

Omar Arturo Guerrero R.

R E G I M E N J U R I D I C O

D E L

D E L I T O D E E S T A F A

Tesis presentada para
optar al grado de
doctor en Derecho y
Ciencias Políticas.

UNIVERSIDAD D E
Pasto.

NARIÑO UNIVERSIDAD DE NARIÑO

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

27158

----- 1960. -----

No.	[Redacted]	Cl.	7
Valor	\$500.00	Vol.	
Fecha	22-07-77	Opn.	X
Fact.	Dellalot	Serie	
	autor	Cms. p.	

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA GENERAL

AN. 3
36416
287

TESTIMONIO

Propósito central al iniciar la
preparación del presente trabajo,
lo motivó el deseo de
leer una monografía o de
menos completa sobre el tema pro-
puesto. Circunstancias inheren-
tes a la

=====

A mi hermano ARNULFO,
con fraternal devoción

el esfuerzo realizado satisface
sus aspiraciones y
aspirativa investigativa. En este
entendimiento

El autor.

=====

testimonio de sincera gratitud
a la Universidad de Narino, en
cuyas aulas adquiriera lo mejor
de su formación moral e inte-
lectual, a lo largo de casi
tres lustros de vida estudiantil.

=====

Pasto, diciembre de 1966.

TESTIMONIO

Propósito central al iniciar la preparación del presente trabajo, lo constituyó el ánimo de lograr una monografía más o menos completa sobre el tema propuesto. Circunstancias inherentes a la capacidad del autor, unidas a la limitación en la bibliografía, impidieron cristalizar tal empeño. Sin embargo, el esfuerzo realizado satisface sus aspiraciones y alienta su espíritu investigativo. En este entendimiento lo presenta como testimonio de sincera gratitud a la Universidad de Nariño, en cuyas aulas adquiriera lo mejor de su formación moral e intelectual, a lo largo de casi tres lustros de vida estudiantil.

Pasto, diciembre de 1960.

CAPITULO PRIMERO

PRIMERA PARTE

CONTENIDO Y ESTRUCTURA DE LA OBRA
ESTUDIO TEORICO JURIDICO

1.- ORIGEN DEL DELITO DE ESTAFAS.-- La primera

-----000-----

que se refiere en el libro del investigador -
el tema de nuestra monografía, es la averiguación de -
la existencia o inexistencia de la estafa como delito -
autónomo, sus formas y contenidos propios. Si bien la --
gran mayoría de los tratadistas y la casi totalidad de
las legislaciones la aceptan y regulan con marcado inter-
és y acatamiento, no han faltado autores que preten-
dando las más variadas argucias le han negado vida y
utilidad jurídica. Algunos de ellos, al negarle
carácter de delito autónomo, lo han considerado como
simple caso de fraude o de dolo, en otros, como
simple caso de engaño o de falsedad por lo que
debería ser considerado como delito de falsedad
o de fraude y no como delito autónomo. En otros
casos se ha considerado como delito de estafa
autónomo, pero con carácter de delito de estafa
simple y no como delito autónomo. En otros
casos se ha considerado como delito de estafa
autónomo, pero con carácter de delito de estafa
simple y no como delito autónomo.

De los penalistas que han llegado a nuestro conocimiento, el español Quintana Ripollés sobresale en la línea negativa. Sus palabras, por sí solas elocuentes, dan una idea clara acerca de su criterio. En una cita de Gutiérrez Assala en su obra "DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD", encontramos las siguientes: "La estafa no existe; se la crea con una quimera, creación esporádica... luego el científico se ha esforzado en dotar de contenido universal a trascendente. Este enjuiciamiento, en armonía con fuerza consiguiente, no resalta la menor objeción.

C A P I T U L O P R I M E R O

CONCEPTO Y ESTRUCTURA DE LA ESTAFA

1.- EXISTE EL DELITO DE ESTAFA?.- La primera inquietud que despierta en el ánimo del investigador - el tema de nuestra monografía, es la averiguación de la existencia o inexistencia de la estafa como delito autónomo, con forma y contenido propios. Si bien la gran mayoría de los tratadistas y la casi totalidad de las legislaciones la aceptan y regulan con harto interés y detenimiento, no han faltado autores que pretextando los más variados argumentos le han negado vida y configuración jurídica independientes. Alegando la dificultad de elaborar una definición precisa, sin pecados de exceso o de defecto, en unos casos; en otros, invocando su naturaleza compleja predicada por la generalidad de los doctrinantes; y en no pocas ocasiones atendiendo a una relativa disparidad en las concepciones de la ley, esta figura ha sido combatida, confundida con otras infracciones, desnaturalizada con frecuencias y calificada con palabras nada edificantes.

De los penalistas que han llegado a nuestro conocimiento, el español Quintano Ripolles sobresale en la tarea negativa. Sus palabras, por sí solas elocuentes, dan una idea clara acerca de su criterio. De una cita de Gutiérrez Anzola en su obra "DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD", entresacamos las siguientes: "La estafa no existe; es no más que una quimera, creación esporádica del léxico vulgar....., el que luego el científico se ha esforzado en dotar de contenido universal e trascendente". Este enjuiciamiento, en apariencia con fuerza consistente, no resiste la menor objeción. Bastaría preguntar qué instituciones del derecho criminal no han nacido en el "léxico vulgar" y pasado luego con "contenido universal trascendente" al lenguaje científico, para demostrar la evidencia de su error. Acaso el trabajo de la ciencia no se concreta en la adecuación propia y determinada, infundible, de contenidos a los diversos institutos, cuyo punto de partida necesariamente se encuentra en la idiomática corriente, que por elemental razón lógica precede a la especulación científica?

Visto el anterior raciocinio creemos superfluo insistir con otros argumentos en la réplica a la posición de Quintano Ripolles y a la de quienes, al igual que éste, se han manifestado contrarios a la existencia autónoma del delito de estafa.

Autores hay que al referirse a la estafa -- hablan de una diversidad de infracciones. El cubano Tejera alude a una "familia de delitos", y el argentino Bernaqui Jauregui proclama que es "toda una serie autónoma de figuras delictivas, una familia delictual de linaje propio, que puede holgadamente dividir

se en cuatro grandes subfamilias: económica, sexual, intelectual y moral". Son éstos ejemplos de desnaturalización jurídica, que no se justifican por más razones de orden técnico o de mero celo punitivo que se aduzcan en su favor.

Si pasamos una ligera revista a los estudios que sobre la estafa se han publicado, encontramos también la confusión de este ilícito con otras infracciones. Para no abundar en citas anotamos únicamente la identificación que Carmignani y Carrara hacen de la estafa y el estelionato, institución propia del derecho civil. Nos parece que hablar indiferentemente de una y otro es pecar de ligereza, aún cuando se diga que el estelionato es una de las especies de la estafa y que ésta se originó en aquél. De otra parte, legislaciones han habido y las hay -- que toman la estafa como delito de apropiación indebida, mal llamado entre nosotros abuso de confianza, como lo había el Código Toscano; y que la confunden con este último, tal ocurre con el artículo 169 del código ruso de 1926.

Imprecisiones de la naturaleza de las ya anotadas y de índole diversa, han influido quizá en el empeño de quienes niegan autonomía a la estafa. Sin embargo, el acervo de doctrina y la clarificación que ella ha operado en el conocimiento teórico y práctico, conducen a reconocer, sin asomo de duda, su institución jurídica independiente y con estructura específica. A lo largo del presente ensayo procuraremos establecer la verdad de este enunciado.

2.- NOMEN IURIS.- En los tiempos antiguos, cuando todavía no se había definido la necesaria pero no tajante-separación entre los derechos civil y penal, se conoció la estafa con el nombre de estelionato, vocablo de ascendencia latina, derivado de stelio -camaleón-, animal que por sus rasgos morfológicos y por la facilidad con que cambia de color según el medio en que se encuentre, sintetiza y representa de manera gráfica la actividad antisocial del estafador, lo mismo que la desarrollada por aquellos que consuman otra clase de fraudes. Esta denominación ha quedado en el derecho privado para determinar los fraudes que en los contratos civiles se cometen en perjuicio de alguna de las partes. Así, el código civil francés en su artículo 2059 lo establece como delito civil cuya sanción, antes de promulgarse la ley de 22 de julio de 1867, era pena de reclusión -la típica prisión -por deudas abolida en el derecho moderno-. También en el derecho punitivo existe una institución a la que es dable designar con el nombre de estelionato, y que no es más que una especie de la estafa, sancionada entre nosotros por el artículo 409 del C.P.

Después apareció el nombre de fraude, especialmente en Roma, para designar la mayor parte de los delitos contra la propiedad, incluyéndose en ellos la estafa. En la vieja legislación española se previó como engaño. En el código toscano estafa era lo que ahora se conoce como abuso de confianza o apropiación indebida, al paso que la estafa de nuestros días se bautizaba como fraude. Quizás el primer código que introdujo al lenguaje jurídico el tér

mino ESTAFA lo fuera el sardo de 1859, de donde pasó al italiano de 1890 y a las legislaciones posteriores.

Al tratar de las denominaciones que la estafa ha recibido en los distintos idiomas, el criminalista Diego Vicente Tejera, según noticia de Berna qui Jáureguy, manifiesta que no en todos los países se conoce con un vocablo que etimológicamente obedezca a un mismo criterio. "Es así como los portugueses la llaman burla, los ingleses *s w i n d l e*, *s t i r r u p*, *c h e a t*, *f r o d*, *d e c e i t*, *t r i c k*, siendo el tercero de estos vocablos usado por los norteamericanos, y el cuarto por estos y los países coloniales de Australia". En otras lenguas extranjeras se le conoce como *e s c r o q u e r i e*, *b e t r u g*, *t r u f f a*, *f a l s e p r e t e n c e*, etc.

El Diccionario de la Real Academia Española no trae la etimología del verbo estafar, limitándose a señalar su significado corriente, así: "pedir o sacar dineros o cosas de valor con artificios y engaños, y con ánimo de no pagar. Cometer alguna de las defraudaciones penadas con la calificación legal de estafa! Esta, a su vez, la define como la acción y efecto de estafar. En estas condiciones conviene remitir el estudio al italiano, lengua en la cual la expresión t r u f f a ha tropezado con la falta de unanimidad en lo tocante a su origen. Veamos lo que al respecto escribe Maggiore en la nota 162 del "VOLUMEN V DE LA PARTE ESPECIAL" de su "DERECHO PENAL": "La etimología del nombre de estafa en italiano, truffa, es incierta. Unos la hacen derivar del francés *truffe*, *tartufo*, o de *truffle*, que tiene el doble significado de trufa (hongo subterráneo comestible) y de burla; otros la hacen derivar del alemán *treffen*, golpear, coger, y por ende, jugar una mala pasada".

Como anota el traductor, la palabra italiana truffa corresponde a la española trufa que tiene las acepciones de mentira, engaño, bola o patraña.

Por lo observado se puede concluir que no hay un criterio cierto para establecer la verdadera etimología del vocablo estafa.

3.- CONCEPTO.- DIFICULTADES DE UNA DEFINICION

Dada la complejidad de los medios aptos para consumarla y el largo proceso de decantación doctrinaria, todavía no concluído plenamente, que ha experimentado, la estafa se presenta como una infracción difícil de definir. Si se consideran los diferentes modos que adoptan las legislaciones para tipificarla y el gran problema -apenas en vía de estudio, que nó de solución- de las relaciones de identidad y diferencia entre el ilícito civil y el ilícito penal, cuya insidencia en el derecho punitivo cobra especial importancia en el campo de las defraudaciones, los obstáculos que impiden la elaboración de un concepto definitivo asumen caracteres de mayor entidad y, por lo mismo, se hacen evasivos a todo intento de vencerlos. No obstante estas circunstancias y haciendo caso omiso de la máxima jurídica OMNIA JURE DEFINITIO PERICULOSA EST, algunos criminalistas -- han emitido definiciones propias, que han sido rebatidas por quienes sostienen la imposibilidad de encerrar en una fórmula el contenido amplio del reato que estudiamos. A título simplemente ilustrativo relacionamos en seguida algunas de las más conocidas.

Merkel la define: "estafa es la antijurídica-apropiación de un bien patrimonial ajeno, sin compensación y mediante engaño". Siendo la más conocida y calificada por muchos como la mejor, se ha criticado su am-

plitud, toda vez que de acuerdo con ella muchas conductas humanas, de ninguna repercusión en el campo punitivo, caerían bajo la acción de las normas que incriminan la estafa.

Giuseppe Maggiore dice: "El delito de estafa consiste en el hecho de quienes, al inducir a otro en error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno". Anotamos que este concepto está estrechamente vinculado con la redacción del artículo 640 del C.P. italiano.

Von Listz anota: "es el perjuicio patrimonial o "vermögensbeschädigung", ocasionado con intención de enriquecimiento, mediante la provocación de una ilusión engañosa y fraudulenta, o "arglistige táuschung". La misma crítica apuntada al concepto de Merkel cabe para la construcción de Von Listz.

Carrara la define como "la dolosa apropiación de una cosa de otro, que es recibida del propietario -- por una convención no traslativa de dominio y para un uso determinado". Parece referirse más a la estafa de uso y, más concretamente, al reato de apropiación indebida. Sin embargo provenir de tan autorizada fuente, tal concepto no consulta los principios generalmente aceptados sobre la estafa, quizá por haberse elaborado en una época en la que todavía subsistía sin solución gran parte de la problemática del delito en estudio.

Sebastián Soler conceptúa: "es la disposición patrimonial perjudicial tomada por un error determinado mediante ardidés tendientes a obtener un beneficio indebido". Peca notoriamente esta definición por dar el carácter de ilicitud al hecho del ofendido y no al del agente. La estafa no puede ser, no es la acción de la

víctima, su disposición patrimonial, sino la actividad que despliega el actor en orden a promover esa disposición. Quien delinque es el que crea el falso concepto en la mente de otro y no el que padece el error o el afectado por la operación criminal.

En cambio, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 3 de julio de 1908, dice: "Toda estafa supone, de modo necesario, un engaño determinante de un error, en cuya virtud el engañado efectúa un acto que, importando disminución de su patrimonio, se traduce en injusto provecho para quien provoca el error o para un tercero". Más adelante, en el No. 993, la define: "Consiste en la obtención de un provecho injusto mediante engaño". El primer enunciado satisface mejor las exigencias de una definición precisa y no adolece de la falla de generalización excesiva en que incurre el segundo.

González Roura, teorizante argentino, sostiene: "Es la ventaja patrimonial ilícita obtenida con perjuicio de tercero, mediante engaño, artificio, ardid, simulación, abuso de confianza o modo diferente". Nos limitamos a observar la vaguedad de esta construcción, ya que en aparte posterior nos referiremos más a fondo sobre los sistemas de reseñar los medios aptos para estafar, así en la doctrina como en las legislaciones.

En el Diccionario Jurídico de Juan D. Ramírez Gronda aparece esta fórmula: "Estafa.- Delito que consiste en obtener dinero u objetos de valor mediante engaños, ardid o falsa promesa". Defectuosa concepción por cuanto deja por fuera la inducción a error, elemento constitutivo de suma relevancia, como que actúa para diferenciar el delito definido de otros fraudes penales.

De los escasos autores colombianos ninguno ha intentado definir este delito. En efecto, en las obras consultadas de Luis Carlos Pérez, Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Gustavo Rendón Gaviria, Bernardo Botero Mejía y otros, no aparecen conceptos definitorios propios. En cambio, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 8 de junio de 1942, dio la siguiente noción: "Estafa es emplear medios de engaño o artificio para perjudicar a otro en sus bienes, obteniendo un provecho ilícito por el error que esos medios producen en el ofendido". Al respecto conviene observar que la expresión "para perjudicar a otro" no es suficiente en orden a explicar la exigencia de la realidad del perjuicio, tal como lo pide la ley. Es una frase ambigua que da margen a considerar la consumación del delito, lo mismo cuando el daño se ha infligido que cuando apenas se ha intentado. Por otro aspecto, la Corte no aclara la circunstancia de que no en todos los casos el paciente del error coincide con el paciente de la lesión. Es más: la construcción "por el error que esos medios producen en el ofendido", descarta la posibilidad, bastante frecuente, de que uno sea el inducido a error y otro el perjudicado o sujeto pasivo de la infracción.

Nosotros creemos que por la especial concepción del art. 408 del C.P., casi igual al 640 del italiano, la estafa puede definirse en la forma propuesta por Maggiore que en renglones anteriores transcribimos. Ella contempla todos los elementos requeridos por la norma positiva y ofrece una idea clara, en lo posible, de la infracción, no prestándose a confusiones ni a generalizaciones.

4.- ESTRUCTURA JURDICA DEL DELITO.- De acuerdo con la concepción moderna del derecho penal todo delito está estructurado por tres elementos esenciales, a saber: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en el lenguaje de algunos, o imputabilidad en la nomenclatura de otros. Tales elementos se desprenden de la noción -- del hecho delictuoso que los tratadistas, especialmente los alemanes, han puesto en circulación en la órbita jurídica, noción que adaptada a las normas del ~~derecho~~ código penal colombiano, se concreta en la fórmula del -- profesor Eduardo Alvarado Hurtado, cuyo tenor es el siguiente: "Delito es la acción típicamente antijurídica y psicofísicamente imputable". Un análisis de cada uno de estos elementos referidos a la estafa trataremos de hacer en los numerales inmediatos.

5.- TIPICIDAD.- Superadas las arbitrarias ideas dominantes en el derecho penal antiguo, encontró eco y aceptación universales, hasta el momento con la única excepción, que sepamos, de la nación Andorra, el sabio principio NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE. Dejó de facultarse sin límite alguno al juez para considerar la criminalidad de los actos humanos y se consagró la preexistencia de la ley para ver de sancionarlos. Per imperio de ella Este es el contenido y el significado de la tipicidad.- Por imperio de ella ninguna conducta del ser racional puede tomarse como criminosa si así no lo prevé el derecho positivo. Se deduce, entonces, que un hecho para reprimirse como delito -en nuestro caso como estafa- debe estar contenido en la disposición respectiva de la ley penal o, mejor, debe llenar los requisitos por ésta previstos.

Para efectos de nuestro estudio interesa expo

ner de qué manera la legislación comparada tipifica el delito de estafa.

Tres sistemas se han puesto en práctica para tipificarla. Uno genérico abstracto, otro limitativo, y un tercero de índole mixta.

El sistema genérico abstracto consiste en relacionar los elementos constitutivos del ilícito, sin señalar específicamente los medios idóneos para consumarlo. Se adopta una concepción general, prescindiendo de anunciar todos o algunos de los hechos que la configuran. Es a nuestro modo de ver el más científico, no obstante los ataques de que ha sido blanco de parte de varios tratadistas, Bernaque Jáuregui entre otros, y lo siguen las legislaciones de Italia, Alemania, Rusia, Suiza, México, Colombia, entre las que conocemos. Como ejemplo transcribimos las reglas pertinentes de los códigos italiano y colombiano:

Código Italiano.- Art. 640.- El que, induciendo en error a una persona por medio de artificios o engaños, obtenga para sí o para otros un provecho injusto con perjuicio ajeno, será castigado.....

Código Colombiano.- Art. 408.- El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión.....

El sistema limitativo o casuístico exhaustivo es consagrado por la ley francesa, cuyo artículo 405 limita los medios de engaño aptos para cometer estafa. Pese a la búsqueda de su texto nos fue imposible conseguirlo en versión castellana, la que seguramente muy pocos hayan intentado, por temor los más de que --

los giros del idioma original pierdan su valor, con lo cual peligraría el sentido de los términos, según expresión de algún tratadista. Respetando tan autorizado parecer y reconociendo nuestros escasos conocimientos del francés, pero no queriendo restar importancia a la institución gala, recogemos el citado artículo en su forma originaria:

Art. 405.- Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manoeuvres frauduleuses pour persuadir l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'esperence ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chiquérique, séra fait remettre ou délivrer des fondos, des meubles ou des obligations, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui puni d'un emprisonnement.....

Si nos atenemos a la explicación de Chaveau y Hélie, desarrollada por Bernaqui Jáuregui en su obra consultada, tenemos que la norma copiada limita los medios fraudulentos al uso de falsos nombres o de falsas calidades y al empleo de maniobras fraudulentas orientadas a convencer sobre la existencia de faltas en empresas, poder o crédito imaginario, y para hacer nacer la esperanza o el temor de un suceso, de un accidente o de todo evento quimérico. De lo cual se sigue que toda acción ilícita realizada saliéndose de los medios preindicados no puede inculparse como estafa. El sistema peca pues, por casuista y restringido, sin que la objeción se destruya con el argumento de que tiende a evitar los excesos judiciales a que daría lugar el establecimiento de la fórmula quimérica.

El sistema mixto, o casuístico enunciativo, o casuístico ejemplificador, es el más antiguo y en América tiene ascendiente directo en las leyes españolas de Las Partidas, el Fuero Real y el Fuero Juzgo. Consiste en enumerar algunos medios, los de general ocurrencia, terminando por penar cualquier ardid, engaño o artificio. Muestras señaladas de este método las dan los códigos de Argentina y Uruguay, el último, al parecer, ya reformado. Veamos las normas respectivas:

Código Argentino.-Art. 172.- Será reprimido con prisión de dos a seis años el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o apañando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

Código Uruguayo.- Art. 382.- El que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos título, influencia mentida, u otros manejos o artificios propios para engañar o sorprender la buena fe, indujere a alguno en error y se procurase de esa manera a sí mismo o a un tercero, un provecho indebido, con daño de otro.....

El sistema de estos códigos incurre en un error de técnica jurídica, en cuanto se presta a confusiones - fáciles de evitar con una noción abstracta genérica- obscureciendo el texto de su articulado, que debería ser claro y preciso atendiendo a una estructuración realmente científica. Los reparos de Irureta Goyena, ampliamente difundidos, nos parecen acertados. En verdad, no se explica el afán ecléctico en un instituto que ya ha superado en la doctrina gran parte de su problemática.

Como remate a este apartado apuntamos que el código colombiano se resiente en grado no despreciable

de las fallas anotadas a los sistemas casuístico o analíticos, que así también han sido llamados. Sacan verdadera la afirmación los textos de los artículos 409, 411 y otros que analizaremos en la segunda parte.

6.- DELITO-TIPO.- Basado en la letra del artículo 59 del código penal alemán, y concretamente en el término *tabes t a t* usado por dicha regla, Ernst von Beling desarrolló la teoría del delito-tipo, que acabó por dar vida estable a la doctrina técnico jurídica proclamada por algunos teorizantes teutónicos. La obra de los técnicos jurídicos, en síntesis, se encamina a dotar la noción de delito de un contenido eminentemente jurídico, con autonomía propia, independiente de otras ciencias, como necesario punto de partida de la sistemática del derecho penal moderno, como bien lo apunta Jorge Frías-Caballero. La teoría de Beling se orienta hacia la tipicidad, elemento que en su sentir encarna especialísima importancia y mayor trascendencia que la antijuricidad y la imputabilidad de la acción criminosa.

Considerando la extensión de su estudio y por ser tema ajeno a la índole de este trabajo un análisis más o menos completo de la doctrina, nos reducimos a ofrecer la noción de delito-tipo con palabras del mismo Beling, y a señalar, siguiendo a tal autor, cuál es el correspondiente a la estafa. Dice el alemán que toda figura delictiva tiene una faz externa u objetiva y una faz interna o subjetiva y que, además, consta de varios elementos, y agrega: "El delito-tipo es precisa y solamente el esquema común para los elementos del delito, un cuadro solamente "regulativo" para los elementos de la figura!" Con respecto al delito tipo de la estafa dice que es "el perjuicio patrimonial acarreado por una determinada inducción en error".

7.- ANTI JURIDICIDAD.- Es la antijuridicidad
dato el relevante para el delito otro elemento esen --
cial del delito. Una conducta es antijurídica
cuando está en contradicción con el 'orden jurídico del
Estado, al decir de Von Beling, quien afirma: "Una con-
ducta que no esté en contradicción con éste hállase fue-
ra de lo punible (aun cuando contradiga un ordenamiento
jurídico extraño, o las costumbres o la moral; y aun -
cuando -como en los "delitos putativos", "delitos imagi-
narios"- el que actúa considere erróneamente su acción-
antijurídica)". En concepto de Max Ernesto Mayer, que -
aceptamos como más acertado, antijurídico es aquella -
que va contra las normas de conducta existentes en una
sociedad determinada. Empero, para comprender e integrar
mejor la noción de antijuridicidad, conviene fijar la a-
tención en otro razonamiento de Beling: "No se deduce,-
sin embargo, del derecho penal mismo cuando y en qué me-
dida es antijurídico (ilícito, contrario al Derecho, no
permitido) el comportamiento humano; aquél solo estable-
ce que el castigo debe infligirse siempre y cuando el -
comportamiento descrito en la ley penal sea antijurídi-
co. La antijuridicidad de ese comportamiento dedúcese -
más bien de las restantes partes del Derecho, el Dere-
cho Civil, el Derecho Administrativo, etc. Estos son --
los que el delincuente "lesiona", los que quebranta, con-
tra los cuales obra. La afirmación corriente de que el
delincuente "lesiona" la ley penal, que la quebranta, -
que obra contra ella, es falsa.....; por el contra-
rio, el delincuente obra según lo presupone la ley pe-
nal y, de este modo, más bien la "realiza".

En los términos precedentes se deja explicada
la noción de antijuridicidad. Un estudio más amplio, a
la luz de todos los criterios ideados para fijar su con-
tenido y alcances, no es pertinente en un ensayo de la
naturaleza del nuestro, destinado al análisis de una te

ma propio de la parte especial del derecho penal. Pero dado el relevante papel que este elemento juega en el campo de la estafa -no sólo por su carácter de esencialidad, sino por centrarse en él el tan debatido problema de las relaciones de identidad y diferencia entre el ilícito civil y el ilícito penal- el apartado siguiente lo dedicaremos a este importante punto que creemos es cuestión propia de la antijuridicidad, dentro de cuyas fuentes es menester buscar la solución si se pretenden resultados ceñidos a principios rigurosamente científicos.

8.- ILICITO CIVIL E ILICITO PENAL.- Es corriente hablar de ilicitud penal y de ilicitud civil como si se tratara de dos institutos diferentes. La sola calificación de civil y penal ofrece ya un principio diferencial. Pero no ello no empuja a que continuamente se lance al terreno de la investigación el grave y sustancial interrogante:

La ilicitud de un hecho es una sola o, por el contrario, es de doble carácter: civil y penal?

En la tarea de absolver la gran pregunta surgen otros interrogantes de no menos importancia: si es una sola la ilicitud, de qué manera actúa en el derecho privado y en el derecho punitivo? Si, en cambio, existen dos clases, cuál es el criterio que las separa y distingue?, cómo se determina una y en qué forma se determina otra?

Diversas opiniones han surgido en el esfuerzo doctrinario por dilucidar la cuestión. Desde la negativa absoluta de la distinción hasta los más sutiles índices de separación, la teoría ha sido enriquecida por los ex-

positores, especialmente al partir de comienzos del presente siglo. Casi todos los estudiosos del derecho, civil y penal, se ocupan del tema en sus tratados generales, y no han faltado las producciones dedicadas exclusivamente a él. Como ejemplos citamos los trabajos de Federico Castejón Y Martínez de Arizala (Teoría de la Continuidad de los Derechos Penal y Civil), Admetlla (Límite entre el Derecho Civil y el Derecho Penal), Werner Goldschmidt (La Culpabilidad en el Derecho Civil y Penal), Espinar (Hacia una doctrina Unitaria de la Culpa Civil y Criminal) y del español Silva (Ilícitud Civil y Penal).- Siguiendo un método lógico, en los párrafos siguientes relacionamos algunas tesis de las expuestas hasta el momento, comenzando por aquellas que sostienen la identidad, luego las que predicán la diferencia y, por último, fijando nuestra posición frente a unas y otras.

