaba a los imputados a apropiarse de ellos o a retenerlos ilegítimamente.

El Tribunal explica que si bien los bonex son cosas no fungibles (en sentido estricto), en virtud de la numeración que llevan, la realidad es que al propietario del título le es indiferente poseer uno que otro, siempre y cuando sean de la misma serie o cupón, porque el conjunto de derechos que incorporan todos ellos es el mismo, razón por la cual, quedaba esclarecida la fungibilidad de tales títulos.

Agrega asimismo, con cita de un precedente de la Cámara del Crimen, que “*aún en el supuesto de que fueran dados para su sola utilización como garantía, ésta no tendría sentido para el tercero garante si no puede usar los bonos. Y si, en otra hipótesis extrema, el dador quisiera asegurarse el reintegro de exactamente los mismos bonos, por ejemplo quiera asegurarse su legitimidad, siempre el depositario podría liberarse de su obligación devolviendo otros de la misma serie o valor*”. En suma, agrega el

³⁹¹ TOC N° 16, causa n° 228, “Llaneza, Silvino y otro s/retención indebida”, resuelta el 18/08/00.

Tribunal que *“en puridad, parece imposible, en esencia, que los bonex no funcionen -bajo las condiciones aludidas- como simple dinero”*.

Finalmente el fallo señala que la individualización numérica de los bonex en los anexos correspondientes a los respectivos contratos, *“no convirtió a éstos en supuestos de depósito regular”*. En tal sentido manifiestan los jueces que lo que corresponde, en forma primera y primordial, es cumplir con las disposiciones pertinentes, en el caso, con el Código Civil, donde se consigna una definición expresa acerca de lo que debe entenderse por depósito regular: artículo 2188, en el cual, en ninguno de sus incisos, contempla aquella modalidad.

Para que la entrega de bonex constituya un depósito regular y sea procedente la calificación del tipo penal de defraudación por omisión de restituir, debe realizarse en la forma que prevé el inc. 2º del art. 2188 del Código Civil, *“es decir, en saco o caja cerrada con llave no entregando ésta al depositario o en bulto sellado o con algún signo que lo distinga”*. Sin las precauciones antedichas, el depósito es irregular y en esas condiciones el depositario queda obligado a entregar otro tanto de la cantidad de cosas depositadas, con tal que sean de la misma especie (art. 2220), presumiéndose que el depositante concedió el uso del depósito, si no constare que lo prohibió (art. 2221)³⁹².

³⁹² En igual sentido cabe anotar otro fallo de la Sala III de la Cámara del Crimen, en el cual se sostuvo que si bien los bonex son cosas no fungibles, la realidad es que al propietario del título público le es indiferente poseer uno u otro, siempre y cuando sean de la misma serie o cupón, porque el conjunto de derechos que incorporan todos ellos es el mismo. De modo tal que queda clara la fungibilidad de los bonex. De ninguna manera es posible, por ende, ver un depósito regular en la entrega de bonex, sino que debe ser entendida como un préstamo o mutuo que obliga a devolver cosas de la misma especie y cantidad, es decir, de cosas fungibles, y el precio por el uso de los que se recibiera. La conducta de no restituir lo recibido no puede alcanzar entidad penal, pues era de la naturaleza del negocio poder devolver otras cosas en la misma cantidad y calidad (CCC, Sala III, causa n° 24.696, “Villapando, Hugo”, resuelta el 30/05/89). La misma Sala mantuvo su criterio en la causa n° 27.058, “Raphael, Moisés”, resuelta el 04/09/90, en la cual también se interpretó que la entrega de bonex serie 81 había sido en calidad de mutuo, y no de depósito regular. La Sala VI de la Cámara del Crimen, por mayoría, señala que la retención de pagarés es

IX.4.4) EL PROBLEMA DE LA ENTREGA VIRTUAL DE DINERO:

La entrega de dinero para un cometido determinado no necesariamente debe realizarse en forma manual. Los avances tecnológicos, tanto en materia informática como en comunicaciones, y también aspectos relativos a la seguridad de las transacciones, llevan a que las operaciones en las que se maneja dinero se efectúen a través de una transferencia electrónica, mediante el uso de Internet. Por ello, que el oferente “A” transfiera fondos de su cuenta, en concepto de reserva, a la cuenta del agente inmobiliario “B”, para ser eventualmente aplicados a la adquisición del departamento de “C”, ¿modifica acaso la esencia de los conceptos volcados en los párrafos precedentes?

Que el corredor inmobiliario tenga los billetes físicos del oferente en un cajón de su escritorio, o en su caja fuerte, o que tenga los mismos fondos en su cuenta corriente, por cierto, no cambia las cosas. De cualquier forma está obligado a restituir el dinero ajeno para el supuesto de que no se concrete la operación, pues nunca se le transfirió el dominio de esos fondos, que se hallan sujetos al cumplimiento de una condición suspensiva. No es necesario, por lo tanto, que el vendedor o el intermediario vea o toque físicamente el dinero. Importa que lo tenga a su exclusiva disponibilidad.

IX.5. LAS RESPUESTAS AL PROBLEMA DESDE LA PERSPECTIVA DOGMÁTICA ASUMIDA EN ESTA TESIS:

Atendiendo a los presupuestos dogmáticos asumidos en esta tesis, lo relevante en la comprensión del tipo es el aspecto institucional

configurativa del delito tipificado en el artículo 173 inciso 2º, en el caso “Dellagiovanna, Carlos”, resuelto el 23/12/96, L.L. 1997-E, 397.

que opera como fuente de deberes positivos y se imponen sobre la mera consideración física del objeto. El incumplimiento fraudulento del deber es el origen de la relevancia penal de la omisión y por eso aparece como la referencia segura a la hora de interpretar el injusto del art.173 inc.2º del Código Penal.

Por eso se puede suscribir, una vez más, el concepto de SAINZ-PARDO CASANOVA: no importa tanto la naturaleza de las cosas, en este caso el dinero, fungible y consumible, como lo es, cuanto el contenido del título jurídico en virtud del cual se produce la entrega. Ergo, se puede entregar dinero para una finalidad determinada, verbigracia, en concepto de reserva para la adquisición de un inmueble, y la frustración del negocio impondrá la obligación de restituirlo, aunque las partes no hayan adoptado la previsión de individualizar los billetes (art. 2188, inc. 2º del C.C.), y aunque no se trate necesariamente de los mismos billetes. De allí que la omisión de restitución de dinero, en tal caso, aún aquel entregado virtualmente, importará la comisión del delito previsto en el artículo 173 inciso 2º del Código Penal.

No coincidimos, por lo dicho, con quienes propician la adecuación de tal conducta a la defraudación por administración fraudulenta del inciso 7º. El agente inmobiliario no se encuentra facultado a la realización de operación o acto de disposición alguno. Carece del manejo (uso) y del cuidado del dinero ajeno, que sólo debe limitarse a custodiar.

Tampoco nos parece que necesariamente deba restituirse, con exactitud, la misma cosa entregada. Ya hemos visto que puede entregarse un vehículo con la expresa finalidad de ser vendido y, de ocurrir la operación, lo que deberá restituirse es el dinero obtenido por la venta. La omisión de esta obligación también dará lugar a la consumación del delito analizado. Lo mismo ocurre, claro, con quien entrega géneros para la confección de camisas. Debe restituir los géneros no utilizados, o las camisas terminadas.

El dinero puede entregarse para cancelar el precio de un producto. Juan puede pagar mil pesos por un televisor. En caso de que el aparato no le sea entregado, ni le sea restituido el dinero dado en pago, no se habrá cometido el delito del artículo 173 inc. 2º. En todo caso podrá haber una estafa, si se le aceptó el dinero a sabiendas de que no le sería entregado el producto, y si concurren, obviamente, los restantes elementos constitutivos de tal delito. Pero Juan también puede entregarle el dinero a Pedro para que vaya éste a comprar el televisor. Si Pedro acepta el mandato y luego se arrepiente, quedándose con el dinero o comprándole con él un regalo a su novia, ¿no habrá cometido acaso el delito de omisión fraudulenta de restitución? Sin duda sostenemos la respuesta afirmativa. Comete idéntico ilícito, así lo creemos, el agente inmobiliario que retiene la suma entregada por el interesado en concepto de reserva, cuando se frustra el negocio sin su culpa.

Por tal razón, si lo que importa es el contenido del título jurídico en virtud del cual se produce la entrega, no vemos porqué no ha de incurrir en delito la persona que recibe una cosa para un objetivo determinado, esto es, que la recibe asumiendo la obligación de entregarla a un tercero o de devolverla al dador si acontece una condición previamente acordada, aunque la cosa haya sido modificada o sustituida por otra. Ya sea un vehículo o medicamentos para vender, ya sea géneros para confeccionar: si el agente no devuelve el producto, el producido del producto, o el producto terminado, entonces incurre en el delito que estamos analizando.

Finalmente, existen ciertas adquisiciones que, por su complejidad o envergadura, se pautan en forma escalonada, es decir, no se cancela el precio en un solo acto. Si bien en este esquema entran las compras en cuotas, también incluimos la adquisición de paquetes accionarios que se realizan en forma gradual.

Entendemos que estos casos consisten en adelantos del precio total pautado, donde naturalmente se transfiere el dominio del dinero entregado. En consecuencia, la negativa a restituir lo pagado por la frustración o fracaso del negocio, sin culpa del comprador, no importa la comisión del delito analizado. Podrá haber una estafa, según el caso, o un mero incumplimiento contractual, atípico para el derecho penal.

En razón de lo expuesto, no compartimos el criterio sustentado por la Sala II de la Cámara Federal, en cuanto expresa, en el caso “Sosa”, que las operaciones financieras acordadas entre bancos, denominadas “de cruce”, por las cuales se transfieren divisas al exterior bajo la apariencia de operaciones de compra venta, en verdad esconden operaciones de préstamo de dinero que debía ser cancelado a las veinticuatro horas de su otorgamiento. Según los jueces del citado Tribunal, tal conducta encuentra adecuación típica en el artículo 173 inciso 2º, *“en tanto abarca precisamente el caso en que, con perjuicio de otro, no se restituyere a su debido tiempo dinero recibido en virtud de un título que produzca obligación de devolver”*. De inmediato agregan que logró acreditarse que el banco en cuestión a partir de un negocio jurídico lícito obtuvo dinero que tenía la obligación de reintegrar en veinticuatro horas, ocasionando un perjuicio al Banco de la Nación Argentina *“al no devolver en el plazo convenido las sumas que le fueran transferidas”*³⁹³.

A nuestro entender, el préstamo de dinero, aunque se estipule un plazo mínimo de devolución, lleva inherente la posibilidad de usarlo y, por ser éste fungible, el deudor se libera de su obligación devolviendo otra suma igual, más los intereses que hubiesen sido pactados. Su falta de devolución importa en todo caso un mero incumplimiento contractual, más no conduce a la aplicación de la figura penal analizada.

³⁹³ CCCF, Sala II, causa nº 20.814, “Sosa, Carlos”, rta. el 16/11/04.

Ahora bien, de existir elementos que permitan sospechar que el deudor ocultó información relevante que debía poner a disposición del acreedor, que aportó documentación confusa y que sabía de antemano que no iba a devolver el préstamo, entonces la figura penal comprometida podría ser la de estafa (art. 172 del C.P.). Ciertos párrafos del decisorio comentado alientan tal sospecha. Así, cuando el Tribunal sostiene que determinadas circunstancias “*robustecen la convicción de que los fondos solicitados al Banco Nación no estaban destinados a ser devueltos*”; que para apreciar tal afirmación cabe tener en cuenta “*la proximidad de estas operaciones con la fecha en que se produjo el derrumbe del Banco, y por otro lado, que la imposibilidad de esta entidad de hacer frente a sus obligaciones no era reciente ni mucho menos repentina, sino que semanas atrás ya se había manifestado con suficiente claridad*”; y, finalmente, que la omisión de restituir el dinero recibido “*respondió a una utilización abusiva de la relación de confianza en que se apoyaban las operaciones investigadas*”.

En síntesis, el préstamo de dinero bajo ninguna circunstancia puede dar lugar al delito de omisión fraudulenta de restitución. En todo caso podrá tratarse de una estafa, si llegara a comprobarse la existencia de maniobras ardidosas idóneas, es decir, el despliegue de argucias aptas para disimular la verdad e inducir a error o, en su caso, podrá presentarse un incumplimiento contractual indiferente al derecho penal, susceptible de ser encausado a través del derecho privado. En efecto, reiteramos, el préstamo de dinero (cosa fungible) lleva insita la transferencia del dominio y la consecuente posibilidad de su uso.

Distinto es el caso del dinero dado para un fin determinado, donde no se transfiere su propiedad; aquí su no entrega o restitución podrá dar lugar al delito que venimos examinando³⁹⁴.

X. LA CARACTERIZACIÓN DEL TIPO DE INJUSTO COMO OMISIÓN, DE RESULTADO, DAÑO Y ESPECIAL PROPIO:

Llegados a esta instancia puede quedar justificado ya que el supuesto de hecho del tipo penal del artículo 173 inc.2º, tanto desde el punto de vista dogmático aquí planteado como en su consideración analítica y práctica en el momento de la imputación, está constituido por un comportamiento típico de “*omisión fraudulenta de restituir*”.

En ese marco, se trata de un delito propio de omisión, en el cual se requiere una acción determinada, surgida de un deber de restitución, cuya no realización se encuentra castigada en el tipo penal. En otras palabras, la omisión propia tiene lugar cuando existe un deber de actuar típicamente determinado y el autor, pudiéndolo hacer, deja de llevarlo a cabo³⁹⁵. En nuestra figura, la omisión de restituir, como todo delito propio de omisión, no es un medio sino el objeto mismo de la imputación³⁹⁶. Es un delito de resultado y de daño, el cual es exigido expresamente por la figura (“*el con perjuicio de otro...*”); y es especial, porque requiere determinada calidad en el sujeto activo, en nuestro caso, el obligado a devolver o entregar.

Ya hemos visto que uno de los criterios elaborados por la doctrina para diferenciar la omisión propia de la impropia se basa en que en

³⁹⁴ Como ya dijimos en el punto D.1.3), en tal caso rigen las normas del mandato.

³⁹⁵ En cuanto a la estructura típica omisiva, hay consenso entre los autores en sostener que el tipo objetivo omisivo se basa en los siguientes requisitos: a) la situación generadora del deber de actuar; b) la no realización de la acción mandada y c) la posibilidad real de cumplir con el mandato. Por todos, Maximiliano Rusconi, “*Derecho Penal, Parte General*”, op. cit., pág. 593.

³⁹⁶ Conf.. Soler, “*Derecho Penal Argentino*”, op. cit., T. 2, pág. 199.

estos últimos existe una vinculación especial (posición de garantía) que obliga al omitente a cuidar del bien jurídico en peligro; mientras que en la omisión propia la conducta omitida incumbe a cualquiera que está en dicha situación (no asume rol garante)³⁹⁷.

Sin embargo, también vimos que se han elaborado otras opiniones, como la de SILVA SÁNCHEZ, a partir de la cual se logra conciliar ciertos criterios que enriquecen, a través de una categoría intermedia, el concepto de omisión propia. Precisamente tal categoría es la que, a nuestro criterio, le da cabida al analizado artículo 173 inciso 2º.

El jurista español -recordemos- distingue entre: a) omisiones puras o simples y b) omisiones referidas a un resultado. Las primeras a su vez pueden subdividirse entre: a.1) “*omisiones puras generales*”, realizables por todos los que pudiendo llevar a cabo la acción indicada no la llevan a término, y a.2) “*omisiones puras de garante*”, sólo ejecutables por un determinado círculo de autores, caracterizados por la ostentación de una posición de responsabilidad especial.

También vale recordar la postura de NOVOA MONREAL, cuyas explicaciones avalan la posición que adoptamos. Señala el profesor chileno que la tipificación de los delitos propios de omisión puede presentarse “*tanto si se trata de tipos con sujeto indeterminado como de aquellos con sujeto cualificado, y tanto si se trata de hechos que suponen mera actividad de parte del sujeto como de aquellos que sólo se penan en el caso de que sobrevenga un cierto resultado que la ley indica*”. No obstante, a criterio del

³⁹⁷ Zaffaroni, Tratado, T. III, op. cit. pág. 459. En igual sentido, Gimbernat Ordeig, op. cit. pág. 736.

autor, lo que caracteriza a los delitos propios de omisión es que “*se hallan expresamente tipificados por la ley*”³⁹⁸.

En suma, la omisión fraudulenta de restitución prevista en el artículo 173 inciso 2º del Código Penal consiste en una “*omisión propia pura –que en este caso no implica falta de afectación al bien jurídico- de garante*”, que sólo puede ser cometida por el obligado a devolver o entregar la cosa mueble recibida con esa finalidad.

En rigor, el criterio diferenciador indicado en primer término (omisiones propias: realizables por cualquiera; omisiones impropias: realizables sólo por el garante) únicamente sería aplicable al artículo 108³⁹⁹. Dicha norma se trata de una omisión propia, entre otras muchas razones, todas ya analizadas, porque está expresamente tipificada en el código⁴⁰⁰ y cualquiera puede ser autor (éste se halla obligado en virtud de un deber general de ayuda o solidaridad social). Pero no vemos porqué no puede haber un tipo omisivo propio en el que el autor sea uno o más sujetos determinados. Tal el caso de la omisión típica de restitución del artículo 173 inciso 2º, en el cual autor, reiteramos, es solamente el obligado a entregar o devolver.

³⁹⁸ Eduardo Novoa Monreal “*Los delitos de omisión*”, en Doctrina Penal, Año 6, 1983, Editorial Depalma, pág. 28. Aclara a pie de página (nº 8) que ha adoptado “*un criterio práctico, muy útil para simplificar las complicadas elaboraciones teóricas*”.

³⁹⁹ Es el único caso que Zaffaroni pone como ejemplo en su Tratado -T. III, pág. 458-. En su “*Estructura ...*” procura ser más específico y admite, sin rodeos, que el artículo 108 “*prácticamente es único*” -pág. 128-. También es el único ejemplo que indica Rusconi en su “*Derecho Penal, Parte General*”, op. cit. pág. 593; y Righi en su “*Derecho Penal, Parte General*”, op. cit. págs. 355 y ss.

⁴⁰⁰ En la omisión de auxilio no se equipara la conducta del omitente a la del incapacitante. Repárese que los tipos omisivos impropios poseen todos una estructura equivalente a una estructura activa, que no es el caso del art. 173 inc. 2º.

Adviértase que una situación similar se presenta en el delito de desobediencia. Es también una omisión típica (“*el que desobedeciere*”), con autor especial: el destinatario de la orden⁴⁰¹.

