

**EL FIDEICOMISO
DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL
LA DEFRAUDACIÓN FIDUCIARIA¹
CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL TIPO PENAL**

Mariano Cúneo Libarona

Examinaremos diferentes aspectos de interés vinculados al delito de defraudación fiduciaria.

1. Ubicación sistemática. La figura

La ley 24.441 de financiamiento de la vivienda y de la construcción² en el Título XI, concretamente, en su artículo 82, incorporó al capítulo denominado “estafas y otras defraudaciones” del Código Penal, que integra el Título VI del Libro II del ordenamiento punitivo, distintos tipos penales. Entre ellos se encuentra, precisamente, la figura prevista en el inciso 12 del artículo 173 del Código Penal que reprime, con la misma pena que la establecida para el delito de estafa, al “*titular fiduciario que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los contratantes*”.³

¹ Este nombre lo adoptó MAIULINI, Federico en su trabajo “La defraudación fiduciaria” (análisis y problemas del art. 173, inc. 12, Cód. Penal), publicado en la Revista de Derecho Penal, 2001-II., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 207 y sigtes. y lo seguimos con BAEZ, Julio C., “Aspectos penales del fideicomiso financiero. La defraudación fiduciaria (art. 173, inc. 12 del Código Penal)”, que integra la obra de GHERSI, Carlos A., “Fideicomiso”, editado por Editorial Universidad y cuyos lineamientos adoptamos en este trabajo. Edgardo A. Donna, en su labor desarrollada sobre los delitos contra la propiedad, lo denominó “Defraudación del titular fiduciario” en su obra “Derecho Penal. Parte Especial”, t. II-C, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 491.

² Ampliamente, CARREGAL, Mario A., en cuanto a “El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441”, LA LEY, 29/03/2007.

³ En cuanto a sus antecedentes, cfr. CUNEO LIBARONA, Mariano y BÁEZ, Julio C., ob. cit.

2. El bien jurídico-penal tutelado

La nueva norma penal tutela “la propiedad”. En efecto, el legislador lo ubicó, concretamente, entre las distintas figuras defraudatorias que integran el Libro II, Título VI del Código Penal denominado “delitos contra la propiedad”.

El autor del delito transgrede, precisamente, la obligación que tiene de obrar en beneficio de quien se designa en el contrato (beneficiario) y lo hace en su favor o en el de un tercero, con lo cual ocasiona un perjuicio patrimonial.⁴

Dentro del concepto de propiedad, la figura en examen protege los bienes que integran la fiducia sobre los cuales ostentan intereses legítimos los cocontratantes del contrato celebrado con el titular fiduciario (luego, al analizar al sujeto pasivo, veremos quiénes son).

3. El abuso de confianza

Este tipo delictivo ha sido estructurado bajo la forma de abuso de confianza.

En efecto, en este delito el sujeto pasivo (la víctima) entrega el bien (disposición patrimonial), que ingresa a un ámbito de dominio del sujeto activo (autor) y, con posterioridad, emerge el dolo y se desarrolla la acción típica que ocasiona el detrimento patrimonial. Por ello, en los casos de abuso de confianza el dolo del agente es posterior (“ex post”), vale decir que aparece luego de que las partes hayan formulado el acuerdo lícito⁵ y se hubiese efectuado la disposición patrimonial.

⁴ Se considera que el término propiedad –bien afectado– no se reduce al sentido de propiedad empleado en la Constitución Nacional o al de dominio de la ley civil (Código Civil, art. 2506), sino que incluye todo el patrimonio de una persona, como ser los derechos reales y los personales, bienes materiales e inmateriales y todos los intereses apreciables en general que posee el hombre (cfr. MAIULINI, Federico, ob. cit., p. 211).

La protección penal al ámbito de la propiedad en general se extiende tanto a la posesión, tenencia, dominio y demás derechos reales cuanto al poder sobre las cosas procedente 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 (p. ej., derecho al pago de una indemnización por daños), en tanto pertenezcan a una determinada persona física o jurídica (cfr. CREUS, Carlos, “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, Ed. Astrea, p. 409).