I.- De los críticos que conocemos se han pronunciado por la negativa en la distinción Beling, Maggiore, Manzini, Soler, Impallomeni, Irureta Goyena, Planiol y, entre nosotros, Gutiérrez Anzola y Alvarado Hurtado.- También Carrara y Ferri sostuvieron igual tesis. De interés resulta copiar las palabras de tan distinguidos juristas.

Beling: "No existe separación fundamental entre el derecho criminal y el derecho civil". Parece que su negativa no es del todo absoluta, pues al servirse del vocablo fundamental deja margen para inquirir por una separación de menor trascendencia. Tal vez la sostenida por quienes den una razón de política social como límite entre los penal y civil.

Maggiore: "Entre fraude civil y fraude penal - como en general entre ilícito penal e ilícito civil...- no hay ninguna diferencia cualitativa; sólo existe una -

diferencia cuantitativa, en el sentido de que la ley penal sólo interviene para reprimir el fraude cuando éste se presenta con aquella intensidad especial que se traduce en el empleo de artificios y embustes idóneos". En otro aparte dice que el problema de la distinción no existe, que es un falso problema y por lo mismo sin solución posible. En el afán de dar soporte a su predicado llega a contradecirse. No hay problema, pero sí diferencia; por falta de problema no hay solución valedera, pero sí criterio cuantitativo como solución. Y lo que es más censurable, cae en el error de remitir la cuestión a la entidad de los artificios propios para consumir la estafa, posición restringida de la que nos ocuparemos más adelante.

Manzini.- "Ninguna doctrina, opinión o costumbre puede contraponerse a la voluntad de la ley.- Y mientras no se demuestre que una determinada norma jurídica considera, en algún caso, el hecho constitutivo esencialmente del delito de estafa, como un ilícito meramente civil, todos los argumentos que se aduzcan para apoyar la combatida distinción no pueden tener, de iure conditio, sino el carácter de vanas palabras". Pese a lo literal del argumento, acepta en el fondo una diferencia de orden legal. El ilícito civil pasa a ser penal si la norma penal así lo consagra. En caso contrario será civil únicamente.

Soler.- "Error pernicioso.....representa la teoría que habla de dolo civil y dolo penal, - terminología propicia al equívoco, porque con ese elemento psíquico de la estafa no se trata del dolo, - sino de estados y actuaciones psíquicas condicionantes para el dolo mismo; pero que pertenecen al lado práctico de la figura, en la cual integran un elemento, el ardid, el cual no se caracteriza solamente --

por hechos exteriores, sino por hechos cargados de malicia". Hemos traído en este aparte las palabras de Sebastián Soler porque, aunque no dicen relación directa con la ilicitud, sí explican la orientación de su autor, negativa en lo tocante a la separación. Sin embargo, el -- profesor argentino allega con su exposición un punto capital, contribuyendo a clarificar las dificultades del -- tema. En efecto, su acopio doctrinario representa un atisbo importante en el camino de la elucidación del problema, desde luego que hace ver la confusión en que se -- incurre de continuo al tratar indiferentemente de ilicitud y dolo. Sobre el particular ya tendremos oportunidad de referirnos más a espacio.

Marcel Planiol..- "Es al derecho civil, únicamente, que corresponde ocuparse del dolo y fijar los elementos de la obligación que él hace nacer. El dolo criminal no existe si por dolo criminal se quiere entender el dolo sancionado por una pena por sí mismo. El dolo no es delito sino cuando sirve para apoderarse del bien ajeno; y cuando el código penal hace sentir su rigor contra el autor de un dolo, es porque se ha apropiado de lo que no le pertenecía, como lo hubiese hecho un ladrón! Si -- hay apropiación de lo que no nos pertenece, hay ilicitud. Y tanto en lo civil como en lo penal el dolo es ilícito-- que, valga decirlo, tiene la equivalencia de lo no debido o no permitido moral ni legalmente, en otras palabras, de lo que carece de respaldo en derecho. Por otra parte, desconocer la institución del dolo penal es algo que, si sorprende y admira no logra convencer.

Gutiérrez Anzola..- "Aparentemente, hay notas -- bles diferencias entre el dolo civil y el dolo penal. Sin embargo, todo demuestra que las tales diferencias no existen y que, antes por el contrario, la noción civil sobre el dolo es igual o se confunde con la que da el Derecho-

Penal". La anterior argumentación es tomada de su obra "Delitos contra la Propiedad". De la misma entresacamos otro renglón: "Se presume como acción ilícita que origina sanciones de derecho público (penales) la que patentiza la existencia del dolo". Luego explica que serán meramente civiles los ilícitos que sean producto de actos civilmente celebrados en los que exista un vicio del consentimiento distinto del dolo, y que los afectados por éste caen en la esfera penal. En apoyo de su dicho cita lo dispuesto por el artículo 63 del C.C., regla que define el concepto civil del dolo. No se comprende cómo pueden conciliarse dos opiniones abiertamente encontradas. Primero sienta la identidad del dolo en sus aspectos privado y público, y después lo diversifica en el empeño de dictar una directriz para determinar el contenido de los ilícitos civil y penal. La división se presenta y no se presenta a la vez, cosa inaceptable y de suyo errónea.

El profesor de derecho penal de la Universidad de Nariño, doctor Eduardo Alvarado Hurtado, se manifiesta partidario de la identidad de los dos ilícitos, tal se comprueba con la lectura de su conferencia "Antijuricidad y Causas Extra-Penales de Justificación," que corre publicada en el No. 45 de "Anales" de la nombrada universidad. En el mentado ensayo se limita a fijar su posición pero no expone las razones que le asisten, probablemente por no ser éste punto especial de su disertación.

Carrara reduce la cuestión a la entidad o idoneidad de los engaños o artificios propios de la estafa, acogiendo a la teoría francesa de la mise en scène como criterio diferenciador. De otro lado proclama la bifurcación del dolo en lícito e ilícito, o dolo bueno y dolo malo, todo dentro del campo criminal. Pre

dicado peligroso y generador de un cúmulo de injusticias en el estadio de la represión penal. Por ahora apenas apuntamos que pretextando el dolo bueno infinidad de hechos criminosos escapan a la acción de los Tribunales.

Enrico Ferri acepta la integración de los dos ilícitos a través de su fecunda obra, especialmente en su "Sociología Criminal".

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de enero 16 de 1956 dijo: "Juridicamente no existe diferencia entre el dolo civil y el dolo penal: todo engaño es de la misma esencia y se confunde con el dolo penal, pues no se concibe un engaño que tenga capacidad para producir la nulidad de un contrato y la obligación de reparar los daños y perjuicios consiguientes, que no de lugar al mismo tiempo a la acción penal por el delito de estafa". Confunde la Corte la noción de ilicitud con el concepto de dolo, confusión si se quiere corriente que en el lenguaje jurídico, pero no por ello justificable.

II.- Siguiendo la clasificación de Alimena, citada por Federico Castejón Y Martínez de Arizala en su obra consultada, reuniremos en tres grupos a los autores que preconizan la existencia de un ilícito civil diferente del penal.

El primer grupo lo constituyen quienes hacen radicar la separación en la naturaleza del derecho violado. Se destacan, entre otros, Merkel para quien el delito viola inmediatamente la voluntad del Estado, y el ilícito civil inmediatamente la voluntad privada y de manera mediata la voluntad estatal; Binding y Brusa que hallan la diferencia en que el ilícito civil viola normas de derecho privado, y el delito normas de derecho público; Longhi y Ferrer Sama que niegan diversidad de natu -

raleza y afirman una diversidad de consecuencias, explicando que si el ordenamiento jurídico señala sanción penal hay delito, pero apenas ilícito civil si la pena señalada es de índole civil; y, por último, Henoch D. Aguiar, civilista argentino, para el cual la diferencia es de -- leyes: si la penal consagra un hecho como delito hay ilicitud criminal; en caso contrario sólo ilicitud civil.-- Los índices propuestos por los escritores precitados no tienen consistencia jurídica alguna. Además de crear los primeros el problema más grave de la determinación de lo que es voluntad privada y voluntad estatal, o derecho .. privado y derecho público, los últimos prácticamente no solucionan nada en la teoría, descargando a esta de un - trabajo que le compete primordialmente, para ponerlo sobre la espalda del juzgador.

Mittermayer, Garraud y Luis Carlos Pérez han - ideado sistemas que caen dentro del segundo grupo que atiende a la forma de la violación. Son palabras de Mittermayer: "Hay fraude punible cuando se ejerce presión o - coacción psíquica sobre las facultades discriminatorias de la víctima. Tal coacción existe en dos casos: primero cuando se emplean artificios capaces de engañar a un hombre prudente; segundo cuando se emplean falacias susceptibles de mistificar a un hombre también prudente. También hay estafa cuando, sin ser bastantes o suficientes las falacias por sí mismas, en razón de la credulidad o debilidad de la víctima". Garraud dice que para inculpar un hecho criminalmente debe estarse a los medios ordinarios de previsión y de defensa individual. Es decir, que cuando la víctima ha dispuesto de medios comunes de previsión del entuerto y ha podido por lo tanto defenderse a sí mismo, no se produce delito y en tal caso habrá lugar únicamente a sanciones civiles. Luis Carlos Pérez, refiriéndose concretamente a la estafa, conceptúa que se presenta el dolo civil sea que el error de la víctima se

haya producido con anterioridad al hecho del agente, o que haya nacido como consecuencia de la actividad de éste; pero para que se origine la estafa es menester siempre que el error sea la resultante de las manio -- bras desplegadas por el delincuente. Como se puede apreciar el factor "forma de la violación" lleva a la discusión a cada caso en concreto, es pues, casuístico, y no da una orientación clara, precisa y general que es lo que se busca.

Concediendo relevancia al ánimo de quien realiza la infracción se integra el tercer grupo. Chaveau y Hélie y Carlos Tejedor, autor del proyecto del primer código penal argentino, coinciden en la tesis de la intención. Para ellos si esta se dirige a la obtención de un provecho o lucro la infracción es simplemente civil; y penal cuando se encamina a irrogar un perjuicio. El criterio subjetivo así expuesto obscurece lo que trata de iluminar. Piénsese en las graves dificultades que surgirían cada y cuando se pretenda averiguar la intención precisa del agente de cualesquiera hechos y acabará por verse la inconveniencia y, mejor, la inutilidad de la teoría.

Se puede agregar un cuarto grupo y, aún, un quinto a la anterior clasificación. En el cuarto formarían Von Listz, Sauer y Grispigni para quienes la diferencia estriba en el mayor peligro del ilícito penal, y Puglia que la hace consistir en una circunstancia totalmente ajena y posterior al hecho mismo: cuando se repara el daño y se vuelve la cosa objeto del delito hay dolo civil; estafa en el evento opuesto. Vaga la construcción de Listz y compañía y desprovista de todo atisbo científico, por decir lo mejor, la de Puglia.

Zanardelli, Longo y Giuriatti alinearían en --

el quinto grupo. Proclaman ellos la existencia de distinción entre los ilícitos civil y penal, predicando, al mismo tiempo, la imposibilidad de concretar en una fórmula esa separación. Un sí es no es hábil para eludir el problema, sin que la tal habilidad alcance a ponerlos a cubierto de las merecidas críticas que han recibido.

Hemos reseñado, así sea suscitadamente, el acopio doctrinario de mayor interés producido en la investigación jurídica del ilícito civil y el ilícito penal, - con sus notas de relación y diferencia. Corresponde ahora fijar nuestra opinión expresamente, toda vez que de manera implícita ya dejó traslucirse en los apartes I y II - del presente numeral.

Necesario punto de partida nos parece el exacto planteamiento del tema debatido. En estas condiciones, lo primero que se nos ocurre es separar lo relativo a la ilicitud y lo concerniente al dolo, ya que identificar una y otro de manera general y absoluta nos parece erróneo, a la par que confuso y antitécnico. Así las cosas, surgen dos interrogantes por resolver. Son ellos:

1o.- Hay un solo tipo de ilicitud o, por el contrario, esta es diversa en los campos penal y civil?

2o.- Existe un dolo criminal y un dolo civil, o uno solo es el dolo dominante en ambas ramas del derecho?

1o.- Con relación a la primera pregunta contemos que jurídicamente hay un solo tipo de ilicitud, sin calificaciones intrínsecas divergentes. Dijimos ya que lo ilícito es lo no permitido legal ni moralmente, lo no debido, en otras palabras, lo que no tiene respaldo en derecho. Cuando la ley, sea penal o civil o de otra clase, pena una conducta determinada, es porque no permite

esa conducta, siendo por eso indebida o no debida, y tacitamente prohibida por la misma ley. Es, por tanto, ilícita a secas. Ahora bien, dado que las penas de una ley a otra difieren en calidad y cantidad y que una misma acción es susceptible de punición civil, penal, etc., a la vez, o simplemente de una clase de sanción, el problema deriva a la órbita legal, en la que el tipo de ilicitud sí admite distinciones o clasificaciones. En esta virtud hemos ideado una clasificación que lanzamos a la publicidad, venciendo los naturales temores que hacen nacer la inexperiencia, el anonimato y la falta de autoridad en un espíritu que apenas empieza su carrera de investigador.

Legalmente, se repite, clasificamos la ilicitud en dos tipos: uno simple y otro complejo. El tipo simple lo constituyen aquellos actos incriminados por una sola ley, penal, civil, etc. Un hecho puede ser sancionado únicamente por la ley civil, y será entonces ilícito simple. Ejemplo de este tipo es el hecho de quien obtiene por medios engañosos la cosa que le había sido sustraída: aquí la sanción civil es la única que opera. Pero también se dan casos en que la conducta es penada nada más que por la ley penal, determinándose así otro evento de ilicitud simple. Ejemplo de este fenómeno lo ofrece la tentativa de estafa; una persona vende a otra un bien ajeno como propio con plazo para la entrega del precio; en el lapso precedente al cumplimiento del término el comprador se da cuenta del error en que se le hizo incurrir y por tal razón no paga. Aquí no se realizó el daño y la estafa no se consumó, pero se castiga la tentativa, no obstante para hacerlo el que por falta de prjuicio no haya lugar a reparación civil.

El tipo complejo lo integran aquellas conductas que caen bajo la acción de normas penales y civiles a un mismo tiempo. Muestra de esta clase es la compraven

ta de bien gravado -hipoteca, servidumbre, etc.- como libre, que da lugar a la nulidad del contrato en lo civil y en lo penal al castigo por delito de estafa.

Nótese que no proclamamos un criterio diferencial en el campo de la doctrina jurídica, en la cual aceptamos y defendemos la unidad del ilícito. Ya dijimos, y lo repetimos nuevamente, que en la teoría la alternativa es única: o el hecho es ilícito o nó lo es. Teóricamente no existe separación entre lo penal y lo civil en punto de ilicitud. En cambio, vistas las cosas frente a la disposición de la ley sí se encuentra un índice separatista. El principio de política social expuesto por -- Ihering, Alimena, Röder, Van Hamel y otros. Coincidimos con los postulados de estos autores, y nuestro aporte no es más que un desarrollo de sus doctrinas en orden a precisar y ubicar de manera clara los conceptos.

Concluyendo, el problema se resuelve analizado por el aspecto legal, en la bifurcación del ilícito en los tipos de simple y complejo. Cabe agregar, además, que el legislador para establecer las sanciones penales o civiles o de las dos clases, debe atender a una razón de política social, razón cuyo contenido se identifica con la noción de antijuridicidad.

2o.- En lo que atañe al dolo sí propugnamos -- por una necesaria distinción. No es dable hablar indiferentemente del dolo y de la ilicitud. Si es correcta la igualdad en el terreno privado, en el punitivo no se justifica. Debe comprenderse que todo lo ilícito no es dolo, aunque todo lo doloso siempre sea ilícito. Uno es el dolo civil y con mayor acierto uno el papel que juega en el derecho privado, y otro bien diferente es el rol que desempeña el dolo en lo criminal. Es posible la producción del dolo penal sin que concurra el dolo civil. El --

caso de la tentativa de estafa es una muestra patente de ello.

En lo civil el dolo actúa como vicio del consentimiento cuando es principal, generando la nulidad de los actos o contratos; y no lo vicia, dando lugar a la mera reparación, cuando es incidental. Pero cualquiera que sea atribuye características de ilicitud al hecho.

En lo penal el dolo es una de las dos modalidades que la conducta puede revestir para ser tenida como ilícita. La otra es la culpa. Hay delito culposo y doloso. En cambio, en la esfera privada no existe ilicitud culposa. El dolo, si bien requiere una voluntad consciente y una representación de las consecuencias, no necesita en lo criminal del consentimiento de la víctima, como sí lo demanda en el campo civil. En materia penal el dolo es objeto de la imputabilidad y la ilicitud tema de la antijuridicidad.

Queda establecido en los anteriores términos el por qué abogamos por la diferenciación entre lo ilícito y lo doloso, como punto imprescindible de partida del empeño por solucionar la cuestión de los vínculos y diferencias de lo ilícito en derecho penal y en derecho civil.

9.- COMPENSACION DE ILICITOS.- En el estudio del elemento antijurídico de la estafa se presenta un debate que Maggiore denomina de la estafa en los negocios ilícitos y que, por sus desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales lo nombramos compensación de ilícitos o, también, conflicto aparente de tuteladas. Se trata de la discusión acerca de la punibilidad de la conducta estafante en aquellos eventos en que la víctima persigue, a su vez, un fin ilícito. En dos grandes corrientes se ubican quienes han tomado parte en la controversia. La primera encabezada por Carrara, Florián, Binding, Beling y

otros, favorece la exclusión de la estafa; la segunda formada por Impallomeni, Manzini, Sabatini y algunos más, acepta la incriminación delictuosa.

Como clásico ejemplo del caso en estudio se cita el de la meretriz defraudada en el precio del acceso carnal Carrara trae varios eventos parecidos y argumenta en apoyo de la exclusión de pena: "Castigar por fraude en estos casos, no sería prostituir la sanción penal? Castigar como fraude el engaño habido en un contrato ilícito, es crear un delito sin objeto jurídico, que es lo mismo que crear una monstruosidad científica. El que fue engañado, enajenó libre y espontáneamente un derecho patrimonial (enajenable) al permutar su dinero por la promesa de una unión carnal o de un asesinato; luego no puede quejarse de la pérdida de su propiedad pecuniaria; impútese a sí mismo el haber consentido en cambiar su legítimo derecho, por medio de dinero, por una esperanza que la ley no reconoce como delito". (Tomado de Maggiore, ob. y vol. cit., pág. 133). Según información de Maggiore el razonamiento de Carrara fue tildado por Manzini de "red de sutiles sofismas", expresión que suscribimos sin temor alguno.

Maggiore opina en forma parecida reconociendo, eso sí, que el argumento del p maestro de Pisa es ético y no jurídico. Hé aquí su pensamiento: "Cuando dos personas se ponen de acuerdo para violar el ordenamiento jurídico, este no puede amparar a ninguna de las dos, no ya porque "Dos delitos iguales se destruyen por mutua compensación" (paria delicta mutua compensatione tolluntur), sino porque el Estado protege al que observa el ordenamiento jurídico, no al que lo lesiona".

Por su parte Beling dice que no hay estafa en los negocios inmorales por parte de los dos contratantes.

En primer término cabe observar que los dos últimos autores plantean mal el problema, pues no se trata de un acuerdo previo de voluntades destinado a un solo fin delictuoso, sino de la ilicitud de las dos acciones en forma separada. Si se tratara de acuerdo para delinquir la situación sería totalmente diferente.

De aceptar las opiniones copiadas el daño, la monstruosidad que pretende evitarse asumiría características más gravosas dando origen a consecuencias funestas. No otra cosa representa el dejar de sancionar no ya un comportamiento sino dos conductas antisociales. Con qué razón valedera se castigaría el hecho del estafado -que también es constitutivo de infracción, o, al menos, de contravención- si para su victimario se proclama la impunidad? Porque es bueno aclarar que la situación de ofensor y ofendido son igualmente ilícitas, y, de consiguiente, condignas de penalidad; y que al punirse la del agente queda al descubierto la del perjudicado con la estafa que, por su índole antijurídica, también cae dentro de la acción represiva de la ley. Ninguna razón ética -Carrara, Beling- o de pretendida juridicidad -Maggiore-, excusa los absurdos principios de la exclusión. No discutimos a Carrara y a Beling lo antiético del proceder de quien a la postre resulta perjudicado, pero tal circunstancia no nos inclina a desconocer la conducta antisocial del que estafa; mucho menos, la justicia de la ley al caer sobre los dos sujetos. A Maggiore no criticamos que la actividad de la una parte lesiona el ordenamiento jurídico, pero sí dissentimos en cuanto sostiene la exclusión del delito cometido por la otra, delito que como lo observa el mismo profesor también lesiona el ordenamiento jurídico. Si las dos acciones lesionan el ordenamiento jurídico es apenas natural que recaiga sobre ambas el peso de la ley. Recuérdese que el derecho penal tutela los derechos de la sociedad por sobre los derechos individuales,

y que esa tutela ampara hasta al delincuente más refinado, cuando quiera que sus derechos sufran mengua. Sostener lo contrario equivale a desnaturalizar la función de la justicia represiva, encerrándola dentro de límites restringidos y dando pie a odiosos privilegios. No se protege a la sociedad ni al individuo ocultando las notas delictivas de un hecho, por más que se pretexe una aparente colisión de tutelas o una, esa sí monstruosa, compensación de ilícitos.

Con la solución positiva -sí hay estafa en los negocios ilícitos- el estado cumple a cabalidad su misión protectora. Sanciona al estafador y sanciona al estafado cuando los actos que ha desarrollado destinados al logro de un fin ilícito constituyen per se delitos o contravenciones de policía. Si el acto es inmoral, pero no ilegal, como entre nosotros el caso de la prostituta, no deviene pena a esta. Aquí se aprecia más nitidamente el error de Carrara y cuantos defienden sus tesis. No prohibiendo el ordenamiento jurídico la conducta de la víctima, la permite, pues no es posible que un hecho se prohíba y permita a la vez. Ahora bien; siendo permitida una acción no es jurídico desamparar a quien la realiza, por más sutilezas de moral que se esgriman. Lo contrario sería confundir la moral o la religión con el derecho y equivaler los actos antijurídicos con el pecado.

En casación de 16 de diciembre 1955 la Corte colombiana acoge puntos de vista similares a los expuestos. Dice: "La inmoralidad de la víctima no es causa de justificación de la conducta del delincuente, si lo hecho por éste reúne todos los requisitos de un delito. En este sentido, no hay compensación de dolos ni de culpa en la recíproca actividad de los sujetos de la acción criminosa". Acertada jurisprudencia que contribuye con un valioso argumento para desechar la teoría de Carrara y sus cori-

feos, la cual, ciertamente, implica la consagración de la inmoralidad de la víctima como causal de justificación, cuestión aberrante en grado mayúsculo.

10.- IMPUTABILIDAD PSICO-FISICA.- Un acto típico y antijurídico demanda una tercera nota o carácter esencial para convertirse en delictuoso: la imputabilidad psico-física. Concurriendo las tres exigencias la conducta humana adquiere entidad criminal, dando nacimiento en la vida del derecho al delito. En nuestro caso al delito de estafa.

Todo acto humano es el resultado de una doble actividad, física y psíquica. La primera integra la faz externa y la segunda la faz interna. Cuando el hecho es producto de la doble acción de una misma persona se dice que le es imputable psico-fisicamente. Pero no siempre los dos órdenes de actividades serán el reflejo de una sola autoría. Es posible encontrarlas separadas, originadas en distintos sujetos. Es el caso del autor material y del autor intelectual: el uno autor físico, el otro autor psíquico. En la estafa no es posible la una separada de la otra. La característica eminentemente intelectual del reato se opone al desdoblamiento. Lo que no implica negar la coparticipación delictuosa, que es algo bastante diferente.

De todos modos interesa fijar la noción de imputabilidad. Es la determinación cierta, precisa e inequívoca de un hecho dado a un sujeto determinado. Esto es, que ese determinado sujeto es autor cierto e inequívoco del hecho dado, que si es antijurídico y típico se torna en delito.

En la parte general del derecho penal se es-

tidia a espacio los aspectos psíquico y físico de la imputabilidad. Con relación al primero se analiza el dolo, la culpa, el papel que juegan la emoción, el sentimiento, la pasión, etc. En lo atinente a la fase externa se examina el desarrollo del delito a partir de la idea y hasta la consumación, cuestión conocida como iter criminis. Por la índole especial del presente trabajo en este punto sólo detendremos la atención en el dolo propio de la estafa. Otros asuntos de importancia, tales como las causas de inimputabilidad, la interrupción del iter criminis, las estudiaremos en la segunda parte, en la que se hará el examen práctico del delito de estafa, a la luz de las disposiciones de nuestra ley.

El dolo es la inclinación de la voluntad hacia un fin determinado sostienen Pessina, Carrara y otros - distinguidos penalistas. Para Max Ernesto Mayer la acción es dolosa no sólo cuando la representación de los resultados ha determinado al sujeto a obrar, sino también -- cuando esa representación no lo movió a cesar su acción-voluntaria. La voluntad opera preponderantemente en una teoría, y la representación en la otra. Sin embargo, se acepta como más científica la tesis que integra las dos y así se opina que hay dolo cuando el sujeto se representa las consecuencias del acto criminoso y de las circunstancias relevantes del mismo, e inclina al mismo tiempo su voluntad a la producción de esas consecuencias. El dolo, pues, contrasta con la culpa, en la cual no hay voluntad ni representación. Recuérdese que la culpa en su acepción jurídica más llana es la imprevisión de lo previsible. (Alvarado Hurtado-Conferencias de Sociología -- Criminal y Derecho Penal General.-pág. 121).-

Si se requiere voluntad y representación de -- las consecuencias dañosas para que el dolo se produzca, -- la estafa siempre será dolosa y en ningún caso culposa. -- En una de las cosas en que los teóricos y las legislacio

nes están enteramente de acuerdo es precisamente en ésta. La inducción a error y el propósito de obtener un provecho ilícito con daño ajeno, elementos constitutivos de la infracción aceptados unánimemente, excluyen toda posibilidad de estafa por culpa, desde luego que ellos integran el dolo. Un hecho que carezca de dolo jamás configura estafa, no obstante la condición o condiciones antijurídicas que se aleguen. Dará lugar a un delito diferente, si llena los presupuestos indispensables, pero en ninguna -- circunstancias generará estafa.

La doctrina clasifica el dolo en genérico y específico. Genérico es aquel que se refiere a toda clase de acciones intencionales o a toda un clase; específico es aquel que requiere de una finalidad especial en el agente, finalidad que especifica y determina el delito de manera precisa e inconfundible. (Alvarado Hurtado, ob.cit pág. 122). Aplicando la división al delito que nos ocupa Luis Carlos Pérez dice que el dolo genérico consiste en la inducción a error, y el específico en la obtención de un provecho ilícito. En cambio Maggiore alude sólo al dolo genérico afirmando que es "la conciencia y la voluntad de obtener para sí mismo o para otros un provecho injusto en perjuicio ajeno". Destaca, pues, como genérico el que Pérez indica como específico. Nuestra opinión se inclina en favor de la tesis de Maggiore. Lo general en el campo de las defraudaciones es el propósito de obtener o la obtención misma de un provecho ilícito, y lo especial la inducción en error como medio para la consecución del fin propuesto. La generalidad del perjuicio y la especialidad de la inducción nos parece se aprecian evidentemente a primera vista, razón que nos fuerza a desistir de mayores explicaciones.

do. Comunes son las infracciones que pueden cometerse por todas las personas, sin consideración de ninguna especie.

