

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

EL DELITO DE ESTAFA. ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y DIFERENCIALES

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. ESTAFA Y EXTORSIÓN. *Diferencias. Delito de violencia y Delito de constreñimiento*

Evaluación normativa. "Los dos tipos penales tienen en común el propósito de obtener un ilícito provecho económico, más en cuanto a los medios no puede existir posibilidad de confusión, la estafa suele calificarse como delito de inteligencia para lograr el engaño, mientras que la extorsión menoscaba la libre determinación de la víctima por acciones predominantemente violentas".

.....

"Como se ve, la polémica entre los indicados Juzgados céntrase, con prioridad, en cuanto en la competencia por el factor objetivo o naturaleza del hecho : uno sostiene que habría extorsión, y, el otro, que solamente estafa.

"Y como la competencia por el factor territorial (art. 41 del C. de P. P) depende aquí de la tesis que se acoja sobre la tipificación de los hechos, la Corte debe resolver primero este tópico.

"1. El artículo 406 del Código Penal de 1936 (modificado por el 12 de la Ley 21 de 1973), norma cuya vigencia ocurrieron los primeros hechos, describía así la extorsión :

“El que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para si o un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de

“En igual sanción incurrirá el que por los mismos medios, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito”.

"El Código Penal de 1980 en el artículo 355, tipifico dicho delito en los siguientes términos :

“El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de tener provecho ilícito para si o para un tercero, incurrirá en prisión de...”.

"Ahora bien, el delito de estafa, tanto en el artículo 408 del Código Penal de 1936, como el 356 de 1980, se describe como la obtención de un provecho ilícito con perjuicio ajeno mediante la inducción (o mantenimiento) en error a otro a través de artificios o engaños.

"Ambos tipos penales tienen en común el propósito de obtener un ilícito provecho económico, más en cuanto a los medios no puede existir posibilidad de confusión : la claridad de los preceptos aludidos no le dan cabida. La estafa, a dicho esta Sala, “suele calificarse como delito de inteligencia, para denotar con ello que aunque jurídicamente cualquier persona puede realizar la conducta descrita como tal en el respectivo tipo penal (es de sujeto activo indeterminado) en realidad su ejecución requiere en el autor especiales condiciones personales de versatilidad, simpatía, poder de convicción, imaginación para idear artificios capaces de atraer a la víctima, seguridad y confianza en el manejo de la concreta situación creada para consumir el engaño y obtener, por tal vía, el provecho económico hacia el cual se orienta toda su actuación...” (Casación de 24 de agosto de 1984).

"Los términos que acaba de subrayar la Sala expresan, inequívocamente cuáles son los medios desplegados por el actor : todos ellos engañoso, fraudulentos, excluyen, repelen frontalmente la violencia, la intimidación, cualquier clase de fuerza. En la estafa, gracias al engaño, la víctima se desprende gustosamente de sus bienes.

"En oportunidad muy reciente, la Corte examinó la naturaleza, proyección y límites de la extorsión. Registró que su verbo rector “constreñir” es sinónimo de “obligar” (utilizado en el artículo 406 del Código Penal de 1936), y cómo de esta manera, “el delito de extorsión, continua siendo entre nosotros un delito comisivo por acción predominantemente violenta, que abarca no solamente la violencia física, sino “cualquier conducta ejercida por el agente que trae como

resultado un menoscabo de la libre determinación de la víctima obligada a realizar lo que aquél desea y no lo que ella quiere (Sentencia de 8 de abril de 1986, Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga)." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No. 41, 29-04-86, Gaceta Judicial No. 2424, t. CLXXXV, p. 197).

COMENTARIOS

La conducta descrita en el tipo penal de estafa es de las llamadas de resultado intelectual o resultado creativo; es necesaria la efectiva consecución de beneficio económico para el agente y un deterioro patrimonial también efectivo para la víctima. El verbo "obtener" indica acción positiva de conseguir, alcanzar o adquirir. Provecho es beneficio, utilidad o ventaja. No se exige que el aprovechamiento obtenido se agote o perfeccione, ni que se haya asegurado el goce total del mismo.

El componenete intelectual del comportamiento se observa en que el agente para la obtención del resultado descrito debe inducir a error o mantener en error al sujeto pasivo mediante artificios o engaños.

La inducción al error; es la creación esforzada y reforzada de una idea falsa en alguien, significa dirigir al sujeto pasivo al convencimiento de un falsedad, con lo cual el inductor se convierte en la causa mediata y real del juicio equivocado o de la idea falsa.

Entre tanto, mantener en error: es hacer perdurar en el tiempo, mediante esfuerzo intelectual de convencimiento, una idea o un razonamiento falsos. La acción del agente no es la causa del error pero éste si consigue que tal situación permanezca o se arraigue más. Ahora bien los medios, alternativos o conjuntivos, que se han de utilizar para conseguir el estado intelectual de error en el sujeto pasivo o para mantener el mismo, han de ser el artificio o el engaño.

TEMA II. DOCUMENTO Y ESTAFA. Contenido ideológico falso.

Evaluación normativa. "Cuando un documento, así sea público, se involucra en un obrar delictuoso, es factible atacar su mérito y establecer una distinta realidad, precisamente la que constituye la

conducta criminosa, para entonces si hacer las determinaciones propias del campo penal. De no, fácil quedaría a quien v.gr., en un delito de estafa mediante el cual se ha producido la apropiación de un bien inmueble, al paso que por este instrumento asegura el objeto de su doloso engaño, al mismo tiempo se procura la intocable prueba de una actuar que se cree legítimo pero que realmente no lo fue. La cuestión se aparenta, entonces, con poder contar con elementos suficientes para demostrar que lo llevado a escritura como negociación lícita no exhibió estas notas, y por el contrario, se insertó en un comportamiento punible.

1. El censor estima que el contenido y alcance de la escritura pública, es la expresión incontrastable del acervo patrimonial que fue objeto de la separación de bienes. La apreciación no es viable entenderla en forma tan rotunda e indiscriminada, ya que cuando un documento así sea público, se involucra en un obrar delictuoso, es factible atacar su mérito y establecer una distinta realidad precisamente la que constituye la conducta criminosa, para entonces si hacer las determinaciones propias del campo penal. De no, fácil quedaría a quien, v.gr., en un delito de estafa mediante el cual se ha producido la apropiación de un bien inmueble al paso que por este instrumento asegura el objeto de su doloso engaño, al mismo tiempo se procura la intocable prueba de un actuar que se cree legítimo pero que realmente no lo fue. La cuestión se emparenta, entonces, con poder contar con elementos suficientes para demostrar que lo llevado a escritura como negociación lícita no exhibió estas notas y, por el contrario, se inserto en un comportamiento punible.

No puede negarse que el atestado de la separación de bienes, por múltiples razones, no siempre corresponde a una relación total y absoluta de bienes y obligaciones. No es extraño dejar por fuera del mismo la mención de parte del haber patrimonial, bien para esquivar impuestos, ya por la índole de algunas pertenencias (muebles), ora porque al mismo tiempo que se carga a uno de los separados un compromiso se le entrega los medios para satisfacerlo o finalmente, como lo destacó la sentencia acusada en valoración que no fue refutada por el casacionista, el proceder obedeció a un hábil ardid del sentenciado. A este respecto, el fallo, y este aparte lo recauda la Delegada anota : “la entrega de la nota por Carlos Julio a Celina es evidente, de ello no existe la menor duda y salta a la vista que al

endosarlo inmediatamente aquél ya tenía concebido negar el traspaso así conociera que con posterioridad una ejecución judicial era imposible por la solución de continuidad en la cadena de endosos... Esta actitud es un verdadero engaño pues no solo busco el arreglo fingiendo amistad y conseguir un presunto acuerdo para proponer qué créditos y obligaciones no quedarán plasmados en la escritura, sino que, como además hizo entrega del título contentivo del crédito con el que Celina cubriría la obligación pendiente” (fl. 27 C. T.). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No. 84, 21-09-93, Gaceta Judicial No. 2466, t. CCXXVII, p. 922).

COMENTARIOS

Se distinguen doctrinalmente las diferentes especies de falsedad documental entre las cuales se encuentra perfectamente indentificada la falsedad intelectual, acción base propuesta por la presente providencia.

De una parte encontramos la falsedad material entendida como aquella que se verifica sobre la corporeidad del documento; puede presentar como formas la falsedad por fabricación en la que el documento falso se confecciona en su totalidad; creación "ex novo" del objeto material de la infracción; la falsedad por alteración como aquella que se concreta en modificaciones o cambios sobre documento originalmente verdadero, la acción se puede verificar por sustracción, adición o corrección; la falsedad por contra hechura que es la fabricación de documento falso que se realiza siguiendo como modelo o guía un documento verdadero; contrahacer es remedar documento verdadero, de forma tal que el falsificado le sea asimilable.

La falsedad ideológica, hipótesis planteada en el presente caso, no se realiza sobre la materialidad del documento, se falsea su contenido ideológico en cuanto a las afirmaciones o hechos en él consignados. El documento es verdadero en sentido material pero falso en su contenido.

Finalmente también se identifican la falsedad personal, la cual es una falsedad ideológica que se concreta en la sustitución o suplantación de la personalidad o de alguno de sus elementos; y la falsedad por uso:

en la que no se realiza maniobra alguna sobre la materialidad del documento, ni se consignan falsedades en documento materialmente verdadero, sino que a un documento material o ideológicamente falso, se le hace cumplir la finalidad a la que estaría destinado en caso de ser verdadero, o a un documento verdadero se le da un uso indebido o fraudulento.

TEMA III. ESTAFA. Elementos.

Evaluación normativa. “Como bien lo han destacado jurisprudencia y doctrina, la estafa tiene elementos de varios delitos, sin que por ello llegue a confundirse con estos”.

A juzgar por las pruebas allegadas hasta ahora al proceso, razón le asiste al instructor de Bogotá cuando sostiene que el delito denunciado no es el de hurto agravado por la confianza, sino el de estafa por cuanto el apoderamiento de la carga no fue un acto contra la voluntad del propietario o tenedor de la misma sino que éste la entregó voluntariamente a consecuencia del error en que lo indujo el hábil transportador quien le hizo creer que llevaría a su destino el cargamento a él confiado ; cuando en verdad lo deseado era obtener un provecho ilícito con perjuicio ajeno, elementos pertenecientes al tipo penal de la estafa.

Lo que sucede, como bien lo han destacado jurisprudencia y doctrina, es que la estafa tiene elementos de varios delitos sin que por ello lleguen a confundirse con ellos : Participa, por ejemplo, del hurto simple en la lesión de un patrimonio ajeno y en la ausencia de violencia ; del abuso de confianza, en la defraudación de la buena fe ajena, y hasta de la falsedad, en la mentira o embuste que la revista. Sin embargo, hay diferencias inequívocas como son el consentimiento del dueño así sea viciado por el error, frente al hurto ; la transferencia del dominio sobre el bien, frente al abuso de confianza, y el bien jurídico específicamente tutelado, frente a la falsedad, incluso la realizada en documento privado que aunque siendo uno de los medios idóneos para estafar bien puede llegar a concurrir con éste en los eventos aceptados por la jurisprudencia, puesto que frente a la falsedad en documento público siempre habrá concurso como, al parecer según la denuncia, ocurre en el caso presente.

Ahora bien, como el delito de estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho, esto es la entrega mediante el engaño, y ésta ocurrió en Cúcuta es a los Jueces de dicha ciudad a quienes corresponde el conocimiento del proceso.

Podría argumentarse que se estaría en presencia de un abuso de confianza por cuanto hubo entrega voluntaria de la cosa a título de traslaticio de dominio, puesto que el contrato de transporte indicaba la obligación de entregar la mercancía en el lugar de destino. Sin embargo, no se da dicha ilicitud por cuanto el título no traslaticio de dominio que permitió la entrega de la cosa no fue legítimo. La voluntad de entrega estaba viciada por el error que las maniobras engañosas generaron con presencia al acto.

En el delito de abuso de confianza, y bueno recordarlo, la ausencia de entrega o de restitución del bien mueble es consecuencia de la apropiación, pero es ésta y no aquella la que marca el momento consumativo del delito y sirve para determinar el lugar de su comisión. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 46, 11-07-91, t. CCXI, p. 35).

COMENTARIOS

En el hurto agravado previsto en el numeral 20. del artículo 351 C.P. la confianza es la esperanza firme y segura que se tiene en una persona, fundamentada en la buena fé y en la opinión que de ella se tiene; tal circunstancia lleva al sujeto pasivo a depositar en el agente el cuidado o manejo de bienes o negocios que le pertenecen. Esta circunstancia facilita al agente el acceso al objeto material de la infracción y posibilita la reiteración o impunidad del delito, lo cual justifica plenamente la agravante.

Esta circunstancia de agravación se diferencia del abuso de confianza (arts. 358 y 359 C.P.), en cuanto en este la víctima hace entrega voluntaria de la cosa mediando un título no traslaticio de dominio. Si no ha habido dicha entrega voluntaria, sino que tan solo se ha permitido al agente entrar en contacto con el objeto material -tenerlo custodiarlo, utilizarlo- la infracción será hurto agravado por la confianza;

en este sentido se pronunció el profesor Arenas, Comentarios al Código Penal, t. II, p. 493.

Los medios de comisión nunca son la violencia para el delito de estafa, los estatuidos revisten carácter de alternatividad o conjunción, los cuales se han de utilizar para conseguir el estado intelectual de error en el sujeto pasivo o para mantener el mismo, han de ser el artificio o el engaño. El artificio es la mentira o falsedad que implica despliegue artificial externo -utilización de elementos, ejecución de actos de índole escenográfica y teatral-, los cuales producen mayor fuerza en la mentira. la hacen más creíble. Entre tanto el engaño es aquella mentira, falta de verdad en lo que se hace, dice o piensa, que procura causar o arraigar en alguien una idea o juicio falso y que se concreta en palabras, gestos o actividades del agente.

TEMA IV. ESTAFA. Competencia. COLISIÓN DE COMPETENCIA.

Evaluación normativa. “Sólo en el lugar donde el agente obtiene un beneficio ilícito como resultado del error en que ha inducido a la víctima que sufre el perjuicio, debe considerarse consumada la infracción”.

Como fácilmente se observa, los dos Jueces en conflicto aceptan la competencia por la naturaleza del hecho (estafa) pero la rechazan por el factor territorial (lugar de su consumación).

Corresponde en consecuencia de la Corte, determinar el lugar de consumación de la infracción penal.

En todo tipo penal existe una forma verbal que señala la conducta que debe realizar el sujeto activo para obtener el quebrantamiento del derecho, el interés o el bien jurídico protegido por la norma punitiva. Y es en el lugar el agente realice la conducta descrita en el verbo rector donde se considera consumado el delito.

Es bien sabido, que en el delito de estafa del artículo 356 del Código Penal no obstante que en la descripción del tipo de lo injusto existen varios verbos, sólo el “obtener provecho ilícito” constituye el núcleo rector en forma tal, que las maniobras engañosas o la inducción en

error, mientras no se obtenga el beneficio ilícito, colocan el comportamiento en el campo de la tentativa.