Otra omisión propia con sujeto activo determinado se puede encontrar en el artículo 249 del Código Penal, que castiga al “*funcionario público que ilegalmente omitiere algún acto de su oficio*”. De acuerdo con BUOMPADRE, se trata de una conducta omisiva “*pura o propia*” que sólo puede ser llevada a cabo por el funcionario público en el ejercicio de su propia función⁴⁰².

El incumplimiento de los deberes procesales, previsto en el artículo 243 del Código Penal (incomparecencia del testigo), es otro delito que posee similares características: es propio de omisión y especial, por ser de propia mano⁴⁰³.

⁴⁰¹ Hay casos, sin embargo, como con acierto hace notar Creus, en los cuales si el funcionario dispone un no hacer, y la persona realiza la acción, estaríamos frente a un delito de omisión impropia, ya que se violaría un mandato mediante una conducta positiva -Carlos Creus, “*Delitos contra la administración pública*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 62/3. De opinión similar parece ser Buompadre, en cuanto sostiene que el delito “*puede cometerse por acción o por omisión, no obstante tratarse de un tipo omisivo en sentido estricto*” -Jorge E. Buompadre, “*Delitos contra la administración pública*”, op. cit., pág. 66. Más explícito en este sentido es Sandro F. Abraldes, en cuanto afirma que “*no es cierto que se trate de un puro delito de omisión, ya que si la orden es prohibitiva, el tipo de lo injusto será un delito de acción*”, en “*Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad, tres tipos penales parecidos*”, en “*Delitos contra la administración pública-I*”, Revista de Derecho Penal, dirigida por Edgardo A. Donna, 2004-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 65. Carlos Vázquez Iruzubieta lo considera un delito de omisión, en su “*Código Penal comentado*”, T. IV, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, pág. 367. Igual parecer defiende Guillermo J. Fierro, en “*Delitos de atentado, resistencia y desobediencia contra la autoridad*”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 169.

⁴⁰² Jorge Buompadre, “*Delitos contra la administración pública*”, op. cit. pág. 143. Para Edgardo A. Donna el indicado es un delito de “*omisión simple*” y “*especial propio*”, en “*Derecho Penal, parte especial*”, T. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 175. Creus también sostiene que se trata de una conducta omisiva y de un “*delito de propia mano*”, en “*Delitos contra la administración pública*”, op. cit. pág. 210. Zaffaroni, Alagia y Slokar, en cambio, lo consideran un delito impropio de omisión, en “*Derecho Penal, parte general*”, op. cit., pág. 553.

⁴⁰³ Confr. Edgardo Alberto Donna, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, T. III, op. cit. pág. 118 y ss. En igual sentido Jorge Buompadre, “*Delitos contra la administración pública*”,

XI. EL DERECHO DE RETENCIÓN FRENTE AL TIPO DE INJUSTO

El tipo analizado es uno de esos casos donde mejor se aprecia la integración entre tipo y antijuridicidad, que da lugar a la noción de injusto penal acuñada por la doctrina moderna. Por eso la noción de comportamiento típicamente relevante debe ser puesta en relación con lo que se identificarían como elementos de autorización -elementos negativos, dirá un sector de la doctrina- y que operan como permiso que neutraliza la contradicción de la omisión con el orden jurídico observado en su integridad.

En el análisis de la imputación, esas norma de permiso o autorización se constituyen como derechos del sujeto que no está dispuesto a restituir. En este caso aparece como situación más evidente el denominado derecho de retención, que por eso mismo quita ilegalidad a la omisión. Cabe de todos modos hacer una serie de consideraciones diferenciadas, ya que esa fuente de autorización y de derechos ofrece supuestos de particular complejidad.

XI.1. EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL DERECHO DE RETENCIÓN:

El derecho de retención es una de las figuras jurídicas más difíciles de construir, al punto que ha sido concebido como excepción procesal, privilegio, derecho procesal, derecho real, derecho personal con oponibilidad a terceros, derecho mixto, derecho especial, derecho potestativo,

op. cit. pág. 84 y ss, y Carlos Creus, “*Delitos contra la administración pública*”, op. cit. pág. 114.

cuasicontrato, derecho real obligatorio, derecho de prenda, calidad inherente al crédito, medida precautoria o embargo o secuestro privado, etcétera⁴⁰⁴.

Más allá de todo lo que pueda decirse acerca de este especial derecho, su importancia radica, para el derecho penal, en que su legítimo ejercicio justifica la conducta omisiva. Esto significa que retener la cosa en forma legítima no constituye delito.

Sabido es que entre las causas de justificación, las cuales derivan, según lo dispuesto por el artículo 34 del Código Penal, en la no punibilidad de la conducta, se incluye el legítimo ejercicio de un derecho⁴⁰⁵. En consonancia con dicha disposición, el art. 1071 del Código Civil expresa que *“El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”*. En suma, si civilmente la conducta es lícita, no puede ser simultáneamente ilícita para el derecho penal.

El artículo 3939 del citado cuerpo normativo dispone que el derecho de retención *“es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa”*. De allí que sea necesario, indispensable, establecer con precisión cuándo la omisión de restituir puede ampararse en el legítimo ejercicio del derecho de retención.

De acuerdo con LEIVA FERNÁNDEZ, el artículo 3939 exige conexidad objetiva relativizada entre la cosa retenida y el crédito debido (*debitum cum re iunctum*)⁴⁰⁶. A ella se refiere la frase *“por razón de esa*

⁴⁰⁴ De tal forma lo explica la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallo dictado el 26/6/90, L.L. 1993-E-195, citado por Papaño, op. cit., T. II, pág. 561.

⁴⁰⁵ Ello es derivación directa del artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto prevé que *“ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

⁴⁰⁶ Luis F. P. Leiva Fernández, *“Derecho de retención”*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991, pág. 319. El autor propone la siguiente definición del instituto: *“Derecho de*

misma cosa”. A su vez, para que proceda la extensión analógica que establece el art. 3940, sólo es requerible que exista una conexidad objetiva entre la cosa que se retiene y el crédito garantizado, cualquiera sea la causa de nacimiento de esta obligación⁴⁰⁷. Vale aclarar que para el autor citado no se trata de un “derecho”, sino de una “facultad”. Su naturaleza jurídica -acota- no es de derecho sino de un hecho jurídico real, por lo que sólo constituye una facultad de determinados acreedores⁴⁰⁸.

Mención aparte corresponde hacer de la retención anómala, que para LEIVA FERNÁNDEZ consiste en aquella que autoriza al retenedor a usar la cosa retenida, de suerte tal que al cabo de un tiempo compense el crédito que autoriza la retención con lo que deba por el uso que hace de la cosa durante su ejercicio⁴⁰⁹.

Los casos de retención anómala o irregular se refieren a supuestos en los que el acreedor retenedor tuvo, en virtud del título -o situación real- que precedió al ejercicio de la facultad de retención, el uso de la cosa. Ello se justifica -anota el autor que venimos citando- ya que la retención no debe mejorar el título del retenedor. Empero, no debe entenderse que todos los casos de retención ejercida por detentadores que hayan tenido el uso de la cosa autorizan a utilizarla, configurando una retención anómala o irregular.

retención es la facultad legal, reconocida genéricamente a todo acreedor civil, de legitimar por su sola voluntad la manutención de una relación real sobre una cosa, total o parcialmente ajena e incluso propia, que, establecida al amparo de la ley, ha devenido ilegítima con la finalidad de constreñir al cumplimiento voluntario de una obligación de dar suma de dinero, que es debida por razón de esa misma cosa, y que salvo los casos de retención anómala, sólo autoriza a su titular a mantenerse en la relación real hasta que se extinga el crédito, o su acción, o se garantice su cumplimiento” (pág. 85).

⁴⁰⁷ El artículo 3940 expresa: “Se tendrá el derecho de retención siempre que la deuda aneja a la cosa detenida haya nacido con ocasión de un contrato o de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella”.

⁴⁰⁸ Leiva Fernández, op. cit., pág. 86.

⁴⁰⁹ Leiva Fernández, op. cit. pág. 204 y ss.

Por ejemplo, se presentan estos supuestos en los casos del ex locatario⁴¹⁰ y del ex depositario irregular⁴¹¹. No así en el depósito regular y en la locación de obra, ya que el *“ex depositario redentor carece de derecho a usar la cosa, así como el ex locador de obra y actual redentor. Si cuando nació su relación real con la cosa retenida no tenían el uso y goce de la misma, tampoco lo tendrán ahora, ya que la retención no puede darles mejor derecho sobre la cosa que el que tenían cuando detentaban a otro título... quien teniendo no usaba, reteniendo no usará”*⁴¹².

Asimismo, el ejercicio de la facultad de retención irregular o anómala se extingue al satisfacerse el crédito, tras operarse la compensación de lo devengado por el acreedor de la obligación de restituir la cosa retenida, con el crédito del retenedor que dio lugar a la retención. En otras palabras, el ejercicio de dicha facultad, por ser vehículo de la compensación, conduce a la satisfacción del crédito.

Para sintetizar: la facultad de retención bajo su forma regular -la pura retención-, no autoriza el uso de la cosa retenida. Por el contrario, en contados supuestos de retención irregular o anómala, tales los casos del ex locatario y del ex depositario irregular, sí se puede usar la cosa retenida⁴¹³. Claramente se observa esto último en la retención del inmueble por parte del ex locatario, en garantía del pago de las mejoras hechas en la cosa y que están a cargo del locador. Como decíamos, estos supuestos se vinculan al instituto de la compensación.

⁴¹⁰ Art. 1547 y nota al art. 1537 del C.C.

⁴¹¹ Art. 2223 del C.C. (contempla la posibilidad de retener para compensar).

⁴¹² Luis Leiva Fernández, *“El derecho de retención anómala del locatario de inmuebles”*, en L.L., 1977-C-913, citado en op. cit., pág. 204.

⁴¹³ Aunque el Código Civil no prohíbe el uso de la cosa retenida, más la doctrina, merced a un interpretación analógica de disposiciones previstas para otros institutos, concluye que no puede usarse (en supuestos de retención regular).

De todas formas corresponde aclarar, a los fines de ceñirnos a la figura cuyo análisis nos hemos propuesto en este trabajo, que de los dos supuestos aludidos, el único que resulta de interés mencionar, por emanar de la propia descripción del tipo objetivo -cosa mueble-, es el del ex depositario irregular. En cuanto al uso de la cosa por parte del depositario -regular o irregular-, nos remitimos al capítulo XVI, titulado “*El uso no autorizado de la cosa*”.

Retomando la explicación, se advierte que la retención irregular o anómala no es en sentido estricto la retención prevista en el art. 3939, cuyas reglas, sin embargo, se aplican en sus aspectos principales, porque constituye el género al que esta modalidad pertenece.

La retención irregular o anómala nace como retención y muere como compensación. Dicho de otro modo, es el vehículo o medio por el cual se hace posible la compensación. Es retener para compensar. Pero en rigor de verdad, no es una cosa ni la otra.

Al respecto expone LEIVA FERNÁNDEZ que no es pura retención porque tiene término resolutorio: cuando se haya verificado completamente la compensación de la deuda con el valor del uso de la cosa anteriormente arrendada. Tampoco es pura retención porque autoriza al retenedor irregular a usar la cosa⁴¹⁴.

Pero de ahí no se sigue que sea compensación. Y no lo es porque, sencillamente, al establecerse la retención anómala, no existe todavía valor alguno con el cual compensar la deuda por gastos realizados sobre la cosa poseída. En síntesis, la facultad de pura retención legislada en el artículo 3939 es, sin duda, un instituto diferente de la compensación y su modalidad,

⁴¹⁴ Leiva Fernández, op. cit. pág. 204 y ss.

la retención irregular o anómala, difiere de la pura retención y tampoco es compensación⁴¹⁵.

En la compensación no hay conexión objetiva con la cosa retenida. Sólo hay una mera conexión entre los sujetos, que se deben en forma recíproca. En la nota al artículo 3939, el codificador expresamente rechaza el concepto amplio, en tanto manifiesta que *“Es preciso que haya una deuda por razón de la misma cosa ...No basta que el poseedor de la cosa de otro tenga un crédito contra el propietario de esta cosa, para que goce del derecho de retenerla...Es preciso que la obligación haya nacido por ocasión de la cosa”*. También surge de la letra del artículo 3940, en cuanto establece que habrá derecho de retención siempre que *“la deuda aneja a la cosa detenida...”*.

Por lo expuesto, habrá delito, por ejemplo, cuando el depositario no restituye la joya depositada porque el depositante le debe una suma de dinero. Conforme explica bien URE, en tal caso lo único que debe hacer, lo que la ley le faculta *“no es compensar sino simplemente demandar”*⁴¹⁶.

⁴¹⁵ El Tribunal Supremo Español admitió el ejercicio del derecho de compensación para exonerar de responsabilidad a quienes se hallaban acusados de apropiación indebida, según nos recuerda Sáinz Pardo-Casanova. Tal el caso del cajero que tras realizar el balance final se niega a entregar la cantidad resultante, pues se le adeudaba mayor cantidad, cosa que estaba probada. O aquel otro en que unos inspectores de una compañía de capitalización que se ‘autopagan’ las comisiones, que representaba mayor suma que la presuntamente ‘apropiada’. También, el caso del sujeto que cobraba cantidades para el Ayuntamiento y las retuvo como pago de lo que éste le debía (op. cit. pág. 149). Giuseppe Maggiore también sostiene que el delito queda excluido por la compensación, en *“Derecho Penal, Parte Especial”*, T. V, Temis, Bogotá, 1956, pág. 180.

⁴¹⁶ Ure, op. cit., pág. 152): El art. 818 del C.C. prevé: *“La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ela extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir”*. El art. 819: *“Para que se verifique la compensación es preciso que la cosa debida por una de las partes pueda ser dada en pago de lo que es debido por la otra; que ambas deudas sean subsistentes civilmente; que sean líquidas; ambas exigibles; de plazo vencido y que si fueren condicionales, se halle cumplida la condición”*. Art. 820: *“Para que la compensación tenga lugar, es preciso que ambas deudas consistan en cantidades de dinero, o en prestaciones de cosas fungibles entre sí, de la misma especie y de la misma*

El derecho argentino adopta, pues, el concepto restringido de conexidad objetiva relativizada⁴¹⁷, en el cual la conexidad no resulta solamente del nexo del crédito con la cosa, sino también del crédito con la tenencia de la cosa (verbigracia, por daños causados por la cosa). No es necesario que exista un contrato, bastando con la existencia de un hecho generador de obligaciones (art. 3940 C.C.)⁴¹⁸.

Como explica LEIVA FERNÁNDEZ, en el derecho argentino la conexidad objetiva se encuentra relativizada, pues no resulta únicamente de vincular el origen del crédito con la cosa retenida (como serían los supuestos de gastos o trabajos efectuados sobre la cosa) como se exigía rigurosamente en derecho romano, sino que también se satisface cuando el crédito se haya originado “*por razón de la cosa*”⁴¹⁹.

La nota del artículo 3939 brinda los requisitos que deben concurrir para el ejercicio del derecho de retención: a) la relación del retenedor con la cosa es la de tenencia, aún cuando la disposición utiliza la expresión “posesión”⁴²⁰; b) quien ejerce el derecho de retención debe ser

calidad, o en cosas inciertas no fungibles sólo determinadas por su especie, con tal que la elección pertenezca respectivamente a los dos deudores”. Por último, el art. 824: “*No es compensable la obligación de pagar daños e intereses por no poderse restituir la cosa de que el propietario o poseedor legítimo hubiese sido despojado, ni de la devolver un depósito irregular*”.

⁴¹⁷ Existe el concepto de conexidad rígida o romanista, seguido en otros países, como en Perú, de acuerdo con el cual el nexo del crédito debe ser con la cosa misma, por ejemplo, por haber efectuado gastos para su conservación.

⁴¹⁸ Merece recordarse la nota de Vélez Sarfield a la disposición citada, donde explica, siguiendo a Aubry y Rau, que el derecho de retención no debe ser restringido a las hipótesis previstas por los artículos del Código, pero tampoco puede ser admitido tan solo porque existe un crédito unido a la cosa. “*En nuestra opinión -anota el codificador-, basta para justificar por analogía la extensión del derecho de retención, que la detención se refiere a una convención, o a lo menos, a un cuasicontrato, y que la deuda aneja a la cosa retenida haya nacido por ocasión de esa convención o de ese cuasicontrato*”.

⁴¹⁹ Leiva Fernández, op. cit., pág. 320.

⁴²⁰ Aunque el codificador en la nota al art. 1547 menciona “*que la posesión actual es el antecedente indispensable para el derecho de retención*” (refiriéndose al que puede ejercer el locatario hasta ser pagado del valor de las mejoras y gastos), esa posesión, como bien

titular de un crédito contra el propietario de la cosa, quien tiene que estar obligado por ocasión de un contrato o de un hecho que haya dado nacimiento a esa obligación; c) la relación entre cosa y crédito es ineluctable, a tal punto que el ejercicio del derecho de retención no puede fundarse en ningún otro tipo de crédito que el retenedor tenga contra el propietario de la cosa⁴²¹, no obstante algunos casos jurisprudenciales, que ya veremos, en los cuales se admite tal posibilidad. Por lo expuesto, tampoco puede esgrimirse válidamente el ejercicio del derecho de compensación, como ya dijéramos.

El propio Código Civil menciona casos en los que sí se admite el derecho de retención, como también supuestos en los que no procede.

XI.2. LOS CASOS QUE ADMITEN RETENCIÓN:

Entre los primeros, la nota del artículo 3940 alude a los acreedores prendarios y anticresistas. El prendario está facultado a no devolver la cosa dada en prenda hasta que el deudor le pague la deuda que sirvió de causa a la constitución de la garantía. Al acreedor anticresista se le confiere el derecho de retener el inmueble que se le entregó para constituir este derecho real, hasta que se le pague su crédito principal y accesorio (art. 3245).

También se reconoce el derecho de retención al depositario, quien se halla autorizado a retener la cosa depositada hasta que se le pague íntegra y exclusivamente lo que se le deba por razón del depósito

anota Papaño, nunca podría ser *animus domini*, porque en tal caso no podría invocar el derecho a retener, ya que, de lo contrario, estaría reconociendo que la cosa le pertenece a quien reclama su restitución. Basta entonces con la mera tenencia, lo cual se ve ratificado en el art. 3940 cuando alude expresamente al tenedor de la cosa, siendo que, además, el derecho de retención no se funda en la tenencia -y menos en la posesión-, sino en el crédito resultante de los gastos hechos en la cosa retenida -confr. Papaño, op. cit. pág. 563-.

⁴²¹ Ello surge también del art. 3940, en cuanto alude a “*la deuda aneja a la cosa detenida*”.

