

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

LOS DELITOS DE FRAUDE MEDIANTE CHEQUE Y ABUSO DE CONFIANZA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra.

TEMA I. ESTAFA. FRAUDE MEDIANTE CHEQUE. FALSEDAD DOCUMENTAL. DETERMINACIONES ESTRUCTURALES DIFERENCIALES

"La emisión de cheque contra cuenta ajena constituye un artificio eficaz para engañar e inducir en error, pero jamás falsedad en documento privado".

...

"El punto por dilucidar, en primer término, es si la emisión de cheques contra cuenta ajena constituye un delito de falsedad o uno de estafa. De la conclusión a que se llegue, dependerá si la Corte se ocupa del complejo problema del concurso de delitos.

"El giro de cheques contra cuenta que no corresponda al girador, de tiempo atrás el legislador le dio tratamiento especial ya para sustraerlo del tipo penal de la estafa, al que pertenece por su propia naturaleza y darle entidad de conducta antisocial (Decreto 1699 de 1964, artículo 16), ora para considerarlo un delito innominado de carácter especial (Decreto 1135 de 1970, artículo 1º, numeral 4º), ya para reintegrarlo implícitamente al tipo penal ordinario de la estafa (Código de 1980).

"La Corte sostuvo, refiriéndose a las diversas conductas tipificadas en el Decreto 1135 de 1970, entre las cuales está la aquí mencionada, que "por lo que hace a la naturaleza del delito, que es el otro elemento necesario para fijar, en este caso, la competencia, se tiene que el giro de cheques sin provisión de fondos, etc., es un ilícito innominado de carácter especial.

"En otras legislaciones se le considera como una estafa o como una defraudación, pero en la nuestra no se le ha dado calificación jurídica". (Auto de junio 5 de 1971, CXXXVIII, p. 566).

"El Código penal de 1980, al derogar la legislación especial del Decreto 1135 de 1970, hizo una redistribución, expresa en unos casos e implícita en otros, de las diversas conductas allí referidas, seguramente en atención a las precisiones que había logrado al respecto la doctrina y la misma jurisprudencia.

"Dos de esas conductas fueron incorporadas al Código expresamente, como infracciones al patrimonio económico bajo la denominación de "fraude mediante cheques" -fondos insuficientes o carencia de ellos y orden injustificada de no pago-. (cap. IV del Título XIV), y las dos restantes implícitamente ubicables en otros tipos penales como el de la estafa, en el caso de cuenta cancelada o saldada, y la falsedad en el evento de "cuenta que no corresponda al girador", si se trata de imitación o fingimiento de la firma, pues de lo contrario será tan sólo estafa.

"La Corte, refiriéndose precisamente a esta modalidad en la emisión de cheques, afirmó:

"Tampoco puede hablarse de que en estos casos exista falsedad ideológica del instrumento. Es sabido que esta forma de falsedad documental consiste en que el verdadero autor del escrito haga en el texto del mismo afirmaciones que no correspondan a la verdad, estando obligado a manifestar ésta.

"Ahora bien, en nuestra legislación, el cheque es un orden incondicional, dada a un banco, para que pague a una persona determinada, o al portador una suma de dinero. (Art. 713, Código de Comercio).

"Una orden, es bien sabido, no constituye afirmación de ninguna especie. Quien ordena está diciendo que debe hacerse algo. Pero no asevera nada...

"En derecho comercial, el cheque no encierra afirmación semejante ni ninguna otra. Se limita, como se deja dicho, a una orden escueta. En consecuencia, no puede darse en un título de esta especie la

falsedad ideológica. (Prov. nov. 20 de 1974: Magistrado ponente, doctor Luis E. Romero Soto).

"Buena parte de la doctrina, tanto internacional como nacional que estudia la falsedad documental, se inclina por señalar que:

"La falsedad ideológica o histórica solamente es punible en la medida en que vaya inserta en un documento cuyas formas sean específicamente señaladas por el Derecho como indicativas de autenticidad, es decir, los documentos públicos, y únicamente serán alcanzados otros documentos en la medida que se muestre indispensable para garantizar ciertos bienes jurídicos mediante la específica incriminación de ciertas falsedades ideológicas en documento privado.

"Este reconocimiento deriva de la exigencia preestablecida de que los documentos públicos contengan siempre la verdad, porque tienen la características de probar por sí mismos, no ya su autenticidad, sino los hechos que en ellos se dan como cumplidos, siendo ello posible precisamente porque el Estado crea órganos encargados de ese poder fidefaciente y dispone formas específicamente necesarias a las que aquellos deben ajustar su acción.

"Lo que caracteriza al documento privado es la infinidad de formas que el mismo puede asumir. La ley no puede ir muy lejos en la previsión de requisitos sin hacer incursiones excesivamente limitadoras de libre desenvolvimiento individual. Sancionándose también para los documentos privados el deber de que su contenido fuera verídico, se haría poco menos que imposible la vida civil. El deber de escribir siempre la verdad puede ser un deber normal, pero no un deber jurídico.

"Por regla general, la falsedad en escritura privada es punible sólo en su modalidad de falsedad material y no en cambio en la falsedad ideológica. En caso de que el documento privado sea genuino, esto es, debido al autor aparente o bien a quien es investido del "*ius scribendi*", no subsiste normalmente el delito de falsedad documental cuando el documento es no verídico es decir, falso en su contenido ideal, pudiendo esta falsedad ideológica constituir medio ejecutivo de la estafa u otro delito. (Ver., "Derecho Penal

Argentino", Tomo V., 2ª Ed., Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1963, páginas 159 y 304; Vincenzo Manzini, "Trattato di Diritto Penale", Vol VI Torino, 1959, página 787. Cita de ..., en "El Delito de Falsedad en Documento Privado", Bosch, Barcelona, 1984, páginas 24 y 25).

"En Colombia el comentarista Romero Soto, ha dicho:

"Es verdad que no se puede tener legítimamente una chequera sin haber celebrado previamente con el banco respectivo el contrato de cuenta corriente, depositando dinero en ella y haber sido autorizado por el banco para girar sobre ese dinero, pero estos requisitos previos no aparecen expresamente mencionados en el cheque y operan sólo inferencias, no como afirmaciones del girador.

"De ahí que no pueda afirmarse que cuando una persona gira un cheque contra un banco en el cual no tiene cuenta corriente o, teniéndola, no ha depositado en ella previamente fondos suficientes para cubrir el valor del instrumento, está cometiendo una falsedad documental de tipo ideológico. Porque esta clase de falsedad, como se ha venido repitiendo, consiste esencialmente en faltar a la verdad en el texto de un documento firmado, desde luego, por su verdadero autor. Y tal cosa, se reitera, no ocurre en giro de cheques en chequera ajena o sin provisión de fondos". (La falsedad documental, Edit. Presencia, 2ª Ed. 1976, página 263).

"Para los comisionados del Código Penal, tanto de los proyectos que le sirvieron de base, como del final, fue motivo de especial atención terminar la casuística que en materia de falsedad documental señalaba el artículo 231 del Código de 1936, disposición que traía una enumeración de falsedad material e ideológica, que en la más de las veces dificultaba una adecuada interpretación. Ambas formas de falsedad quedaron consignadas en el Código, pero separadamente; la falsedad ideológica en el artículo 219, y la material en los artículos 220 y 221. En efecto, para la falsedad ideológica estableció los verbos rectores "extender" y "consignar", cuyo significado y alcance son distintos a los del verbo "falsificar" que se dejó exclusivamente para la falsedad material. Quien extiende un documento público que puede servir de prueba es el que tiene la función certificadora de los hechos que corresponden al ejercicio de sus funciones y al hacerlo está obligado a consignar la verdad y nada

más que eso, por lo que existe presunción de veracidad en el documento público.

"La falsedad material comprende toda forma falsaria desde la creación total del documento falso hasta cualquier alteración de uno verdadero. Así lo expresó el presidente de la comisión redactora en la exposición explicativa del texto final presentado al Gobierno:

"Se eliminó el sistema casuista de enumeración de verbos rectores alternativos, engañosa fuente de dudas y de dificultades en la interpretación de las normas. En todas ellas se utilizó el verbo rector "falsificar", que comprende, sin duda alguna, la elaboración total, ex novo, de monedas, sellos, papel sellado, estampillas, marcas, registros técnicos y documentos, sino también cualquier alteración o modificación de los mismos.

"Estima la comisión que la nueva técnica legislativa utilizada en la construcción de estos tipos penales facilitará en grado sumo la explicación de las normas.

"No cabe duda que para el legislador de 1980 cualquier forma de falsificación material que se haga en documento público y privado, queda comprendida en el verbo rector "falsificar". Esto, obviamente, respecto de las denominadas "formas propias de falsedad" ya que a las "impropias" se les dio tratamiento separado.

"Es verdad que tradicionalmente la doctrina reconocía como falsedad ideológica la creación total de un documento, pero según la transcripción anterior, para el código vigente tal modalidad constituye falsedad material.

"Un documento privado -y el cheque lo es-. puede ser falsificado por creación total y ser pagado por el girado, en cuyo evento se ha elaborado un documento con valor probatorio y debe ser penado por falsedad quien lo creó y usó, pues no constituye ello una falsedad ideológica, sino una material.

"En el caso a consideración de la Sala, no ha existido creación total de documento privado falso, pues el que emitió ..., es auténtico o genuino, teniendo en cuenta que fue el quien dio la orden incondicional de pago (Art. 252 del Código de Procedimiento Civil), pero no es veraz por no ser suya la cuenta contra la cual giró. El

cheque, en tales condiciones, formalmente es un documento pero realmente no puede prestar mérito probatorio frente al verdadero cuentahabiente porque no constituye prueba documental a él oponible, ni jamás podrá ser pagado por el girado, ni exigible judicialmente a ninguno de ellos.

"La emisión del cheque en presencia del prestamista o del vendedor de mercancías, no importa cuál haya sido en últimas la razón, sumada a la presentación que de él hiciera un amigo común y a la condición de profesional respetable que exhibió, constituyen los artificios idóneos para inducir en error determinante y esencial al prestamista o vendedor y obtener como provecho ilícito la entrega del dinero o de la mercancía, beneficiándose con perjuicio ajeno, (Art. 356 del Código Penal). La emisión de cheque contra cuenta ajena constituye un artificio eficaz para engañar e inducir en error pero jamás falsedad en documento privado, por lo que no se entra a analizar el planteamiento del Procurador. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Didimo Paez Velandia, Acta No. 75, 10-11-87, Gaceta Judicial No. 2428, t. CLXXXIX, p.452, con salvamento de voto de los magistrados Edgar Saavedra Rojas y Jorge Carreño Luengas).

COMENTARIOS

Se discute sobre la ubicación del tipo en el título protector del patrimonio económico, afirmándose recurrentemente que la ubicación acertada se encontraría en los delitos contra el orden económico social o la fe pública. Sin duda que la emisión de un cheque sin suficiente provisión de fondos o la orden injustificada de no pago, afecta directa o indirectamente los referidos intereses. Así mismo es innegable que la acción descrita puede conllevar la falsificación del documento, caso en el cual se configurará atentado contra la fe pública, tipificándose alguna de las conductas previstas 218 a 222 C. P. Por lo anterior REYES ECHANDIA en el seno de la Comisión de 1974 sugirió que la presente infracción fuera incluida dentro de los delitos atentatorios del orden económico social.

Por dos razones de carácter normativo debe estarse con la determinación del objeto de tutela en el patrimonio económico de forma prevalente. En primer término su ubicación a continuación del capítulo correspondiente a la estafa, pues la acción descrita

incluye materialmente el medio fraudulento y el engaño con trascendencia patrimonial particular; en segundo lugar por la naturaleza subsidiaria que presenta la descripción vigente, característica que ofrece, como una de sus consecuencias la posibilidad que lesiones importantes a bienes jurídicos diversos, sean adecuadas autónomamente en cuanto perfeccionen atentado contra la fe pública o el orden económico; vale decir, que la naturaleza residual de la configuración típica vigente hace que solo surja adecuación, si la acción no alcanza a configurar ataque patrimonial mas grave o atentado contra bien jurídico diverso que tenga la misma característica. Las anteriores consideraciones nos deben llevar a concluir que estamos frente a una figura pluriofensiva.

En los sistemas que adoptan la inclusión del tipo dentro de los atentados contra la fe pública se afirma que la acción está afectando un instrumento de tráfico económico, vulnera la idea de autenticidad, veracidad y confianza pública o privada, en cuya conservación tiene interés la sociedad entera, bajo la representación del Estado.

La naturaleza del cheque como medio liberatorio general aunque no de obligatoria aceptación impone que su protección penal trascienda el estricto ámbito patrimonial privado; amenaza y aun lesiona la economía nacional en caso de que sea girado sin fondos suficientes, pues tratándose de un título valor libremente negociable, se suscita una cadena de incumplimientos obligacionales, que pueden afectar la dinámica regular del orden socioeconómico.

En nuestra doctrina se han expuesto algunos argumentos que propenden por la ubicación de la figura como atentatoria de bienes jurídicos diversos del patrimonio económico entre ellos el muy difuso de la "seguridad del tráfico mercantil".

Consideramos que la solución asumida por nuestro sistema normativo vigente es admisible dogmáticamente. La subsidiariedad del tipo hace que con su aplicación se pretenda tutelar únicamente el patrimonio económico afectado, abriendo la posibilidad para que, si la acción atenta contra otro género de

bienes, perfeccionando tipo diferente, se frustré la incriminación por vía del artículo 357 C.P.

La "confiabilidad del cheque" o la "seguridad del tráfico mercantil" no puede ser el objeto específico de tutela, pues desde un punto de vista práctico y comercial, es innegable que la credibilidad en el cheque ha disminuido notablemente, es convicción social que el beneficiario de este instrumento con la simple entrega, no puede estar seguro de la efectiva obtención del dinero cancelado por tal medio.

Por lo anterior reafirmamos que la defraudación patrimonial ha sido el fundamento de incriminación tenido en cuenta por nuestro legislador, no obstante las dificultades prácticas de adecuación, concretándose con ello el bien jurídico prioritario.

En las diversas legislaciones se otorga una protección penal al cheque en razón a su especial característica: ser un título valor que contiene la orden incondicional de pago de una específica suma de dinero, que con los desarrollos del comercio contemporáneo se ha convertido en medio fundamental para la realización de todas las operaciones mercantiles.

La incriminación se soporta tradicionalmente en el contenido fraudulento del comportamiento mas no en la naturaleza de medio de pago del instrumento, liberatorio de obligaciones cuantificadas en dinero; la anterior conclusión en orden a fundamentar la tipificación de este comportamiento, parece ser la adoptada por nuestro sistema vigente.

Por lo anterior la redacción del tipo y el propio proceso de interpretación y adecuación han de ser sumamente cuidadosos; pues la protección penal de este título valor no puede llegar a desconocer el principio constitucional de proscripción de pena privativa de la libertad por deudas u obligaciones civiles o comerciales consagrado en el artículo 28 inc. 3 C.N.

Se debe concluir pues que la tipificación penal y la acción penal que surja en relación con este título valor no pueden fundamentarse en el no pago de una deuda, sino en su utilización como medio

fraudulento, lesivo del patrimonio ajeno, que colateralmente afecta la buena fe o confianza con que el beneficiario lo ha recibido y generalmente ha procedido a su endoso para la solución de ulteriores obligaciones. Se debe entender que la deuda insoluta no ha sido tipificada, ni puede ser incriminada en el proceso de adecuación; la acción penal procede frente a la maniobra fraudulenta que afecta el patrimonio económico del sujeto pasivo en sentido general. Por lo anterior debe proscribirse, y lo ha sido positivamente el ejercicio de la acción penal con el objeto de procurarse el pago de la deuda.

De acuerdo con los anteriores acápite el fraude mediante cheque es una defraudación patrimonial, realizada mediante la emisión o transferencia de este título valor, cuando habiéndose redimido la obligación base, el mismo resulta impagado, ya sea por insuficiente provisión de fondos o por orden injustificada de no pago.

TEMA II. FRAUDE MEDIANTE CHEQUE. "PROTESTO" DEL OBJETO MATERIAL. EFECTOS

“El protesto de un cheque no puede entenderse como un acto que permita predicar la utilización jurídica del título valor. Aunque es cierto que con este hecho el sujeto revela al mundo exterior su intención de ponerlo a circular en el tráfico jurídico, apenas se trata de un paso formal intermedio, sin consecuencias punitivas. Con la realización de actos consumativos la acción típica está completa, corriendo a partir de este instante el término de la prescripción de la acción.

...