Así se expresa el maestro Reyes Echandía, al respecto :

“Cuando se habla de verbo rector, se quiere diferenciarlo de otros verbos o verbos rectores que el legislador suele emplear al describir una determinada conducta y cuya función es accesorio. A menos que se trate de tipos compuestos, sólo existe un verbo rector en cada tipo legal ; en la estafa por ejemplo (art. 356 del nuevo C. P.) cuya esencia consiste en obtener un provecho ilícito con perjuicio ajeno induciendo a una persona en error, si bien se han empleado dos verbos, sólo primero puede calificarse de rector”, ya que el segundo sirve apenas para mostrar una circunstancia modal de la conducta...” (Derecho Penal - parte general -).

Debe concluirse en consecuencia, que sólo en el lugar donde el agente obtiene un beneficio ilícito como resultado del error en que ha inducido a la víctima que sufre el perjuicio, debe considerarse consumada la infracción. Tal es el criterio seguido por la jurisprudencia de esta Corporación.

En auto de 20 de junio de 1988, al determinar el momento consumativo del delito de estafa, dijo la Corte :

“...Reiterada ha sido la jurisprudencia de esta Corporación en fijar el momento consumativo del delito de estafa ; en tratándose de este hecho punible y de conformidad con la descripción típica del artículo 356 del Código Penal se ha firmado, que la estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho patrimonial como consecuencia de la inducción en error, o sea que en este caso, esto sucedió en X ciudad donde los timadores cobraron el cheque por un millón de pesos, aumentaron real e ilícitamente su patrimonio y por ende afectaron el de la víctima...”

Si desde el punto de vista jurídico, se determina con absoluta claridad que el delito de estafa se consuma en el sitio donde el sujeto activo obtiene el beneficio con perjuicio para la víctima, en extremo difícil resulta precisar el lugar en el caso de estudio, dados los escasos elementos de convicción remitidos a la Corte.

Se sabe de manera cierta, que el contrato de compraventa de los semovientes se celebró y perfeccionó en Villavicencio en el centro ganadero “Catama” donde las partes convinieron la cosa y el precio (art. 1857 del C. C.) por tratarse de un contrato meramente consensual.

Pero, las dudas empiezan a surgir cuando se trata de determinar la fecha de contrato y la de la entrega del ganado al supuesto comprador, así como el lugar donde se realizó este hecho.

Flaminio Reina, en su denuncia afirma que “el negocio se efectuó en Catama con fecha dos de julio del año en curso” dando a entender que en dicha fecha y lugar el comprador recibió como propios los animales y entregó el cheque correspondiente al precio de la compra.

Con posterioridad, en ampliación de su denuncia (fl. 8) expresa Reina que el ganado lo vendió un domingo en la feria, unos días antes de 2 de julio y que el precio le fue cancelado con cheque post - datado que resultó impagado. Afirma, que él mandó el ganado a Bogotá en un camión, sin precisar si el ganado ya pertenecía al comprador y su transporte era tan sólo una condición del negocio ya perfeccionado. Este aspecto confuso e incierto, no fue aclarado en el curso de la investigación.

El testimonio del señor Gerardo Parra conductor del vehículo de propiedad del vendedor y en el cual se transporto el ganado a Bogotá, tampoco contribuye a poner en claro este aspecto, pues se limita a decir que presenció el negocio y da a entender que el mismo día recibió orden de llevar ese ganado a Bogotá, sin precisar la fecha, semovientes que ya pertenecían al comprador quien pagaría su precio en Bogotá.

Manifiesta lo siguiente el testigo en referencia :

“...Dígale al Juzgado si sabe o tiene conocimiento que entre el señor Flaminio Reina y el señor Gonzalo Gutiérrez haya existido algún negocio y en caso afirmativo de qué clase? contestó: Pues allá en Catama el señor Gonzalo le dijo a don Flaminio que le compraba un ganado y entonces él o sea don Flaminio me dijo que le llevara un ganado a Gonzalo Gutiérrez a Bogotá y entonces me dijeron que lo

pesara en Bogotá y que allí cuadraban cuentas con Gonzalo y así lo hice y él o sea Gonzalo me entregó un cheque en Bogotá para pagar el ganado y cuando fueron a cobrar el cheque no tenía fondos...”

Difícil en extremo es determinar con la certeza requerida y con base en tan reducido caudal de información, si al perfeccionarse el contrato en la ciudad de Villavicencio, el comprador Gutiérrez recibió el ganado como suyo y ya bajo su dominio los semovientes fueron transportados a Bogotá para su pesaje (caso en el cual el delito se consumó en Villavicencio) o si por el contrario el ganado aún pertenecía al vendedor, no había entrado al patrimonio del comprador y la tradición se efectuó en Bogotá, circunstancia que ubicaría la competencia de esta ciudad.

Quiere decir lo anterior, que para la Sala es incierto el lugar donde se consumó la infracción, circunstancia que lleva dar aplicación al artículo 75 del Código de Procedimiento Penal que trata de la competencia a prevención y según el cual “Cuando el delito se haya realizado en varios sitios o en lugar incierto” debe conocer del proceso el Juez competente por la naturaleza del hecho del territorio en el cual primero se formule la denuncia o el que primero haya iniciado la investigación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No. 55, 14-08-91, t. CCXI, p. 198).

COMENTARIOS

La estafa es tipo de resultado, lesión, conducta instantánea y mono ofensivo. En cuanto tipo de lesión, se identifica al sujeto pasivo como la persona titular del patrimonio económico cuya detrimento es ocasionado por la ejecución de la conducta.

El verbo determinador "obtener" indica acción positiva de conseguir, alcanzar o adquirir. Provecho es beneficio, utilidad o ventaja. Para la tipicidad de la acción y consiguiente perfeccionamiento no se exige que el aprovechamiento obtenido se agote o perfeccione, ni que se haya asegurado el goce total del mismo.

El perjuicio reportado por la víctima debe ser siempre patrimonial pues consideramos que el objeto jurídico forma parte de la tipicidad;

por tanto su patrimonio se debe ver disminuido en forma efectiva y objetiva, y no debe mediar equivalencia o contraprestación para el sujeto pasivo; se cita como ejemplo el artificio y aún engaño en que puede incurrir un vendedor al ofrecer su mercancía frente a un potencial comprador, ocultando sus vicios o exagerando sus virtudes, pero sin cobrar por ellas más de lo debido, si el "engañado" decide realizar el contrato, no podrá reputarse víctima de estafa, pues lo que ha ocurrido es un desplazamiento y no una disminución en el patrimonio. Con los anteriores conceptos se debe concluir necesariamente que la tipicidad del hecho queda agotada cuando se obtiene el provecho económico -para el autor o para un tercero- y el correlativo perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo.

TEMA V. ESTAFA.

Evaluación normativa. “*Es indiferente si para ello se requiere o no de la relación personal y directa entre el estafador y el estafado, pues en tal situación la inducción o el mantenimiento en error pueden ser directos o personales o indirectos o genéricos*”.

El censor toma partido por una muy sui géneris construcción legal de la estafa, en donde indispensable la relación directa y personal entre el estafador y el estafado, de manera tal que donde esa relación no adquiera demostración la estafa se desnaturaliza, como se plantea en el libelo, dando lugar al delito del artículo 361 antes citado.

En concepción de tal alcance, por supuesto, no es coincidente es exigencia de la relación directa y personal de los sujetos, con la formulación típica que de la estafa hace el artículo 356, donde por virtud del principio de relación causativa que vincula los diferentes aspectos integrantes de la conducta lo indispensable es que la obtención del provecho ilícito por el sujeto activo, correlativo al perjuicio del sujeto pasivo, sea consecuencia del error determinado por artificio o engaños, en lo cual lo verdaderamente relevante es la influencia de los artificios en la víctima para la producción del resultado, siendo indiferente si para ello se requiere o no de la relación personal y directa entre el estafador y el estafado, pues como lo advierte el Procurador, en tal situación, la inducción o el mantenimiento en error pueden ser directos o personales o indirectos o genéricos.

Para el caso en examen, evidente resulta que el sentenciado Gabriel Camacho - Roldán, con carácter genérico, colocó en el ámbito de la actividad correspondiente a la capacitación de dinero medios artificiosos, como simular solvencia económica, escapar al control de los depositantes a través de la apertura de cuentas corrientes de manera irregular, ofrecer estímulos especiales a los ahorradores, etc., mediante los cuales logró que, quienes creyeron en ellos, colocaron a su disposición parte del patrimonio que les pertenecía, perdiéndolo.

Estos medios artificiosos, si bien no fueron instrumentados en relación directa hacia la persona estafada, en cuanto fueron colocados para afectar víctimas potenciales y genéricas, de los cuales salieron los perjudicados en este proceso, estructura el delito de estafa, pues, insístase, la relación personal exigida por el casacionista, y relevante resulta en la formulación del tipo.

Así, entonces, no habiendo lugar a discutir la relación entre los medios artificiosos desplegados por el sentenciado y su influencia en la estafada para la realización del acto de disposición patrimonial, la circunstancia de que entre ellos no se haya dado a relación personal, no da lugar a que pueda predicarse engaño espontáneo en la víctima y, por ende, error en la denominación jurídica del hecho, como para admitir la prosperidad del recurso. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 75, 09-10-91, t. CCXI, p. 377).

COMENTARIOS

El engaño y el artificio en sus definiciones doctrinales arriba citadas son medios que normalmente se concretan en acciones positivas de toda índole, sin embargo se considera como engaño el silencio u omisión de sacar a otro del error, si tal comportamiento es obligación o deber del agente. De la misma manera estos medios comisivos admiten el comportamiento directo o indirecto del agente a tal punto que no se hace necesaria la relación material u ontológica entre el agente y el sujeto pasivo de la infracción; por lo anterior el conocimiento jurisdiccional y posteriormente la doctrina han llegado a identificar como estafa comportamientos dirigidos a un número indeterminado de personas con medios de engaño como la falsa

publicidad o el falso anuncio al público, idoneo para inducir a error; a este punto se determina una modalidad no infrecuente de este reato cual es la llamada estafa documental en ocasiones dentro del proceso de ejecución presentada en forma anónima al sujeto pasivo. En todas las formas comisivas especiales enunciadas obviamente el reato se perfeccionará con la observación clara de la inducción y el consecuente perjuicio patrimonial del sujeto pasivo.

TEMA VI. ESTAFA. Inducción a error y beneficio. Causalidad

Evaluación normativa. "Es imperioso que entre la maniobra engañosa y el aprovisionamiento exista una estrecha relación de causalidad, hasta el punto que lo uno no puede ser sino consecuencia de lo otro".

El estudio detenido no solo de la sentencia impugnada la demanda y el concepto de la Procuraduría, sino de todo el material probatorio llevan a la Corte a sostener que en el caso sub examine no se configura de manera alguna el delito de estafa.

Realiza el delito de estafa la persona que obrando con ánimo de lucro utiliza un ardid o maniobra engañosa para producir un error en sujeto pasivo, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero en este tipo penal existe una doble relación de causalidad : la acción engañosa debe ser causa para producir el error y a su vez el error debe ser la causa que lleve a la víctima a desprenderse de sus bienes en beneficio del estafador. La estafa se consuma cuando el agente obtiene el beneficio económico con perjuicio patrimonial ajeno.

Se quebranta igualmente este tipo penal cuando se mantiene una persona en error por medio de maniobras engañosas para obtener por este medio un indebido provecho económico.

Son entonces elementos que configuran este tipo penal : a) El empleo de maniobras fraudulentas o engañosas ; b) Obtención de un provecho ilícito como consecuencia de esas maniobras y, c) Una necesaria relación de causalidad entre el empleo de las maniobras dolosas y la entrega del bien patrimonial.

Es imperioso entonces, que entre el ardid o maniobra engañosa y el aprovechamiento exista una estrecha relación de causalidad hasta el punto que lo uno no puede ser sino consecuencia de lo otro. Sin este elemento, el tipo penal desaparece, se cae por su base para constituir, o bien, una infracción diversa o una conducta atípica, ajena a la ley penal. Que la maniobra engañosa sea previa a la entrega, es requisito igualmente fundamental y sin la presencia de este factor temporal se desdibuja por entero la conducta delictiva en estudio.

Estos aspectos básicos del derecho penal fueron precisamente los tenidos en cuenta por el Tribunal al proferir sentencia absolutoria, por considerar que la entrega de bienes por parte de Cifuentes a Fandiño se efectuó dentro del curso de un convenio o promesa de permuta que los dos contratantes celebraron de buena fe, que los dos quebrantaron en diversas ocasiones y que finalmente, Fandiño incumplió de manera definitiva.

.....

Debe tenerse en cuenta, además, que la simple promesa de venta o permuta no es un acto jurídico que transfiera el derecho de dominio de un bien inmueble. De acuerdo al artículo 1857 del Código Civil, la venta de los bienes raíces sólo se reputa perfecta cuando se ha otorgado la correspondiente escritura pública. Requiere además para su plena validez la inscripción en la Oficina de Registro. La sola promesa de venta o de permuta, no tiene por si misma la virtualidad de retirar el bien de la actividad comercial.

En los contratos bilaterales, como el celebrado entre el denunciante y denunciado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil ve envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

El incumplimiento no genera acción penal, sino que sólo acarrea la resolución del contrato o su cumplimiento si fuere posible, con la correspondiente indemnización de perjuicios.

“...”El contrato de compraventa, como sinalagmático perfecto que es, genera obligaciones tanto para el vendedor como para el comprador. Siendo pues bilateral, en caso de no cumplirse por uno de los

contratantes lo pactado, el otro, siempre que haya satisfecho las cosas a que se obligó o allanándose a pagarlas, tiene el derecho alternativo de demandar la resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios en ambos casos. Lo anterior, es desarrollo de la doctrina sentada por el artículo 1546 del Código Civil que estipula que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de que una parte no cumpla lo pactado, por lo cual el contratante fiel puede escoger entre insistir que se cumpla el contrato o pedir su resolución. Esta concurrencia electiva que tiene el acreedor la faculta pues, para escoger entre aquellos dos derechos con indemnización de perjuicios siempre...” (Corte Suprema - Sala Casación Civil, sentencia de julio 20 de 1974 -).

Si en el caso que se analiza, se frustró una legítima expectativa ante el incumplimiento de uno de los contratantes, los efectos que de este acto se deriven son reclamables en el campo civil, pero sin que pueda afirmarse que se ha lesionado el bien jurídico del patrimonio económico mediante el delito de estafa. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No. 77, 23-10-91, t. CCXI, p. 448).

COMENTARIOS

La teoría de la "conditio sine qua non" considera como causa toda condición del resultado, es el antecedente necesario para la producción del evento. La relación de causalidad se determina jurídicamente cuando la conducta generadora realiza una condición cualquiera del resultado, ella determina por lo menos un antecedente indispensable del mismo.

Como se puede observar esta concepción considera que el vínculo causal no se rompe con el surgimiento de concausas que coayuden a la producción del resultado, pues como se afirma, una conducta es causa de un evento, si por lo menos presenta un antecedente indispensable para su producción. Pero esta concepción no solo se abstiene de proporcionarnos elementos para la estructuración jurídica del fenómeno concausal, sino que simultáneamente induce a la valoración semejante de los diferentes "antecedentes indispensables", por lo menos en el ámbito de la estructuración comportamental.

TEMA VII. ESTAFA. Punibilidad. PRESCRIPCIÓN. COMPLICIDAD.