⁵ En los supuestos de defraudación el dolo se ubica en el inicio mismo de la relación, en una etapa anterior a la disposición patrimonial que realiza el sujeto pasivo (MILLAN, Alberto,

La defraudación fiduciaria (y los tipos penales creados por la aludida ley) reúne las características enunciadas para los abusos de confianza en tanto exige la existencia de un acuerdo inicial lícito entre los contratantes. Esta conducta no requiere la existencia de un ardid o engaño como el delito de estafa para que se produzca el perjuicio, sino el abuso de los poderes de dominio que ejerce el autor en virtud de un acto jurídico anterior preexistente. Se concreta, pues, en nuestro caso, una voluntad libre, no contaminada por ningún ardid o engaño desplegado por el autor del delito. La relación inicial es lícita y, por lo tanto, el consentimiento no se encuentra viciado.

Por ello se advierte que es presupuesto del delito que el agente ejerza un poder sobre el bien que emerge por disposición del acuerdo concertado.

4. Acciones típicas

Generalmente, se ha sostenido que el resultado común de los delitos contra la propiedad no es el de alterar el patrimonio del sujeto pasivo, sino el de disminuirlo, reduciendo su activo o aumentando el pasivo.⁶

Pues bien, en orden al tipo penal analizado el prestigioso autor *Jorge E. Buompadre*⁷ afirma que el delito se tipifica cuando el titular fiduciario, persiguiendo un beneficio propio o de un tercero, dispone (vende, cede, dona, etc.), grava (hipoteca, prenda) o perjudica (daña⁸, oculta, destruye, etc.) los bienes fideicomitidos.

⁶“Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 16 y sigtes.).

⁶ SOLER, Sebastián en su obra “Derecho Penal Argentino”; CREUS, Carlos, ob. cit., p. 410, entre otros.

⁷ BUOMPADRE, Jorge E., “Nuevos delitos contra la propiedad” en “Derecho Penal y Procesal Penal” homenaje a Carlos Alberto Contrera Gómez, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 140 y “Derecho Penal. Parte Especial”, t. II, Mave, Corrientes, 2000, p. 176 y sigtes.

⁸ Aunque aclaramos que Donna, señala que la simple destrucción de la cosa, sin la búsqueda del beneficio que exige la figura, no resultará típica. Y agrega al respecto que tampoco podría aplicarse el delito de daño simple, acuñado en el artículo 183 del Cód. Penal, por cuanto el autor es el dueño de la cosa dañada –ob. cit. p. 493–. En el mismo sentido, HERBEL y TROVATO, ob. cit., p. 796.

En consecuencia, siguiendo la descripción de la figura, *las acciones* (verbos típicos) consisten en (i) disponer, (ii) gravar o (iii) perjudicar los bienes. Veamos, pues, el contenido y alcance de cada uno de estos actos.

Dispone quien enajena el bien. Grava quien constituye un derecho real de garantía (hipoteca, prenda, etc.).⁹ Perjudica quien despliega una acción tendiente a provocar un perjuicio sobre el bien, quebrantando la fidelidad dispensada, por el cual se disminuye el valor de los intereses confiados.

Como señala *Donna*, esta última acción la de perjudicar “permite ampliar la gama de posibilidades que presentan las acciones punibles puesto que no se circunscriben a una sola actividad e incluye la forma omisiva como, por ejemplo, el abandono, la destrucción, la inutilización, la mutilación, el ocultamiento”, el no ejercicio en defensa de los bienes fideicomitidos (art. 18, ley 24.441), la omisión de cobro de créditos, es decir, todo lo que puede hacer el autor en perjuicio de los bienes entregados en fideicomiso.¹⁰

Como vemos, el delito puede llevarse a cabo mediante una acción o una omisión.

Pero no todo queda allí, prosigamos examinando la figura.

5. El fraude a los derechos de los cocontratantes

Como señala *Maiulini*¹¹ no toda acción dirigida por el titular fiduciario a perjudicar los bienes fideicomitidos resulta punible en sí misma, sino que sólo lo es aquella que además *defraude* los derechos de los cocontratantes.¹²

⁹ El gravamen es un acto de disposición, por lo cual su descripción resulta una reiteración.

