

CRONICAS EXTRANJERAS

Comisión redactora del Código penal tipo para Latinoamérica

PONENCIA PRESENTADA POR LA COMISION CHILENA,
I SECCION, SOBRE "FRAUDES RELATIVOS A LA GES-
TION DE NEGOCIOS Y OPERACIONES FINANCIERAS"
(Julio, 1976)

A) FUNDAMENTACION

1. Se nos encomendó la tarea de preparar un anteproyecto de tipificación de infracciones de carácter pecuniario, más bien propias del gran desarrollo del mundo financiero y de los negocios modernos que de las clásicas figuras de fraude por engaño o por abuso de confianza.

En efecto, las figuras tradicionales del fraude aparecen concebidas básicamente como infracciones derivadas de negociaciones que se realizan entre dos partes, cada una de ellas en condiciones semejantes de igualdad jurídica, de capacidad comercial y de situación económica. Aparecen así las entregas fraudulentas, los engaños en la concertación o cumplimiento de negocios, y las múltiples formas del abuso de confianza, generalmente en la administración de un negocio ajeno.

No puede negarse, sin embargo, que las formas modernas de organización comercial y el enorme desarrollo de los medios de propaganda y publicidad, hacen posibles hoy día muchas formas de perjuicio del patrimonio ajeno que exceden largamente los límites de la clásica estafa bilateral, y que a veces presentan incluso características diferentes de aquélla. Por ejemplo, es corriente que una empresa realice una campaña de promoción de ventas para colocar acciones de una industria supuestamente en formación o para colocar lotes en plantaciones forestales o frutales, urbanizaciones o condominios, etc. Generalmente, quienes realizan tales inversiones son un número elevado de personas modestas, de escasos recursos, que mensualmente destinan sus pequeños ahorros a lo que creen una inversión segura para el porvenir. Si la empresa ha sido imaginaria, o los organizadores se alzan con el producto de las colocaciones, dentro de las disposiciones tradicionales sobre estafa sólo cabe mencionar tal conducta como "aparentar empresa o negociación imaginaria". Pero para ello es preciso identificar a las víctimas, y que éstas acrediten el perjuicio que individualmente hayan sufrido, pues la penalidad de los estafadores

dependerá de la cuantía del perjuicio experimentado por las víctimas. No obstante, salta a la vista que éstas, consideradas individualmente, por lo general no tienen ni tiempo, ni medios económicos suficientes para emprender una acción judicial contra los estafadores, y aun cuando decidan hacerlo, no estarán en condiciones de igualdad en cuanto a los profesionales que puedan atenderlos, a la disponibilidad de recursos para gastos y, en general, para hacer frente a un juicio largo y costoso. Por otra parte, es igualmente difícil reunirlos y organizarlos para hacerlos litigar "por una sola cuerda".

Existen, además, ciertas figuras relativas al patrimonio de personas determinadas, que son a nuestro juicio merecedoras de sanción penal, y que no se encuentran tampoco adecuadamente cubiertas por las formas tradicionales del fraude.

Finalmente, nos ha parecido necesario ocuparnos de los delitos que se cometen en la gestión de negocios sociales, incorporados ya a la mayor parte de los códigos modernos, pero ausentes de los códigos latinoamericanos de corte clásico, y que sin duda el proyecto tipo debe contemplar.

2. De acuerdo con lo expuesto, hemos dividido el proyecto en tres párrafos que agrupan las diversas figuras, más un cuarto que contempla una disposición común, todo ello bajo el epígrafe general de "Delitos Relativos a la Gestión de Negocios y Operaciones Financieras".

El primero de estos párrafos se titula "Fraudes en Operaciones Ofrecidas al Público". Como este título lo indica, se trata de sancionar aquí aquellas operaciones en que se solicita dinero de un número indeterminadamente grande de personas, en circunstancias que ponen de manifiesto el propósito de causarles perjuicio aprovechándose de su credulidad o ignorancia, y a veces provocándolas, mediante el abuso de las formas modernas de propaganda o publicidad.

Dos son las diferencias esenciales que separan las figuras de este proyecto de las tradicionales de la estafa. En primer término, no es necesario que las presuntas víctimas estén individualmente identificadas, y ni siquiera que se conozca su número con precisión. Y además, tampoco es necesario cuantificar pecuniariamente el fraude, pues la penalidad no depende del monto de éste.