Evaluación normativa. *“LA PENA MAXIMA privativa de la libertad para los cómplices del delito de estafa, agravado por la cuantía es de 12 años y seis (6) meses, que resultan de la siguiente operación aritmética: 10 años correspondientes a la pena privativa de la libertad prevista para la estafa por el artículo 356 del Código Penal, más 5 años (la mitad de 10) por razón de la cuantía (art. 372.1), para un parcial de 15 años, menos 2 años y 6 meses (1/6 parte) por virtud de la complicidad. Dicho término reducido a la mitad para efectos de determinar el tiempo de prescripción (arts. 80 y 84 C. P.), arroja 6 años y 3 meses.*

La Sala examinará inicialmente lo relacionado con la prescripción del delito de estafa para quienes se encuentran llamados a juicio en calidad de cómplices, pues de haberse presentado este fenómeno jurídico, no habría lugar a decisión distinta de su declaración.

Como se recuerda, de los distintos cargos que se hicieron el llamamiento a juicio, solamente se mantiene el relativo a la estafa consumada en concurso homogéneo sucesivo sobre \$24'784.636.00, de las que se acusa, en calidad de coautores, a Severo Malagón Carreño, Rosa Beatriz Rodríguez González y Fabián Suárez Chávez, y en calidad de cómplice, a Luis Olivo Cruz Amaya, Naida Diva Hernández de Palomino, José Gabriel Salas González y Carlos Eduardo Maldonado Vera.

De acuerdo con el artículo 80 de Código Penal, la acción prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, término que, por mandato del artículo 84 ibídem, debe empezar a correr de nuevo a partir del auto de proceder ejecutoriado, por un tiempo igual a la mitad de aquél.

La pena máxima privativa de la libertad para los cómplices del delito de estafa, agravado por la cuantía, es ciertamente, como la consigna el Procurador Delegado, de 12 años y seis (6) meses, que resultan de la siguiente operación aritmética : 10 años correspondientes al máximo de la pena privativa de la libertad prevista para la estafa por el artículo 356 del Código Penal, más 5 años (la mitad de 10) por razón de la

cuantía (art. 372.1), para un parcial de 15 años, menos 2 años y 6 meses (1/6 parte) por virtud de la complicidad (art. 24 ibídem).

Dicho término, reducido a la mitad para efectos de determinar el tiempo de prescripción (art. 80 y 84 C. P.), arroja 6 años y 3 meses.

El auto de proceder quedó ejecutoriado en el mes de septiembre de 1987, al ser confirmado, con algunas modificaciones, por el Tribunal Superior de Bogotá (fls. 1 y ss. - 4 y 9 y ss. - 6).

Contados desde entonces los 6 años y 3 meses, se tiene que la acción penal para los cómplices efectivamente se encuentra prescrita, pues dicho tiempo se habría cumplido en el mes de diciembre de 1993, cuando el proceso se encontraba en traslado a los recurrentes en casación para la presentación de las demandas.

Aunque algunos de los participantes en este ilícito eran empleados oficiales, pues trabajaban en el Instituto de los Seguros Sociales (fls. 699 cd. 2), es lo cierto que para su comisión en nada influyó su investidura, ni el delito fue cometido en ejercicio de sus funciones oficiales ni con ocasión de éstas, razón por la cual no puede tenerse en cuenta el incremento del término de prescripción, dispuesto por el artículo 82 del Código Penal.

Así las cosas, se impone cesar procedimiento por razón de dicho delito, respecto de los cómplices.

Como esta decisión cobija al recurrente Luis Olivo Amaya, la Sala queda inhabilitada, por sustracción de materia, para pronunciarse sobre la demanda de casación presentada a su nombre. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No. 18, 14-02-95, t. CCXXXVI, p. 159).

TEMA VIII. ESTAFA. HIPÓTESIS DE COMISIÓN. *El contrato como medio de artificio o engaño.*

Evaluación normativa. *"Pasan al campo penal la mentira y el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato."*

Para dar respuesta al Ministerio Público y parcialmente a la demanda de casación, la Sala se remite a su fallo de fecha 23 de junio de 1982 que versa sobre la violación del equilibrio de las partes a este tipos de contratos.

“Sea lo primero decir que tomando en perspectiva el asunto desde el ángulo del derecho civil, debe tenerse en cuenta que esta Rama del orden jurídico que hasta ahora se ha visto como normadora exclusiva de intereses individuales, ha venido experimentando una notable transformación al proyectarse sobre ella, en forma decisiva, la consideración de que también dentro del derecho privado deben tenerse en cuenta los intereses públicos o colectivos, esto es, que los negocios y demás relaciones jurídicas entre particulares no sólo tienen importancia para estos sino que sus actuaciones deben ser reglamentadas y aún limitadas con base en los intereses sociales que, casi siempre, comprometen.

“De ahí que vayan perdiendo vigencia la concepción de lo que sucede dentro de un contrato, sólo interesa al derecho civil y para nada a las demás Ramas del orden jurídico, menos que a todas al derecho penal.

“Todos saben bien, dice un autor, como los profundos cambios ocurridos en el ámbito de las estructuras negociales como consecuencia de ese rápido proceso receptivo de principios sociológicos, económicos y políticos en este campo, ha contribuido sensiblemente a transformar de raíz los fundamentos de su reglamentación jurídica. Si es innegable que la mutación de la sociedad, las transformaciones de la vida económica y la necesidad de una más diversificada y moderna concepción del Estado, en el cual han confluído numerosas funciones que antes eran ejercidas por los particulares en el ámbito de su propia iniciativa, han contribuido decisivamente a determinar, con repercusiones advertidas en todo el derecho, la desvalorización del elemento individualista en el campo del fenómeno jurídico, es, de otra parte, innegable, que la nueva organización económico social de los intereses ha llevado, de modo ineludible, a modificaciones sustanciales en la estructura de las categorías negociables, a saber, la emersión de un interés social, más general, de que es portador el ordenamiento jurídico y por cuya presencia los intereses de los particulares resultan absorbidos por la preeminencia de los colectivos” (Giorgio Sanmarcos, *La Tuffa, contrattuale*, pág 15).

Por lo tanto es pertinente desde el punto de vista social examinar lo que sucede en el campo de un contrato para ver si las vicisitudes que las partes corren en el mismo, han sido de tal naturaleza y magnitud que resulta de interés general considerarlas como delito.

“A este propósito debe advertirse que es imperativo por lo que hace el buen orden y corrección en que deben desenvolverse, en general, las actividades sociales, exigir a las partes que intervienen en un contrato que procedan de buena fe.

“La conducta fraudulenta dentro del negocio no sólo lesiona el derecho de libre disposición de la contraparte sino que perturba el orden jurídico y atenta al normal desenvolvimiento de la economía no únicamente la privada sino también la pública o colectiva y por este aspecto interesa primordialmente al derecho penal. No hay que olvidar que ésta, la economía colectiva, reposa tanto como aquella sobre la libre determinación de la voluntad.

“No se puede hacer de lado, ciertamente que en el mundo de los negocios es admisible que exista una cierta ‘lucha de astucias’, como algunos la llaman, es decir un juego de posiciones no explícitas de los contratantes que buscan el beneficio de cada uno aún con mengua de los intereses del contrario.

“Y que no es fácil determinar en forma genérica cuando ese ‘juego de astucias’ se mantiene en los límites de la moral y cuando los traspasa para caer en lo indebido y aún en lo delictuoso. Estos límites, ciertamente, varían con el tiempo y el lugar de la negociación y con la naturaleza de la misma. Pero de todos modos existe una norma ética, una regla moral que subyace, como una imperiosa exigencia, en el campo de las obligaciones.

“De ese trasfondo moral hace parte importante el respeto que se debe observar por los contratantes a las normas de corrección no sólo de las fases fundamentales del contrato sino aún en las preliminares y, sobre todo en las de la ejecución de las obligaciones contrarias.

“La violación del equilibrio que debe haber entre las partes en el contrato tiene que proyectarse, cuando adquiere contornos de lesión a

los intereses colectivos, sobre el plano del derecho penal para que sean sancionados los abusos unilaterales de una de ellas sobre la otra.

No significa lo anterior que no haya lugar en juego de astucias que se deja mencionado aún a que, dentro del mismo y como procedimiento, si se quiere usual, en los negocios, se echa mano de mentiras. Si el agente no tiene la obligación de decir la verdad, la mentira y con mayor razón, el silencio, no constituyen siempre un engaño.

“Ya Manzini hablaba, en tales circunstancias de la ‘mentira agresiva’ o sea en la que se dice para crear en la otra parte motivos de actuar o de omitir. Y de la ‘mentira defensiva’ que es la tendiente a ocultar los propios intereses legítimos.

“Si ninguna de las dos traspasa ciertos límites sociales especialmente si la contraparte no tiene el derecho de conocer la verdad no hay en ello delito y todo hace parte de ese fenómeno general que se llama ‘la competencia en los negocios’, o, como dice algún autor : ‘Característica competitividad individualista de los negocios’.

“Pero pasan al campo penal la mentira y el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato, por ejemplo, la existencia de una contraprestación, porque esta es en la causa misma del acto o contrato según el derecho civil.

“Si una parte engaña a la otra, por ejemplo, sobre su capacidad de pagar haciéndole creer que la tiene cuando, en realidad, carece de ella, bien sea de modo absoluto o en forma que, de saber su situación, la otra no hubiera contratado, o cuando calla estando obligada a manifestar su incapacidad de pagar, ya no se trata de un silencio o de una mentira lícita, sino plenamente delictuosa.

“Estos principios están directamente relacionados con los demás elementos de la estafa, Entre ellos con el concerniente a la calidad del sujeto pasivo del engaño, que no siempre, como se sabe, es el del daño.

“De acuerdo con la concepción clásica del contrato, que se decía era siempre en interés privado, particularmente de las partes contratantes, estas debían estar sujetas a las vicisitudes del convenio pactado, entre

las cuales se contaban las que dependían de la condición particular de cada uno de los contratantes.

“Así, si uno de ellos confiaba excesivamente en la buena fe del otro, o si era demasiado ingenuo, o si desconocía las costumbres comerciales del medio en que actuaba y a causa de esas circunstancias era engañado y sufría un perjuicio económico, debía soportarlo porque, el derecho no protege a los que se descuidan (‘de durmientibus non curat jure’).

“Esa situación ha cambiado. Sin dejar de admitir que en los negocios pueda haber sutilezas, malicias, y reticencias como se deja dicho atrás, ellas tienen límite social, vale decir, se admiten mientras no hayan comprometido gravemente la voluntad del contratante engañado y no salgan de lo comúnmente aceptado en el medio en que se actúa.

“Porque, como dice un autor : ‘El derecho interviene para castigar los abusos que desvían la autonomía privada de su función social. Está es la lógica de un ordenamiento legal que reconozca a los particulares una esfera de autonomía pero que debe exigir una cierta medida de ‘fair play’ porque, de otra manera, el sistema consagraría el triunfo de la superioridad injusta. La búsqueda de la propia conveniencia no debe desencanedar una competencia sin freno. Por el contrario, debe corregírsela con un mínimo de respeto por los intereses ajenos’ (Pedrazzi. Inganno e errores ne delitti controil patrimonio, pág. 204).

“De acuerdo con estas ideas, no es de recibo el argumento del actor ya transcrito atrás en el sentido de que ‘si alguien por mala información o por ignorancia del desarrollo que siguen los acontecimientos externos, procede, según sus propias percepciones sólo él debe culparse. Es el exclusivo autor del percance, ya que su buena fe no estuvo interferida por la falacia del otro’.

“Viene al caso sobre este particular, lo dicho por Manzini para quien ‘...la circunstancia de que el sujeto pasivo no haya ejercido o lo haya hecho mal o tardíamente un control o algún otro comportamiento debido o acostumbrado, no excluye al delito de estafa...’ Tal el caso de que el estafado no hubiese sufrido daños si hubiese observado, según su deber, normas prescritas por leyes, reglamento, órdenes o disciplinas v.gr si se le paga con un cheque cruzado que, como se sabe, sólo puede ser cobrado en cuenta bancaria” (Tomo IX, págs.616 y 617).

“La confianza es ciertamente, como dice el actor, un sentimiento y, como todo estado de ánimo, de carácter subjetivo. Pero es además, una manifestación de buena fe, de la creencia en la honestidad de la contraparte. Ella de acuerdo con lo que se deja dicho, sobre el equilibrio de las partes en el contrato y el significado social de éste, no debe ser defraudada.

“Sólo si adquiere límites extremos, pasando al campo de lo anormal, en forma que se tenga como víctima incapaz de la más elemental labor crítica, podría decirse que no hay estafa. Pero entonces es posible que exista otro delito, por ejemplo una defraudación” (Magistrado ponente doctor Luis Enrique Romero S.). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Rodolfo Mantilla Jácome, Acta No 071, 21-02-90, Gaceta Judicial No 2442, t. CCIII, p. 172).

COMENTARIOS

El medio comisivo esencial en el delito de estafa es el artificio o el engaño, que si bien es cierto admite las modalidades omisivas y la acción indirecta, siempre debe objetivarse. En este contexto la concreción mencionada puede consistir en la celebración de un contrato, el cual en la traza fáctica de la acción puede perfectamente reunir los restantes elementos estructurales del tipo; dentro de estos, y para casos como la hipótesis planteada es necesario el detenido examen de la calidad del sujeto pasivo del engaño, que como lo afirma la Corte no siempre, es el sujeto pasivo del daño.

El examen girará entonces en torno a las medidas y comportamiento que ha observado el sujeto pasivo -partiendo obviamente de la estructuración comportamental positiva del agente; "tal el caso de que el estafado no hubiese sufrido daños si hubiese observado, según su deber, normas prescritas por leyes, reglamento, órdenes o disciplinas v.gr si se le paga con un cheque cruzado que, como se sabe, sólo puede ser cobrado en cuenta bancaria"

El principio rector en la celebración y ejecución del negocio de la buena fe por parte de los contrantes acentúa el postulado de la confianza comercial y mercantil, fenómeno actuante en el mundo comercial y jurídico. La confianza es sentimiento de carácter subjetivo

pero innegablemente es una concreción del precitado principio contractual, categorizado normativamente en nuestro sistema jurídico, que se refleja en la creencia en la honestidad de la contraparte.

TEMA IX. ESTAFA. *Hipótesis de comisión. Direccionalidad del comportamiento*

Evaluación normativa. "Aceptar que el valor del objeto rifado sólo debe tenerse en cuenta cuando siendo legal la rifa se impaga el premio, es aceptar como delito el simple incumplimiento de una obligación de hacer. Cuando en una rifa fraudulenta una boleta resulta ganadora, la cuantía es la del objeto ofrecido como premio por ser la boleta premiada título negociable por quienes desconocen el fraude."

La conducta desarrollada por el procesado, como se sabe, consistió en que, utilizando propaganda y boletas que mandó imprimir con leyendas que carecían de veracidad, en las que anunciaba la rifa, para el 22 de diciembre de 1989, de valiosos premios, entre ellos un carro marca Chevrolet Monza, que parcialmente fue avaluado en diez millones de pesos (\$10.000.000.00), indujo en error a numerosas personas - Cuarenta y cinco, según su indagatoria - para que le compraran boletas ; y, luego, cuando dos de ellas - adquirientes de una - resultaron favorecidas al coincidir el número de su boleta con el del Sorteo Extraordinario de Navidad oficialmente autorizado con el que jugaba, negarse a pagar el premio - que lo era el automóvil-, aduciendo haber aplazado su rifa avisando oportunamente tal cancelación.