¹⁰ DONNA, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, t. II-B-, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 495, y, en el mismo sentido, HERBEL, Gustavo A. y TROVATO, Gustavo F., “La responsabilidad penal del fiduciario (análisis del art. 173, inc. 12, Cód. Penal)”, en JA, 1988-III-790, p. 794.

¹¹ MAIULINI, Federico, “La defraudación fiduciaria (análisis y problemas del art. 173 inc. 12 del Código Penal)”, ob. cit., p. 214.

¹² Por ello la norma penal establece “Y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes” (textual).

Por ello no es delito disponer o gravar los bienes que integran el fideicomiso (lo cual, por lo demás, autoriza expresamente la propia ley 24.441 –art. 17– en caso de que así lo requiera el negocio fiduciario)¹³, salvo que ese acto sea llevado a cabo deliberadamente para defraudar los derechos de los cocontratantes.

Por su parte, *Herbel y Trovato*¹⁴ analizan la conducta del fiduciario que dispone o grava los bienes en función de tres actos, que consideran punibles, que son los realizados:

- a) sin el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, en caso de que se hubiese pactado la necesidad de contar con su asentimiento,
- b) fuera de los fines del negocio fiduciario,
- c) excediendo los límites de su gestión e infringiendo la forma de actuación del buen hombre de negocios¹⁵ (art. 6, ley 24.441).

Por otro lado, sostienen que cuando el agente dispone o grava los bienes con el consentimiento pactado del fiduciante, la conducta resulta atípica por cuanto estamos frente a un interés jurídico-penal protegido que puede ser dispuesto por su titular¹⁶ y no se crea un peligro jurídicamente desaprobado.¹⁷

6. El objeto sobre el que recae la acción

Sin duda es el bien fideicomitado, es decir, como lo expusimos, cualquier clase de bienes, derechos (cosas u objetos incorporales) y universalidades ju-

¹³ Sin que para ello resulte necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario.

¹⁴ HERBEL, Gustavo A. y TROVATO, Gustavo F., ob. cit., p. 794.

¹⁵ Si bien no existen muchos precedentes sobre el tema, vale la pena compulsar el trabajo de BAEZ, Julio C., “La defraudación fiduciaria”, LA LEY, 2006-E, 718, en el que examina un fallo judicial y los distintos elementos del delito.

¹⁶ Obviamente, se trata de un consentimiento prestado libremente por una persona capaz, en todos los restantes requisitos que exige el consentimiento para tener relevancia penal.

¹⁷ Agregamos que, sin perjuicio que no se concreta el tipo objetivo, tampoco, en ese supuesto, existiría un fraude a los derechos de los cocontratantes, propio del tipo subjetivo que estamos evaluando.

rídicas, que deben ser determinados, e integraron el contrato celebrado entre las partes.

Por lo tanto, si la acción recae sobre otro bien diferente, el hecho no configura esta conducta, sin perjuicio que se concreten las exigencias de otro tipo penal distinto.

7. El sujeto activo

Se trata de un autor especial, por cuanto *sólo puede ser autor del delito el titular fiduciario*, es decir, quien tiene el dominio fiduciario (cfr. términos de la ley 24.441, arts. 5 y 19 y ley 25.284, arts. 8 y 9).¹⁸

Se trata, como vemos, de un delito especial propio, en los que se incluyen como autores sólo a ciertas personas que revisten características particulares, que resultan “especialmente caracterizadas” o que cuentan con “elementos objetivos de autoría”. El tipo especial propio, lo aclaramos, describe una conducta que sólo es punible a título de autor, si es realizada por ciertos sujetos que tienen un deber especial y cuyo quebrantamiento constituye el fundamento de la punibilidad de la acción, de modo que otras personas que la ejecuten no pueden ser considerados autores de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta.¹⁹

Si el titular fiduciario resulta una persona jurídica, en los términos de nuestra legislación penal actual, no será punible por cuanto carecen de capacidad de acción y culpabilidad y, a nuestro juicio, sólo serán responsables penalmente, en forma personal, los integrantes del ente ideal que intervinieron material o intelectualmente en el hecho.²⁰

¹⁸ En cuanto a “las obligaciones del fiduciario”, cfr. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo en LA LEY del 3 de junio de 2005 y el fallo “Consorcio de Propietarios Edif. L. N. Alem” de la CNCom., sala C, 2005/02/22, LA LEY, 2005-B, 669.