(art. 2218); del nudo propietario, facultado a retener los bienes que son objeto del usufructo hasta ser pagado de lo que hubiera gastado para hacer las reparaciones que son a cargo del usufructuario (art. 2891); del condómino, que puede retener la cosa común hasta que se le paguen los intereses de los gastos de conservación o reparación en que hubiere incurrido (art. 2686); del comprador bajo un pacto de retroventa, que puede retener la cosa comprada hasta que el vendedor le reembolse los gastos y mejoras no voluntarias (art. 1384); del locatario sobre la cosa arrendada hasta que sea pagado del valor de las mejoras y gastos (art. 1547); del locador sobre los frutos existentes y sobre los objetos de los que se haya provisto la cosa arrendada, que sean propiedad del locatario, salvo prueba en contrario, para seguridad del pago del precio de la locación (art. 1558); del mandatario que puede retener en su poder para el pago de lo que hubiera adelantado y gastado, de su retribución o comisión, cuanto bastare a tal fin, cualesquiera bienes o valores del mandante que se hallen a su disposición (art. 1956); del simple tenedor sobre la cosa que mantiene en su poder, por los gastos o mejoras necesarias en que hubiera incurrido para conservarla, hasta que el poseedor lo indemnice (art. 2466); y finalmente el del *“fabricante u obrero a quien se hubiese entregado materiales para hacer una obra o cosas, en las cuales debiese hacer reparaciones, hasta ser pagado de su trabajo”*, situación no contemplada expresamente en ninguna norma del Código, tal como explica PAPAÑO⁴²².

XI.3. LOS CASOS QUE NO LA ADMITEN:

Entre los casos en que no procede el derecho de retención es posible mencionar los casos del usufructuario que no puede reclamar el pago de las mejoras, aunque pueda llevarse las que sean útiles y voluntarias siempre que, de hacerlo, no se siga detrimento alguno de la cosa sujeta al

⁴²² Papaño, op. cit. pág. 567.

usufructo (art. 2874); algunas hipótesis en el depósito (art. 2218)⁴²³; el supuesto del poseedor vicioso de una cosa, mueble o inmueble, a quien también le está vedado ejercer su retención (art. 2364 y 2436) y el del tercer poseedor de un inmueble hipotecado que tampoco puede exigir su retención para ser pagado de las expensas necesarias que hubiera hecho, limitándose su derecho al mayor valor resultante, después de haber sido desinteresado el acreedor y pagados los gastos de ejecución (art. 3168). Finalmente, el caso del comodatario que no puede retener la cosa prestada por la deuda que el comodante tenga con él, aunque sea por razón de expensas (art. 2278). A su vez, según LEIVA FERNÁNDEZ también puede inferirse, como supuestos prohibidos, por ausencia de alguno de los requisitos, el del depositario judicial, el del administrador judicial, el del martillero o liquidador también judicial⁴²⁴.

XI.4. LOS SUJETOS QUE COMPONEN LA RELACIÓN:

a) El acreedor de la relación:

El ya citado artículo 3939 prevé la facultad de retención del tenedor “*hasta el pago de lo que le es debido*”. Ello quiere significar que el retenedor debe ser titular de un crédito civil -ejecutable-, cierto⁴²⁵ y exigible⁴²⁶. Dicho crédito, por lo demás, admite la posibilidad de ser transmisible, de modo que el retenedor actual pudo haberlo recibido de un retenedor primigenio.

⁴²³ Por ejemplo, el caso de depositario que no restituye la cosa porque aduce que no le han pagado los perjuicios que el depósito le ha ocasionado.

⁴²⁴ Leiva Fernández, op. cit. pág. 379.

⁴²⁵ Acerca de la certeza del crédito, entendemos que basta con que tenga apariencias de cierto. De ser tales apariencias consistentes, el retenedor podrá enervar, por falta de dolo, la acción penal que eventualmente pueda entablarle el acreedor de la restitución -o supuesto deudor-.

⁴²⁶ Leiva Fernández, en op. cit. pág. 282 y ss., explica las diferentes consecuencias según el plazo o condición sea resolutorio o suspensivo.

b) El deudor de la relación:

Siguiendo en esto a LEIVA FERNÁNDEZ⁴²⁷, debe destacarse la necesidad de que el deudor del crédito sea el acreedor de la obligación de restituir.

En otros supuestos (caso extracontractual), el derecho a la restitución se reconoce no sólo al propietario triunfante en la acción reivindicatoria, sino al poseedor vencedor en una acción posesoria o policial (especial). Dicho de otro modo, no debe confundirse derecho a obtener la restitución con derecho sobre la cosa, ya que el poseedor sólo tiene un hecho.

Asimismo (caso contractual), podría darse el supuesto del mandatario que recibe lo entregado por un tercero para ser dado a su mandante, frente a quien ejerce la retención (art. 1956 del C.C.). En similar dirección se inscribe otro caso en el cual no importa qué título tenga el *tradens*, puede ser propietario, poseedor o tenedor. Se trataría, como dice LEIVA FERNÁNDEZ, de un propietario que entregó la cosa para reparar, o de su poseedor, o de un detentador, que la entregó a quien luego retendrá.

No siempre el *tradens* es el deudor, aunque sea lo más corriente. Así, el deudor puede transmitir su dominio sobre la cosa retenida, de modo tal que el nuevo propietario puede ser quien soporte la retención - pues a su vez se convierte en el nuevo deudor frente a quien ejercerá la retención-.

Otro caso sería el del crédito originado por un tenedor o poseedor que resulte oponible al propietario o poseedor. El autor que venimos citando presenta el ejemplo del locatario de una cosa quien contrata con el

⁴²⁷ Leiva Fernández, op. cit., pág. 286 y ss.

locador de obra -futuro retenedor- cuyo derecho a la tenencia concluye antes de reclamarse la restitución que efectúa su propietario o el poseedor de la cosa.

Una tercera hipótesis -donde el *tradens* no coincide con el deudor- será la de quien da la cosa al retenedor mediante un contrato en el que éste se compromete a entregarla a un tercero, el cual luego se la reclama.

En suma, podría concluirse que la personalidad del deudor carece de relevancia.

XI.5. LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO DESDE LA JURISPRUDENCIA:

Ciertamente, el ejercicio del derecho de retención debe ser practicado de manera legítima, es decir, no en forma arbitraria. De acuerdo con el artículo 2218 del C.C., el depositario puede retener hasta que se le retribuya lo que se le debe en razón del depósito; de allí que tal retención no sea antijurídica. Pero el comodatario que no restituye cometerá el delito, por cuanto el derecho civil le niega expresamente ese derecho (art. 2278 C.C.).

A su vez, si el depositario en vez de retener la cosa objeto de contratación, es decir la cosa debida, retiene otra distinta, también incurre en el ilícito analizado. Sería el caso, por ejemplo, del mecánico que retiene la *notebook* que se halla en el interior del vehículo que le entregaron para reparar. En efecto, el artículo 3939, según dijimos, justifica la retención del pago que es debido “*por razón de esa misma cosa*”. La “misma cosa” a que se refiere la disposición es, en nuestro ejemplo, el vehículo y no la *notebook*.

La Sala VII de la Cámara del Crimen parece también entenderlo así. Al respecto expresa que no se justifica el comportamiento del

imputado, quien incumplió la intimación de restituir el automotor que detentara en consideración al poder que le fuera dado y luego revocado, al no asistirle derecho de retención, “*ya que los créditos que el enjuiciado aduce existen y que nunca acreditó, resultan ser ajenos a la cosa*”⁴²⁸.

En otro caso, en el que la encausada, gerente de una entidad bancaria, retuvo el título de propiedad del damnificado, el cual funcionaba como garantía de un mutuo hipotecario suscripto con dicho banco, en virtud de la falta de reajuste de los intereses abonados, lo cual habría impedido la libre disposición sobre el inmueble, la Sala IV del mismo Tribunal entendió que la imputada incurría el delito previsto en el artículo 173 inciso 2º⁴²⁹.

El caso del mandato, conviene precisar, permite una mayor amplitud interpretativa. El artículo 1956 del Código Civil dice: “*Hasta que el mandatario sea pagado de los adelantos y gastos, y de su retribución o comisión, puede retener en su poder cuanto bastare para el pago, cualesquiera bienes o valores del mandante que se hallen a su disposición*”.

Parece claro que el derecho de retención debe ejercerse sobre cosas, documentos o valores que fueren del mandante y que el mandatario tuviere con motivo de la manda, no por otro título.

LORENZETTI, en su Tratado de los Contratos, explica que la disposición transcrita le otorga al mandatario un “*medio compulsivo para el cobro*”. El mandatario tiene bienes o valores que forman parte del encargo y reconoce en el mandante la propiedad, siendo por ello un tenedor (art. 3939) que tiene la cosa en su poder en razón de un contrato (art. 3940). Debe notarse que el Código le asigna gran amplitud a la conexidad entre la

⁴²⁸ C.C.C., Sala VII, c. 19.553, “Dirat, Lucien Edmon”, rta. el 30/09/02.

⁴²⁹ C.C.C., Sala IV, c. 20.162, “Banco Bansud”, rta. 06/02/03.

cosa y la deuda, pues el mandatario puede retener “*cualesquiera bienes o valores*”. Esto es, puede retener, según LORENZETTI, para el cobro de los gastos, “*la remuneración, las indemnizaciones de daños sufridos con motivo del ejercicio del mandato*”; a excepción de cosas que se hayan obtenido por un título distinto⁴³⁰.

Conforme con dicha postura, al administrador de un establecimiento rural que retiene documentación contable vinculada a la administración le asiste el derecho de retención. Así lo entiende la Sala I de la Cámara del Crimen, en cuanto expresa que si bien tal conducta, en principio objetiva y subjetivamente típica en virtud del artículo 173 inciso 2º del Código Penal, “*no lo es si se tiene en cuenta el derecho de retención que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de la misma cosa (art. 3939 del C.C.), las disposiciones relativas a las obligaciones que derivan del mandato y a la facultad otorgada al mandatario, sobre los bienes o valores del mandante que se hallen a su disposición. Ello hasta tanto sea pagado de los adelantos y gastos y de su retribución o comisión (art. 1956 del C.C.), por lo cual la conducta del imputado se encontraría justificada por la causal prevista en el art. 34 inc. 4º del Código Penal, ya que el derecho de retención puede aplicarse también a documentos del mandante*”⁴³¹.

Discrepando con el alcance que se le asigna a tal derecho, la Sala VII del mismo Tribunal entiende que el administrador de un consorcio, en cuanto reviste la calidad de mandatario, puede ampararse, ante su remoción, en la autorización contemplada en el art. 1956 del C.C., que lo faculta para retener bienes o valores pero no documentos, ya que el art. 1909

⁴³⁰ Ricardo Luis Lorenzetti, “*Tratado de los Contratos*”, Tomo II, op. cit., pág. 265.

⁴³¹ CCC, Sala I, c. 18.664, “Rodríguez Vagaría, Ricardo”, rta. 07/11/02.

C.C. lo obliga a entregar al mandante sin condición alguna cuanto haya recibido en virtud del mandato⁴³².

Es cierto que el artículo 1956 no incluye expresamente el vocablo “documentos”, pero nos parece que la redacción de la norma, por su amplitud, claramente los comprende. Repárese que el precepto dice que el mandatario puede retener “*cualesquiera bienes o valores del mandante que se hallen a su disposición*”. No sería razonable excluir a los documentos de los bienes o valores del mandante; sobretodo si se relaciona esta disposición con el artículo 1911 del C.C., en cuanto establece que “*la obligación que tiene el mandatario de entregar lo recibido en virtud del mandato, comprende todo lo que el mandante le confió y de que no dispuso por su orden; todo lo que recibió de tercero, aunque lo recibiese sin derecho; todas las ganancias resultantes del negocio que se le encargó; los títulos, documentos y papeles que el mandante le hubiese confiado, con excepción de las cartas e instrucciones que el mandante le hubiese remitido o dado*” -lo subrayado nos pertenece-. En suma, coincidimos con el fallo de la Sala I de la Cámara del Crimen.

XI.6. EL CASO DEL ABOGADO:

En consonancia con el criterio expuesto, el abogado que retiene documentación de su cliente por no haber cobrado los honorarios convenidos, en tanto se considere que su relación se halla regida por las reglas del mandato, tampoco cometería delito. Empero, no todos concuerdan en la naturaleza jurídica del vínculo que los une. De hecho, los que suscriben la teoría del mandato son los menos. Así lo explica con claridad LORENZETTI en su ya citada obra⁴³³.

⁴³² CCC, Sala VII, causa “Gavarotto, Susana”, rta. el 10/07/84.

⁴³³ Ricardo Lorenzetti, “*Tratado de los Contratos*”, T. II, op. cit., pág. 598 y ss.. El autor español Rafael del Rosal defiende la tesis minorista con denodada convicción. Explica que

Otros, los más, piensan que deben aplicarse las reglas de la locación de servicios, como comprensiva de toda forma de asistencia jurídica o profesional, cuya característica es la continuidad, a través de las distintas vicisitudes del pleito⁴³⁴. Esta posición, sin embargo, también recibe críticas, pues asimila dos contratos distintos, la locación de servicios y el contrato de trabajo, según explica LORENZETTI en su mencionada obra⁴³⁵.

También es posible hallar opiniones que se expiden por la locación de obra, en base a la inexistencia de subordinación o dependencia en una profesión eminentemente liberal, en especial para los casos de consulta y

si el abogado sustituye a su cliente en la actividad propia del objeto del contrato, estaremos en el ámbito del mandato; si no lo sustituye, en la locación de servicios. Reseña que ambos contratos se diferencian también en el contenido de la actividad; en el mandato, el mandatario gestiona frente a terceros intereses del mandante en el seno de una relación triangular, mientras que en la locación las prestaciones se realizan directamente a favor del principal, que gestiona sus propios asuntos aunque para ello se ayude con servicios de otros, en el seno de una relación bilateral. Expone finalmente que el cliente le pide a su abogado que asuma la responsabilidad de dirigir frente a terceros las actuaciones necesarias para el mejor fin de su interés en la contingencia de un conflicto jurídico. En otras palabras, que actúe como si fuera él mismo; que lo sustituya en la conducción y dirección de su propia defensa. Por tal razón cree que se trata de un mandato, unilateral, pues la prestación de defensa del abogado, como la del mandatario, no la recibe el cliente aunque le aproveche, sino terceros ante quienes le sustituye en dicha actividad, por causa de la confianza (Rafael del Rosal, “*La relación jurídica abogado-cliente ¿arrendamiento o mandato?*”, en el Foro de Internet, Ética Jurídica, del 30/05/08). Otro jurista español, el célebre Angel Ossorio, cuestiona a su vez la teoría del mandato diciendo “*en el mandato es esencial la obligación por el mandatario de obedecer al mandante, en tanto que el abogado se deshonraría si aceptase el deber de obedecer a su cliente, pues en su especialísima relación ocurre todo lo contrario: que el cliente le obedece a él o que él abandona la defensa*” (“*El alma de la toga*”, Ejea, Buenos Aires, 1986, pág. 53).

⁴³⁴ Raymundo Salvat, “*Tratado de Derecho Civil Argentino*”, 2º ed., actualizada por Arturo Acuña Anzorena, 1º reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1957, t. 2, pág. 315. En igual sentido se pronuncia Rafael Bielsa, en “*La abogacía*”, Ex Libris, Buenos Aires, 1934, pág. 182 y s.s.)

⁴³⁵ Ricardo Lorenzetti, op. cit, ídem.

patrocinio⁴³⁶; quienes postulan la conformación de un contrato atípico⁴³⁷; o bien multiforme⁴³⁸. Incluso, existe la teoría del contrato profesional⁴³⁹.

Ninguna de las teorías expuestas nos satisface íntegramente, pues ninguna abarca en su totalidad la multifacética actuación que le incumbe al abogado. Veamos. En ciertos casos el cliente le puede encargar o encomendar al abogado que defienda sus intereses; a tales efectos habrá de conferirle un poder, para que obre en su nombre y representación. En tales casos, quien actúa es el abogado, obviamente en sustitución de su mandante. En tales supuestos no vemos porqué no han de aplicarse las reglas del mandato. Incluso, en asuntos de índole penal, el letrado designado como abogado defensor del imputado también lo representa a éste plenamente en juicio, aún cuando no necesite conferirle ningún poder especial. Hay determinados actos procesales, empero, en los cuales el abogado no puede sustituir a su cliente; por ejemplo, en la declaración indagatoria, donde el imputado tiene oportunidad de ejercer su defensa material.

También deberían aplicarse las reglas del mandato, a nuestro criterio, en aquellos supuestos en los que el abogado recibe del cliente una suma de dinero para efectuar un pago determinado.

Ahora bien, las tareas de representación y procuración no agotan íntegramente el contenido de la actuación profesional que puede desplegar un abogado. También brinda opiniones, consejos, dictámenes y

⁴³⁶ Francesco Messineo “*Manual de Derecho Civil y Comercial*”, T. V, Trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, pág. 244.

⁴³⁷ Guillermo A. Borda, “*Tratado de Derecho Civil*”, Contratos, 7º Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 52.

⁴³⁸ Por todos, Félix Trigo Represas, “*Responsabilidad civil de los profesionales*”, Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 44.

⁴³⁹ Nos recuerda Lorenzetti que en el proyecto elaborado por la Comisión del Poder Ejecutivo Nacional, decreto 468/92, se regula el contrato de servicios profesionales, que debe ser celebrado por las personas que reúnen la calidad de profesional y las prestaciones deben ser ejecutadas “personalmente”, op. cit., pág. 602.

atiende consultas. Para llevar a cabo tal cometido, que se presume oneroso, puede recibir de su cliente diversa documentación. En tales supuestos, ¿puede sostenerse que los liga una relación de mandato? Creemos que no, porque aquí el abogado no actúa por su cliente, ni lo representa. Estimamos, en cambio, que la actuación profesional descrita reviste el carácter de locación de servicios o de obra, según los casos⁴⁴⁰.

Hechas las aclaraciones precedentes debemos volver al *quid* planteado: ¿comete delito el abogado que retiene documentación de su cliente por no haber cobrado los honorarios convenidos?

No obstante la amplitud del artículo 1956 del C.C., creemos que el abogado, por la particular naturaleza de su magisterio, no puede retener documentación de su cliente; y si no percibe los honorarios pactados debe procurar su satisfacción acudiendo a la vía judicial.

La Ley de creación del Colegio Público (23.187) establece en su artículo 44 inciso d), que los abogados matriculados quedarán sujetos a las sanciones disciplinarias prevista en la ley, entre otras conductas, “*por la retención indebida de documentos o bienes pertenecientes a sus mandantes, o representados o asistidos*”.