Como artificios, el acusado empleó: afirmar que la rifa tenía autorización de la Alcaldía de San Francisco y estampado a cada boleta un sello que aparentaba ser de ese ente municipal, sin que la autorización hubiera sido expedida ; que estaba respaldada la rifa por "Inversiones Aries Ltda.", no obstante que no existía persona jurídica alguna con ese nombre dedicada a la realización de sorteos, rifas o similares y una firma que con ese nombre existía, tenía un diferente objeto social y de ella no hacía parte el implicado ni como socio ni como propietario ; que la rifa tenía finalidad humanitaria como era "Pro-educación del niño desamparado de San Francisco cuando ninguna organización de esta clase existía.

Considerando los jueces calificador y fallador, que la estafa cometida por el procesado fue una sola y en cuantía equivalente al valor del premio no entregado, así lo encausaron y condenaron, imponiéndosele en la sentencia como obligación indemnizatoria la misma mencionada cuantía.

Lo anterior es cuestionado por el demandante quien sostiene que la cuantía del delito es el valor de la boleta vendida, es decir \$35.000.00 y que por consiguiente los jueces que lo juzgaron carecían de competencia para conocer del proceso, y más aún para imponerle como indemnizatoria a su cliente el valor del vehículo que los compradores de la boleta premiada pretendían haber ganado, siendo el asunto es de competencia de las autoridades de policía. Además califica de improcedente la acción civil que se tramitó simultánea la penal porque los juegos de azar carecen de acción conforme al Código Civil.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, por su parcialmente acorde con el recurrente, conceptúa que se trató de una estafa global a la comunidad, en cuantía solamente del valor de boletas vendidas, no del valor del premio entregado.

En criterio de este funcionario, entre el vendedor de las boletas y los compradores no existió contrato aleatorio porque aquel no contribuyó a él con su consentimiento para que produjera efectos exigibles, sino que ideó y realizó una serie de artificios con los que incurrió en estafa, para inducir en error a éstos y determinarlos desprenderse del valor de cada boleta : \$35.000.00, y como fueron cuarenta las boletas vendidas, disminuyendo en un monto global un millón cuatrocientos mil pesos (\$1.400.000.00) el patrimonio los compradores, e incorporando ese valor ilícitamente su peculio.

Si no tuvo voluntad verdadera de efectuar la rifa, tampoco tuvo de ofrecer la expectativa que cada boleta vendida podía en su adquiriente de ganar el premio, y por consiguiente esa jamás entró a formar parte del patrimonio de los compradores de las boletas, porque para que ella asuma esa realidad jurídica contrato aleatorio ha de ser verdadero, que es el único a través cual se puede “afirmar que al adquirir el boleto o número se adquiriera y jurídicamente una expectativa de ganancia en el juego “ - en cuyo evento la no

entrega del premio jamás sería , sino incumplimiento de una obligación, aclara la Sala-

Concordante con su planteamiento, estima el Procurador que la condenación en perjuicios no podía sobrepasar el valor de la suma conjunto esquilmada a los compradores de las boletas, y que por cuantía, el ilícito correspondía investigarlo y fallarlo a un Juzgado Municipal.

Pues bien : la cuestión por dilucidar se centra en la cuantía del delito cometido por el procesado, siendo el tema indemnizatorio y el de la competencia por completo dependientes de ella, en cuanto consecuencia civil del delito lo primero, y presupuesto procesal, lo segundo.

Se sabe por el propio acusado, que jamás adquirió los premios que ofrecía para entregarlos a los ganadores ; que carecía de solvencia económica para hacerlo ; que no desplegó toda la diligencia necesaria para vender las 625 boletas de que constaba el plan de rifa, omisión se atribuyó a haberse visto aquejado durante unos cinco meses, de dolencia física que le impidió colocar toda la boletería, lo que tampoco realizó por intermedio de empleados por carecer de medios económicos para pagarles salarios. De igual manera, se sabe que un día antes del sorteo, es decir, el 21 de diciembre de 1989 y el mismo día, el 22, publicó un aviso de aplazamiento en la sección de avisos clasificados de dos diarios de amplia circulación nacional ; y, que horas antes del sorteo cobró a los denunciantes el saldo que le adeudaban del valor de la boleta - se la había vendido a plazos - sin comentarles del aplazamiento. Consta así mismo en el proceso, que el sindicado fue condenado por delito de igual naturaleza en 1986 y que en numerosas ocasiones se han solicitado antecedentes suyos a la policía por sindicaciones de la misma clase.

La secuencia fáctica que evidencia el proceso deja al descubierto, que no fue una sino múltiples las conductas constitutivas de delito de estafa realizadas por el procesado, de las cuales sólo la que es de la sentencia impugnada es susceptible de reproche por parte del Estado dado el fenómeno de la caducidad que afecta las (Ley 23 de 1991), en efecto :

Las maniobras engañosas del procesado se efectuaron para inducir en error a todas y cada una de las personas a quienes les logró vender boleta para su rifa, como quiera que por razón de los artificios que en cada boleta y volante de propaganda incluyó y que le daban avisos de seriedad a la rifa, fue que cada comprador se desprendió voluntariamente del valor de la boleta menguando su propio patrimonio y aumentando ilícitamente el del audaz y mentiroso empresario de rifas, que sin escatimar medio alguno, esquilmo a quienes le creyeron.

Fingió autorización de la autoridad de un pequeño municipio de Cundinamarca para realizar la rifa y asegurándose de no ser descubierto sobre la falacia de esa autorización, vino a vender las boletas a la ciudad capital de la República; fingió el respaldo de una firma “Inversiones Aries Ltda”, sin tener nada que ver con entidad alguna dedicada a la actividad aleatoria; fingió que la rifa tenía un fin humanitario; estampo en cada boleta un sello que decía ser de la Alcaldía de San Francisco - el juez calificador, acertadamente ordenó expedir copias para investigar al alcalde de entonces, ante las afirmaciones del procesado-, todo esto repetido una y otra vez en cada boleta, vale decir, que igual al número de las que vendió, fue el de infracciones a la ley penal en forma de estafa que realizó en relación con las personas que se las compraron y que no resultaron “favorecidas”, siendo para cada una de ellas la cuantía del hecho punible, la de \$35.000.000, hoy en competencia de las autoridades de Policía en calidad de contravención especial (art. 1º. - 14 Ley 23 de 1991), pero cuya acción requiere (art. 2º. Íd.) en cuanto el procesado no fue sorprendido en en la venta de sus fraudulentas boletas, lo cual ha caducado debido a que este fenómeno jurídico requiere seis (6) meses para poner hecho en conocimiento de la autoridad.

Contrariamente, no acaeció lo mismo respecto de la boleta “ganadora”. En este caso las maniobras engañosas alcanzaron a los adquirientes para menguar su patrimonio en la cuantía del premio conforme lo ofrecido pero que no les entregó el “empresario” de rifa, aquí procesado.

Recuérdese que él nunca compró los bienes a rifar, que carece de posibilidades económicas para hacerlo, que no vendió sino un inferior

número de boletas en comparación a las que anunciaba en plan - luego no podía con el producto de la venta de las boletas comprar los premios para pagarlos - ; y, que viéndose afectado en salud - aceptando esa parte de sus explicaciones de la injurada - tan extenso lapso de tiempo - cinco meses - no aplazó oportunamente la rifa en forma que demostrara buena fe. El aplazamiento apenas lo anunció un día antes y el día del Sorteo Extraordinario de Navidad de 1989 con un aviso incrustado en la página de los clasificados de dos diarios de circulación nacional (fls. 47, 54 y 55), de lo cual lo único lógico a inferirse, es que su intención era no pagar premio prometido en su clandestina rifa en el evento de que cayera en poder de alguno de los compradores, lo que se confirma, al de éstos, el mismo días de la rifa momentos antes de verificarse el valor restante de la boleta que le adeudaban, sin enterarlos obviamente del aplazamiento.

Los dos engañados compradores consocios de la boleta ganadora inducidos en error accedieron a participar en la rifa con un interés patrimonial concreto : el alea de ser ganadores de un jugoso premio, éste ingresó a su peculio formalmente desde el momento en que el número de su boleta coincidió con el del sorteo de la lotería oficialmente autorizada como era el Extraordinario de Navidad de 1989. El vendedor les prometió una ganancia si accedían a comprarle la boleta, ellos la compraron sólo pensando en esa ganancia y plenamente convencidos que todo era legítimo, y no que existía un cúmulo de irrealidades impreso en la propaganda y la boleta. Su intención no era celebrar un contrato con todas las formalidades legales con el vendedor de la boleta sino hacerse a un premio que fácil de ganar se les hizo ver, y al resultar ganadores, lo natural era que exigieran el pago. Aceptar, como lo hace la Procuraduría, que el valor del objeto rifado debe tenerse en cuenta cuando siendo legal la rifa se impaga el premio, es aceptar como delito el simple incumplimiento de una obligación de hacer. Cuando en una rifa fraudulenta una boleta resulta ganadora, la cuantía es la del objeto ofrecido como premio por ser la boleta premiada título negociable por quienes desconocen el fraude.

Pero el vendedor no tenía intención de pagar pues su insolvencia desde cuando propuso el plan era absoluta y no podía adquirir los premios que prometía ; tampoco con el producto de las boletas podía comprarlos porque sólo vendió 45 ; pero, ello no desnaturaliza el hecho

pues su riesgo de jugador -como que para idear y ejecutar proyectos de la índole de que materia de la investigación descubre una personalidad proclive a esa actividad- lo llevó a confiar que el premio quedara entre los compradores de sus boletas y a no pagar con el del aviso clasificado en caso de que su cálculo fallara, y así procedió ; vale decir, el dolo antecedió al incumplimiento del pago.

Así pues, la estafa que cometió respecto de los denunciados, como tiene sentado la jurisprudencia de esta Sala para casos como el aquí examinado, lo fue en cuantía del valor del premio impagado -diez millones de pesos (\$10.000.000.00) - que resolvieron acertadamente las instancias ; no del valor de la boleta vendida a los ganadores como lo sostiene el autor, ni del precio global de todas las boletas vendidas como lo afirma la Procuraduría, por lo que la competencia para el asunto no ha de sufrir variación en cuanto el proceso se tramitó por la autoridad legalmente indicada.

Y consecuencia de la cuantía del hecho punible, el monto de la indemnización por daños a los ofendidos, es el del valor del premio pagado que las instancias le dedujeron. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No 020, 24-02-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p. 498, Con Salvamento de Voto).

TEMA X. ESTAFA. ABUSO DE CONFIANZA.

Evaluación normativa. "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."

Según el casacionista, Tribunal incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción, al llamara a juicio su defendido por falsedad y estafa en vez de abuso de confianza que es el comportamiento que se tipifica, teniendo en cuenta que el juzgador admitió que fue voluntaria la entrega que la denunciante hiciera de la letra de la letra a Gonzalo Mogollón. Al no mediar el artificio o engaño no se configura la conducta descrita en el artículo 356 del Código Penal.

La primera observación que amerita este cargo es la falta de demostración, ya que el libelista el lugar de controvertir la fundamentación que contiene la providencia calificatoria, se limita a hacer afirmaciones que no responden en su integridad a la verdad procesal, apoyándose en la credibilidad que le otorga a la disculpa ofrecida por el acusado.

En el llamamiento a juicio el Tribunal Superior estima probados los siguientes hechos: a) No es verdad que Demetria de la Mercedes hubiera girado la letra de cambio a Gonzalo Mogollón para pagarle el valor de la mitad del inmueble que le compró, pues hay suficiente evidencia de que ese pago fue hecho cuando se firmó la escritura pública; b) La letra que la denunciante firmó en blanco años atrás fue

para respaldar a Mogollón en la compra de algunos repuestos para su carro, y éste la indujo en error al hacerle creer que su presencia la destruía, cuando realmente fue el título que llenó por valor de dos millones quinientos mil pesos (\$2.500.000.00), y lo utilizó para obtener un provecho ilícito, mediante la demanda ejecutiva adelantada en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso.

Es una verdad a medias decir, como lo hace el demandante, que la ofendida entregó voluntariamente la letra, ya que lo cierto es que lo hizo creyendo que de esa forma estaba respaldando la compra de unos repuestos, no pensando que con ella podía posteriormente ser demandada, no obstante que se le hizo creer que había sido destruida. Tanto en la estafa como en el abuso de confianza la entrega del bien es voluntaria, la diferencia radica en que 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. En este punto radica la equivocación del libelista y lo inaceptable de su argumentación.

Ahora, en cuanto a la falsedad, no tiene ningún fundamento decir que no existió, pues si bien Demetria admite que suscribió la letra, también es indiscutible que esta fue llenada sin justificación alguna por una cifra que la hace aparecer como deudora de Mogollón cuando eso no se compadece con la realidad.

Tampoco es de recibo el sofisticado razonamiento de que no hay falsedad porque nadie ha dicho que el título valor hubiese sido modificado, cambiado o alterado en su contenido, pues como ya se dijo lo que en este caso configura la falsedad es haberse aprovechado de que fue firmado en blanco para introducirle contenido ajeno a la verdad.

Desde un punto de vista técnico es oportuno destacar la contradicción que contiene el ataque, pues parte de la afirmación de que no existió falsedad, evento en el cual ha debido formular el reproche en capítulo aparte, para luego concluir que sí existió, pero que de admitirse la tipificación del abuso de confianza quedaría comprendido dentro de este punible.

La Sala no ve cómo podría constituir abuso de confianza obteniendo un provecho ilícito utilizando para ello un documento falsificado, el impugnante lo demuestra, vacío que se suma a las demás falencias anotadas y que conducen a la desestimación de la censura.

El haber utilizado a la administración de justicia como medio para obtener el provecho ilícito, induciendo a un juez en error para que profiriera una sentencia contraria a la ley, podría constituir un procesal en concurso con la estafa, lo cual no constituye error en denominación jurídica sino 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 Penal, haciendo más gravosa la situación del procesado que en este caso es recurrente único, ya que no se trata de hechos que hubieran sido objeto de la investigación, ni que el juez no los hubiere apreciado sino que simplemente que al formular los cargos no se tuvo en cuenta que lo ocurrido generaba una imputación más. (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

En el delito que analizamos el objeto material es la persona inducida al error o mantenida en él, que debe ser capaz para recepcionar tales maniobras. Si la persona no puede ser inducida a formarse juicios equivocados de las cosas, no puede ser víctima del delito de estafa de otro diferente. Se aclara que una puede ser la persona inducida o mantenida en error y otra la que sufre el efectivo daño patrimonial, con lo cual no necesariamente coinciden en esta infracción las calidades de sujeto pasivo y objeto material. Es éste sujeto el que con consentimiento viciado por el error, al que ha sido inducido, entrega o realiza cualquier género de acción, positiva o negativa, que simultáneamente produce perjuicio patrimonial para él y beneficio o provecho indebido para el agente, siendo éste último elemento exigencia implícita lógica y ontológica del comportamiento; naturalmente que no es requisito la coincidencia estricta o material intersubjetiva.