"3. En el caso de la especie, el protesto de los cheques no puede considerarse como el principio de la conducta prohibida o como el momento de la exteriorización relevante del injusto. Pues, hasta este instante, no existía la certeza de que se quería menoscabar la fe pública. Solamente hasta que dichos efectos de comercio fueron presentados como fundamento para instaurar un proceso ejecutivo es que puede predicarse que se usaron con fines delictivos. Es claro que el simple protesto no se constituía en un mecanismo idóneo para defraudar los intereses de los herederos. Por ello, bien hizo el Tribunal en iniciar el conteo prescriptivo únicamente desde la fecha

de comienzo del referido proceso civil, pues solo hasta este tiempo se dio inicio a la decisión firme de ejecutar la acción penalmente disvaliosa.

"4. Así las cosas, y si se tiene en cuenta que para la época en que se profirió el vocatorio a juicio en contra del procesado aún no habían transcurrido los seis años que señala como sanción máxima el artículo 221 del Código Penal, dado que la demanda ejecutiva fue presentada el nueve (9) de mayo de mil novecientos setenta y nueve (1979) y el auto de proceder quedó ejecutoriado el treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985), es de ver que el estado aún no había perdido su potestad punitiva para perseguir este delito. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia M., Acta No. 105, 11-11-93, Gaceta Judicial No. 2466, t. CCXXVII, p. 693).

COMENTARIOS

El objeto material de la infracción es el cheque que se emite o transfiere o respecto del cual se da orden injustificada de no pago. Es el formato impreso diseñado por el girador y entregado al cuentacorrentista y que ha de reunir los requisitos previstos en los arts. 621, 712 y 713 C. Co. Si la cuantía no excede de 10 salarios mínimos mensuales legales la acción se incriminará como contravención especial (art. 1 Ley 23/91).

Los conceptos "cheque" "provisión de fondos ", "orden injustificada de no pago", son elementos normativos jurídicos que exigen valoración especial extrapenal.

La conducta descrita adquiere perfeccionamiento con el acto de emisión o transferencia del cheque sin que se exija la efectiva producción del perjuicio o daño patrimonial. Es por lo anterior que BARRERA DOMÍNGUEZ limita las hipótesis reales de ocurrencia del fraude mediante cheque: "lo que acaba de señalarse a que el delito de "fraude mediante cheque" tiene apenas ocurrencia en muy limitados casos, entre los cuales encuentro estas dos hipótesis:

"10. Cuando se trata de cheque emitido para hacer un regalo, porque en este supuesto no se tiene estafa, por cuanto el

beneficiario no sufre perjuicio económico alguno, como ocurre, igualmente, en la hipótesis del bloqueo de cheque girado con el mismo fin.

"20. Cuando el cheque emitido o bloqueado estaba destinado a cancelar una deuda del librador para con el beneficiario, contraída antes, en razón de que el beneficiario no sufre daño económico de ninguna naturaleza, pues su crédito sigue vigente, ya que el deudor no la canceló precisamente por la falta de pago del cheque."

Consideramos que la naturaleza subsidiaria de la presente incriminación hace que la emisión del cheque con pleno conocimiento de la insuficiente provisión de fondos para la cancelación de una obligación, induciendo con ello a error al beneficiario o acreedor sobre la efectividad del título valor, perfeccione integralmente el delito de estafa; no obstante consideramos que la tipificación subsidiaria cumple como función el dar la posibilidad de incriminación penal para acciones en las que la inducción a error y sobre todo el medio utilizado no se encuentran patentes y demostrados en la investigación, casos en los cuales debe frustrarse la adecuación típica por vía de la estafa y dar aplicación a la norma especial. Tampoco es estricto predicar la configuración del fraude mediante cheque en eventos en los que no hay lesión patrimonial -caso del cheque girado como obsequio- pues como ya hemos convenido se trata de un tipo de lesión, que exige el ataque patrimonial, el cual en tal evento se concretará -con independencia de la causa- en la vulneración del derecho incorporado al título, el cual desde la emisión ingresa en cuanto interés de innegable contenido económico al acervo patrimonial del sujeto pasivo; de la misma manera la subsistencia de la deuda insoluta por no pago del cheque no puede eliminar la lesión patrimonial, la cual se radicará en su no cancelación oportuna y en la vulneración del derecho incorporado autónomamente en el título.

Los profesores Luis Carlos PEREZ y Jorge Enrique VALENCIA coinciden en que el agotamiento típico no se produce con el simple libramiento, sino con el efectivo no pago por parte del banco girado. El profesor VALENCIA lo expresa en los siguientes términos: "El delito no agota su contenido de injusto en el instante

del libramiento o en la fecha de expedición del cheque, aun en el supuesto de que el girante carezca de depósitos o no tenga autorización para librar en descubierto. Tal comportamiento no deviene antijurídico si el documento es pagado por el banco a la presentación de la orden de pago, pues bien puede ocurrir que el cuentacorrientista con una remesa posterior haga factible el valor de la emisión, o que la institución, por su propio prestigio o por guardar la responsabilidad del girador haga la cobertura. Basta entonces que la orden se satisfaga independientemente de la existencia de fondos para que la conducta aparezca virtualmente atípica e insusceptible de represión penal."

Se concluye que el efectivo pago, cualquiera que sea su fundamento o razón, desvanece el elemento típico de la insuficiente provisión de fondos y con ello toda posibilidad de libramiento o emisión fraudulentos. "si el establecimiento paga en las circunstancias anotadas o teniendo en cuenta cualesquiera otras, ello equivale a tener fondos por parte de quien emite, y las convenciones o compensaciones que se celebren entre el emisor y el establecimiento alejan toda posibilidad de fraude contra el beneficiario. Ordinariamente, este ni siquiera se informa sobre esta sustitución de crédito destinada a mantenerse en reserva. Además, es frecuente que el beneficiario se entere de que el emisor carece de fondos y que el instituto de crédito es quien asume el pago."

TEMA III. TITULO VALOR. EFECTOS LEGALES

"Para que el título valor -el cheque es uno de ellos- produzca efectos legales, se requiere que salga de la posesión del suscriptor y entre en circulación, mediante la entrega que hace y sin intención de hacerlo negociable".

.....

"El demandante acogiéndose a la causal cuarta de casación, ataca el fallo impugnado, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción de toda vez que a los hechos probados en el sumario se les dio una calificación jurídica que no es a la que ellos corresponde, pues de una parte se tuvo como falsedad material de empleado oficial en un documento

público (Art. 218 del C. P.) lo que es una falsedad personal por suplantación de la persona del doctor ... (Art. 227 ibídem) y de la otra, se hizo concurrir aquel ilícito con el del peculado por apropiación (Art. 133 ibídem) cuando dicha apropiación se adecua al tipo penal descrito como abuso de confianza por el artículo 358 del Código Penal. Es decir, que por este aspecto la censura se endereza a demostrar que los hechos imputados son delictuosos pero se les dio una denominación distinta a la que ellos corresponde , con lo que en principio se cumple con las exigencias de orden técnico que disciplinan este específico motivo de nulidad.

"No se asiste entonces razón al ministerio público cuando predica la improcedencia de la causal invocada por falta de técnico en el planteamiento y fundamentación de los cargos formulados a su amparo por cuanto la equivocación atribuida al juzgador en la calificación de los hechos debe alegarse preferencialmente bajo la órbita de la causal cuarta de casación como nulidad insubsanable por ser de mayor amplitud y efectos, especialmente cuando se trata de error sobre la denominación jurídica de la infracción.

"A pesar de lo dicho, se advierte prima facie, que en la primera hipótesis planteada en la demanda, el error de tipo se refiere no al género del delito sino a una de las especies de falsedad en documentos de que se ocupa el capítulo tercero, título sexto, libro segundo del Código Penal (falsedad personal en lugar de falsedad en documento público), contrariándose de tal modo reiteradas enseñanzas de la Corte, conforme a las cuales este yerro se relaciona con el nomen juris del delito y tiene lugar cuando el juzgador califica los hechos con el nombre que corresponde a otro género delictuoso como cuando llama hurto a lo que es estafa, o mejor, cuando los hechos probados en el sumario no son calificados genéricamente conforme a la denominación acordada por el código Penal en su respectivo capítulo o título si este no se divide en capítulos.

"En sentencia de casación de Octubre 5 de 1982, dijo esta corporación sobre el particular:

"Todo error en la denominación jurídica de la infracción supone la existencia de un delito distinto al que determinó el auto de proceder y la sentencia cuestionada. De aquí que cuando se aduce esta clase

de nulidad, es menester probar dos extremos: primero que el delito por el se cual llamó a juicio no se tipifica; y segundo, que es otro muy distinto el que de manera inequívoca se cometió según las pruebas recaudadas. Por tanto, la impugnación comprende estos aspectos: la aceptación de que el procesado no es inocente porque de todas maneras cometió delito; y, la necesidad de que la demostración del verdadero delito se haga en terreno probatorio y jurídico. esto es elemental, porque si se parte de la inocencia del acusado o de la inexistencia de la infracción - por atipicidad de la conducta, se agrega - el ataque de la sentencia tendría que hacerse por la causal primera de casación; y, porque si no se demuestra probatoria y jurídicamente el verdadero delito, el error de calificación no aparece de modo manifiesto en los autos ".

"No existe en consecuencia, nulidad por el motivo aducido cuando, como en el presente caso, uno de los hechos concurrentes en el comportamiento atribuido al procesado y que por el fin fue llamado a juicio y condenado se le dio la denominación que corresponde a la conducta genéricamente rotulada en el respectivo capítulo, como falsedad en documentos.

"Por otra parte, es manifiesta, la equivocación en que incurrió el impugnante al confundir una falsedad por suplantación personal con aquello que constituye una verdadera falsedad en documentos por alteración material del título valor.

"En este punto es preciso resaltar el desatino que incurre el Procurador Delegado a descartar la existencia del delito de falsedad por atipicidad de la conducta imputada, olvidando que dicho fenómeno no puede configurar esta clase de nulidad en la que se parte de la base, ya se dijo, de que el hecho si es punible, pero se le dio una denominación distinta a la que le corresponde.

.....

"Su inconformidad, sin ahondar en demostraciones, radica en haberse apropiado de cosa mueble ajena que le había sido entregada a título no traslativo de dominio por cuanto el cheque una vez emitido salió de la esfera de control del ente oficial ingresando al patrimonio económico del beneficiario, enunciado que resulta

francamente inaceptable, porque para que el título valor produzca efectos legales se requiere que salga de la posesión del suscriptor y entre en la circulación. Sólo así se materializa y como tal la ley y la doctrina lo consideran como cosa mueble corporal.

"La eficacia de la obligación en él contenida, está condicionada no a la simple creación del título, como parece sugerirlo al demandante, sino a la entrega del mismo con intención de hacerlo negociable, pues tal es la interpretación que emerge del claro texto del artículo 625 del Código del Comercio que dice:

"Toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en el título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación". (Subraya fuera del texto).

"El llamado principio de la legitimación del título valor - el cheque es uno de ellos -, contenido en la definición que trae el artículo 619 del mismo Código, norma citada por el impugnador, es la habilitación para pedir el pago o transferir legítimamente el documento. Únicamente el poseedor o tenedor legítimo del título están reconocidos como titulares del derecho en él incorporado para exigir el cumplimiento de la obligación debiendo en tal evento, exhibirlo o presentarlo al librado como lo exige el artículo 624 ibídem: "El ejercicio del derecho consignado en un título valor requiere la exhibición del mismo".

"En el presente caso, es incuestionable que el cheque no alcanzó a entrar en circulación por no haber sido entregado por su beneficiario y el dinero en él representado no llegó al doctor ... en la forma en que debió haberlo sido, sino después de concluida la averiguación adelantada por la contraloría Departamental mediante el mecanismo de reintegro por parte de un hermano del funcionario sindicado.

"Entonces, si el procesado ... se apropió del valor incorporado en un título que no entregó a su legítimo dueño y de quién, como es obvio, no podía recibir por la tenencia fiduciaria del mismo, los conceptos de ajenidad y entrega de ella por el sujeto pasivo al activo a título no traslativo de dominio, estructurantes del tipo penal de abuso de confianza, no se configuran, la argumentación se desploma y el

cargo se hace insostenible. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No. 37, 22-04-86, Gaceta Judicial No. 2424, t. CLXXXV, p. 179).

COMENTARIOS

El tipo en estudio es de mera conducta. La acción típica -emitir o transferir- agota por si misma el tipo objetivo, sin que para ello interesen los eventos materiales, externos o naturalísticos, efectivamente producidos en la misma. La ejecución del hecho estructurado en el modelo descriptivo -en juicio de tipicidad- no exige el examen de si la emisión, transferencia u orden injustificada de no pago -comportamientos alternativos excluyentes- han generado ulteriores desarrollos efectuales de orden jurídico o material. La descripción típica está estructurada para no requerir ninguna específica connotación en relación con sus ulteriores efectos o resultados.

Es tipo de lesión. La realización del hecho no amenaza los bienes jurídicos comprendidos en el concepto genérico de patrimonio y de sus elementos integrantes, sino que efectivamente los vulnera. El perfeccionamiento del hecho o la realización integral de la acción, afecta de manera inmediata intereses patrimoniales concretos del sujeto pasivo.

Es tipo de conducta instantánea. En el despliegue temporal de la conducta, con la materialización de la acción, se produce la perfección y agotamiento del tipo, sin interesar -para efectos de tipicidad- el tiempo en el que dure el estado de insuficiencia de fondos o la permanencia de la orden injustificada de no pago.

Se trata de un tipo pluri-ofensivo. Como ya se advirtió el comportamiento puede afectar bienes jurídicos diversos del concreto interés patrimonial de los particulares, tales como la confianza comercial y el propio orden económico social; objetos que asumen naturaleza secundaria frente a la específica y prevalente protección patrimonial.

Finalmente es un tipo subsidiario. El propio contenido típico sujeta la incriminación a que la acción realizada "no configure delito sancionado con pena mayor", cláusula de reserva y subsidiariedad que como veremos excluye múltiples modalidades de concurso.

Para la acción de emitir, el agente tiene la calidad de cuenta-corrientista, es decir, no puede tratarse de cheque falsificado, robado o extraviado, pues en tales hipótesis el agente no tiene dicha calidad y consumará el delito de estafa y falsedad, ya que el cheque no es más que el artificio utilizado para la obtención de un provecho ilícito. De esta forma solo puede adquirir la calidad de agente quien haya suscrito un contrato de cuenta corriente bancaria válido y el mismo se encuentre vigente. "Ninguna persona, entonces, distinta del girador titular de una cuenta corriente aparece autorizada normalmente por el banco para girar sobre sus saldos. El acto personalísimo de la emisión o del bloqueo reclama una especial cualificación jurídica reservada con exclusividad al suscriptor del cheque y a nadie más." (6)

Para la acción de transferir, el agente puede ser cualquier persona sin que se le exija cualificación alguna. No obstante la traza comportamental exige que asuma la calidad de endosatario; sujeto a quien se transfiere, de acuerdo con los requisitos contemplados en la ley comercial, el título valor y con ello adquiere el carácter de beneficiario nominal del mismo, vale decir titular del derecho incorporado.

El sujeto pasivo es quien toma el cheque emitido o transferido, es decir el beneficiario del título, pues este es el sujeto que ve lesionado su patrimonio económico por la ejecución de la conducta.

Emitir cheque es la acción del cuentacorrentista en virtud de la cual crea un instrumento negociable que reúne todos los requisitos de ley y lo pone en circulación, es decir lo entrega con finalidad liberatoria. Hay insuficiente provisión de fondos cuando los saldos de la cuenta corriente respectiva, no alcanzan a cubrir el valor total del cheque en el momento de su cobro.

Así, la emisión no es la simple creación formal del instrumento. el diligenciamiento completo del formato incluida su suscripción no

perfeccionan el comportamiento típico; la emisión hace referencia a la puesta en circulación, la cual sin duda se inicia con la entrega del título al beneficiario o a la persona autorizada por él.

La ilegalidad de la emisión, transferencia o bloqueo incluida en la nominación típica, se observa en la realización de alguno de los mencionados comportamientos, sin que exista materialmente suficiente provisión de fondos en el banco girado. Las acciones se consideran ilegales en cuanto vulneran el propio instrumento de pago y los principios normativos y contractuales que lo gobiernan.

Para las tres hipótesis de comportamiento la insuficiencia de fondos no solo comprende la provisión que no alcanza a satisfacer la totalidad de la suma comprometida, sino obviamente la absoluta inexistencia de fondos.

Transferir cheque es acción subsiguiente a la recepción, que consiste en el traslado de la orden incondicional de pago a otro beneficiario. La transferencia de este título valor se realiza por medio del endoso y la entrega para cheques nominativos y, por medio de la simple entrega si se trata de un cheque "al portador"; la finalidad del acto ha de ser comercial es decir liberatoria. El agente en este caso será el endosante quien debe tener cabal conocimiento de la insuficiencia de fondos.