¹⁹ ROXIN, Claus, “Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal”, Tr. Joaquín Cuello Contreras, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998; MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, 6ª ed., Ed. Reppertor de Barcelona, España, p. 225, entre otros.

²⁰ En nuestro sistema penal, como en casi todos los provenientes del derecho continental europeo, rige el principio por el cual las personas jurídicas no pueden delinquir (sólo se puede aplicar sanciones administrativas o civiles). En cambio, para la cultura jurídica anglosajona es admisible la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido merece destacarse, aunque en un delito tributario, el voto del Dr. Roberto Hornos, integrante de la sala B de la

8. El sujeto pasivo

El tipo penal alude exclusivamente a “los cocontratantes”.²¹

Empero, como lo señalamos anteriormente, la norma en estudio dirige su protección hacia el bien propiamente dicho y los derechos que recaen sobre el mismo. En consecuencia, la acción infiel del fiduciario perjudica al fiduciante que es parte del contrato fiduciario o constituyente del fideicomiso y al fideicomitente (el tercero beneficiario).²²

9. El tipo subjetivo

En cuanto al aspecto subjetivo entendemos que el delito sólo puede ser cometido mediante dolo²³ directo o de primer grado por cuanto el autor per-

Cámara Penal Económico, en los autos “Organización Protección Industrial S.A.”. Sostuvo el distinguido magistrado que “no cabe suponer que por la ley 24.769 se estableció la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, toda vez que aquella norma prevé que sólo podrán ser penalmente responsables por la comisión de alguno de los delitos previstos por la ley citada aquellos que en nombre o con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal hubiesen intervenido en el hecho punible (confr.art. 14 ley 24.769 –Adla, LVII-A, 55-). Conforme al texto legal, la intención del legislador fue rechazar la posibilidad de establecer responsabilidades objetivas con respecto a las personas físicas que se desempeñan en las entidades mencionadas con exclusivo fundamento en el rol que ocupan en aquéllas, como ha expresado este tribunal por pronunciamientos anteriores (confr. regs. 464/1998, 539/1998, 753/1999, 310/2001 y 976/2002 de esta sala B; entre otros), y en manera alguna se estableció la posibilidad de responsabilizar penalmente a una persona jurídica por la comisión de alguno de los delitos previstos por la ley 24.769”.

Respecto a las nuevas tendencias que propician la sanción del ente ideal, cfr., CUNEO LIBARONA, Mariano y BAEZ, Julio C., ob. cit., que integra la obra “Fideicomiso” de Carlos A. Ghersi, ob. cit.; ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura en “Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas”, Ed. Aranzadi, 2ª ed., p. 19 y sigtes.; SALDAÑA, Quintiliano en “Capacidad Criminal de las Personas Morales”, Madrid, Reus, 1927; Prof. Barrero Santos en “¿Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas?”, Rev. de Derecho Mercantil, 1957; TIEDEMAN, Klaus en “Estudios de Derecho Penal Económico”, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 68, entre otros.

²¹ En cuanto a las dificultades que presenta ese término, cfr., MAIULINI, Federico, ob. cit., p. 215; DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 497 y HERBEL, Gustavo A. y TROVATO, Gustavo F., ob. cit., p. 797, quienes estiman que se hubiesen evitado problemas de interpretación con el vocablo “participantes”, “protagonistas” o “intervinientes”.

²² DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 496.

²³ Es conteste la doctrina en considerar al dolo como “El conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo”; en tal sentido STRATENWERTH, Günter, “Derecho Penal” –Parte

sigue la comisión del hecho punible²⁴ Existe conocimiento de la acción junto con sus consecuencias.

Descartamos, pues, el dolo indirecto o de segundo grado en el cual el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como inevitable, seguro (o prácticamente seguro) que su actuación dará lugar al delito y el dolo eventual o dolo condicionado en el que al autor se le aparece el resultado como posible (eventual).