Delito simple.- Viola un solo derecho o bien jurídico. No es complejo jurídicamente, aunque si lo sea objetivamente dadas las múltiples formas en que puede presentarse. La estafa viola las relaciones jurídicas patrimoniales.

C A P I T U L O S E G U N D O

La estafa es una infracción que no sólo va contra el derecho de propiedad; en el capítulo siguiente nos detendremos con más amplitud en el examen de este punto. Pero adelantamos, en razón de su vinculación con la naturaleza jurídica,

NATURALEZA JURIDICA DE LA ESTAFA

Delito de estafa y sus principios doctrinarios, de acuerdo con lo que se expone en el libro "El delito de estafa y sus principios doctrinarios", de Fernando...

11.- NATURALEZA JURIDICA.- Fijando la atención en diversas circunstancias, los autores clasifican los delitos en varios apartados. Siguiendo las divisiones que proponen Ferri en su obra "Principios de Derecho Criminal" y Samuel Barrientos Restrepo en sus "Elementos de Derecho Penal", clasificamos la estafa de la siguiente manera.

La estafa es:

Delito doloso.- En el capítulo precedente expusimos las razones por las cuales no hay lugar a estafa culposa.

Delito común.- Ataca los derechos individuales; no atenta contra la organización estatal, en cuyo evento sería político.

Delito propio.- Por oposición a propio. Es propio el que unicamente es susceptible de cometerse por determinados individuos, v.g. el peculato.

do. Comunes son las infracciones que pueden consumar todas las personas, sin consideración de ninguna especie.

Delito simple.- Viola un solo derecho o bien jurídico. No es complejo jurídicamente, aunque sí lo sea objetivamente dadas las múltiples formas en que puede presentarse. La estafa viola las relaciones jurídicas patrimoniales activas. Valga apuntar desde ahora que es una infracción que no sólo va contra el derecho de propiedad; en el capítulo siguiente nos detendremos con más amplitud en el examen de este punto. Pero adelantamos, en razón de su vinculación con la naturaleza jurídica, que el distinguido criminalista argentino Carlos Alberto Bernaqui Jáuregui, en la página 60 de su libro "El delito de estafa y sus principios doctrinarios", da a entender que la estafa es un delito complejo. Tal se desprende de su alegato en pro de lo que llama autonomía de la estafa y de la clasificación que de ella hace en cuatro grandes grupos o subdivisiones así: "1o.- la estafa a los derechos moviliarios e inmobiliarios, o sea la estafa patrimonial o económica propiamente dicha, que se beneficia de cosas, bienes y toda suerte de lucros y provechos de inequívoca apreciación pecuniaria o crematística; 2o.- la estafa a los derechos literarios, artísticos y científicos, o sea la estafa intelectual, que por su índole sui generis requiere y merece ser legislada independientemente de la primera, en capítulo distinto o por lo menos en artículo aparte; 3o.- la estafa a los derechos eróticos, erogámicos y conyugales (todavía no amparados completa, orgánica ni científicamente por ningún código) o sea la estafa sexual o sexuológica, que también merece o requiere un texto autónomo; 4o.- la estafa a los derechos afectivos y cívicos, sobre cosas o bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, pero que tienen un valor personalísimo para el damnificado, o sea la estafa moral".

Delito c o n t i n u a d o .- En contraste con delito ú n i c o . No se agota en una sola acción sino que puede continuarse indefinidamente, surgiendo - el delito continuado, sobre el que se hará un estudio más a fondo en la segunda parte.

Delito m a t e r i a l .- Porque necesita de la producción del resultado dañoso, al paso que el f o r m a l surge aun cuando el resultado no se registre.

Delito de l e s i ó n .- En contraposición a delito de peligro, que produce daño efectivo. Lo dicho, de conformidad con la ley colombiana y algunas otras; en la legislación rusa la estafa es delito de peligro, consumándose con el solo ánimo de perjudicar, - claro está, si concurren los demás elementos. En efecto, el artículo 169 reza textualmente: "El abuso de con -- fianza o el engaño con el ánimo de obtener bienes o -- derechos patrimoniales u otras ventajas personales (es tafa) será sancionado con privación de la libertad...!"

Delito de d o b l e r e s u l t a d o .- También de acuerdo con el código nuestro es menester - la producción de dos resultados: 1o) la obtención efectiva del provecho ilícito, y 2o) la realidad del daño.

Delito i n d i v i d u a l .- Un sujeto por sí solo es capaz de consumir la estafa. No es necesaria la colaboración de otros. Lo que no impide que dos o más personas la cometan en estrecha cooperación, sin que por tal se torne c o l e c t i v o . Ejemplo de - este último es la asociación para delinquir sancionada por el art. 208 del estatuto vigente.

Delito de a c c i ó n .- Se delinque por acción u omisión. Por acción cuando se ejecuta un hecho-

incriminado por la ley penal. Por omisión cuando no se lleva a término un hecho. La estafa requiere despliegue de actividad, maniobras, engaños, etc. Por lo tanto es delito de acción.

Delito de h e c h o p e r m a n e n t e.— En razón de que deja huellas, lo que no ocurre con los delitos de hecho transitorio, como la bigamia.

Delito d e l i b e r a d o.— No es de ímpetu, toda vez que demanda preparación, previa deliberación.

Finalmente, la estafa puede ser ocasional o habitual, se estafa una sola vez o aisladamente, y también se estafa por hábito, por "oficio". En la sociedad capitalista, donde la gran masa está desposeída de bienes, ventajas y derechos, los estafadores habituales pululan. Pero no sólo aquellos que defraudan en pequeño que son hijos de la clase proletaria y a quienes sí se castiga con rigor. También, y en escala superior de valores y de hábito, ~~existen~~ innúmeros son los estafadores de las clases privilegiadas, que como otro de -- sus grandes privilegios están cubiertos por ese monstruoso manto de la impunidad. La gran industria, el -- gran comercio, los grandes dirigentes de la sociedad -- estafan a diario, pero como los códigos son obra de ellos mismos no se encuentra en ellos normas que penen su comportamiento ilícito.

nión con reacciones distinguidos penalistas. No es jurídico, manifiestan, que una persona con capacidad para ser sujeto pasivo del delito, carezca de capacidad para actuar activamente. Saludable principio cuyos pioneros según lo informa Cuervo Galán - Sierra en 1874 y Mestre en 1889-

C A P I T U L O T E R C E R O

=====

distinción, como van Meeke, Hecker y, en Colombia Samuel Barrientos Restrepo. Sus alegatos que tratan de ganarse en entredicho por estudiosos igualmente destacados, cobran fuerza y solidez a medida que la civilización avanza.

ELEMENTOS GENERALES DE LA ESTAFA

delictivos.

En apoyo de la imputabilidad a las personas -

Jurídicas
12.- ELEMENTOS GENERALES DE TODO DELITO.--Según la concepción de Enrico Ferri, vaciada en sus "Principios de Derecho Criminal", en todo acto delictuoso se presentan cuatro elementos, todos de carácter doble, a saber:

- a) Sujeto (activo y pasivo);
- b) Objeto (material y jurídico);
- c) Acción (física y psíquica); y
- d) Daño (público y privado).

Cuáles son esos elementos, de qué manera se producen, cuál su contenido y, en general, las notas -- que los caracterizan en el delito de estafa se tratará de exponer en los números procedentes.

13.- SUJETO ACTIVO.-- Con muy contadas excepciones, por cierto de mérito indiscutible, los doctrinantes y la jurisprudencia afirman que el sujeto activo de todo delito lo es la persona natural exclusivamente. Niegan capacidad delictiva a las personas morales o jurídicas aduciendo ratiocinios de variada índole. Contra esta opi

nión han reaccionado distinguidos penalistas. No es jurídico, manifiestan, que una persona con capacidad para ser sujeto pasivo del delito, carezca de capacidad para actuar activamente. Saludable principio cuyos pioneros--según lo informa Cuello Calón - Gierke en 1874 y Mestre en 1889- han encontrado eco en autores de calificada -- distinción, como Von Listz, Prins, Saldaña, Hacker y, en Colombia Samuel Barrientos Restrepo. Sus alegatos que tratan de ponerse en entredicho por estudiosos igualmente destacados, cobran fuerza y solidez a medida que la civilización adelanta y se multiplican con ella los medios delictivos.

En apoyo de la imputabilidad a las personas - jurídicas es dable traer los argumentos de quienes predicen que no es una ficción la personalidad moral, como lo sostuviera Savigny, sino una realidad dotada de todos los elementos propios de la persona. Si es una realidad jurídica, con capacidad plena para actuar en el - campo civil, mercantil, administrativo, etc., se puede preguntar con Mestre, cuál es el extraño sortilegio que sustrae sus abusos y sus delitos al derecho penal? "Se estafa, se roba, se cometen hurtos por personas jurídicas..... No habrá castigo posible para las personas jurídicas, para las grandes asociaciones, para los grandes truts, que delincan en esta o en aquella forma?," -- pregunta Barrientos Restrepo, y contesta paladinamente: debe existir la pena.

Sí. Debe acriminarse los actos ilícitos de -- las personas jurídicas. Ninguna razón contraria resiste los argumentos favorables que la vida diaria nos depara. Por moral, por juridicidad y hasta por simple conveniencia social es necesario extender a estas personas la -- acción de la justicia represiva. El pretexto de que no hay penas adecuadas para sancionarlas ha quedado sin vigor.

vigor. Mestre destruyó tan falsa especie, esgrimida nada menos que por Ferri, con estas claras y convincentes frases: "Ciertamente, la comunidad no podrá ser decapitada ni encarcelada, puesto que no tiene cuerpo, pero de que ciertas penas no tengan eficacia contra las personas morales, deberá deducirse que éstas no pueden ser nunca -- castigadas? El derecho penal no carece de penas que no pueden ser ejecutadas en ciertos individuos, como sucede especialmente con la multa impuesta al insolvente o la de trabajos forzados, que no puede alcanzar a los ancianos de sesenta años. Sería insensato deducir de esto que esas personas deben escapar a toda penalidad. Lo mismo -- ocurre con las personas morales. De que éstas no puedan ser decapitadas es insensato también deducir que no pueden ser castigadas. No se les aplicarán, indudablemente, más que las penas compatibles con su naturaleza.---Qué -- impedirá al Estado privar de la vida a esa agrupación, impedirle el ejercicio de ciertos derechos, disminuir su patrimonio con multas, como priva a los particulares, ya de la vida, ya del ejercicio de ciertos derechos o bien del patrimonio?". (Tomado de Barrientos Restrepo, ob.cit)

Ya hay un atisbo en las legislaciones en lo -- que se refiere a esta materia. Se sanciona a las agrupaciones sindicales con la cancelación de su personería -- jurídica y otras medidas drásticas, cada vez que desoyen los "mandamientos sagrados" de la ley laboral, prefabricada al amaño y capricho de patronos inescrupulosos. Y a quí se presenta la gran antinomia. Al débil, a la organización obrera -- organización de desposeídos proletarios -- se carga todo el peso de la ley. Pero a los grandes cartels, a los monstruosos trusts comerciales, industriales, etc., se ampara con esa misma ley y la infinidad de infracciones que consuman con frecuencia digna de mejor -- causa se dejan al margen de su imperio. El ordenamiento jurídico cojea gravemente en este sentido y mal puede --

llamarse justo con fallas de tanta entidad. Pero ni siquiera merece el nombre de "ordenamiento".

Con alguna extensión nos hemos referido a la cuestión del sujeto activo del delito, porque conmueve nuestro espíritu y riñe con los principios de nuestra formación ideológica, además de insidir sobremanera en la punición de la estafa, el esperpento contra el cual nos hemos pronunciado y contra el que todo ataque se -- justifica plenamente.

Concretando el tema al delito que revisamos, -- es forzoso convenir en que estafan igualmente los particulares que las asociaciones o personas jurídicas. La industria que produce efectos de baja calidad y los vende como de primera clase; el comerciante que hace fraude en las pesas y medidas; el gobierno que devalúa la moneda para favorecer a unos pocos privilegiados y perjudicar al gran público, estafan --y de qué manera!-- como lo haría cualquier ciudadano. Y lo hacen sin reato alguno, con cinismo desconcertante, reclamando títulos de benefactores, como sucede siempre que se defiende ese mentiroso proteccionismo de estado, ábrete césamo de -- los poderosos y origen de penuria extremada de los débiles.

En la legislación colombiana, y en casi todas las que siguen orientación de índole capitalista, se dedican unas cuantas normas que podrían aplicarse a las personas jurídicas. Son las que tipifican los delitos contra la economía nacional. Desgraciadamente se quedan como letra muerta, y el barniz habilidoso con que se -- las cubre les quita toda operancia práctica.

Terminamos este aparte, anotando que en la -- actual organización de la sociedad capitalista a las --

personas jurídicas se facilita más que a las naturales la consumación de estafas. Inducen a error y obtienen ilícitos provechos, con perjuicio ajeno, por medio de la prensa, de la radiodifusión, de estampas fotográficas, de ciertos concursos de belleza, que no son más que ardides para sustraer los dineros públicos de la destinación justa que debe dárseles, ora construyendo escuelas, hospitales, ya remunerando equitativamente a los servidores oficiales, o bien invirtiéndolos en empresas de auténtico servicio público. No puede oponerse exitosamente a este modo de pensar el sambenito del dolo bueno, invención encaminada a encubrir la ilicitud de las conductas de los privilegiados y que, de aceptarse sin reservas, equivaldría a prohiar el imperio de la fuerza sobre el derecho.

14.- SUJETO PASIVO.- Es indiferente la calidad de natural o jurídica en el sujeto pasible del delito de estafa. A este respecto no se presenta la controversia de que hablamos en el numeral anterior. Los derechos de los individuos son susceptibles de lesionar, lo mismo que los correspondientes a las personas jurídicas. De consiguiente, la víctima de la estafa también puede serlo una persona moral.

De interés teórico y práctico es la distinción entre sujeto pasivo del error y sujeto pasivo de la estafa. No siempre el que padece el error coincide con quien sufre el perjuicio. Cuando los dos concurren en una misma persona no es menester separarlos. En el evento contrario sí es de utilidad determinar cuál es el paciente del error y cuál el del daño como bien lo observa Maggiore; "al primero le compete técnicamente la calificación de paciente", correspondiendo al segundo la denominación de víctima. Con el mismo autor ano-

tamos que la distinción cobra importancia en el terreno procesal, particularmente para los efectos de constitución de parte civil, institución reservada unicamente a la víctima y en ningún caso al paciente. Este no actúa como parte en la relación jurídico-procesal y su situación bien podría equipararse a la de simple instrumento del delito.

Siguiendo a Manzini, Luis Carlos Pérez argumenta que el sujeto pasivo necesita reunir condiciones mentales con un mínimo de normalidad. Para él, "el loco, lo mismo que el niño sin discernimiento, el que padece de grave anomalía síquica (permanente o transitoria), debida a condiciones patológicas inherentes a su persona o a situaciones especiales, como las que provienen de la ingestión de alcohol o la de cualquier otra sustancia tóxica, no pueden ser sujetos pasivos del delito de estafa". La tesis de estos autores es falsa y, al menos en Pérez, inexplicable. Toda persona, sean cuales fueren sus condiciones mentales, es pasible de estafa. No hay excepción que valga. Otra cosa es exigir capacidad natural de entender y de querer en el paciente del error, como lo enseña Maggiore. Ya vimos la diferencia entre paciente del error y sujeto pasivo. Tal diferencia invalida el dicho de Manzini y de Pérez que sólo es verdadero si se predica de la persona que padece del error, pero en ningún caso si se refiere al que sufre el perjuicio. La situación de quien al mismo tiempo es paciente y víctima claro que cambia de especie. Pero aquí la circunstancia de ser ofendido quita toda importancia al hecho de padecer el error y, por ello, debe estudiarse como cuestión propia del elemento constitutivo "inducción en error" y no en lo concerniente al sujeto pasivo del delito.

Se ha discutido ampliamente en la doctrina y

en la jurisprudencia lo relativo a la determinación del sujeto pasivo. Hacen mayoría los autores que sostienen que el estafado debe ser persona determinada. De igual manera se alega que el paciente del error, en las ocasiones en que no se confunde con la víctima, tiene que ser individuo determinado. Entre nosotros sustenta la tesis Luis Carlos Pérez y la defiende el Tribunal Superior de Bogotá, según expresa el mismo jurista. Aludiendo al error Pérez dice que debe ser creado en persona determinada, ~~siempre~~ aunque ésta no sea la que se perjudica con la lesión en su patrimonio. Con respecto al perjuicio aduce, criticando a Maggiore que debe recaer sobre persona determinada.

El profesor de la Universidad de Palermo Giuseppe Maggiore se expresa en sentido opuesto. Son sus palabras: "Sujeto pasivo de la inducción a error es casi siempre una persona determinada, pero puede ser también una cantidad de personas indeterminadas, cuando -- los engaños obran in centam personam (sobre persona desconocida) (avisos en periódicos, distribuidores automáticos)". Nótese que la indeterminación la refiere al -- sujeto pasivo de la inducción en error, o sea, al paciente, y no al sujeto pasivo del daño como erradamente lo entiende Pérez.

Nuestro parecer se inclina en favor de la -- doctrina de la indeterminación del paciente. Convenimos con Maggiore en que éste no en todos los casos es determinado. Lo cual no impide que asintamos en el dicho de Pérez acerca de la individualización de la víctima. Este modo de pensar implica desacuerdo con lo que propone el Tribunal de Bogotá al proclamar que el nigromante -- que estafa prevalido del analfabetismo candoroso de sus víctimas, como el chofer de taxi público que estafa a -- provechándose de la buena fe de sus pasajeros, alterando

el funcionamiento de la caja registradora de tarifas, no caen bajo la sanción punitiva. De aceptarse este absurdo, como lo hace Pérez, un sinnúmero de estafas quedaría impune. Qué razón de orden científico se opone a la sanción de los "adivinos", "descubridores de entierros" y de aquellos que explotan en casos de sugestión colectiva, de errores multitudinarios, de creencias falsas comunes a muchos, para quienes Pérez y el Tribunal citado invocan la impunidad? Acaso el falso celo gramatical que esgrime el primero? De ninguna manera. El interés de la justicia no puede sacrificarse en aras de un mal entendido rigor gramatical.

También quedarían por fuera de la acción legal las estafas que se consuman por medios mecánicos, las que suman centenares de miles en el actual estado de desarrollo industrial y mercantil. Por otro aspecto no habría modo de sancionar la estafa que se comete cuando se enajena un bien en subasta realizada dentro de juicio, si ese bien es de las condiciones relacionadas en el art. 409 del estatuto penal.

Es preciso, pues, rechazar la exigencia de determinación en el paciente del error, por absurda y contraria a la justicia. El sujeto pasivo de la infracción sí requiere ser individualizado. Pero es oportuno consignar que de la indeterminación del uno no se sigue la indeterminación del otro. Sería insensato concluir de tal manera.

15.- OBJETO JURIDICO Y OBJETO MATERIAL.- Se ha dividido el objeto jurídico de los delitos en objeto jurídico genérico y objeto jurídico específico. Ferri ha dicho que el genérico es la norma penal impuesta por el Estado e infringida por el delincuente. Disentimos de su parecer porque no es cier

to que el delincuente infringe la ley penal. Von Beling dejó sin piso el dicho de Ferri y de todos aquellos que hablan de la violación de la ley penal. Dijo, con acierto incuestionable: "la afirmación corriente de que el delincuente "lesiona" la ley penal, que la quebranta, - que obra contra ella, es falsa.....; por el contrario, el delincuente obra según lo presupone la ley penal y, de este modo, más bien la "realiza". Lo que el delincuente quebranta es el ordenamiento jurídico. Así el objeto jurídico genérico será, pues, ese ordenamiento jurídico que se define, en palabras de Alcides Calandrelli, como "la formal armonía determinada en la comunidad de vida individual y social por las instituciones y leyes que salvaguardan la soberanía y conservación del Estado, limitando su poder y garantizando y delimitando el ejercicio de la actividad humana". (Tomado de "Hechos y Actos Jurídicos".-Henoch D. Aguiar.Tomo II,vol.1o) pág.21).

El objeto jurídico específico es el derecho subjetivo que se viola. Concretando su estudio a la estafa surge la dificultad de saber cuál es ese derecho subjetivo: si la propiedad como lo han dado a entender algunos códigos o las relaciones patrimoniales.

Varios códigos contemplan la estafa en un apartado señalado con el nombre de "delitos contra la propiedad". Entre ellos se cuentan el de Argentina y el de Colombia. En cambio otras legislaciones designan esos ilícitos como "Delitos contra el patrimonio", como sucede con la italiana. Los códigos de Perú, Paraguay y México se refieren a ellos como "Delitos contra las personas en su patrimonio". En el estatuto penal de Alemania aparecen bajo el título de "Delitos contra los derechos a las cosas y sobre las cosas". El bien jurídico tutelado es en unas partes la propiedad y en otras el patrimonio.

El título XVI de nuestro código se refiere a los delitos contra la propiedad y dedica el capítulo quinto a la estafa. La calificación no es acertada porque el bien jurídico protegido no es sólo la propiedad como lo hacen ver varios de sus exégetas. Tampoco es cierto que la protección se restringe a la propiedad individual. El pensamiento de Luis Carlos Pérez es convincente al respecto. Dice este autor que al hablarse de propiedad se limita la tutela jurídica incurriéndose con ello en un error. "No es acertada esta limitación, porque los delitos tipificados tanto tienen que ver con la propiedad o el patrimonio privado, como con la propiedad o el patrimonio nacional, con los derechos reconocidos a las personas naturales y jurídicas, como con los que pertenecen a los departamentos, a los municipios o a los establecimientos encargados de los servicios sociales. El que sustrae caudales pertenecientes a la administración oficial, no siendo funcionario público, afecta el interés político y responde según las normas comprendidas en el título XVI. Lo mismo sucede con el invasor de inmuebles (art. 424) o con el destructor de bienes (art. 426): estos pueden ser de dominio privado o de dominio común". De lo copiado se deduce que el bien tutelado no sólo es la propiedad individual. Pero tampoco exclusivamente la propiedad, así se tome ésta en sentido lato. Lo correcto es hablar de delitos contra el patrimonio activo, institución de más amplio contenido. Se dice patrimonio activo porque como lo ha hecho notar algún comentarista el patrimonio se integra de un pasivo y de un activo, y el ataque siempre afecta al activo y no al pasivo.

Gustavo Rendón Gaviria define el patrimonio como la universalidad de derechos susceptibles de evaluación económica. Nos parece más correcto el concepto de Beling que lo define como el conjunto de relaciones

jurídicas de alguien, en cuanto ellas representan un valor económico. La propiedad -dice el art. 669 del C.C.- es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra -- derecho ajeno. Defectuosa noción que riñe en concepto nuestro con lo dispuesto en el artículo 30 de la C.N. Comparando el contenido del patrimonio con el de la propiedad, se comprende mejor la crítica al rubro del título XVI.

La estafa ataca las relaciones jurídico-patrimoniales activas, es decir aquellas susceptibles de evaluación crematística. De aquí que no aceptemos la clasificación que propone Bernaqui Jáuregui y que en capítulo anterior enunciamos. De las cuatro categorías o clases de estafa que reseña constituyen propiamente tal las que llama patrimonial e intelectual. Las restantes, o sean la sexual y la moral, no son delitos contra el patrimonio y -- mal pueden llamarse estafas. Serán estupro o cualesquiera otros delitos, pero, repetimos, en ningún caso estafa.

La doctrina clasifica los delitos contra el patrimonio en delitos de expropiación y delitos de destrucción o menoscabo. La estafa es de los primeros porque con ella se opera un traslado de bienes o de relaciones jurídico-patrimoniales de un sujeto a otro.

Observando la división que trae el código italiano en delitos contra el patrimonio mediante violencia a -- las personas o a las cosas y delitos mediante fraude, corresponde a esta última categoría, desde luego que requiere engaños, ardidés o maquinaciones fraudulentas. A este mismo respecto el código alemán clasifica los delitos contra el patrimonio en cuatro grupos, a saber: 1o. delitos contra los derechos reales y la posesión; 2o. delitos contra los derechos de apropiación; 3o. delitos en las relaciones creditorias, y cuarto, delitos contra los derechos patrimoniales de toda clase. La estafa aparece en el cuar-

to grupo.

Con relación al objeto material de la estafa diremos que es la cosa o el bien sobre el cual recae el derecho patrimonial o la relación jurídica patrimonial afectada por la infracción.

16.- ACCION FISICA Y ACCION PSIQUICA.-La acción física en el delito de estafa está constituida por la actividad que despliega el agente en orden a inducir en error, es decir, por los engaños o artificios de que se sirve. vistos objetivamente. Es el cuerpo de tales ardides, las palabras de que se vale, la exhibición de papeles, documentos, etc. En general, todos los hechos que ejecuta destinados a la consumación del ilícito. La acción física es el iter criminis a partir de los actos preparatorios y hasta los consumativos.

La acción psíquica la caracteriza el dolo. La voluntad y la representación de las consecuencias, de los resultados dañosos de su acto, configuran esa acción psíquica cuyo desarrollo tiene como punto de partida la idea criminal, pasa por la resolución, en algunos casos por la manifestación de la idea, y va en todas las actividades físicas.

Analizaremos con más detenimiento lo relativo a la acción de la estafa en la segunda parte del trabajo, especialmente cuando estudiemos la consumación del delito y las figuras del delito imperfecto.

17.- DAÑO PUBLICO Y DAÑO PRIVADO.- El daño público de la estafa se traduce, como en todos los delitos, en el traumatismo que sufre la sociedad como consecuencia de su consumación. El respeto al patrimonio ajeno es una de

las normas de cultura imperantes en la mayoría de los medios civilizados y el desconocerlo produce una especie de lesión en el seno de la sociedad o lo que es lo mismo un daño político. La sociedad se resiente con la estafa no sólo porque ella ataca el patrimonio ajeno sino por la manera cómo se lleva a término. Por la audacia y las artimañas de que se sirve el delincuente. Con razón se ha dicho que es la estafa un producto de la evolución social, del progreso, de la civilización. El carácter de ser un delito intelectual hace que el daño público aumente, toda vez que quien lo comete generalmente posee un grado apreciable de inteligencia y es persona con alguna educación. Inteligencia y educación se pone al servicio de sus instintos delictuosos.

Es importante señalar que el daño público es -- más grave en aquellas sociedad en donde, como en la nuestra, se tiene un concepto sagrado de la propiedad y de los derechos similares. La organización feudalista que reina entre nosotros hace que el daño público aumente de grado, aunque sea aparentemente, lo cual no sucede en donde no es tan acentuado ese criterio sacrosanto. En Colombia el solo anuncio de una reforma agraria -- que se sabe va a ser obra de los presuntos afectados con ella, reaccionaria y de indudable sabor paternalista -- es motivo suficiente para despertar posiciones enconadas y alaridos propios de gentes salvajes, desprovistas de toda sensibilidad social. Es claro que si una medida como la reforma agraria origina, aún antes de decretarse, traumatismos y trastornos, la estafa debe afectar en mayor proporción, por su misma índole delictiva, esa organización caduca, saturada de aberrantes prejuicios y asentada sobre cimientos faltos de justicia y huérfanos de equidad.