Dar orden injustificada de no pago es acción que se concreta en la revocación de la orden incondicional de pago que lleva implícita el cheque emitido, tal orden estará justificada si se produce al amparo de alguna de las causales enunciadas por el art. 29 C.P. como pueden ser el estricto cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente o el ejercicio legítimo de un derecho, no obstante, la ley comercial especifica diversas circunstancias en las que es plenamente justificada dicha contraorden, así:

- En caso de extravió o hurto, de tal forma que la persona que presenta el título para el cobro es poseedor ilegítimo del mismo (art. 803 C.Co.).

- Si ha habido alteración del texto del título, caso en el cual quien lo presenta para el cobro puede ser agente de falsedad o estafa (art. 784 # 5. C. Co.).
- Si el cheque se ha entregado como garantía, es decir con la intención de no hacerlo negociable (art. 784 # 1 C.Co.).
- Si se han cumplido los términos de caducidad y prescripción del título, casos en los cuales pierde sus efectos civiles y penales (art. 784 # 10 C.Co.).

Todos los anteriores casos de orden de no pago caben dentro de alguna de las causales de justificación del art. 29 C.P., por tanto la expresión "injustificada" constituye una reiteración necesaria del elemento antijurídico en la tipicidad, que da contenido lógico a la descripción.

Sobre el alcance y la determinación del llamado "bloqueo de cheque" punible, BARRERA DOMÍNGUEZ hace la siguiente precisión práctica: "Si no es justo el bloqueo y el librador, con la revocatoria del cheque, busca y obtiene un aprovechamiento ilícito con perjuicio ajeno, se tiene estafa. Hay "fraude mediante cheque" si la revocatoria del cheque, en el caso dado, no reúne las exigencias de estafa, como cuando el agente, con su conducta, no obtiene no se ha propuesto una utilidad económica ilícita, lo cual si ocurre en el caso de que la emisión del cheque haya tenido por finalidad hacer un obsequio al beneficiario, pues tampoco en este caso hay estafa, por ausencia de perjuicio económico a tercero, pues el crédito sigue sin cancelar y la obligación continúa a cargo del deudor."

En las tres hipótesis de comportamiento que se han establecido en la legislación vigente y que se reiteran en el proyecto de 1998, quedan excluidos múltiples comportamientos ilícitos abarcados en anteriores regulaciones. Así, el giro de cheque sobre cuenta cancelada, saldada o embargada, utilizando chequera ajena, no coincidir el nombre del girador con el del cuentacorrientista registrado en el banco, la emisión de cheque falso material o ideológicamente; en tales eventos o infinidad de casos que podrían

imaginarse la acción se ha des escrutar típicamente bajo las condiciones exigidas por el delito de estafa (art. 356 C.P.).

TEMA IV. ESTAFA Y ABUSO DE CONFIANZA. ELEMENTOS DIFERENCIALES

“El aspecto del engaño tiene trascendencia en torno a la causa de la entrega del bien y hay manera precedente o concomitante, una intención dolosa para hacerse a ese bien ajeno”.

...

"Por lo demás, la tesis del censor en torno al abuso de confianza en la ley colombiana, no tiene respaldo alguno, así quiera el presentar criterios interpretativos extranjeros que estima aceptables dentro de la normatividad nacional. Esta equivocada posición surge, a no dudarlo, del equivocado entendimiento que el memorialista tiene de la sentencia de condena que impugna, pues partiendo de la base de que el delito de ella está descrito en el inciso primero del artículo 358 del Código Penal, se desentendió de la verdadera imputación que se hiciera a su defendido, cual es la del uso indebido de la cosa a él confiada.

"Así lo expresó el censor: "según la doctrina nacional, la apropiación, por lo tanto, es doctrina de la simple retención. Nuestra ley no autoriza imputar delictivamente las demoras en restituir lo confiado , especialmente cuando se trata de dinero, sino la voluntad demostrada de hacer suyo lo que el agente ha recibido para manejar por cuenta del verdadero dueño. Es la tendencia francesa acogida por nuestros tribunales de que sin el fraude plenamente demostrado no existe la conducta tipificada como abuso de confianza." (sin resaltadas en el original). Equivocada posición es ésta. La conducta que se reprochó a ... fue la de hacer uso indebido del dinero que se le entregó para la adquisición de un inmueble en la ciudad de Bogotá , destinándolo a la producción de unos rendimientos de los cuales se apropió, en contra de la voluntad de su dueño. Esta conducta se encuentra tipificada en el inciso segundo del artículo 358 del Código Penal, en los siguientes términos: "si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá hasta en la mitad". No

puede entonces, mirarse la tipicidad desde la óptica de la apropiación, menos aún de la demora en la restitución, como lo plantea el casacionista, porque no es tal el supuesto de hecho que dio origen a la imputación delictiva. Menos aún puede aceptarse, como lo propone la demanda, que en la doctrina nacional se sigan los pasos de la tradición francesa respecto a la apropiación ilícita de bienes, pues como se dirá más adelante, tampoco es verdad que la ley penal colombiana estructure el delito de abuso de confianza a partir del fraude desplegado por el sujeto agente del hecho punible.

"En el análisis que hace el casacionista del delito del abuso de confianza, estructurados sobre los lineamientos de la interpretación errónea de la norma y no de la aplicación indebida como lo había anunciado, parte del supuesto de dos elementos que integran en su sentir la descripción del delito - tipo: el fraude y la entrega fiduciaria de la cosa. El primero de tales elementos, los deduce de la ubicación que dentro del código penal de 1936 tenía el abuso de confianza (Capítulo V del título XVI del Código Penal) "acompañado de otras defraudaciones, indicando que el abuso es una de ellas", y el de la sistemática del ordenamiento actual que lo trae en el "Capítulo I" (debe entenderse V) del título XIV, dentro de los delitos contra el patrimonio económico" no obstante lo cual los caracteriza por el provecho ilícito, la conducta infiel, contraria a la convencida, traicionando la buena fe".

"Insólita posición es ésta. Es verdad que el Código Penal anterior dedicaba su capítulo V del título XVI al "abuso de confianza y otras defraudaciones", sin embargo de lo cual no es válido afirmar, como lo hace el censor, que el tipo del artículo 312 constituyera una conducta caracterizada por el fraude, pues su descripción en momento alguno se incluía tal elemento, ni en su finalidad de protección era - como parece entenderlo la demanda - la conducta, clara, abierta y exenta de artilugios, sino el patrimonio económico particular que se veía socavado por la apropiación o el uso indebido de la cosa que hiciera el sujeto agente.

"La misma estructura se conserva en la legislación actual, si bien empleando una técnica legislativa más adecuada. En el Código de 1980 se separó el delito de abuso de confianza en un capítulo diverso

al de otras defraudaciones, precisamente para evitar las erradas posiciones como la patrocinada por el censor.

"La descripción de la conducta no entraña en modo alguno el fraude. Lo que se persigue es la protección al patrimonio económico, que puede resultar lesionado por la traición de confianza depositada por el dueño de la cosa en el autor del hecho, independientemente de que tal aprobación se haga mediante el engaño o el fraude, que tales presupuestos no integran el tipo penal del que nos ocupamos.

"Cae en el vacío, por consiguiente, la proposición según la cual no hubo fraude en el comportamiento del procesado, pues así él no haya existido, lo cierto es que sí se dio una utilización indebida, diferente a la señalada por el perjudicado, al dinero que le fuera entregado y tal es la conducta reprochada por el inciso segundo del artículo 358 del Código Penal, que sirvió de fundamento a la sentencia..."

...

4.- con la tesis que se pregona sobre el mandato, el delito de abuso de confianza, en cualquiera de las modalidades recogidas por la legislación penal, pierde entidad y posibilidades. Si el mandatario puede desbordar la intención con la cual se ha conferido el encargo, pues más que un mandatario se le debe considerar como dueño sobre los bienes que maneja. Precisamente el mandato tiene reglas presuntas y específicas que establecen el facultamiento y prohibiciones. La regla de oro, en la interpretación de unas y otros, no es más que la de advertir la esencia y significación de lo que el mandante quiera que se haga y esa voluntad debe acatarse, con todo rigor, cuando hay una expresión clara de ella y a falta de la misma, con gestiones que persigan desentrañarla y representen lo que, ante un imprevisto o una falta de indicación, habría dispuesto el mandante que se hiciera. En el caso de autos, ante la bondad de la prueba de incriminación existente, valorada con tino y acierto por el Tribunal, no puede negarse que el procesado conoció específicamente lo que su mandante quería que se hiciera con ese dinero, orden desatendida por

La explicación, tanto en el campo civil (mandato) como en el terreno penal (abuso de confianza) presentada por ... , constituye una faena especulativa que no se acompaña con lo que la doctrina y la jurisprudencia, pacíficamente tiene establecido al respecto, orientaciones aceptadas por el juzgador de Segunda instancia y que, por tanto, no puede repudiarse ni ser objeto de rectificación.

La traición a la confianza depositada, bien puede realizarse de manera abierta o mediante el engaño. Pero la forma de la conducta no implica la desfiguración de tal delito. El aspecto del engaño tiene trascendencia en otro ámbito, o sea, cuando es la causa de la entrega del bien y hay de manera precedente o concomitante, una intención dolosa para hacerse a ese bien ajeno. En este caso la mudanza no es para destruir la realidad del actuar delictuoso, sino para rigorizarlo, pues en vez del benévolo tratamiento que se dispensaría bajo el rubro del abuso de confianza, se llevaría el obrar a la infracción más grave, vale decir, la estafa. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No. 27, 11-03-92, Gaceta Judicial No. 2468, t. CCXIX, p. 331).

COMENTARIOS

Inicialmente el abuso de confianza fue incluido dentro del furtum romano, que comprendía como una de sus modalidades el despojo de la cosa por parte del depositario, realizando la acción en abuso de la confianza que implicaba el depósito; pero sin advertir la radical diferencia entre la acción positiva de apoderamiento, el apoderamiento para el uso y el aprovechamiento de la licitud y voluntariedad de la entrega.

Se suele citar como antecedente aun más remoto de esta conducta delictual el Código de Hammurabi que en su artículo 9º preceptuó la pérdida de la cosa en manos de aquel a quien se le ha encomendado.

De igual manera Luis Carlos PEREZ, menciona como antecedentes algunos textos bíblicos: "Si alguno hubiere dado a su prójimo asno, o buey, u oveja, o cualquier otro animal a guardar, y se muriere, o se perniquebrare, o fuere llevado sin verlo nadie (Éxodo, cap. XXII, vers. 10); cuando una persona pecare e hiciere prevaricación

contra Jehová, y negare a su prójimo lo encomendado, o dejado en su mano, o bien robare o calumniare (Levítico, cap. VI, vers. 2, completados en los vers. 3 y 4)."

No obstante la primera consagración positiva de esta conducta es ubicada por el citado autor en el Estatuto francés de 1810 en concepción que intuía ya todos sus elementos diferenciales en relación con el hurto; "El que haya distraído o disipado, en perjuicio de los propietarios, poseedores o tenedores, efectos, dineros, mercancías, billetes, finiquitos, o cualquier otro escrito en que consten operaciones, obligaciones o descargos que no le hayan sido entregados sino a título de arrendamiento, depósito, mandato, fianza, préstamo de uso, o para un trabajo asalariado o no asalariado, con el encargo de devolvérselos, o de usarlos o de emplearlos con un fin determinado, será castigado como lo indica el artículo 406."

El derecho alemán distinguió el denominado delito de apropiación indebida, incriminando el apoderamiento de cosa de propiedad de otro, pero cuya guarda y custodia se le habían confiado voluntaria o judicialmente. Como figura adicional se consagró el delito de administración fraudulenta o infidelidad, que incriminaba el incumplimiento del deber de reintegro; con lo anterior se dedujo la diferenciación evolutiva entre el abuso de confianza y la apropiación indebida, para resaltar en aquella el univalente ataque a la propiedad.

No dejan de mencionarse los sistemas que incorporan el abuso de confianza del sujeto pasivo, como circunstancia genérica de agravación, consagrada en la parte general, que emana de todo tipo de relaciones intersubjetivas, excluyendo la familiar, así los vínculo laboral, profesional, del afecto o amistad, con este criterio el delito de abuso de confianza perdería autonomía, erigiéndose en causal para agravar la pena en todo género de conductas delictuales.

En el ya referido Código francés de 1810 aparece la figura bajo la nominación de abuso de confianza, la cual surge de la distinción reinante en el derecho germánico entre furtum proprium y furtum improprium la primera expresión se reserva para la efectiva

contrectatio y la segunda incriminando la acción de quien fraudulentamente disponía de un bien ajeno, cuya conservación o custodia se le hubiere confiado; ambas hipótesis se penaban equiparadamente. La distinción se desarrolló hacia la decisión criminológica de considerar el *furtum improprium* como una modalidad atenuada, vale decir cuando la acción apropiativa se cometía sobre una cosa mueble entregada por confianza al agente y no se observaba una verdadera *contrectatio*.

En sentido definitorio mas que descriptivo se entiende por abuso de confianza la apropiación o el uso indebido de una cosa mueble ajena, la cual ha ingresado a la tenencia del agente, por un título precario o no traslativo de dominio; en cuanto atentado patrimonial abarca el no cumplimiento de la obligación de reintegro del bien o su devolución con mengua o deterioro causados por el uso indebido, entendido éste como el no considerado en el título precario.

Se advierte en lo anterior dos modalidades de abuso de confianza, la que exige como resultado la efectiva apropiación y aquella que se configura con el simple uso.

Para determinar el concepto doctrinal de la presente infracción, se acude a los conceptos propios del derecho penal: posesión, custodia y disponibilidad del objeto, estableciéndose como requisito su ausencia por parte del sujeto pasivo para que pueda derivarse la estructuración de este punible. la posesión en sentido penal es el poder material sobre una cosa mueble que se manifiesta en el ejercicio de la custodia y en la capacidad de disponibilidad; para la estructuración de la figura el sujeto pasivo ha dejado el poder de la cosa en el agente y éste procede luego a realizar la acción apropiativa o de uso indebido.

TEMA V. ESTAFA Y ABUSO DE CONFIANZA. DIFERENCIACIÓN ESTRUCTURAL

.....

"Tanto en la estafa como en el abuso de confianza la entrega del bien es voluntaria, la diferencia radica en que en el primero la voluntad

está viciada por un error, mientras que en el segundo la voluntad está libre de todo vicio. Si para la adecuación típica del abuso de confianza fuera suficiente tener en cuenta que el bien llegue a manos del sujeto activo por entrega del sujeto pasivo, sin importar si dicha entrega se debió a la inducción en error o a un acto consciente y libre, prácticamente desaparecería la estafa. El utilizado a la administración de justicia como medio para obtener el provecho ilícito, induciendo un juez en error para que profiriera una sentencia contraria a la ley, podría constituir un fraude procesal en concurso con la estafa, lo cual no constituye error en la denominación jurídica, si no una deficiente calificación que no puede dar lugar a que se compulsen copias, porque se violaría la prohibición contenida en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, haciendo más gravosa la situación del procesado que en este caso es recurrente único, ya que no se trata de hechos que no hubieran sido objeto de la investigación, ni que el juez no los hubiere apreciado, sino simplemente que al formular los cargos no se tuvo en cuenta que lo ocurrido generaba una imputación más. Es cierto que los fallos de segundo grado no son simple requisito formal, limitados apenas a convalidar la tesis del inferior, en el supuesto de que las comparta. Su misión es la de revisar, el fallo recurrido o consultado, y atender, analizar y responder las tesis de la parte inconforme. Sin embargo, no puede obligarse al fallador, en el evento de que la decisión de primera instancia se encuentre en un todo acorde con la realidad procesal, a repetir sus argumentos para llegar a idénticas conclusiones. En situaciones como éstas, no obstante, debe exponer los motivos de acuerdo con el a quo, es decir, responder con claridad y precisión, el porqué de la decisión de primera instancia se ajusta a la realidad procesal, y por ende, indicar las razones que lo llevaron a desatender los razonamientos de la parte recurrente, si la hubiere." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No 33, 06-04-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p. 273, Con Salvamento Parcial de Voto).

COMENTARIOS

El delito de abuso de confianza es tipo de resultado. Naturalísticamente la acción surte efectos bien definidos, como son las manifestaciones materiales de la apropiación en cuanto actos

reflejos de disposición. El provecho económico surge también como evento de la realización de la descripción, con lo cual no basta la finalidad de aprovechamiento.

Se trata también de un tipo de lesión. En la propia estructura comportamental se encuentra implícito el aprovechamiento económico del agente, que encierra naturalmente el perjuicio para el sujeto pasivo, con lo cual por la realización del comportamiento resulta efectivamente lesionado el interés jurídico patrimonial; los dos eventos comprendidos en el tipo conllevan esta vulneración, vale decir, la no restitución para el evento apropiativo o la no devolución en la oportunidad señalada y en el estado de la entrega, para la hipótesis de uso indebido en la cual se debe incluir el "valor de uso" indebidamente afectado, aspecto en el cual se establece la correspondencia entre lucro y perjuicio patrimonial, ambos deben estar presentes aunque no se observe daño en el bien indebidamente usado.