⁴⁴⁰ El artículo 1623 del C.C. dice: “*La locación de servicios es un contrato consensual, aunque el servicio hubiese de ser hecho en cosas que una de las partes debe entregar. Tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio, y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero. Los efectos de este contrato serán por las disposiciones de este Código sobre las obligaciones de hacer*”. Este concepto también es aplicable al contrato de locación de obra, el cual está previsto en el artículo 1629 del C.C.: “*Puede contratarse un trabajo o la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga sólo su trabajo a su industria, o que también provea la materia principal*”. Si se repara en que la locación de obra es un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a ejecutar una obra, ya sea material o inmaterial, a cambio de un precio determinable en dinero, se desprende entonces que la diferencia entre ambos contratos es que en este último se origina en una obligación de resultado, que asume el locador, mientras que en la locación de servicios contrae una obligación de medio (si bien el servicio prestado se orienta a un resultado, no se torna imprescindible su obtención). Confrontar Santos Cifuentes, “*Código Civil comentado y anotado*”, op. cit., T. II, págs. 455 y ss.

A su vez, las Reglas de Ética Profesional instauradas por el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires establece que *“Concluido el asunto a su cargo o concluida por cualquier razón la relación profesional con su cliente, el abogado devolverá de inmediato al cliente todos los documentos originales que le pertenezcan”* (Regla 26).

El Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados señala, por su parte, que la tarea del letrado se presume onerosa y, en consecuencia, los emolumentos deben ser abonados. Pero para ello debe recurrir a la vía legal correspondiente, no asistiéndole derecho de retención alguno. Concretamente, *“los bienes, dinero o documentación necesarios para la atención de asuntos deben ser restituidos una vez finalizada la gestión encomendada, obligación que surge como consecuencia del deber genérico de fidelidad del abogado respecto de su cliente”*⁴⁴¹. Y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal aclara que *“no es justificable la retención de la documentación de su ex cliente por falta de pago de honorarios, pues para el cobro de los correspondientes trabajos extrajudiciales que realizó el letrado, el procedimiento que disponen los arts. 57 y 58 de la Ley 21.839 asegura la retribución profesional”*⁴⁴².

Amén de los antecedentes expuestos, el argumento que refuerza la imposibilidad del abogado de retener documentación de su cliente proviene, nos parece, del propio artículo 3939 del C.C.. En efecto, el derecho de retención se estatuye a favor del tenedor de una cosa ajena *“para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de la misma cosa”*.

⁴⁴¹ Tribunal de Disciplina del CPACB, causa n° 4843.

⁴⁴² CNACAF, Sala III, causa n° 23016/96, “V. del R. F c/CPACF, rta. el 12/11/96. En igual sentido, la Sala I, causa n° 112.014, del 29/04/04, “P., A.R. c/CPACF”.

El propio concepto transcripto excluye la posibilidad del abogado de retener, pues la prestación que brinda, sea como mandatario o como locador de servicios o de obra, ora consistente en una representación, ora en un consejo u opinión, excede el contorno material de la documentación que pudo haber recibido. El abogado, a quien le compete la observancia del artículo 902 del C.C.⁴⁴³, brinda un servicio de asesoramiento o representación por el cual percibe una retribución pecuniaria, y en el que circunstancialmente puede recibir cierta documentación. La entrega de esta última, aún aquella relevante, excede la relación de conexidad que debe existir con el crédito del abogado. Por lo tanto, también es aplicable el límite impuesto por el artículo 3940, en cuanto establece la vigencia del derecho de retención siempre que la deuda sea aneja a la cosa detenida.

Por lo demás, si el abogado pudiera retener, debería también reconocérsele los restantes derechos que posee cualquier otro acreedor retenedor, entre ellos, el de ejecutar judicialmente su crédito sobre el producido del bien retenido, embargando y subastando la cosa, en este caso la documentación entregada por su cliente; o bien abandonar la cosa (la documentación) a persona indeterminada (art. 3943 del C.C.); o bien asegurar la cosa, contratando un seguro por si o por cuenta del cliente (confr. Ley 17.418).

Sin embargo, el ejercicio de tales facultades presupondría, o mejor dicho impondría, la violación del secreto profesional, que no cesa ni aún con la muerte del cliente y sólo cede ante la concurrencia de justa causa (art. 156 del C.P.). El cobro de honorarios, entendemos, no constituye justa causa para que el abogado revele los secretos o documentación que recibió para el desempeño de su magisterio. Repárese que cualquiera de los supuestos

⁴⁴³ Art. 902 CC: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

ejemplificados en el párrafo anterior requiere de la entrega, a un tercero, de la documentación confiada al profesional al amparo de la confidencialidad que caracteriza dicha relación⁴⁴⁴.

No obstante lo dicho, fundamentalmente consideramos que el abogado no puede “retener” porque la documentación de referencia excede la relación de conexidad que existe entre su crédito y la prestación profesional que brinda.

De tal forma, para quienes entienden que la relación entre abogado y cliente se enmarca en las reglas del mandato, sin desconocer la amplitud del art. 1956 del C.C., creemos que el caso del abogado constituye una excepción, que lo inhabilita a retener la documentación recibida de su cliente. Si no percibe sus honorarios, deberá perseguirlos extrajudicial o judicialmente.

XI.7. EL SUPUESTO DEL HOTELERO:

Uno de los supuestos que se presenta con cierta frecuencia es el del hotelero que retiene efectos de sus huéspedes hasta tanto le sea abonada la deuda que éstos mantienen con motivo de su estadía.

Para el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 no comete el delito de retención indebida aquel que, en virtud de un contrato de hospedaje, retiene efectos personales pertenecientes a quien ocupaba una habitación al no haber efectuado el pago por tal hospedaje⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ En igual sentido cabría anotar que cierta doctrina señala como justa causa de revelación el consentimiento del interesado (ver Hernán Munilla Lacasa, “*El abogado no puede ser obligado a prestar declaración testimonial si opta por guardar el secreto profesional*”, en L.L. 2004-D,1104). Mas difícilmente el interesado, es decir el cliente, posible destinatario del reclamo de honorarios de su abogado, esté dispuesto a revelarlo del secreto, en el entendimiento de que podría aportar documentación enderezada a perjudicarlo.

⁴⁴⁵ TOC n° 7, causa “Kurchytka, Liubou”, rta. 24/02/03, en L.L. 2003-E, 705.

Para resolver de esta forma, los magistrados expresan que la relación trabada entre las partes se inscribe en el contrato innominado o atípico de hospedaje; que el derecho del huésped se aparta de aquel de uso y goce que caracteriza al locatario, como consecuencia de que el locador le entrega la tenencia de la cosa; que por el contrario, en el hospedaje sólo se entrega parte de un inmueble no como finalidad principal sino como accesorio de una prestación distinta que es precisamente el servicio de alojamiento y morada que se brinda, y para cuyo cumplimiento el que hospeda necesita conservar y efectivamente conserva la tenencia de la habitación que entrega. Agrega asimismo que manifestación de esta especial naturaleza jurídica es la circunstancia de que, por caso, el posadero se puede reservar el derecho de admisión de terceros a la habitación del huésped y retiene en su poder una llave de la misma; que el huésped deja en depósito al posadero sus efectos personales y ello lo hace por fuerza del contrato “atípico” de alojamiento que celebra, por lo que ese contrato adyacente o adicional tiene el carácter de un depósito necesario (art. 2227 del C.C.) y regular (art. 2188 inc. 1º del C.C.), aunque esos efectos no se hubieren entregado expresamente (art. 2229 del C.C.)⁴⁴⁶.

Por lo demás, no es posible soslayar lo que dispone el artículo 3886 del mismo ordenamiento, en cuanto establece que “*el posadero goza del privilegio del locador, bajo las mismas condiciones y excepciones, sobre los efectos introducidos en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta la concurrencia de lo que se le deba por alojamiento y suministros habituales de los posaderos a los viajeros. El privilegio comprende los préstamos de dinero, ni se da por obligaciones que no sean las comunes de los viajeros*”.

⁴⁴⁶ Ricardo Lorenzetti también sostiene que se trata de un contrato atípico, en tanto contiene elementos de la locación, de servicios y de depósito, en su “*Tratado de los Contratos*”, op. cit., T. II, pág. 335.

Es de hacer notar que el asiento del privilegio está constituido por todos los efectos introducidos en la posada, sin atender quién es el propietario, si el viajero o un tercero. Este concepto abarca alhajas, dinero, equipaje, automóviles y otros rodados. Ahora bien, el posadero no tiene el derecho de persecución que la ley otorga al locador, toda vez que la norma transcrita (art. 3886) determina que gozará del privilegio “*sobre los efectos introducidos en la posada, mientras permanezcan en ella*”⁴⁴⁷.

En cambio, para la Sala I de la Cámara del Crimen dicha conducta es configurativa del delito previsto en el artículo 173 inc. 2º, aunque vale la pena destacar los argumentos esgrimidos por los tres jueces⁴⁴⁸.

La discusión de los magistrados, en verdad, se centra en la naturaleza y alcance del error padecido por el imputado, cuestión ésta que, por hallarse relacionada con la tipicidad subjetiva, la analizaremos con mayor detenimiento en el capítulo siguiente. Así, el juez ELBERT se pronuncia a favor de la confirmación del procesamiento, pues el hecho de que el imputado haya creído erróneamente que su conducta se encontraba justificada por el derecho de retención -error de prohibición indirecto-, no elimina la culpabilidad por el injusto, aunque pueda disminuirla, ya que se trató de un error evitable, en tanto el imputado tuvo la posibilidad de hacerse asesorar jurídicamente en caso de duda.

Por su parte, el juez DONNA coincide con esta postura, señalando que ante la configuración de un error evitable sobre los presupuestos de una causa de justificación, sólo cabe disminuir la pena, toda vez que la culpabilidad por el injusto queda intacta, siendo la pena aplicable la

⁴⁴⁷ Confr. “Código Civil comentado y anotado”, dirigido por Santos Cifuentes y Santos E. Cifuentes, op. cit., T. IV, pág. 537.

⁴⁴⁸ CCC, Sala I, causa “Loguinov, Sergei”, rta. 22/04/04, por mayoría, en LL 2004-D, 194.

prevista para el delito culposo, conforme lo establecido en el art. 35 del Código Penal; sin embargo, en los casos de inexistencia del tipo imprudente se debe recurrir al art. 44 *in fine*, en consonancia con el art. 46, ambos del mismo cuerpo legal.

En disidencia, el juez BRUZZONE explica que debe sobreseerse al propietario del hotel que retuvo por falta de pago las pertenencias de un pasajero y del grupo familiar creyendo erróneamente que su obrar se hallaba amparado por el derecho de retención, toda vez que, conforme la teoría limitada de la culpabilidad, dicho error en la comprensión de la antijuricidad -error de prohibición- tiene las mismas consecuencias que el error de tipo, por ello, al tratarse de un error evitable cabe atribuir al imputado responsabilidad a título de culpa, pero su conducta deviene atípica por no encontrarse prevista la correspondiente figura imprudente.

En un caso similar se sostuvo que el artículo 3939 del C.C. no se aplica si la retención de las herramientas tiene su génesis en una deuda anterior existente entre el denunciante y el imputado, la cual no guarda relación directa con la cosa retenida. Pero el imputado actuó por un error indirecto de prohibición, por lo que se justifica su conducta en el artículo 34 inc. 1º del C.P. El error indirecto de prohibición es el que recae sobre la tipicidad permisiva de la conducta típica de un tipo prohibitivo. Ello acontece cuando el sujeto conoce la tipicidad prohibitiva pero cree que está amparada su conducta por un tipo permisivo. El sujeto sabe que hay un precepto que le permite defenderse legítimamente y su creencia a este respecto es correcta, sólo que se representa una situación objetiva que encuadraría en el mismo, pero que sólo existe en su imaginación⁴⁴⁹.

XI.8. OTRAS SITUACIONES:

⁴⁴⁹ CCC, Sala IV, caso “Valinceti, Alberto”, rta. el 12/07/02.

Hay otros fallos que merecen repasarse, vinculados al alcance que se le ha reconocido al derecho de retención.

Así, se ha considerado que el derecho del mecánico a retener el vehículo hasta tanto se cancele la deuda que originó la reparación persiste, de conformidad con lo previsto en el art. 523 del CPP, mientras no desaparezca la causa que dio nacimiento al mismo⁴⁵⁰.

También es del caso recordar un fallo ya citado⁴⁵¹, en el cual se procesó al gerente de una entidad bancaria por la retención ilegítima del título de propiedad del damnificado, que funcionaba como garantía de un mutuo hipotecario suscripto con dicho banco, en virtud de la falta de reajuste de los intereses abonados, lo cual habría impedido la libre disposición sobre el inmueble. Se agrega en el fallo que el decreto invocado por la entidad no contenía ninguna norma que permitiera, ordenara, autorizara o facultara a ninguna institución crediticia a la retención del título depositado en virtud de una relación contractual, y de esa manera ejercer el legítimo derecho de retención legislado en el art. 3939 del C.C. Si los representantes del banco consideraron que no se encontraba satisfecha la prestación debida, *“debieron consignar el título judicialmente, a fin de no tornar ilusorio el derecho de disposición de la propiedad que posee el deudor”*⁴⁵².

XII. LA IMPUTACION SUBJETIVA DEL TIPO

XII.1. EL DOLO TÍPICO:

El tipo subjetivo del artículo 173 inciso 2º es solamente doloso, siendo suficiente el dolo genérico, pues la norma no reclama ningún

⁴⁵⁰ CCC, Sala I, caso “Alderete, M.”, rta. 27/03/02.

⁴⁵¹ Nota 398.

⁴⁵² CCC, Sala IV, causa “Banco Bansud”, rta. el 06/02/03.

componente subjetivo especial de lo injusto⁴⁵³. El dolo de la figura consiste en que el autor sepa que detenta una cosa mueble bajo un título no traslativo de la propiedad, es decir, ajena, obtenida a raíz de una relación jurídica en virtud de la cual nace para él la obligación de entregarla o devolverla. La acción típica, ya lo hemos dicho, estriba en la no restitución o en la no restitución a su debido tiempo de la mencionada cosa ajena. En otras palabras, el dolo debe abarcar tanto el conocimiento del tipo objetivo (en todos sus elementos) descripto por la ley como delito (cosa mueble ajena que debe ser entregada o devuelta) como la voluntad o intención (elemento volitivo) de no restituirla o entregarla, es decir, de causar el resultado típico⁴⁵⁴.

Para DONNA el delito exige dolo directo. Sostiene que junto con el conocimiento de la ajenidad de la cosa y de que la misma ha sido recibida con la obligación de restituirla, se suma la voluntad de no hacerlo, sabiendo que se perjudica al patrimonio ajeno⁴⁵⁵. Por nuestra parte, creemos que el dolo eventual no es incompatible con la figura. Se daría en el caso, por ejemplo, del autor que apuesta el dinero recibido para depositar en el banco al favorito de un campeonato de box, que no logra ganar el certamen. Sin que hubiera ningún motivo para no representarse tal posibilidad, a pesar de los escasos antecedentes del retador, el autor decide jugar íntegramente el dinero del mandato, y lo pierde. El obligado sabía que el dinero era ajeno y conocía en forma acabada que su obligación consistía en depositarlo en el banco. Sin

⁴⁵³ Así lo consideran, desde una concepción causalista del dolo (ubicándolo dentro de la culpabilidad) Ure, en *“La culpabilidad en el delito de apropiación indebida”*, Revista Penal y Penitenciaria, 1942, págs. 3/20, y op. cit., pág. 157; Núñez, op. cit., pág. 380 y Fontán Balestra, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, 16ª edición, op. cit., pág. 527.

⁴⁵⁴ Hay autores, con los que en este punto no comulgamos, que sostienen que el elemento volitivo es prescindible, considerando que el dolo es un componente puramente intelectual (Kindhäuser, citado por Donna, Edgardo, en *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 516. No es el lugar para ocuparnos de profundizar en este asunto.

⁴⁵⁵ Edgardo Donna, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, Tomo II-B, op. cit. pág. 376. El autor sostiene que el acusado debe conocer su lugar de garante y, además, la voluntad de no devolver, ya sea porque se apodera de la cosa, ya sea porque incumple el deber al que se había comprometido.

embargo, omitió hacerlo, pues decidió apostararlo sabiendo de antemano que podía perderlo.

XII.2. LA INCIDENCIA DE LA VOLUNTAD DE RESTITUIR:

URE dedica un subcapítulo a la “*intención de restituir*”, la cual, debidamente acreditada, como sostiene el autor, excluye el delito. A nuestro entender la cuestión relativa a la “intencionalidad” del imputado, que URE analiza por cuanto considera que el delito consiste en una apropiación⁴⁵⁶, es estrictamente valorativa y dinámica, en función de las circunstancias que rodeen el hecho en particular. Dicho de otro modo, la dilucidación del problema remite a valoraciones fácticas concernientes a la prueba reunida. Por lo tanto, no es posible brindar principios generales destinados a regular todas las hipótesis posibles.

El autor citado, en cambio, luego de reseñar algunas reglas diseñadas por la legislación francesa y otras, similares, sugeridas por autores nacionales (Ramos, Díaz), todos los cuales, reiteramos, fincan el delito en la apropiación indebida, estima que para fundamentar correctamente la intención de restituir es necesario que ella se base en una “certeza”, la cual debe reposar en una situación objetiva y presentarse en el momento de la disposición, y no en una mera probabilidad. Para clarificar su argumento reflexiona en que, a su juicio, no sería valedera, por ejemplo, la explicación del administrador que invierte los fondos del mandante en un negocio propio que, a su entender, debía ser fructífero. Aquí también es posible advertir, nos parece, un caso de dolo eventual.

⁴⁵⁶ La cual requiere *animus rem sibi habendi* en el proceder del autor.

Creemos, ciertamente, que la intención de restituir debe ser analizada en cada caso particular. En algunos casos podrá demostrarse que dicha intención efectivamente existió; por ejemplo en el depositario que, para mayor seguridad, guarda el documento en una Escribanía, donde luego se destruye a causa de un incendio. En otros casos, los elementos probatorios no alcanzarán para acreditar tal intención o, por el contrario, serán suficientes para probar que nunca existió (el depositario que regala la cosa a un tercero). Podría sostenerse que las dificultades para constatar la intención de restituir son semejantes, en definitiva, a las que presenta la verificación de la intención de apropiarse. Aunque pretendan encontrarse hechos externos distinguibles, la tarea, marcada por un indudable subjetivismo, a la sazón será definida por las circunstancias fácticas particulares.

En suma, aquellos que consideran que el delito estriba en una apropiación reclaman un dolo demostrativo del *animus rem sibi habendi*, lo cual no exigen quienes, como en nuestro caso, piensan que la figura reside en la omisión fraudulenta de restitución. En esta última hipótesis no se requiere otra intención que la directa o eventual de no cumplir el deber⁴⁵⁷.