Por la especial conformación económica de la -- organización social, el daño público no es tan público co

mo se quisiera. En los estratos sociales inferiores, en donde forma la gran masa desposeída, urgida de múltiples nécesidades y de contínuo injuriada por la voyante posición de unos pocos, no se presenta el traumatismo cuando la infracción lesiona los derechos de estos. No es osado afirmar que en tales casos surge una especie de solida - ridad con el delincuente y una cierta satisfacción por - el daño inferido.

El daño privado se traduce en el perjuicio eco - nómico que el acto del estafador ocasiona al patrimonio - del sujeto pasivo. Ese daño debe ser efectivo de acuerdo con el artículo 408 del C.P. Ya vimos que en Colombia la estafa es un delito de lesión y no de peligro, un delito material y no formal. Hay que agregar en este punto que el daño privado siempre debe ser económico. Si es de o - tra condición no habrá estafa. Y si no se produce, con - curriendo los demás elementos consitutivos de la infrac - ción, se dará el caso de un delito imperfecto, pues la consumación requiere el doble resultado del provecho i - lícito y del daño.

Puede ocurrir que, no obstante producirse el - daño privado, la acción deje de ocasionar daño público. - Son los casos en que la estafa se comete por imperativos de necesidad. El estado de necesidad evita el daño públi - co y hace desaparecer la ilicitud del hecho. En capítulo posterior se examinará lo concerniente a este fenómeno - siguiendo lo establecido por el artículo 25 del código, - lo mismo que lo normado por los arts. 430 y 431 ibidem.

oooooooooooo)O(oooooooooooo

SECCION PRIMERA

SEGUNDA PARTE

ANEXOS LEGISLATIVOS Y TIPO GENERAL

ESTUDIO PRACTICO LEGAL

15.- LA ESTAFIA EN LOS CODIGOS ANTERIORES.-

-----000-----

En los códigos de 1851 y de 1890 se adoptó el sistema canónico enunciativo para tipificar la estafia. Sólo en 1936 se prescindió de él y se acogió el genérico abstracto con la fórmula del art. 408, lo que no impidió incurrir en el error de consignar algunas figuras especiales que corresponden a sucesos determinados como. Para ilustrar este punto de nuestro estudio copiamos las normas relativas a la estafia en los códigos de los años citados. Dicho así:

Código de 1851.- Art. 615.- Quemato estafa el que adquiere dineros, efectos o escrituras por medio de algún artificio, engaño, supercheria u otro embuste, que nuere a las personas de quienes se obtiene, a sus herederos.

Código de 1890.- Art. 820.- Al que con artificio, engaño, supercheria, prácticas supersticiosas u

otro embuste semejante, hubiere estafado a otro dineros, efectos o escrituras, o le hubiere perjudicado en otra manera en sus bienes.....

Es interesante resaltar que en otra serie de artículos siguientes se acriminaban hechos especiales -- constitutivos de estafa.

SECCION PRIMERA

La reforma de 1936 se basó en lo atinente a la estafa en el artículo 431 del código italiano de 1890, --

que a la vez ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y TIPO GENERICO apto para sorprender la buena fe, e induciendo a alguno en error, se procura a sí mismo o a otro un injusto provecho, con daño de otro.

CAPITULO PRIMERO.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS
=====

18.- LA ESTAFA EN LOS CODIGOS ANTERIORES..- En los estatutos de 1883 y de 1890 se adoptó el sistema casuístico enunciativo para tipificar la estafa. Sólo en 1936 se prescindía de él y se acogió el genérico abstracto con la fórmula del art. 408, lo que no impidió incurrir en el error de consagrar algunas figuras especiales que constribuyen a oscurecer determinados temas. Para ilustrar este punto de nuestro estudio copiamos las normas relativas a la estafa en los códigos de los años citados. Dicen así:

Código de 1883.- Art. 615.- Comete estafa el que adquiere dineros, efectos o escrituras por medio de algún artificio, engaño, superchería u otro embuste, -- que mueve a las personas de quienes se obtiene, a entregarlas.

Código de 1890.- Art. 820.- Al que con artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa u

otro embuste semejante, hubiere estafado a otro dineros, efectos o escrituras, o le hubiere perjudicado en otra -- manera en sus bienes.....

Es interesante resaltar que en otra serie de -- artículos siguientes se acriminaban hechos especiales -- constitutivos de estafa.

La reforma de 1936 se basó en lo atinante a la estafa en el artículo 431 del código italiano de 1890, -- que a la letra dice: "El que con artificio o engaño apto para sorprender la buena fe, a induciendo a alguno en error, se procura a sí mismo o a otro un injusto provecho, con daño de tercero....." Esta redacción fue reformada por el art. 640 del estatuto vigente, norma que insertamos en capítulo anterior.

En la comisión redactora se propuso primitivamente la siguiente fórmula: "Al que por medio de artificios o engaños, o induciendo a otro en error se procure para sí o para otro un provecho ilícito con perjuicio -- del engañado o de un tercero....." Criticando la amplitud de la redacción en cuanto se tipificaba como delito -- la simple inducción en error, sin que mediara engaños o artificios, el doctor Carlos Lozano y Lozano propuso una descripción sustitutiva que se aprobó y es la misma que aparece en el artículo 408, con la sola diferencia en la sanción que era de presidio en proporción de seis meses a siete años, y que quedó en la ley en prisión de uno a siete años.

Lozano y Lozano también criticó por redundante la frase que hemos subrayado, alegando que "basta que se procure un provecho la gente, ya sea directamente, ya -- sea para otra persona!" circunstancia no necesaria de especificar para no caer en repeticiones inútiles. La ra -

zón invocada por tan distinguido penalista no nos convence y, por el contrario, creemos que la locución "se procure para sí o para otro un provecho ilícito con perjuicio del engañado o de un tercero" es más clara que la expresión con la cual fue sustituida: (el que) "obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro". Tal como quedó la letra del artículo, es discutible el que el provecho pueda ser para el agente o para un tercero. Haciendo a un lado el celo gramatical que se esgrimió habría sido -- preferible aceptar la primera fórmula que sí prevé de manera expresa los dos casos.

19.- TIPO GENERICO Y TIPOS ESPECIALES.-- Todo el capítulo

lo 5o. del Título XVI está destinado por el código a regular la estafa. El art. 408 tipifica lo que llamamos el tipo genérico; el 409 establece un tipo especial, el estelionato; el 410 regla lo relativo a la agravación de la pena, y finalmente el 411 consagra otro tipo especial, el abuso de necesidades o de otras circunstancias.-- La letra de las disposiciones citadas es e del tenor siguiente.

Art. 408.- El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión de uno a siete años y multa de diez a dos mil pesos.

Art. 409.- El que enajene como propia una cosa, a sabiendas de que es ajena, o como libre sabiendo que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada, incurrirá en arresto de un mes a dos años y en multa de cinco a mil pesos.

Art. 410.- La pena establecida en el artículo 408 se aumentará hasta en otro tanto si la cuantía de lo

estafado fuere superior a diez mil pesos, o siendo inferior, ha ocasionado a la víctima graves dificultades para atender a su subsistencia.

Art. 411.- El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, y abusando de las necesidades, de las pasiones, del estado de enfermedad o - deficiencia psíquica de una persona, o de su inexperien- cia, la induzca a realizar un acto capaz de producir e - efectos jurídicos que la perjudiquen, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años y en multa de dos a mil pe- sos.

Si se realizare el perjuicio, la pena será de uno a siete años de prisión.

Además de las reglas copiadas, en el código pe- nal aparecen otras disposiciones que tienen harta simili- tud con el delito de estafa. Son los artículo 283 y 284, incluídos dentro del título de delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio; el 240 integrante del título de delitos contra la fe público, y el 417 co- locado en el capítulo que regula los delitos de abuso de confianza y otras defraudaciones.

Dentro del estudio de la estafa es conveniente estudiar lo relativo al delito de giro en descubierto,-- por la sencilla razón de que es muy corriente la estafa- por medio de cheques en descubierto o "chimbos", y en -- consideración a las dificultades de que la legislación - protectora del cheque ofrece para su aplicación, ya en relación con la estafa propiamente tal, ya en lo referen- te a la consumación del tipo autónomo de giro en descu- bierto, o bien en cuanto a la configuración del estado - de especial peligrosidad que al respecto contempla el de- creto 0014 de 1955.

Los reglamentos legales sobre el giro en descubierto dicen textualmente:

Ley 8a. de 1925, art. 3o.- Cuando la emisión de un cheque sin previa provisión de fondos, o sin autorización del girado, no constituya estafa se castigará con la pena de dos a seis meses de arresto.

En este caso si el interesado o el acusador particular, si lo hubiere, desisten, cesará todo procedimiento, aunque éste se haya iniciado de oficio.

Decreto 1858 de 1951, art. 2o.- Cuando la emisión de cheques sin previa provisión de fondos o sin autorización del girado, no constituye estafa, se sancionará con la pena de seis meses a un año de prisión.

Decreto 0014 de 1955, art. 7o.- Se consideran en estado de especial peligrosidad:

27) Quien dos o más veces girare, o entregare a otros como girados por él, cheques que el banco respectivo no pague por una de las siguientes causas: a) no corresponder la chequera a una cuenta corriente del banco o corresponder a cuenta cancelada; b) ser distinto el nombre que aparece en el cheque como girador, del que figura registrado en el Banco; c) no tener provisión suficiente de fondos.

Parágrafo.- A partir del 1o. de abril de 1955, todo cheque será pagadero el día de su presentación, cualquiera que sea la fecha en él indicada como día de su emisión o aunque carezca de fecha. Se tendrá por no escrita cualquiera estipulación o mención en contrario.

En los capítulos siguientes se realizará el estudio detenido de cada una de las disposiciones legales citadas.

provecho, sea este moral o material.

d) Que el provecho conseguido por el actor ha-
ya perjudicado efectivamente a otro en su patrimonio. Es-
te es el

C A P I T U L O S E G U N D O

ción contra la propiedad; sin atentar contra el patrimo-
nio no existe delito; pero, en este caso, el ataque debe
ser plenamente TIPO GENERICO DE LA ESTAFA completo.

A esta reseña de los elementos constitutivos -
de la estafa

20.- CONCEPCION LEGAL.- Dijimos ya que el art.
408 establece el tipo
genérico de la estafa adoptando el sistema general y -
abstracto de tipificación. Para una mejor ~~tra~~ compren-
sión transcribimos de nuevo su contenido. Dice:

"El que induciendo a una persona en error por
medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de tercero, incurrirá en prisión de uno a siete años y en multa de diez a dos mil pesos".

Los comentaristas al hacer la exégesis de la
norma fijan los elementos que de ella se desprenden. Así, Luis Carlos Pérez los enuncia en número de cuatro, a saber:

a) El empleo de artificios o engaños (aspecto objetivo cualquiera que fuese el ardid o la maniobra de que se vale el ~~su~~ infractor).

b) Que tales engaños o artificios hayan creado o determinado el error en una persona (dolo genérico)

c) Que por medio de esos artificios o engaños el agente haya obtenido un provecho ilícito (dolo específico.). Debe haber, pues, un vínculo directo de causalidad entre la maniobra o el ardid y la obtención del

provecho, sea este moral o material.

d) Que el provecho conseguido por el actor haya perjudicado efectivamente a otro en su patrimonio. Este es el elemento que relaciona la estafa con los delitos contra la propiedad; sin atentar contra el patrimonio no existe delito; pero, en este caso, el ataque debe ser plenamente realizado, objetivamente completo.

A esta reseña de los elementos constitutivos de la estafa anotamos que resta importancia a la relación de causalidad, toda vez que la incluye en el provecho ilícito. Además, la relación de causalidad en la estafa es de carácter doble, como lo comprobaremos cuando realicemos el estudio de cada uno de los elementos en particular. También conviene recordar que el dolo genérico no es el despliegue de engaños o artificios en orden a producir el error en la mente de otro, sino la obtención del provecho ilícito. Lo primero constituye el llamado dolo específico.

Según el doctor Bernardo Botero Mejía, magistrado del Tribunal Superior de Medellín, también son cuatro los elementos, los que relaciona de la siguiente manera:

1o.- Despliegue de artificios o de engaños para inducir en error a una persona.

2o.- Obtención de un provecho ilícito.

3o.- Provecho ilícito con perjuicio de otro.

4o.- Dolo.

Cabe observar de una vez que Botero Mejía, al valerse de la expresión "despliegue de artificios o de -

engaños" acepta implícitamente la teoría de la mise en scène como cuestión indispensable para la producción de esos artificios o engaños. Por otro aspecto se advierte que en un solo elemento refunde los ardidés con la inducción en error.

Finalmente, Gutiérrez Anzola apunta tres elementos:

1o.- Empleo de maniobras fraudulentas o engañosas.

2o.- Obtención de un provecho ilícito como consecuencia de esas maniobras.

3o.- Relación de causalidad entre el empleo de las maniobras y la entrega de la cosa objeto del delito.

En el primer elemento estudia lo concerniente a la inducción en error y a la idoneidad de los medios-artificiosos, idoneidad que la niega.

En nuestro criterio, del análisis del artículo 408, se deducen cinco elementos, a saber:

1o.- Artificios o engaños.

2o.- Inducción en error.

3o.- Provecho ilícito.

4o.- Perjuicio ajeno

5o.- Doble relación de causalidad.

Con referencia a la relación de causalidad -- sostenemos que es doble porque actúa en dos situaciones: relación de causalidad entre las maniobras engañosas y el error padecido por la víctima o por otra persona, y --

relación de causalidad entre el error y la disposición patrimonial realizada por quien se perjudica o por quien padece el error. Entramos a examinar separadamente los elementos que hemos anotado.

21.-PRIMER ELEMENTO.- ARTIFICIOS O ENGAÑOS.

Sea lo primero señalar que los artificios o engaños asumen en la estafa relevancia de elemento constitutivo, al paso que en otras infracciones actúan como circunstancias de mayor peligrosidad que "agravan la responsabilidad del agente, tal se desprende del numeral 8o. del art. 37 del C.P. De lo dicho se sigue que no hay lugar a imponer pena más grave, dentro del mínimo y el máximo legales, alegando la comisión de la estafa por medio de artificios, circunstancia constitutiva de infracción y en ningún caso, de estafa se entiende, reveladora de mayor peligrosidad y como tal modificadora de la sanción.

En qué consisten los engaños y en qué los artificios? Existe alguna nota diferencial entre unos y otros?

La palabra artificio no tiene en derecho penal el significado que se le da en las ocurrencias cotidianas como equivalente de "doblez", "cautela", "hipocresía", pues estos son estados psicológicos que pueden no determinar una especial conducta antijurídica, ha dicho Luis Carlos Pérez con evidente acierto. Gustavo Rendón Gaviria afirma que el medio engañoso presupone siempre una situación falsa que el agente logra crear con apariencias de verdad, para facilitar o determinar en esta forma la aceptación voluntaria de la víctima para la ejecución de un acto que de haberse apreciado en sus verdaderas condiciones no se hubiera realizado. Manzini refiriéndose al artificio dice que es toda astuta simulación o disimulación apta para engañar, de modo tal que el engaño sea generado

de la percepción inmediata de una falsa apariencia material ~~pse~~ positiva o negativa. Es preciso observar que -- Manzini diferencia el engaño del artificio. El engaño lo toma como error, así se deduce de sus palabras, y el artificio como las maquinaciones fraudulentas.

Maggiore establece una diferencia importante-- entre engaño y artificio. Al artificio le concede calidad de género y al engaño de especie. Engaño -dice- (sinónimo de ardid, enredo, trampa, treta, artimaña) es un artifi-- cio acompañado de maquinación dolosa, para inducir a e -- rror de manera más fácil. Y agrega: precisamente se diferencia del artificio por la característica de ser siempre positivo, o sea, por consistir en una acción. Más concretamente afirma que, en general, el artificio consiste en palabras y actos, que puede ser explícito e implícito, que puede traducirse en acciones y omisiones. En otro aparte define el artificio como toda estudiada y astuta transfiguración de la verdad. Con relación a lo último se ha suscitado en la doctrina una muy interesante controversia, la que pasamos a ver.

22.- ENTIDAD DE LOS ENGAÑOS O ARTIFICIOS.- Con-

: tra las tesis de Maggiore no han escaseado las críticas. Particularmente se le anota que los artificios o los engaños propios de la estafa no pueden consistir en omisiones, lo cual equivaldría a aceptar la simple mentira y el silencio como generadores de la infracción. Su -- definición de artificio como toda estudiada y astuta transfiguración de la verdad, peca por exceso, pues lleva a re-- conocer que lo mismo puede ser explícito que implícito, - desfigurando en tal sentido la calidad específica del ardid como l elemento constituto de la estafa, el cual re-- quiere ser producto de la actividad del agente y no simplemente de su falta de acción o de su silencio. Sobre --

esta materia es forzoso aclarar que el error a que se induce requiere ser consecuencia directa de la actividad -- engañosa, y por lo tanto, posterior a estos; en ningún caso anterior. Si se concediera relevancia al silencio el error sería anterior.

Para explicar el alcance de lo que entiende por artificio implícito, Maggiore pone el ejemplo del sujeto que en un hotel, restaurante, bar, etc. se hace servir -- con la intención de no pagar, incurriendo en estafa por -- haber callado su insolvencia o su mero propósito de no -- cancelar el valor de los servicios. Esto, que Irureta Goyena llama estafa gastronómica y que en Francia se denomina *filouterie*, a la luz de los principios jurídicos acerca del engaño no constituye delito de estafa. Es cierto que se consume un fraude pero de naturaleza diferente; quizás un acto del tipo de ilicitud civil, es -- decir, del tipo de ilicitud simple.

Luis Carlos Pérez hace una amplia crítica a Maggiore en su obra "DERECHO PENAL COLOMBIANO", vol. III, parte especial, algunas de cuyas observaciones analizaremos más adelante.

El penalista cubano Diego Vicente Tejera se pronuncia en forma parecida a Maggiore, cayendo en las fallas a éste anotadas. Para llegar a la misma conclusión del profesor de la Universidad de Palermo hace una división del engaño en activo y pasivo. El activo se caracteriza por la ejecución de actos, maquinaciones, etc. y porque el agente va de frente a conseguir lo que se ha propuesto; el pasivo se distingue por el disimulo y por la hipocresía, por la indiferencia aparente en el agente comisario, que en lugar de simular activamente, disimula pasivamente; el comisario, en esta clase de engaño, no va casando nunca hacia la víctima; espera que ésta se presente, que la ocasión surja, que a sus manos llegue. Fundado en dicha división, Tejera clasifica la estafa en perfecta e

imperfecta, siendo la primera la consumada con engaño activo, y la segunda la cometida con engaño pasivo.

No ofrece ninguna novedad el criterio del cubano. Sus palabras son las mismas de Maggiore, disfrazadas por un manto, si bien sutil, desprovisto de razones convincentes.

El error del italiano y del cubano se ve más de bulto al estudiar lo referente a la clasificación de los engaños. Antes de adentrarnos en ella consignamos que no diferenciamos el engaño del artificio, en sentido jurídico se entiende, con lo cual no tratamos de afirmar que -- en el lenguaje corriente no se presente la distinción.

23.- CLASIFICACION DE LOS ENGAÑOS O ARTIFICIOS

En orden a clarificar el debatido tema de los engaños o artificios, los clasificamos en cuatro clases que pasamos a explicar.

a) Silencio.-- El silencio, medio de engañar en sentido lato, no tiene relevancia jurídica para constituir estafa. Es una omisión, y no se estafa por omisión sino por acción. Se requiere actividad en sentido positivo y no en sentido negativo, como podría considerarse el silencio. Ni siquiera en la legislación alemana, que tipifica el hecho de mantener en error, es admisible el silencio como configurador de estafa.

b) simple mentira.-- También la simple mentira puede actuar como medio para engañar en sentido lato. Sin embargo no es dable identificarla con el artificio. Distinguidos comentaristas se pronuncian de este modo. Carrara opina que, en sustancia, la mentira se distingue del artificio, y que a

quella no es delito porque nadie debe creer con facilidad en las palabras de otro. En nuestro país, Bernardo Botero Mejía dice que si es cierto que la mentira se encuentra - implícitamente en los artificios, lo es más que necesita de cierta aparatosidad escénica -sin ser exagerada- para que pueda convertirse en elemento constitutivo del delito. Sobre el particular nos parece justa la doctrina de la -- Corte Suprema. Héla aquí:

"Es evidente que la tesis de que basta la simple mentira del estafador para que se cumpla uno de los - presupuestos del delito, es también peligrosa y exagerada, pues si así fuera, la casi totalidad de las relaciones -- contractuales degeneraría en delitos de estafa, ya que en casi todas ellas media una especie de embuste y pondera - ción de parte de alguno de los contratantes".

c) Mentira eficaz.- Cuando la mentira, atendi-- das las circunstancias que la rodean, especialmente en relación con las calidades -- subjetivas del paciente, es eficaz, creemos que es sufi-- ciente para determinar la estafa. No hemos encontrado co-- mentarios precisos acerca de lo dicho, pero ello no obsta para que sostengamos que antes de las maquinaciones apara-- tosas se halla una clase de engaño con capacidad para con-- figurar el delito, clase de engaño que no es otra que la mentira eficaz. A este propósito disentimos del parecer - de Carrara contenido en el párrafo que copiamos: "para -- que exista artificio no basta el solo discurso, aunque -- sea elocuente, estudiado y persuasivo, si además de las - palabras mendaces no se ha ejecutado alguna cosa que com-- pruebe las falsas afirmaciones". Si el discurso es elo--- cuente, estudiado y persuasivo, habrá estafa, toda vez -- que no se tratará de una simple mentira sino de una men-- tira con fuerza suficiente para generar error. Es el caso en que entran en juego las circunstancias de autoridad,--

dependencia, jerarquía, condiciones sociales, etc., en el cual sería desastroso desconocer la existencia del delito. Por lo tanto, debe concluirse, con la Corte Suprema, que ni simple mentira ni artificio de complicada magnitud son indispensables para configurar la estafa. Negar importancia a la mentira eficaz sería, ni más ni menos, exigir artificios de complicada magnitud.

d) Maniobras, maquinaciones.- Constituyen el grado magno de los artificios o engaños. Conforman lo que podría llamarse engaño evidente. Al realizar su estudio se suscita el tema de la mise en scène, cuestión que conviene exponer en numeral separado, dados sus desarrollos doctrinales.

24.- TEORIA DE LA MISE EN SCENE.- A partir de la sentencia de cuatro de abril de 1862, emanada del Tribunal de Casación de Francia, se inició la elaboración de la teoría de la mise en scène. La jurisprudencia de ese país la sostuvo arduamente y encontró eco en Carrara, Blanche y otros autorizados criminalistas. En Colombia la sostiene Luis Carlos Pérez y la aceptan, con ciertas reservas, Botero Mejía y Rendón Gaviria. Maggiore, Manzini e Irureta Goyena, entre otros, se pronuncian desfavorablemente sobre ella.

En síntesis, la mise en scène consiste en exigir a los engaños y artificios aparatosa en su producción, que tengan una especie de cuerpo, que sean el producto de una fabricación ostentosa, que revistan la entidad de "construcción", para ver de constituir estafa. Si el engaño no asume tales características, es decir, si no ha mediado disposición de escenario en la consumación del artificio, el hecho ejecutado deja de producir delito. Se ha dicho que la estafa es un delito constructivo por ra--

zón de la exigencia de la mise en scène.

Garraud argumenta en favor de la teoría: "Lo que constituye la estafa, es el engaño por medio de cierta mise en scène, la intervención de personas o cosas que den credibilidad a la mentira. Siguiendo la fórmula de la Corte de Casación, el delito se construye cuando las obligaciones mentirosas han sido apoyadas por la disposición de cosas o personas que tiendan a dar a la mentira un carácter-determinante".

El penalista colombiano Luis Carlos Pérez ofrece una explicación amplia de lo que debe entenderse por mise en scène ,, en las frases que a continuación transcribimos:

"El artificio de que trata el art. 408 debe ser notorio, ocupar un lugar fuera del engañador, en otros --- términos, ostentar un cuerpo. El estafador no se limita a hablar, ya que contra las palabras es fácil ejercer una de fensa de cualquier clase, sino que construye una trampa -- para hacer caer en ella al estafado o a persona distinta.- Es un actor en el sentido de que hace las cosas para que-- sean vistas. Es un fabricante de escenarios para aparentar una situación que no se corresponde con la verdad. Exhibe -- lo que no existe dándole ropaje aceptable. En su empeño -- por defraudar puede producir un acto aislado o una serie - de actos, puede enseñar una parte de la red tendida para - atrapar o la red entera, puede tentar él solo o con la in- tervención de otros que muchas veces asisten con la mejor- buena fe al ardid".

Traemos en este punto las palabras de Carrara, - que casi todos los autores citan en apyo de la teoría:

"La mise en scène no es una fórmula empírica, no indica una materialidad que no tenga sentido jurídico. Muy

por el contrario, la mise en escéné completa el elemento subjetivo y el elemento objetivo de la criminalidad; el elemento subjetivo porque muestra una mayor astucia, una mayor pertinacia de la voluntad criminal, un hombre más temible para la sociedad; completa el elemento objetivo porque las apariencias exteriores construídas para acreditar la palabra mendaz hacen más excusable la credulidad de la víctima y agregan al hecho un daño mediato que no surgiría respecto de quien hubiese creído en la sola palabra de un desconocido!"

Quando nos referimos a la clasificación de los engaños expusimos nuestro criterio sobre la entidad del artificio en orden a configurar la estafa. Sólo resta afirmar que es muy exagerada la teoría de la mise en scén porque deja por fuera la mentira eficaz y contribuye a desnaturalizar el verdadero espíritu de la justicia represiva, limitándola excesivamente y sustrayendo a su acción multitud de ilícitos constitutivos de estafa. Participamos en este sentido con lo que proclama la Corte Suprema de Justicia: ni simple mentira ni artificio de complicada magnitud.

Resaltamos, finalmente, que la teoría en estudio equivale a predicar en el fondo la idoneidad del artificio como otro elemento constitutivo del delito, circunstancia desechada en el derecho moderno.

25.- IDONEIDAD DEL ENGAÑO.— En el derecho antiguo se exigía la idoneidad del engaño como elemento constitutivo de la estafa. El código toscano, por ejemplo, disponía que el engaño debía tener capacidad suficiente para inducir en error a un padre de familia diligente. El art. 431 del código italiano de 1890 hablaba de artificio o engaño apto para sorprender la buena fe. Contra tales

concepciones reaccionaron los juristas con argumentos in-
contrastables. Baste traer a cuento el relativo al desam-
paro legal en que se dejaba a los poco avisados, no con-
siderándose que la elección de la víctima constituye parte
esencial del ardid.

