

Voces: HURTO ~ DEFRAUDACION

Título: ¿Hurto o estafa por medio de computadoras?

Autor: Palazzi, Pablo A.

Publicado en: LA LEY1994-B, 441

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I \(CNCrimyCorrec\)\(SalaI\) ~ 1992/06/04 ~ Iglesias, Carlos M.](#)

SUMARIO: I. Introducción. -- II. El caso. -- III. El fallo. -- IV. Nuestra opinión. -- V. Conclusión.

I. Introducción

La actualidad se ve signada por un cambio tecnológico que produce efectos en todas las áreas del quehacer humano. Así, la sociedad ya ha entrado --según el conocido escritor Alvin Toffler--, en la "tercera ola": la era de la información ha dejado atrás a la etapa agrícola y la etapa industrial. El Derecho no escapa a los cambios que impone la técnica. Estas influencias pueden ser analizadas en relación a las ciencias jurídicas desde una doble perspectiva. Por una parte la tecnología presta una indudable ayuda al estudio y aplicación del Derecho, lo que se dio a conocer con el nombre de Informática Jurídica. Por otra parte, el Derecho, como regulador de la vida social, tiende a reglar los problemas que va creando la revolución tecnológica. He aquí al Derecho informático. El uso de estas nuevas tecnologías, en la medida que los problemas se presenten, genera en el jurista la necesidad de buscar una solución que en muy pocos casos --por no decir escasísimos-- se da con anterioridad a los mismos.

En este trabajo pretendemos demostrar cuáles son los efectos que produce la tecnología --en especial el uso de la informática-- en el Derecho --con referencia al Derecho penal--, y cuáles son los posibles caminos a seguir para disponer de soluciones.

II. El caso

Este trabajo de reflexión surgió a partir de la lectura de la sentencia dictada por la sala III de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal el 4 de junio de 1992 [\(1\)](#).

Los hechos se pueden resumir de la siguiente forma: el autor se desempeñaba como ayudante de contador en un banco. En esa situación tenía acceso a todas las computadoras de los cajeros de esa entidad financiera. De esa manera, cuando un cajero se retiraba, el sujeto hacía uso de la terminal desocupada para transferir ilícitamente fondos a su cuenta personal. Esto último lo realizaba a través de tres modalidades. La primera --que era la más directa--, consistía en transferir de una cuenta previamente seleccionada a su propia cuenta una determinada cantidad de dinero. Un segundo "modus operandi" consistió en transferir temporariamente el dinero a una tercera cuenta --que el autor sabía se encontraba inactiva--, para luego de transcurrido un tiempo prudencial sin que notaran la ausencia del dinero, transferirlo a su propia cuenta. La última forma que utilizó para defraudar consistió en cambiar el número de cuenta previamente seleccionado por el de la suya. De esa manera, el dinero que el cajero creía enviar a la cuenta del cliente era en realidad acreditado en la cuenta del sujeto. Luego de realizar repetidas veces estas maniobras el autor procedió a retirar en otra sucursal --para evitar sospechas--, el dinero que previamente había transferido ilícitamente a su cuenta. Creemos importante agregar que el procesado poseía conocimientos de informática pues había cursado los primeros años de la carrera de análisis de sistemas. Los hechos delictivos fueron descubiertos luego de unos meses, en razón de una auditoría interna que realizó el banco.

III. El fallo

En primera instancia, el Fiscal calificó los hechos como constitutivos del delito de hurto simple en forma reiterada. Similar calificación realiza el juez de sentencia. El fallo es apelado por el fiscal en razón de la pena impuesta.

En la alzada, la Fiscalía de Cámara mantuvo el recurso solicitando un cambio de calificación. Se argumentó para ello que el procesado se valió de maniobras ingeniosas (tales como cambiar el número de cuenta, transferir a una cuenta puente o directamente a la suya el dinero) para engañar al banco y así hacerle creer al cajero que se trataba de dinero que el procesado retiraba lícitamente de su propia cuenta. Citó además como sostén de su postura un fallo de la sala I en el que se sostiene: "la estafa no se diferencia 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 patrimonial perjudicial voluntariamente, aunque engañada, mientras que en el hurto el apoderamiento se efectúa siempre 'invito domino'" [\(2\)](#).