Debemos acotar, asimismo, que en el delito analizado se presenta una secuencia temporal de dos tramos o etapas, según ya hemos dicho. En la primera de ellas se verifica un acuerdo bilateral lícito, en función del cual el sujeto pasivo entrega voluntariamente una cosa mueble al sujeto activo, para que la de a un tercero o la devuelva al primero. Hasta allí no hay delito alguno. El ilícito estudiado se comete cuando el obligado omite restituir o entregar la cosa, pudiéndolo hacer y sabiendo que debe hacerlo.

⁴⁵⁷ Para Ricardo Núñez basta el “dolo común” para cometer el delito, y señala, críticamente, que aquellos que ven en esta defraudación un acto de apropiación, se ven en la necesidad de exigir que el autor obre con *animus rem sibi habendi* y, consecuentemente, consideran excluido el tipo delictivo cuando el autor tenía la intención de restituir, o si tenía otra intención que la de apropiarse. Al respecto explica que la omisión de restituir no requiere otra intención que la directa o eventual de no cumplir el deber (en op. cit., pág. 380).

En razón de lo expuesto, el dolo que se manifiesta al comienzo de la relación (en el primer tramo de la secuencia), dispuesto por el autor a sabiendas de que no habrá de restituir la cosa entregada, es decir, aquel dolo determinante de la entrega, dará lugar, en principio, al delito de estafa. Es interesante el contrapunto que comenta URE acerca del momento del dolo y la distinción entre la figura analizada y la estafa.

Señala que para ANGELOTTI y MANZINI no es esencial que el dolo sea subsiguiente a la posesión, porque la intención de apropiarse, según el último autor, puede ser anterior a la adquisición de la cosa, siempre que no se haya obtenido por medios que determinen la aplicación de un diverso título de delito. En líneas generales, sería el caso de quien antes de recibir la cosa ajena tiene decidido apropiársela, pero sin cumplir acto alguno dirigido a obtenerla.

De acuerdo con URE, que se basa en PETROCELLI, el aludido criterio encierra un error en la concepción del dolo. En verdad, quien piensa apropiarse de la cosa una vez que le es confiada tiene sólo una idea, un pensamiento, un designio, si se quiere, que no constituye dolo. *“El dolo no se integra con una idea, con un propósito de cumplir la acción que preceda a la misma acción, sino de la voluntad que acompaña a la acción en su manifestarse, y que se identifica con la acción”*⁴⁵⁸.

XII.3. EL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS DEL TIPO:

En otro orden, debe quedar claro que si el autor no restituye porque de buena fe no se cree obligado, actúa sin dolo por no tener

⁴⁵⁸ Ure, op. cit. pág. 168.

conciencia de su deber de restituir. El error, por ello, aún inexcusable, elimina el dolo⁴⁵⁹.

En efecto, si el error recae sobre la ajenidad de la cosa, o sobre la obligación de entregar o devolver, conducirá a la configuración de un error de tipo. Ora vencible, ora invencible, ambos supuestos determinarán la exclusión del dolo y, por consiguiente, la impunidad de la conducta. Ello, por cuanto no se concibe la comisión culposa de la omisión típica.

La Cámara del Crimen sostiene que *“Si el acusado de retención indebida no restituyó la cosa debida en virtud de suponer de buena fe que no estaba obligado a ello, tal error excluye el dolo, por lo que cabe su absolución, aún cuando el error hubiere sido vencible”*⁴⁶⁰.

Se advierte que nos estamos refiriendo a aquellos casos en los que al imputado no le asiste el derecho de retención, pero obra convencido de que sí lo posee. En otras palabras, obra con error.

Sin detenernos en un análisis profundo, siempre arduo y discutible, de los distintos tipos de errores que la dogmática ha desarrollado, pues excedería en mucho el objetivo de este trabajo, nos parece necesario destacar un punto. En efecto, si concurre el derecho de retención, habrá una causa de justificación; si concurre un error de prohibición, se presentará una causa de inculpabilidad. La diferencia es importante, entre otras cosas, porque la cooperación en el acto objetivamente justificado es también justificada, mientras que la cooperación en el acto meramente impune es punible para el cómplice, aún no siéndolo para el autor.

⁴⁵⁹ En este sentido se expide Núñez, *Derecho Penal Argentino*, T. V, op. cit., pág. 380. Igualmente Donna, *“Derecho Penal”*, op. cit., pág. 377 y Fontán Balestra, op. cit., pág. 527.

⁴⁶⁰ C.C.C., Sala 4º, “Scioletti, Alejandro”, rta. el 06-08-87, en L.L. 1987-E-445.

XIII. LA DISCUSIÓN SOBRE EL MOMENTO CONSUMATIVO

En cuanto al momento en que ha de manifestarse el dolo para que se considere cometido el delito, ello ocurrirá cuando el autor omita cumplir con su obligación de entregar o devolver. Ese momento, en la mayoría de los casos estará pautado de antemano, de acuerdo con la modalidad del contrato que las partes hayan celebrado. En tales supuestos, el delito quedará consumado al vencimiento del plazo acordado, sin necesidad de interpelar al autor para que cumpla con la prestación a su cargo.

Distinto es cuando no estuviere convenido el momento en que debe operar la devolución de la cosa. El “debido tiempo” de la restitución a que alude la norma, en efecto, puede no estar pactado, en cuyo caso es necesario formular una interpelación al detentador de la cosa.

Al respecto señala NÚÑEZ que dicha conducta exige “*la mora del obligado, esto es, su retraso en el cumplimiento de la restitución debida*”⁴⁶¹. Aclara que tratándose de un título que impone el deber de entregar la cosa a un tercero, dicho momento no coincide necesariamente con el establecido para el cumplimiento de este deber, sino que, expresa o implícitamente, está señalado para la devolución del bien a su dador. No estando previsto en el título el momento de la mora, es preciso el oportuno requerimiento judicial o extrajudicial, en los términos del artículo 509 del Código Civil. Producida la negativa o la mora, la omisión queda entonces consumada.

En forma conteste se pronuncia FONTÁN BALESTRA. Sostiene que en aquellos casos en que el autor se niega a entregar o devolver,

⁴⁶¹ Núñez, op. cit., pág. 379.

la determinación del momento consumativo no presenta mayores problemas. En cambio -dice-, pueden suscitarse cuando se trata de no entregar o no restituir “*a su debido tiempo*”. La norma es que cuando exista un término fijado por la ley o por las partes, ése es el debido tiempo; no estando establecido el momento a partir del cual se incurre en mora, ella debe ser determinada por la intimación judicial o extrajudicial⁴⁶².

Otro tanto sostiene DONNA, quien aclara que la consumación del ilícito varía de acuerdo a la teoría que se adopte. Si se considera que la apropiación es el elemento básico de la figura, entonces éste es el momento consumativo. En cambio, si se entiende como momento consumativo la no restitución, deben atenderse las disposiciones civiles que regulan, “*sea en particular el contrato del caso, sea en general la mora en el cumplimiento de obligaciones (art. 509 C.C.). Producida la negativa o la mora, la omisión queda consumada*”⁴⁶³.

RAMOS MEJÍA, decidido adherente de la teoría que hace fincar el delito en una apropiación, sostiene que el momento consumativo del delito se cumple en el instante en que se produce la lesión de carácter patrimonial en perjuicio del titular de la cosa, o sea, en el momento en que la persona que posee la cosa como simple poseedor, que reconoce en otro la

⁴⁶² Carlos Fontán Balestra, Tratado, T. VI, op. cit., pág. 126.

⁴⁶³ Edgardo Donna, op. cit., pág. 378, quien, al igual que Núñez, expresa que antes de ese momento no hay consumación del delito, “*aunque el autor haya realizado actos de apropiación sobre la cosa*”. Donna anota el siguiente fallo: “*La devolución, por mediación policial, de una de las cosas entregadas, con posterioridad a la reclamación por medio de la escribana, no priva de punibilidad al acto de no restituir, pues el delito de retención indebida se consumó en el momento de la negativa a restituir que se documentó en acta de escribana, anterior a esa devolución*” (C.C.C. Sala VI, “Mariano, José”, rta. el 08/03/86, en D.J. 987-2-503). Postura similar registra Fígari: “*Para el sector doctrinario que sigue considerando que la apropiación se erige en elemento básico de este tipo, la consumación del ilícito se da cuando el agente se apropia de la cosa. En tanto que, para los que consideramos que el elemento básico se asienta en la no restitución, la consumación está dada por las normas civiles que regulan los contratos en particular, cuando así está pactado, o en su defecto por la mora al vencimiento de la interpelación. Por eso, si con posterioridad a la puesta en mora se entrega o devuelve la cosa, el delito subsiste, aunque desaparezcan los efectos civiles*” (Fígari, op. cit., pág. 477).

propiedad, realiza en cuanto a la cosa actos positivos y concretos, con ánimo de disponer de ella efectiva e inequívocamente como si fuese propia, ejerciendo así, en forma ilegítima, ese mismo derecho de propiedad que antes reconocía pertenecer al verdadero titular, ahora desapropiado. En otras palabras, RAMOS MEJÍA postula que la apropiación consumativa del delito debe resultar de hechos materiales, concretos, objetivos, que revelen el *animus rem sibi habendi* del sujeto activo, que traduzcan la finalidad dolosa de convertir la cosa en su provecho o en el de terceros, considerándola como propia y no como simple tenedor ⁴⁶⁴.

Como ya hemos dicho, URE es el autor que con mayor profundidad y agudeza defiende la tesis de la apropiación. En sintonía con tal posición, explica que el delito se consuma precisamente en el acto de llevarse a cabo la apropiación, y no con la no restitución, aún cuando ambos momentos pueden ser coincidentes en el tiempo. Al respecto, el autor citado expone que la apropiación se manifiesta, generalmente, cuando el agente realiza actos positivos, concretos, inequívocos, que revelan el *animus rem sibi habendi*, es decir, cuando el autor dispone de la cosa como si fuese propia, convirtiéndose de tenedor en poseedor *animo domini* ⁴⁶⁵.

En su obra, tantas veces consultada, URE efectúa un repaso de los modos más frecuentes de apropiación: consunción ⁴⁶⁶, enajenación ⁴⁶⁷, distracción ⁴⁶⁸ y retención. En relación a este último supuesto,

⁴⁶⁴ Enrique Ramos Mejía, “*Momento Consumativo y competencia territorial en el delito de apropiación indebida*”, op. cit. pág. 106. El autor señala que trasladar el momento consumativo a instantes posteriores, en los cuales, por ejemplo, se exteriorice la anterior consumación del delito por falta de rendición de cuentas o por la mora del deudor, es agregar a los elementos típicos del delito una condición nueva, atípica, extraña a las previsiones del legislador y a la cual éste no se ha referido. Tales circunstancias posteriores serán la prueba de la infracción, pero nunca podrán ser consideradas como constitutivas de su consumación.

⁴⁶⁵ Ure, op. cit., pág. 122.

⁴⁶⁶ Cualquier acto de utilización que consuma la cosa.

⁴⁶⁷ Cuando se efectúa el traspaso de la cosa a un tercero.

⁴⁶⁸ Cuando el sujeto cambia el destino de la cosa.

el autor citado, tras aceptar que es aquel que presenta mayores dificultades concernientes a establecer la diferenciación entre la prueba de la apropiación y la consumación, señala que se refiere al caso de quien se limita a no restituir, no percibiéndose acto positivo alguno “*anterior*” que autorice a inferir una apropiación previa. En tal hipótesis, que no es rara, si ha existido plazo convenido, el momento consumativo deberá fijarse en el del vencimiento del plazo. Y si no ha existido plazo, situación más común que la anterior, aclara URE, “*el que después se le haya fijado, judicial o extrajudicialmente*”⁴⁶⁹.

POLITOFF LIFSCHITZ, aún cuando se afilia a la tesis de la apropiación, cuestiona el modo en que URE trata la cuestión relativa al momento consumativo, pues advierte que omite toda consideración a la exigencia de perjuicio, requerido en el propio tipo penal. Al respecto apunta que “*semejante concepción hace estéril e inoperante el requisito del perjuicio, el que no podrá falta jamás -supuesta la apropiación-, desde que, en el instante mismo en que la toma de posesión se produce, naturalmente hay alguien que es despojado*”⁴⁷⁰.

El autor citado destaca la relación existente entre apropiación y consumación a través del siguiente ejemplo. Dice que si “A”, habiendo recibido en depósito de “B” un objeto, lo vende *animus rem sibi habendi* y, después, arrepentido de su hecho, lo readquiere y restituye al derechohabiente en la fecha preestablecida, en idénticas condiciones a como lo recibió, sin dudas puede sostenerse que existió una verdadera apropiación, ya que a través de la venta “*con ánimo de señor y dueño se produjo la toma de posesión de parte del mero tenedor*”. Sin embargo, acota POLITOFF, “*es evidente también que “B” no sufrió perjuicio alguno*”. En suma, para el jurista chileno en tal supuesto no habría delito. Sostiene, concretamente, que

⁴⁶⁹ Ure, op. cit., pág. 126.

⁴⁷⁰ Sergio Politoff Lifschitz, op. cit. pág. 224.

el perjuicio constituye *“una condición objetiva de punibilidad, vinculada en forma mediata a la acción de apropiarse e independiente de la culpabilidad”*⁴⁷¹.

Dándole un nuevo giro a su ejemplo, añade que si el depositario infiel que se arrepiente de su acto decide rescatar la cosa para devolverla y ello no le es posible por un caso fortuito, *“el perjuicio que nace de la no restitución se producirá fuera de su culpabilidad, pero ello es indiferente a los efectos de la pena, desde que la ley reprime la acción de apropiarse y la sanción no se impone solamente cuando, por cualquier causa, no resulta perjuicio alguno de la toma de posesión”*.

En torno al momento consumativo consideramos que el delito se consuma por el perjuicio que causa la no restitución, siendo indiferente que ella provenga de una apropiación. Así lo entiende SOLER, para quien *“si un sujeto pidió prestado un libro por un mes e, interpelado, no lo devuelve en tiempo debido, es indiferente que ello ocurra porque haya resuelto quedarse con él o porque lo haya prestado por dos meses”*⁴⁷². De lo expuesto se desprende que la existencia del delito no depende de lo que el sujeto ha hecho en determinado momento, sino de lo que no ha hecho: no entregar, no devolver. Se trata, por lo tanto, de un delito de omisión, de carácter doloso, tal como ya lo hemos caracterizado.

Por eso, cuando dentro de las diversas calificaciones de la omisión mencionamos la idea de omisión pura, lo que queremos afirmar es que no resulta necesario que el sujeto activo se apropie, sino que no restituya legalmente. Con eso se concreta la afectación del bien jurídico, pues la lesión de la confianza -que puede parecer más intangible que la visión de “apropriarse”- es suficiente para completar el comportamiento típico. Esto es

⁴⁷¹ Politoff Lifschitz, op. cit., pág. 225.

⁴⁷² Soler, op. cit., T. IV, pág. 428.

así, pues el dolo se desenvuelve a través de una respuesta fraudulenta a los deberes especiales del sujeto activo, que por esa razón resulta garante.

Es interesante plantear el siguiente caso. Si el depositario vende o regala la cosa antes de que opere el vencimiento del plazo para la restitución al depositante, ¿cuándo se considerará cometido el delito, en el momento de la venta/regalo, o cuando venza el plazo del depósito sin que restituya la cosa objeto del contrato?

La dilucidación del tema no es menor, pues si la venta se produjo mucho antes del vencimiento del plazo, entonces adquiere notable incidencia la cuestión de la prescripción.

Así, para quienes defienden la tesis de la apropiación, como URE, el delito se considerará cometido al momento en que el agente vende o regala el objeto depositado⁴⁷³. En cambio, para quienes nos inclinamos por la tesis de la omisión fraudulenta de restitución, el delito se perfecciona con la conducta omisiva de no restituir, o de no hacerlo a su debido tiempo. Está claro que si el depositario vendió la cosa con anterioridad nunca podrá restituirla, sin que tenga relevancia la fecha en que dispuso de la cosa objeto del contrato.

Como se ve, la cuestión atinente a establecer con fidelidad el momento consumativo del delito es capital por la indiscutible vinculación que tiene con la prescripción, como veremos de inmediato.

XIV. LOS TÉRMINOS DE LA PRESCRIPCIÓN

⁴⁷³ Ure, op. cit., pág. 125.

Indudablemente ligado al punto anterior se presenta la cuestión relativa a la prescripción en el delito analizado.

El artículo 63 del Código Penal establece que la prescripción de la acción *“empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse”*. Va de suyo, pues, que es preciso establecer con claridad cuándo se “comete” el delito. De tal cuestión nos hemos ocupado en el capítulo precedente. Allí sostuvimos que el delito se consuma por el perjuicio que causa la no restitución.

El profesor SILVA SÁNCHEZ realiza un interesante análisis de la prescripción en el delito de apropiación indebida⁴⁷⁴. Expresa que es importante dilucidar si la locución “comisión del delito” se identifica con el concepto dogmático de “consumación” (formal) o bien con el de “terminación” o “agotamiento” (al que también se suele aludir con la denominación de “consumación material”). Agrega que la consumación se suele entender en el sentido del momento de producción del resultado (frente al momento de realización de la acción), *“de modo que podrían quedar excluidos aquellos casos en los que la consumación formal resulta excepcionalmente anticipada. Es decir, que, en la práctica, no es tanta la diferencia existente entre la forma en que la doctrina dominante entiende la consumación y el modo en que algún autor alude a la terminación”*.

Sobre el momento de la terminación del delito existe también discusión. De acuerdo con el criterio mayoritario (objetivo y mixto), la terminación del delito se produce cuando tiene lugar la completa o definitiva lesión del bien jurídico afectado por él. Esto significa -apunta

⁴⁷⁴ Jesús María Silva Sánchez, *“¿Cuándo empieza la prescripción en un delito de apropiación indebida?”*, en *“Tiempos de Derecho Penal”*, B de F, Buenos Aires, 2009, págs. 90/96.

SILVA SÁNCHEZ- que, en general, la consumación y el agotamiento del delito suelen coincidir. Pero apoyado en JESCHECK, el jurista español remarca que hay tipos delictivos en los que ambos momentos difieren. Así, los delitos que admiten un momento de terminación posterior al de la consumación son los delitos de consumación anticipada, entre los que se encuentran, entre otros, los delitos continuados, esto es, aquellos en los que el resultado final del hecho se obtiene mediante acciones que no pertenecen en sentido formal a la descripción del tipo.