El proyecto comprende cuatro artículos dentro de este párrafo. El artículo 1.º contiene el caso tal vez más corriente, y que punitivamente debiera ser más grave. Se trata de la conducta que consiste en solicitar públicamente capitales o créditos para una negociación o empresa imaginaria o manifiestamente desproporcionada con las posibilidades comerciales de la misma. Para el caso de que derivare de allí perjuicio para una o más personas en particular, se concede un margen facultativo de agravación de la pena, dejando al criterio del juez su determinación precisa, dentro de dicho marco, según "la magnitud del perjuicio y el número de personas defraudadas".

El artículo 2 pretende sancionar una de las formas más corrientes de negocios abusivos en el mundo actual: la que consiste en abusar de

la ignorancia, la credulidad, la enfermedad e incluso la vanidad del público, ofreciéndole productos alimenticios o farmacéuticos que no son tales, o atribuyéndoles supuestas propiedades casi milagrosas o infalibles. Se sanciona esta conducta cuando las informaciones proporcionadas fueren "falsas o manifiestamente exageradas", sobre la naturaleza o propiedades de tales productos. Esta figura difiere de los delitos contra la salud pública en que no se trata aquí de proteger la salud sino el interés pecuniario del público. Por tal razón, no se exige que los productos sean nocivos o estén deteriorados, sino que basta con la información falsa que engaña al público y le hace gastar su dinero en vano, para el solo provecho de los organizadores. No obstante, si de hecho los productos son nocivos, la conducta pasa a ser sancionada, según expresamente lo dispone el proyecto, conforme a las disposiciones sobre delitos contra la salud pública, o cualesquiera otras que contemplaren la conducta imponiéndole una pena superior a la de este artículo.

El artículo 3 contempla una forma también bastante frecuente de promoción o propaganda de negocios por los medios de difusión y las técnicas de publicidad. Se trata de los concursos o competencias que se ofrecen al público y que tienen como aliciente premios o recompensas, a veces muy considerables. No se trata aquí de sancionar los juegos de azar en sí mismos, cuya organización clandestina debe ser reprimida en otras disposiciones del Código Tipo, sino el hecho de faltar a las condiciones de equidad o imparcialidad que expresa o tácitamente se ofrecen al público, o que han sido impuestas con este fin por la autoridad, en aquellos países en que la organización de dichas competencias o concursos requiere el permiso previo de aquélla.

En el artículo 4 se sanciona una conducta semejante a la del artículo 1.º, de la cual difiere en que se trata de una firma o empresa no imaginaria, ni organizada con el fin de defraudar, pero que se encuentra en mal estado de negocios. La infracción consiste en ocultar maliciosamente este mal estado e inducir a terceros a invertir capitales en la firma u otorgarles créditos. El sujeto activo está restringido al representante o administrador de la sociedad en mal estado. Además, en este caso será preciso determinar quién ha sido la persona inducida, y el perjuicio real o eventual sufrido por ella. La figura exige dolo directo.

3. Los casos del segundo párrafo han sido agrupados con el epígrafe de "Abusos Fraudulentos y Deslealtad en los Negocios". Comprende tres figuras.

El artículo 5 sanciona al que estando obligado por un título legal o contractual a velar por intereses ajenos, los perjudicare intencionalmente. Sin duda presenta esta figura algún parecido con la tradicional de "Administración fraudulenta", pero aquí no es necesario que haya existido apropiación, ni lucro personal por parte del hechor. Nos parece que revisten mayor gravedad los casos en que la obligación de velar por intereses ajenos deriva de la ley, de las relaciones de familia o del testamento, y menor si proviene de un título contractual. La fi-

gura tiene una forma de menor penalidad cuando ha sido gravemente culposa, y una circunstancia agravante si el perjuicio se ha causado en provecho personal del agente.

El artículo 6, con una penalidad que debería ser más leve que la del caso anterior, sanciona a quien abusa de la inexperiencia o ignorancia de otro y lo induce a efectuar inversiones o especulaciones aventuradas, o abiertamente desproporcionadas con su fortuna, con el fin de perjudicarlo. También se contempla como circunstancia agravante el hecho de que tales inversiones o especulaciones fueren en beneficio del agente.