En el delito de abuso de confianza 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. La acción "apropiarse genera lógicamente el provecho par el agente o para un tercero, y el perjuicio correlativo para la víctima, el aprovechamiento suele ser la manifestación externa del ánimo de apropiación. Usar indebidamente: es la utilización o empleo de la cosa contrario a su uso natural o al uso 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".

Finalmente aclaremos que el verbo "confiar" utilizado en la norma no significa cariño o afección especial por parte de quien entrega la cosa hacia el agente, tan solo conlleva su entrega material par su custodia y conservación, siempre mediante título no traslativo de dominio.

TEMA XI. ESTAFA. COLISIÓN DE COMPETENCIA.

Evaluación normativa. "Establecer la competencia, en esta clase de procesos (estafa por razón de rifas), no ha dejado de ofrecer problemas ya porque las modalidades de la conducta suelen ser variadas y complejas, ya porque los aspectos de cuantía y territorialidad no dejan de propiciar criterios diferentes y encontrados, todo lo cual, repercute en la parálisis de las averiguaciones, o en dificultades procesales de las mismas, o en desprotección de víctima o víctimas y, en fin en aliento de quienes han escogido esta fácil forma de hacer abundante dinero, los mismos que a la postre, resultan indemnes o muy tardía o benévolamente sancionados. Lo adverso de esta situación se muestra más de bulto cuando se advierte el desconocimiento e inaplicación de criterios jurisprudenciales, que deberían ser más conocidos y respetados, expuestos y repetidos para tratar de ofrecer soluciones a estas inquietudes y evitar las consecuencias nocivas señaladas. Cuando la rifa, lotería, sorteo, etc. se ha llevado a efecto señalando a uno o varios jugadores, este reducido grupo de personas y no todos los que adquirieron su comprobante, boleta, billete, talón, papeles, cédula,

etc., para participar en las mismas, debe ser considerado como sujeto pasivo de esa acción delictiva. Por tanto, la cuantía será la del valor ofrecido como premio o premios y que ya tienen dueños o beneficiarios específicos, y nunca el valor recaudado de cada uno o de la totalidad de los participantes en el juego. Aquí ya todos han tenido su retribución conforme a lo que fue motivo de su asentimiento y todos tuvieron ocasión de figurar como favorecidos. No hay propiamente, desconocimiento de una expectativa sino su cumplimiento, o sea, el haber concurrido a un sorteo, el mismo que se ha efectuado y ha concluido en señalar uno o varios ganadores. Aquellos, a los cuales el azar no les amparó, tuvieron respuesta adecuada a su aporte y es etapa ya cerrada sobre la cual para nada cuentan las vicisitudes posteriores del pago de los premios o recompensas anunciados, las anteriores irregularidades legales advertibles en el proceso de formalización del juego, etc., todo lo cual lo que está indicado es la consumación de la estafa en perjuicio de los favorecidos. Si todos pudieran reclamar, esto es, los que resultaron ganadores y todos los demás que adquirieron boletas, se estaría indicando que no hubo un ganador y que no se efectuó un sorteo que finalizó con la escogencia de ese grupo de favorecidos. Estos, en concreto, son los que han recibido el daño de la actividad ilícita desplegada y la cuantía que debe ser tenida en cuenta, en esta infracción patrimonial, la constituye el monto económico de las cosas, bienes, dinero reclamados. Si la cuantía de la estafa se está señalando en relación con el valor del premio, es porque el lugar de adquisición de la boleto no tiene la significación que, en este punto, quiere atribuírsele. ¿Por qué no pensar, a este respecto, en la adquisición de un boleto en paraje por el cual, ocasionalmente, se pasó, que no representa posibilidad de nueva frecuentación, pretendiéndose con la combatida tesis que el ofendido vuelva allí, únicamente para formular su denuncia? A la víctima no se le puede dificultar su acción ni causarle este nuevo agravio ni cargarle adicionales erogaciones. De ahí entonces, que deba operar un criterio preventivo, tanto más plausible cuando se advierte que esta clase de conducta cubre un vasto y disímil espacio, en donde constantemente se está cumpliendo una actividad estafadora, que puede afectar a uno o varios, que atrae como propios numerosos lugares en los cuales se disemina los elementos de comprobación, etc., debiéndose entonces decir que el lugar de comisión se muestra incierto, por lo menos, art. 80 del C. de P. P., y posibilita su concreción mediante la respectiva denuncia, la

cual establece, quien debe conocer del respectivo proceso. Hay que admitir que esta capacidad para escoger el lugar donde se quiere excitar la intervención del organismo penal y esto lejos de ofender o menoscabar a nadie, representa un criterio de amplia y respetable conveniencia. Distinto, totalmente diferente, es el caso de programar una rifa en la cual nunca se tendrá un sorteo y por lo tanto no se definirá uno o varios ganadores. En este evento, la estafa múltiple se refiere a todos aquellos adquirientes de boletas o billetes y la cuantía del ilícito será el valor de cada uno de estos, individualmente estimados, dándose obviamente el fenómeno concursal."

a) La cuantía.

Con ponencia del M. Luis Enrique Romero Soto, se dijo en sentencia del 16 de septiembre de 1976 : "...En cuanto a la censura que dentro de esta misma causal se expresa con base en la cuantía que el demandante atribuye al perjuicio, al decir que sólo monta al valor de la boleta, o sea cincuenta pesos, tampoco resulta aceptable porque al ganar la denunciante el premio lo que un principio era una mera expectativa, se convirtió en un derecho concreto cuyo valor venía a ser el mismo del dicho premio, o sea, en el caso de autos, de ciento cuarenta y cinco mil (\$145.000.00) pesos.

"Esta cantidad fue, en consecuencia, el valor que dejó de percibir la ofendida y no obsta a la existencia del delito que el bien no hubiera estado antes en el patrimonio de la víctima sino que se haya impedido su entrega al mismo como ocurrió en el caso de autos, pues el perjuicio económico característico de la estafa no consiste sólo en un desplazamiento patrimonial en el sentido de que se pierda, como consecuencia del fraude, algo que se ha tenido sino que también pudo darse cuanto deja de entrar al patrimonio algo que debería ingresar a él, no por cumplimiento de una simple pretensión jurídica proveniente de un contrato o de cualquier otra causa reconocida por la ley, como ocurre en el presente caso.

"En otras palabras el daño que se considera propio del delito de estafa consiste en toda lesión patrimonial ya sea porque se produzca una disminución del patrimonio o bien porque se deja de percibir un acrecimiento o aumento del mismo que de no presentarse el engaño, hubiera tenido lugar.

“Más aún : el daño puede consistir en la agravación de una situación patrimonial con tal que el perjuicio sea efectivo y no una mera posibilidad ya que la estafa es un delito de daño y no de peligro.

“De todo lo anterior se concluye que en el caso de autos hubo daño y que la cuantía del mismo no se redujo al precio de la boleta de la rifa sino que su monto es el mismo del bien que al denunciante se ganó o sea la cabaña y que no le fue entregada...”.

Y, en fallo de 24 de febrero de 1994, con ponencia del M. Dídimo Páez Velandia, la Corte en un caso en el cual por la mente del gestor de la rifa, no pasó la idea de pagar los premios publicitarios, distinguió la situación de quienes compraron una o varias boletas y la de la persona o personas favorecidas, para entender que en el primero de los eventos la cuantía la determinaba el valor de aquello que permitía entrar en el juego, deduciendo tantas estafas como número de adquiriente, y, en el segundo, por el monto del premio o premios ofrecidos y que, pro el sorteo, ya se señalaba un cierto número de jugadores triunfantes. Sobre este segundo aspecto, la Sala ahora, rescata como valoración válida la siguiente :

“...Contrariamente, no acaeció lo mismo respecto de la boleta ‘ganadora’. En este caso las maniobras engañosas alcanzaron a los adquirentes para menguar su patrimonio en la cuantía del premio ganado conforme lo ofrecido pero que no les entregó el ‘empresario’ de la rifa, aquí procesado.

“Recuérdese que él nunca compró los bienes a rifar, que carecía de posibilidades económicas para hacerlo, que no vendió sino un ínfimo número de boletas en comparación a las que anunciaba en el plan - luego no podía con el producto de la venta de las boletas comprar los premios para pagarlos- ; y, que viéndose afectado en su salud - aceptando esa parte de sus explicaciones de la injurada - durante tan extenso lapso de tiempo -cinco meses- no aplazó oportunamente la rifa en forma que demostrara buena fe. El aplazamiento apenas lo anunció un día antes y el día del Sorteo Extraordinario de Navidad de 1989 con un aviso incrustado en la página de los clasificados de dos diarios de circulación nacional (fls. 47, 54 y 55), de todo lo cual lo único lógico a inferirse, es que su intención era no pagar el premio prometido en su

clandestina rifa en el evento de que cayese en poder de alguno de los compradores, lo que se conforma, al recibir de éstos, el mismo día de la rifa momentos antes de verificarse ésta, el valor restante de la boleta que le adeudaban, sin enterarlos obviamente del aplazamiento.

“Los dos engañados compradores consocios de la boleta ganadora, inducidos en error a participar en la rifa con un interés patrimonial concreto : el álea de ser ganadores en un jugoso premio, y éste ingresó a su peculio formalmente desde el momento en que el número de su boleta coincidió con el del sorteo de la lotería oficialmente autorizada como era el Extraordinario de Navidad de 1989. El vendedor les prometió una ganancia si accedían a comprarle la boleta, y ellos la compraron sólo pensando en esa ganancia y plenamente convencidos que todo era legítimo, y no que existía un cúmulo de irrealidades impreso en la propaganda y la boleta. Su intención no era celebrar un contrato con todas las formalidades legales con el vendedor de la boleta sino hacerse a un premio que fácil de ganar se les nizo ver, y al resultar ganadores, lo natural eta que exigieran el pago. Aceptar, como lo hace la Procuraduría, que el valor del objeto sólo debe tenerse en cuenta cuando siendo legal la rifa se impaga el premio, es aceptar como delito el simple incumplimiento de una obligación de hacer. Cuando en una rifa fraudulenta una boleta resulta ganadora, la cuantía es la del objeto ofrecido como premio por ser la boleta premiada título negociable por quienes desconocen el fraude.

“Pero el vendedor no tenía intención de pagar pues su insolvencia desde cuando propuso el plan era absoluta y no podía adquirir los premios que prometía ; tampoco con el producto de las boletas podía comprarlos porque sólo vendió 45 ; pero, ello no desnaturaliza el hecho pues su riesgo jugador -como que para idear y ejecutar proyectos de la índole de que es materia de la investigación descubre una personalidad proclive a esa actividad - lo llevó a confiar que el premio no quedara entre los compradores de sus boletas y a no pagar con el ardid del aviso clasificado en caso de que su cálculo fallara, y así sucedió ;vale decir, el dolo antecedió al incumplimiento del pago.

“Así pues, la estafa que cometió respecto de los denunciantes, como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Sala para casos como el aquí examinado, lo fuen en cuantía del valor del premio impagado - diez millones de pesos (10.000.000.00)- que resolvieron acertadamente las

constancias ; no del valor de la boleta vendida a los ganadores como lo sostiene el actor, ni del precio global de todas las boletas vendidas como lo afirma la Procuraduría, por lo que la competencia para el asunto no ha de sufrir variación en cuanto el proceso se tramitó por la autoridad legalmente indicada”.

La Sala persiste en la tesis sostenida en los apartes transcritos, pues entiende que, cuando la rifa, lotería, sorteo, etc. se ha llevado a efecto señalando uno o varios ganadores, este reducido grupo de personas y no todos los que adquirieron comprobante, boleta, billete, talón, papeleta, cédula, etc. para participar en las mismas, debe ser considerado como sujeto pasivo de esa acción delictiva. Por tanto, la cuantía será la del valor ofrecido como premio o premios y que ya tienen dueños o beneficiarios específicos, y nunca el valor recaudado de cada uno o de la totalidad de los participantes en el juego. Aquí, ya todos han tenido su retribución conforme a lo que motivo de su asentamiento y todos tuvieron ocasión de figurar como favorecidos. No hay, propiamente, desconocimiento de una expectativa sino su cumplimiento, o sea, el haber concurrido a un sorteo, el mismo que se ha efectuado y ha concluido en señalar uno o varios ganadores. Aquellos, a los cuales el azar no les amparó, tuvieron respuesta adecuada a su aporte y es etapa ya cerrada sobre la cual para nada cuentan las vicisitudes posteriores del pago de los premios o recompensas anunciados, las irregularidades legales advertibles en el proceso de formalización del juego, etc., todo lo cual que está indicando es la consumación de la estafa en perjuicio de los favorecidos. Si todos pudieran reclamar, esto es, los que resultaron ganadores y todos los demás que adquirieron boletas, se estaría indicando que no hubo un ganador y que no se efectuó un sorteo que finalizó con la escogencia de ese grupo de favorecidos. Estos en concreto, son los que han recibido el daño de la actividad ilícita desplegada y la cuantía que debe ser tomada en cuenta, en esta infracción patrimonial, la constituye el monto económico de las cosas, bienes, dinero reclamados.

b) La territorialidad.

En este tema, la Corte revalúa las manifestaciones contenidas en los autos de 14 de enero de 1987 y más recientemente en reproducción que hiciera en el proveído de 27 de septiembre de 1988, con ponencia del M. Guillermo Duque Ruiz y, aprovecha la ocasión para circunscribir a

su más clara concepción lo indicado en proveído de 9 de noviembre de 1982, con ponencia del M. Gustavo Velásquez.

Las peculiaridades de la acción comentada, tan variadas en su forma de realización, de para pensar en múltiples hipótesis como solución a la cuestión controvertida, así : el lugar en donde se compró la boleta, o el asiento principal de los negocios de la persona natural o jurídica que promocionó el juego, o el lugar de la seccional, agencia o sucursal que distribuyó la boletería y debía cubrir el premio en esa zona, o el sitio en donde se efectuó el sorteo, etc. Pues bien, una vez determinada una persona o grupo de personas como ganadores, hay numerosos sitios que pueden tomarse razonablemente como el propio para fijar la competencia por el aspecto territorial, pero ninguno de ellos satisface plenamente este logro, al punto de excluir a los demás pro improcedentes. No es dable inclinar el criterio, de manera rotunda y preferencial, hacía uno de esos factores : la estimación jurídica abstracta, al respecto, sólo llega a recomendar varias posibilidades, las más sensatas y más sustancialmente relacionadas con el asunto, pero ciertamente que se imposibilita con la caracterización de excluyente una singularización entre ellas. Cada punto exhibe elementos en favor pero también en contra. Valga comentar, solamente, lo del sitio donde se adquirió la boleta, al recordar que allí alguien disminuyó su patrimonio a expensas de ilícitas maniobras engañosas. Con esto se pasa por alto que esta persona, no favorecida con el sorteo, ha dejado de importar en mucho en la consiguiente investigación, y, se vacila en cuanto a establecer el preciso momento en que el fraude toma su definitiva entidad, pues con posterioridad deviene el sorteo y se niega el pago de los premios, mediante nuevas tretas de dilación. Tan cierto es lo último, que si la cuantía de la estafa se está señalando en relación con el valor del premio, es porque el lugar de adquisición de la boleta no tiene significación que, en este punto, quiere atribuírsele. ¿Por qué no pensar, a este respecto, en la adquisición de un boleto en paraje por el cual, ocasionalmente, se pasó, que no representa posibilidad de nueva frecuentación, pretendiéndose con la combatida tesis que el ofendido vuelve allí, únicamente, para formular su denuncia ?. A la víctima no se le puede dificultar su acción ni causarle este nuevo agravio ni cargarle adicionales erogaciones. De ahí, entonces, que deba operar un criterio preventivo, tanto más plausible cuando se advierte que esta clase de conducta cubre un vasto y disímil espacio, en donde constantemente se está cumpliendo una actividad estafadora, que

puede afectar a uno o a varios, que atrae como propios numerosos lugares en los cuales se diseminan los elementos de comprobación, etc., debiéndose entonces decir que el lugar de comisión se muestra incierto, por lo menos, art. 80 del C.P.P. y posibilita su concreción mediante la respectiva denuncia, la cual establece, quién debe conocer del respectivo proceso. Hay que admitir esta capacidad para escoger el lugar en donde se quiere excitar la intervención del organismo penal y esto lejos de ofender o menoscabar a nadie, representa un criterio de amplia y respetable conveniencia. Esto fue lo que se quiso decir en el pronunciamiento últimamente citado cuando hacia el final del mismo se anotó : “Conviene reiterar que lo trascendente, en estos eventos, es conocer cuándo se ha producido el artificio o engaño que ha inducido o mantenido en error a una persona, sin que deba considerarse, para la cuestión que se comenta, dónde, cómo y en qué forma se desplegó el gran aparato de la estafa, que sirvió para sorprender a cada uno de los incautos y despojarlos de sus bienes o dineros. *La situación viene a concretarse en la correspondiente denuncia criminal.* Surge, entonces, la competencia preventiva, la misma que señala al funcionario que debe conocer del respectivo proceso.