Aplicados tales conceptos a la estructura del delito de apropiación indebida, SILVA SÁNCHEZ nos recuerda la doctrina mayoritaria, según la cual se trata de un delito contra la propiedad, de estructura análoga a la del hurto, del que se diferencia exclusivamente por la preexistencia de una situación posesoria del sujeto activo, asentada en determinados títulos jurídicos. A partir de ello, un sector de la doctrina sitúa el momento de consumación del delito en aquel en que se produce el acto de disposición, sin que sean precisos ulteriores resultados, subsistiendo el ilícito aún cuando se recupere el objeto o el autor no haya lucrado con la apropiación.

Sin embargo, la doctrina dominante -y la jurisprudencia-, destaca el catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, se inclina por el criterio de que el delito requiere para su consumación la producción de un perjuicio patrimonial, lo cual implica entender la apropiación indebida como un delito contra el patrimonio, más que como un delito contra la propiedad. Y de inmediato agrega una reflexión interesante, pues expresa que si la doctrina, a pesar de que el tipo literalmente parece anticipar el momento consumativo, sitúa dicho momento en el de la producción del perjuicio, esto es que, en realidad, *“ha pasado a identificar el momento de terminación (objetiva) con el momento consumativo del delito”*. Continúa diciendo que si la apropiación indebida fuera un delito de intención (“en perjuicio”) entonces su

consumación se produciría en el momento del apoderamiento y el perjuicio efectivo pertenecería a la fase de terminación. En cambio, si la consumación del delito no tiene lugar sino hasta el momento de la producción del perjuicio, entonces no hay un espacio ulterior a la consumación en el que situar la terminación. La apropiación indebida pertenece, pues, según entiende SILVA SÁNCHEZ y la doctrina dominante, *“a la clase general de los delitos en los que los momentos de la consumación y la terminación objetiva coinciden”*. El momento de “comisión” de un delito de apropiación indebida es, *“desde todos los puntos de vista, el momento en que se produce el resultado de perjuicio patrimonial”*.

Existe tal perjuicio, anota el profesor español, desde el momento en que las posibilidades de ejercer dominio económico sobre el activo patrimonial de que se trate dejan de estar garantizadas, pues en tal caso ya ha tenido lugar una disminución del valor global del patrimonio. Y para ejemplificar dice que si resulta seriamente dudoso que exista posibilidad alguna de que el préstamo otorgado se devuelva, *“ya en ese momento se produce la producción del resultado perjuicio y, con ello, la consumación del delito”*.

Con cita de un fallo del Supremo Tribunal, el autor mencionado sostiene que el delito de apropiación indebida se perfecciona *“a través de la definitiva exteriorización de la voluntad de no devolución y consecuente apropiación del título valor indebidamente retenido”*. De acuerdo con la posición que hemos sostenido en este trabajo, relativa a la estructura y conformación de la conducta típica prohibida, suscribimos tan sólo el primer tramo de la oración transcrita, pues no creemos que sea necesario, para la configuración del tipo penal, la “apropiación” de la cosa ajena, que sí exige el modelo español.

De cuanto llevamos dicho, concluimos que la prescripción comenzará a correr a partir del momento en que opere el vencimiento del plazo de restitución, si es que estuviere expresamente contemplado, o a partir del vencimiento del plazo de la intimación para que el agente restituya.

XV. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL

El momento consumativo, ya tratado, también es importante para determinar la competencia⁴⁷⁵.

De acuerdo con la posición de quienes sostienen que el delito consiste en una apropiación indebida, será competente, por razón del lugar, el juez en donde se llevó a cabo la apropiación⁴⁷⁶.

SOLER, por su parte, entiende que el delito de retención indebida se consume en el lugar en el cual la obligación debe ser cumplida “y no en aquel en el que las cosas fueron distraídas o apropiadas”⁴⁷⁷. En este sentido anota el recordado jurista que no debe perderse de vista que se trata de

⁴⁷⁵ El artículo 25 del Código Procesal Penal de la Nación establece que “Los tribunales en lo criminal juzgarán en única instancia de los delitos cuya competencia no se atribuya a otro tribunal”.

⁴⁷⁶ Ernesto J. Ure, op. cit., pág. 130. Enrique Ramos Mejía, que defiende igual postura, comenta críticamente ciertos fallos, diciendo que el delito “*aparece consumado cuando el imputado se apropia en Buenos Aires de las pieles que debía devolver en Bahía Blanca*”; y en otro caso, “*cuando éste se apropia en Rosario de las sumas de dinero que debía traer a Buenos Aires*”. Y agrega, no es correcto sostener que “*la no devolución en Bahía Blanca consuma el delito en el primer caso, y que la falsa rendición de cuentas, por suma menor, recibida en Buenos Aires, lo consuma en el segundo. En ambas situaciones es evidente que la apropiación y la lesión o perjuicio patrimonial se han producido, consumando el atentado, en Buenos Aires y en Rosario, respectivamente, donde residían los acusados y donde han realizado la acción típica del delito –la apropiación– con lesión del patrimonio ajeno, objeto jurídico específico del delito*”, en “*Momento consumativo y competencia territorial en el delito de apropiación indebida*”, op. cit., págs. 103 y ss.

⁴⁷⁷ Sebastián Soler, op. cit., T. IV, pág. 440, donde se cita un fallo de la Sala III de la Cámara del Crimen (in re “Guilhe”), donde se declara que “*el delito de apropiación indebida se consume en el lugar donde debía efectuarse la devolución de la cosa o el lugar convenido para la rendición de cuentas*”.

una defraudación, para la cual, como en los restantes casos, el momento consumativo reside en el perjuicio.

De acuerdo con la postura que asumimos al referirnos al momento consumativo del delito, entendemos que será competente para juzgar el hecho el magistrado del lugar donde debía restituirse la cosa, y no el del lugar donde se produjo la apropiación, el ocultamiento o la destrucción de la cosa.

Esa es, por lo demás, la interpretación jurisprudencial mayoritaria. La Corte Suprema de la Nación lleva dicho que el delito sólo se comete al omitir la pertinente entrega o devolución, siendo las manifestaciones anteriores del *animus rem sibi habendi* irrelevantes para el tipo y, por ende, para la determinación de la competencia territorial. Por tanto, “la competencia *ratione loci* debe determinarse teniendo en cuenta exclusivamente el lugar donde hubo de darse cumplimiento a la obligación correspondiente”⁴⁷⁸.

Cuando no se conviene expresamente el lugar donde debe cumplirse la obligación de restituir, es competente el juez del domicilio del deudor en el momento de ser exigida la restitución⁴⁷⁹.

XVI. LA RELEVANCIA TÍPICA DEL USO DE LA COSA

Quien usa la cosa sin autorización, devolviéndola en el momento oportuno, ¿comete el delito?

⁴⁷⁸ CSJN, Fallos: 290:161; 292:379, entre otros. El máximo Tribunal, en igual sentido, señalando que el delito se reputa cometido en el lugar donde se debió realizar la entrega o devolución no cumplida, también se expidió en Fallos: 302:820; 306:1275; 308:1972; 313:1416; 314:786, entre otros.

⁴⁷⁹ CSJN, Fallos: 277:95; 306:737; 311:505, entre otros.

URE dice al respecto⁴⁸⁰ que el simple uso, la mera utilización de la cosa ajena, aún contraviniendo la prohibición expresa, no es constitutivo, en principio, del delito de apropiación indebida. La apropiación de uso no es delictuosa (aún cuando haya destrucción de la cosa)⁴⁸¹. Agrega que lo es la apropiación de la cosa, a la que se puede llegar por el uso no admitido por el título de la tenencia. La cuestión debe resolverse con remisión al elemento subjetivo. Si del uso resulta el *animus rem sibi habendi*, se acreditará la existencia de delito, y viceversa. Luego, agrega URE que el uso sin apropiación podrá dar lugar únicamente a sanciones civiles por mala ejecución del contrato. Pero no penales. Estamos de acuerdo, con la salvedad que haremos seguidamente⁴⁸².

Está claro que si se tratase de cosas consumibles su uso no autorizado produciría la extinción del objeto, configurándose así la defraudación omisiva analizada, pues la cosa ya no podrá ser restituida.

Puede haber otros casos en que el uso no autorizado de la cosa provoque un menoscabo en su valor. En efecto, aún cuando se restituya a su debido tiempo, la cosa habrá sufrido un concreto deterioro si, por ejemplo, se devuelve el automóvil sin nafta; el celular o la notebook sin batería; o el caballo mancado. Tales perjuicios, ¿alcanzan para encuadrar la conducta en el inciso 2º del artículo 173, o en alguna otra disposición penal, o sólo son resarcibles en el ámbito privado?

⁴⁸⁰ Op. cit., p. 217, dentro del capítulo dedicado a la prenda.

⁴⁸¹ Siempre y cuando esa destrucción haya sido culposa, agregamos nosotros, pues de lo contrario la conducta quedará absorbida en el artículo 183 del Código Penal. Hacemos notar que Ure hace tal referencia al comentar un fallo donde se juzgaba la destrucción culposa de un vehículo dado en guarda, que el acusado había utilizado al sólo efecto de dar un paseo.

⁴⁸² Nos parece oportuno indicar que para Núñez, antes de producirse la negativa a restituir o de la constitución en mora del tenedor no hay consumación del delito, “*aunque el autor haya realizado actos de apropiación sobre la cosa, a menos que esos actos lo hayan constituido en mora según las reglas civiles*”, op. cit., pág. 379.

Explica URE que la mayoría de las opiniones concuerdan en que el uso de la cosa -apropiación de uso- no es delictuosa cuando se tiene la intención de restituir, aunque llegue a deteriorarse, pero sin *animus rem sibi habendi*. Basándose en ANGELOTTI agrega que la diferencia estriba en que en aquella falta la intención de apropiarse la cosa aún cuando se la haya utilizado en provecho propio o de terceros y, en la otra, en vez, además del uso abusivo y del provecho, concurre un elemento de mayor entidad: la apropiación de la cosa⁴⁸³.

En definitiva, el autor que venimos comentando sostiene que no es posible enunciar principios rígidos, fijos, para caracterizar la línea demarcatoria entre el uso abusivo, que sólo puede generar sanciones de orden civil, y el uso que importe una verdadera apropiación indebida. Y agrega que, para establecerlo, el criterio judicial hallará su mejor orientación en el elemento subjetivo.

A nuestro entender, no debería perderse de vista que la conducta omisiva punida consiste en no restituir, o no restituir a su debido tiempo la cosa mueble de que se trate; y en todos los ejemplos dados (vehículo sin combustible, celular sin batería, caballo mancado) la cosa, como hemos visto, se devuelve, y se devuelve en forma tempestiva, sin que tenga ninguna relevancia determinar la intención del sujeto -su *animus*-, pero se restituye con una disminución o deterioro en su valor, producto del uso no autorizado desplegado por el autor.

Coincidimos con URE, más allá de la falta de incidencia que a nuestro criterio posee el *animus rem sibi habendi*, en que en tales condiciones no corresponde aplicar la figura prevista en el artículo 173 inciso

⁴⁸³ Ernesto Ure, op. cit., pág. 220. Ure cita las opiniones contrarias de Manzini, Majno, Maggiore y Carrara, quienes sostienen, entre otros, que la simple apropiación de uso puede constituir el delito de apropiación indebida.

2º. Sin embargo, nos parece importante destacar que si el deterioro de la cosa resultare significativo⁴⁸⁴, entonces el perjuicio originado por el uso indebido podría encuadrar, más allá del incumplimiento de la prestación generativa de un eventual reclamo indemnizatorio, en los delitos de hurto de uso o daño⁴⁸⁵. En el hurto de uso hay apoderamiento cuando el autor, por medio de la *ablatio*, emplea la cosa como dueño aunque sea con la idea de devolverla con posterioridad. No hay motivo alguno para requerir que el ánimo del autor deba consistir en el propósito de tener la cosa en forma indefinida. En este sentido, el *animus rem sibi habendi* no es componente constitutivo del hurto, pues basta para la configuración del tipo subjetivo que el agente sepa que la cosa es ajena y asuma sobre ella el poder de hecho que significa el poder material, sin que interese lo que haga o intente hacer con la cosa. Lo relevante no es que el ladrón se apodere del objeto ajeno con intención de perdurabilidad. La sustancia de la lesión jurídica radica en el quiebre de la disponibilidad de la cosa por parte del propietario o tenedor.

SOLER recuerda, por su parte, que algunas legislaciones, a diferencia de la nuestra, establecen la punibilidad del uso indebido de la cosa. El autor argentino critica tal posibilidad porque conlleva un gran subjetivismo y casuística, para desentrañar si el hecho importa o no un acto de apropiación: el *animus rem sibi habendi* no siempre puede ser identificado con la claridad que merece. Así, el caso de quien ha recibido en préstamo un libro que presta, a su vez, a otro por un término mayor, será juzgado por unos como

⁴⁸⁴ Si el tanque de combustible se consumiese totalmente, lo mismo que la batería del equipo electrónico; o si el caballo se viera inutilizado, o si fuese necesario someterlo a una operación quirúrgica.

⁴⁸⁵ Artículos 162 (incluyendo el hurto de energía) y 183 del Código Penal. Carlos A. Tozzini hace una distinción entre hurto de uso propio e impropio, explicando que en el primero se descarta el apoderamiento *invito domino*, porque en él simplemente se trata de usar sin derecho una cosa de cuya tenencia se ha desprendido alguien sin error, entregándola voluntariamente a quien ahora la detenta, y que resulta atípico ante la redacción del art. 162, salvo en cuanto al hurto de uso de automotor, previsto en el art. 37 del decreto-ley 6582/58 (derogado por Ley 24.721). Señala además que el hurto de uso impropio, que se destina con fin de uso, encuadra dentro del artículo 162 del Código Penal, en “*Los delitos de hurto y robo*”, op. cit., pág. 166.

defraudación, porque el hecho de prestar por un término mayor importa un acto de disposición que presupone apropiación, “*cosa evidentemente ficticia*” para SOLER, pues en ningún momento ha existido ánimo de apropiación. Otros, darán una solución contraria, sobre la base, precisamente, de la inexistencia de un ánimo de apropiarse⁴⁸⁶.

El recordado tratadista resalta las ventajas de asociar el momento consumativo con el de la no restitución de la cosa. Al respecto dice que con tal criterio “*es posible establecer con exactitud la solución negativa en los casos de uso indebido*”, además de que se pueden resolver “*con igual precisión y acaso hasta con más justicia, las situaciones creadas por el abuso*”. El uso indebido, de hecho, está previsto en el artículo 2268 del C.C., en cuanto dispone que el comodatario no puede hacer otro uso de la cosa que el acordado en el contrato, a la vez que prevé sanciones para el caso de contravención (restitución inmediata y reparación de los perjuicios)⁴⁸⁷.

En suma, el uso indebido obviamente da lugar a la rescisión del contrato, pero no alcanza a delinear el tipo objetivo acuñado en el artículo 173 inc. 2º del Código Penal, sin perjuicio de que puedan concurrir otros delitos, según los casos, tal como hemos dicho⁴⁸⁸.

Ahora bien, ¿incurre en dicho delito el retenedor que usa la cosa luego de fenecida la facultad de retención?

⁴⁸⁶ Sebastián Soler, op., cit. T. IV, pág. 434.

⁴⁸⁷ El art. 2268 dice: “*El comodatario no puede hacer otro uso de la cosa que el que se hubiese expresado en el contrato; y a falta de convención expresa, aquel a que está destinada la cosa, según la naturaleza o costumbre del país. En caso de contravención, el comodante puede exigir la restitución inmediata de la cosa prestada, y la reparación de los perjuicios*”.

⁴⁸⁸ Saíenz Pardo-Casanova opina que la conducta de mero uso excluye el tipo objetivo de la apropiación indebida (op. cit. pág. 144). Politoff Lifschitz coincide con tal postura al señalar: “*el mero uso indebido desprovisto del ‘animus rem sibi habendi’ no integra la figura de la apropiación indebida*”, op. cit. pág. 232.

Una de las obligaciones del retenedor, sabido es, consiste en restituir la cosa y sus accesorios al cesar las circunstancias que dieron lugar al hecho jurídico real previsto en el artículo 3939 del C.C. Concretamente, así lo dispone el artículo 2465 del citado ordenamiento⁴⁸⁹. Hay, además, otras razones que también suspenden el ejercicio de la facultad de retener, ya sea por causa inherente al crédito, a la relación real, al retenedor o al deudor⁴⁹⁰.

Si superadas tales circunstancias el tenedor decide mantener la relación real sobre la cosa, entonces su conducta, una vez debidamente intimado a restituir, encuadrará en la omisión punida por el artículo 173 inc. 2º del Código Penal.

Con esta aclaración va dicho que el uso ilegítimo que pueda realizar el retenedor (regular o irregular) de la cosa una vez perdida su calidad de legítimo tenedor, y expirado el plazo de la intimación enderezada a restituir, debe ser considerado ilícito, en los términos de la figura que venimos analizando.

XVII. LA FUNCIÓN DEL PERJUICIO DENTRO DE LA IMPUTACIÓN DEL TIPO

La disposición que venimos analizando dice “*el que con perjuicio de otro*”; esto significa que el delito requiere, para su existencia, la concurrencia efectiva de un perjuicio. En otras palabras, constituye un elemento objetivo del tipo penal⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Art. 2465: “*Debe restituir la cosa al poseedor a cuyo nombre posee, o a su representante, luego que la restitución le sea exigida conforme a la causa que lo hizo tenedor de la cosa*”.

⁴⁹⁰ Todas estas “causas” están detalladamente tratadas en el Capítulo XIII de la obra de Leiva Fernández (op. cit.), al cual nos remitimos.

⁴⁹¹ No compartimos, por lo tanto, la postura de Politoff Lifschitz, para quien el perjuicio debe ser entendido como una condición objetiva de punibilidad, en op. cit., pág. 225, en tanto dichas condiciones afectan el principio de culpabilidad. El mentado principio exige que todo evento del que dependa la punición debe ser alcanzado por el dolo o la culpa, en

Si el delito se hace consistir en una apropiación, ese perjuicio se produce por la inversión subjetiva del título de la tenencia preexistente por parte del sujeto; pero no parece legítimo afirmar que nuestra ley exija tanto. Para perjudicar patrimonialmente a alguien no es necesario que le privemos definitivamente de su propiedad. Si el autor restituye la cosa después del “debido tiempo”, igualmente habrá cometido el delito; de la misma manera que comete delito el ladrón o el estafador que devuelve el objeto robado o estafado. En cuanto al perjuicio económico causado por aquellas privaciones temporarias no autorizadas de un objeto ajeno, ya hemos dicho que ello podrá desembocar en otras figuras delictivas⁴⁹².

El analizado es un delito de resultado y de daño⁴⁹³, que afecta el patrimonio del sujeto pasivo. Ya hemos dicho⁴⁹⁴ que no se trata de un enfrentamiento entre un acreedor y un deudor, sino entre un propietario o tenedor y otro tenedor, que afecta el derecho del primero a obtener la restitución de la cosa.