El artículo 7 contempla una forma muy frecuente de atentado contra el patrimonio ajeno, y que no encuentra adecuada sanción, ni en las formas clásicas de la estafa, ni tampoco en la figura de "competencia desleal", que algunas legislaciones modernas contemplan. En efecto, en nuestro proyecto no es necesario que los "rumores o informaciones falsos o tendenciosos" sean difundidos por un competidor comercial o con una finalidad de esta índole. Es suficiente con la conciencia del carácter falso o tendencioso del rumor difundido, y de su aptitud para causar grave perjuicio pecuniario o descrédito a una persona natural o jurídica. Debe tratarse, naturalmente, de un descrédito en el campo de los negocios o manejo de dinero.

4. El tercer y último párrafo del proyecto agrupa diversas figuras de fraude en la gestión de negocios sociales. El artículo 8 sanciona al representante o administrador de una sociedad que presenta balances o memorias falsos, sea a la autoridad, sea a la asamblea de socios (unque con distinta penalidad). Actualmente, en las legislaciones que no contemplan en forma expresa esta conducta, ella resulta de difícil encuadramiento en las figuras de falsedad documental, ya que la falsedad en este caso es de carácter ideológico, y por tanto en principio su penalidad está limitada al funcionario público que la comete, abusando de su oficio, en documentos también públicos. Estimamos que la penalidad de esta figura debe en todo caso ser inferior a las de los artículos 1.º, 4 y 9.

Es frecuente que en estos hechos participen, más o menos voluntaria o libremente, terceras personas que no revisten el carácter de administradores o representantes de la sociedad, como contadores, tenedores de libros, etc. Señalamos en forma expresa que su responsabilidad se rige por lo dispuesto en el artículo 36 del Código Tipo.

El artículo 9 sanciona a los representantes o administradores sociales que hicieren distribuir indebidamente dividendos o utilidades sin balance, o en desacuerdo con éste, o conforme a un balance falso. Esta figura intenta proteger el interés de los acreedores de la sociedad, y a la vez el de los propios socios que no estén enterados de lo improcedente del reparto y del consiguiente perjuicio para la buena marcha de los negocios sociales. Naturalmente, si la distribución de utilidades se hace conforme a un balance falso, esta figura desplazará a la anterior (por consunción), cuando la presentación del balance falso se haya hecho a la asamblea de socios.

Por fin, el artículo 10 sanciona diversas conductas que tienen en común la circunstancia de aprovecharse abusivamente de su calidad un representante o administrador de una sociedad, para utilidad propia, de un familiar o amigo o, en general, de un tercero, con perjuicio para la sociedad, por daño emergente o lucro cesante. Por su especialidad, esta figura desplazará, en su caso, a la del artículo 5, que sanciona en general al que causa perjuicio en los intereses ajenos por los cuales está obligado a velar.

5. En el último párrafo se contiene una disposición común a los artículos 4, 8, 9 y 10. El artículo 12 establece una inhabilidad, en caso de que el sujeto activo haya tenido la calidad de representante o administrador de una sociedad, consistente en la prohibición de desempeñar un cargo análogo por un determinado período de tiempo, y una sanción para el evento de infringirse la prohibición.

B) TEXTO DEL PROYECTO

I. *Fraudes en operaciones ofrecidas al público*

Art. 1.—El que solicitare públicamente capitales o créditos aparentando empresa o negociación imaginaria o manifiestamente desproporcionada con relación a las posibilidades comerciales de la misma, será sancionado con...

Si de tal sollicitación hubiere resultado perjuicio efectivo para una o más personas, la pena podrá ser aumentada de... a..., según la magnitud del perjuicio y el número de personas defraudadas.

Art. 2.—El que a sabiendas ofreciere en venta al público como productos alimenticios o farmacéuticos a especies que no tuvieren tales calidades, o proporcionando informaciones falsas o manifiestamente exageradas acerca de sus propiedades nutritivas, salutíferas o terapéuticas, será sancionado con...

Esta pena se impondrá siempre que la conducta no resultare sancionada más severamente en otra disposición legal.

Art. 3.—El que organizare operaciones ofrecidas al público en forma de concursos o competencias con premios o recompensas, y faltare a las condiciones de equidad o imparcialidad expresa o tácitamente señaladas al público, será sancionado con...