Probablemente por aquello de que la reacción es
siempre superior a la acción, la postura de quienes tacha-
ron la idoneidad como elemento constitutivo cobró caracte-
rísticas extremas, llegando por extraña paradoja a los -
mismo resultados de la tesis combatida. En efecto, la doc-
trina de la mise en scène condujo a arraigar la creencia-
sobre la necesidad de la ~~idonei~~ idoneidad para la efecti-
vidad del engaño. El postulado de la aparatosidad y de la
disposición de un escenario, condujo a la postre a la a--
firmación de la capacidad intrínseca del medio artificio-
so como presupuesto indispensable para la punición del i-
lícito. Y lo que es más grave, la afianzó dándole carta -
de naturaleza en la doctrina y en la jurisprudencia, ha-
ciéndola radicar en el aspecto puramente objetivo de la .
acción, marginando la faz subjetiva, cuyo influjo en el
delito que estudiamos no es indicado desconocer. Porque -
en caso de aceptar la idoneidad como elemento, debe refe-
rirse más al aspecto subjetivo de la víctima que a la su-
ficiencia objetiva del engaño, tal lo pregona Garraud. O
porque, en palabras de Maggiore, debe considerarse la ido-
neidad en forma subjetiva y no objetiva, abstracta, por -
sí e' sola.

De nuestra parte negamos que la idoneidad sea -
un presupuesto necesario del delito. Este requisito se --
presta a una serie de confusiones y dificultades acerca -
de la idoneidad del medio por sí mismo (idoneidad objeti-
va), de la idoneidad relacionada con las condiciones sub-
jetivas del agente y de la víctima (idoneidad subjetiva),
y a otras tantas dificultades que hacen ver a las claras

los inconvenientes y la inutilidad de concederle visos de elemento estructurador. Creemos que es mejor y más-jurídico exigir la relación de causalidad entre el artificio y el error, con lo cual se evitan y solucionan los problemas a que da lugar la pretendida idoneidad.

Con lo dicho en el acápite precedente apoyamos en parte lo sostenido por Maggiore, Saltelli y Romano di Falco. Estos autores coinciden en afirmar que tratándose de la estafa consumada el problema de la idoneidad se resuelve en el de la relación causal. Nótese que aluden únicamente al delito perfecto. Respecto al delito imperfecto Maggiore sí reconoce especial importancia a la idoneidad. En este punto nos apartamos. El estudio de la relación de causalidad es también aplicable en la tentativa y en la frustración, y conduce a resultados más positivos en lo que atañe a la determinación de los actos preparatorios, ejecutivos, consumativos, etc. Por lo demás, la teoría de la univocidad de los actos sirve mejor en el análisis del delito imperfecto que la dicha idoneidad.

Frente a la concepción del art. 408 de nuestra ley penal, la tesis que hemos expuesto sale valdada. No se justifica predicar la necesidad de la idoneidad del medio artificioso ante el texto claro del precepto legal. Es un error el aserto de Gustavo Rendón Gaviria, actual magistrado de la Corte Suprema, contenido en estas frases: "Debe ser idóneo el medio para estafar. La idoneidad se considera en dos aspectos: objetivo y subjetivo. En el primero hace relación a la naturaleza misma del artificio, en cuanto entraña un ardid, una treta, un medio de engaño. El segundo se desprende de la relación entre el medio y las capacidades intelectuales de la víctima, relación productora de una mayor o menor eficacia!" Gutiérrez Anzola reba-

te esta opinión en términos claros que no citamos en razón de conformarse a lo expuesto atrás sobre el particular.

En Casación de 27 de febrero de 1948, la Corte aparentemente demanda la idoneidad al requerir como elemento estructurador de la estafa el "empleo de artificios o engaños con poder suficiente para inducir a una persona en error". Sin embargo, al desarrollar la expresión explica que el "poder suficiente" dice relación con la causalidad del error y no con la efectividad del ardid.

26.- MEDIOS COMUNES DE ENGAÑO. - Delito proteico por excelencia,

de índole esencialmente intelectual, la estafa puede revestir multiplicidad de formas que la mente humana es incapaz de recoger en un catálogo determinado. Los medios hábiles para estafar no son susceptibles de limitación alguna y, por el contrario, aumentan en número y variedad a medida que avanza el desarrollo intelectual de los pueblos y se descubren conocimientos nuevos en los campos de las ciencias, de las artes, de la técnica, etc. De aquí el por qué de las críticas que ha recibido el sistema limitativo o casuístico exhaustivo de tipificación de este delito, y el por qué también ha sido abandonado por la mayoría de las legislaciones. Pero comoquiera que la costumbre ha implantado el uso general de ciertos medios, es preciso estudiarlos con la advertencia, si se quiere redundante, de que su análisis no implica tomarlos como únicos adecuados para defraudar.

Antes de proceder al examen en particular de cada uno de esos engaños o artificios, conviene clasificarlos. Por un aspecto pueden ser personales o reales. Lo primero cuando se refieren a la persona del agente, y lo

segundo cuando hacen referencia a la cosa o cosas objeto de la infracción. De otro lado pueden catalogarse en medios de simulación y medios de disimulación. Se simula -- cuando se finge o se aparenta la existencia de alguna -- persona, cosa, calidad, virtud, condición, etc.; se disimula ocultando, disfrazando, desfigurando.

Es oportuno consignar también que no es necesario que todos los actos que integran el engaño deben llevarse a efecto en presencia del sujeto pasible del error. Algunos de tales actos pueden realizarse sin su presencia, como acontece en e la estafa mediante documentos -- falsificados o en la estafa por medio de alteración de -- contadores de energía eléctrica, gas, agua, y otros fluídos.

Como dice Maggiore, la verdad puede desfigurarse, o simulando lo que no es (por ejemplo, riqueza, nombre falso, títulos, cualidades, una enfermedad que no se tiene, etc.), o disimulando, es decir, escondiendo lo que es (como el propio estado de insolvencia, de persona casada o inhábil, o estropeando un contador para que no -- marque el consumo, etc.).

Siguiendo la enumeración de los medios generalizados de engaño que Gustavo Rendón Gaviria trae en su obra "Derecho Penal Colombiano", pasamos a considerar, en forma somera por cierto, los siguientes medios engañosos: nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, in---fluencias mentidas, abuso de confianza, suposición de bienes y cheques en descubierto. Además veremos lo relativo a la alteración de marcadores de consumo.

I.- Nombre supuesto.-- La suposición de nombre -- por parte del agente es un medio ordinario de engañar. Pero en este caso el juez--
gador debe proceder con suma cautela para establecer cuán

do en realidad la suposición asume caracteres delictivos. Se impone para ello distinguir entre suposición de nombre real y suposición de nombre imaginario. Garçon y Garraud afirman que con la simple suposición de nombre imaginario la estafa se produce. Tal cosa no la admitimos de manera absoluta. Quizás sea verdadero el predicado cuando se trata de fingir otro nombre para ocultar el propio que sería obstáculo para la celebración del acto jurídico que toda estafa supone. Pero en los demás casos sería, al menos, peligroso aceptarlo.

No vemos muy claro el carácter artificioso del nombre supuesto cuando es imaginario. Si no corresponde a persona distinta se tendría más una mentira simple que un engaño de naturaleza grave capaz de inducir en error. En qué error podría incurrir quien actúa frente a un individuo que no aparenta ser otra persona sino que apenas deja de dar su propio nombre? De aquí se desprende que no es propiamente la suposición de nombre un medio engañoso en sentido jurídico. Tal calidad sí la posee la suplantación, figura o hecho de diferentes alcances y de más definidos matices de gravedad que aquella. La suposición de nombre imaginario, constituiría, a lo sumo, un artificio inócuo, sin consistencia jurídica para producir estafa.

Rendón Gaviria acoge entre nosotros la afirmación de Garçon y Garraud. Sin embargo, sienta un criterio morigerador, el que deben tener muy en cuenta los jueces. Hélo aquí: "No importa que el nombre supuesto sea real, correspondiendo por lo tanto a determinada persona, o que sea imaginario. Su calidad de medio constitutivo del delito depende únicamente del valor operativo que asuma el uso del nombre en la comisión del ilícito!" Si un rigorismo represivo se impone en la aplicación de la ley, por lo menos que se preste atención a ese "valor operativo" para evitar fallas perniciosas.

Sutileza ociosa nos parece la distinción que --

capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en...." propone Garçon entre uso del nombre propio con distinto apellido, y viceversa. Las ideas sobre nombre supuesto y suplantación resuelven el problema en la práctica, de manera clara, sin que sea necesario entrar en la teoría o a disquisiciones inútiles.

Sebastián Soler, siguiendo a Garraud, sostiene con acierto que de ordinario se presenta conexión entre el nombre supuesto y la calidad simulada. Ello es evidente: generalmente se hace uso de otros nombres para aparentar calidades que corresponden a distintas personas.

II.- Calidad simulada.- Por calidad simulada -dice Soler- se entiende una condición, posición, situación personal falsa con respecto a la persona que la simula, en el momento de la simulación. Es, pues, la ficción o el hecho de aparentar algo que no se tiene o no se posee.

Gutiérrez Anzola señala como ejemplo de simulación de calidad el hacerse pasar como tesorero, recaudador o colector de impuestos. En orden a establecer si en este caso se comete estafa es preciso atender a dos hipótesis. Una, si la persona que cree en la calidad del sujeto antisocial entrega espontáneamente los dineros por éste reclamados. Otra, si la entrega la verifica presionado, coaccionado, forzado por el delincuente. En la primera situación habrá estafa; no así en la segunda, ya que mediando coacción el delito se convierte en extorsión, al tenor de lo dispuesto por el art. 406 del C.P. que a la letra dice: "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 sí o para 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...."

Son innúmeras las calidades susceptibles de simulación. Sucede con ellas lo mismo que con los engaños en general, que no pueden reseñarse todas en un catálogo exhaustivo. De tal manera, es cuestión de práctica judicial la calificación de la simulación de cada calidad en particular.

III.- FALSOS títulos.-- El engaño por medio de falsos títulos es una especie del engaño mediante calidad simulada, como bien lo observa Gutiérrez Anzola. Al exhibirse títulos falsos -abogado, ingeniero, médico, etc.- en el fondo se está simulando calidad que no se posee. Es un medio muy en boga de estafar. Suman millares los delincuentes que se prevalecen de títulos falsos para defraudar a sus incautos clientes. Recuérdese el caso del famoso doctor Matallana y el no menos conocido del Hermano Tomás de Palmira que se hacía pasar por médido naturalista. En los anales criminales de Argentina se recuerda el caso de un distinguido personaje de nombre Eduardo Padró quien actuaba como abogado, habiendo estafado por este medio a infinidad de clientes sin que el peso de la ley sancionara sus embustes, pero que al fin fue procesado por estafa de energía eléctrica (al respecto véase Bermqui Jáureguy, ob.cita.- pág. 77 y 78).

IV.- Influencias mentidas.-- En medios como el colombiano, saturados de politiquería y corrompidos en su administración pública desde las más altas hasta las más bajas esferas, las influencias mentidas cobran características de negocio corriente. La astucia de los embaucadores encuentra campo propicio para su actividad ilícita. Se estafa a los incautos invocando influencias falsas, ya para la --

consecución de un cargo, ya para la obtención de ocupación remunerada, ora para la producción de providencias administrativas, judiciales, etc. en determinado sentido y, en fin, para el logro de múltiples provechos lícitos o ilícitos. Este medio de engañar es tanto más -- ruín cuanto más ataca el patrimonio reducido de gentes menesterosas, y cuanto se ejercita más por personajes -- de desatacada posición social.

No debe confundirse las influencias reales con las mentidas. Las reales no configuran estafa, aun cuando sí constituyen un negocio ilícito, desmoralizador, y corruptor de la administración, conocido con el nombre de "tráfico de influencias", censurable desde todo punto de vista, pero con carta de naturaleza entre nosotros, especialmente en las altas esferas gubernamentales.

En las influencias mentidas incluye Rendón Gaviria el ilícito contemplado por el artículo 198 del C. P., en el capítulo destinado a la colusión y otras infracciones cometidas por los apoderados y consejeros, -- concluyendo que en tal evento se presenta un concurso -- formal de delitos. Para mayor claridad reproducimos la norma citada antes de transcribir su alegato .

Dice el artículo: "El que reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero u otro provecho indebido, con el fin de obtener favor de la autoridad que esté conociendo de algún asunto, o de un testigo, perito o intérprete, invocando las influencias reales o simuladas que ante ellos pueda desarrollar, incurrirá en....."

Argumenta Rendón Gaviria: "Como se ve este artículo habla de "influencias reales o simuladas" para -- desarrollar ante otra persona, y con base en las cuales

puede un apoderado, defensor y consejero hacer dar, prometer o recibir dinero u otro provecho indebido lo que constituye, am más de delito contra la administración de justicia, dada la condición del agente y las funciones que desempeña, delito de estafa. Se presenta, en consecuencia una dualidad penal bajo la forma de un curso formal de delitos".

El anterior raciocinio no es enteramente válido. Sólo habría lugar al concurso formal en el caso de que el favor de la autoridad no fuera posible o real y se esgrimiera supuestamente, para inducir en error y así obtener el provecho indebido. Algo más: la actividad desplegada para recibir, hacer dar o prometer el provecho indebido debe asumir características tales que hagan desaparecer la simple mentira para dar paso al artificio o engaño.

V.- Abuso de confianza. - Es otro medio apto para estafar, cuando no asume los perfiles propios y específicos del delito así llamado por el C.P., delito que técnicamente merece la denominación de apropiación indebida. Rendón Gaviria propone como ejemplo el siguiente: una persona animada de antemano del propósito de defraudar a otra, solicita de ésta bienes para negociarlos y reintegrarle posteriormente, en plazo señalado, su valor, se apropia las utilidades prometidas al ofendido. Frente al ejemplo dados de advertir que se presenta la estafa si medió artificio o engaño para hacerse entregar las cosas. De otro mod, si apenas hubo sugerencia o insinuación, habría mentira simple y la defraudación no se configuraría como estafa, quedando la acción como fase preparatoria del delito de abuso de confianza, claro está, si la apropiación indebida se lleva a a término.

VI.- Suposición de bienes. - Abundan los inescrupulosos que se

valen de este medio para defraudar. Aparentan ser propietarios de bienes, especialmente raíces, para dedicarse a efectuar transacciones de variada índole -venta, hipoteca, anticresis, etc.- El artículo 409 del estatuto penal contempla expresamente el caso. Por su importancia y por constituir una figura específica del delito que se comenta le dedicaremos un estudio más a fondo en otro lugar de este trabajo.

VII.- Cheques en descubierto.- Ya dijimos en otra parte que el fenómeno de los cheques en descubierto puede constituir, o delito de estafa, o delito autónomo de giro en descubierto, o estado de especial peligrosidad. Sobre los alcances de las disposiciones legales que regulan la materia nos ocuparemos en capítulo especial.

VIII.- Alteración de contadores de consumo.-
Práctica harto extendida es la estafa por medio de la alteración de marcadores de fluido eléctricos, de agua, gas, etc. La alteración constituye artificio, pues requiere de maquinaciones que, combinadas con el silencio frente al empleado registrador, inducen a éste en error que origina la disminución en el valor del consumo real. El delito por este medio es un típico ejemplo de delito continuado. También en este caso se ve con claridad objetiva la distinción entre paciente del error y víctima del delito. El empleado revisor es el inducido a error y la empresa propietaria del servicio la víctima del perjuicio.

Adviértase que hablamos de alteración de contadores. Porque es preciso distinguir este fenómeno del contrabando de fluidos. A este respecto Gutiérrez Anzola considera que el contrabando de energía eléctrica o de cualquier otro fluido constituye delito de hurto; ci-

ta en su apoyo el inciso 2o. del art. 624 del código italiano que estima, para los efectos penales, como cosa mueble la energía eléctrica y toda otra energía que tenga algún valor económico. Agrega el jurista citado: "Mal puede afirmarse otro delito como la estafa, en que se supone el consentimiento de la entrega de la cosa, pero con el vicio propio del engaño. En esta clase de hurto hay ciertamente un fraude que consiste en la sustracción, sin que inter venga para nada el consentimiento del dueño, que es lo -- que lo distingue de la estafa!"

El raciocinio reproducido, que compartimos íntegramente contribuye a reafirmar la producción de la estafa cuando se altera el funcionamiento de los marcadores, pues, como ya anotamos, las maniobras realizadas para conseguir la alteración y el silencio ante el empleado revisor dan nacimiento al artificio o engaño inductor a error. Soler ratifica nuestro dicho con las siguientes frases:-- "Cuando un contrato de suministros se rige por las cifras de un medidor y o contador, las maniobras que se hagan sobre este tienen por objeto determinar un error en la factura, sobre la Base de falsas cifras del medidor. Esto vale tanto para los medidores de electricidad como para los taxímetros y otros aparatos similares!"

27.- SEGUNDO ELEMENTO.- INDUCCION EN ERROR.-Como

predica la Corte el error producido por el empleo de artificios o engaños es uno de los elementos fundamentales de la estafa, pues el error es lo que influye de manera directa sobre el ánimo de la víctima para verificar la entrega de la cosa que persigue el timador. Los engaños o artificios deben crear en el paciente una apreciación falsa, un falso conocimiento. Como dice el código, deben inducir en error. Inducir -dice Luis Carlos Pérez-- es ocasionar, causar, mover a alguien, instigarlo, persuadirlo. En estas condiciones es menester que el error, para

actuar como presupuesto necesario del delito, tiene que ser creado por el agente, obra suya, y no solamente aprovechado por éste el existente con anterioridad a su acción. El error ha de ser posterior a los engaños y no preexistente. Pero esto que parece incuestionable es -- discutido en la doctrina, especialmente por los planteamientos de Manzini y de Maggiore, planteamientos que analizamos en el número siguiente.

28.- ERROR POSTERIOR Y ERROR PREEXISTENTE.--

Manzini y Maggiore, comentaristas del código penal italiano, se manifiestan contrarios a la tesis -- que sostiene que el error debe ser producto de la actividad del agente. Coinciden los dos en afirmar que no es preciso que el error se deba a alguna iniciativa del culpable, el cual puede servirse del error del paciente (como acontece siempre que el estafado va él mismo en --- busca del estafador para pedir su ayuda). Con muy buenas razones se critica el desacierto de tan distinguidos penalistas. No es posible aceptar su planteamiento, así se haga referencia a la legislación italiana o a la colombiana. Adviértase que ambas utilizan el verbo "inducir". El artículo 640 de la codificación italiana dice "el que, induciendo a error a alguna persona....."; el 408 de la colombiana establece "el que induciendo a una persona en error" La objeción de Luis Carlos Pérez nos parece muy puesta en razón y la acogemos sin reservas. Inducir -dice- es ocasionar, causar, mover a alguien, instigarlo, persuadirlo. Y no ejecuta -- ninguna de estas acciones determinantes el que se limita a aprovechar la situación o la opinión equivocada -- que encuentra en el paciente.

La inflexión "induciendo" excluye toda posibilidad de aprovechamiento del error preexistente. Anota -

mos, eso sí, que nos referimos al simple aprovechamiento, ya que más adelante veremos lo relativo a la consolidación del error.

Concretando el estudio a nuestro artículo 408- diremos que, de acuerdo con su concepción literal, el error debe ser consecuencia de los artificios o engaños-- empleados por el agente. Si se acepta que estos están -- constituidos por una acción positiva, el error que padece la víctima sin la intervención de nadie no asume relevancia jurídica para estructurar la estafa. Contra esta tesis se produce Gustavo Rendón Gaviria, quien cita el ejemplo de la persona que cree que un objeto es de determinada calidad y en ese convencimiento lo adquiere, sin que el vendedor haga nada para afianzar o rectificar esa creencia. Aquí se dará un ilícito de tipo simple, civil, pero no una estafa. Sería un enriquecimiento sin causa,-- una lesión enorme u otra figura civil, según el caso concreto. Ni siquiera habría lugar a sancionar con base en el artículo 283 del C.P., pues faltaría la intención, la voluntad de engañar o defraudar.

En nuestra opinión Mancini y Maggiore se unen --
tan desde. Cuando se presenta el fenómeno de aprovecha --
miento de un error padecido previamente a la acción del agente, el delito, concurriendo los demás requerimientos legales, caería bajo la disposición del ordinal c) del artículo 418, como lo hace notar Luis Carlos Pérez. La norma citada, sanciona a quien se apropie cosas que pertenecen a otro y en cuya posesión hubiere entrado por error ajeno o caso fortuito. La diferencia es evidente; y hasta para efectos procesales el ilícito cambia de especie, toda vez que no puede investigarse de oficio sino a petición de parte.

Refiriendo el problema a la ley italiana se soluciona de manera igual que en nuestro país. El aprove --

chamamiento del error anterior se pena aplicando el numeral 3o. del art. 647, de construcción idéntica a la regla colombiana.

29.- CONSOLIDACION DEL ERROR.- Cuestión impor-

30.- EL ERROR EN EL CONCEPTO ALTA tante es la que atañe a la consolidación del error. Opiniones encontradas se han emitido alrededor de ellas. El problema se resume en la discusión sobre el valor de la consolidación de un error preexistente, para ver de producir o no el delito de estafa.

Maggiore y Manzini están en favor de la afirmativa. Aducen que induce a error, tanto el que crea el error mismo, como el que lo aumenta, lo consolida o de otra manera lo hace más fuerte y más invencible. Luis Carlos Pérez se produce por la negativa y tacha de falso el planteamiento de los italianos. Alega que en los casos propuestos no hay inducción y, en consecuencia, que la estafa no se configura.

En nuestra opinión Manzini y Maggiore no andantan descaminados como lo piensa Pérez. Nos parece que en doctrina y lógica extrictas. sí es admisible que cometa estafa el sujeto que aumenta el error preexistente, lo consolida o de otra manera lo hace más fuerte y más invencible. Creemos que hay inducción en el sentido de hacer más veraz el falso juicio del paciente que, de no operar la actividad del agente puede ser vencible e insuficiente para originar la disposición patrimonial perjudicial. Cabe advertir que no se trata de un aprovechamiento simple, pasivo, sino de un aprovechamiento activo, positivo, inductor podríamos decir. Una cosa es limitarse a aprovechar la situación o la opinión equivocada, y otra bien diferente agravar, dar mayores visos de veracidad a esa situación u opinión erróneas. En el primer evento obra el si -

lencio, a tiempo que en el segundo entra en juego una actividad. El aprovechamiento simple, pasivo, equivale a -- una omisión del agente; en cambio, la consolidación siempre se traduce en una acción, en algo positivo.

30.- EL ERROR EN EL CODIGO ALEMAN.- El artículo 263 del código alemán tipifica el delito de estafa. Sanciona por esta infracción lo mismo a quien induce en error que a quien mantiene en él a otra persona. La redacción de tal norma obvia las dificultades que ofrecen las legislaciones que expresamente no reconocen la producción del delito mediante el mantenimiento en error. La nuestra, por ejemplo, nada dice al respecto y deja a la doctrina y a la jurisprudencia la elucidación del problema. Sin embargo, y aplicando la exposición del número anterior, nos inclinamos a creer que sí es viable la sanción por estafa cuando el mantenimiento en error se traduce en una actividad positiva.

Los exégetas alemanes apunta, con acierto indiscutible, que el verbo mantener supone algún acto positivo del agente. Así lo sostienen Merkel y Berner, quienes agregan que es diferente decir "mantener en error" que "aprovecharse del error de otro". Para mantener se requiere una acción; para aprovechar sólo una omisión. De aquí se sigue que la ley penal alemana no pune el silencio, como lo han pretendido algunos. El silencio es un callar, una abstención, y el mantenimiento demanda un proceder, un actuar expreso.

31.- ERROR E IGNORANCIA.- En filosofía, en derecho, y en la simple razón natural se diferencian las nociones de error e ignorancia. Error es el falso conocimiento acerca de algo, el falso saber, el juicio equivocado, que no co-

rresponde a la realidad o verdad de los objetos del pensamiento. Ignorancia es el desconocimiento total, la falta absoluta de toda noción, la carencia de saber. En el error hay conocimiento, saber, juicio, aun cuando de manera equivocada, no de acuerdo con la verdad; hay, pues, discordancia entre el pensamiento y sus objetos. En cambio, en la ignorancia no hay nada, ni siquiera discordancia entre pensamiento y objeto porque entre los dos no existe ninguna relación causal. El error es un estado mental positivo; la ignorancia un estado mental negativo. Podría decirse que el error es la mente más algo, la mente más el pensamiento equivocado, y que la ignorancia es la mente en estado simple, puro, desprovista de pensamiento. Como observa Luis Carlos Pérez, *e r r a r* es saber-mal; *i g n o r a r* es no saber.

Con el raciocinio anterior se rebate la definición de error que Maggiore escribe en su Derecho Penal. No es cierto que el error sea la ignorancia o falso conocimiento de una situación de hecho. El error no es la ignorancia, ni la ignorancia es el error.

Aplicando los anteriores principios al elemento constitutivo de la estafa que nos ocupa, es lógico concluir que la ignorancia no encarna nunca error y, por lo mismo, que no es dable inducir a ignorar. Hacemos nuestro el pensamiento de Pérez: la ignorancia puede ser aprovechada, pero no puede ser inducida, esto es, creada, determinada para el fin antijurídico de aprovecharse de este estado.

En casaciones de 27 de febrero de 1948 y de 21 de junio de 1949, la Corte Suprema fijó su criterio en los siguientes términos:

"El error es la representación falsa o equivocada sobre algo. Y así, tratándose de la estafa, el e-

rror debe ser el resultado de las maquinaciones fraudulentas esgrimidas por el delincuente. El error, debe -- por lo tanto, consistir aquí en un juicio falso suscitado por el ardid, y no en la sola creencia equivocada -- que provenga de la pura ignorancia del sujeto perjudicado".

32.- ERROR DE LA ESTAFA Y ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.- En el campo civil se co-

noce la institución del error como vicio del consentimiento requerido para la validez de los actos o contratos. El artículo 1502 del código de la materia, exige, además de capacidad legal, objeto y causa -- lícitos, consentimiento que no adolezca de vicio como -- requisito indispensable para que una persona se obligue a otra mediante un acto o declaración de voluntad. El -- 1508 señala el error como uno de los vicios que pueden -- afectar ese consentimiento. El 1509 declara que el error acerca de un punto de derecho no lo afecta. Y los artículos 1510, 1511 y 1512 reglamentan los diversos casos -- en que el error de hecho vicia el consentimiento. Creemos de interés reproducir las últimas disposiciones citadas:

1510.- El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

1511.- El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se su-

pone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

1512.- El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la -- causa principal del contrato.

Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato.

Vistos los preceptos citados, se pregunta si - el error propio de la estafa y el que vicia el consentimiento en los contratos civiles se equivalen totalmente. La Corte ha contestado afirmativamente. En Casación de - 27 de febrero de 1948 y de junio 21 de 1949 sentó la siguiente jurisprudencia:

"El error propio de la estafa es cabalmente el error determinante que vicia el consentimiento de los actos jurídicos. No hay en este una diferencia radical en el campo civil y en el campo penal, sino la más completa equivalencia....."

"Así, pues, para que haya estafa no basta cualquier clase de error sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víctima, de tal suerte que sin él, - ella no hubiera entregado la cosa. El error se confunde en este caso con el móvil determinante de la voluntad,--

con el factor animador y propulsor del acto jurídico".