Es aceptado el razonamiento de SOLER en cuanto el uso indebido sin detrimento de la cosa, genera perjuicio patrimonial: "para perjudicar patrimonialmente a alguien no es necesario que le privemos definitivamente de su propiedad. Hay perjuicio económico posible cuando por privaciones temporales de algo que nos pertenece, se nos ha causado daño"

Es un tipo de conducta instantánea. Según el alcance cronológico de la conducta, con la materialización de la apropiación o del uso se produce la perfección y agotamiento del tipo, sin interesar -para efectos de tipicidad- el tiempo en el que dure el bien bajo el dominio, disposición o utilización indebidos del agente; así el reintegro no surte efectos en orden al perfeccionamiento de la infracción, sino tan solo en razón a eventual hipótesis de atenuación punitiva genérica.

Finalmente encontramos un tipo mono-ofensivo. La protección y correspondiente ataque -momentos estático y dinámico del objeto jurídico- al patrimonio económico del sujeto pasivo, es en la presente infracción directa y univalente. Dado el contenido y ubicación del tipo, nuestro legislador no desarrollo protección y por tanto no espera correspondiente ataque o peligro de bienes

jurídicos abstractos como podría ser la confianza y seguridad contractual.

La tipicidad del hecho exige implícitamente la calidad de mandatario, depositario, guardador, arrendatario o administrador; como consecuencia de los anterior el agente debe tener la mera tenencia del objeto material de la infracción.

El sujeto pasivo es aquella persona natural o jurídica titular del derecho de propiedad sobre el bien objeto material del delito.

El verbo determinador es compuesto alternativo concretado en las acepciones de "apropiarse" o "usar indebidamente".

En primer término, la inflexión verbal utilizada indica que la acción la realiza el agente "para si", que él es el destinatario del hecho, que a él llegan los bienes objeto material de la infracción. El hecho en sentido físico o naturalístico -manifestaciones de disposición- lo debe realizar el agente "hacia si mismo", en forma personal y directa. La redacción legal no puede comprender el acto de apropiar para otro, es decir la apropiación indirecta; por lo cual en recta interpretación solo se aceptará el acto apropiativo directo en provecho del agente o de un tercero, pero reiteramos no es admisible la acción indirecta desde el punto de vista material.

La conducta se concreta en el acto de disposición -reflejo material de la apropiación- del objeto material de la infracción. Es acción excluyente que implica el "animus" o voluntariedad de hacerse propietario o dueño de los bienes o de proceder materialmente como si lo fuera. Se manifiesta en actos de plena disposición de los mismos, tales como su venta o donación, su consumo, su retención definitiva o su destrucción.

El verbo determinador es el mismo utilizado en el peculado por apropiación (art. 133 C.P.) delito lesivo de la administración pública y en concreto del patrimonio estatal-, la diferencia entre las dos figuras la encontramos en las calidades específicas exigidas al agente -para el peculado- y en la diferente naturaleza de los objetos materiales sobre los cuales recae la acción señalada en los dos tipos penales.

De otra parte, la acción descrita tiene connotación subjetiva, exige en el agente el ánimo de hacerse dueño de la cosa, el cual se manifiesta externamente en actos materiales de dominio, señorío y disposición de la cosa, que jurídicamente están reservados al propietario; aspectos externos que se conforman a manera de exigencia de tipicidad. La acción el apropiarse produce el provecho para el agente o para un tercero, y el perjuicio correlativo para la víctima, el aprovechamiento suele ser la manifestación externa del ánimo de apropiación.

El agente debe presentar la específica intención de apropiarse del objeto material en provecho personal o de un tercero. El ánimo de lucro es necesario para la tipicidad del hecho, aunque es irrelevante el que se produzca el real y efectivo enriquecimiento del agente. La expresión "apropriarse" lleva implícito el propósito de incorporar, de manera definitiva, al patrimonio del agente o al de un tercero, el bien o los bienes objeto material de la infracción.

Este complemento tampoco indica que la acción típica se agote cuando el agente o el tercero han obtenido provecho del bien; pero si manifiesta expresamente la finalidad intrínseca que la acción debe llevar en si: ánimo de lucro u obtención de beneficio.

A título meramente ejemplificativo se reseñan las siguientes hipótesis como se puede manifestar el fenómeno apropiativo. El consumo se analiza en relación con los bienes consumibles es decir aquellos que desaparecen o se extinguen con su uso entre las cuales presenta vicisitud el dinero, el cual por su naturaleza exige el análisis detenido de las manifestaciones materiales del comportamiento, en cuanto configuren verdadera apropiación o simple propósito de uso temporal. De otra parte, ya lo mencionamos, la ley o el contrato pueden autorizar el uso del bien fungible como ocurre en el depósito de dinero (art. 2246 C.C.) y excepcionalmente en el contrato de transporte cuando en la ejecución del contrato los bienes perecederos inician su descomposición. La enajenación implica actos de transferencia del dominio que no se tiene sobre el objeto material, casos clásicos son la venta la donación o la permuta; que reflejan materialmente y en forma inequívoca que se ha surtido la apropiación. La retención

también es reflejo material de la apropiación; consiste en el acto de negación en la devolución que debe manifestar el traslado definitivo de órbita patrimonial.

BARRERA DOMÍNGUEZ, citando a IRURETA GOYENA ilustra la naturaleza del reflejo material apropiativo, en acertado ejemplo en el que entran en juego las formas de retención y enajenación: "La negativa a la restitución, unas veces es prueba de la consumación y otras traduce la consumación. Supóngase que un sujeto haya recibido un caballo con la obligación de devolverlo en un plazo fijo y determinado. Imagínese, también, que intimidado para que lo devuelva, se niega a ello, pero en circunstancias en que la cosa ha dejado de encontrarse en su poder, gracias a una venta abusiva de la misma. En esta hipótesis la negativa a restituir es simple prueba de la consumación: la consumación se había verificado ya, mediante la venta del animal. Imagínese ahora el mismo caso, pero con la diferencia de que el depositario o comodatario del caballo lo tiene en su poder. En tales condiciones la negativa de restitución traduce la consumación, además de probarla."

Usar indebidamente es la utilización o empleo de la cosa en forma contraria al uso general o específico que se haya acordado entre el agente y el sujeto pasivo. Esta hipótesis de comportamiento exige la producción de perjuicio patrimonial para quien ha entregado la cosa; "uso sin daño no engendra abuso de confianza".

Usar es dar aplicación a los bienes objeto material de la infracción, hacerles cumplir su finalidad, emplearlos, ponerlos a servir. El uso implica temporalidad, lo cual diferencia esta conducta de la apropiación que implica traslado definitivo al patrimonio del agente.

El uso indebido significa distracción, que tradicionalmente, aunque no con mucho rigor, se consideró como una forma de apropiación, en cuanto se usa indebidamente una cosa disponiendo sobre ella como si fuera "señor y dueño", pero difiere de la apropiación - concepto estricto- en cuanto no observamos, el traslado definitivo del bien a la órbita patrimonial del agente, los actos realizados reflejan temporalidad y finalidad restitutoria. Este concepto elabora la doctrina de la "apropiación temporal", en manifiesta confusión respecto de los verbos rectores "apropiarse" y "usar"

indebidamente, pero no es admisible, en criterio dogmático, ya que el acto apropiativo lleva en si mismo el traslado definitivo y radical del bien a la órbita de disponibilidad del agente o del tercero.

En la acción apropiativa no se incluye la necesidad del perjuicio patrimonial objetivado al momento de la tipificación del hecho, para lo cual no es necesario el referido examen, entre tanto la acción de uso si exige esta valoración, por lo que es necesario el daño reportado por el sujeto pasivo; dicho de otra manera, el uso sin detrimento, perjuicio o daño no configura abuso de confianza, por indebido que haya sido.

La expresión "entregar" tiene claro componente material que implica la salida del objeto de la infracción de la órbita de disposición del agente, traslado efectivo de tenedor, que puede realizarse directamente por el titular o por medio de la actividad de interpuesta persona.

El verbo "confiar" utilizado en la norma no significa cariño o afección especial por parte del titular en referencia al agente, pero igualmente conlleva su entrega material con fines de custodia y conservación, siempre mediante título no traslativo de dominio. La expresión puede comprender aquellos casos en los que la entrega es determinada por las calidades objetivas del agente; en general confiar algo a alguien es "dejarlo en sus manos" en orden a su buen destino.

En todos los casos se exige la entrega y consiguiente salida del objeto de la órbita de custodia y vigilancia del sujeto pasivo, desplazamiento real de la posesión o tenencia; si por algún aspecto estos dos componentes continúan en cabeza del titular, no se estructurará el presente tipo en caso de apropiación, sino el delito de hurto, pues ella deberá realizarse mediante efectivo apoderamiento, vale decir extracción del objeto de la órbita de custodia en la que se encuentra.

TEMA VI. HURTO Y ABUSO DE CONFIANZA. DIFERENCIACIÓN ESTRUCTURAL

“Si hay similitudes entre el delito de hurto agravado por la confianza y el delito de abuso de confianza, también se presentan notorias diferencias; se emplea un verbo rector distinto; en el hurto el autor carece de poder jurídico sobre la cosa, mientras que en el abuso de confianza la detenta a título no traslativo de dominio; en el primero hay una relación de confianza de carácter personal con el propietario, mientras que en el segundo es indispensable entre ellos un nexo jurídico que los relacione con el bien”.

.....

"El censor parte de la afirmación de que como los bienes de los cuales se apoderó el conductor del vehículo se hallaban en poder de éste, el delito cometido fue abuso de confianza, de modo que al ser calificada esa infracción como hurto agravado por la confianza, se incurrió en nulidad por error relativo en la denominación jurídica del hecho.

"La forma como se desarrollaron los acontecimientos, que en manera alguna se convierten en la demanda, permiten afirmar de varias personas dirigidas por quien ahora recurre en casación, simularon que el conductor de un vehículo había sido despojado de éste y de la carga, pues la realidad probatoria se encargó de demostrar que el referido atraco había sido una pantomima, ya que tiempo después ese conductor fue sorprendido cuando conducía el mismo automotor que pretendidamente le había sido sustraído, pero que en esta oportunidad aparecía modificado en su estructura y apariencia.

"Los hechos no discutidos permiten aseverar que un grupo de personas idearon y llevaron a cabo el hurto, que el cerebro de esa operación delictiva fue el procesado recurrente y que el conductor del vehículo actuó como partícipe en los ilícitos cometidos. En ese orden de ideas es evidente que el recurrente, autor principal del hecho, tal como se afirma en la sentencia que se revisa, no tenía título alguno sobre los bienes objeto del ilícito, luego mal puede atribuírsele la comisión de un delito de abuso de confianza. Destácase que el Juzgado del conocimiento, al calificar el mérito del sumario, estimó que el referido conductor era apenas un cómplice del delito del hurto, lo que ponía en evidencia que había cooperado

en la realización del hurto cuyo dominio final correspondía al ahora recurrente. No obstante, el Tribunal en forma acertada estimó que los hechos en su conjunto constituían una empresa criminal con división de trabajo, razón por la cual consideró que el conductor merecía el tratamiento de coautor del delito que había sido planeado y llevado a término.

"Ese examen global de los acontecimientos permite llegar a la conclusión de que el comportamiento típico realizado por todos los que se reunieron para su ejecución fue justamente el que dio lugar al llamamiento a juicio y a la sentencia de condena. Es más, si lo ocurrido se mira en forma aislada, también llega a idéntica conclusión, pues en estricto sentido quienes se apoderaron de la mercancía y del camión que la transportaba fueron personas diversas de quien conducía el vehículo y que este actuó para que otros consumaran el delito que de consumo habían planeado llevar a cabo. Esta apreciación de lo acontecido lleva la inequívoca conclusión de que, con relación al apoderamiento del camión y de la mercancía transportada, se cometió un delito de hurto pues, además, ninguno de los procesados tenía título no traslativo sobre dichos bienes.

"El recurrente plantea en su demanda una visión de los hechos diversa de la que se acepta en la sentencia, por cuanto pretende que el autor de ellos fue el conductor y los demás procesados actuaron como sus cómplices, bajo el entendido de que como el chofer se hallaba en posesión de los bienes, la infracción que podría, por este hecho atribuírsele era la de abuso de confianza.

"Ese planteamiento permite insistir en la aseveración de que si bien es verdad que entre el delito de hurto agravado por la confianza y el delito de abuso de confianza existen algunas similitudes, también se presentan notorias diferencias que permiten su individualización. En efecto, en el delito de hurto el legislador ha empleado el verbo rector apoderarse, mientras que la expresión verbal que preside la conducta del abuso de confianza es apropiarse; en el delito de hurto el autor del ilícito carece por completo de poder jurídico sobre la cosa, mientras que es requisito indispensable el abuso de confianza que el agente detente la cosa bajo título no traslativo de dominio; en fin, en el delito de hurto agravado por la confianza, entre el agente y

el propietario, poseedor o tenedor del bien existe una relación de confianza de carácter personal, al paso que en el abuso de confianza lo que es indispensable es que entre los referidos sujetos exista un nexo jurídico que los relacione con el bien que es objeto material de la infracción, aún cuando no exista confianza en el plano personal.

"En relación con el verbo rector del delito de hurto es necesario destacar que la actual codificación empleó un diverso del utilizado en la legislación penal de 1936, cambio que necesariamente tiene alguna trascendencia no sólo para determinar la naturaleza de la conducta típica, sino para obviar algunas de las dificultades que se presentaban en relación con el momento consumativo de la infracción. En efecto, el verbo sustraer empleado en el artículo 397 de la anterior legislación daba la idea de extraer o trasladar la cosa, de sacarla del ámbito de protección y custodia del titular, con lo cual en alguna medida el momento consumativo del ilícito estaba vinculado a la actividad de la víctima en cuanto ésta podría extender o restringir el cuidado y protección de sus bienes. El verbo apoderarse que utiliza la norma vigente se da en su plenitud cuando el agente toma la cosa para sí, sin que en la estructuración de su conducta tenga real significación la actividad de protección del objeto pasivo; pues apoderarse, de acuerdo con el diccionario de la real Academia de la Lengua "hacerse dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder", sin que para la realización de esa acción importe de manera decisiva quien es el tenedor material de la cosa.

"Son muchos los casos en que se comete hurto sobre las cosas que el agente detenta, aún cuando sin vínculo jurídico que permita predicar señorío sobre la cosa; tal es el caso del llamado famulato, o del cajero del banco, o de los trabajadores que se apoderan de bienes que se hallan en su poder por razón del desempeño de su actividad o funciones y frente a los cuales reiteradamente se ha negado el abuso de confianza por la ausencia de nexo jurídico entre el agente y el titular del derecho, que los vincule al objeto material del delito. Así mismo en todos los casos en los que se da una cosa a un mensajero para que se haga entrega de ella a un tercero, habrá hurto agravado si éste se apodera del bien, independientemente de que el destinatario se halle en la misma edificación en donde se hizo la entrega o en ciudad distinta, pues la naturaleza del delito no puede

modificarse por el trayecto largo o corto, que deba recorrer el mensajero.

"En ese orden de ideas el conductor de un vehículo automotor recibe tanto el vehículo como la mercancía que transporta pero en manera alguna tiene título jurídico en entidad precaria sobre esos bienes, pues el automotor lo recibe en virtud de relación de carácter laboral que no le atribuye señorío alguno sobre ese instrumento de trabajo y la mercancía la recibe para su transporte y entrega sin que por ese hecho pueda deducirse la existencia de título no traslativo de dominio en relación con ese concreto bien, con menos razón en un caso como el que ahora se examina, en el cual la entrega de la mercancía no se hizo a la persona del conductor, sino a una empresa de transporte bajo cuya responsabilidad se hallaba la mercancía hurtada. Esto es que la ausencia de título sobre esos bienes, impide afirmar la existencia de un abuso de confianza cometido por el conductor, pues es de la esencia de este ilícito que el agente tenga algún poder sobre la cosa derivada del referido del título jurídico. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Aldana Roza, Acta No. 049, 20-05-86, Gaceta Judicial No. 2424, t. CLXXXV, p. 259).

COMENTARIOS

El agente debe presentar la específica intención de apropiarse del objeto material en provecho personal o de un tercero, igual aspecto debe presentarse en la hipótesis de uso indebido. El ánimo de lucro es necesario para la tipicidad del hecho, aunque es irrelevante el que se produzca el real y efectivo enriquecimiento del agente. La expresión "apropriarse" lleva implícito el propósito de incorporar, de manera definitiva, al patrimonio del agente o al de un tercero, el bien o los bienes objeto material de la infracción.