URE sostiene que el delito para su consumación requiere, de modo indispensable, la existencia de un daño realmente comprobado y no la mera posibilidad de perjuicio. Dicho perjuicio, a su vez, constituye la pérdida, disminución, restricción o sacrificio de un bien, que debe ser de índole patrimonial. Agrega que no se exige una modificación que produzca la

tanto se acepta que no deben ser abarcadas por el conocimiento, la voluntad ni la previsibilidad. En este sentido, estamos de acuerdo con Zaffaroni, Alagia, Slokar, para quienes las aludidas condiciones “*no sólo generan graves confusiones, sino que se corre el riesgo de introducir por esta vía supuestos de responsabilidad objetiva, al sustraerlas del conocimiento o de su posibilidad por parte del autor*”, generando ello, acotan los autores, una “*difícil compatibilización constitucional*”, op. cit., pág. 839 y ss. Coincidente con esta postura crítica, Juan Gustavo Corvalán, en “*Condiciones objetivas de punibilidad*”, Astrea, Buenos Aires, 2009.

⁴⁹² Hurto de uso o daño.

⁴⁹³ Confr. Capítulo XI, donde también expusimos que era un delito de omisión y especial propio.

⁴⁹⁴ ver capítulo XI, C).

pérdida o extinción de un interés, sino que existirá perjuicio real, efectivo, cuando se note la simple disminución o restricción de un bien⁴⁹⁵. Esta reflexión nos reenvía al tema, ya analizado, del uso indebido de la cosa, en el que el perjuicio se origina en la disminución del valor de la cosa. Como se ve, en este punto discrepamos con la postura esgrimida por URE.

Por eso recordábamos que la noción de omisión propia de resultado no necesariamente resulta en este caso contradictoria con la idea de omisión pura, no porque el delito se integre por la simple inactividad, sino porque no requiere necesariamente una apropiación del bien. La violación de la confianza en virtud de la respuesta fraudulenta a los deberes de restitución constituyen obviamente una alteración ponderable, aunque menos tangible que la que requiere URE, de los derechos patrimoniales del sujeto pasivo.

XVIII. LA CARACTERIZACIÓN DEL SUJETO PASIVO

¿Quién es “el otro” al que se refiere la figura?

Puede ser el propietario de la cosa; y de ordinario lo es. Pero también puede ser el tenedor legítimo, como titular del derecho a obtener la restitución de la cosa.

Veamos. Se advierte con claridad que este otro puede ser o no la misma persona que entregó la cosa. Como dice SOLER, en la cosa enviada y no entregada, el perjudicado es quien la envió; *“pero en la mandada a buscar, el que la debe recibir, porque el dueño, al entregársela al sirviente, es como si la hubiese entregado al destinatario”*⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Ernesto Ure, op., cit., pág. 139.

⁴⁹⁶ Soler, op. cit., pág. 429.

Sobre el punto, NÚÑEZ brinda un concepto similar. Dice que el “otro” puede ser el titular del derecho a la restitución, esto es, el que tenía la cosa y se la dio al autor, pues restituir significa devolver la cosa al que antes la tenía. Agrega que el otro también puede ser un tercero, por ejemplo, el propietario de la cosa depositada⁴⁹⁷.

Para POLITOFF LIFSCHITZ, que abrevia en las enseñanzas de PETROCELLI, el sujeto pasivo del delito de apropiación indebida es el titular del derecho a que se restituya o se entregue la cosa confiada; la persona hacia la cual el agente debía cumplir su obligación. Perjudicadas por la apropiación pueden ser, eventualmente, diversas personas, pero sólo es sujeto pasivo del delito el titular de aquél interés que la norma penal tutela y que el agente lesiona con la apropiación⁴⁹⁸.

En consonancia con su argumentación relativa al interés protegido por la norma, URE sostiene, al igual que la doctrina italiana en la cual se inspira, que en la “apropiación indebida” ese interés es “*el derecho a la restitución o al uso determinado*”, y por lo tanto el sujeto pasivo no puede ser otro que el titular de ese derecho⁴⁹⁹.

Sin embargo, URE hace una precisión a una observación formulada por MANZINI, para quien el sujeto pasivo no es siempre el que entregó la cosa, “*sino aquel hacia el cual debió cumplirse la obligación de restituir la cosa o de darle el destino prescripto*”, interpretando el autor argentino que el italiano “*ha querido referirse a la persona por cuenta de la*

⁴⁹⁷ Núñez, op. cit., pág. 381.

⁴⁹⁸ Politoff, op. cit., pág. 111. El jurista chileno critica sin embargo la preeminencia que Petrocelli le asigna a la confianza, como objeto específico de la figura, en pág. 108. Saíenz Pardo-Casanova señala que “el otro” es el propietario, en op. cit., pág. 134. Maggiore, por su parte, explica que el sujeto pasivo es siempre el propietario, “*no el que entrega o confía la cosa*”, en op. cit., pág. 160.

⁴⁹⁹ Ure, op. cit., pág. 48.

cual debe cumplirse la obligación”⁵⁰⁰. Sobre la base de tal entendimiento URE expone diversas situaciones que, en la práctica, pueden plantearse.

La relación más simple, y también la más frecuente, no ofrece mayores problemas. Es aquella en la que la tenencia es transmitida por el propietario y a éste debe hacerse la devolución. Así, si A, por sí o por medio de representante, presta un libro a C y éste se lo apropia, el sujeto pasivo claramente es A, *“hacia el cual y por cuenta de quien”* -remarca URE- debió cumplirse la restitución. Con esta solución no podemos sino coincidir. Lo mismo que con la variante introducida a continuación, de la cual resulta que si B, que ha recibido orden del propietario A de entregar el libro a C, se lo apropia; el sujeto pasivo seguirá siendo A.

A posteriori el autor que venimos citando propone la siguiente situación: C, comodatario del libro, encomienda a B que lo haga llegar al propietario A y B se lo apropia. En este supuesto, dice URE, *“C, por cuenta de quien B debió ejecutar el mandato, y no el propietario A, será el sujeto pasivo del delito cometido por B”*.

Aquí es donde puede comprenderse cabalmente en qué consiste el bien jurídico tutelado por la norma. Obviamente el propietario A no podrá querellar al comodatario C, porque éste no ha obrado con dolo al encomendarle a B la devolución del libro. Tampoco podrá accionar contra B, pues en él no depositó su confianza y además nada le entregó. La conducta de B, pues, sólo lesiona el derecho de C de que la cosa mueble que detentaba fuera entregada al propietario A, o bien le fuera devuelta. B frustró tal derecho, encuadrándose su accionar en el inciso 2º del artículo 173 del Código Penal. En dicha hipótesis sería de aplicación el artículo 2467 del Código Civil, en cuanto dispone que la restitución de la cosa *“debe ser hecha*

⁵⁰⁰ Ure, op. cit., pág. 46.

al poseedor de quien el simple tenedor la recibió, aunque haya otros que la pretendan, pero con citación de éstos”, por cuanto la relación que une al comodatario C con el apropiador B, en el ejemplo de URE, es el mandato (C le encomienda a B la devolución del libro al propietario A).

Cierto es que la relación primaria existente entre A y C no se extingue ni transforma a raíz de la posterior relación trabada entre C y B. El incumplimiento del mandato conferido a B no cancela la obligación del comodatario C a favor de A, pero ella habrá de encausarse en el marco del derecho privado de las obligaciones⁵⁰¹.

De lo dicho se desprende que la norma estudiada, tal como está redactada, si bien dice “*el que con perjuicio a otro*”, ese otro no es cualquiera, sino el titular del derecho a obtener esa entrega o restitución. El término genérico “otro” puede sugerir la idea de que puede ser cualquiera, pero en verdad el sujeto pasivo se halla claramente delimitado.

Es verdad que puede haber más de un interés afectado. Indudablemente el dueño a quien la cosa estaba destinada se verá perjudicado, pero el sujeto pasivo del delito, el ofendido por la conducta omisiva analizada, es el titular del derecho a la restitución, que en el ejemplo dado es el comitente “C”. En suma, no siempre el destinatario de la cosa es el sujeto pasivo. Tampoco lo es, en todos los casos, el que entrega la cosa. Como bien señala QUINTANO RIPOLLÉS, no es preciso que la entrega sea hecha

⁵⁰¹ El artículo 2274 del Código Civil establece con toda claridad la obligación de restitución que pesa sobre comodatario a favor del comodante. La aludida disposición reza: “*Si el comodatario no restituyese la cosa por haberse perdido por su culpa, o por la de sus agentes o dependientes, pagará al comodante el valor de ella. Si no la restituye por haberla destruido o disipado, incurrirá en el crimen de abuso de confianza, y podrá ser acusado criminalmente antes o después de la acción civil para el pago del valor de ella, e indemnización del delito causado*”. Es más, el comodatario no puede negarse a restituir la cosa al comodante, aún con conocimiento de que la cosa prestada no le pertenece. Así se establece en el art. 2277 del C.C., el cual prevé: “*El comodatario no tendrá derecho para suspender la restitución de la cosa, alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante, salvo que haya sido perdida o robada a su dueño*”.

precisamente por el propietario, pudiendo serlo por el poseedor y aún por un detentador, por ejemplo, *“el criado que deja en el guardarropa el valioso abrigo de pieles de su señora, aún sin su permiso o encargo, y da lugar a que el depositario se lo apropie”*⁵⁰². Sería el caso, también, de aquel que recibe un libro en comodato y se lo apropia, cuando no lo había recibido del propietario, sino de un tercero que lo tenía legítimamente en su poder, por anterior entrega del propietario.

Por lo expuesto, no compartimos la posición de DONNA, algo oscilante en este punto, en tanto sostiene, por un lado, que el sujeto pasivo es el propietario de la cosa retenida ilegalmente, pero por otro lado afirma que *“sólo es sujeto pasivo del delito el titular del derecho a que se restituya o se entregue la cosa confiada”*. Ya hemos visto que el titular de ese derecho puede ser el tenedor de la cosa, y no necesariamente el propietario. Asimismo, y en razón de cuanto hemos expuesto, tampoco coincidimos con el autor citado cuando sostiene que *“sólo será sujeto pasivo quien entregó la cosa. Los terceros nada tienen que ver en este tipo penal”*⁵⁰³.

XIX. LA IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO ACTIVO

Sólo puede ser sujeto activo del delito el que, sin haber recibido en propiedad una cosa mueble, tiene la obligación de entregarla o devolverla. Se trata, pues, de un delito especial propio⁵⁰⁴. Ergo, no puede cometer este delito quien haya recibido la cosa en propiedad, como es el caso, por ejemplo, de los préstamos de cosas muebles fungibles.

⁵⁰² Quintano Ripollés, op. cit., pág. 890)

⁵⁰³ Edgardo Donna, op. cit., pág. 379/380. Expone el profesor Donna, con cita de un fallo de la Sala II de la Cámara del Crimen, que las personas jurídicas son admitidas como sujetos pasivos de este delito.

⁵⁰⁴ También llamados de propia mano.

Para aquellos casos en los que el autor actúe en la creencia de que le asiste el derecho de retener, o que obre motivado por un error, nos remitimos a cuanto hemos expuesto al respecto, en los capítulos correspondientes.

XX. LA CUESTIÓN DE LA TENTATIVA

Los autores discuten acerca de la posibilidad de tentativa en este delito. Según URE, quien se pronuncia por la negativa -aunque menciona a los defensores del criterio opuesto-, ello se debe a que la apropiación indebida está catalogada como delito material y conceptualmente tales delitos, en contraposición a los formales, admiten tentativa. De acuerdo con el autor, *“este delito se presenta, pues, como una excepción a la regla”*⁵⁰⁵.

POLITOFF LIFSCHITZ se pronuncia en igual sentido, apuntando, con cita de Garcon, que difícilmente se advierte cuáles son los actos que podrían constituir un principio de ejecución de distracción, sin que dicha distracción esté cumplida⁵⁰⁶.

De la misma idea es SAINZ - PARDO CASANOVA, para quien la acción y el resultado *“temporalmente van indisolublemente unidos”*. El autor español dice que la acción *“se produce, y entonces queda consumada, o no se produce”*, agregando que todo acto de apropiación es de por sí un acto completo de apropiación, de tal modo que no es posible concebir una ejecución que no lleve aparejada la consumación del delito⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Ure, op. cit., pág. 143). El autor pondera el fallo de la Cámara del Crimen en el cual se decidió que incurrió en defraudación consumada, y no tentada, quien pretendió vender una bicicleta alquilada, *“ya que el acto evidencia que ya se la había apropiado”*. De acuerdo con Ure, en esta resolución *“se hace una correcta aplicación de la verdadera teoría de la apropiación”*.

⁵⁰⁶ Politoff, op. cit., pág. 230.

⁵⁰⁷ Saíinz-Pardo Casanova, op. cit., pág. 162/3.

Entre nosotros, además de URE, también SOLER se muestra partidario de negar la posibilidad de tentativa. Refiere que en los delitos de omisión, en consonancia con la opinión mayoritaria de los autores, no hay separación temporal entre el momento de la omisión y el de la infracción; “*no hay camino intermedio*”⁵⁰⁸.

Igualmente NÚÑEZ afirma que la tentativa es inadmisble, “*porque al omitir ya se consuma el delito*”⁵⁰⁹. Lo propio sostienen FONTÁN BALESTRA⁵¹⁰, FÍGARI⁵¹¹, CREUS - BUOMPADRE⁵¹² y SPROVIERO⁵¹³.

Por nuestra parte, compartimos la posición mayoritaria. Los delitos de omisión difícilmente admiten su comisión imperfecta. La omisión se consuma cuando no se restituye la cosa, o cuando no se la restituye a su debido tiempo. En el primer caso, con el mero vencimiento del plazo en que debió operar la devolución, cuando el mismo esté expresamente previsto; en el segundo, cuando venza el plazo de la intimación formulada a tales efectos.

XXI. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTA A PARTIR DE LA TESIS PLANTEADA

En este trabajo hemos procurado desarrollar el análisis de un delito que ofrece diversas e interesantes facetas, que han dado lugar a fructíferas discusiones dogmáticas a lo largo de los años, no sólo en nuestro país.

⁵⁰⁸ Soler, op. cit., pág. 436.

⁵⁰⁹ Núñez, op. cit., pág. 381.

⁵¹⁰ Carlos Fontán Balestra, op. cit., pág. 128.

⁵¹¹ Rubén Fígari, op. cit., pág. 476.

⁵¹² op. cit., pág. 527.

⁵¹³ Juan H. Sproviero, op. cit., T. 1, pág. 288.

Desde su propia denominación y hasta su misma esencia, que ha venido dividiendo a los autores que ven en ella una apropiación, es decir, un tipo activo, y los que no ven sino un tipo omisivo; pasando por su estrecha y divergente relación con numerosas figuras del derecho privado, son algunas de las cuestiones que convierten a este delito en uno de los más ricos e interesantes del catálogo penal.

Su particular conformación vuelve indispensable pasar minuciosa revista de distintos conceptos del derecho civil, como el de cosa y sus variadas clasificaciones; especialmente el análisis del dinero, como objeto susceptible de encuadrar en el tipo objetivo; el de tenencia, como presupuesto material del ilícito, y el alcance que corresponde asignar al derecho de retención.

Quienes influenciados por la doctrina y legislación extranjera, sobretudo la española e italiana, sostienen que el delito consiste en una “apropiación indebida”, vislumbran el despliegue de una acción. De acuerdo con tal postura, apropiarse implica desplegar actos positivos, concretos, inequívocos, que exterioricen la voluntad del autor de disponer de la cosa como si fuera propia; dicho de otra forma, es proceder con “*animus rem sibi habendi*”.

Quienes basados en un método lógico abstracto se inclinan por la expresión “retención ilícita”, parecieran limitar la tipicidad a una conducta específica (la retención), cuando en verdad la no restitución de la cosa ajena puede provenir de otros comportamientos igualmente aprehendidos por la figura analizada (el obligado a restituir puede destruir la cosa, regalarla o abandonarla, acciones todas que implican la no retención).

Por lo expuesto, la denominación que a nuestro criterio mejor se ajusta a la descripción del tipo objetivo es la de “*omisión fraudulenta*”

de restitución o entrega”. Tal omisión ciertamente puede producirse por innumerables razones, ora porque el detentador de la cosa y obligado a devolverla la destruyó, la regaló, la desvió o la abandonó; ora porque simplemente decidió quedársela para sí.

Cierto es que autores de la talla de Núñez, y luego de él Laja Anaya y Sproviero, se muestran partidarios de suscribir tal designación, pero para ellos el examinado es un delito de omisión impropia o de comisión por omisión.

El aporte que intentamos brindar mediante este trabajo consiste en describir al delito como de omisión propia pura de garante. El ilícito examinado no sólo se encuentra expresamente tipificado en el Código, sino que además requiere de un sujeto activo calificado: concretamente aquel obligado a entregar o devolver la cosa mueble ajena recibida con tal finalidad. La omisión propia tiene lugar cuando existe un deber de actuar típicamente determinado y el autor, pudiéndolo hacer, dejar de llevarlo a cabo. Puede afirmarse que la omisión de restituir, como todo delito propio de omisión, no es un medio sino el objeto mismo de la imputación. De allí la licencia de hablar de una omisión pura en estos casos, a pesar de que deba existir una afectación efectiva de los derechos patrimoniales del sujeto pasivo. Lo que sucede es que la no restitución en legal forma es el núcleo normativo del tipo -sin exigir necesariamente la apropiación, resabio del tronco común del hurto del siglo XIX- y con ella se concreta la lesión del bien jurídico.

En cuanto a la redacción del tipo penal, entendemos que podría simplificarse, de manera de propender a una mayor claridad expositiva e interpretativa. También en esta propuesta se marca la noción de un delito de omisión propio con significado de pura no restitución, reafirmando así la infracción fraudulenta de los deberes de garante del sujeto activo.

Sugerimos el siguiente texto: *“El que, por virtud de un contrato o de cualquier intimación fehaciente que obligue a hacerlo, se negare a restituir una cosa mueble, en cuya tenencia hubiese entrado por cualquier título que produzca obligación de entregar o devolver”*.

Veamos las ventajas comparativas de la redacción propuesta:

1) Desaparece, por sobreabundante, la exigencia expresa de que se produzca un *“perjuicio a otro”*. Todas las defraudaciones y estafas contempladas en el artículo 173, como asimismo la figura genérica del artículo 172, reclaman la existencia de perjuicio sin que haga falta aclararlo de manera expresa⁵¹⁴.