La sala III confirmó el fallo de primera instancia. Consideró que se estaba en presencia del tipo penal del hurto y no de estafa. Ello así --expresó el vocal preopinante doctor Donna--, porque "el apoderamiento lo hace el procesado... y no lo entrega el banco por medio de un error, requisito indispensable para poder hablar de estafa". "No veo en la presente --agregó el camarista--, la ecuación del delito de estafa: ardid -- error-- disposición patrimonial voluntaria, sino que, tal cosa aparece en autos, ha sido narrada, el apoderamiento lo

hace el procesado directamente, manejando el sistema de computación". Termina argumentando que "no hay diferencia con la maniobra normal del cajero que, en un descuido se apodera del dinero que maneja en caja y la maniobra en estudio donde el apoderamiento del dinero se hace mediante el manejo de la computadora".

IV. Nuestra opinión

Disentimos con las conclusiones a las que arriba el fallo. Para nosotros los hechos aquí descritos no pueden constituir el delito de hurto simple, pues no media en el mismo un desapoderamiento conforme lo requiere el art. 162 del Cód. Penal.

Del análisis del "iter criminis" surge que el procesado realiza dos acciones claramente diferenciadas que en conjunción le permiten llegar a tener en su poder el dinero. La primera es la transferencia ilícita de dinero a su cuenta personal, realizada a través de las tres modalidades anteriormente expuestas. A su vez ésta es complementada con la extracción de los fondos ilícitamente obtenidos, como si fueran suyos.

El fallo analiza sólo la primera etapa por nosotros descrita, y lo califica como delito de hurto, pero nada dice de la segunda cuestión. De ello surge que la Cámara no realiza una apreciación global de los hechos. Creemos que de la consideración "in totum" del accionar delictivo es donde podemos llegar a una solución correcta del caso.

Así, el autor se presenta a retirar el dinero como si fuera suyo, pero esto último lo puede efectivizar porque previamente había realizado ciertas maniobras. Estas maniobras --para nosotros de carácter ardidoso--, consisten en tomar algo que no le pertenece y hacer creer que es de él. Pero este ardid usado no es un ardid común. Sus conocimientos de informática son los que le permiten al individuo realizar --en el poco tiempo desde que el cajero se ausenta de su puesto de trabajo y deja libre la terminal de computadora hasta que retorna--, las transferencias ilícitas. Y estos medios engañosos sólo podrían haber sido empleados por un sujeto que tuviera conocimientos informáticos --como es en nuestro caso--, y no por un sujeto común.

Luego de este primer paso, el reo se presenta en otra sucursal y retira el dinero haciéndole creer al cajero que es suyo. Esto --volvemos a insistir--, merced a las maniobras realizadas por él previamente. El procesado no se apodera del dinero, sino que lo retira porque le es entregado por el cajero --con el convencimiento que le pertenece--.

No es entonces la computadora la engañada, sino el banco en su representante: el cajero, que es quien tiene el manejo del dinero. La mayoría de la doctrina y también, la jurisprudencia son coincidentes en descartar a las máquinas como sujetos pasivos del delito de estafa. Sin error, no hay estafa --explica Soler--, así como no la hay sin ardid, aun cuando mediante alguna maniobra se logre un beneficio indebido. Concluye que "el que mediante una moneda falsa u otro medio ingenioso logra sacar de un aparato automático de venta el artículo que éste contiene, no comete estafa, sino hurto, porque aun cuando exista maniobra no existe ninguna mente errada"⁽³⁾.

También lo ha considerado así la jurisprudencia. No configura el delito de estafa, la acción de los procesados consistente en utilizar un aparato automático de juegos electrónicos haciéndolo funcionar con una ganzúa y discos de plomo en vez de utilizar las fichas respectivas. Tal conducta es atípica por cuanto "la ciencia y las legislaciones han consagrado como modo de operar del fraude estafatorio, el de la inducción en error de su víctima", ya que "un fraude que no opere a través del error, no puede tener por efecto un acto dispositivo de su propiedad" patrimonialmente perjudicial. En el caso están ausentes las notas típicas de la estafa al no existir error que determine a una persona a realizar una disposición patrimonial perjudicial ⁽⁴⁾.

Pero en este caso el procesado no usó una ficha falsa para engañar a una máquina, sino que usó sus conocimientos para engañar a un cajero. Y el instrumento de que se valió fue la informática. Quizás, lo que confunde, es el lapso de tiempo que media entre el ardid de transferir electrónicamente a su cuenta dinero y retirarlo luego engañando al cajero. Recordemos que en el plenario "Ruzzolini" (La Ley, 103-632) se concluyó que quien obstruye maliciosamente el conducto por el que se recuperan las monedas de un teléfono público, y retira en su provecho las que quedaron por no haberse obtenido la prestación del servicio encuadra su conducta en el delito de hurto simple. En aquel caso existió un apoderamiento material propiamente dicho. Tal supuesto no se da en el caso que analizamos.