Si para realizar tales operaciones la ley exigiere permiso de la autoridad, incurrirá en la pena de... el que las organizare sin autorización competente, o faltare a las condiciones impuestas en el permiso para asegurar la corrección de aquéllas.

Art. 4.—El director, administrador, socio, apoderado, organizador, liquidador, representante o encargado a cualquier título de una sociedad que, a sabiendas del mal estado de los negocios sociales y ocultándolo maliciosamente, indujere a terceros a invertir capitales en la

firma o a otorgarles créditos, en condiciones que puedan ocasionarles grave perjuicio, será sancionado con...

II. *Abusos fraudulentos y deslealtad en los negocios*

Art. 5.—El que, estando obligado por la ley, por relaciones de familia o por testamento, a velar por intereses ajenos, los perjudicare intencionalmente, será sancionado con...

La pena será de... si la obligación proviniera de un título contractual.

Si dicho perjuicio se hubiere causado en provecho del autor, la pena se elevará a...

Se impondrá la pena de... si el perjuicio hubiere sido ocasionado por grave imprudencia o negligencia del autor.

Art. 6.—El que, abusando de la inexperiencia o ignorancia de otro lo indujere a efectuar inversiones o especulaciones aventuradas o abiertamente desproporcionadas con la fortuna de este último, con el propósito de perjudicarlo, será sancionado con...

Si tales inversiones o especulaciones fueren en beneficio del inductor, la pena será de...

Art. 7.—El que a sabiendas difundiere rumores o informaciones falsas o tendenciosas que pudieren causar grave perjuicio pecuniario o descrédito a una persona natural o jurídica, será sancionado con...

III. *Fraudes en la gestión de negocios sociales*

Art. 8.—El director, administrador, socio, apoderado, organizador o liquidador de una sociedad, que presentare a la autoridad un balance o memoria sustancialmente falso, será penado con...

Si tales balances o memorias se presentaren a la asamblea u otro órgano social sin presentarlos a la autoridad, la pena será de...

La responsabilidad de los terceros que participaren en estos hechos se regirán por lo dispuesto en el art. 36.

Art. 9.—Los directores, administradores, socios, liquidadores u organizadores de una sociedad que hicieren distribuir dividendos o utilidades sin balance, o en desacuerdo con éste, o conforme a un balance falso, serán penados con...

Art. 10.—Los directores, administradores o socios de una sociedad serán penados con... si:

a) Se interesaren por sí o por interpósita persona en negocios sociales en los cuales deban intervenir por razón de su cargo;

b) Gestionaren o acordaren una operación en favor de un tercero, a sabiendas que de ella puede derivar grave perjuicio a la sociedad, sea en forma de pérdida o de privación de una legítima utilidad;

c) Tomaren en préstamo dinero o bienes de la sociedad para sí o para terceros, o los usaren para fines distintos de los sociales, salvo en los casos en que la ley expresamente lo permita.

IV. *Disposición común*

Art. 11.—En los casos de los artículos 4, 8, 9 y 10, quienes hubieren sido condenados en virtud de sus disposiciones no podrán ser designados para desempeñar tales cargos en ninguna sociedad por el lapso de... Si de hecho fueren designados o los desempeñaren, sufrirán la pena de...

PONENCIA PRESENTADA POR LA COMISION CHILENA,
I SECCION, SOBRE “DEFRAUDACIONES”

EXPOSICION DE MOTIVOS

Corresponde ahora tipificar las conductas que constituyen atentados contra el patrimonio cometidos mediante fraude:

Hemos optado por el epígrafe “Defraudaciones”, para caracterizar este grupo de delitos, por estimar que es el más apropiado y exacto científicamente, por revestir a la vez la amplitud y la precisión necesarias, como enseguida veremos. Además, las figuras delictivas contenidas en los párrafos de nuestros Códigos penales que se refieren a esta clase de delitos, abundan en el empleo de la expresión defraudar y su variadas formas verbales.

La defraudación, como ha explicado con claridad SOLER, consiste en “toda lesión patrimonial producida con fraude”, añadiendo que “no es un tipo delictivo en el sentido de Beling, sino solamente la denominación genérica de una serie de tipos”.

La idea de *defraudación* comprende los requisitos, que son, un perjuicio pecuniario o lesión patrimonial para la víctima, y el fraude empleado por el sujeto activo.