Justificadas resistencia ha encontrado la doctrina de la Corte. De nuestra parte la estimamos desacerada y nos identificamos plenamente con las críticas de Luis Carlos Pérez, que copiamos en su integridad dada la importancia que revisten. Dice el autor citado:

".....hay una diferencia profunda entre el error de la estafa, tal como lo define el artículo 408, y el error que invalida el consentimiento de los negocios civiles. Este puede preexistir al acto o contrato, mientras que aquél debe ser creado precisamente por el infractor para obtener un provecho ilícito; el primero es resultado de una maniobra; el segundo puede responder a una falsa noción autónoma del contratante. Existe ordinariamente, una variación en cuanto al origen: si el error se imputa al que se aprovecha de él, habiendo sido, además, su causa eficiente, hay delito de estafa; si no fue creado por él, hay un error típicamente civil, según los artículos 1510 y 1511 del código sobre la materia.-- Cuando hay estafa, hay también una causal de invalidez del acto o contrato, pero no es exacta la posición contraria.

"Sería muy grave confundir estas dos situaciones anímicas, como lo hace la jurisprudencia, pues ello obligaría, según explica la misma Corte, a abrir un proceso y a dictar una condena cuantas veces la justicia civil advierta el error de hecho en un contratante".

33.- TERCER ELEMENTO.-PROVECHO ILCITO.- El --
hecho

del agente debe reportarle un provecho ilícito para que haya lugar a pensarse la estafa. Provecho es --- ventaja, beneficio, goce. La obtención del provecho debe provenir directa y exclusivamente del error del paciente, el

el que a su vez requiere ser producto necesario de los artificios o engaños. Nótese que el provecho no es de cualquier clase, sino de carácter ilícito. En qué consiste esa ilicitud?

La ilicitud consiste en que el sujeto activo no debe tener a ningún título derecho a la ventaja o lucro que deriva de su acción. O, tal lo explica Maggiore, que la prestación que se obtiene o su equivalente sea *sine jure*, sin derecho. Cuando se tiene derecho al provecho desaparece la ilicitud y la situación que surge es la que Carrara llamó "ejercicio arbitrario de las propias razones", que estudiaremos en aparte separado.

Algún autor colombiano, concretamente Bernardo Botero Mejía, haciendo alusión a la redacción del artículo 64) del código italiano, pretende diferenciar los términos "injusto" -utilizado por el precepto en mención- e "ilícito" -usado por el artículo 408 del colombiano. Sostiene que injusto es lo que atenta contra la justicia, e ilícito lo que implica una violación de la ley. En desarrollo de su aseveración manifiesta que la distinción importa consecuencias muy diferentes en las legislaciones, "pues lo injusto es bastante diferente a lo ilegítimo o ilícito, porque puede conquistarse un provecho ilícitamente sin que sea injusto y por ello no desaparecerá en la legislación de nuestro país el delito de estafa". Da a entender, con lo último, que el provecho conquistado ilícitamente, sin ser injusto, no constituye estafa en la legislación de Italia.

Del alegato de Botero Mejía se advierte claramente que equipara lo ilícito con lo ilegítimo, lo cual nos parece erróneo, ya que lo ilícito es lo que

va contra derecho y lo ilegítimo lo que va contra la ley, y bien se sabe que entre derecho y ley no hay sinonimia absoluta. Pero prestando atención a la diferencia que -- propone es preciso declarar que queda sin valor alguno, -- si se considera lo que expresa en otro lugar. Efectivamente, dice que "filosoficamente consideradas las expresiones pueden no identificarse en su significado, pero -- jurídicamente y especialmente en el campo del derecho penal son equivalentes". Y agrega que ilícito significa -- sin respaldo en la ley, o mejor, en el derecho. Esto sí es acertado.

Frente a la legislación colombiana tampoco se justifica diferencia alguna entre injusto e ilícito. Una interpretación sistemática de sus normas nos da pie para pensar de esta manera. Baste consignar que el legislador usa indistintamente las dos expresiones. Para comprobarlo pueden consultarse los artículos 168 y 171 que se sirven del vocablo "injusto", y los artículos 408, 411 y otros que se valen de la locución "ilícito".

Como dato interesante se consigna el que el código ruso no exige la ilicitud del provecho. Así se deduce de la letra del artículo 169 cuyo tenor es como sigue: "El abuso de confianza o en engaño con el ánimo de obtener bienes o derechos patrimoniales u otras ventajas personales (estafa) será sancionado....."

Por último anotamos que para que el provecho se produzca es menester una disposición patrimonial -- por parte del paciente o del sujeto pasivo de la infracción--.

34.- EL PROVECHO DEBE SER REAL. -- Además de la ilicitud se --

requiere que el provecho sea real, es to es, -- que se obtenga efectivamente, que el agente derive de --

manera inequívoca una tengaja o un beneficio como resultado de su acción. El solo propósito o la sola intención de lograrlo no bastan para la producción del hecho criminoso. Si no se obtiene realmente la infracción no se consuma y la situación creada, según las circunstancias que la rodeen, podrá constituir un delito imperfecto de estafa, o también otro delito diferente, o quizá no alcanzará a revestir perfiles delictuosos.

Lo que se lleva dicho tiene operancia en nuestro país por virtud de lo dispuesto en el artículo 408 del código de las penas. Tal norma es muy clara sobre el particular. Terminantemente demanda la efectividad del provecho ilícito. El sus términos no dejan margen posible a la mera intención de lograrlo. El que induciendo a una persona en error -reza el artículo- por medio de artificios o engaños, o b t e n g a un provecho ilícito. La inflexión obtenga no admite ninguna interpretación distinta a la realidad del provecho, a su producción cierta y efectiva. No se admite, por lo tanto, estafa consumada sin consumación del provecho. La falta de éste excluye la posibilidad de a aquella.

En derecho italiano también es aplicable la teoría de la efectividad del provecho. Tampoco es admisible en él el simple propósito o la mera intención de conseguirlo. El texto del artículo 640 del código penal de ese país se sirve como el nuestro de la inflexión "obtenga". En la parte pertinente dice: "El que, induciendo a error a alguna persona por medio de artificios o engaños, o b t e n g a para sí o para otros un provecho ~~ilícito~~ injusto".

La exigencia de la real producción del provecho no la traen todas las legislaciones. Códigos hay que tipifican la estafa como delito de peligro, es decir, que para su consumación prevén únicamente el ánimo o propósito de -

conquistar una ventaja o beneficio. Como ejemplos citamos el alemán que sanciona en el artículo 263 el "propósito de proporcionarse a sí mismo o a un tercero un beneficio patrimonial ilícito", y el ruso que incrimina en el art. 169 "el engaño con el ánimo de obtener bienes o derechos patrimoniales u otras ventajas personales". Referidas a tales mandamientos legales sí se justifican las palabras de Beling cuando dice que es indiferente que se haya o no logrado efectivamente el beneficio patrimonial.

El artículo 172 de la ley penal argentina reprime con prisión de un mes a seis años al que defraudare a otro valiéndose de ardidés o engaños. Por la forma en que está usada la locución "defraudare", creemos que es necesario un provecho real para que la estafa se configure plenamente. Sin embargo, Sebastián Soler da a entender que basta la intención de obtenerlo, al afirmar que el delito se consuma desde el instante mismo en que se verifica la disposición patrimonial; proposición discutible a la que nos referiremos con mayor amplitud en otro lugar.

35.- EL PROVECHO PUEDE SER PARA SI O PARA OTROS

Al hacer el estudio de los antecedentes legislativos del artículo 408 tuvimos oportunidad de criticar el error en que se incurrió no consagrando de manera expresa la circunstancia de que el provecho ilícito puede ser para el agente o para un tercero. Sostuvimos igualmente que tal como quedó la disposición referida el delito es discutible cuando el beneficio se consigue para persona diferente del criminal. En este punto conviene analizar las razones en pro y en contra que pueden esgrimirse en la controversia.

Dos argumentos importantes conducen a sostener que la estafa se produce sólo cuando el ilícito provecho-

beneficia al agente. Son ellos:

1o.- Atendiendo a lo literal del artículo 408 el provecho para terceros quedó por fuera. No existe -- fundamento alguno para sostener la tesis opuesta. El número singular de la expresión respectiva y la adecuación posesiva del verbo al sujeto, igualmente singular, se oponen a una interpretación extensiva, y por ende, llevan a concluir que la infracción aparece exclusivamente si el actor es el beneficiario. En efecto, la regla comentada dice textualmente: "El que.....obtenga un provecho ilícito con perjuicio de 1 otro....."

2o.- Aplicando la interpretación sistemática -- también es correcto deducir que no se estafa en el caso de conseguirse la ventaja para tercera persona. Son varios los artículos que expresamente consagran el provecho para otro, no limitándolo para el actor. En el mismo capítulo destinado a la estafa el precepto signado -- con el número 411 tipificador de una figura específica, utiliza la frase "El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito". El artículo 406 que -- sanciona la extorsión se vale del giro "el que..... con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito". El 412 que pena el abuso de confianza habla de "el que se apropie en provecho suyo o de un tercero!" El 417 que prevé la estafa de seguro también se -- refiere al "que con el fin de obtener para sí o para un tercero el precio de un seguro". El 423, inc. 2o., se vale de expresiones semejantes para sancionar el desvío de aguas públicas o privadas.

Como claramente se advierte de los ejemplos -- citados, el legislador sí creyó conveniente fijar expresamente los alcances del provecho en la incriminación de los delitos nombrados. Por qué motivos no procedió en --

igual sentido tratándose de la estafa? La respuesta no puede ser sino una: porque la estafa surge unicamente si el hecho reporta provecho al delincuente; a éste y no a terceras personas.

Vistos los argumentos que favorecen la opinión de que el provecho no puede extenderse a terceros, es preciso adentrarse en la búsqueda de los argumentos que conduzcan a pensar en contrario. Esa búsqueda ofrece una única razón, pero poderosa y suficiente para destruir los primeros. Cuál es se verá en seguida.

Reparando en la interpretación histórica de la ley, los antecedentes del artículo 408 dan asidero a la proposición que considera indiferente el provecho del delincuente o de un tercero. En la Comisión Redactora del Código se propuso en principio la siguiente redacción: "Al que por medio de artificios o engaños o induciendo a otro en error se procure para sí o para otro un provecho ilícito con perjuicio del engañado o de un tercero....." El doctor Carlos Lozano y Lozano calificó la fórmula de redundante y logró cambiarla por la que aparece en el artículo 408. Sostuvo que "basta que se procure un provecho el agente, ya sea directamente, ya sea para otra persona", lo que no era menester aclarar expresamente si no se quería pecar por repeticiones inoficiosas. De lo expuesto se infiere que el legislador sí previó el provecho para terceros y creyó incluirlo en la letra definitiva del articulado, aun cuando la redacción no resultara afortunada.

De todo lo expuesto acerca del tema cuestionado se deduce que es indiferente para la comisión de la estafa el que el provecho ilícito beneficie al agente o beneficie a terceros. En uno u otro evento la infracción se consuma y debe sancionarse.

Lo anterior no se opone a que abogemos por una-

reforma del artículo 408, en el sentido de concretar expresamente la punición del provecho procurado para terceros. Las inquietudes gramaticales del doctor Lozano y Lozano, con todo lo plausibles que puedan ser, no justifican el sacrificio de la claridad que el legislador de -- 1936 hizo en este punto. Mucho menos, en presencia de las dificultades interpretativas que han originado en -- los pocos años de vigencia del código penal.

36.- EL PROVECHO DEBE SER ECONOMICO.- Según la

genera -
lidad de los autores no es necesario que el provecho sea siempre de carácter económico. Lo mismo da que sea patrimonial o moral. El provecho se refiere lo mismo a las cifras de valores materiales que a ciertos factores individuales o a cambios de situación social, y en general, a todo lo que constituye la satisfacción de un deseo, predica Luis Carlos Pérez. A su turno, Bernardo Botero Mejía proclama que no es esencial para que la estafa tenga vida que el patrimonio del autor del ilícito tenga un aumento o que el sujeto activo experimente un enriquecimiento. De manera que para estos juristas -- tanto cuenta el provecho material o económico como el provecho moral.

En nuestro sentir el provecho propio de la estafa siempre debe ser crematístico. Atendiendo al bien jurídico tutelado -el patrimonio- creemos que es inconcebible el provecho moral, independientemente del valor económico. Los patrimonios del agente y de la víctima deben experimentar una mutación de acrecimiento para el uno, de disminución para el otro. Esto nos lleva a desecharlo de Carrara el que el provecho no significa un efectivo enriquecimiento, sino una ventaja o satisfacción -- cualquiera. En la única hipótesis que podría aceptarse -- el provecho de índole distinta a la económica, sería en

aquella que mira la estafa como atentatoria no sólo del patrimonio, sino de toda la gama de derechos inherentes a la persona humana, tal lo propugna el argentino Bernaqui Jáureguy-

La teoría que rechazamos arguye el perjuicio o daño inferido sí debe tener significación económica, pero no el beneficio. Preguntamos: siendo económico el perjuicio, no lo es también el provecho, dada la relación recíproca entre los dos? Se impone, pues, la respuesta afirmativa. Merkel defiende nuestra posición, -- anunciando se refiere a la norma alemana que expresamente habla de beneficio patrimonial, al decir que el afectado, en virtud de los engaños, toma la medida que disminuye su patrimonio. En Colombia, Gutiérrez Anzola adopta posición similar a la nuestra. Hé aquí su alegato:

"En relación con el provecho, debe dejarse -- claramente establecido que éste consiste en un goce que origine en favor del estafador un enriquecimiento ilícito. El provecho debe entenderse como de carácter económico y no de otra naturaleza, no obstante inteligentes opiniones en contrario, puesto que si el delito de estafa es uno de los que atentan ~~el~~ contra el patrimonio económico, mejor dicho, contra la posesión o la propiedad, mal podría aceptarse que provechos de otro orden constituyeran delitos contra esa posesión o contra esa propiedad. Puede estimarse errónea la opinión que considera como estafa el engaño producido por un varón sobre una mujer, cuando se trata de un goce puramente genésico en el que ha mediado el ofrecimiento de un pago, o entrega de objetos a cambio de esa satisfacción".

Al pensamiento de Gutiérrez Anzola sólo cabe anotar que la estafa no tutela exclusivamente la propiedad y la posesión, sino todo el patrimonio activo, como

ya tuvimos ocasión de explicarlo. De otro lado, conviene señalar que en el ejemplo propuesto también falta el perjuicio de naturaleza económica, razón valedera para demostrar que la relación recíproca entre el beneficio y el -- perjuicio excluye toda posibilidad de provecho moral o de otro orden diverso al económico.

De las legislaciones que conocemos apenas -- en la soviética es admisible el provecho de cualquier clase, ya que el artículo 169 sanciona el engaño con ánimo -- de obtener bienes o derechos patrimoniales y otras ventajas personales.

Advertimos, por último, que aún en la llamada -- estafa de uso, perfectamente posible al decir de Sebastián Soler, el provecho tiene valor económico. El uso de un -- objeto representa un valor crematístico que puede avaluar se en guarismos ciertos y determinados.

37.- EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES

La inducción en error por medio de artificios o engaños que procura a alguien un provecho lícito con perjuicio de tercero, no es constitutiva de estafa. Este fenómeno es lo que Carrara llamó "ejercicio arbitrario de -- las propias razones". La causa que excluye el delito es -- la licitud del provecho. Se trata de un típico caso de administración de justicia por la propia mano. Pero es preciso reconocer, también, que si no hay provecho ilícito -- mal puede inferirse daño a otra persona. De manera que el ejercicio arbitrario supone ausencia de ilicitud en el -- provecho y ausencia de perjuicio. Sobre el particular es -- atinado distinguir el caso de la recuperación por el dueño de la cosa que ha dado en prenda. Si media engaño y -- consiguiente error, no cancelándose el crédito garantizado por la prenda, creemos que la estafa se produce en to-

da su plenitud. El provecho se concreta en la recuperación de la cosa y el perjuicio en la pérdida de la garantía, recuperación y pérdida susceptibles de estimación económica. La recuperación es ilícita, sin respaldo en derecho, otra cosa sucede cuando la cosa prendaria se obtiene con engaños pero después del pago del crédito respectivo. Allí sí hay ejercicio arbitrario de las propias razones, pero, se repite, en razón de faltar el daño, a más de no ser ilícito el provecho del agente.

Si el deudor cancela el crédito después de recuperar engañosamente la prenda el delito no desaparece, -- por más que civilmente no haya lugar a sanción alguna. Es un ejemplo de ilicitud de tipo simple, solamente criminal. La disposición del inciso segundo del artículo 2418 del C.C. para nada inside en la calificación penal del acto.

Contradice nuestra opinión Maggiore argumentando que no es posible la estafa del propietario, puesto que este delito es un atentado contra la propiedad ajena, aunque se realice con medios distintos al hurto. Deleznable el argumento y errónea la conclusión. La tutela jurídica no se restringe a la propiedad; es extensiva a todos los derechos patrimoniales. Por lo mismo no se trata de estafa del propietario, sino de estafa contra el acreedor que sí recibe perjuicio al perder su derecho de garantía prendaria.

La Jurisprudencia italiana que Maggiore cita para afianzar sus razones nos parece errónea. Dice la mentada jurisprudencia: "El que, para obtener un préstamo le entrega al acreedor, a título de garantía, algún objeto de su propiedad, pero después, conseguido el préstamo, recupera ese objeto contra la voluntad del acreedor prendario, y sin que él lo sepa, realizando un plan-

preconcebido, comete estafa y no simplemente un incumplimiento contractual". La circunstancia de no saber el acreedor, de no conocer el hecho de la recuperación de la prenda, excluye el error propio de la estafa y la consiguiente disposición patrimonial. El delito será otro pero nunca estafa. El desconocimiento del hecho delictuoso es incompatible con la inducción en error: si hubo inducción hay conocimiento, y si no hubo conocimiento, tampoco hubo inducción. El que la sustracción o recuperación de la prenda obedezca a un plan fraudulento preexistente, no es bastante para configurar la estafa, como erradamente lo supone Maggiore.

En contraste con el autor citado, Sebastián Soler y Manzini se manifiestan partidarios de la tesis que hemos defendido.

Si al acreedor se estafa una cosa dada en prenda por otra persona, es decir, el estafador es diferente al dueño del objeto, la calidad de prendaria nada tiene que ver en la calificación del delito. Es indiferente en tal caso que el objeto sea o no de su propiedad.

38.- CUARTO ELEMENTO.- PERJUICIO AJENO.- El hecho -- del agente, además de proporcionar a sí mismo o a otro un provecho ilícito, ha de irrogar un daño al paciente o a tercera persona para que el delito de estafa se configure, claro está, con la concurrencia de los otros elementos consitutivos. El daño o perjuicio es, en términos generales, un mal, un menoscabo, la pérdida de algo, la disminución de un valor, la agravación de un deuda u obligación cualquiera, etc. Pero el perjuicio propio de la estafa no es de cualquier naturaleza. Es indispensable que reúna cuatro condiciones para que adquiriera consideración penal. Tales condiciones son:

- a) El perjuicio debe ser ajeno;
- b) El perjuicio debe ser ilícito;
- c) El perjuicio debe ser real; y
- d) El perjuicio debe ser económico.

Cuanto al primer requisito no hay dificultad alguna en reconocer que el perjuicio ha de causarse a persona diferente del actor. De afectar el hecho el patrimonio del agente, sin irrogar daño alguno a terceras personas, desaparece la ajenabilidad y hasta el concepto mismo de daño, y, por ende, el delito de estafa. Aquí sólo resta agregar lo que en la p- aparte anterior ya consignamos: que el perjuicio es ajeno así recaiga sobre el patrimonio del paciente-sujeto pasible del error, o sobre el de distinto individuo, -sujeto pasivo, víctima de la infracción-. Esto, lógicamente se entiende, en el supuesto de que los dos sujetos no coincidan en una misma persona.

En lo que atañe a la e ilicitud del perjuicio baste señalar que se desprende necesariamente de la ilicitud del provecho obtenido por el delincuente. Y además, como lo observa Maggiore, siguiendo a Cesáreo-Consolo, que no es indispensable requerir expresamente en la ley tal ilicitud, puesto que la construcción "daño-ilícito" resultaría pleonástica, porque el daño del delito es siempre injuria datum (contra derecho).

En lenguaje corriente es dable hablar de daño lícito, en el evento de ejercicio arbitrario de las propias razones, pero ese daño no asume estimación jurídica en lo penal. Todo daño de esta naturaleza, ya se dijo, debe ser contra derecho.

Las condiciones restantes, realidad o efecti-

vidad y carácter económico, las estudiaremos en numerales separados, en atención a su importancia.

39.- EL PERJUICIO DEBE SER REAL.- En el capítulo lo segundo de la primera parte dijimos que de acuerdo con la ley colombiana la estafa es un delito de doble resultado, ya que demanda la producción cierta del provecho y del -- perjuicio. De tal suerte es menester que la conducta antijurídica genera un daño efectivo, real, objetivo. El peligro de que ese daño se origine no es suficiente para la configuración criminal del hecho; es indispensable para -- ello que el daño exista plenamente, que se concrete en una lesión, desventaja, menoscabo o pérdida de naturaleza patrimonial. El daño potencial no basta.

La efectividad del daño se deduce de la redacción del art. 408: "el que.....obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro. La expresión "obtenga un -- provecho ilícito" unida inmediatamente, sirviéndose de la preposición "con", a la locución "perjuicio de otro", e -- equivale a decir "el que obtenga un provecho ilícito con -- el cual ocasione un perjuicio a otra persona". La infle-- xión "obtenga", pues, tanto vale para exigir la realidad -- del provecho como para requerir la efectividad del perjui-- cio. De no ser así, el legislador habría usado redaccio -- nes diferentes, tales como "el que obtenga un provecho i-- lícito que perjudique o pueda perjudicar a otro"., o tam-- bién "el que obtenga un provecho ilícito con el propósito de inferir daño a otro", etc.

De la certeza y realidad del perjuicio se sigue que la frustración de las llamadas en derecho civil meras expectativas o simples posibilidades, que por sí solas no constituyen derechos, no irroga daño alguno. La tutela pe -- nal no ampara esas meras expectativas, v.g. la posibilidad

de heredar. doctrina que prohíbe la naturaleza jurídica del perjuicio, especialmente sistematizada por Carlos -- Bindig. El perjuicio debe concretarse en algo. Al decir de Maggiore, debe consistir en alguna ~~sea~~ disminución del patrimonio, positiva o negativa (daño emergente o lucro cesante), y ser efectivo y cierto. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento (artículo 1614 C.C.). Es importante diferenciar el lucro cesante, disminución negativa, de las meras expectativas. En aquél hay derecho -- toda obligación supone un derecho correlativo -- al paso que en estas el derecho no ha nacido. Sin ser, sin existir, no pueden recibir daño.

§0.-EL PERJUICIO DEBE SER ECONOMICO.-- No hay unanimidad en orden a establecer la naturaleza del perjuicio propio de la estafa. Dos bandos se disputan la primacía en este campo. Uno propugna por la índole económica y otro defiende el carácter jurídico.

Quienes sostienen el perjuicio económico --González Roura, Maggiore, Beling y, en general, los comentaristas alemanes e italianos-- dicen que es forzoso, para determinar si el perjuicio se ha o no operado, confrontar el patrimonio de la víctima antes y después del acto antijurídico. Si ese patrimonio ha sufrido disminución como consecuencia del hecho, el perjuicio se ha ocasionado, tiene vida real. En cambio, si permanece igual o ha aumentado, el daño no se ha inferido, el perjuicio ha dejado de producirse. Entonces sólo en el primer caso la estafa se consuma, no así en el segundo.

La doctrina que prohija la naturaleza jurídica del perjuicio, especialmente sistematizada por Carlos -- Binding, la explica M. Jiménez Huerta de esta manera: "Al jurista no le incumbe comparar el valor crematístico -- de la prestación y de la contraprestación -- teoría económica --, sino que debe interesarse por dilucidar si el sujeto pasivo ha recibido aquello a que tenía derecho en virtud del contrato o del acto jurídico de que se trate" (Tomado de Luis Carlos Pérez, ob. y vol. cit.).

Planteado el debate en los términos precedentes resulta fácil conciliar las opiniones encontradas. La teoría económica se desentiende por completo de una cuestión fundamental: la relación de causalidad entre la conducta antisocial y su resultado o, mejor, sus resultados. Pretende ubicar el problema y encontrarle solución dentro de límites restringidos: el solo perjuicio. De otro lado, la tesis jurídica, si bien entrevé la relación causal, le resta importancia y trata de absorberla en el elemento dañoso de la conducta. A guisa de absolutistas, -- por querer resolver en una sola dos situaciones diversas, aunque intimamente vinculadas, incurren cada una por su lado, en una falla sensible. Falla, a la vez, de defecto y confusión. De defecto, en cuanto resume en gran parte de la problemática de la estafa en el solo punto de la naturaleza del perjuicio. De confusión, puesto que fusionan y mezclan en uno dos elementos de la infracción. Pero las fallas indicadas no conducen a desvalorizar las tesis en forma terminante. Justo es reconocer que las dos tienen mucho de verdad.

Los autores que preconizan la naturaleza crematística aciertan al proponer la comparación de patrimonios, para deducir o no la existencia del perjuicio. Para nosotros es incuestionable que si la conducta del agente no origina una mutación perjudicial en el patrimonio de-

la víctima, mutación susceptible de valoración económica, el delito no nace a la vida jurídica, pues la estafa tutela el patrimonio de las personas y es ese patrimonio y no otro instituto el que tiene ~~se~~ que soportar la lesión. De tal suerte la confrontación es necesaria, aún en los eventos en que el ilícito se comete en virtud de un cambio de valores. En estos casos, como lo anota Beling, para resolver si existe daño patrimonial debe tenerse en cuenta el valor de lo dado en cambio por el autor (como sus - traendo).

Los comentaristas defensores de la índole jurídica aciertan en lo que dice relación a la causalidad del hecho del actor y del daño recibido. Pero, se repite, en forma implícita, sin concederle la importancia que reviste. Forzoso es resaltar en este punto que no nos referemos a la comparación entre lo dado y recibido sin ninguna consideración de valor que propone Beling, ya que ello equivaldría a dar carta de naturaleza al enriquecimiento sin- causa, a la lesión enorme, etc., según el caso. Aludimos únicamente a la operación de debe realizar el juzgador en busca del nexo causal entre las maniobras engañosas, el error y el perjuicio.

En resumen, nuestro concepto se concreta en estas dos proposiciones:

1a.- El perjuicio propio de la estafa siempre debe ser de naturaleza económica; la conducta antijurídica debe ocasionar una mutación perjudicial en el patrimonio de la víctima.

2a.- Es de todo punto indispensable el nexo causal, que requiere estudiarse como otro elemento constitutivo de la estafa, independientemente del perjuicio y de los demás presupuestos legales.

Con las premisas expuestas se soluciona fácilmente el problema del animus donandi, que como corolario de la adecuación de naturaleza al perjuicio aparece en la esfera doctrinaria. Se preguntan los doctrinantes si el perjuicio tiene entidad jurídica, más aún, si existe realmente cuando la presunta víctima no desconoce la significación dañosa de su disposición patrimonial. En otras palabras, si hay perjuicio en los caso en que la disposición patrimonial se realiza a sabiendas de su condición dañosa. Los mismos que lanzan el interrogante contestan cada cual a su manera. De entre las diversas respuestas insertamos las de Beling y Maggiore, opuestas entre sí.

Dice Beling: "Si el engañado, si bien movido por el error a que ha sido inducido por el autor, toma una disposición cuyo significado perjudicial no desconoce (p.ej. regala) se daña él a sí mismo (o al tercero), pero no lo daña a él el autor".