En el momento en que el procesado transfiere electrónicamente el dinero se consuma el hurto (según el fallo de Cámara "...el apoderamiento lo hace el procesado directamente, manejando el sistema de computación"). Disentimos con esta manera de ver los hechos, ya que con esta acción el sujeto activo no ha logrado consolidar el propio poder de hecho sobre el dinero. Para nosotros la sola transferencia ilícita de los fondos no constituye el delito de hurto sino del iter criminis para la estafa, pues en ningún momento se tiene la disponibilidad material del objeto. Por lo tanto hasta que el procesado no retire el dinero no estaría consumando delito alguno.

En un pasado no muy lejano el autor de estos delitos tendría que haber falsificado una planilla interna de control del banco o un formulario de depósito. Su accionar era fácilmente detectable mediante una pericia. Hoy

en día los métodos han cambiado. Basta teclear unas cuantas órdenes en la terminal de una computadora para poder apoderarse del dinero. Y en estos casos, salvo una expresa confesión del autor, los hechos son muy difíciles de probar y sus responsables muy difíciles de hallar.

Finalmente el fallo de cámara equipara el caso del cajero que se queda con el dinero que recibe para depositar con el de la persona que luego de transferir fondos ilícitamente, va a cobrar el fruto de su delito. Criticamos esta postura pues el sujeto activo no estaba en poder del dinero. No era un cajero sino un empleado interno del banco y no tenía por función recibir pagos de ninguna clase. Por supuesto que la jurisprudencia ha calificado de las más diversas formas estas situaciones. Así se ha dicho que "la conducta de la cajera de una entidad bancaria, que abusando de sus funciones se apropió de dinero del cual debía rendir cuentas a su principal, importa una genuina apropiación indebida, figura que si bien no expresamente mencionada en el art. 173, inc. 2º, del Cód. Penal como antes de la sanción de la ley 23.077 (Adla, XLIV-C, 3677), siempre se consideró insita en esa norma"⁽⁵⁾. Otros fallos se inclinan por la figura del art. 162: "las apropiaciones de dinero efectuados por cajeros o cobradores dependientes de un principal, a quien en verdad se les estuviera efectuando el pago, configuran el delito de hurto (art. 162, Cód. Penal) ⁽⁶⁾. También se ha dicho que: "Sustrae en los términos del art. 162 del Cód. Penal el empleado del banco que mediante la falsificación de los duplicados de boletas de depósitos a plazo fijo y de boletas de extracción, retiró en diversas ocasiones sumas de dinero de las cuentas de clientes de la institución, descartándose la defraudación pues su relación con el dinero no implicaba una tenencia propia e independiente, sino que era un mero servidor de tenencia ajena", en disidencia el doctor Loumagne: "la conducta del empleado bancario que mediante la adulteración de boletas de extracción y de plazo fijo se apoderó de sumas de dinero pertenecientes a las cuentas de los clientes del banco configura el delito de estafa reiterada"⁽⁷⁾.

Al interpretar los hechos de la manera en que lo hizo la Cámara, se crea una especie de hurto ardidoso, tipo intermedio, que resulta ajeno a las disposiciones de esa figura.

La actividad del sujeto estuvo precedida de maniobras claramente enderezadas a obtener en su propia cuenta una abultada suma de crédito y los cajeros le entregaron esas sumas en la creencia de que éstas le pertenecían. Esta mise en scene le permitió engañar a los empleados y retirar los fondos que previamente había traspasado a través de un ardid.

Se diferencia la estafa de los delitos de hurto y robo porque estos atacan la tenencia de las cosas muebles, sin ninguna intervención activa de las víctimas. Decir cuando un ardid es lo suficientemente apto para provocar la disposición patrimonial por un error o cuando el apoderamiento se debe a un ardid irrelevante y por lo tanto se está en presencia de un hurto en una tarea librada al criterio prudencial del juez. En ciertos casos el límite es difícil de determinar pero en nuestro caso se vuelve más difuso porque hay un medio técnico --la informática--, que es empleado para obtener del banco un beneficio.