Este complemento tampoco indica que la acción típica se agote cuando el agente o el tercero han obtenido provecho del bien; pero si manifiesta expresamente la finalidad intrínseca que la acción debe llevar en si: ánimo de lucro u obtención de beneficio.

La acción debe recaer sobre "cosa mueble ajena", el alcance de este elemento se determinó a propósito del hurto simple (art. 349 C.P.).

Si la cuantía del bien no excede de 10 salarios mínimos mensuales, la acción se incriminará como contravención especial (Ley 23/91, art. 1 N° 15). Como se indicó a propósito del hurto, las acciones de apoderamiento y apropiación solo pueden recaer sobre bienes muebles pues como lo afirma PEREZ citando a ZAFRA MORANTE. "los inmuebles se invaden o se usurpan"(9). Para efectos de la descripción se acoge la concepción amplia del bien mueble, como lo movable o transportable, extendiendo también la denominación a los llamados por la ley civil inmuebles por adhesión o destinación.

Por lo anterior es necesario precisar que los bienes incorporeales no pueden adquirir la calidad de objeto material del abuso de confianza, no obstante que la legislación civil incorpora a la calidad de muebles "los derechos y acciones" (art. 667 C.C.).

La ajenidad de la cosa que para el presente caso se erige en elemento normativo del tipo, también sirve para determinar al sujeto pasivo, pues la no presencia de esta categoría conlleva atipicidad tanto por ausencia de sujeto pasivo, como de objeto material. Nadie puede apropiarse de lo propio y si no hay sujeto afectado patrimonialmente no podrá predicarse lesión o afectación del bien jurídico. De igual manera las res nullius y las res derilectae, no pueden ser entregadas en confianza pues su traslado en esta categoría repudia su naturaleza.

La ubicación del objeto material en el momento de realización de la acción, marca una de las diferencias entre el hurto y la presente infracción, mientras en la primera el objeto se encuentra dentro de la órbita de custodia del sujeto pasivo y mediante la acción apoderativa el agente provoca su salida de ella, en el abuso de confianza presupone un traslado anterior del objeto a la esfera de tenencia del agente. Con lo anterior el objeto debe haber sido entregado por el sujeto pasivo, es decir que debe haber salido de su órbita de custodia y disposición, de lo contrario se perfeccionará el hurto simple o calificado según el caso.

"Título no traslativo de dominio"; en nuestro sistema civil la transmisión de los derechos reales se hace con la concurrencia del título y el modo de acuerdo a las prescripciones legales. Se transfiere el dominio mediante el contrato de compra-venta -título-

y la tradición de la cosa -modo-; por el contrario contratos como el depósito, el arrendamiento, el comodato, la prenda con tenencia, no transfieren el dominio de la cosa si no su mera tenencia, lo cual implica siempre reconocimiento de dominio ajeno y obligación de restitución.

El delito de abuso de confianza exige que con anterioridad al hecho apropiativo el objeto material quede en manos del agente, por un acto que, de acuerdo con la descripción típica sea jurídicamente lícito y válido. Pues bien, la tenencia en que se encuentra el agente tiene su causa en un contrato -título no traslativo de dominio-, el cual tiene su reflejo material en un hecho; la entrega material que el sujeto pasivo realiza en cabeza del agente, a su vez la obligación restitutoria también tiene su causa en el contrato, pero su soporte material se encuentra en la tenencia trasladada.

Lo anterior hace que el tipo exija una relación de naturaleza jurídica previa entre el agente y el sujeto pasivo en virtud de la cual se surte la entrega a título precario, esta por tanto es voluntaria lícita, libre de cualquier vicio del consentimiento. La referida relación debe determinar varios extremos, uno la naturaleza del uso que puede realizar el simple tenedor, si no se especifican se entenderá que puede darse a la cosa su uso normal o natural; de igual manera debe existir el compromiso o deber de restitución, el cual ante ausencia se debe entender incorporado, pues de lo contrario el título deja de ser precario y se erigiría en traslativo de dominio, lo cual conduciría a atipicidad del comportamiento por no configuración del elemento normativo del tipo, perteneciente a la connotación jurídica especial del objeto material.

Múltiples pueden ser las relaciones jurídicas de las que emerja la entrega a título no traslativo de dominio; puede surgir de diversos negocio jurídicos, convenios o contratos, entre los cuales se citan a título de ejemplo el depósito contractual o necesario; el contrato de obra y transporte en los cuales la entrega de la cosa se realiza para posibilitar el cumplimiento de las obligaciones del operario o del transportador; la prenda sin tenencia, caso en el cual la entrega se verifica para garantizar el cumplimiento de una obligación en cabeza del agente; los contratos que solo otorgan el uso de la cosa tales como el arrendamiento o el comodato, eventos en los cuales la

acción alternativa de uso indebido se debe concretar mas allá de la autorización contractual.

Pero la existencia y el lleno de las formalidades contractuales no son condiciones de integración del presente elemento normativo. El título no traslativo de dominio a que se refiere el tipo puede quedar configurado con simples actos de entrega provenientes de la mera tenencia; es el caso de la fiducia civil que depende en esencia de la confianza que merece el sujeto a quien se entrega la cosa. Se trata pues del título de mera tenencia considerado en el artículo 775 C.C., que a su tenor establece: "Art. 775. -Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como el dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.

Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno."

Se indaga en nuestra legislación civil y comercial a título meramente ejemplificativo que contratos transmiten la mera tenencia de un bien mueble.

En primer término encontramos el depósito que de acuerdo con el artículo 2236 C.C. es aquel por medio del cual se confía una cosa corporal a quien se encargará de guardarla y restituirla. Como modalidades del depósito encontramos: el depósito propio (art. 2240 C. C. y 1170 C. Co.), el depósito necesario (art. 2260 C.C.), el secuestro (art. 2773 C.C) y el realizado en almacenes Generales de Depósito (art. 1180 C.Co.)

Especial referencia es necesario hacer cuando el objeto material de la infracción es dinero e intermedia un contrato de depósito, evento en el cual es necesaria la referencia al contenido del artículo 2246 C.C.: "El depósito de dinero si no es en arca cerrada, cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda."

La venta con pacto de reserva de dominio incluye la cláusula de no transferir el dominio de un bien mueble, sino con posterioridad al pago de la totalidad del precio. El contrato de arrendamiento incluye como contraprestación para el arrendador la concesión del goce de una cosa, que implica necesariamente la transferencia de la mera tenencia y lleva como elemento natural la obligación para el arrendatario restituirla al fin del arrendamiento (Art. 2205 C.C.).

Otro contrato privado que se erige en título no traslativo de dominio es el comodato o préstamo de uso, en virtud del cual el comodante entrega al comodatario, gratuitamente, una especie mueble o raíz, con fines exclusivos de uso y con obligación restitutoria integral al término del contrato.

La prenda es la entrega de una cosa del deudor al acreedor, como garantía de su crédito (art. 2409 C.C.), con obligación de restitución una vez satisfecha su totalidad. El pacto de reserva de dominio también se regula en materia comercial para el pago de créditos a plazo, el cual se garantiza con la prenda de la cosa vendida, no obstante el comprador conserva la tenencia de la misma (arts. 951 y 952 C.C.).

La consignación es el contrato por medio del cual una persona entra en la tenencia de mercancías, con la obligación de implementar los medios para su venta, tal mecanismo comercial puede igualmente perfeccionar el abuso de confianza (art. 1337 C. Co.).

Finalmente se menciona como ejemplo de títulos no traslativos de dominio el contrato de transporte, en virtud del cual el transportador debe hacer entrega de los bienes de convenio a la persona, en el lugar y condiciones señalados.

Para subrayar la naturaleza estructural de este elemento normativo se advierte que la apropiación de cosas muebles ajenas, que no hayan sido entregadas por su dueño, por medio de un título no traslativo de dominio, no pueden ser incriminables por vía del presente tipo; es el caso del agente que entra en tenencia del bien

por error ajeno, fuerza mayor o caso fortuito; en tales eventos por no encontrarse presente la referida exigencia típica, nuestro sistema penal incrimina la acción como una defraudación (art. 361 C.P.) o sencillamente se debe predicar la atipicidad del comportamiento.

También se configura como elemento normativo de la conducta la expresión indebido en relación con la acción de uso.

El uso indebido es el no permitido por el ordenamiento, dentro del marco de actuación estatal, el cual es necesaria referencia en el proceso de adecuación típica, y del cual puede derivarse beneficio para el agente o para un tercero. En este caso la expresión "indebido" se ha de entender en el sentido de ilegal o no permitido por la normatividad lo cual determina el marco de actuación del agente y fija la finalidad que el ordenamiento ha dado al respectivo bien. El uso ha de ser privado y el objeto material de la misma naturaleza, ya que si se trata de un bien del Estado o público, la acción se deberá confrontar frente al peculado descrito en el artículo 134 C.P., o si la utilización es oficial e indebida estaremos en presencia de la figura del peculado por aplicación oficial diferente prevista en el artículo 136 C.P.

La expresión "indebido" se considera como una reiteración necesaria del elemento antijurídico, traído por el legislador a la estructura misma del tipo con el fin de dar claridad y sentido lógico al precepto.

TEMA VII. ABUSO DE CONFIANZA. HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA (Arts. 351 y 358 del Código Penal). DIFERENCIAS.

“En aquel la cosa ha debido entrar a la órbita del agente “por un título no traslativo de dominio”, vale decir, que en este delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por al confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aún cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor”.

...

"Repetidamente se ha dicho en esta corporación que tanto el hurto como en el abuso de confianza se presenta el apoderamiento o apropiación de cosa mueble ajena, el propósito lucrativo por parte del agente. a más de que los dos hechos punibles lesionan el patrimonio económico

A pesar de que son varias las diferencias que pueden establecerse entre estos dos hechos punibles, destácase que para la tipificación del delito de abuso de confianza la cosa ha debido entrar a la órbita del agente "por título no traslativo de dominio"; vale decir, que en este delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aún cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor.

"El actor ha querido distinguir estas dos formas delictivas en razón de la exclusiva interpretación de los verbos rectores, lo que apenas debe constituir un punto de partida, pero en manera alguna la solución completa de la cuestión planteada. En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, en el delito de hurto agravado también la cosa puede estar en el poder del actor, pero sin vínculo jurídico alguno sobre ella, pues el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se halla en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del agente.

"Por lo anterior la apropiación de bienes por parte de empleados del servicio doméstico, de compradores que los han recibido en un almacén para examinarlos, de cajeros de banco o de entidades comerciales, o de quienes los detentan mientras su titular sube a un vehículo, por ejemplo, no constituyen delito de abuso de confianza, a pesar de que los bienes materialmente los tiene el agente, pues en ninguno de los casos mencionados el detentador material que aprovecha su situación personal para apoderarse, posee título legítimo sobre aquellos.

"Por eso la Corte en precedente ocasión señaló: "En la tenencia fiduciaria, característica del abuso de confianza, el agente tiene sobre la cosa un poder de hecho, que es distinto del poder de derecho correspondiente a quien la traspasa. Si el propietario sigue cuestionándola, aún que sea por medio de otras personas, como acontece con el fámulo a quien se le confía una casa para su aseo, no se crea la relación de confianza. La tenencia fiduciaria implica atribuciones autónomas que puede ejercer el agente a nombre del propietario".

"De suerte que no existe tenencia fiduciaria, presupuesto material del delito de abuso de confianza, cuando la cosa ajena continúa en la esfera de custodia o de actividad del derecho-habiente. En ambos casos, toda acción dolosa por parte del agente que tienda a apropiarse de la misma no podrá reputarse abuso de confianza, sino específicamente hurto". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Aldana Rozo, Acta No. 2, 17-01-84, Gaceta Judicial No. 2416, t. CLXXVII, p.7).

COMENTARIOS

El tipo queda cabalmente configurado en el momento y lugar en que se verifican alternativamente la apropiación o el uso indebido. Se trata del instante en que se exterioriza la voluntad apropiativa o se efectúa el uso contrario a lo preceptuado por la relación jurídica subyacente, es decir el uso indebido del objeto material.

La apropiación tiene una connotación de resultado, en juicio de tipicidad, no se debe considerar el aspecto volitivo-subjetivo del agente, so pena de incriminar los actos interiores, simples deseos o sensaciones. El agente puede "sentirse" dueño pero no por ello habrá realizado la acción descrita de "apropriarse", esta para que ingrese a la órbita penal necesariamente ha de tener manifestaciones externas, actos de verdadero señorío, de disposición con ánimo de señor y dueño, el fenómeno apropiativo encarna un resultado en el orden naturalístico, la acepción para estas formas delictuales debe traducirse en hechos, es lo general, y en casos verdaderamente excepcionales, en los que se debe afinar la prueba, pueden llegar a aceptarse las palabras y aun los gestos,

pero de todas maneras nunca podrá quedarse en la esfera subjetiva del agente.

A este propósito son de utilidad las diversas formas de apropiación que ha elaborado la doctrina. Así, el fenómeno apropiativo se podrá manifestar con la alteración o destrucción sustancial del objeto, aspecto que puede comprender el consumo indebido, -no autorizado por la relación preexistente-. La enajenación que implica plena y definitiva disposición del bien y su traspaso a cualquier título, o la constitución de derechos reales como el usufructo, la servidumbre o la prenda. La distracción o malversación que implica el desvío del destino correcto del bien, lo cual sin duda implica enajenación o consumo, desde un punto de vista material. Finalmente la retención siempre y cuando tenga connotaciones definitivas. La realización de una cualquiera de estas formas de apropiación determinará el perfeccionamiento típico.

En sentido dogmático varias son las causales de exclusión de la antijuridicidad, es decir que harían negar el juicio de reproche de la conducta típica y por ende la configuración del segundo elemento del hecho punible.

Frente a la conducta descrita como abuso de confianza, se puede observar la realización de la conducta apropiativa de bien mueble ajeno, en provecho de un tercero o del mismo Estado, cumpliendo un deber legal de expropiación o confiscación, realizando así en forma directa y personal la acción descrita pero amparado por la causal de justificación prevista en el numeral 10. del artículo 29 del código vigente; de la misma manera puede actuar acatando orden legítima de autoridad competente con los mencionados efectos.

En múltiples hipótesis es posible la configuración de la apropiación en beneficio de un tercero estando el sujeto activo en ejercicio legítimo del cargo público. También es factible la ocurrencia de un conflicto, que configure el estado de necesidad, entre los intereses jurídicos del propietario y los intereses personales del agente o de un tercero, siempre y cuando estos se encuentren en peligro actual e inminente, no evitable sino mediante el menoscabo del derecho

patrimonial y siempre que el agente no lo haya causado o no tenga el deber jurídico de afrontar.

Este punible solo admite como forma de culpabilidad el dolo; fundamentalmente el conocimiento del hecho se concretará en la conciencia del agente de su condición de simple tenedor, bajo título no traslativo de dominio, con obligaciones de custodia, administración, conservación y restitución del objeto material. A su turno la voluntariedad de la acción se presentará cuando manifiesta el querer establecer relaciones de apropiación y disponibilidad plena del mismo.

TEMA VIII. ABUSO DE CONFIANZA. HIPOTESIS DE TENENCIA

“Tanto el mandatario comercial civil como el “factor” en el contrato de preposición, actúan como meros tenedores de la cosa. El Código de Comercio se refiere específicamente al abuso de confianza como delito a subsumir”.

.....

"La interpretación de las normas privadas en el derecho penal. En el estudio de los delitos y específicamente en los que atacan el patrimonio económico, existen numerosas acepciones, conceptos y definiciones pertenecientes al derecho privado, tales como patrimonio, posesión, tenencia, cosa, bien, etc., interrogándose la doctrina si al aplicar dichos términos en el derecho penal deben entenderse con las significaciones privativas o si el derecho penal debe darles una significación, una estructuración o al menos un matiz autónomo.

"La resolución de la cuestión ha dividido a los tratadistas en diversas corrientes; estas van desde quienes sostienen el carácter meramente sancionatorio del derecho penal, razón por la cual, está destinado a aplicar las penas conservando la estructura y significación del derecho civil, hasta los que afirman su autonomía; de acuerdo con este criterio, el penalista cuando algunos institutos encuentran su definición esencial en el derecho privado o de deduzcan de él, debe

volverlos a plasmar, transformándolos de tal manera que adquirieran una significación y un colorido autónomo, para los efectos penales.

"Para la Sala la cuestión es eminentemente interpretativa, ya que las nociones elaboradas y acogidas por el derecho privado, las cuales estructuran los respectivos institutos jurídicos, deben constituir punto de partida para aquellos casos en que el derecho penal los toma; si la aplicación privatista da origen a contradicciones con los principios y finalística del derecho penal, impera realizar las modificaciones que se estimen necesarias para eludir tal tropiezo; y en el caso de que en las normas exista un vacío al respecto se procederá a suprimirlo, pero cuando no surja contradicción alguna se aceptará la definición del derecho privado.