Como se advierte, el contenido concreto del concepto “defraudar” viene a quedar establecido sólo cuando se precisan los perfiles del *fraude*: un medio de obrar que, lo mismo que la violencia y la clandestinidad, la ley ha estimado especialmente reprobable, al punto de sancional penalmente el atentado patrimonial que se comete con su empleo.

El fraude, a diferencia de la violencia, es un medio de obrar “inmaterial”, que puede ser definido como el proceder engañoso o abusivo de confianza de que se vale una persona para obtener un resultado antijurídico, el cual, tratándose de una defraudación patrimonial, debe consistir en un daño pecuniario. De otro modo, el fraude es, como elemento integrante de la defraudación patrimonial, el *engaño* o el *abuso de confianza* que se emplea en la producción de una lesión patrimonial.

Los delitos denominados “defraudaciones”, comprenden una variada gama de figuras, que se agrupan, según el medio fraudulento

empleado (engaño o abuso de confianza), en torno a dos tipos legales fundamentales (pero no exclusivos): la estafa y la apropiación indebida.

DEFRAUDACIONES MEDIANTE ENGAÑO

Nos ocuparemos, en primer lugar, de las defraudaciones cometidas con engaño, que son la *estafa* y la *entrega fraudulenta*, comenzando por la estafa.

A) *La estafa*

El anteproyecto innova fundamentalmente en lo que ha sido hasta ahora la tradición de las legislaciones latinoamericanas (basadas en la española), que han sancionado en sus respectivos textos positivos, un casuismo exagerado, del todo inútil y que ha dado lugar a dificultades de interpretación y hasta vacíos, pues resulta imposible enumerar taxativamente todos los casos de estafas posibles. Este casuismo, como todos los de su especie, presenta una esencial e insalvable contradicción: persigue, desde luego, abarcar todas las hipótesis merecedoras de castigo, sin percatarse que al mencionar sólo un número determinado de casos, por impresionante que sea el catálogo, se están excluyendo los demás, que siempre existen como posibles, por previsor e imaginativo que sea el legislador.

El referido casuismo se expresa en la mayoría de los Códigos citados de dos maneras diferentes: por un lado, se contempla una disposición de carácter más o menos general (en la que se intenta, en cierta manera, una definición del delito) que alude a ciertos medios engañosos específicos empleados en la producción de la lesión patrimonial, para terminar expresando que la sanción también se aplica a los que se valen, en la causación del perjuicio, de cualquier otro engaño *semejante* a los enumerados, de donde se sigue que los distintos a ellos no quedan comprendidos en este tipo legal. Por otro lado, se describen, en variados y numerosos preceptos, conductas que se encuadran en la disposición más o menos general (y definitiva) citada, por lo que aquéllos vienen a resultar superfluos.

Para terminar con esta situación es preciso hacer un enfoque totalmente distinto, como el que se efectúa en este anteproyecto, donde se contemplan sólo dos disposiciones: una que contiene una definición general y sintética de estafa, en la cual se encuadran todas las formas posibles de comisión de este delito, incluidas, por cierto, las que actualmente aparecen descritas en disposiciones separadas en los Códigos Latinoamericanos (1); y otra, con una pena menor, que prevé una forma privilegiada de estafa, en que no se requiere del ardid.

(1) Los llamados por la doctrina española y latinoamericana "fraudes por engaño impropios", no se incluyen, por cierto, dentro de la definición de estafa propuesta en el anteproyecto, precisamente por no ser verdaderos fraudes por engaño, y atacar, en definitiva, otros bienes ju-

La definición de estafa del anteproyecto contiene los cuatro elementos que la doctrina moderna exige unánimemente para configurar este delito: el engaño utilizado por el agente (al que se alude con las expresiones “falsas apariencias”, queriendo significar la necesidad del ardid, esto es, alguna exterioridad que refuerce las puras expresiones verbales mentirosas); el error de la víctima de la conducta engañosa (error que puede ser originado, mantenido (2) o reforzado con dicha conducta, como la acepta la doctrina mejor fundada); la disposición patrimonial que efectúa la víctima del engaño, que puede adoptar múltiples y variadas manifestaciones (activas y omisivas), no siendo del caso entrar a precisarlas en una definición legal; y el perjuicio pecuniario que debe derivarse, ya para el patrimonio de un tercero, del cual en el hecho tenía poder de disposición el engañado. Se destaca en la definición la relación causal que debe existir entre estos elementos.

