

## **ESTAFA: ABSOLUCION POR NEGLIGENCIA DEL SUJETO PASIVO**

**Por María Lina Carrera.**

### **1. Introducción**

El fallo que pasaré a comentar dispuso revocar la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 16, en cuanto había condenado a la imputada Velazquez por el delito de estafa.

El hecho que se juzgó fue el siguiente: la imputada encontró un cheque perdido, lo endosó con sus propios datos personales y lo presentó al cobro en el Banco Industrial. Y aunque su legítimo tenedor había denunciado la pérdida del cartular -circunstancia conocida por el banco y a raíz de la cual era prohibido el pago- la empleada bancaria lo abonó.

El análisis se centrará principalmente en el voto de la mayoría, que analiza y desmiembra el rol del sujeto pasivo y sus debidas responsabilidades.

Ahora bien, hartos conocidos resultan ya los elementos constitutivos de la estafa: engaño o ardid, error, disposición y perjuicio patrimonial.

No obstante ello, los jueces cuyos votos dispusieron la absolución de la imputada pusieron su foco, más allá de lo que a primera vista pareciera ser un claro cumplimiento de todos los requisitos objetivos del tipo, en el comportamiento del sujeto pasivo, en este caso, la empleada de la entidad bancaria.

### **2. Interpretaciones del ardid o engaño requeridos por la estafa**

Cabe detenernos en este punto y reflexionar sobre la conducta de Velázquez. Si bien la nombrada fue quien *a priori* no sólo se hizo de un cartular –respecto del cual tenía completo conocimiento de su ajenidad-, también es cierto que lo endosó con sus propios datos y se presentó ante la ventanilla del banco Industrial a la vez que exhibió

sin objeción su Documento Nacional de Identidad, sin ocultar ni disfrazar bajo ninguna circunstancia sus verdaderos datos.

En esta línea, debemos preguntarnos entonces qué es el engaño o el ardid. Consultada que fuera la Real Academia Española, se define al primero como “falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”, en tanto dispone que el segundo es un “artificio, medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento”.

Sin embargo, la doctrina se inclina por definirla como “el medio del cual se vale el autor para causar la lesión a la propiedad ajena, es decir, el fraude”<sup>1</sup>.

En definitiva, el imputado se vale del engaño o ardid cuando realiza una puesta en escena de ciertos elementos falsos o simulados, que inducen al sujeto pasivo a error, produciéndose así un perjuicio patrimonial.

En este punto se debe hacer una distinción entre las dos grandes posturas señaladas por el Dr. Julián Langevín<sup>2</sup>: la primera de ellas exige cierta magnitud en el engaño desplegado por el sujeto activo para que puede ser considerado como tal, observando la conducta de la víctima para descartar los casos en que el error haya sido una consecuencia de su negligencia o descuido, o si no empleó los medios normales de defensa que eran de esperar en el caso concreto.

En segundo lugar, se abre paso la corriente que hace radicar la eficacia del ardid directamente en el éxito de la puesta en escena y se centra en su resultado. Concluye que si el error fue provocado como consecuencia del engaño, entonces el ardid fue el adecuado, rechazando así toda relevancia de la conducta negligente de la víctima para la configuración del engaño.

Disiento profundamente con esta última opinión. Más allá de que esa postura pareciera ser la que dicta el sentido común ya que el resultado siempre es tentador, lo

---

<sup>1</sup> D’ALESSIO, Código Penal Comentado, Tomo II, p.172.

<sup>2</sup> Delitos contra la Propiedad, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, cap. “La Estafa”, p. 326 y ss.

cierto es que implica un análisis superficial y casi nulo de los hechos y de las circunstancias del caso, contrario a las garantías constitucionales y de la seriedad que exige el derecho penal.

Los elementos de los tipos penales no deben ni pueden ser tomados aisladamente, como partes de un rompecabezas que se unen para lograr una imputación exitosa puesta sobre quien quien aparezca como el más adecuado. Por el contrario, urge un análisis de las circunstancias que rodean cada caso y del rol de cada sujeto en dicho contexto.

¿Sería posible no tener en cuenta un manifiesto descuido por parte de la víctima? Si dentro de uno de los cotidianos casos del “cuento del tío” un hombre tocara el timbre de un domicilio y lo hicieran pasar sin preguntarle siquiera su nombre o a qué fue, ¿sería imputable a él la entrada a la propiedad privada de la víctima? ¿No debió acaso ésta tomar los recaudos mínimos y necesarios para saber a quién estaba dejando ingresar a su vivienda?

Es que más allá de la idoneidad o no que presente el medio forjado a tales fines, lo importante en el caso que analizamos es qué fue lo que indujo a error a la víctima.

Si el sujeto pasivo incurre en error como consecuencia del “circo” montado por el sujeto activo, viéndose engañado y causando un daño patrimonial (a sí mismo o a terceros), entonces estará palmariamente configurado el delito de estafa.