"Adaptando el concepto civil al fin y al carácter de la norma penal, no se invaden campos ajenos, sino que adaptan expresiones al ámbito en el cual les corresponde actuar, y donde por razones especiales deben adquirir una particular significación o deben tomar un valor originario.

"Título no traslativo de dominio. Con estos presupuestos doctrinarios debe tratarse de entender cuál es el alcance de la expresión "título no traslativo de dominio" que usa el artículo 358 del Código Penal de 1980 o "no traslativo de dominio" que usaba el Código Penal anterior.

"Nuestro Código Civil define los títulos "traslativos de dominio" mas no los "no traslativos". Por los primeros entiende "los que por su naturaleza sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos"; además se agrega, "las sentencias de adjudicación entre los juicios divisorios y los actos legales de partición".

"Como secuela lógica de este planteamiento cabe entender que son títulos no traslativos de dominio los que por su naturaleza no lo transfieren.

"Dentro de este orden de ideas, es lógico concluir, que la expresión "título no traslativo de dominio" que usa el actual Código Penal o "título no traslativo de dominio" que usaba el Código Penal anterior

no es sino una forma de referirse el legislador penal a los llamados títulos de mera tenencia de que trata el artículo 775 del Código Civil.

"No se trata pues, de que el legislador penal al usar la expresión "títulos no traslativos de dominio" esté creando una nueva categoría o nomenclatura diferente distinta a la del Código Civil.

"Una manera teleológica de interpretar la ley es la de entender que los títulos de mera tenencia del artículo 775 del Código Civil son los mismos títulos no traslativos de dominio a que se refiere el actual Código Penal en el artículo 358.

"Basta leer la definición de esta norma para llegar a tal conclusión: Se llama de mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar o en nombre del dueño.

"El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, usufructuada o cuyo uso o habitación le pertenece, etc., enunciados como meros tenedores en el artículo 775 del Código Civil, carecen de título traslativo de dominio; por tanto, no son propietarios de la cosa ni poseedores, porque no son dueños ni la tienen con ese ánimo.

"En ese orden de ideas, impera colegir, que el artículo 358 del Código Penal, que tipifica el delito de abuso de confianza, parte de una definición igual a la de la mera tenencia del derecho civil; por esta razón, en este caso el intérprete debe atenerse a ella, pues, las distinciones enunciadas en nuestro derecho privado respecto a este instituto están muy bien delimitadas y no se contraponen a las normas penales.

"Significa este planteamiento, que los "títulos no traslativos de dominio" del derecho civil no constituyen patrimonio exclusivo del derecho privatista sino que deben aplicarse en los demás campos del ordenamiento jurídico, siempre y cuando, la naturaleza y fin del fenómeno lo permita, conforme sucede con el derecho comercial en el cual por su estrecha vinculación con el civil no se observa razón jurídica valedera para que estos institutos no operen bajo iguales delimitaciones.

"La naturaleza jurídica del contrato de proposición. Si se estudian tanto la normatividad comercial como la opinión de los diversos autores de esa disciplina como el derecho penal, se concluye que la preposición de una forma de mandato comercial cuyo objeto es la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo (art. 1332 y ss. del C de Co). Las otras dos formas de mandato comercial son la comisión (arts. 1287 y ss. del C. de Co.) y la agencia comercial (art. 1317 ibídem).

"La preposición aparecía ya definida en el anterior Código de Comercio (art. 435) y es una institución usual en la organización comercial sobre todo en las grandes empresas con agencias y sucursales donde el representante legal o Gerente General, no puede mantenerse permanentemente en ellas y tienen que delegar el manejo de las actividades comerciales a persona de confianza, dándole facultades de enajenar grabar, etc.

"Se deduce de la regulación existente que las características básicas de esta clase de contratación comercial es la representación del proponente por parte del factor, quien le confiere a aquél la facultad de administración en su nombre y por su cuenta de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo; pero es incuestionable, que esta contratación implica una relación de dependencia permanente a cambio de una remuneración, que son precisamente las características del contrato de trabajo.

"Existe pues un contrato de trabajo unido a un mandato representativo y ninguna razón jurídica permite afirmar que aquél excluya a éste.

"Para el normal cumplimiento de las funciones del factor, es menester que tenga atribuciones autónomas sobre las cosas que se le entregan para administrar.

"Este contrato comercial presupone una amplia delegación de funciones y una confianza otorgada al factor; tratándose de establecimientos generalmente distantes del principal, el factor tiene como principio, facultad para fijar precios de compra y de venta de

las mercancías, cantidades y condiciones, lo mismo que plazos para el pago, sin que sea menester siempre la consulta a la oficina principal.

"Tiende la preposición a aplicar los principio de descentralización a la actividad privada. Ella las cumple como representante del dueño en lugar y a nombre de él. Estas condiciones de actuar en poder como dice el artículo 1332 del Código Civil, facilitan el giro normal de los negocios.

"Que la preposición es una forma de mandato comercial, lo dice simplemente la ley. Que el mandatario recibe los bienes objeto de su mandato dentro del título de la mera tenencia, lo ha aceptado unánimemente la doctrina, ya que actúa en lugar y a nombre del dueño según las definición del artículo 775 del Código Civil y se colige de los dispuestos en el Código de Comercio, artículo 1262 y siguientes.

"Las circunstancias de que el artículo 775 del Código Civil al enunciar titulares de mera tenencia, no cite lo concerniente con el mandato, no significa ni mucho menos que no se trate de un título de mera tenencia, ya que son ejemplos didácticos dentro de la redacción propia del Código Civil y no enunciaciones taxativas.

"Debe pues quedar muy claro que tanto el mandatario comercial civil, como el factor, actúan como meros tenedores de la cosa.

"Son innumerables los autores que estiman que cuando el mandatario se apropia de los bienes tocantes con su relación jurídica, cometen el delito que nuestra legislación llama abuso de confianza. Entre otros puede citarse a Dante Angelotti, *Le Appropriazioni Indebite*, Società Edictrice Libreria Roma, Milano Napoli, Pág. 197; José Irrueta Goyena, *La apropiación indebida*, Montevideo, 1929, Pág. 56; Ernesto J. Ure, *el Delito de Propiación Indebida*, Buenos Aires, 1947, Pág. 258; Gutierréz Anzola, *Derecho Penal Colombiano*, Bogotá, Página 148; Marciano Gennaro II, *Título X del Codice Penales Italiano*, Morano, Editores 1927, Nápoli, Parte II, Pág. 3; Politoff Sergio, *El Delito de Apropiación Indebida*, Ed. Nascimento, Santiago 1957, Pág. 179, etc.

"Uno de los autores citados resume así la doctrina generalizada: "Sin embargo, para los efectos penales, debe entenderse que al factor se le entregan ciertos bienes para que los administre, es decir, a simple título de tenencia. Cualquier acto dispositivo que realice con bienes de su patrón, en provecho exclusivamente personal de actos de apropiación lo convierten en un autor de abuso de confianza".

"Por lo demás es el mismo Código de Comercio, la norma que se refiere específicamente al abuso de confianza como delito a subsumir (art. 1336). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Lisandro Martínez Z. Acta No. 46, 19-07-88, Gaceta Judicial No. 2432, t. CLXXV , p. 56).

COMENTARIOS

Para los casos en los que el agente haya llegado a la tenencia de la cosa en virtud funciones otorgadas por la autoridad -secuestre, tutor, curador, mandatario, retenedor, depositario, liquidador- la punibilidad se agrava debido a que la acción vulnera simultáneamente bienes jurídicos como la Administración Pública o la Administración de Justicia; también se fundamenta la severización en que el traslado de la cosa a manos del agente se fundamenta en un grado especialísimo de confianza, cual es la autorización y el discernimiento de la autoridad pública.

Se trata de situaciones en las que el particular entra a participar en el servicio público, intervención que se fundamenta en la confianza que la autoridad o el ordenamiento depositan en el particular -relación que necesariamente debe estar referenciada normativamente- la cual es burlada, con afectación de bienes colectivos o públicos.

Se aclara además que la apropiación o el uso indebido se debe realizar en abuso de la función que de acuerdo con la norma tiene carácter público; con lo cual el agente ha de aprovechar la designación, o la simple confianza de la autoridad o la calidad de la cual ha sido investido, al igual que las facultades que se le han otorgado, en orden lógico causal con la realización de la conducta.

Si la entrada de la cosa no ha sido voluntaria por parte del sujeto pasivo -caso del depósito necesario-, también se agravará el "quantum" punitivo; se ejemplifican los casos de depósito originado en calamidades o infortunios tales como el incendio. Se habla de depósito necesario cuando el depositario no ha sido elegido por acto plenamente voluntario del depositante, sino presionado u obligado por fuerza de las circunstancias de calamidad, infortunio o insalvable necesidad. La agravación se fundamenta en la naturaleza de tales supuestos; el depositante no hace propiamente entrega de confianza por lo que la tutela de su interés patrimonial se hace mas severa.

Nuevas circunstancias calificantes. Objeto material público. Si la acciones apropiativas o de indebido uso recaen sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste, el proyecto califica el abuso de confianza con incremento en la punibilidad.

Se comprenden los bienes que pertenezcan a entidades empresas o instituciones con patrimonio mixto, lo cual significa "concierto del interés público, representado por el Estado, y el interés privado para la prestación de un servicio público o el desarrollo de una actividad de utilidad pública o social, que como es obvio, no puede ser extraña a los gobernantes".

La participación del Estado en estas empresas puede consistir en aporte patrimonial, o en el otorgamiento de privilegios o prerrogativas inherentes al ejercicio del poder.

El porcentaje o monto de participación estatal en las diferentes empresas o instituciones con capital mixto, es de importancia para la determinación de los sujetos idóneos en orden a adquirir la calidad de agentes de peculado por apropiación, como se dejó explicado a estudiar el sujeto activo de esta infracción.

Se considera igualmente la hipótesis de bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte y que el agente custodie, administre o tenga a cualquier título. La conductas de apropiación y uso indebido realizadas por particular

son delito contra la administración pública solo si el Estado posee la mayoría del capital de la respectiva institución, de lo contrario se perfeccionará delito contra el patrimonio económico.

Si estamos frente a una empresa de economía mixta cuya participación estatal sea superior al noventa por ciento de su capital, la asimilación que hace el artículo 30. del decreto 3130 de 1968 a empresas industriales y comerciales del Estado, hace que sus empleados sean trabajadores oficiales y por ende servidores públicos para efectos penales, caso en el cual el examen de la acción se deberá desarrollar bajo los supuestos de los delitos contra la administración pública. Si la participación estatal es menor del noventa por ciento pero mayoritaria, en la legislación vigente estaríamos frente al peculado por extensión en cualquiera de sus modalidades (art. 138 C.P.); el proyecto traslada todas las hipótesis allí consideradas al llamado "abuso de confianza calificado, como tipo autónomo protector del patrimonio económico. Se aclara que una recta interpretación de la norma lleva a concluir que la expresión "mayor parte" no significa que el Estado tenga mas del cincuenta por ciento de aporte, sino que entre los varios socios o aportantes él sea el mayoritario, con lo cual la norma comprendería hipótesis en las que se presenta una participación estatal inferior al cincuenta por ciento.

También se comprende el evento en el que el objeto material lo constituyen bienes del estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, que se hayan entregado al particular a cualquier título. Es el caso de las múltiples ocasiones en que el Estado contribuye a la realización de obras de carácter privado, ayuda a los particulares en casos de calamidad o tragedia, pretende agilizar la atención de necesidades regionales o locales proporcionando dinero u otro tipo de bienes directamente a los ciudadanos. Aquí se comprende la adecuada utilización de los dineros que el Estado ha empezado a entregar como financiación de las campañas electorales.

Para efectos penales los bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte, o recibidos a cualquier título de este, no pierden su naturaleza de públicos al ingresar a la respectiva entidad, pues se considera que conservan

una finalidad de interés colectivo o social, y por ende tienen una destinación -específica o genérica- determinada.

Se excluye los bienes recibidos como crédito de fomento oficialmente regulado, pues su utilización indebida se incrimina específicamente como delito contra el orden económico y social (art. 241 C.P. vigente), que en sus aspectos esenciales reitera el proyecto en su artículo 302.

Bienes de instituciones de interés colectivo. Se consideran como objetos materiales calificantes los bienes de instituciones de utilidad común no gubernamentales, de asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles o benéficas.

Las instituciones de utilidad pública o común son aquellas que cooperan en la prestación de servicios públicos, o realizan actividades de interés social, con exclusión de todo propósito de lucro. Es el caso de la enseñanza secundaria o superior y de la asistencia hospitalaria. Su creación es fruto de la iniciativa privada, su patrimonio es privado, su régimen y organización también son privados, pero su finalidad es colectivo o comunitario y su patrimonio puede estar compuesto de aportes estatales. Por esta última característica al Estado corresponde la vigilancia de sus actividades.

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CÓDIGO DE 2000

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

I. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS. MARCO GENERAL

1. Contenidos y finalidad material y normativa del D.I.H.

El Derecho Internacional Humanitario, contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y en sus dos Protocolos Adicionales de 1977, tiene como origen la respuesta normativa, de carácter necesariamente internacional, que el hombre ha procurado dar para humanizar, mediante reglas mínimas de comportamiento, el más grave acto de barbaridad: la guerra y la resolución armada de conflictos; en sus orígenes, pretendió la protección y el respeto de quienes estando en combate se encuentran en situación de inferioridad o indefensión manifiestas -heridos y enfermos- o de neutralización de todas sus capacidades bélicas por captura o rendición, muy pronto se elaboró el concepto de población civil, para incluir a todos aquellos que no intervienen en la guerra o conflicto.

El Derecho Internacional Público, en su vertiente de derecho humanitario, ha alcanzado la comprensión de la guerra como enfrentamiento de enemigos relativos, por lo que su criminalización absoluta se encuentra actualmente proscrita; esta concepción parte del entendimiento del mundo no como un “universo” sino como un “pluriuniverso político”, de esta forma la diversidad de Estados soberanos, tan sólo se relativiza por el concepto de humanidad que introduce la noción de guerra bajo la determinación del “justo enemigo”, lo cual genera el reconocimiento recíproco de las partes enfrentadas en cuya virtud el enemigo debe ser tratado como un igual -especialmente en los conflictos internacionales- y no en forma discriminatoria como un simple delincuente. (Cfr. OROZCO ABAD, Iván, Combatientes, rebeldes y terroristas, Edit. Temis, Bogotá, 1992, p. 20)

Desde el punto de vista de la regulación internacional, aplicable al Derecho Internacional Humanitario, éste se ha clasificado en “Derecho de la Haya” y “Derecho de Ginebra”; en la primera especie, se incorpora toda la normatividad internacional, limitativa de los medios y métodos de combate, mientras que en el segundo apartado, se comprenden las normas, también de carácter internacional, concernientes a la protección del ser humano, en plenitud de dignidad y derechos, durante situaciones de conflicto armado. Así, en la primera conformación, encontramos una protección objetiva de las acciones bélicas que prohíbe el uso de determinados medios, tales como las armas químicas y

bacteriológicas, y ciertos métodos como el envenenamiento de aguas y la destrucción indiscriminada.

La entronización del derecho Internacional Humanitario -en su momento actual de desarrollo, derecho de Ginebra-, se deriva en forma directa del clásicamente denominado “derecho de gentes” -derecho de La Haya-, *jus publicum europearum* y de sus desmenbraciones modernas. Así se afirma que entre el denominado “derecho de la guerra” y el D.I.H. hay una sucesión continuidad absoluta, para lo cual se citan como ejemplos la gran cantidad de normas del llamado derecho de La Haya que han pasado a formar parte del Protocolo II de Ginebra. (Cfr. Idem., p. 189).

En un sentido más específico, el D.I.H. en la actualidad, está determinado por la regulación contenida en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, que abarca tanto la protección objetiva (Derecho de la Haya) como la tutela subjetiva (Derecho de Ginebra), en el entendido que las dos definiciones tienen como finalidad la salvaguarda del ser humano en estas situaciones, limitando y regulando el uso de la fuerza.

De lo anterior se concluye que el D.I.H. tiene por objeto la defensa del ser humano y de los bienes necesarios para su mínimo bienestar y supervivencia, así como de aquellos que se erigen como indispensables para la preservación cultural, en un ámbito específico -en y durante- un conflicto armado, sea de naturaleza interna o entre Estados (o internacional). Así, el D.I.H. no prohíbe la guerra, aunque la proscriba dentro del concepto civilizado de convivencia, y por ello la tolera, limitándola y regulándola, estableciendo unas normas mínimas que previenen y reprimen todo exceso y atropello de la dignidad humana, teniendo su aplicación tanto al interior de los Estados -por este aspecto emerge la regulación penal del tema-, como por la propia comunidad internacional.