V. Conclusión

Los nuevos medios tecnológicos pueden plantear situaciones atípicas penales. Surge de lo expuesto, dado que el automatismo y el maquinismo, la informatización y los nuevos medios tecnológicos se van expandiendo en la sociedad, los hechos de su aprovechamiento fraudulento, con el consiguiente perjuicio patrimonial no son pocos ni mucho menos.

A modo de ejemplo quizás sirva citar algunas cifras. En el año 1990, un vaciamiento de cajeros automáticos (no el primero) de un importante banco provincial a través de duplicación de tarjetas magnéticas y acceso a las palabras claves para su uso, dejó un beneficio aproximadamente de U\$S 500.000 a sus autores. En el mismo año, en una empresa de primera línea vinculada al ramo metalúrgico, el acceso a un programa que permitía cambiar el importe de una nota de pedido, y la complicidad del proveedor de enviar una factura acorde a ese monto, significó un desembolso aproximado de U\$S 200.000 ⁽⁸⁾.

La realidad social referida, pone de manifiesto la presencia de una laguna en el Código Penal, y sirve a su vez, para alertar a aquellos que tienen a su cargo elaborar una reforma al Cód. Penal, cubrir adecuadamente esas lagunas, tal como ha acontecido en otros órdenes legislativos, que encuadran penalmente los aprovechamientos de servicios informáticos.

El dinero plástico y el dinero electrónico han traído nuevos conceptos que chocan con el Derecho penal clásico.

Es imposible adelantarse totalmente a los futuros problemas que planteará al derecho, y en especial al derecho penal, la revolución técnica de la que hoy día somos testigos. Y decimos en especial al derecho penal pues el imperio del principio de legalidad en esta rama del derecho se levanta como una barrera que impide la aplicación elástica de los tipos penales. A diferencia del Derecho civil o comercial, las soluciones no podrán ser encontradas en la jurisprudencia o la analogía con otras instituciones del derecho sino en la ley misma.

Por lo pronto creemos que la reforma del derecho debe ser encarada globalmente. Así, en el Derecho privado se hace inminente la introducción del concepto de documento electrónico (9). Y aunque se diga que nuestro país no cuenta con suficiente tecnología para que estos temas lleguen a ser de alguna importancia, debemos recordar que el mundo se ha hecho uno solo en esta era de la información y la integración global hace que los modernos inventos estén cada día más accesibles. También se requiere una estructura no sólo civil --ya contemplada en el art. 1071 bis-- sino procesal constitucional (como lo han implementado algunas constituciones provinciales) que proteja al sujeto individual de la ofensa a su intimidad que pueden generar las grandes acumulaciones de información en bancos de datos informatizados. Por último el derecho contractual requiere una actualización en relación a los contratos informáticos y la transferencia electrónica de fondos.

Finalmente el software, el componente inmaterial de los sistemas informáticos, requiere de una regulación específica --como la mayoría de los países lo han hecho--, que lo saque del marco de la anticuada ley de derechos de autor donde ha sido encasillado por la jurisprudencia.

El Derecho penal deberá una vez más intentar reglar las conductas disvaliosas relacionadas con la informática.

A las nuevas generaciones de abogados nos corresponderá enfrentar estas modernas cuestiones y hallar su solución específica.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1)CNCrim. y Correc., sala III, c. 30.725, "Iglesias, Carlos", rta.: 4/6/92.

(2)CNCrim. y Correc., sala I, c. 38.674, "Dubin, Isaac", rta.: 17/6/91.

(3)SOLER, Sebastián, D. P. A., t. IV, p. 320, Ed. Tea, Buenos Aires, 1976; en igual sentido, NUÑEZ, R., t. V, p. 294, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1976.

(4)CNCrim. y Correc., sala II, c. 25.765, "Muñoz, Juan C.", rta.: 23/10/81.

(5)CNCrim. y Correc., sala IV, "Guerrero, Hilda E.", rta.: 16/2/90.

(6)CNCrim. y Correc., sala III,"G.T., C.I.", rta.: 19/2/90.

(7)CNCrim. y Correc., sala III, c. 29.496, "Gallego, Omar A.", rta.: 30/12/91; ver tb. Boletín de Jurisprudencia de la Cámara, año 1991, n° 5, p. 395.

(8)BRIA, Ricardo, Fraudes en computación, Revista ECO, agosto 1992, ps. 33-34.

(9)El frustrado proyecto de unificación ya se refería a él en su art. 978.