Fundamos nuestra postura en que la acción típica debe ser por exigencia legal dirigida con la voluntad expresa de defraudar “los derechos de los contratantes” lo cual, obviamente, sólo puede ser obtenido mediante el conocimiento y el designio directo (querer) de realizar la situación objetiva descripta por el tipo del injusto (dolo natural).

Por lo demás, cabe añadir, finalmente, que la acción descripta en el tipo penal debe necesariamente contar con un elemento especial o ingrediente subjetivo específico²⁵, distinto del dolo, que integra el tipo subjetivo: el designio directo de obtener un “beneficio propio o de un tercero” que se traduce en un obrar del autor dirigido a obtener un provecho patrimonial.

El beneficio aludido, que en otros comportamientos delictivos puede desbordar el marco económico en el que normalmente se patentiza afectando a otras áreas del bienestar, en el caso, debe restringirse al aspecto crematístico o pecuniario, de manera que se excluye cualquier otro beneficio que no sea traducible en dinero.

General-, 2ª ed., tr. Gladys Romero, Ed. Edersa, 1982, p. 92; WELZEL, Hans, “Strafrecht”, 13, I, 11; MAURACH, Reinhart, “Derecho Penal” –Parte General-, 7ª ed., tr. Jorge Bonfill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Ed. Astrea, 1994, t. I, p. 393; ROXIN, Claus, “Derecho Penal” Parte General, t. I, Ed. Civitas, p. 415; Bacigalupo, Enrique, “Manual de Derecho Penal”, Ed. Temis, 1996, p. 103; Paz M. de la Cuesta Aguado, “Tipicidad e imputación objetiva”, Ed. Jurídicas Cuyo, 1998, p. 75; entre otros.

²⁴ En el mismo sentido DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 497; BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 238; MAIULINI, Federico, ob. cit., p. 218/9.

²⁵ Herbel y Trovato se inclinan por sostener que es un elemento objetivo del tipo lo cual importa que, ante su inexistencia, de concretarse los restantes requisitos objetivos y el tipo subjetivo, estaremos frente a una tentativa y no a un delito consumado ob. cit., p. 796.

Por todo lo expuesto, la causación imprudente de un perjuicio al patrimonio no resulta delito y sólo podrá encontrar respuesta en el ámbito del Derecho Comercial.²⁶

10. Consumación y tentativa

En otro tramo del trabajo señalamos que el delito comulgaba con las prescripciones de los abusos de confianza. Participando de ese género, como comportamiento de resultado²⁷ que es la defraudación fiduciaria, entendemos que el delito se agota con el detrimento patrimonial por parte del ofendido cocontratante. Por ello, postulamos que el perjuicio patrimonial efectivo es el punto tangencial del perfeccionamiento del delito. Rechazamos, por ende, la posibilidad de perjuicio o perjuicio potencial que alguna doctrina acepta para la administración infiel, luego de la reforma introducida a este delito por la ley 17.567 (Adla, XXVII-C, 2867).²⁸

Por ello, para la consumación del delito se requiere la causación del perjuicio y no resulta necesario que se concrete el beneficio para el autor o para el tercero (que configura un elemento subjetivo especial que integra el tipo subjetivo, no el objetivo que requiere la norma).²⁹

²⁶ Como ser una operación que resultó desventajosa, pero se enmarca dentro de un accionar razonable y diligente, propio de un riesgo empresario, en el que el autor obró sin dolo, sin voluntad de fraude o sin perseguir un indebido beneficio propio o de un tercero.

²⁷ Los delitos de resultado (a diferencia de los delitos de mera actividad) son aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro del bien, separada espacial y temporalmente de la acción del autor.

²⁸ En opinión de Guillermo Navarro, ("Quiebra y otros fraudes al comercio y a la industria", Pensamiento Jurídico Editora, Buenos Aires, 1982, p. 122 y sigtes.; "Fraudes", Nuevo Pensamiento Judicial, Buenos Aires, 1994, p. 120 y sigtes.) luego de la modificación de la versión primigenia del Código Penal, la administración infiel ha llegado a admitir dos variantes, una de las cuales amalgama el perjuicio potencial. El daño potencial –según el autor– parece asimilable en la actual estructura del texto legal desde el perfil del exceso de facultades en que pudiese incurrir el agente al obligar abusivamente al titular del patrimonio.