Maggiore alega: "El daño existe aun cuando la persona haya dado gratuitamente, sin retribución, pero con algún fin determinado (como en caso de cuestación, de oblación, de limosna obtenida con artimañas), ya que --- sin la inducción a error el donador no habría sido despojado de lo suyo.

Siguiendo a Beling el ánimo liberal quita toda significación al error, y el engaño creador de éste, engaño que constituye la nota específica de la estafa en relación con los demás delitos que atentan contra el patrimonio, no cuenta para nada en la apreciación de la conducta del delincuente. Dicho de otro modo, la conducta del sujeto pasivo, por el solo hecho de su liberalidad, descarta la criminalidad de la conducta del sujeto activo. La conciencia de la donación transforma el acto-

antijurídico en actividad lícita, permitida, sin sanción penal, no obstante que el despliegue de artificio y la consiguiente falsa apreciación. Así, la persona que obtiene dineros haciendo creer a otra, por medio de engaños, que es su padre y que está en situación de penuria económica, no estafaría, pues el presunto hijo dispuso de sus dineros con intención de regalarlos.

Bien se advierte de lo expuesto en el párrafo anterior que la tesis es insostenible. Los extremos a que lleva demuestra, mejor que otras argumentaciones, lo deleznable de su estructura. Es inconcebible pretender que un hecho posterior -la disposición liberal es posterior- sirva para convertir en lícito un hecho ilícito anterior -los engaños destinados a crear el error preceden al ánimo donandi-. Con tal criterio se llegaría a justificar el disparate de Soler que adjudica carácter delictuoso a la disposición de la víctima y no a la conducta del agente. Si han mediado artificios y error el perjuicio se produce plenamente, por más liberalidad que anime al ofendido. Otra cosa es la disposición donataria sin que concurren los engaños y el error. Aquí es muy lógico que no puede hablarse de estafa. Pero los dos fenómenos son bien diversos y hasta diametralmente opuestos. En últimas, la teoría de Beling falla en toda la línea. Resta hacer hincapié únicamente en que la falla es consecuencia lógica del desprecio de la relación causal como elemento constitutivo de la infracción.

El razonamiento de Maggiore nos parece acertado. La previa inducción a error hace indiferente la intención de donar o el interés de obtener una contraprestación. Lo que juega en la estafa es el medio empleado para conseguir el provecho y no el estado anímico del inducido a error. De otra manera la obtención de un provecho ilícito por medio de engaños o artificios inductores a error, he-

cho a todas luces antijurídico, cobraría perfiles de licitud, con lo cual el campo de acción de la ley se limitaría extraordinariamente por crecida sustracción de materia. Piénsese en la infinidad de estafas que quedarían impunes en nuestro medio, en donde un enraizado espíritu religioso ofrece campo propicio al delito, ya pretextando el apoyo a obras pías, ora esgrimiendo la defensa de la religión frente a extrañas ideologías políticas, bien proclamando la necesidad de acometer la construcción de sanatorios, hospitales, refugios infantiles, etc.

A la opinión de Maggiore apenas cabe observar el haberse detenido a mitad de camino, no ahondando en el estudio del nexa causal, a vislumbrado en sus palabras pero no analizado expresamente.

Cerramos el presente aparte con la anotación de que nuestro código acoge la doctrina económica según se colige, en concepto de Luis Carlos Pérez que aceptamos con la única reserva de que en vez de propiedad debe leerse patrimonio, "no del texto escueto de la ley, sino del bien jurídico tutelado por ella: la propiedad". Añadiendo, además, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 408, la relación de causalidad es indispensable para estructurar la infracción, tal lo pasamos a ver.

41.- QUINTO ELEMENTO.-DOBLE RELACION DE CAUSALIDAD.- Una vez probados los artificios o engaños, la inducción en error, el provecho ilícito y el perjuicio ajeno, corresponde al juzgador indagar el nexa causal entre esos diversos elementos. Comprobada la íntima relación entre ellos es posible penar por delito de estafa. De otra manera la infracción no se configura, no adquiere estructura jurídica penal.

En desarrollo de los cuatro primeros elementos fijamos ya bastante de nuestro criterio en lo concerniente a la causalidad. También hicimos ver la carencia de un estudio a fondo sobre el tema -por lo menos en los autores consultados- y la insuficiencia con que ha sido tratado. Nos queda apenas para analizar en este punto en qué consiste el doble ~~hexo~~, exponiendo previamente y de manera perfunctoria los atisbos que sobre él hemos encontrado en la doctrina y en la jurisprudencia.

Alusiones esporádicas, tímidas referencias, enunciados incompletos, en fin, ligeros atisbos se encuentran en el campo teórico en relación con lo que se estudia. Para no abundar en citas insertamos a continuación los conceptos de cuatro eminentes penalistas.

Von Beling, aun cuando a otro propósito, opina: "El autor debe haber ocasionado el perjuicio patrimonial con su proceder engañoso. Y ello de modo que el engañado, a consecuencia del error, emprenda una disposición patrimonial perjudicial". La expresión "con" resaltada por las comillas y el giro "a consecuencia del error",-- permiten concluir que Beling, así sea de manera tácita, recaba la relación de causalidad como indispensable para que el delito surja a la vida jurídica.

Saltelli y Romano Di Franco, también a otro propósito, expresan: "En el caso de estafa consumada el problema de la idoneidad o inidoneidad del medio no es más que un aspecto del problema del valor causal que puede atribuirse a la conducta del agente en relación a un determinado efecto. De modo que, para el delito de estafa, sin la necesidad de una indicación expresa, del mismo modo que para todo otro delito, el magistrado deberá determinar, si en realidad, el error se debe a medios idóneos puestos en práctica por el agente, consistentes-

en artificios o ardidés". El texto copiado de manera explícita se refiere al valor causal, pese a que lo desnaturaliza refiriéndolo a la idoneidad de los medios engañosos.

Quien mejor trata el tema es Sebastián Soler, autor que ofrece con sus palabras amplio margen para sostener, no ya una simple relación sino un nexo doble. Hé aquí su parecer: "Dentro del proceso sucesivo a los hechos que integran una estafa, la situación del error podría decirse que es central. Debe ocupar un lugar intermedio entre el ardid y la disposición patrimonial, y con ambos ha de mantener una estrecha relación de razón suficiente. El ardid debe haber determinado el error y éste, a su vez, debe haber determinado la prestación!"

Las palabras preinsertas de Soler plantean la cuestión de manera clara. El error es el punto central y sirve de referencia al hecho anterior, esto es, al engaño, y al hecho posterior, o sea, a la prestación constitutiva del perjuicio. Se evidencia así dos relaciones que tienen un término en común. En la una el error actúa como efecto y como causa en la otra. Por razones de método estudiaremos las dos clases de vínculo en numerales separados.

42.- PRIMER NEXO CAUSAL.- Cronológicamente los engaños o artificios ocupan el primer lugar en la cadena de hechos del delito. Inmediatamente después está el error. Entre unos y otro debe existir una relación de causa a efecto: los engaños deben producir el error, es decir, servirle de causa eficiente, y éste de efecto necesario de aquéllos. Si el enlace no se presenta en la forma dicha, por más despliegue de ardidés que se lleve a cabo y por más

error en que se incurra, la estafa no nace a la vida del derecho. Es el caso de la preexistencia del error: aquí falla la relación de causa a efecto, pues el error no es producto de los artificios, existía con anterioridad. No es entonces consecuencia de la conducta del agente.

Claramente nuestro código se refiere a este primer nexo causal. Los términos del artículo 408 así lo demuestran. "El que induciendo a una persona en error -- por medio de artificios o engaños", es redacción que demanda de modo necesario el vínculo estrecho, el ligamiento íntimo de causa a efecto. Los artificios han de destinarse a crear el falso concepto o la falsa situación. Producidos estos su causa única ha de ser la actividad engañosa. Inducir en error por medio de artificios o engaños, es expresión equivalente a "error causado con artificios o engaños", o también a "error resultante de engaños o artificios", etc.

En la Comisión Redactora se hizo hincapié sobre este punto al discutirse el artículo originalmente -- propuesto así: "Al que por medio de artificios o engaños o induciendo a otro en error se procure....." El doctor Lozano y Lozano combatió tal redacción por varios -- aspectos, uno de los cuales atañe a la punición de la -- simple inducción en error, sin que medien ardidés o engaños. En efecto, en el acto 203 se lee lo siguiente:

"En cuanto al artículo, estima (Lozano y Lozano) que es demasiado amplio porque según la redacción -- bastaría el inducir a otro en error, aunque no hubiere -- artificio o engaño para que se incurra en la pena allí -- prevista, y en tales circunstancias habría que aplicar -- les prisión a casi todos los ciudadanos, toda vez que en el comercio generalmente se induce en error al comprador ponderando o exagerando la calidad de los artículos. Por

otra parte es muy difícil, si no imposible, separar el error en que incurra la víctima del artificio o engaño empleado por el agente del delito. Más adelante se lee: "En armonía con estas ideas presenta la siguiente fórmula: art. El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños....." (Tomado de El delito de Estafa.- Bernardo Botero Mejía-en Estudios de Derecho").

Los restantes miembros de la Comisión aceptaron las observaciones del doctor Lozano y aprobaron la fórmula sustitutiva que es la misma que aparece en el artículo 408 vigente. Como se ve la Comisión fue muy explícita en materia de causalidad del error, resaltando de manera precisa el vínculo entre los engaños o artificios y el error. Ciertamente es que la norma definitiva no habla expresamente de ella, pero también lo es que una indicación de esa naturaleza no es necesaria, como bien anotan Saltelli y Romano Di Franco, ni en este delito ni en ninguno otro, con lo cual los jueces no quedan exonerados de averiguar esa relación causal en todas las infracciones que sea menester.

43.- SEGUNDO NEXO CAUSAL.- En acápite precedente insertamos -

las palabras de Soler, según las cuales el error ocupa un lugar central en el proceso sucesivo de los hechos integrantes de la estafa. Sin reservas adherimos a aquel concepto en razón de la verdad que encierra, verdad que se palpa sin esfuerzos ni análisis, es, de modo evidente. De tal suerte es preciso señalar que el proceso delictivo es susceptible de dividirse en dos etapas: hasta el nacimiento del error la una, y de éste hasta la culminación normal de la infracción la otra. En la primera se requiere el nexo causal estudiado en el número anterior, y en la segunda la rela --

ción de causa a efecto entre el error y el perjuicio.

El efecto de la primera relación obra como causa en la segunda. El error, pues, debe generar el perjuicio que se concreta en la disposición patrimonial dañosa, realizada, ya por el paciente, ya por el ofendido. Si entre uno y otro no media esa relación íntima, necesaria, de causalidad eficiente, la estafa no surge a la vida, desde luego que la conducta, pese a su ~~ainti~~ antijuridicidad, e carece de un elemento constitutivo de la infracción.

El nexos causal comentado se deduce también de la letra del artículo 408, por el enlace gramatical de las locuciones de que se sirve. La continuidad de las frases prueba nuestra aserción. El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho lícito con perjuicio de otro. De aquí se concluye la exigencia de una causalidad diferente a la primera. El perjuicio debe sobrevenir a consecuencia del error en que fue inducida la persona. Si la situación difiere, valga decir, si el perjuicio no nace inmediatamente en el error, no se comete el delito de estafa previsto por la ley penal.

La Corte Suprema de Justicia resalta este vínculo en la jurisprudencia que insertamos a continuación:

"Es claro que entre la entrega del bien -fin --perseguido- y el empleo de los medios engañosos o artificios fraudulentos, debe existir una relación de causalidad; es decir, que estas dos situaciones no pueden subsistir independientemente la una de la otra, sino la segunda como consecuencia necesaria de la primera, porque roba la relación de causalidad, el delito no sería de estafa, sino que podría configurar cualquiera otra infracción".

Se advierte de la transcripción que la Corte re funde en una las dos relaciones, pasando inadvertidamente sobre el error, pidiendo el enlace únicamente entre el ar

did y el perjuicio. Claro que implícitamente alude a la causalidad entre engaño y error, pero creemos que es -- más jurídico distinguir las dos situaciones diversas, ya ~~p~~ que es posible encontrar en determinada conducta el - nexa causal primero sin que se presente el segundo, y - viceversa, y en ambos casos el ilícito no se configura- rá. Sobre el particular nos remitimos a lo dicho al tra- tar del error posterior y el error preexistente, y de - la naturaleza económica del daño.

====OoOoO====

SECCION SEGUNDA

TIPOS ESPECIALES

CAPITULO PRIMERO.- ESTELIONATO

44.- CONCEPCION DEL ARTICULO 409.- Los hechos ti

pificados por el art. 409 del C.P., recibieron en la antigüedad el nombre de estelionato propiamente tal, y así han pasado a las leyes civiles. Se considera que su comisión encarna delito de estafa en algunas ocasiones y una infracción simplemente civil en otras. Veamos el contenido de la norma legal:

"El que enajene como propia una cosa, a sabiendas de que es ajena, o como libre sabiendo que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada, incurrirá en arresto de un mes a dos años y en multa de cincuenta a mil pesos".

La exégesis de esta disposición ha originado una diversidad de opiniones acerca de su utilidad práctica. Los comentaristas aducen razones en pro y en contra, las cuales analizaremos a medida que avance nuestro estudio.

Lo primero que se nos ocurre frente al texto -

del artículo 409, es señalar que en la legislación argentina también se encuentra tipificado dicho delito en el numeral 9o. del artículo 173 del código de la materia, el cual sanciona al "que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y al que vendiere, gravare, o arrendare como -- propios bienes ajenos".

En este aparte indicamos de una vez que la disposición prevé dos casos diferentes, así:

1o.- Enajenación de bienes ajenos, a sabiendas, como propios.

2o.- Enajenación a sabiendas de bienes gravados, embargados, o se secuestrados, como libres.

De manera separada trataremos los dos eventos, pero antes dedicaremos la atención a las dificultades que se han puesto de manifiesto por algunos autores con relación a la utilidad de la regla, como también a los elementos constitutivos de la infracción por ella tipificada.

45.- CONSTITUYEN ESTAFA LOS HECHOS PREVISTOS POR EL ARTICULO 409?

Unánimemente se acepta que los hechos tipificados por el artículo 409 constituyen delitos de estafa. No conocemos o -- piniones en contrario, esto es, que hablen de infracciones de otra naturaleza, de delitos especiales diferentes a ella. En nuestro concepto la tesis es acertada en parte, -- por las razones que en adelante explicaremos.

La disposición comentada se encuentra dentro -- del capítulo quinto, del título 16 de la parte especial -- del código, capítulo cuyo epígrafe reza "De la estafa".--

Esta circunstancia bastaría para concluir que se trata de un delito de estafa.

La única diferencia sustancial, al decir de Luis Carlos Pérez, radica en la proporcionalidad de las penas: más graves en el 408 que en el 409.

Las circunstancias anotadas y otras de alguna consideración dan margen para concluir que el artículo de marras consagra delitos de estafa y no otra clase de infracciones. Se pregunta, entonces, por qué motivos el legislador separó determinados hechos para darles un régimen de especialidad, sustrayéndolos de la acción directa de la regla general? La respuesta ofrece, a su vez, otro interrogante: es de utilidad la normación especial o, por el contrario, no presta ningún servicio práctico?

La exégesis teórica y la aplicación práctica -- han demostrado que no existen motivos bastantes para ceder razón al legislador en su tarea separatista. Se ha encontrado igualmente que la tipificación especial origina una serie de dificultades que vuelve oscuro lo que debería ser claro. En tal virtud se aboga por una reforma en el sentido de suprimir la norma especial, dejando que los hechos por ella establecidos se penen de acuerdo con el artículo 408, que obvia los escollos y facilita la acción de la justicia represiva.

Los reparos al artículo se hicieron en la misma Comisión Redactora. El doctor Lozano y Lozano pidió la supresión, con este sencillo pero sustancioso alegato: "Si el comprador ha sido inducido en error porque el vendedor ha cometido una simulación, un engaño, consistente en presentarse como dueño sin tener tal carácter, el acto queda comprendido dentro del artículo 408. Pero si el hecho que se contempla en la fórmula no constituye una estafa, debe

suprimirse del código" toda vez que la ley civil permite la venta de cosa ajena-.

Como ya lo dijimos, Luis Carlos Pérez sostiene que la sola diferencia de penas entre los dos mandatos legales no justifica el precepto especial, lo que indica su inutilidad y el acierto de Lozano y Lozano al pedir la supresión. De nuestra parte agregamos que tal diferencia, si jurídicamente se cree necesaria, se garantiza -- sin necesidad de mandato especial, con la aplicación de las señaladas en el artículo 408, reguladas de acuerdo con las reglas del artículo 36 del código que a la letra dice:

"Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente"

Nos parece, también, que hay una diferencia -- más importante que la señalada por Pérez. Se trata de que el artículo 408 reprime un delito de lesión, a tiempo que el 409 sanciona un delito de peligro. Esta proposición la explicaremos al tratar sobre los elementos constitutivos del estelionato.

No obstante las diferencias anotadas, creemos que la crítica de Soler a la disposición pertinente del código argentino cae muy bien a la nuestra. La fórmula no es indispensable, observa dicho penalista; su subsistencia en la ley es más perturbadora que aclaratoria.

Sin embargo de lo expuesto los defensores del régimen de especialidad no han faltado. Gutiérrez Anzola y Rendón Gaviria se manifiestan partidarios de ella, in-

vocando la gravedad y la generalización en la vida ordinaria de los hechos contemplados por la norma en estudio. Además, Rendón Gaviria afirma que tales medios de estafa fueron materia de disposición especial en nuestro código, para ~~ante~~ evitar toda interpretación errónea que sobre la ilicitud de un acto de tal naturaleza pudiera presentarse al definir los aspectos civiles y penales de la enajenación. El argumento no convence y ya tendremos oportunidad de demostrar que el fin perseguido no se consiguió y, que por modo opuesto, las dificultades se multiplicaron en número y en calidad.

La inutilidad del precepto y los obstáculos interpretativos que comporta se verán más claramente en los numerales siguientes en los que intentaremos el análisis de todos los temas que suscita, así en el campo teórico como en el de la práctica judicial.

46.- PRIMER CASO.- ENAJENACION DE COSA AJENA -
COMO PROPIA.- El artículo 409 consagra en

primer término la enajenación de cosa ajena como propia. El aparte pertinente de la obra es del tenor siguiente:

"El que enajena como propia una cosa, a sabidas de que es ajena....." incurrirá en arresto de un mes a dos años y en multa de cinco a mil pesos".

Del texto copiado se deducen los elementos constitutivos del delito, que conviene estudiar uno a uno por imperativos de método y para procurar la mayor claridad posible en los diversos aspectos que se desprenderán de los términos empleados.

No compartimos la opinión de Rendón Gaviria en el sentido de que esta disposición comporta los elementos

comunes de la estafa, tal como ella está definida en el artículo 408. Tampoco asentimos en el dicho de Luis Carlos Pérez, según el cual la figura del artículo 409 debe estar subordinada por completo a la del 408, por contener la primera todos los elementos de la segunda: el ardid del vendedor, el error en que por esta causa incurre el comprador, el provecho indebido de aquel y el perjuicio patrimonial de éste. En nuestro concepto son diferentes los elementos estructuradores de una y otra modalidad de la estafa. De acuerdo con la redacción del 409 tales elementos son cuatro y no cinco que son los requeridos por la norma general. Los elementos constitutivos del estafionato son:

- 1o.- Contrato de enajenación.
- 2o.- Cosa ajena como objeto del contrato.
- 3o.- Ficción de propiedad.
- 4o.- Elemento a sabiendas.

Para rechazar las tesis de Rendón Gáviria y Luis Carlos Pérez, en relación con los elementos constitutivos de la norma en comentario, nos asisten varias razones, a saber:

a) El artículo 409 no exige artificios o engaños para inducir en error, de la naturaleza de los pedidos por el 408. Ya se vio que el silencio y la simple mentira no son bastantes para configurar la estafa prevista por la regla general. Pero nada impide que sí se los tome en consideración para estructurar la estafa del artículo 409. El engaño propio de esta consiste en fingir la propiedad de una cosa ajena, ficción que la simple mentira y el solo silencio son capaces de constituir.

b) No existe razón valedera para pedir la inducción en error del artículo 408 en el 409. Si es verdad

que el hecho supone un error, este lo mismo puede ser pre-existente que posterior. Por tanto, se delinque así cuando el error es obra de la actividad del agente, como cuando es exclusivamente imputable a la víctima.

c) No siendo necesaria la inducción a error, desaparece la exigencia del vínculo causal entre el engaño y el error.

d) El artículo que se comenta sanciona la simple enajenación de cosa como propia a sabiendas de que es ajena, sean cuales fueren sus consecuencias. Establece así un delito de peligro y no una infracción de daño o lesión. No es preciso, entonces, la producción del provecho ilícito y del daño a tercera persona para que el delito se consuma plenamente. Claro que si estos se dan efectivamente, la pena a imponerse será más grave que cuando no se realizan, pero la mayor penalidad se fijará dentro de los límites previstos por la norma, y aplicando las reglas establecidas en la parte general del código.

e) Se refuerza la tesis de que el artículo 409 reprime un delito de peligro, si se observa que el artículo 410 agrava la sanción, cuando la cuantía del daño inferido pasa de cierto límite, pero tal agravación la refiere únicamente al artículo 408 y no al que reprime el estelionato, pese a estar colocado inmediatamente después de éste.

f) De lo dicho en los ordinales d) y e) se infiere que tampoco es indispensable la relación causal entre el error y la disposición patrimonial dañosa que estudiamos al tratar de la estafa, tal como ella está concebida en el artículo 408.

Hechas las anteriores consideraciones pasamos a estudiar cada uno de los elementos señalados, advirtiendo-

que el alegato precedente también es extensivo al segundo caso que prevé el artículo 409, el cual analizaremos posteriormente.

47.- PRIMER ELEMENTO.-CONTRATO DE ENAJENACION

Requiere la disposición legal la celebración de un contrato de enajenación. En lenguaje corriente enajenar es pasar a otro el dominio de una cosa, es decir, pasar de un sujeto a otro el derecho de propiedad. En el campo jurídico, especialmente en derecho civil, enajenar es crear, modificar o trasladar un derecho real sobre una cosa cualquiera que fuer este derecho: propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, prenda, herencia (Valencia Zea). Frente al concepto jurídico civil cabe preguntar si la enajenación prevista por la ley penal es de la misma naturaleza que la del derecho civil, esto es si tiene la misma extensión o se restringe, por el contrario, únicamente al significado corriente de traslado de propiedad. Las opiniones no concuerdan. Gutiérrez Anzola da a entender que sólo se refiere a la compraventa, aun cuando así no lo declare expresamente. Luis Carlos Pérez es partidario de la aplicación del concepto civil en la esfera penal. Al efecto dice:

".....el artículo 409 sanciona toda forma de enajenación. El texto no dice "el que venda como propia una cosa....." sino "el que enajene"....." No hay razón, pues, para restringir la ilicitud a la operación mencionada, sino que es preciso extenderla a todos los contratos de enajenación.

De nuestra parte nos inclinamos a creer que la ley penal sanciona apenas la compraventa, no obstante usar la expresión "enajenación", que podría indicar un significado más extensivo. Los demás contratos que impliquen

creación, o modificación o traslado de derechos reales, siempre que reúnan todos los elementos constitutivos de la estafa, deberán ~~pe~~ pensarse de conformidad al artículo 408. Estimamos que el legislador dio un tratamiento especial a la sola venta, atendiendo al mayor número de contratos de tal naturaleza que a diario se presentan; a los fraudes generalizados que con ella se cometen; al hecho de trasladar el derecho de propiedad, derecho considerado el más importante y de perfiles más sagrados que los otros derechos reales; reparando, en fin, en que este contrato es siempre oneroso a diferencia de otros, no todos, que pueden ser a título gratuito y en veces solamente a ese título como ocurre con la donación.

Por otro aspecto consideramos que el artículo 409 sólo reza con la compraventa, por así desprenderse de las discusiones en el seno de la Comisión Redactora. Lozano y Lozano al abogar por la supresión de la norma habló de comprador y vendedor únicamente, como se ve en el aparte de su alegato que en párrafo anterior insertamos. A su turno el doctor Parmenio Cárdenas, en referencia a la levedad de la pena fijada, habló igualmente de comprador y vendedor. Ninguno, pues, hizo alusión a contratos distintos a la venta. Por lo demás, las opiniones encontradas de los miembros de la Comisión se centran en el tema de la permisión en derecho civil de la venta de cosa ajena. Nada se dijo respecto a los demás contratos civiles que importan enajenación.

De manera que es a la venta exclusivamente a la que se refiere el artículo comentado, y no a ninguna otra clase de enajenación como lo pretende Luis Carlos-Pérez, a quien puede objetarse que, en el evento de ser más extensiva la disposición, se aplicaría únicamente a los contratos que trasladan la propiedad (compraventa, permuta, donación, sociedad, renta vitalicia), y en ma-

nera alguna a aquellos constitutivos de derechos reales distintos de la propiedad, o que transfieren los mismo. Esto, en atención al vocablo "propia" incluido en el precepto legal.

48.- EL CONTRATO DEBE PERFECCIONARSE.- Para la efectiva producción del primer elemento es menester que el contrato de enajenación exista jurídicamente, para lo cual es imperioso remitir el estudio a la ley civil.- El juzgador está obligado a determinar si el contrato ha nacido civilmente, para efectos de señalar si se ha o no consumado el ilícito.

Dejamos sentado ya que es a la compraventa el único contrato de enajenación a que se refiere la norma legal. Conviene entonces examinar cuándo se perfecciona tal contrato. El C.C. hace una muy importante diferencia entre cosas muebles y cosas inmuebles, diferencia que es forzoso contemplar en la esfera penal. De tal suerte, el juez debe observar el mandato del artículo 1857 del C.C., cuyo tenor es como sigue:

"La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

"La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.

"Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio que va a derribarse, los materiales que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a esta excepción".

En consonancia con el ordenamiento preinserto la compraventa requiere ser perfecta para que el delito se consume. Tratándose de bienes muebles el consentimiento acerca de la cosa y el precio basta para que el contrato exista jurídicamente. Pero es menester otorgamiento de escritura pública si la transacción recae sobre inmuebles o sobre arrendamientos y sucesiones hereditarias. Sin embargo, no sólo ha de atenderse a tales reglas. También es forzoso aplicar la disposición del artículo 1858 ibídem, en las ocasiones en que sea pertinente. Dice dicho artículo:

"Si los contratantes estipularon que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2o. del artículo precedente no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida".

Asimismo debe tenerse en cuenta la facultad de retractarse que concede a las partes el artículo 1860 de la misma obra (venta con arras), y lo relativo al plazo para el retracto fijado por el artículo siguiente.

49.- SEGUNDO ELEMENTO.-CONTRATO SOBRE COSA AJENA.- La compraventa que el agente lleva a término en calidad de vendedor, ha de tener como objeto una cosa ajena, esto es, que no sea de su propiedad. En ninguna ilicitud incurrirá, al menos frente al artículo 409, quien venda una cosa que le pertenece, cuyo dominio le corresponda enteramente. Se incrimina, pues, la venta de bienes ajenos. Así lo requiere expresamente la ley al decir "el que enajene como propia una cosa, a sabiendas de que es ajena....."

La materia que estudiamos, que a primera vis-

ta parece clara, despierta en el fondo serias dificultades, particularmente en lo que atañe a la permisión de la venta de cosa ajena que consagra el artículo 1871 del C.C. Sobre cuestión de tanto interés se ha suscitado una serie de comentarios encontrados, que es preciso puntualizar en numeral separado.