Sin embargo, estaremos frente una situación radicalmente distinta cuando el error se deba a una falta de cuidado en el actuar de la víctima, más allá de la acción desplegada por el sujeto activo. Tal como fuera sostenido por el Dr. Lanjevín –cuyos argumentos fueran reproducidos en el fallo aquí comentado-, la ausencia de relación causal entre el engaño y el error, conduce inexorablemente a la atipicidad de la conducta.

Lo que se trata de sostener aquí es la idea de que la negligencia extrema del sujeto pasivo corre del eje al error que podría haber provocado el encausado con su actuar.

### **3. Distinción de la figura de hurto**

Claro está que estas consideraciones no podrán ser llevadas análogamente a otros tipos penales, donde se torna cuanto menos discutible el rol que habría de tener la víctima.

En el caso del hurto, por ejemplo, le puede llegar a ser cuestionable la negligencia al individuo que dejó su vehículo abierto, sin haberle activado la alarma y es víctima de la sustracción de sus bienes, aunque no es menos cierto que le será íntegramente imputable el ilícito a quien tomó indebidamente los objetos que no eran de su propiedad, sin que quepa relevancia alguna en relación al descuido respectivo.

Resulta útil traer a colación lo manifestado por la Cámara Federal de Casación Penal, en cuanto dijo que: *“la estafa no es diferente del hurto porque en aquélla media ardid, puesto que pueden darse hurtos a través de ardidés muy ingeniosos, sino porque en la estafa la víctima efectúa la dación perjudicial voluntariamente, aunque engañada, mientras que en el hurto el apoderamiento se efectúa invito domini”*<sup>3</sup> (contra la voluntad del propietario).

En el caso de la estafa, se produce una situación compleja, siendo que se parte de un presunto engaño o ardid contruidos desde el principio por una persona para inducir a error a un tercero. Lo que suceda posteriormente debe ser observado a la luz de las acciones llevadas a cabo por la víctima cuando se encuentre ante aquella.

### **4. Error de la víctima**

En razón de ello, en el caso del fallo traído a estudio deviene necesario adentrarnos en la falta de diligencia de la empleada del banco Industrial, por cuanto le era como mínimo exigible controlar que el cheque presentado pudiera ser cobrado; máxime teniendo en consideración los mecanismos informáticos a su disposición. Le bastaba con sólo mirar la pantalla de su computadora para detectar la orden de no pagar

---

<sup>3</sup> CNCP, sala II, causa 582, “Moccia, G.P.”, rta. El 11/3/1996.

librada en torno a dicho cartular y proceder al rechazo de su pago; esa era su función más básica, lo primero y casi único que debía hacer cuando se le presentó el cheque. Por ello, justamente, resulta inaudito lo manifiesto y tosco que fue este error.

En esa línea, esta falta total de prudencia y descuido por parte de una entidad bancaria no puede ser bajo ningún modo achacable a la imputada, cuando además –más allá del endoso realizado- se mostró en la ventanilla con sus verdaderos datos personales, incluso reafirmados por su Documento Nacional de Identidad.

El juicio erróneo en cabeza de la víctima, consecuentemente, no deriva del ardid o engaño atribuido a la imputada sino directamente de la falta de comportamiento adecuado que bajo las mínimas normas de seguridad debía haber tenido, especialmente si se recuerda que el hecho se produjo en la sede de una entidad bancaria.

### **5. Tentativa**

Además, corresponde descartar también la posibilidad de tentativa, puesto que tal como fuera sostenido por el voto del Dr. Días, no existió en el caso principio de ejecución de la acción, si se tiene en cuenta que éste habría sucedido cuando la víctima experimenta el error imputable al ardid del sujeto activo. Puesto que tal error fue producto de su propia actuación, contraria a las reglas de seguridad bancarias y no le es atribuible a Velázquez, se debe rechazar *in limine* tal pretensión.

Por otro lado, si se insiste con la idea de que la disposición patrimonial se dio, no a raíz del error al cual fue llevado por el engaño sino de la conducta notoriamente negligente de la víctima y se propone el encuadre de la estafa en una tentativa aparente con resultado, la consecuencia igualmente será la total atipicidad del accionar.

### **6. Subsunción en la figura del art. 172, inc. 2, del Código Penal**

Si bien no se ha tratado en profundidad en el fallo comentado la posibilidad de adecuar el hecho investigado bajo el tipo que prevé la apropiación de cosa habida por error o caso fortuito, lo cierto es que esta hipótesis resulta por demás sensata.

En primer lugar, debemos partir de la idea de que el cartular objeto de estudio era uno de los denominados “cheques al portador”.

Según la propia Ley 24.452, que regula los aspectos generales de los cheques, dicha clase de instrumento es transmisible mediante la simple entrega, y será abonado al tenedor que lo presente al cobro.