El anteproyecto incluye, como figura privilegiada, otra forma de estafa, que se diferencia de la anterior en cuanto se sancionan aquí las “simples mentiras” que no constituyen ardid, sino que representan más bien un abuso de la credulidad o ignorancia ajenas, muy frecuente en la realidad de nuestro medio, lo que aconseja, por lo mismo, su represión penal, si bien con menor severidad que la empleada para castigar la estafa tradicional, atendida también la circunstancia de que generalmente se trata de ocasionar perjuicios de pequeño monto.

Algunos Códigos contemplan en tipos especiales algunas otras formas de fraude por engaño, tales como el estelionato, el abuso de aparatos automáticos, el proporcionarse, mediante procedimientos astutos, servicios en forma gratuita, la estafa de seguro y otros. A continuación se expresa el criterio que ha tenido la Comisión para estos casos.

En lo que respecta al estelionato, la Comisión estima que para

ridicos, o constituir formas distintas de tentar en contra del patrimonio de las aquí contempladas. No significaría ningún progreso para nuestra disciplina incluir preceptos especiales destinados a prever esos casos de fraudes por engaño impropios, lo que deben ser, de plano, excluidos definitivamente del párrafo correspondiente a los fraudes mediante engaño.

(2) Pudiera pensarse, a primera vista, que la expresión “mantenga”, usada en el anteproyecto, es inconveniente, por cuanto vendrían a quedar incluidos dentro de la estafa los casos en que el sujeto simplemente se aprovecha de un error en el que se encuentra otra persona, no sacándola del mismo. No es ese, sin embargo, el alcance correcto del referido vocablo (*mantenga*), pues la doctrina mejor fundada entiende que ese simple aprovechamiento no basta, sino que se exige, de todas maneras, que el sujeto activo realice acciones positivas tendientes a mantener en el error a una persona que ya se hallaba en él. Ese es el sentido que la doctrina alemana, por ejemplo, atribuye a la voz “mantener”, que hemos preferido mencionar expresamente en la definición, para evitar posibles interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales en el sentido que las acciones de mantención en el error que hemos señalado, no constituyen el hecho de *originar* el error, por lo cual deben quedar fuera de los límites típicos de la estafa, lo cual es inaceptable. Análogas razones nos han inducido a mencionar en forma expresa la hipótesis de *reforzamiento* del error en el que se encuentra la víctima de la conducta engañosa.

ser punible deben concurrir los requisitos del delito de estafa, por lo que no se justifica una descripción separada: será punible en la medida en que pueda encuadrarse en esta última previsión legal.

En lo que se refiere al abuso de aparatos automáticos, en los que no hay una persona engañada, y a otros casos en los que la acción consiste en aprovecharse astutamente de las circunstancias para obtener un servicio en forma gratuita (por ejemplo, entrar sin boleto a espectáculos públicos o viajar en tren o bus sin pagar el pasaje), como ocurre con la llamada "gorronería", la Comisión estima que tales hechos deberían sancionarse sólo a título contravencional, motivo por el cual no se propone la redacción de las correspondientes figuras, puesto que el Código Tipo no se ocupa de esta clase de infracciones. Debe tenerse presente, eso sí, que en los casos en que el aparato automático proporciona cosas, y existe la correspondiente apropiación, hay hurto, lo mismo que en las demás situaciones en que el servicio obtenido consiste en alguna cosa de la cual el hechor se ha apropiado, como ocurre en la "gorronería" si el servicio suministrado consiste en bebidas o comidas.

Finalmente, se ha examinado la situación de la estafa de seguro, concluyéndose que si no se exige ánimo de lucro, esta figura no se diferencia fundamentalmente de la estafa, razón por la cual también se ha estimado innecesario describirla en forma apartada.

B) *La entrega fraudulenta*

Esta figura delictiva, que aparece encabezando el párrafo pertinente de algunos de nuestros Códigos (lo mismo ocurre en el Código penal español, del cual fue tomada), la comete el que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio.

En la segunda forma de fraude por engaño contemplada en nuestros Códigos.

Aunque alguna vez se ha puesto en duda la necesidad del engaño para configurar este tipo, actualmente, tanto la doctrina española cuanto la latinoamericana, es unánime en exigirlo, por lo que no son necesarias mayores consideraciones a este respecto.