“Así se facilita la investigación y se alejan situaciones de conflicto que pueden entorpecer hasta el punto de provocar la impunidad del comportamiento delictuoso, con la aparición de innecesarios conflictos de competencia. No debe olvidarse que la ley procedimental establece factores que propician la averiguación y juzgamiento oportunos, alejando dilaciones y perplejidades. Las facilidades, en este ámbito, deben contar para las víctimas y no para los victimarios. Quien al difundir y diseminar su comportamiento, asumieron todos los futuros rigores e incomodidades de la averiguación penal”.

En el caso presente de la colisión, la cuantía del premio daba para fijar la competencia, por este motivo, en los Juzgados Penales de Circuito y la denuncia se promovió en Sincelejo, lugar escogido por la víctima para este efecto. De ahí, entonces, que no se advierta ninguna anomalía que llame a corrección en lo actuado en el Distrito Judicial de Sincelejo. Así se resolverá.

Distinto totalmente diferente, es el caso de programar una rifa en la cual *nunca* se tendrá un sorteo y por tanto no se definirá uno o varios ganadores. En este evento, la estafa múltiple se refiere a todos aquellos

adquirentes de boletas o billetes y la cuantía del ilícito será el valor de cada uno de estos, individualmente estimados, dándose obviamente el fenómeno concursal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No 68, 05-07-94, Gaceta Judicial No 2472, t. CCXXXIII, p. 12, Con Salvamento de Voto).

TEMA XII. ESTAFA. HURTO. *Hipótesis de concurso aparente.* FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. *Hipótesis de concurso material.*

Evaluación normativa. “Cuando una o varias personas utilizando maniobras engañosas acrecientan su patrimonio económico en beneficio personal y perjuicio ajeno, mediante el ingreso de dineros o de cualquiera otra clase de bienes muebles, no es dable sostener válidamente que cometan al propio tiempo delitos de estafa y hurto, por cuanto el provecho económico logrado como resultado de las maniobras engañosas consistió precisamente en la apropiación de cosa mueble ajena. En tales casos surge concurso apenas aparente entre los tipos de estafa y hurto, que ha de resolverse con la aplicación del primero de ellos en cuanto el provecho ilícito obtenido por efecto de las maniobras engañosas se concretó en el apoderamiento de cosa mueble ajena” .

Sobre el tema de las relaciones entre falsedad en documento privado y estafa la Corte se ha pronunciado mayoritariamente en recientes decisiones ; de la primera de ellas (septiembre 15 de 1983) expresó :

“A juicio de la Sala dentro del sistema consagrado a partir de la vigencia del Decreto 100 de 1980, cuando se falsifica un documento privado y luego se usa, existirá un concurso de delitos siempre que el uso adecúe a una cualquiera de las descripciones típicas del nuevo ordenamiento. Las razones en que se apoya este planteamiento son las que a continuación se enuncian :

“a) Se ha presentado en Colombia un reciente cambio de legislación con modificaciones no simplemente corticales en la concepción del hecho punible y en la tipificación de algunas conductas delictivas. Esto significa que no siempre son de recibo, frente a la nueva codificación, las apreciaciones doctrinales y jurisprudenciales que se hacían con

relación a la legislación penal de 1936. Precisamente uno de los capítulos que fue modificado sustancialmente es el que consagra la falsedad documental, pues no sólo su estructura es diversa de la del Código derogado, sino que los tipos en particular están concebidos en distinta forma.

“b) El llamado delito complejo ciertamente elimina la posibilidad del concurso de hechos punibles, pues en últimas el delito complejo es un concurso aparente de tipos, que debe resolverse a través de los criterios de la especialidad, de la subsidiaridad y de la consunción. Empero, para que pueda hablarse de concurso aparente es necesario conocer previamente su sentido y alcance.

“Se presenta el concurso aparente de tipos penales cuando una misma conducta parece adecuarse a la vez en varios tipos penales que se excluyen. Se trata de la apariencia de un concurso de delitos pues realmente sólo una de las disposiciones está llamada a ser aplicada ; tal sería el caso de la madre que da muerte a su hijo fruto de acceso carnal violento, por cuanto esta conducta se adecúa, en principio, a los preceptos de los artículos 323 y 328 del Código Penal, pero solo éste sería aplicable en virtud del principio de la especialidad. Así mismo, los delitos de concusión, detención arbitraria y otras conductas delictivas predicables de los servidores públicos, que también se adecúan al delito de abuso de autoridad, serán de aplicación preferente en razón del principio de la subsidiariedad.

“La ley colombiana no contiene una disposición que regule el llamado delito complejo que en últimas es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción : sin embargo ello no impide que ese principio sea aplicable entre nosotros, pues representa una universal norma de hermenéutica basada en la regla fundamental del *non bis in idem* que no permite que una misma infracción dé lugar a una doble imputación, y en el principio de que *lex primaria derogat legi subsidiariae* que exige que sólo se aplique la sanción correspondiente al delito complejo.

“De modo que el delito complejo sólo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de ésta o como circunstancia de agravación punitiva. Sin embargo, lo anterior merece algunas precisiones, pues en

los casos en que un tipo contenga un ingrediente subjetivo, la materialización posterior de este elemento no eliminará el concurso si su realización representa de suyo delito independiente. De otra parte sólo podrá hablarse de delito complejo cuando dentro de una descripción típica aparece otra que inequívocamente corresponde a la contenida en distinto tipo (tal el caso del hurto agravado por la violación del domicilio, numeral 3º del art. 350, o del fraude electoral con falsificación de registros electorales (art. 254). En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales, dentro de otra de mayor riqueza descriptiva.

“En este mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia del 3 de septiembre de 1971, con ponencia del honorable magistrado doctor Luis Eduardo Meza Velásquez (G. J. CXXXIX, núms. 2346 a 2351, pág. 355).

“c) En la legislación vigente se emplearon fórmulas legislativas completamente diversas a las del Código de 1936 (arts. 240-241, 242), para reprimir la falsedad en documento privado. En el actual artículo 221 se sanciona a quien falsifique documento privado que pueda servir de prueba, siempre que lo use. Esta última expresión ‘si lo usa’ puede llevar a firmar que en ella se halla descrito el delito de estafa y nada más contrario a la realidad, pues ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la típica descripción que de esta figura delictiva hace el artículo 356 del nuevo ordenamiento.

“El uso apenas si puede llegar a constituir un medio engañoso, pero el momento alguno la plenitud de la figura de estafa. Quizá en estas condiciones podría también afirmarse que la falsedad está subsumida en la estafa, pero tampoco esta hipótesis puede ser acertada por cuanto en momento alguno se señala expresamente el empleo de documentos falsos como medio engañoso. Los medios engañosos de la estafa pueden ser de cualquier índole, pero en caso de que por sí constituyan delito, no podrá ser descartada la existencia del concurso.

“d) El artículo 221 del Código Penal, es uno de los llamados tipos de varios actos, por cuanto la disposición señala que el sujeto debe falsificar el documento y además hacer uso de él. La exigencia de que el sujeto haga uso del documento privado que ha falsificado en momento

alguno representa la creación de un delito complejo, pues como ya se dijo, el uso de una cosa que se ha falsificado sólo está descrito como delito de falsedad. Esta exigencia tiene otro sentido pues con ella se obvió el problema de las llamadas falsedades inocuas, ya que resultaba exagerada la punición de hechos intrascendentes en la vida de relación; esto es, demasiado severo castigar la conducta de quien falsifica documento privado que jamás utiliza. Si alguien falsifica un documento privado y lo guarda, no habrá consumado el agravio contra la fe pública; el delito de falsedad, y sólo el delito de falsedad, se consuma con el uso.

“e) Ahora bien, el delito de falsedad que como ya se dijo se consuma con la falsificación y su uso, puede concurrir con otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro ilícito. En caso contrario no habrá concurso.

“Si alguien falsifica unas calificaciones de un colegio particular y las emplea para ingresar a otro colegio, solamente responderá de falsedad. En cambio si falsifica un documento privado (un cheque, por ejemplo) y valiéndose de él defrauda, es obvio que habrá cometido dos ilícitos diferentes, pues realizó dos comportamientos naturalísticamente diversos, que a distintas descripciones típicas se adecúan y por cuanto además se presenta la vulneración de varios bienes jurídicos.

“f) En el orden de la punibilidad existe un argumento que descarta la tesis del delito complejo en este caso. El artículo 221, del Código Penal, tiene prevista una pena de uno a seis años de prisión, mientras que el artículo 356 establece pena de uno a diez años de prisión y además multa de mil a quinientos mil pesos, fuera de la agravante por cuantía. De aceptarse la tesis del delito complejo se llegaría al contrasentido lógico de que para el delincuente que comete estos dos delitos, materialmente diferenciables, sólo le sería aplicable, la pena menor.

“g) Finalmente y para ahondar en razones podrían citarse algunos ejemplos que contribuyen a reafirmar la posición que se sustenta. Un individuo falsifica partida eclesiástica de nacimiento (documento privado), con el fin de contraer nuevamente matrimonio estando vigente un vínculo anterior. Nadie negará la existencia de un concurso entre falsedad y bigamia si se contrae nuevo matrimonio, así como nadie lo negará si el uso que se da a la partida es el de medio engañoso

para cometer estupro. Tampoco se podrá desconocer la existencia de un concurso en caso de que alguien falsifique una nota amenazante para extorsionar. En todos estos casos hay concurso de hechos punibles, por la elemental razón de que el uso de documento falso es un medio para la comisión de un delito distinto de la falsedad” (Cas. Sept. 15 de 1983, mag. ponente : doctor Aldana Rozo).

En una segunda y más cercana ocasión (enero 24 de 1984) reiteró :

“El contenido del artículo 221 del Código Penal indica la posibilidad del concurso entre los delitos por los cuales se profirió sentencia en este asunto, hipótesis que se concretará a través de la prueba, como en el caso presente, porque si no se discute la autoría del procesado en la falsedad, la condición ‘si lo usa’ es equívoca porque el uso puede alterar la verdad sin causar detrimento económico como en los casos referidos al estado civil de las personas, tratándose de origen eclesiástico, o puede derivar en un provecho económico. En el primer evento se ha perfeccionado el delito sin consecuencias patrimoniales, y en el segundo concurso con el de estafa, si además se dan los elementos que estructuran este delito.

“En este proceso se dieron aquellos elementos que integran el delito contra el patrimonio económico, porque no solamente se emplearon las maniobras reseñadas en precedencia, sino que se valió del nombre de persona de reconocida solvencia y moral de la localidad, haciéndola aparecer como la giradora y aceptante del documento, aprovechando su calidad de tío.

“La apariencia de legalidad del documento apócrifo, apto para el tráfico jurídico y por tanto idóneo para inducir en error a un público de comprensión tenida como normal según el criterio que en el medio cultural se tiene por tal que, utilizado por el falsarios, recurriendo a maniobras engañosas, produzca un ilícito provecho económico para sí o para un tercero con el subsiguiente perjuicio ajeno, estructura el concurso de los delitos de falsedad en documento privado y el de estafa” (Cas. Enero 24 de 1984, magistrado ponente : doctor Calderón Botero).

Conforme a tal criterio de la Sala, la posibilidad de que concurren los delitos de falsedad en documento privado y estafa depende

simplemente de que el uso que el actor dio al documento privado por él falseado configure al propio tiempo maniobra engañosa con la que obtuvo provecho económico para sí o para un tercero en perjuicio ajeno.

Y eso fue lo que ocurrió precisamente en el presente caso: la confección y utilización de una cédula de ciudadanía falsa, la apertura de cuenta de ahorros utilizando ese documento de identificación que no corresponde a quien lo empleaba, los datos personales falsos que estampaba Hernández cada vez que consignaba o retiraba fondos de esa cuenta, a tiempo que configuraban plena y reiteradamente falsedades en documentos privados, constituían el mecanismo engañoso utilizado con Ardila para apropiarse -como lo hicieron en efecto- de cuantiosas sumas de dinero en detrimento de los intereses económicos del Banco de Colombia; de allí surgen nítidamente una pluralidad de delitos de falsedad documental que concurren con estafas igualmente reiteradas; y como el Tribunal ignoró tal concurso porque subsumió indebidamente aquellas en estas, incurrió en violación directa del artículo 221 del Código Penal por inaplicación.

2. Segundo cargo:

El núcleo rector de la estafa radica en la obtención de provecho ilícito de connotación patrimonial en perjuicio ajeno, como resultado de inducción mantenimiento en error de alguien por medio de artificios o engaños; el del hurto, por su parte, radica en el apoderamiento de cosa mueble ajena con la finalidad de lograr provecho para sí o para otro. Ahora bien, cuando una o varias personas utilizando maniobras engañosas acrecientan su patrimonio económico con beneficio personal y perjuicio ajeno, mediante el ingreso a él de dineros o cualquier otra clase de bienes muebles, no es dable sostener válidamente que cometen al propio tiempo delitos de estafa y hurto delitos de estafa y hurto, por cuanto el provecho económico logrado como resultado de las maniobras engañosas consistió precisamente en la apropiación de cosa mueble ajena. En tales casos surge concurso apenas aparente entre los tipos de estafa y hurto que ha de resolverse con la aplicación del primero de ellos en cuanto el provecho ilícito obtenido por efecto de las maniobras engañosas se concretó en el apoderamiento de cosa mueble ajena; de esa manera, lo que en el tipo de hurto es ingrediente subjetivo -propósito de obtener provecho- en la

estafa es ya evento logrado que supone, por lo mismo, apropiación de bienes ajenos ; no se olvide que una y otra conductas típicas vulneran un mismo interés jurídico, el del patrimonio económico.