²⁹ Estamos, pues, en presencia de un delito de "resultado cortado" o "consumación anticipada". Para que el tipo se consume no es necesario que el beneficio buscado por el autor se logre, sino que es suficiente con la causación del perjuicio patrimonial en la víctima –Donna en su obra "Teoría del Delito y de la Pena", t. II, p. 81–. Recordemos, en ese sentido, que el tipo penal establece que la ventaja patrimonial es sólo un elemento subjetivo del tipo, un propósito que debe acompañar a la acción.

Y tampoco se necesita, como paso previo, el deber de rendición de cuentas (art. 7 de la ley 24.441)³⁰, si es que el perjuicio surge de otros elementos. Pero

³⁰ 1. En cuanto a la procedencia de la rendición de cuentas y la diferencia entre el negocio fiduciario y la simulación relativa, cfr., CNCiv., sala A, 2005/03/09, "Pereyra, Andrés L. c. Vilar, Concepción", LA LEY, 2005-D, 6.

2. En lo demás, mucho se ha discutido respecto a si el juicio de rendición de cuentas promovido en sede comercial constituye una cuestión prejudicial. Según una tendencia que se ha ido extendiendo, la iniciación de un juicio por rendición de cuentas ante la justicia comercial impone que ante dicha sede deban ventilarse todas las cuestiones relativas a ella y de las cuales resultará si se perpetró o no el delito de administración fraudulenta, aunque ello no implique crear una cuestión prejudicial extraña a la ley (CNCrim. y Correc., sala IV, LA LEY, 1978-A, 588; idem. causa N° 21.718, "Kaufman, Bernardo", 21/3/1978; sala V, causa N° 11.061, "Ibarra, J. J.", 16/2/1979; causas N° 10.270 y N° 10.578, "Cuevas, F. G.", 26-5 y 22-8-78. Ver NAVARRO, Guillermo Rafael en "Fraudes al Comercio y a la Industria", ob. cit. p. 127). En ese sentido, la jurisprudencia de la Cámara del Crimen ha dicho: "...Cuando se trata de relaciones mercantiles, el indispensable ajuste final de cuentas excluye el asunto del marco más limitado del fraude, al que sólo puede referirse si se omitiere toda rendición de cuentas o ella se relacionara con alguna negociación más o menos aislada..." (CNCrim. y Correc., 26/7/1965, LA LEY del 6/9/1965, f. 54.211). En otro pronunciamiento aún más ilustrativo se sostuvo que "...Si se demandó por rendición de cuentas en el fuero comercial, es en dicha sede donde deben ventilarse todas las cuestiones relativas a ella y de las que podría resultar la existencia del delito de administración fraudulenta, cuando su determinación requiere complejas operaciones que no cabe sustraer a la justicia competente..." (CNCrim. y Correc., sala IV, en autos "Pérez", LA LEY, 1978-A, 588). La idea es evitar una inútil duplicación de procesos y el consecuente desgaste jurisdiccional y la posibilidad de decisiones encontradas. Tan es así que algunas legislaciones otorgan al juez penal la facultad de suspender el juicio criminal hasta tanto se resuelva en otra jurisdicción alguna cuestión de naturaleza no penal de cuya solución dependa la existencia de un delito (Código Penal de Italia de 1913 y 1930, Códigos de Alemania, Hungría, Noruega, entre otros). En dicho sentido, Sebastián Soler sostiene que en el delito de administración fraudulenta la rendición de cuentas es la que fija la existencia o inexistencia de un saldo y es evidente, por lo tanto, que aprobadas las cuentas no es posible promover acción por fraude por aplicación de los principios comunes de la cosa juzgada (SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", t. V, ob. cit., p. 367). Desde otra óptica, en la jurisprudencia, antiguamente, la prestigiosa sala III de la Cámara del Crimen, integrada por Ramos y Ramos Mejía, afirmó que "no existen otras cuestiones prejudiciales que las enumeradas en el art. 1104 del Código Civil, entre las que no figura la rendición de cuentas del mandato" (causa "Machi, Daniel", del 15/3/1925 y "Luques, Manuel", del 19/10/1926, libro Int. Criminales, año 1922, p. 470) o, dicho en forma más terminante, "cuando se acusa al mandatario de apropiación fraudulenta de dinero no puede constituir cuestión prejudicial la circunstancia de hallarse en trámite una demanda civil por rendición de cuentas iniciada por los mandantes" (causa "Bonión, Emilio" del 16/6/1936, libro definitivas, año 1935, p. 224). Más recientemente, ver, CNCrim. y Correc., 26/7/1965, LA LEY, 6/9/1965, fs. 54211 y CNCrim. y Correc., sala III, "Perrone, J. C.", rta. el 22/4/1969, con intervención de Frías Caballero, Panelo y Vera Ocampo, en el que se señaló que el delito contemplado en el artículo 173 del Código Penal, inciso 2° -retención indebida-,