Ahora bien, claro está que a la imputada no le fue entregado el instrumento, sino que como ya se ha dicho, lo encontró y se lo apropió.

Luego de ello, se vislumbra lógico y de acuerdo a las formas establecidas para su cobro, que la imputada lo haya endosado con sus datos y se haya presentado con su DNI en la ventanilla del banco. Dicha conducta no es más ni menos que lo que debe hacer cualquier persona que tenga en su poder un “cheque al portador” y desee cobrarlo.

En esa línea, se ha dicho que quien encuentra el cheque es como si hubiera encontrado dinero y para conseguirlo no debe recurrir a ningún engaño adicional, situación distinta de aquel que –en la mayoría de los casos- deberá simular ser el dueño de la prenda<sup>4</sup>. Por ello, en este caso bastó sólo con que la portadora endosara el instrumento y lo presentara al cobro, identificándose.

En todo caso, la conducta que se le debe reprochar es habérselo apropiado con conocimiento de que era ajeno.

En efecto, la jurisprudencia ha afirmado que: *“La conducta de quien habiendo encontrado un cheque lo endosó a su favor, depositándolo en su cuenta para intentar cobrarlo, **constituye únicamente el delito de apropiación de cosa perdida**, pues el simple hallazgo de una cosa ajena perdida no adquiere relevancia jurídico-penal sino cuando se materializa inequívocamente la voluntad de apropiación, es decir, realiza actos comportándose como dueño de la cosa, sin observar las prescripciones del Código Civil. Los modos en que puede satisfacerse la conducta típica son variados, y*

---

<sup>4</sup>Soler, Sebastián: Derecho penal argentino, Buenos Aires: Tea, cuarta edición, décima reimpresión, pág. 464; Anaya, Justo Laje: Comentarios al Código Penal: Parte Especial, Volumen II, Depalma: Buenos Aires, 1979, pág. 161.

en gran medida la subsunción depende de la naturaleza de la cosa hallada, de las circunstancias de su hallazgo, y de la mayor o menor posibilidad de conocimiento que pudiese tener el agente acerca de la persona de su propietario para satisfacer los deberes del art. 2532 del Código Civil. En el de un título de pago circulatorio, a falta de prueba sobre actos consumatorios anteriores, debe entenderse que se consuma, a más tardar, o bien poniendo el título en circulación, o presentándolo al cobro. Teniendo en cuenta que el cheque es una orden de pago pura y simple pagadera a la sola presentación de su beneficiario, o de quien lo presente en el caso de los librados al portador, y que no es necesaria justificación de causa alguna para el cobro (arts. 1 y 23 del decreto-ley 4776/63), **no existe ardid cuando, como en el caso, se trata de un cheque al portador, que ha sido firmado por la tenedora para su cobro, pues ese endoso no hace a la justificación de título alguno, sino a una exigencia legal que según los casos acreditará la cancelación (art. 31) o permitirá distribuir las responsabilidades entre banco, librador y portador beneficiario (art. 37). No puede sostenerse entonces hipótesis de engaño alguno respecto de los empleados del banco girado que tramitarán su pago, pues ellos no están autorizados a indagar cómo la persona que lo presenta al cobro entró en posesión del cheque y deben pagarlo a la vista.** Si resulta en definitiva algún perjuicio patrimonial para el librador, o para el banco girado que pagó el cheque, ese perjuicio no es producto de un ardid que haya movido a alguna persona a error sobre el derecho a cobrar el cheque, sino de la apropiación misma”<sup>5</sup> (el resaltado me pertenece).

En definitiva, lo expuesto precedentemente no hace más que afirmar que la calificación que debió habersele imputado desde un principio es la de apropiación de cosa ajena –la que incluso prevé una pena de multa, que podría haber sido extinguida antes del inicio del juicio mediante el pago de su mínimo, cfr. art. 64 CP-, puesto que no existió engaño o ardid alguno en la presentación al cobro del cheque encontrado.

## **7. Conclusión**

Finalmente, como acertadamente explicó el Dr. Días, los elementos de la tipicidad objetiva, ardid o engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio, deben

---

<sup>5</sup> Tribunal Oral en lo Criminal n°9, causa n° 876, 14 de abril del 2000.

dejar de ser vistos desde el dogma causal naturalista, en el sentido de que el ardid causa el error, que a su vez causa la disposición patrimonial generadora de perjuicio, sino desde un prisma normativo.

Celebro entonces la interpretación de los hechos que los votos de la mayoría desarrollan en este fallo, que reivindica el papel del sujeto pasivo en el delito de la estafa y nos invita a pensar que, aún cuando a primera vista parezcan cumplidos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal en cabeza del sujeto activo, el error en el que incurre la víctima por su propia negligencia puede eliminar cabalmente el reproche penal que pesa sobre el primero.