2) Se elimina uno de los actuales comportamientos típicos (*“... o no restituyere a su debido tiempo”*), que da lugar a divergentes interpretaciones, manteniéndose una única conducta omisiva: *“se negare a restituir”*. De acuerdo con el texto sugerido, no caben dudas de que el sujeto pasivo debe estar anoticiado de su obligación de entregar o devolver, ya sea al momento de la suscripción del contrato que fuere, o bien a raíz de una posterior intimación. En otras palabras, el delito siempre consiste en no restituir; el *“debido tiempo”* a que alude la actual redacción queda definido contractualmente, o a través de una intimación fehaciente.

3) Desaparece la enumeración casuística de los diferentes actos jurídicos generadores de la obligación de restituir, por una expresión comprensiva de todos ellos: *“cualquier título”*. También se sintetiza en una palabra: *“una cosa mueble”*, la actual pleonástica que hace mención a

⁵¹⁴ Esto ha dado lugar a que autores, como Donna, exijan la concurrencia de dolo directo para verificar el elemento subjetivo del delito (op. cit., pág. 376).

diversos objetos sobre los cuales puede recaer el delito: “*dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble*”⁵¹⁵.

4) Se suprime cualquier referencia a la propiedad de la cosa.

Si bien el artículo 3939 del C.C., al legislar sobre el derecho de retención exige que la cosa retenida sea ajena, también es posible ejercer tal facultad sobre una cosa parcialmente ajena, e incluso sobre una cosa propia cuando el propietario es deudor de una obligación de restituir⁵¹⁶. Es que lo relevante no es la propiedad de la cosa, sino la existencia de una obligación de restituir o entregar que se incumple en forma ilegítima. Expresado de otro modo, lo importante es que la cosa esté sujeta a una relación real con el retenedor, y que éste carezca de derecho de retención. Adviértase, por lo demás, que no toda restitución debe realizarse en cabeza del dueño de la cosa.

En este sentido, LEIVA FERNÁNDEZ brinda el siguiente ejemplo: una persona da en locación una cosa mueble de su dominio; el locatario debe efectuar a la cosa una mejora locativa -es decir, una reparación que está a su cargo- y en vez de contratar a un tercero para efectuarla, contrata como locador de obra a quien mejor la conoce, es decir a su propietario. Si el locatario pagase la reparación, el propietario debería restituírsela para que continúe su uso y goce. Como el locatario de obra no le paga la mejora locativa y la cosa está en poder del propietario (que también actúa como

⁵¹⁵ Ernesto Ure sugiere una redacción similar, sólo en este tramo, pues como ya hemos visto, en consonancia con su elaborada postura, propone una única conducta típica: apropiare, eliminando las actuales voces (negarse a restituir, o no restituir a su debido tiempo).

⁵¹⁶ El art. 2686 del C.C. autoriza al copropietario a retener cuando el condómino o condóminos no contribuyan a los gastos de conservación o reparación de la cosa de propiedad común.

locador de obra), éste se encuentra facultado a retener su propia cosa hasta tanto su crédito resulte satisfecho⁵¹⁷.

El Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial actualmente a estudio del H. Congreso de la Nación elimina en su artículo 2587 el requisito de ajenidad de la cosa, previsto en el actual artículo 3939. El derecho de retención figura contemplado de la siguiente manera en la iniciativa mencionada⁵¹⁸:

“Todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa.

Tiene esa facultad sólo quien obtiene la detentación de la cosa por medios que no sean ilícitos. Carece de ella quien la recibe en virtud de una relación contractual a título gratuito, excepto que sea en el interés del otro contratante”.

5) Destacamos por último, en consonancia con URE, el carácter jurídico del título por el cual se recibe la cosa ajena -“*tenencia*”-, evitándose así incurrir en distorsiones terminológicas como las analizadas en el capítulo correspondiente.

⁵¹⁷ Leiva Fernández, op. cit., pág. 307.

⁵¹⁸ Confr. Libro Sexto, Título III, “*Derecho de retención*” (art. 2587), del aludido Anteproyecto (Dec. 191/2011).

BIBLIOGRAFÍA

A- LIBROS

- 1) Antolisei, Francesco, “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, UTHA Argentina, Buenos Aires, 1960.
- 2) Bacigalupo, Enrique, “*Delitos Impropios de omisión*”, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970.
- 3) Bacigalupo, Enrique, “*Estafa de seguro, apropiación indebida*”, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971.
- 4) Bacigalupo, Enrique, “*Lineamientos de la teoría del delito*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974.
- 5) Bacigalupo, Enrique, “*Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1970.
- 6) Bacigalupo, Enrique, “*Derecho Penal. Parte General*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- 7) Bueres, Alberto y Highton, Elena, “*Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*”, 2º edición, T. 5 A, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- 8) Buompadre, Jorge E., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, T. 2, Mave, Buenos Aires, 2000.

- 9) Buompadre, Jorge E., “*Estafas y otras defraudaciones*”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- 10) Buompadre, Jorge E., “*Delitos contra la propiedad*”, Mave, Buenos Aires, 1998.
- 11) Bustos Ramírez, Juan, “*Manual de Derecho Penal español. Parte General*”, Ariel, Barcelona, 1984.
- 12) Cabral, Luis, “*Compendio de Derecho Penal. Parte General*”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- 13) Caamaño Iglesias Paiz, Cristina, “*El delito de administración fraudulenta*”, FD Editor, Buenos Aires, 1999.
- 14) Carrara, Francesco, “*Programa de Derecho Criminal*”, parte especial, 2º ed., Temis, Bogotá, 1966, vol. IV.
- 15) Carrera, Daniel Pablo, “*Estudios de las figuras delictivas*”, T. II A, Ed. Advocatus, Córdoba, 1994.
- 16) Carrera, Daniel Pablo, “*Administración fraudulenta*”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2002.
- 17) Cifuentes, Santos, “*Código Civil comentado y anotado*”, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- 18) Compagnucci de Caso, Rubén, y otros, codirectores del “*Código Civil de la República Argentina Explicado*”, T. VI, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011.

- 19) Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, “*Apropiaciones indebidas*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- 20) Corvalán, Juan Gustavo, “*Condiciones objetivas de punibilidad*”, Astrea, Buenos Aires, 2009.
- 21) Creus, Carlos, “*Delitos contra la administración pública*”, Astrea, Buenos Aires, 1981.
- 22) Creus, Carlos, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, t. I, 3º ed., Astrea, Buenos Aires, 1991.
- 23) Damianovich de Cerredo, Laura, “*Delitos contra la propiedad*”, 3º ed., Universidad, Buenos Aires, 2000.
- 24) Díaz, Emilio, “*El Código Penal para la República Argentina*”, 5º ed., Librería y Editorial La Facultad, Buenos Aires, 1947.
- 25) Donna, Edgardo, “*Teoría del delito y de la pena*”, T. 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- 26) Donna, Edgardo, “*Derecho Penal. Parte General*”. T. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- 27) Fígari, Rubén, “*Delitos de índole patrimonial*”, t. II, Nova Tesis, Buenos Aires, 2010.
- 28) Fontán Balestra, Carlos, “*Tratado de Derecho Penal*”, T. I, 2º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995; y “*Derecho Penal, parte especial*”, 16º ed., actualizada por Guillermo A.C. Ledesma, Lexis Nexos, Buenos Aires, 2002.

29) Frías Caballero, Jorge; Codino, Diego; Codino, Rodrigo, “*Teoría del delito*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

30) Frías Caballero, Jorge, “*La acción material constitutiva del delito de hurto*”, en *Temas de Derecho Penal*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1970.

31) Garzón Valdés, Ernesto; Spolansky, Norberto; Nino, Carlos S.; Urquijo, María E., “*Lenguaje y acción humana*”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

32) Gómez, Eusebio, “*Tratado de Derecho Penal*”, T. IV, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.

33) González Roura, Octavio, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, T.III, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1922.

34) Jescheck, Hans Heinrich, “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”, 4º ed., Ed. Comares, Granada, 1993.

35) Jiménez de Asúa, Luis, “*Tratado de Derecho Penal*”, T. III, Losada, Buenos Aires, 1951.

36) Kaufmann, Armin, “*Dogmática de los delito de omisión*”, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

37) Kindhäuser, Urs, “*Estudios de Derecho Penal Patrimonial*”, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2002.

38) Laje Anaya, Justo, “*La estafa y otras defraudaciones en la doctrina judicial argentina*”, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2005.

- 39) Leiva Fernández, Luis F. P., “*Derecho de retención*”, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- 40) Lorenzetti, Ricardo, “*Tratado de los contratos*”, T. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- 41) Llambías, Jorge Joaquín, “*Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*”, T. I, 5º ed., Perrot, Buenos Aires, 1994.
- 42) Llambías, Jorge y Alterini, Jorge, “*Código Civil Anotado*”, T. IV A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.
- 43) Malagarriga, Carlos, “*Código Penal Argentino*”, T. II, Librería Cervantes, Buenos Aires, 1927.
- 44) Maggiore, Guiseppe, “*Derecho penal. Parte especial*”, vol. V, Ed. Temis, Bogotá, 1956.
- 45) Mariani de Vidal, Marina, “*Curso de derechos reales*”, T. I, Zavalía, Buenos Aires, 1986.
- 46) Millán, Alberto S., “*Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados*”, 2º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- 47) Mir Puig, Santiago, “*Derecho Penal. Parte General*”, 3º ed., PPU, Barcelona, 1990.
- 48) Molinario, Alberto D, “*De las relaciones reales*”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1965.

49) Molinario, Alfredo J., “*Los delitos*”, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Buenos Aires, 1996.

50) Mommsen, Teodoro, “*Derecho Penal romano*”, Temis, Bogotá, 1991.

51) Moreno, Rodolfo, “*El Código penal y sus antecedentes*”, T. V., Tommasi, Editor, Buenos Aires, 1923.

52) Muñoz Conde, Francisco, “*Introducción al derecho penal*”, 2º ed., Editorial B de F, Montevideo, 2003.

53) Muñoz Conde, Francisco, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 8º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

54) Núñez, Ricardo C., “*Derecho Penal Argentino*”, Parte Especial, T. V., Bibliográfica Ameba, Buenos Aires, 1967.

55) Oderigo, Mario A., “*Código Penal anotado*”, Buenos Aires, 1942.

56) Papaño, Ricardo; Koper, Claudio; Dillon, Gregorio A.; Causse, Jorge, “*Derecho Civil, Derechos Reales*”, t. 1º, 2º ed., Astrea, Buenos Aires, 2004.

57) Pastor Muñoz, Nuria, “*La determinación del engaño típico en el delito de estafa*”, Marcial Pons, Madrid, 2004.

58) Peco, José, “*Proyecto de Código Penal – Exposición de Motivos*”, Instituto de Altos Estudios Jurídicos, Instituto de Criminología, Universidad Nacional de La Plata, ciudad homónima, 1942.

59) Politoff Lifschitz, Sergio, “*El delito de apropiación indebida*”, Edit. Nacimiento, Santiago de Chile, 1957.

- 60) Queralt Jiménez, Joan, “*Derecho penal español. Parte Especial*”, 4º ed., Atelier, Barcelona, 2002.
- 61) Quintano Ripollés, Antonio, “*Tratado de la parte especial de Derecho Penal*”, Edit. Revista de Derecho Privado, T. II, Infracciones patrimoniales de apoderamiento, Madrid, 1964.
- 62) Ramos, Juan P., “*Derecho Penal*”, T. VI, 2º ed., Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1952.
- 63) Ramos Mejía, Enrique, “*La conducta punible en el delito de apropiación indebida*”, en Estudios de Derecho Penal, Ed. Ideas, Buenos Aires, 1947.
- 64) Ramos Mejía, Enrique, “*Momento consumativo y competencia territorial en el delito de apropiación indebida*”, en Estudios de Derecho Penal, Ed. Ideas, Buenos Aires, 1947.
- 65) Ross, Alf, “*Sobre el derecho y la justicia*”, Eudeba, Buenos Aires, 1974.
- 66) Roxin, Claus, “*Derecho Penal. Parte General*”, T. I, Civitas, Madrid, 1997.
- 67) Rusconi, Maximiliano, “*Derecho Penal. Parte General*”, 2º ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
- 68) Salvat, Raymundo, “*Tratado de Derecho Civil Argentino*”, 2º ed., actualizada por Arturo Acuña Anzorena, 1º reimpresión, Tea, Buenos Aires, 1957.

- 69) Sáinz-Pardo Casanova, José A., “*El delito de apropiación indebida*”, Edit. Bosch, Barcelona, 1977.
- 70) Shünemann, Bernd, “*Obras*”, T. II, Colección “Autores de Derecho Penal”, dirigida por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- 71) Silva Sánchez, Jesús M., “*El delito de omisión. Concepto y sistemas*”, 2º ed., Editorial B de F, Uruguay, 2003.
- 72) Soler, Sebastián, “*Derecho Penal Argentino*”, 4º Ed., actualizador Manuel Bayala Basombrío, T. IV, Tea, Buenos Aires, 1994.
- 73) Soler, Sebastián, “*Las palabras de la ley*”, Ed. Praxis Jurídica, México, 1974.
- 74) Sproviero, Juan H., “*Delitos de estafas y otras defraudaciones*”, T.I, 2º ed., Abaco, Buenos Aires, 1998.
- 75) Tejedor, Carlos “*Proyecto de Código Penal para la República Argentina*”, parte primera, Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1866.
- 76) Tozzini, Carlos, “*Los delitos de hurto y robo*”, Desalma, Buenos Aires, 1995.
- 77) Ure, Ernesto J. “*El delito de apropiación indebida*”, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1947.
- 78) Vázquez Iruzubieta, Carlos, “*Código Penal comentado*”, T. IV, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.

- 79) Vernengo, Roberto J., “*La interpretación literal de la ley*”, 2º ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- 80) Vives Antón, T.S., “*Derecho Penal. Parte Especial*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- 81) Vives Antón, Tomás S., “*Comentarios al Código Penal de 1995*”, coordinador, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- 82) Yacobucci, Guillermo, “*El sentido de los principios penales*”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2002.
- 83) Zaffaroni, Eugenio; Slokar, Alejandro; Alagia, Alejandro, “*Derecho Penal. Parte General*”, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- 84) Zaffaroni, Eugenio R., “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”, T. III, Ediar, Buenos Aires, 1981.
- 85) Zaffaroni, Eugenio R., “*Estructura básica del derecho penal*”, Ediar, Buenos Aires, 2009.
- 86) Zaffaroni, Eugenio R., “*Teoría del Delito*”, Ediar, Buenos Aires, 1973.
- 87) Zannoni, Eduardo (Director) y Aída Kemelmajer de Carlucci (Coordinadora) del “*Código Civil y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado*”, T. 10, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2005.

B- ARTÍCULOS EN REVISTAS ESPECIALIZADAS

1) Alterini, Jorge, “*Derechos reales o personales. Casos dudosos*”, en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1-IV, 1963.

2) Altieri, Domingo L., “*La negativa a restituir la reserva inmobiliaria y el delito de defraudación por retención indebida*”, en L.L., Suplemento Actualidad, del 24/08/99.

3) Bayardo Bengoa, Fernando, “*Concepto penal de propiedad*”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 1, enero/marzo, 1970.

4) Gimbernat Ordeig, Enrique, “*La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)*”, en “Derecho Penal del siglo XXI, homenaje al Dr. Manuel Rivacoba y Rivacoba, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005.

5) González Rus, Juan José, “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas*”, en Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1996.

6) Gössel, Kart Heinz, “*Sobre el objeto de apropiación punible y el menoscabo de los derechos de crédito*”, en Revista de derecho penal, Estafas y otras defraudaciones-I”, dirigida por Edgardo Donna, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000-1.

7) Hormazábal Malarée, Hernán, “*Una discutible interpretación extensiva del delito de apropiación indebida*”, en Revista Jurídica de Catalunya, N° 4, Colegio de Abogados de Barcelona, 1988.

8) Kindhäuser, Urs, “*Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el*

derecho penal”, en “Derecho Penal empresario”, dirigido por Guillermo J. Yacobucci, Ed. B de F, Buenos Aires, 2010.

9) Lamas, Félix Adolfo, “*Lenguaje, dialéctica y metodología jurídica*”, en Revista Internacional de Filosofía Práctica, Nº 1, abril 2003.

10) Lascano, Carlos Julio, “*La protección penal del patrimonio. Algunas cuestiones acerca de la estafa*”, elDial DCAC9, del 07/03/07.

11) Masi, Alfredo, “*El artículo 173 inc. 2 del Código Penal*”, en Revista Jurídica de San Isidro, T. II, 1968.

12) Massini Correas, Carlos Ignacio “*La cuestión de la justicia*”, Revista Sapientia, Vol. LII, 1997.

13) Novoa Monreal, Eduardo, “*Los delitos de omisión*”, en Doctrina Penal, Año 6, 1983.

14) Núñez, Ricardo, “*El artículo 173 inc. 2º del Código Penal y la no devolución del dinero recibido en pago de alquileres y como fianza real en garantía de pago de los mismos*”, en L.L. 68,455.

15) Rafecas, Daniel Eduardo, “*La retención injustificada de la reserva inmobiliaria: ¿una conducta infiel aprehendida por el derecho penal?*”, en L.L., 1999-C,890.

16) Righi, Esteban, “*Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito*”, en Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001/A.

17) Rodríguez Devesa, José María, “*Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1960.

18) Romero, Gladys, “*La acción típica en el delito del artículo 173 inc. 2º del C.P.*”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 1968-1.

19) Romero, Gladys, “*El perjuicio patrimonial en la estafa*”, en “Estafa y otras defraudaciones”, vol. II, dirigido por Edgardo Donna, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000-2.

20) Silva Castaño, María Luisa, “*El delito de apropiación indebida y la administración desleal*”, en Curso de Derecho Penal Económico, dirigido por Enrique Bacigalupo, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

21) Silva Sánchez, Jesús M., “*¿Cuándo empieza la prescripción en un delito de apropiación indebida?*”, en “Tiempos de Derecho Penal”, B de F, Buenos Aires, 2009.

22) Terán Lomas, Roberto, “*El tipo penal del art. 173 inc. 2º del Código Penal*”, en Revista del Colegio de Abogados, Rosario, T.XV, año 1944.

23) Ure, Ernesto J., “*La omisión en derecho penal*”, L.L., t. 34, 1944.

24) Ure, Ernesto J., “*La culpabilidad en el delito de apropiación indebida*”, en Revista Penal y Penitenciaria, 1942.

25) Yacobucci, Guillermo, “*Interpretación constitucional y legalidad penal*”, en “La interpretación en la era del neoconstitucionalismo”, coordinado por Juan Cianciardo, Abaco, Buenos Aires, 2006.

26) Zieschang, Frank, “*La protección de la propiedad a través del delito de estafa*”, en Revista de Derecho Penal, “Estafas y otras defraudaciones”, dirigida por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000-1.

.....