cuando la liquidación es necesaria, es decir, cuando únicamente puede determinarse la conducta a través de la rendición de cuentas, el delito se consuma cuando el agente deja de pagar la diferencia establecida en el tiempo fijado o cuando, mediando una falaz rendición, ha obtenido la aceptación de su gestión o el recibo por el saldo falso, aunque esos actos se produzcan por medio de una sentencia judicial (en este sentido, la cosa juzgada civil no es óbice a la existencia del delito y a la aplicación de la punibilidad).³¹

Respecto de la tentativa, consideramos que es plenamente factible desde que, como vimos, se trata de un delito de resultado.³²

no consiste en *no rendir* cuentas, ni siquiera en *rendirlas mal o tardamente*. Las discusiones sobre la exactitud de la rendición de cuentas –comisiones resultantes, rubros a incluirse, monto de sumas, saldos obtenidos– son ajenas a la jurisdicción penal y las acciones respectivas deben hacerse valer en el fuero que corresponda, salvo que de ellas resulte inequívocamente el hecho material del ilícito. En la doctrina comparten esta opinión, por ejemplo, Francisco J. D' Alborna, Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray. A nuestro juicio, lo que creó cierta confusión en relación con el delito de administración fraudulenta (art. 173, inc. 7° del Cód. Penal) y la rendición de cuentas y originó toda esta discusión fue la exposición de motivos de la ley 17.567 que, como es sabido, incorporó esta conducta a nuestro sistema penal, invocó los antecedentes legislativos del Código Penal alemán reformado, suizo (art. 159) y griego (art. 390), sin reparar en que presentaban una estructura diferente y, en especial, la opinión de Francesco Carrara quien sobre el tema señala que “es regla tan racional como universal y constante que contra la administración fraudulenta no puede entablarse querrela a mitad de camino... mientras no se termine de rendir cuentas, pues el administrador es deudor de cantidades, no de especies... El sustrato de la acusación es siempre la presentación de cuentas, pues sin ellas nunca podrá afirmarse que el gestor... se ha enriquecido indebidamente y maliciosamente... Es regla conocidísima que la administración fraudulenta no se consuma mediante cada una de las sustracciones, sino mediante el saldo final que resulta al revisar las cuentas” (“Annali Toscani”, XIII, I, 586, ver “Programa de Derecho Criminal”, t. VI, parágrafo 2304 y sigtes., Ed. Temis, Santa fe de Bogotá, 1996), pero esta postura, hoy ha sido superada, aunque algunos crean, por error, que la rendición de cuentas incide de alguna forma en la tipicidad de la conducta. El criterio actual de la Cámara del Crimen establece que “la falta de rendición de cuentas no constituye *per se* el delito de defraudación por administración fraudulenta, si dicha actitud no va acompañada de actos fraudulentos concretos por parte de quienes tenían a su cargo la administración de fondos cuestionados” (CNCrim. y Correc., fallos ined., sala I, causa N° 21.423, “Gufanti”, rta. 24/5/2004 y sala VI, causa N° 31.699, “P. E., Alejandro Diego”, del 20/7/2007).

³¹ CREUS, Carlos, ob. cit., p. 520. En contra, SOLER en su “Tratado de Derecho Penal”, ob. cit.