En otros términos el Derecho Internacional prohíbe el uso de la violencia o de la fuerza en toda relación internacional (art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas), sin embargo la comunidad internacional ha advertido en forma prácticamente irremediable que la convulsión de la guerra y sus víctimas son una realidad innegable.

Tal realidad hizo necesaria la consagración normativa de unos principios mínimos que obligaran a las partes en conflicto armado, el cumplimiento de un estándar humanitario, que neutralizara el uso de la violencia, ya por sí mismo ilícito y del todo reprochable, de forma incontrolada, devastadora o por completo irracional. (Cfr. Derecho Internacional Humanitario, Tratados internacionales y otros textos, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 3)

Desde un punto de vista genérico el D.I.H. incorpora principios de humanidad al desarrollo del conflicto armado, en dos aspectos fundamentales: en primer término, limitación y un mínimo de humanización en relación con los medios utilizados para hacer la guerra -derecho de los conflictos armados o derecho de La Haya- y, en segundo lugar la garantía de protección mínima a las víctimas -derecho de Ginebra-. “La finalidad esencial de esta parcela del Derecho Internacional Público consiste en introducir un móvil de humanidad en esta situaciones en las

que antes sólo imperaba el honor, el deseo de obtener beneficios de tipo económico o de imponer culturas, religiones, etc.. Se trata, por tanto, de intentar hacer escuchar la voz de la razón cuando las armas pretenden ocultarla y, en definitiva, recordar a las partes implicadas en el conflicto que el enemigo es, ante todo, un ser humano digno de respeto y compasión. En este sentido constituyen un reto y una llamada a la sensatez del ser humano, aunque paradójicamente estas normas están llamadas a aplicarse cuando esa sensatez se ha perdido. (Idem. p. 4)

2. La problemática interna e internacional del cumplimiento de las normas del D.I.H.

La realidad también ha demostrado que la simple asunción estatal del compromiso internacional no garantiza el cumplimiento de esta preceptividad; parece ser que no basta con las consencuencias internacionales al desacato, el descrédito internacional que procura el señalamiento como infractor, el carácter necesaria y materialmente recíproco de este conjunto normativo, no han sido condicionamientos absolutos que garanticen su eficacia, precedida de una estricta y universal observancia. Por el contrario, la indisciplina, la preponderancia del estado material de guerra, la crueldad de los combatientes, la priorización del “interés militar”, la sed de venganza y de victoria priman sobre los principios del respeto humanitario, todo lo anterior unido a la incertidumbre y ausencia, aun más concretos, de que puede carecer el D.I.H. De otra parte, sólo las partes en los Convenios y Protocolos, así como aquellos Estados que sin serlo los aceptan, pueden disponer de un “título convencional” para exigir su cumplimiento.

Como pasamos a observarlo las anteriores consideraciones pueden ser citadas como razón suficiente para el esfuerzo legislativo que representa el Título II de la parte especial del nuevo Estatuto sustancial colombiano, como un mecanismo adicional, con gran fuerza coactiva, en procura de su cumplimiento.

3. Los bienes jurídicos y la penalización interna

La sanción penal, establecida a nivel interno, por las conductas prohibidas por el D.I.H. es aspecto que debe ser objeto de detenido análisis y estudio en orden a su eficacia práctica. En un sentido estricto los pactos y convenios internacionales no contienen preceptos penales completos -conductas tipificadas y consecuente sanción- que puedan ser aplicadas a nivel interno o internacional en forma directa y por mecanismos procesales preestablecidos. Así mismo en los artículos 48, 49, 127 y 144 de los convenios de Ginebra de 1949 se prescribe que los Estados Partes han de tomar todas las medidas apropiadas para asegurar y garantizar su adecuada aplicación y cumplimiento; en este sentido se puede concluir que no

existe una normatividad penal internacional originada en las normas del Derecho Internacional Humanitario pasando a ser una obligación de cada Estado la sanción penal personal y concreta por las diferentes violaciones a las mismas.

Por lo anterior tanto en el orden de la conveniencia -razón de eficacia- como por los contenidos obligacionales asumidos por los Estados Partes, las conductas prohibidas por el D.I.H. deben ser tipificadas como delitos y sancionadas de acuerdo con la legislación y procedimiento internos. La incorporación en el derecho interno de este catálogo normativo, hace que el compromiso internacional no pueda cumplirse cabalmente sin la tipificación decidida y específica de todas las conductas que se erigen en graves infracciones a esta preceptividad, con lo que, ella, en si misma considerada, y los valores humanitarios inmersos se erigen desde un punto de vista material en el objeto prioritario de tutela penal.

De otra parte, la realidad nacional de conflicto armado hacía aun más imperiosa la necesidad de la incorporación punitiva del tema. Así lo expresó el proponente del proyecto inicial: “En la situación de conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas vulneratorias o amenazadoras de Derechos Humanos, constituyen a la vez infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Son ellas acciones y omisiones con las cuales quines participan directamente en las hostilidades -los combatientes- incumplen los deberes o quebrantan las prohibiciones que les ha impuesto el artículo 3º común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional.” (Exposición de Motivos, proyecto de Ley N° 40 de 1998, Senado, Gaceta del Congreso N° 139, p. 9)

La mayoría de las acciones tipificadas encuentran penalización general o genérica en la legislación anterior, tutelando los mas diversos bienes jurídicos personales y colectivos tales como la vida, la integridad personal, la libertad y autonomía personales, intereses que ahora encuentran su concreción en la calificación específica que sobre el sujeto pasivo, objeto material y elementos normativos ofrece la protección especial del Derecho Internacional Humanitario; así, el homicidio, las lesiones personales, la tortura, el acceso y abuso sexual, la prostitución forzada, el terrorismo, el secuestro, la detención ilegal, el constreñimiento ilegal, la omisión

de socorro, el daño en bienes ajenos, el despojo y el desplazamiento forzado; no obstante las referidas especificaciones pasan a adquirir la naturaleza de bienes jurídicos secundarios pues el interés prevalente estará conformado por la tutela de la protección especial que brinda el conjunto internacional humanitario, reafirmandose con ello la naturaleza pluriofensiva y pluritutelada de los referidos tipos penales.

Paralelamente encontramos las restantes tipificaciones que no encuentran un correlato genérico claro, al hacer referencia a acciones específicas ejecutadas en desarrollo de un conflicto armado y que han sido prohibidas por la legislación internacional; todas ellas atentan contra ese mínimo de humanidad que debe imperar aún en el momento de hacer la guerra y con ello significan un límite a la tolerancia universal del ejercicio extremo de la violencia; reiteramos se trata de un objeto de protección prevalente, entendido como conjunto de principios y valores de naturaleza humanitaria reconocidos a título universal por la comunidad internacional; tal el caso de los actos de barbarie, la discriminación racial, la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, la perfidia -que puede encontrar su equivalente en el Ordenamiento Penal Militar-, el trato inhumano y degradante, la experimentación científica ilícita, la obstaculización de acciones sanitarias y humanitarias, el ataque a determinados bienes u obras, la represalia bélica, la deportación, lo atentados contra la subsistencia, la omisión de medidas de protección, el reclutamiento ilícito o la exacción de contribuciones forzadas y arbitrarias. Este conjunto de tipos penales, sin embargo, no pierde su naturaleza pluriofensiva esencial, pues siempre implica ataque a la dignidad humana y su realización, también de manera secundaria entraña, la violencia o por lo menos la amenaza a bienes jurídicos específicos tanto de naturaleza personal como colectiva.

La naturaleza pluriofensiva que hemos dejado reseñada fue expresada de la siguiente manera por el proponente: “Las infracciones graves a la normatividad humanitaria se denominan hoy, en la jurisprudencia y en la doctrina internacionales, crímenes de guerra.

“Estos crímenes de guerra presentan una más intensa y múltiple lesividad frente a otras conductas punibles comunes, dado que con

ellas se atenta, no solamente contra bienes jurídicos tales como la vida, la integridad corporal de personas protegidas, la dignidad, la libertad individual, el derecho a un debido proceso legal, sino que además ofenden ese interés jurídico autónomo que es el derecho internacional de los conflictos armados.” (Idem. p. 9)

II. FUENTES CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES BÁSICAS

El artículo 214 de la Carta, al limitar los estados de excepción, establece en su numeral 2^a que los derechos humanos y las garantías fundamentales no pueden ser suspendidos y que “en todo caso” se han de respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario; adicionalmente, se prevé que la ley estatutaria que regula las facultades del Gobierno durante los estados de excepción, debe contener los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, “de conformidad con los tratados internacionales”.

En materia de Instrumentos Internacionales, para caso de conflicto armado internacional son aplicables los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobados por la Ley 5a. de 1980, y los Protocolos Adicionales I y II de 1977, el primero aprobado mediante la Ley 11 de 1992. Frente a los conflictos armados de naturaleza interna encontramos el artículo 3^a común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo II de 1977, adicional a los mencionados Convenios, aprobado por la Ley 171 de 1994: cuerpo normativo conocido como “Derecho de Ginebra”. La preceptiva internacional anterior a los Convenios de Ginebra se conoce como “Derecho de la Haya” dentro de la cual cabe mencionar:

- Declaración de San Petersburgo de 1868, sobre la prohibición de la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra.
- Declaración de la Haya de 1899 que prohíbe el empleo de las balas que se hinchán o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.
- Convenio de la Haya del 18 de octubre de 1907 y Reglamento anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

- Convención de la Haya de 1907, relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto.
- Convenio de la Haya del 18 de octubre de 1907, sobre los Derechos y Deberes de las Potencias Neutrales en caso de Guerra Terrestre.
- Convenio de la Haya del 18 de octubre de 1907, concerniente al Bombardeo por medio de Fuerzas Navales en Tiempo de Guerra.
- Protocolo de Ginebra del 17 de junio de 1925, sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos.
- Convención de la Haya del 14 de mayo de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, y Reglamento para su aplicación.
- Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción, del 10 de abril de 1972.
- Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles, del 10 de octubre de 1976.

También cabe señalar la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, del 10 de octubre de 1980:

- Protocolo sobre fragmentos no localizables;
- Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos y su anexo técnico;
- Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias;
- Resolución sobre los sistemas de armas de pequeño calibre. (Ver, HERNÁNDEZ MONDRAGÓN, Mauricio, Derecho Internacional

Humanitario, Biblioteca Básica de Derechos Humanos, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Bogotá, 1992, p. 28)

En relación con el contenido de las anteriores fuentes de derecho internacional, su alcance coadyuva a la determinación conceptual de los elementos dogmáticos introducidos en los diferentes tipos penales que conforman el Título II de la parte especial del nuevo Ordenamiento sustancial.

De otra parte, precisamos que el contenido general de los instrumentos que conforman el “Derecho de Ginebra” es el siguiente: Primer Convenio: para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; Segundo Convenio: para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas, cuando el conflicto suceda en el mar u otras aguas; Tercer Convenio: para regular la protección y asistencia a los prisioneros de guerra; Cuarto Convenio: para regular la protección y asistencia a la población civil en tiempo de guerra; Protocolo I adicional se amplían las normas que regulan los conflictos armados internacionales, relativas a la protección de víctimas y especialmente de la población civil.

Por su trascendental importancia, en orden a la determinación de los elementos típicos incorporados, en caso de conflicto interno, transcribimos el contenido textual del artículo 3^a común a los cuatro Convenios de Ginebra: “1. Las personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna. o cualquier otro criterio análogo.

“A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

“a. los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

“b. la toma de rehenes;

“c. los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes degradantes:

“d. las condenas dictadas y las efectuadas sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

“2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

“Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

“Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

“La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

III. ELEMENTOS DESCRIPTIVOS COMUNES. CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS E INTERNACIONALES

Como se observa, los tipos penales que se incluyen en el presente título poseen, como común denominador, el complemento descriptivo de tiempo, según el cual las acciones, determinadas y descritas, se han de desarrollar “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”; se trata entonces de tipos penales especiales que, a más de otras especificaciones relacionadas con los elementos comportamentales, finalidad propuesta y calificaciones implícitas de los sujetos, sólo tienen posibilidad de adecuación si se realizan durante lapso o tiempo en el que ha tenido ocurrencia el conflicto armado; en ausencia de tal exigencia dogmática, no podremos estar frente a un ataque contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, la acción se adecuará al tipo ordinario o común equivalente, o, como lo observaremos en algunas

oportunidades, será un imposible ontológico, frente a casos en los que los restantes elementos estructurales exigen, por su propia naturaleza, que se actúe en o con ocasión de un conflicto. Hemos sostenido al estudiar otros tipos penales que incluyen descripciones circunstanciadas, como la presente, que no se trata de un “...complemento descriptivo de lugar, como podría inferirse de la redacción de la norma, con lo cual no consideramos necesario que el agente se encuentre en combate o en el sitio de las hostilidades; igual complemento encontramos en el tipo de instigación a la guerra (Art. 114 C.P. de 1980)” (PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, Teoría del Hecho punible, t. I, La Tipicidad, p. 199).

Pues bien, en atención a lo anterior pasamos a determinar el contenido del referido complemento descriptivo. Según la teoría especial sobre el tema, el concepto de conflicto armado atañe al ámbito material de aplicación de las normas del D.I.H., es decir, a las situaciones en las cuales encuentra su operancia: conflicto armado internacional o entre Estados, y conflicto armado interno. Como también se observa en los contenidos típicos del título, en preceptividad finalmente adoptada en nuestro derecho punitivo interno, no se distingue la clase de conflicto en la que se deben desarrollar los respectivos comportamientos, por lo que ella tiene aplicación en ambas hipótesis.

No obstante, en relación con el conflicto internacional, la aplicación de estos tipos penales presentará algunas vicisitudes, frente a las cuales se debe dar cabal aplicación a los principios sobre aplicación de la Ley penal en el espacio, contenidos en los artículos 14 a 17 del nuevo Estatuto Sustancial.

El sentido lato o genérico, de necesaria utilización al realizar la hermenéutica de normas punitivas como la presente, se entiende por conflicto armado internacional el que surge entre dos o más Estados, sujetos del derecho internacional. La guerra entre Estados, por principio está proscrita por la comunidad internacional, y solo encuentra justificación a la luz de los Instrumentos sobre la materia, en casos de legítima defensa en la que un Estado responde la agresión injustificada de otro; o cuando la Comunidad de Naciones, a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, decide utilizar la fuerza en contra de uno a más Estados que amenazan o

han lesionado la paz internacional; y, finalmente, también se tolera la confrontación bélica entre Estados, en procesos de liberación de la dominación u ocupación ejercida por un Estado sobre otro; no obstante las anteriores justificaciones, siempre que se presente un conflicto armado internacional, los Estados involucrados o intervinientes están obligados a promover, respetar y aplicar la normatividad del D.I.H.; aspecto que en orden positivo se manifiesta como origen de la represión punitiva que se estudia.

El ámbito material de aplicación del D.I.H. -circunstancias de ejecución- en el conflicto armado internacional esta definido por el artículo 2^a común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el cual especifica dicho ámbito para cinco hipótesis a saber: guerra internacional declarada, guerra internacional no declarada, conflicto armado internacional reconocido por ambas partes, conflicto armado internacional no reconocido por alguna parte, y ocupación total o parcial del territorio de un Estado, se haya o no producido defensa o resistencia militar. De otra parte, es de importancia en relación con la determinación del elemento descriptivo de circunstancia temporal introducido en el tipo, que la acción típica se desarrolla, por este aspecto, en el lapso que media desde el momento en el cual, de facto, surgen las hostilidades internacionales y hasta cuando cesan los efectos del conflicto sobre las personas, es decir, concluyen las acciones, en el orden consecuencial, de acuerdo con los artículo 5^a del primer Convenio, 5^a del tercero y 6^a del cuarto.

Por su parte, el conflicto armado interno, también en sentido general pero con claras referencias normativas, es aquél que se suscita al interior de un Estado, sea por enfrentamiento al interior de las fuerzas armadas del mismo, en el que una de las partes se puede calificar de armado disidente; entre las fuerzas armadas del Estado y grupos armados organizados; en ambos casos los intervinientes son denominados partes en conflicto. El artículo 3^a común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II de 1977, regulan de manera específica los requisitos que lo caracterizan y las normas sobre protección y asistencia, por los aspectos subjetivo y objetivo.

Así, de acuerdo con la anterior preceptividad, las normas del D.I.H. no se aplican a todas las situaciones conflictivas suscitadas al interior de un Estado, quedando excluidas las denominadas tensiones internas y los disturbios interiores, por presentar claras diferencias conceptuales con la definición de conflicto armado interno; en estos eventos, el D.I.H. pasa a ser un simple punto de referencia, en orden a la protección de los derechos fundamentales; pero la realización de la respectiva conducta tipificada, no podrá ser adecuada de acuerdo al presente título, dando paso al examen de las delictuosidades descritas a nivel general o común, pues esta circunstancia de orden temporal, es al mismo tiempo elemento normativo del tipo, que exige su confrontación con la preceptividad extrapenal de carácter internacional. (Cfr. Art. 1^a, N^a 2, Protocolo Adicional II).