En este orden de ideas, cuando tomaba los cheques que venían en las remesas enviadas de otras oficinas bancarias y en vez de darles el trámite que correspondía, se los hacía llegar a Bolaños y mediante alteraciones y otros mecanismos fraudulentos los consignaban a una cuenta de ahorros y luego retiraban de ellas los dineros correspondientes, no consumaban delitos de hurtos y estafas, sino estos últimos porque las apropiaciones de los dineros derivadas de la sustracción y cobro de los cheques no eran otra cosa que los aprovechamientos económicos obtenidos como fruto de sus maniobras engañosas. Aplicó, pues el Tribunal indebidamente los artículos 349 y 351 del Código Penal en cuanto los hechos imputados a Marmolejo y Bolaños con configuran delitos de hurtos sino de estafas en concursos con los de falsedades documentales ya indicados. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Alfonso Reyes Echandía , Acta No. 69, 04-09-84, Gaceta Judicial No. 2416, t. CLXXVII, p.278, con salvamento parcial de voto de los Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria).

COMENTARIOS

La doctrina tradicional divide el concurso en efectivo y aparente, indicando con la primera expresión aquellos casos en que la pluralidad de adecuaciones típicas no es excluyente y se hace imperiosa la aplicación de los varios tipos estructurados; y con la segunda aquellas hipótesis en las que las varias adecuaciones típicas se excluyen entre sí y solo es dable aplicar uno de los tipos estructurados. A su vez el concurso efectivo se clasifica en ideal, material y continuado.

Esta clasificación, pese a reiterados esfuerzos, no ha podido ser desechada por la doctrina dado su valor didáctico.

Se ha clasificado el concurso en heterogéneo y homogéneo según si las varias adecuaciones típicas, corresponden a un mismo tipo penal o a varios, tal es la clasificación contenida en el proyecto de 1974 arts. 28 y 29.

También el concurso de tipos se ha clasificado en sucesivo y simultáneo según la adecuación típica plural surja de uno o varios comportamientos realizados en sucesión temporal.

La esencia del fenómeno concursal está en la pluralidad de adecuaciones típicas con necesaria unidad de sujeto activo. La heterogeneidad, homogeneidad, sucesión y simultaneidad son las cuatro hipótesis en las que se puede presentar la adecuación típica plural, pero no determinan el concurso efectivo, pues son características que también se pueden observar en el llamado concurso aparente, es decir, en aquellos casos en los que realmente no hay concurso sino tan solo pluralidad de adecuaciones típicas.

Dividimos el concurso en ideal y material, desechando la categoría del concurso aparente, pues este no es realmente concurso de tipos, sino tan solo un conjunto de hipótesis en las que frente a una adecuación típica plural, se debe excluir el concurso en sus categorías de ideal o material.

La posibilidad de concurso entre el delito de falsedad en documento privado y delitos que lesionen bienes jurídicos diversos ofrece controversia entre los doctrinantes nacionales, la cual ha revestido caracteres bien interesantes. Una primera corriente afirma que no es posible el concurso de la falsedad en documento privado con otras infracciones, "ya que el uso es indispensable para que se configure el delito contra la fe pública" con lo cual la ley habría subsumido en él las consecuencias delictivas de tal uso; predicar el concurso sería violar el principio "non bis in idem". (ARENAS, Comentarios, T. II, p. 197)

No es posible que esta infracción concorra con delitos que exijan estructuralmente el empleo del objeto material, por ejemplo en la estafa el uso de un documento privado falso, constituye la maniobra exigida para la configuración del delito patrimonial, por tanto la falsedad absorbería la estafa. (PEREZ, Derecho penal, T. IV, p. 67.).

No es posible predicar el concurso entre la estafa y la falsedad en documento privado, pues la expresión "si lo usa", reúne los elementos estructurales de aquella, por tanto las dos conductas conforman un delito complejo pluriofensivo, es decir una sola norma que tutela

simultáneamente los intereses de la fe pública y del patrimonio económico.(BARRERA DOMINGUEZ, Delitos contra la fe pública, p. 139).

El último autor mencionado también sostiene que el delito de falsedad en documento privado puede concurrir con la estafa o el abuso de confianza; la razón es de política de punibilidad: para la falsedad el máximo a imponer es de seis años de prisión y para la estafa es de diez años; si se acepta que la falsedad subsume la estafa, se tendría una estafa privilegiada, con tratamiento punitivo benévolo, que contraría la lógica, pues un delito cometido con tal ardid debe ser reprimido más severamente. Adicionalmente nos manifiesta que no es correcto afirmar que la expresión "si lo usa" subsume dentro de la falsedad el delito de estafa; el uso "per se" no conlleva provecho ilícito para el agente, ni perjuicio ajeno correlativo. Puede haber un uso que no vulnere el bien jurídico del patrimonio, pero si el de la fé pública, o un uso que constituya tan solo conducta contravencional, con lo cual la expresión "uso" no cobija por si misma las diferentes conductas típicas que pueden generar. De esta forma se ha afirmado que es admisible el concurso de la falsedad en documento privado con otros delitos, citándose los siguientes ejemplos: falsificación de partida eclesiástica (documento privado) con el fin de contraer nuevo matrimonio estando vigente el anterior: concurso entre falsedad y bigamia; y si la partida eclesiástica falsificada se usa como medio para cometer estupro: concurso entre falsedad en documento privado y estupro. En estos ejemplos hay concurso de delitos pues el uso del documento falso es medio para cometer delito diferente al de falsedad.(ALDANA ROZO, citado por BARRERA DOMINGUEZ, p. 143)

Finalmente también se ha sostenido que es posible el concurso de delitos en la falsedad de documento privado, pues el uso exigido por el art. 221 busca aclarar el problema de la falsedad inocua, considerando penalmente irrelevante el comportamiento simple de falsificar documento privado, la norma nunca quiso consagrar un tipo pluri-ofensivo. (BERNAL CUELLAR, citado por BARRERA DOMINGUEZ, p. 143).

SALVAMENTO DE VOTO. Magistrados Drs. Gustavo Gómez Velásquez. Dario Velásquez Gaviria.

Disentimos del planteamiento mayoritario de la Sala en cuanto configura el comportamiento investigado como un concurso material de delitos entre falsedad de documento privado y estafa.

En anteriores ocasiones hemos sostenido que cuando se falsifica un documento privado (cheque) y se usa, este uso, aunque esté acompañado de maniobras engañosas no constituye delito de estafa, sino agotamiento del de falsedad en documento privado.

Las razones que nos han llevado a expresar esta tesis están contenidas en salvamentos de voto anteriores, concebidos en los siguientes términos :

“1. Los delitos pluriofensivos o la conducta delictiva múltiple suele vulnerar a más de un bien jurídicamente tutelado. Ese desplazamiento psicofísico encuentra como primera y fácil solución la de advertir que se trata de un concurso de hechos punibles, institución reglada en las artículos 26 a 28 del actual Código Penal.

“2. Razones de política criminal, para evitar una represión excesiva, o de justicia retributiva, que busca impedir la violación del non bis in idem, llevan a la doctrina ya las legislaciones a restringir humanitariamente las formas concursales y establecer como un solo delito, conductas plurales que en sentido general darían lugar a varios delitos independientes, o como una sola conducta con efectos múltiples también susceptibles de ser tomados como varias infracciones autónomas. De allí las denominaciones de delito continuado, delito compuesto y delito progresivo, etc., y de ahí también, los criterios de especialidad, consunción y subsidiariedad ideados para darles sustento a los mismos y para explicar que no se trata propiamente de varios delitos, aunque éste sea la inicial valoración, porque en el fondo se tiene es un concurso aparente de tipos.

“3. La forma como discurre la ponencia de la cual nos apartamos, en su primera parte, sirve tanto para sus propios fines como para la tesis que se sostiene en esta salvamento. Porque entendemos que la reforma penal de 1980 representa, en el campo de la falsedad, una enmienda

profunda de efectos acentuados, más allá de aspectos meramente corticales, afirmamos que, en lo relacionado con los títulos valores, se quiso descartar la tradicional tesis de los concursos delictuales ; porque aceptamos el delito complejo (en estricto a lato sentido), como fenómeno jurídico de aplicación y creación doctrinarias en nuestro medio forense, también aseveramos que el mismo puede resolver satisfactoriamente el problema planteado, mediante los criterios de la consunción o de la especialidad, y, finalmente porque el ‘uso’ como elemento del tipo (art. 221 del C.P.), interpretado con exactitud y rigor, esto es, en toda su extensión consecencial, viene a constituir los actos propios de la estafa, resultado querido y propiciado con la alteración de la verdad en el título valor.

“4. No debe olvidarse, entonces, que los problemas inherentes a los concursos de delitos suelen desaparecer bajo el peso de una enmienda legislativa, así ésta pueda aparentar desapego de la técnica jurídica. Y esto es lo sucedido en el actual Código Penal.

Antes, a expensas de la asimilación del título valor a documento público, la falsedad cometida en estos tenía virtualidad delictiva así se omitiera su uso. En virtud de tal equivalencia se desplazaba la tesis del concurso (por el uso), dominante en el documento público propiamente tal, el instrumento negociable, originando también el uso de éste plurales entidades delictivas, de ordinario falsedad y estafa Pero eso se debía a la ausencia de una norma que reprimería, dentro de la propia órbita del delito de falsedad, la conducta de quien, habiendo falsificado el documento público, igualmente lo usaba. Tanto que ese comportamiento, referido al documento privado, si estaba sancionado como modalidad agravada de falsedad, con la obvia exclusión del concurso con la estafa (art. 242 del C.P. de 1936).

“En el nuevo estatuto se tuvo el cuidado de subsanar ese vacío estableciendo como circunstancia de agravación punitiva del delito de ‘uso de documento público falso’ el hecho de que su autor hubiese sido también el de la falsificación (art. 222, inciso segundo). Y respecto del uso en el documento privado el tratamiento que le dio el legislador fue el de erigirlo en elemento del tipo con los alcances ya analizados (art. 221).

“De tal manera que no hay razón para hacerle desempeñar al uso papel diferente del que el propio código le asigna, en clara manifestación de la voluntad de reglamentarlo íntegramente dentro del ámbito del delito de la falsedad.

“5. Conviene repetir que, desaparecida la asimilación del título valor a documento público y requiriéndose el uso del documento privado para poder estructurar la falsedad, la interpretación lógica de este cambio legislativo debe estar al lado de la eliminación del concurso. El uso, obviamente, debe representar una significación delictiva (v. gr. la estafa), porque vale tanto un uso inocuo, inocente, neutro, sin repercusiones en el ámbito penal, como el no uso. Luego la consideración que hace el artículo 221 del ‘uso’, tiene que referirse, en la esfera de los títulos valores, a la estafa, finalidad propia y directa de la mutación de la verdad en esos instrumentos negociables, realizada en perjuicio del banco o de un tercero. Esa es la concepción de ese uso. De donde no se entiende muy bien que el uso delictivo de los títulos valores adulterados, sirve simultáneamente a dos necesidades : Ala de estructurar, hacia atrás la falsedad documental, y conformar, hacia adelante, la estafa.

“La tesis de la mayoría desatiende este sesgo legislativo, que en el párrafo siguiente destacaremos más nítidamente, así como la tendencia de los últimos tiempos, que ha buscado precisamente la efectividad de la represión de esta clase de ilícitos, concentrando en sola figura criminal los varios aspectos que puedan tener relación, mediante los concursos, con los títulos valores (ver : Decreto 1135 de 1970 y lo que a su turno establece el Capítulo 4º. Título 14, Libro 2º del C.P.). Pero además convierte una definición general y científica, que debiera obedecer a esquemas doctrinarios, en interpretación subjetiva y variable de las circunstancias. En efecto parece que poco vale como artificio y engaño, la cuidadosa adulteración de un cheque, con su presentación personal e identificación de su ilícito girador, porque este uso se quedaría en mera falsedad documental ; pero, si se aparenta solvencia económica (vestido, vehículo, amistades, etc.), entonces sí se da el concurso porque la conducta se adecúa a un tipo penal más enriquecido, o sea, el de la estafa.

Muy circunstanciada y anecdótica se presenta la solución para poder encajar en el rigor de una tesis. Máxime cuando el concurso se monta,

en el fondo, sobre un resultado: La obtención del provecho económico, como si el uso exigido en el citado artículo 221, no implicara, precisamente, este efecto y consecuencia.

“6. Coincidimos con la decisión mayoritaria en afirmar que la reforma legislativa, en este tema de la falsedad de título valores, tiene características substanciales y no simplemente corticales. Baste reproducir el criterio expresado por la Comisión de 1979, la última que se ocupó de preparar el actual Código Penal. La simple transcripción denota cuán lejos está el contenido y consecuencias de este estatuto de la doctrina que no merece este disenso. ‘Doctor Estrada Vélez : El artículo 296 del proyecto final. <<uso de documento falso>>, me parece importante siempre y cuando cambiemos la redacción del mismo. Precisamente, esta norma evitará los conflictos de interpretación jurisprudencial que han venido surgiendo hasta ahora en materia de falsificación de documentos públicos y uso de documentos públicos falsificados según se trate del autor de la falsedad u otra persona.

“ ‘Entonces si contemplamos un tipo especial por el cual establecemos la falsedad agravada para el evento de que el autor de la falsedad en documento público sea el mismo que lo usa, evitaremos el concurso de delitos. Igualmente, si establecemos un tipo especial de falsedad para la persona que usa un documento público falsificado, aunque no haya recurrido a la falsificación, estaremos precisamente guardando la fe pública. Por consiguiente, este artículo se debe referir al uso de documento público falso. Hecho diferente es el uso de documento privado falsificado por persona que no concurrió a la falsificación y que no debe ser tenido en cuenta dentro del texto de este nuevo artículo. Por consiguiente, propongo el siguiente texto : <<uso de documento público falso. El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años>>. Inciso. <<Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentaría hasta en la mitad>>.

“ ‘Doctor Giraldo Marín : Señor Presidente, con el texto propuesto quiere usted decir que si una persona falsifica un documento público y lo usa con el propósito de cometer una estafa, no habría concurso de

falsedad y estafa. En ese sentido me gustaría dejar una constancia en el acta.

“ ‘Doctor Estrada Vélez : Efectivamente, constituirá ese evento un delito agravado de falsedad contemplado es este artículo a aprobar. En consideración el texto propuesto.

“ ‘El Secretario informa que el nuevo texto propuesto por el doctor Estrada Vélez es aprobado por unanimidad y da lectura al nuevo artículo aprobado.

“ ‘Artículo 270. Uso de documento público falso. El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años.

“ ‘Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que la falsificó, la pena se aumentará hasta en la mitad’. ‘Doctor Estrada Vélez : El artículo 302 del proyecto final se refiere a la <<falsedad en título valor>>. Me parece importante buscar un texto más simple porque el del proyecto final es demasiado casuístico y, precisamente, en los textos que hemos aprobado se ha eliminado, en lo posible, las enumeraciones. Soy partidario de establecer y otorgar un amplio margen amplio para que le juez juzgue según la cuantía del ilícito. No me convence la escala de las penas que establece ese artículo a pesar de que se pueda fundamentar en que se trata de un documento de extraordinaria movilidad comercial. Pero el bien jurídico tutelado de manera prioritaria es la fe pública, aún tratándose de un delito pluriofensivo.