³² Citamos un claro ejemplo que nos brinda Federico Maiolini de la tentativa en el fraude fiduciario, como ser el titular fiduciario que está por enajenar un inmueble a precio vil y su acto es frustrado cuando se dispone a escriturar.

11. Autoría y participación

Como lo expusimos, estamos frente a un delito especial en el cual sólo puede revestir la calidad de autor “el titular fiduciario”, único agente descrito en la figura penal.

Obviamente, pueden ostentar esa calidad concomitantemente diferentes personas y, en su caso, puede mediar coautoría, es decir, cuando son diferentes autores –titular fiduciario– los que cometen el delito entre todos, los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo la conducta.³³

Por lo tanto, otros intervinientes en el hecho que ejecutan la acción, pero que no presentan esa calidad especial, no pueden ser considerados coautores.³⁴ La autoría del extraneus es imposible en cualquier forma.

En el mismo sentido, en los delitos especiales, como el que examinamos, se limita la autoría mediata, es decir, brevemente, respecto de quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento para desplegar la conducta.

Empero, cuando el autor sea el sujeto activo determinado por la ley, lo aclaramos, es admisible tanto la participación (primaria y secundaria) como la inducción.³⁵

³³ Por ejemplo, el directorio de una sociedad –titular fiduciario–, cuyos integrantes actuaron con un plan previamente acordado, se dividieron el trabajo que es preciso realizar para consumar el delito y se reservaron el co-dominio funcional del hecho, por cuanto el aporte de cada uno de los intervinientes es imprescindible para que el delito pueda cometerse del modo señalado.

³⁴ Tal es el caso, por ejemplo, en el que medie una delegación de facultades y atribuciones por parte del fiduciario en un tercero, que se regirá, entre ellos, por la figura del mandato (Código Civil, art. 1869).

³⁵ Para completar el análisis recomendamos compulsar el amplio estudio formulado sobre el tema por HERBEL y TROVATO, ob. cit., p. 799 y sigtes.

En cuanto a la competencia del delito y su relación con otros delitos, cfr. CUNEO LIBARONA, Mariano y BAEZ, Julio C., ob. cit.

12. ¿Era necesaria la sanción del delito de defraudación fiduciaria?³⁶

Al concluir con la investigación, entendemos que el análisis de la figura estudiada nos proyecta hacia un campo complejo, ambiguo, plagado de oscuridad, que nos lleva a destacar las dificultades que presenta la norma, en especial, para incriminar a las entidades financieras fiduciarias en función del déficit que evidencia la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el tipo penal se construye sobre la base de una pena de prisión.³⁷

Y, sin perjuicio de ello, entendemos que la estructura del tipo penal se encontraba, en general, comprendida por el delito de administración fraudulenta (Código Penal, art. 173, inc. 7), por lo cual concluimos en que su creación e incorporación al Código Penal, al menos en estos términos, trae más problemas que soluciones.³⁸

³⁶ Sobre la inexistencia de todo debate y análisis parlamentario y la inutilidad de crear esta conducta punible, resultan elocuentes HERBEL y TROVATO, ob. cit., p. 791 y sigtes. En cuanto a los graves defectos que presenta la norma (sujeto pasivo, el objeto del ilícito, la omisión de la hipótesis del daño) y la necesidad de su reformulación, con una buena propuesta de redacción, cfr. MAIULINI, Federico, ob. cit., p. 221.

³⁷ Esta norma fue redactada junto a otros contratos (por ejemplo, el leasing) con la particularidad que fue introducida en una ley “*omnibus*” cuyo “*esqueleto*” finca en disposiciones de la ley civil y fue consagrada con el propósito directo de paliar el déficit habitacional (cfr. conclusión en CUNEO LIBARONA, Mariano y BAEZ, Julio C., ob. cit.).

³⁸ En esta postura se enrolan Carlos Creus, Jorge E. Buompadre, Edgardo A. Donna. En contra de ella, HERBEL, Gustavo A. y TROVATO, Gustavo F. –ob. cit. p. 701– y Federico Maiulini quien considera que la creación de la norma no ha sido en vano, aunque, como dijimos, propone adecuadas –y muchas– modificaciones en su texto –ob. cit., p. 223 y sigte.