Ahora bien, el artículo 3^a común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II de 1977, aplicables desde los puntos de vista formal y material en Colombia, son de inmensa trascendencia en la órbita internacional, que alcanza a generar efectos en el fundamento de incriminación punitiva; en virtud de tal preceptividad, el artículo 3^a común, comprende todos los conflictos armados sin carácter internacional, en cualquiera de los Estados Parte; en tal virtud el D.I.H. se introduce plenamente en las situaciones internas, restringiendo y regulando de manera imperativa la actuación del Estado, frente a sus nacionales, que en forma armada se alzan contra la autoridad; el D.I.H. se aplica entonces de manera automática, en el momento en que surge esta clase de conflicto armado, sin que ello dependa del reconocimiento de los insurgentes, vale decir, sin ninguna condición de reciprocidad.

Como parámetros conceptuales para la identificación del conflicto armado no internacional o interno se tienen: la naturaleza jurídica de los sujetos enfrentados, no son Estados soberanos pertenecientes a la comunidad internacional; por el aspecto espacial, se trata del enfrentamiento de un Gobierno, de un Estado -sujeto de derecho internacional- con grupos armados, dentro de sus límites territoriales; y, finalmente trata de una confrontación entre fuerzas que poseen una cierta organización, con lo que -como lo hemos referenciado anteriormente- los hechos aislados y esporádicos,

entrarán en la calificación de disturbios y tensiones interiores, que no constituyen conflicto armado en sentido jurídico internacional, por lo que los elementos de permanencia y continuidad deben entrar también en juego en la identificación dogmática de este elemento normativo. (Cfr. Art. 1^a, N^o 1, Protocolo Adicional II).

Finalmente, consideramos oportuno en estos comentarios, mencionar la normatividad internacional de necesario examen en el proceso de adecuación típica; aclarando que el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, especifica y desarrolla el artículo 3^o común, con lo que, en concepto de la doctrina especial, el análisis del Protocolo II se debe realizar a partir del artículo 3^o, considerándolo en su integridad. Esta preceptiva excluye del ámbito material de aplicación los conflictos armados internacionales y los otros conflictos de este mismo orden enunciados por el artículo 1^o del Protocolo Adicional I, quedando en ella comprendidos los conflictos armados “... que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

IV. LAS PERSONAS PROTEGIDAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En la totalidad de los tipos penales protectores de la dignidad, vida e integridad de las personas, se introduce en el presente título este elemento normativo jurídico de carácter internacional, que cualifica siempre el objeto material de las respectivas infracciones, por lo que en este lugar realizaremos su determinación estricta.

Por el aspecto subjetivo, se identifican las personas que son objeto de protección por parte del D.I.H. de manera general, ubicándolas en tres sectores fundamentales: no combatiente, población civil y personas con Estatuto especial. En el primer grupo, se enuncian a las personas que aunque participaron, ya no toman parte en el conflicto armado; así, el combatiente herido, enfermo, capturado o que se ha rendido o ha depuesto las armas; en concepción genérica, el no combatiente es aquella persona que ya no representa ninguna

amenaza o peligro para el adversario, concepción que ha de acogerse en el proceso de adecuación típica, no obstante la ejemplificativa enunciación contenida en los numerales 3ª y 6ª de la norma en comentario; la expresión “puestos fuera de combate”, desarrollo expreso del artículo 3ª común a los cuatro Convenios de Ginebra, hace directa relación con aquel criterio general; la palabra “puestos”, a nuestro modo de ver, no puede significar necesariamente que la situación del herido, enfermo o náufrago haya sido causada por acción, directa o indirecta del adversario, pues tales estados pueden ser generados por factores diversos, aspectos que nuevamente revelan la admisibilidad dogmática, en fase de tipicidad objetiva, de la concepción amplia que hemos dejado reseñada.

En virtud del referido artículo 3ª común, el no combatiente debe ser respetado, asistido y protegido; por lo que la normatividad internacional, desarrollada en el orden punitivo interno, considera que por haber sido combatiente, la persona no pierde los derechos que le asisten en su condición de ser humano, aspecto en el que se encuentra el fundamento incriminativo de todos los tipos penales que protegen, en forma inmanente, la vida, integridad y libertad de las personas protegidas por el D.I.H.; a su turno, la situación de indefensión en que se encuentra el no combatiente, también manifiesta la naturaleza del ataque especial contra el bien jurídico prevalente.

Los deberes y prohibiciones impuestos a las partes en conflicto, así como la enunciación de los derechos básicos de los no combatientes, se encuentran consagrados en el primero, segundo y tercer Convenio de Ginebra, en los Títulos II y III de los Protocolos Adicionales I y II.

En un segundo grupo se ubica, en tutela que también emerge del artículo 3ª común, a la población civil, entendida como todas aquellas personas, grupos o colectividades de personas, que no participan directamente en las hostilidades. El fundamento de protección -para nuestra disciplina de incriminación-, lo encontramos en que ante la situación de indefensión en que se encuentra la población civil -al margen del conflicto- debe llevar a que el ordenamiento las preserve de todo género de amenazas, peligros y efectivas lesiones, que puedan producirse como fruto del enfrentamiento armado. Frente a la población civil, las partes en

conflicto deben: abstenerse en forma absoluta de atacarla, dirigiendo sus ataques exclusivamente contra objetivos militares, ámbito de protección que se extiende a su vida, integridad y libertad y que se concreta en la prohibición, también absoluta, de su utilización como “escudo humano” o “parapeto”, y en las obligaciones de ponerla a salvo de las hostilidades, de establecer zonas de seguridad para la atención médica, espiritual, alimentaria y de socorro, medidas que garanticen los derechos de reunión e información familiar, la permisión de la actuación humanitaria de los organismos de socorro.

La consagración positiva de las prohibiciones y deberes de las partes en conflicto se encuentran desarrolladas de manera exhaustiva en el IV Convenio de Ginebra de 1949, y en el título IV de los Protocolos adicionales I y II.

En tercer término, tenemos a las personas con estatuto especial; aquí se ubican todos aquellos que sin ser combatientes intervienen en el conflicto y hacen presencia en las zonas en las que se desarrolla, en razón a sus funciones y misiones de carácter especial, tales como la acción humanitaria -personal de organizaciones de asistencia y socorro-, las actividades médicas y asistenciales -médicos, enfermeros, camilleros, etc.- y la prestación de servicios de ayuda espiritual -sacerdotes, pastores, ministros, etc., y el cubrimiento periodístico del conflicto- estas personas no son combatientes, no pueden ser objetivos militares, no pueden ser atacados, ni agredidos, por el contrario como se observara a propósito de otras formas delictuales, en ocasiones su intervención debe ser facilitada o por lo menos permitida por las partes.

V. BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Derecho Internacional Humanitario protege determinados bienes materiales, en cuanto contribuyen directa o indirectamente a la protección y salvaguarda de las personas protegidas. La protección material u objetiva puede clasificarse en cuatro grupos.

En primer término, se protegen los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los alimentos, los

cultivos, el ganado o los acueductos; que quedan incluidos en el numeral 3º del párrafo del artículo 154 C.P.

Por este mismo aspecto, la normatividad interna debe comprender los bienes utilizados por las unidades sanitarias y organismos de socorro, pues no hace expresa referencia a ellos, mientras la preceptiva internacional los menciona en forma separada, como aquellos destinados a transportar, albergar y proporcionar asistencia en salud a los no combatientes y a la población civil, por ejemplo, los hospitales, los puestos de socorro o las ambulancias. La protección a estos bienes se realiza en razón de su objeto y función, pues sirven a la causa humanitaria de manera imparcial. El referido artículo 154 extiende la protección a los bienes civiles cuando no sean objetivos militares; no obstante reiteramos aquí que de acuerdo con el artículo 52 del Protocolo I, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes u objetos que, por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, contribuyen eficazmente a la acción militar o cuya neutralización, captura o destrucción total o parcial, ofrece, siempre de acuerdo con las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

En segundo lugar, las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, entendiéndose por las mismas aquellas que al ser atacadas tienen la potencialidad de liberar fuerzas, energías o sustancias que a su vez pueden causar perjuicios de gravedad para la población civil, o daños extensos y duraderos a los ecosistemas o al medio ambiente; protección que en la norma interna se desarrolla en los numerales 4º y 5º del artículo 54 C.P.

A este propósito se tutelan igualmente los bienes de carácter sanitario entendidos como los destinados a transportar, albergar o brindar asistencia en salud a los no combatientes y a la población civil, tales como los hospitales (fijos o de campaña), puestos de asistencia y socorro, ambulancias, convoyes sanitarios, etc., reseñados de manera ejemplificativa por la norma, que adquieren protección, tanto en la preceptiva internacional como en la norma interna, siempre que se encuentren señalizados con una Cruz Roja o con una Media Luna Roja sobre fondo blanco.

Los bienes culturales también son objeto de protección, en cuanto constituyen manifestación de la cultura de un pueblo, que por su

significado e importancia deben ser preservados de las consecuencias de la guerra; así, los monumentos arquitectónicos, arqueológicos, las obras de arte, los manuscritos, museos, archivos históricos y bibliotecas, por ejemplo (numeral 2º Idem).

En el conflicto armado impera la obligación para las partes de tomar todas las medidas necesarias para respetar los bienes, edificios y lugares destinados al culto, a las artes, las ciencias, los monumentos históricos; aspecto que tiene como limitación que no se utilicen simultáneamente con o para finalidades militares. (Reglamento de la Haya, artículo 27 y Convenio IX de la Haya artículo 5º).

La preceptiva internacional en este sentido establece una obligación de naturaleza correlativa, en cuanto de una parte, los bienes no pueden ser utilizados en apoyo de la acción militar, y de otro lado no pueden ser objeto de ataque; aspectos que sin duda deben ser examinados en fase de tipicidad objetiva, en referencia al artículo 156 C.P.; como se observa, estos dos aspectos del comportamiento son incriminados penalmente y tienen contenido recíproco (Protocolo I, artículo 53 y 85).

El artículo 157 C.P. incrimina el ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas; la norma ejemplifica las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas en cuanto presas, diques, centrales de energía eléctrica o nuclear. El precepto internacional que se erige como fuente de tal tipificación, lo encontramos en el artículo 15 del Protocolo Adicional II que a su texto dice: “Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil”. Adicionalmente el Protocolo I en su artículo 56 enuncia los mismos objetos materiales reseñados por la norma interna, pero aclara que si las referidas instalaciones constituyen objetivo militar pesa idéntica prohibición de ataque si éste puede causar pérdidas graves en la población civil.

Con la misma proyección de protección indirecta, el D.I.H. tutela los denominados “bienes indispensables para la supervivencia de la

población civil”, comprendiendo por tales los productos agrícolas, las zonas donde se cultivan, el ganado, los depósitos de alimentos, los acueductos, las zonas de riego, etc. A este propósito el artículo 160 C.P. acertadamente no hace ningún tipo de distinción, por lo que los bienes adquieren la categoría indiscriminada, en relación con su necesidad para la supervivencia y subsistencia de los individuos integrantes de dicha población. En este sentido, el artículo 14 del Protocolo Adicional II consagra: “Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obra de riego”.

Finalmente en la presente salvaguarda de índole material se debe también entender incluido el medio ambiente, la cual ha encontrado su tipificación en el artículo 164 C.P. que señala los medios y métodos de su destrucción o afectación, los cuales encuentran su especificación en la preceptiva internacional en la Convención sobre la prohibición del uso de armas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 1976. De igual manera, el Protocolo I en sus artículos 35 y 55 prohíbe textualmente la utilización de métodos o medios de hacer la guerra “que hayan sido concebidos para causar daños extensivos, duraderos y graves al medio ambiente natural”.

Con la incorporación de las normas internacionales de D.I.H. al Código Penal de 2000, corresponde al Estado Colombiano aplicar la protección de sus preceptos en el marco del conflicto armado interno, que requiere no solo su ajuste en el derecho penal, sino medidas administrativas y judiciales, con el fin de proteger los individuales fundamentales en medio de la confrontación armada; lo cual debe obtener como consecuencia inmediata la tutela de bienes, efectos o cosas que presentan esa connotación sustancial.

VI. EL CONCEPTO DE “IMPERIOSA NECESIDAD MILITAR” Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

De acuerdo con la preceptividad internacional este concepto se relaciona con la definición del “objetivo militar”, entendido como aquél que por su función, naturaleza o ubicación, contribuye a la eficacia de la acción militar y cuya destrucción, captura o neutralización ofrece, según la determinada situación táctica, una ventaja militar definida. El principio de necesidad militar, implica la obligación para los combatientes de verificar si los objetivos son militares o no, en caso negativo deben abstenerse de iniciar el ataque o suspenderlo; de igual manera, han de proceder cuando se prevea que el ataque causará en la población o en los bienes daños desproporcionados en relación con la ventaja militar prevista.

La aplicación del principio de necesidad militar tiene relación con la regla de proporcionalidad, que impone a las partes en conflicto la obligación de calcular la relación directa entre la ventaja militar pretendida con el ataque y los efectos perjudiciales que se pueden producir para la población civil y sus bienes. “La necesidad militar no admite la crueldad, es decir, infringir sufrimientos por si mismos, o por ventaja, tiene que ir unida al principio de proporcionalidad”. (ANTÓN AYILON, Manuel, Conferencia sobre Derecho de la Guerra, Centro de Estudios de D.I.H., Cruz Roja Española, p. 10, Madrid, 1996).

El D.I.H. estatuye que las partes involucradas en cualquier conflicto armado, no tienen derecho ilimitado para la elección de los métodos y medios de hacer la guerra o adelantar la hostilidad. Por lo anterior, esta preceptividad prohíbe en concepto genérico, la utilización de métodos y armas que por sus efectos y naturaleza, representan una agresión indiscriminada, tanto de las personas como respecto de las cosas; lesionando o amenazando a combatientes y civiles, o a bienes protegidos y objetivos militares simultáneamente; de la misma forma, se proscribe la causación de daños innecesarios y la utilización de medios cuyos efectos son impredecibles o incontrolables, en el tiempo y en el espacio.

Así, el artículo 142 C.P. realiza una incriminación de naturaleza genérica, no obstante que la expresión “por esa sola conducta” deja perfectamente vigentes todas las posibilidades de concurso homogéneo o heterogéneo, simultáneo o sucesivo, con los atentados que se puedan configurar, como resultado efectivo del uso del medio

o método respectivo; aunque es de anotar que dentro del mismo título se incriminan de manera especial, medios y métodos de guerra, hipótesis en las cuales se debe excluir el concurso y aplicación de la cláusula de extensión; así por ejemplo, la perfidia es un método prohibido de guerra, cuya implementación no puede encontrar aplicación en la presente norma ya que se encuentra descrito de manera especial en el artículo 43 (C.P. de 2000).

Como medios prohibidos se comprenden todas aquellas armas - medio natural para hacer la guerra- que tengan por lo menos la potencialidad de causar daños superfluos, innecesarios o indiscriminados, tales como las armas químicas, bacteriológicas, nucleares e incendiarias o la utilización de minas antipersonales; aclarando que por este aspecto en el título hay tipificación especial que por tanto excluye el concurso, para la utilización de los métodos y medios que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural (Art. 164 C.P. de 2000).

En la precitada norma se incluye como elemento normativo la referencia a la causación de “sufrimientos o pérdidas innecesarias o males superfluos”, su interpretación se ha de realizar de acuerdo con los conceptos que sobre necesidad militar y objetivo militar, contiene la preceptiva internacional.

El objetivo militar es aquel que en consideración a su naturaleza y ubicación, contribuye con alto grado de eficacia, a la acción y propósitos militares, o cuya destrucción, neutralización, daño o captura, acarrea una determinada ventaja militar; por su parte, la necesidad militar entraña la obligación para los combatientes de verificar, en todas las fases de su operación, si los objetivos son militares o no; si la conclusión es negativa, deben suspender la acción o no iniciarla; de igual manera, el principio de necesidad trae como consecuencia el deber de prever los efectos de la acción, a tal punto que si se deduce que esta causará daños excesivos a la población o a los bienes en directa relación con la ventaja militar prevista, ella también deberá suspenderse.

Finalmente, como Instrumentos Internacionales que de manera expresa prohíben algunos medios o armas, se citan el Tratado relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes,

tóxicos o similares y medios bacteriológicos de 1925, aprobado mediante la Ley 10 de 1980, la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas), y tóxicas y sobre su destrucción de 1972, aprobado también mediante la precitada ley y la Declaración de prohibición del empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.