“ ‘Doctor Giraldo Marín. Precisamente, por el bien, jurídico tutelado prioritariamente es la fe pública, la comisión encargada del proyecto final colocó este artículo en el presente título. Sin embargo, pro razón de su importancia comercial se previó diferente forma de punibilidad, porque no es igual falsificar un cheque de quinientos pesos, que falsificar uno de dos millones de pesos.

“ ‘Doctor Estrada Vélez : En principio, estoy de acuerdo con usted ; porque no es lo mismo falsificar una escritura de hipoteca por cincuenta millones de pesos que una por diez mil pesos. Entonces, si el máximo de la pena imponible en los delitos de falsedad en documento

público cometido por empleado oficial, es de diez años, resulta injusto imponer doce años por la falsedad en <<título valor>>. Será mejor establecer un mínimo y un máximo con la clara constancia de que dentro de ese margen se moverá el juez en la imposición de la pena. Teniendo en cuenta, obviamente, la cuantía del título valor falsificado, además de los factores establecidos en la parte general del código. De otra parte, establecemos un tipo especial de falsedad en título valor precisamente para evitar el concurso de delitos y que se tome este tipo de conducta como una falsedad agravada. En consecuencia, propongo el siguiente texto: <<El que falsifique un título valor, si lo usa, incurrirá en prisión de uno a diez años>>. Inciso. <<En la misma pena incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título valor>>, de esta manera protegemos el título valor en su sentido amplio y dentro y de un tipo especial porque simplificamos el primer inciso del texto del proyecto final y tenemos en cuenta el tercer. No así el segundo inciso, porque el uso de un documento privado falso por quien no lo falsificó constituye un elemento de estafa, un ardid o forma de engaño. En consideración el nuevo texto propuesto.

“ ‘El Secretario informa que la Comisión aprueba el texto propuesto por el doctor Estrada Vélez, con voto negativo al doctor Giraldo Marín.

“ ‘Y da lectura al nuevo artículo aprobado :

“ ‘Artículo 276. Falsedad en título valor. El que falsifique un título valor, si lo usa, incurrirá en prisión de uno a diez años.

“ ‘En la misma pena incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título valor’. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano -parte especial- artículos 11 a 322. Volumen II, Acta número 20, páginas 355/356/ y 357/358. Colección Pequeño Foro. Edición dirigida por el doctor Luis Carlos Giraldo Marín. Subraya la Sala.

“7. Los casos que se pretendan arbitrar como contraargumento a la tesis del no concurso y que en concepto de la mayoría constituirían problemas insolubles si no se aplica su criterio, no pueden merecer tan significativa valoración, porque o bien no deben resolverse acudiendo al concurso, o bien pueden permitirlo sin que por esto lo relacionado en forma específica para los títulos valores también se les aplique. Sobre este último particular tendría que observarse la relación

económica que alimenta la falsedad del título valor y su consiguiente aprovechamiento, lo cual no se aviene con la adulteración de un registro público de matrimonio con la consiguiente bigamia o engaño sexual, posibilidades últimas que, además, involucran otros distintos actos de naturaleza bien diferente, sobre los cuales sí descansa con firmeza el concurso. Y así podría continuarse el razonamiento sobre esa ejemplificación, pero no es oportunidad para hacerlo extensamente” (Casación. Sentencia de 15 de septiembre de 1983. Proceso contra Jaime Gallego Cifuentes.

TEMA XIII.

ESTAFA. FRAUDE MEDIANTE CHEQUE. *Hipótesis de comisión.*

Evaluación normativa. *"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, u 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 “pro 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 cheque sin provisión de fondos, etc., es un ilícito de carácter especial.

En otras legislaciones se le considera como una estafa o como una defraudación, peor 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 uno 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 cheque” -fondos insuficientes o carencia de ellos y orden injustificada de no pago-. (Cap. IV del Título XIV), y las dos restantes implícitamente ubicada 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 una 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 de 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 característica 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 al 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 moral, pero no un deber jurídico.

Por regla general, la falsedad en escritura privada es punible sólo 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”, nos 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 estafa u otro delito. (Ver Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, Tomo V., 2ª De., Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1963, páginas 159 y 304 ; Vincenzo Manzini, “Trattato di Diritto Penales Italiano”, Vol. VI, Torino, 1959, página 787. Cita de Casas Barquero, Enrique, 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 depositados 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 De. 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 las 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 al creación total del documento falso hasta cualquier alteración de uno verdadero. Así lo expreso 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 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 creo y uso, pues no constituye ello una falsedad ideológica, sino una material.

En el caso de consideración de la Sala, no ha existido creación total de documento privado falso, pues el que emitió Vicente Alvaro Muñoz Paz, es auténtico o genuino, teniendo en cuenta que él fue quien dio la orden incondicional de pago (art. 252 del Código de Procedimiento Civil), pero no es veras 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 cuentabien porque no constituye prueba documental a él oponible, y jamás podrá ser pagado por el girado y exigirle judicialmente a ninguno de ellos.

La emisión del cheque en presencia del prestamista o el vendedor de mercancías, no importa cual haya sido en últimas la razón, sumada a la representación de que él hiciera un amigo común y a la consideración de profesional respetable que exhibió, constituye los artificios idóneos para inducir un error determinante y esencial al prestamista o vendedor el tener 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 un 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).

TEMA XIV. ESTAFA Y ABUSO DE CONFIANZA. *Diferencias estructurales*

Evaluación normativa. “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 sensor en torno al abuso de confianza al menor en la ley Colombiana, no tiene respaldo alguno, así quiera él presentar criterios interperativos 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 fundamento de ella está 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 indevido de la Cosa a él confiada.

“Así lo expreso el censor.. “Según la doctrina nacional, la apropiación, por lo tanto, es doctrina 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 menjar por cuenta del verdadero dueño. Es la tendencia 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 de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá hasta la mitad” (las resaltadas no son del texto). No puede entonces mirarse la tipicidad desde la óptica de la apropiación, menos aún de la demora en la restitución como la plantea el casacionista, porque no es tal el supuesto de hecho que dió 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 de abuso de confianza, estructurados sobre los lineamientos de la interpretación errónea de la norma y n 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 de la sistemática del ordenamiento actual que lo trae en “capítulo I” (debe entenderse V) del título XIV, dentro de los delitos contra el patrimonio económico “no obstante lo cuallos

caracteriza por el provecho ilícito, la conducta infiel, contraria a la convenida, 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 lo cual no es válido afirmar como lo hace el censor, que el tipo de artículo 312 constituyeron una conducta caracterizada por el fraude, pues en su descripción en momento alguno se incluye tal elemento, ni 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 del uso indebido de la cosa que hiciera el sujeto agente.

“La misma estructura se conseba 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 la confianza depositada por el dueño de la cosa en el autor del hecho, independientemente de que tal aprobación se haga mediante el engaño o 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 dió 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...”.

Valga, ahora para cerrar este proveído, agregar unas ligeras notas sobre algunos aspectos del tema tratado.

1.- Los testimonios denominados de oídas, por serlo, no puede estimarse como inadmisibles o carentes de valor. Reconocida esta condición, que le viene de la forma como se adquiere conocimiento de

algún hecho de importancia para el proceso, no percibido de manera directa, el juez debe extremar su crítica probatoria para determinar los aspectos que pueden interesar a la investigación, pues por lo regular constituyen complementos de ciertas noticias ofrecidas por quien se relacionan de modo principal con la conducta juzgada y permiten fijar la bondad de otros elementos probatorios. Otro tanto debe decirse de la versión del ofendido, que por el interés que tiene en las resultas del proceso, no deja de resentirse de cierta desconfianza. - Y después podría colacionarse, en este mismo sentido, lo referente al llamado testigo único. El Código de Procedimiento Penal ha abandonado el sistema de tarifa legal, o la de establecer inhabilidades para declarar, o señalamientos previos de sospecha. Por el contrario, ha abierto un amplio campo de apreciación para esta clase de prueba, sobre la base de una sana crítica que conduzca a determinar la bondad de una versión testifical por sus características propias, las mismas que la hacen verídica y creíble. Solo cuando este método se abandona o se contradice es dable desconocer la atención que se ha prestado a una prueba de esta índole. El impugnador debe demostrar esta situación para pretender imponer su criterio adverso a las conclusiones que sobre el particular haya asumido el Tribunal. Pero conceptos generales, conjeturas, censuras caprichosas, etc., no pueden suplir la exigencia. En el caso *subexámine*, el mérito deducido a las manifestaciones de Gutiérrez y Medina, no se muestran irracional o arbitrario. Se presenta si como enunciado lógico y debidamente fundamentado.

Es asó como debe anotarse, respecto del dicho de Nicolás Guriérrez, que contribuye eficazmente al descubrimiento de la verdad.

Pero su atestación, advertida la claridad de fs. 155 y la realidad del depósito, así como la causación de los intereses y la dificultada recuperación del dinero entregado a Orrego Duque, aspectos todos que confirman la versión del perjudicado, se puede considerar como de secundaria incidencia. No es el punto clave de la prueba sobre la cual se ha edificado el fallo de condena. Se le otorgó credibilidad ciertamente, y dadas sus condiciones no eran para menos. No es evidencia en el afán de parcialidad ni ofrece motivos para desfigurar su relato. Obsérvese, a este respecto, que fue la persona autorizada por Puentes para que se cediera el título que acreditaba el depósito a término que, abusivamente, había constituído Orrego Duque. Esta

confianza en el hacer ver, de una vez, que era susceptible de decir la información que luego transmitiera al proceso como escuchada de puentes. De otro lado supo del comportamiento de Orrego Duque, en cuanto a la constitución del depósito, lo cual faculta para deducir que se trataba de persona vinculadas a los protagonistas, con capacidad para saber de éstos y por lo mismo, que no se trataba de un declarante aleccionado ex-proceso o llevado al proceso de manera artificiosa. Lo que declaró lo supo y tal como lo conoció lo aportó a la averiguación. No resulta atenuante la objeción que pretende negarle todo mérito y menos en el nivel que le fuera reconocido por el Tribunal, prevaleciendo, en esta discrepancia de opiniones, la valuación que esta Corporación ha consignado en su fallo sobre los elementos testimoniales cuestionados.

2.- Del documento de fs. 155, dadas sus características, nadie ha puesto en duda que fuera entendido por el sentenciado. Tiene el innegable mérito de establecer las características del mandato recibido por Orrego Duque.

Este es un valor en el campo penal, que le viene dado de la esfera civil. De por sí no constituye la demostración del delito de abuso de confianza y de ahí que ninguno de los fallos (primera y segunda instancia) haya tomado este documento privado auténtico como confesión. Establece sí, se reitera lo que le fue ordenado hacer al procesado, con el dinero recibido, aspecto sustancial para deducir, con forme a otras demostraciones, un comportamiento delictuoso. De modo, pues, que la demanda pretende ubicar el cuestionamiento de este elemento probatorio, en ámbito impropio, ajeno al que le fuera reconocido por la sentencia impugnada. Imaginariamente se le ha atribuido, tal vez por la importancia que tiene en la valoración de la conducta juzgada, una naturaleza jurídica distinta a la que realmente ostenta, la cual nunca negó su desdibujó el Tribunal. Este al tomar este medio probatorio en la forma como lo hizo, actuó debidamente en su análisis y aceptó un importantísimo medio de persuasión que, aunado a otros factores, -fs. 38, 103, versión del ofendido y testimonio de Nicolás Gutierréz-, le llevó a proferir la clase de resolución que ahora se ataca en casación.

3.- Lo relacionado con el careo, es una presentación incompleta del asunto y por tanto de menguada entidad, tanta que no puede imponer la prosperidad de un recurso de la magnitud del que se resuelve. La

cuestión, debe repetirse, no traduce más que una visión interesada de una diligencia, que no llega, ni remotamente, a intranquilizar sobre el buen juicio que tuvo el Tribunal al darle prevalencia a los términos testificales de Puentes Fuentes. Aludir a la necesidad de su extrañamiento por contener preguntas sugestivas o capciosas, es dejar de ver dos cosas : una, la realidad de su contenido, que no da motivo para entrever una situación de tan aguda índole ; y, otra, que resulta un tanto difícil de comprender la impune y expedita actuación de un funcionario para cautivar y confundir a un procesado con requerimientos sugestivos o capciosos cuando éste tiene la condición de abogado y sabe distinguir cuando se da ésta y cual es su remedio : reprochar al instructor este propósito y, en último caso, negarse a responder.

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 facultamiento y prohibiciones. La regla de oro en la interpretación de unas y otro, nos 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 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 desentendida por Orrego Duque.

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

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..... 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 actual delictuoso, sino para rigorizarlo, pues en vez del benévolo tratamiento que dispensaría bajo el rubro del abuso de confianza, se llevaría el obrar al 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).

TEMA XV. ESTAFA. COMPETENCIA.

Evaluación normativa. “La estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho ilícito”.

1.- Obviamente que en orden a decidir sobre la competencia territorial en este asunto penal por el presunto delito de estafa, el juez de Sincelejo se equivoca al apoyarse en el numeral 50. del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, “De los procesos a que diere lugar contratos serán competentes, a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento...”, pues esa disposición se refiere a procesos generados en el contrato, y no ha situaciones nacidas del hecho punible las cuales se encuentran regidas expresa y claramente en el ordenamiento procesal penal, desde luego sin que interesen a dicho efecto de competencia territorial el medio utilizado para cometer el posible delito, que en el presente caso sería el contrato de promesa de venta.

De ahí que llegará ese funcionario a la conclusión errada de que en Lorica se habría cometido la estafa porque en esa ciudad debí cumplirse.

2.- Tampoco razona atinadamente el juez de Lorica al pretender definir la competencia con fundamento en el sitio en cual se encuentra indicado “el bien objeto de la litis”.

En efecto, abundante jurisprudencia de esta Sala a reiterado que el delito de estafa (artículo 356 C.P.) se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho ilícito (con el correspondiente perjuicio ajeno), y no en otro distinto.

3.- El posible ilícito en investigación (estafa) se hace consistir en que Arcadio Romero Pérez, mediante engaño (la promesa de compraventa), obtuvo que Juan Francisco Puerta Morelo le vendiera el predio situado (en el sector de Coveñitas) que fue debidamente identificado en el contrato, a cambio de lo cual solo obtuvo la parte del precio convenido en dinero, más no la representada en “un lote en el Diamante, frente a Posada del Mar, situado en Coveñas, de 133 metros cuadrados”.

Consta en la promesa de compraventa que este acuerdo de voluntades fue firmado en Coveñas el 10 de Septiembre de 1987 y consta también en el proceso, según lo afirma el denunciante y lo ratifica después bajo juramento, que en obediencia de este convenio Puerta Morelo extendió, ante la Notaría Unica de Lórica, la escritura No. 753 del 29 de septiembre de 1987, mediante la cual formalizó la promesa de venta.

Si, como lo ha sostenido reiteradamente esta Sala, la estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho ilícito, necesario es entender que en el caso sub-exánime este provecho se presentó en Lórica, porque allí se legalizó la promesa de compraventa, ante la Notaría Unica d dicha localidad (Escritura Pública No.753 de 29 de septiembre de 1987). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No. 34, 18-03-92, Gaceta Judicial No. 2468, t. CCXIX, p. 442).