Lo que sí requiere una explicación es la autonomía de la estafa que en el anteproyecto se da a esta figura defraudatoria, puesto que prácticamente la unanimidad de la doctrina la asimila, conceptualmente, a la de estafa, no encontrando diferencias esenciales entre ellas. Sólo unos pocos autores, muy al pasar, hacen presente que la figura de entrega fraudulenta tiene existencia autónoma y que contempla casos que no son asimilables a una estafa propia, pero no señalan con precisión aquellas hipótesis de entrega fraudulenta que se apartan de los postulados de la estafa.

La figura de entrega fraudulenta es una forma de defraudación patrimonial cometida con engaño, que comprende casos de verdaderas

estafas y casos no encuadrables en este último tipo legal, por lo que se justifica una tipificación separada.

En síntesis, los casos de entrega fraudulenta que no constituyen estafa son aquellos en los que falta la relación de causalidad entre la conducta engañosa y el perjuicio, requisito que la doctrina unánimemente reclama para la existencia de la estafa. Falta esa relación causal, en general, en dos grandes tipos de casos: a) cuando siendo el título obligatorio un contrato bilateral, es la víctima (el acreedor de la obligación de entregar que pesa sobre el sujeto activo la que cumple primero su prestación, ya que siendo en tales casos el engaño (que debe referirse o recaer sobre la *entrega* de las cosas, puesto que este delito es un *incumplimiento* de obligación civil realizado con engaño); posterior a la prestación del sujeto pasivo (disposición patrimonial que produce el perjuicio), no puede afirmarse que haya sido su causa; b) cuando el título obligatorio es de tal índole (por ejemplo, no es un contrato bilateral) que el único obligado es el sujeto activo (deudor de la obligación de entregar), pues no existiendo disposición patrimonial alguna efectuada por la víctima (el acreedor de la obligación), falta un elemento de la estafa: el acto de disposición patrimonial realizado por el engañado, que a la postre causa el perjuicio. En este último grupo de casos el título obligatorio puede ser un cuasicontrato (por ejemplo, aceptación de herencia o legado), un delito de cuasidelito civil o la propia ley (por ejemplo, las restituciones mutuas a que da origen la declaración de nulidad de los contratos); en todos ellos hay un sólo obligado (el sujeto activo) y falta el acto de disposición patrimonial de la víctima del engaño que causa el perjuicio, característico y esencial en toda estafa.

En lo que dice relación con la agravación de estas figuras, la Comisión estima preferible circunscribirse a sólo dos situaciones bien claras en las que aparece manifestada la mayor reprochabilidad del agente, como ocurre en los casos en que, para cometer el delito, se vale de su calidad de funcionario público, o cuando el agente, atendido su oficio o tráfico, se encuentra en una posición privilegiada o ventajosa respecto de la víctima, de manera que le resulta más fácil llevar a cabo su propósito delictivo, por la dificultad o imposibilidad de esta última de percatarse del engaño de que está siendo objeto. En ambas situaciones se produce una evidente desigualdad de posiciones entre sujeto activo y sujeto pasivo, en favor del primero, que abusa de la situación en que se encuentra, lo que aconseja, desde un punto de vista político criminal, una mayor sanción que en aquellos casos en que dicha desproporción no se da o no es tan notoria.

FIGURAS DE FRAUDE MEDIANTE ENGAÑO

1. Estafa

Art. 1.—El que mediante falsas apariencias origine, mantenga o refuerce un error en otra persona, que la determine a realizar un acto.

de disposición patrimonial que cause un perjuicio en su propio patrimonio o en el de un tercero, será sancionado...

Art. 2.—El que mediante simples mentiras abusare de la credulidad o ignorancia de otro, determinándolo a realizar un acto de disposición patrimonial que cause un perjuicio en su propio patrimonio o en el de un tercero, será sancionado...

2. Entrega fraudulenta

Art. 3.—El que perjudicare a otro engañándolo acerca de la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será sancionado...

3. Circunstancias agravantes

Art. 4.—Prevalerse el agente, para cometer el delito, de su carácter de funcionario público.

Art. 5.—Cometer la defraudación aprovechándose el agente de la situación privilegiada o ventajosa en que se encuentra respecto del sujeto pasivo, por la naturaleza de su oficio o tráfico.