50.- APARENTE CONFLICTO DE LEYES.-- Algunos exé--
getas del C.P.

pretenden que existe evidente antinomia entre la ley civil y la penal, en lo que dice relación a la venta de cosa ajena. Encuentran ellos contradicción entre las disposiciones del artículo 409 del estatuto punitivo y las del 1871 de la legislación civil, con lo cual se presenta un conflicto de leyes, insoluble para unos y de difícil elucidación para otros. Copiados ya los términos de la norma penal, insertamos a continuación los del precepto civil citado. Dice:

"La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo".

En la misma comisión redactora Lozano y Lozano - dió a entender que el mandato penal contradecía el precepto civil, al pedir la supresión del artículo 409 con palabras que arriba transcribimos. El conocido jurista Jorge Enrique Gutiérrez Anzola se refiere de manera expresa a una "desarmonía legislativa". Veamos su opinión:

"La existencia de esta norma de carácter civil - no puede compaginarse bien con la penal que expresamente reprime el mismo hecho; sin embargo, todo indica que la validez del contrato no implica ilicitud (sic), aun cuando parezca raro que la ley civil le dé validez a actos que son ilícitos, pues si lo que penalmente hablando constituye un delito de estafa (venta de cosa ajena) es válido civilmen-

te, esto quiere decir que hay una desarmonía legislativa que no se compadece con la lógica".

El mismo autor ataca la venta de cosa ajena como acto que siempre implica ilicitud y manifiesta que cualquiera que fuere el caso la pena debe recaer sobre ~~eual~~ quien la lleva a cabo.

Por su parte, Rendón Gaviria también exterioriza sus temores frente a los mandatos legales que se ameritan, pero propone un criterio diferencial para despejar la pretendida dificultad de interpretación. Consiste tal criterio en distinguir la locución "enajenación" de la frase "venta de cosa ajena", pues la primera supone, en su sentir, el contrato seguido de la entrega de la cosa, y la segunda sólo entraña la obligación de entregar.

Vistas las posiciones de tan distinguidos comentaristas, trataremos de fijar la nuestra.

No compartimos la tesis de Gutiérrez Anzola, en razón de que no vemos ninguna desarmonía o antinomia legal. La facultad que concede el artículo 1871 del C.C. en manera alguna se opone a la sanción establecida por el artículo 409 del C.P. Dos razones nos asisten para sustentar semejante postulado. Son ellas:

la.- Por una sencilla regla de ontología jurídica no es posible que el ordenamiento jurídico se halle en manifiesta oposición. Aplicando, pues, el llamado axioma ontológico jurídico de contradicción la pretendida antinomia desaparece. En palabras de Eduardo García Maynes dicho axioma se traduce de la siguiente manera:

"La conducta jurídicamente regulada no puede hallarse al propio tiempo prohibida y permitida. Por qué?-- Porque si una conducta está permitida ello implica que re

presenta el ejercicio de un derecho, si una conducta está prohibida ello implica que constituye la violación de un deber, por tanto no es posible que una conducta represente al propio tiempo el ejercicio de un derecho y la violación de un deber, de donde se sigue que si una conducta está jurídicamente regulada no puede hallarse al mismo tiempo y en relación con el mismo sujeto, jurídicamente permitida y jurídicamente prohibida!

Con este principio se rompe por su base el alegato de Gutiérrez Anzola. La venta de cosa ajena no puede representar, a la vez, el ejercicio de un derecho consagrado por la norma civil, y la violación de un deber previsto por la ley penal. En derecho privado colombiano es válida, y por consiguiente lícita, la venta de cosa ajena. Su ejercicio, por lo mismo, en ningún caso constituye conducta antijurídica. En la esfera penal tampoco tal conducta deriva sanción alguna. El artículo 409 no reprime la simple venta de cosa ajena. Ni la letra ni el espíritu, pero ni siquiera los antecedentes de l precepto ofrecen fundamento para aseverar lo contrario. Se reprime exclusivamente aquella venta de cosa ajena que realiza el agente haciéndose pasar por el verdadero dueño a sabiendas de que no lo es. Como enseña Luis Carlos Pérez, se incrimina el fingimiento y jamás la simple enajenación. De tal suerte, se concluye, el artículo 1871 del C.C. establece el derecho de vender cosas ajenas a título de ajenas, y el artículo 409 del C.P., en el fondo, prohíbe esa venta a título de propiedad, sancionando al que viola la prohibición; prohibición que correlativamente supone el deber de abstenerse de vender como propias cosas que se saben son ajenas.

El mismo Gutiérrez Anzola sostiene nuestra tesis al tratar del delito de abuso de confianza. En oposición a lo dicho al tratar sobre la estafa del artículo 409 arguye que el 412 de la codificación penal al punir el abuso de confianza no contradice lo dispuesto por el 2246

del C.C., que permite disponer de dineros entregados en depósito en arca abierta. "La hipótesis -dice- aceptada como lícita por el Derecho Civil, debe ser armonizada con la disposición penal que se refiere al uso indebido porque no sería admisible que tenga el carácter de delictuoso en la Ley Penal el hecho que civilmente no sólo es tolerado sino lícito". Incurre así en una inexplicable contradicción, tanto más grave si se considera que la regla civil citada apenas presume el uso del dinero que no se entrega en arca cerrada, al paso que el 1871- que no se entrega en arca cerrada, al paso que el 1871- expresamente concede validez, y licitud por tanto, a la venta de cosa ajena.

2a.- El ataque de Gutiérrez Anzola peca también por un mal entendido jurídico. Confunde el contrato de venta con el cumplimiento de la obligación de entregar que dicho contrato genera. Esto es, confunde la causa con el efecto. Su desacierto se patentiza al expresar que "el dominio se transfiere por medio del contrato", postulado sin ningún respaldo en el campo del derecho privado. El contrato es simple título creador de obligaciones, sin fuerza para trasladar el dominio. Es la tradición la que opera el traslado de la propiedad, tradición que es modo de adquirir el dominio. Los títulos no crean ni transfieren la propiedad, lo que sí acontece con los modos. El aserto del jurista citado -- cabría si en nuestro derecho se siguiera el sistema -- francés, en el cual no se distingue entre título y modo, siendo la venta un medio de transferir el dominio, al tenor del artículo 1138 del C.C. Pero como tal cosa no sucede, no tiene el menor valor.

Tampoco convence el criterio expuesto por Rendón Gaviria para disipar las dudas acerca de la materia que tratamos. La diferencia que propone deja el problema en el mismo estado insoluble y quizá lo agudiza, desde luego que admite la validez de la venta de cosa aje-

na - del contrato se entiende- y descarga la sanción sobre el cumplimiento de la obligación originada en el contrato, es decir, sobre la entrega del objeto de la enajenación. Con semejante tesis se llegaría al absurdo de -- permitir el incumplimiento de las obligaciones del vendedor, sancionando en cambio el cumplimiento de las mismas. Por lo demás, se repite, la venta de cosa ajena, acompañada o no de la tradición es permitida en derecho privado. Y ahondando más, la tradición en nada influye para -- la licitud o ilicitud del contrato, puesto que es un hecho posterior, una consecuencia, y encaso alguno circunstancia integrante del mismo.

Las tesis de los juristas citados son consecuencias naturales de la teoría que considera que el artículo 409 incrimina un delito de lesión, teoría que desechamos por las razones enunciadas en anterior numeral.

51.- EL CONFLICTO APARENTE EN LA LEGISLACION ARGENTINA.

- También en Argentina se presenta el conflicto aparente de -- leyes. Los códigos civil y comercial de la nación austral permiten la venta de cosa ajena, aunque en el terreno civil dicha permisión es discutida. El código penal, a su vez, reprime en el numeral 9o. del art. 173- al "que vendiere o gravare como bienes libres los que -- fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y al que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos".

Tratando de armonizar las disposiciones de uno y otros códigos, los doctrinantes han ideado diversas -- teorías. De ellas parece la más acertada la que propugnan Moreno, Malagarriga y Soler, para quienes el delito se configura si en los contratos ha mediado un engaño o ardid por parte del vendedor, arrendador, etc. Al hablar de engaño o ardid caen, a nuestro modo de ver, en el mis

mo error en que incurren los teorizantes colombianos, queriendo identificar el tipo genérico de estafa -reato de lesión- con el tipo específico del estelionato -delito de peligro-.

También puede objetarse a los mentados tratadistas el hecho de pretender requerir para que el delito se estructure ardid de la naturaleza de los exigidos para la configuración de la estafa en su tipo genérico, siendo que en este caso, como ya se analizó oportunamente, la simple mentira y hasta el silencio son suficientes para producir la ficción de propiedad sobre cosas ajenas.

52.- LA RATIFICACION DEL DUEÑO NO DESCARTA EL DELITO.- El C.C. prevé caso de ratificación de la venta de cosa ajena por parte del verdadero dueño, determinando que esa ratificación confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta, es decir, desde la celebración del contrato. También dispone que se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición, si el vendedor adquiere con posterioridad a la venta y a la entrega el dominio de la cosa. Las normas pertinentes dicen:

Art. 1874.- La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta.

Art. 1875.- Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor ~~adquiere~~ adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición.

Las reglas preinsertas tienen alguna operancia en materia penal? Cumplidos los supuestos de tales artículos desaparece el carácter delictuoso de la enajenación de

cosa ajena?

Estimamos que la ratificación y la adquisición posterior del dominio por parte del vendedor ninguna fuerza tienen en orden a hacer desaparecer la criminalidad de la conducta del agente. La sola circunstancia de ser actos posteriores a la venta es suficiente para que no se consideren en la calificación del reato. El artículo 409 pena la venta, la simple enajenación de cosa ajena, sin ir más lejos, esto es, a las consecuencias. Para los únicos efectos que pueden operar la confirmación de la venta y la ulterior adquisición de la propiedad serían para los de la individualización de la pena. Claro que para determinar en cada caso concreto la sanción debe atenderse a factores tales como el menor o mayor daño, la disminución o agravación de las consecuencias, etc., guiándose al juzgador por los principios establecidos en la parte general del código.

Por otro aspecto, las hipótesis previstas por la ley civil tampoco descartan la ilicitud de la venta en virtud de constituir el estelionato un delito de peligro y no de lesión. Podría pensarse que, de considerarse un reato de daño, la ratificación y la adquisición posterior de la propiedad evitarían la producción del daño y dejarían de reportar al actor el ilícito provecho. Entonces sí sería dable afirmar que tales circunstancias influirían de modo efectivo en la estimación jurídica de la conducta del vendedor. Pero como tal cosa no sucede la posición acertada, nos parece, es aquella que desecha la operancia de las disposiciones civiles transcritas en punto a la licitud o ilicitud de la venta de cosa ajena como propia, a sabiendase del dominio de otro.

Admitir la tesis opuesta equivaldría, ni más ni menos, a validar la teoría de Puglia sobre la distinción del ilícito civil y el ilícito penal, teoría que sienta como criterio diferencial la reparación del daño infligido y sobre la cual fijamos ya nuestros puntos de vista.

Lo dicho hasta aquí es aplicable también a los preceptos de los artículos 955, inc. 2o. y 752, inc. 2o. del C.C., que se refieren respectivamente, a la acción de dominio -reivindicación- y a la tradición de cosa ajena.

53.- CASOS DE VENTA DE COSA AJENA.- Agotar el estudio de-

los múltiples casos particulares de venta de cosa ajena, susceptibles de consideración criminal, no es posible. De allí que en el presente aparte analizaremos, aunque sea de manera rápida, los que creemos más importantes dadas las dificultades de interpretación que pueden revestir.

a) Venta dentro del juicio.- Nos parece que el delito contemplado por el artículo 409 del C.P. puede cometerse dentro de un juicio ejecutivo. El estelionato se consuma en la siguiente hipótesis:

En un juicio ejecutivo el ejecutado dimita como bienes de su propiedad cosas ajenas. Adelantado el proceso se llega a realizar el remate de tales bienes y el juez aprueba el remate, Dichas diligencias se protocolizan, con lo cual la venta se perfecciona. Aclaremos, eso sí, que las cosas sean dimitidas como propias a sabiendas de que son ajenas.

En el supuesto que consideramos, vemos claramente la consumación de un delito de estafa del tipo del artículo 409. En efecto, el ejecutado ha vendido, ha enajenado una cosa que no le pertenece, pasando como propietario de ella, a sabiendas de que es ajena. Se cumplen así todos los elementos constitutivos de la figura. No vale en contrario el argumento de que la venta la realiza el juez, porque éste actúa apenas como un representante del ejecutado, quien es el verdadero vendedor.

No ocurre lo mismo cuando el juez suscribe a nombre de otro una escritura de venta, en virtud de no hacerlo la persona que por medio de una promesa de venta se ha comprometido a ello. En tal caso la suscripción del documento y la consiguiente enajenación de -- llevan a término sin el asentimiento del pretense vendedor, asentimiento que sí obra en el juicio ejecutivo por el mero hecho de la dimisión de bienes. Es posible que se dé una estafa del tipo genérico, presentándose todos los requisitos legales, pero en manera alguna habrá lugar a sancionar por estelionato.

Cuando se trata de venta dentro de juicio ejecutivo hay venta de cosa ajena, como lo señala Alessandri Rodríguez, en cita que hace Alvaro Pérez Vives en su obra "Compraventa y Permuta en Derecho Colombiano". De consiguiente, el delito aparece plenamente, -- claro está, si medió previo conocimiento de la calidad ajena de la cosa. Pues si tal conocimiento no se tenía el delito no se consuma.

Es diferente la situación del ejecutante que denuncia como propios del ejecutado bienes que sabe no le pertenecen. Esta conducta abiertamente antijurídica no corresponde al tipo de la estafa en ninguna de sus -- figuras. El delito consumado será otro, lo cual no interesa elucidar aquí por las especiales características de este trabajo.

b) Venta de cosa entregada con reserva de dominio.-- Para Rendón Gaviria la venta de una cosa que ha sido entregada con pacto de reserva de dominio (ley 45 de 1931, art. 10.) constituye infracción penal del art. 409. Para Gutiérrez Anzola, en -- cambio, se presenta un delito de abuso de confianza. Así lo manifiesta en la página 156 de su obra "Delitos contra la propiedad". Ante tal disparidad de criterios

se impone establecer primero en qué consiste la reserva de dominio, para luego sí determinar el preciso delito que se consuma con la venta.

La cláusula de no transferir el dominio de los bienes muebles sino en virtud de la paga del precio, en las condiciones en que el vendedor y el comprador tengan a bien, será válida, sin perjuicio de los derechos de los terceros poseedores de buena fe, dispone el inc. 2o. del art. citado. De su texto se deduce que el pacto tiene la fuerza de mantener el dominio en cabeza del vendedor, no obstante la entrega del bien. O lo que es lo mismo, hay simple entrega pero no tradición en sentido jurídico, pese a celebrarse y perfeccionarse el contrato de venta. El comprador recibe la cosa, pero no por ello se convierte en propietario. El título que le traslada la propiedad y la entrega subsiguiente no producen la plenitud de sus efectos, por obra de la cláusula de reserva.

Ahora bien; el sujeto que ha recibido determinado bien mediante contrato con cláusula de reserva de dominio, al venderlo enajena a sabiendas de que otro es el dueño y no únicamente se aprovecha de él para sí o para un tercero. El contrato de enajenación que realiza asume relevancia de elemento constitutivo de estelionato y, por lo mismo, el hecho cae dentro del artículo 409 y no dentro del 412 que incrimina el abuso de confianza. Este solo raciocinio bastaría para aceptar la afirmación de Rendón Gaviña y desechar la de Gutiérrez Anzola. Sin embargo, existen otras razones valiosas para asumir tal posición.

La simple venta no indica por sí sola ni produce el provecho requerido para que el abuso de confianza se presente, pues para esto, es menester que se cumplan las obligaciones ordinadas por el contrato. La celebración del contrato apenas impone obligaciones, no transfiere la

propiedad, y en tal virtud, la apropiación indebida no se consuma. Entonces, hay enajenación pero no apropiación in debida, pues aquella no demanda la efectividad de provecho alguno, al tiempo que ésta sí lo requiere.

De lo dicho en el acápite precedente se infiere que en el evento que se analiza no es abuso de confianza, que es delito de lesión, sino estafa del tipo del artículo 409, que es reato de peligro.

En la doctrina se distinguen cuatro formas de apropiación: consumisión, distracción, retención y enajenación. En nuestro derecho positivo las tres primeras -- configuran abuso de confianza. La enajenación constituye siempre estafa. Por tanto, la venta de cosa recibida con pacto de reserva de dominio es delito de estafa, por lo -- mismo que es enajenación de cosa ajena.

El caso propuesto es uno de los pocos en los -- que se facilita la prueba del elemento "a sabiendas" desde luego que el documento contentivo del contrato -- siempre que se haya extendido se entiende -- bastará para probarlo -- plenamente,

Otro argumento para impugnar la tesis de Gutiérrez Anzola lo ofrece el título por el cual la cosa ha sido entregada. Tal título es traslativo de dominio toda vez que se trata de enajenación, circunstancia que se opone a las exigencias del artículo 412, que reprime la apropiación de cosas muebles ajenas, confiadas o entregadas por un título no traslativo de dominio.

Por las razones expuestas se debe descartar la opinión que sostiene la comisión de un abuso de confianza, y aceptar la que afirma la consumación de una estafa, de conformidad con el artículo 409.

c) Venta de cosas entregadas mediante título no traslativo de dominio.- Cuando se vende una cosa que se ha recibido a título no traslativo de dominio, como prenda, depósito, consideramos también que la sanción aplicable es la señalada en el art. 409. Trátese de bienes raíces o bienes muebles la enajenación descarta el abuso de confianza. Como ya dijimos en el ordinal anterior sólo la consumisión, la distracción y la retención configuran el abuso de confianza, no así la enajenación que constituye estafa.

Si se admite que es abuso de confianza cuando la enajenación recae sobre bienes muebles, y estafa cuando se trata de bienes raíces, se introduciría en el derecho penal por parte del intérprete una distinción que el legislador no estableció. Tal cosa equivaldría a legislar por vía de interpretación, cuestión abiertamente anticonstitucional.

No vale en contra de nuestra tesis el alegato de que un hecho de tanta gravedad sea penado en forma leve; más leve que otros constitutivos de abuso de confianza que derivan sanciones más graves. El error y la injusticia de semejante diferencia deben achacarse al legislador, pero en ningún caso es admisible que el juzgador corrija tamaños entuertos. La falta de justicia que se echa de ver entre las dos situaciones, apenas sirve para abogar por una reforma que tienda a enmendarla. De otra parte es otro argumento más para demandar la derogatoria del art. 409, que se presta a tan absurdos efectos.

A propósito de la materia que comentamos, que no por el hecho de suponer apropiación) es pertinente subrayar -- que no por el hecho de apropiación la venta de cosa ajena mueble se presenta concurso de delitos de abuso de confianza y estafa. No hay concurso material ni formal, pues el pretendido abuso de confianza se subsume en la estafa, --

por ser aquel elemento constitutivo de ésta según la ley. Y siendo elemento constitutivo no puede tomarse independientemente para formar otro ilícito, como lo hace ver - Gutiérrez Anzola, aunque refiriéndose a la quiebra dolo sa.

d) Venta de cosa que se tiene a virtud de un contrato simulado.- Es éste un típico caso de la estafa del artículo 409. Quien vende una cosa que ha recibido mediante un contrato simulado, vende cosa ajena, porque el título que tiene no es bastante para constituirlo en dueño. Además, sabe perfectamente, sin la menor sombra de duda, que el dominio corresponde a la persona que le entregó la cosa con título simulado. Es tan claro el asunto que creemos superfluo insistir con mayores razones para demostrar la comisión de un delito de estelionato.

54.- TERCER ELEMENTO.- FICCION DE PROPIEDAD.-

Al estudiar el segundo elemento del estelionato, quedó bien claro que la ley penal no reprimer la simple venta de cosa ajena, permitida por la ley civil, sino el fingimiento del vendedor al hacerse pasar por el dueño de la cosa, no siéndolo en realidad. Por eso el artículo 409 dice textualmente: "El que enajene como propia una cosa, a sabiendas de que es ajena....." se requiere que el vendedor finja ser el propietario del objeto que enajena, sabiendo que pertenece a distinta persona.

También se analizó el llamado conflicto aparente de leyes, conflicto que no existe en razón de la exigencia del C.P. acerca de la ficción del dominio, exigencia que algunos juristas no relieván convenientemente, por lo cual creen ver una desarmonía legal entre las disposiciones civiles y los preceptos legales.

Para complementar el estudio, trataremos de establecer la diferencia que existe entre este elemento y los artificios o engaños propios de la estafa del art. 408, toda vez que no compartimos el que uno y otros sean totalmente equivalentes. De igual modo, y como consecuencia de la distinción, fijaremos la atención en lo concerniente al error que supone la comisión del estelionato.

No toda clase de ardid adquiere categoría de elemento estructurador de la figura en estudio. El legislador adoptó aquí un engaño específico, único, dejando por fuera todo artificio diferente. Ese único ardid consiste en fingir la propiedad de una cosa ajena. Si tal circunstancia no busca el engaño, o en otras palabras, si se engaña en sentido diverso a la ficción del dominio - por ejemplo, se vende un bien ajeno aduciendo y exhibiendo poder para enajenar conferido por el dueño, poder que a la postre resulta falso- el hecho no cae bajo la acción del artículo 409. Podría darse en tal evento un delito consumado o imperfecto del tipo genérico, pero la figura especial no se produciría. De manera que, por este aspecto, se quiebra la pretendida identidad entre la ficción y los ardidés. Claro que fingir la propiedad de una cosa ajena constituye engaño, pero la proposición inversa no es cierta, pues no todo engaño consiste en fingir dominio de algún bien.

El artificio propio de la norma del 408 no puede consistir en el silencio ni en la simple mentira. El engaño del estelionato, en cambio, sí se configura con ellos. No es necesario el despliegue de maniobras, la disposición de escenario de que hablan los franceses, pero ni siquiera la mentira eficaz; basta el aprovechamiento del error del paciente o de la víctima, pues no es menester la inducción en error. De la redacción del artículo 409 no se infiere - la tal inducción que Luis Carlos Pérez y Rendón Gaviria, al

igual que la Corte Suprema, proponen como elemento estructurador en la misma forma exigida para el tipo genérico. Es esta otra razón en apoyo de la diferencia que sustentamos. La distinción entre el engaño del 408 y la ficción del 409 se impone, si no se quiere desvirtuar el carácter propio de las dos disposiciones.

Cuanto al error, lo mismo cuenta el anterior o preexistente que el posterior o creado por el agente. A este propósito es dable observar que la inducción en error no es presupuesto necesario de la figura especial, no obstante presentarse siempre tal error cada y cuando se comete el estelionato. Nos parece exagerado y sobre todo en desacuerdo con el texto legal, pedir inducción a error en el caso que contemplamos. Sobre el particular es muy clara la ley y no admite desfiguraciones a título de interpretación.

De lo expresado en los párrafos anteriores se deduce que la ficción de propiedad, si bien constituye un engaño, no es de la misma naturaleza del ardid de la estafagénica. Demostrándose, por tanto, el desacierto de los teorizantes que los identifican de manera absoluta. Desacuerdo inexplicable, quizá justificable dentro de la teoría, igualmente errada, que proclama el estelionato como delito de lesión y que afirma que el artículo 409 debe estar subordinado por completo al 408, como lo quiere Luis Carlos Pérez.

55.- CUARTO ELEMENTO.-ELEMENTO "A SABIENDAS".-

El cuarto requisito legal para la producción del delito lo integra lo que en doctrina se conoce como "elemento a sabiendas". Consiste en el conocimiento cierto, total e inequívoco de que la cosa es ajena. Implica, -

pues, conciencia del derecho ajeno, lo que determina un estado positivo de conocimiento contra el cual actúa el agente, sin que tal conocimiento le sirva de freno a sus instintos criminales. En palabras del Tribunal Superior de Pa^sto, constituye el dolo específico de estedelito e implicaconciencia del dominio ajeno.

La circunstancia de conocer el delincuente el derecho ajeno es lo que califica la ilicitud de la conducta. A nadie escapa el respeto a la propiedad ajena y la violación de él, mediante la ficción de propiedad, resulta evidentemente ilícita, sin que valga alegato alguno para demostrar lo contrario. Hasta la simple razón natural enseña que peca contra la ley y la justicia.

El conocimiento del derecho ajeno debe ser pleno, inequívoco, sin margen de dudas. De otra manera el delito no nace a la vida jurídica. En este punto compartimos las palabras de Luis Carlos Pérez, contenidas en el parte que insertamos a continuación:

"La plena conciencia de la ilicitud, que el artículo caracteriza con el elemento A SABIENDAS, desaparece con la duda o incertidumbre sobre si en realidad la cosa pertenece al vendedor, o a otra persona. Así, no es delito la venta de derechos litigiosos, ni la enajenación de determinada parte de un bien comunal. El vendedor debe saber que por este medio defrauda injustamente el patrimonio ajeno".

Desarrollando la exposición de Pérez, opinamos que hay incertidumbre acerca del verdadero propietario tratándose de derechos en litigio. Quien los enajena, es posible que, decidida la litis, resulte ser el verdadero titular. También la hipótesis opuesta es valedera. Pero precisamente la condición litigiosa excluye el conocimiento cierto y consecuentemente el delito. Lo que se

vende y se compra en estos casos está afectado por la incertidumbre, corriendo el riesgo de las consecuencias el comprador, sin perjuicio naturalmente de las acciones consagradas para el caso por el C.C.

Lo dicho sobre la enajenación de derechos en litigio se aplica únicamente cuando el vendedor es una de las partes de la litis, o sea, cuando el agente disputa el dominio. Una persona extraña a la controversia judicial, que no tiene la menor conexión con los derechos discutidos, mal puede ampararse con la exclusión que se predica, toda vez que la enajenación que realice será siempre venta de cosa ajena. La duda en relación el con verdadero dueño no quita el carácter ajeno al bien vendido en tales condiciones.

Todo lo dicho acerca de los derechos litigiosos es aplicable a la venta de una parte determinada de un bien comunal. La hipótesis de que la parte determinada puede o no corresponder, al verificarse la división del bien comunal, al vendedor, supone la duda acerca del verdadero propietario.

56.- PRUEBA DEL ELEMENTO "A SABIENDAS".--Acertadamente ma

nifiesta el Tribunal Superior de Pasto que el elemento "a sabiendas" es parte esencial del cuerpo del delito y debe, en consecuencia, estar probado plenamente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 205, 206 y 273 del C. de P/P/. Las dos primeras normas en cita se encaminan a establecer lo que se entiende por prueba plena o completa y la manera de estimarse dentro del proceso. El artículo 273 alude expresamente al elemento que se estudia. Su texto reza:

"Cuando la ley penal exija que un hecho, para ser delito se haya cometido a sabiendas o con alguna otra circunstancia semejante, dicha circunstancia debe aparecer

plenamente comprobada para que haya cuerpo de delito".

De acuerdo con la disposición copiada, el conocimiento de la calidad ajena de la cosa vendida es menester acreditarlo procesalmente para que la sanción pueda imponerse. ~~Así como~~ ~~Además~~ Aún más, tal prueba se requiere para dictar auto de vocación a juicio, desde luego que dicha providencia no procede sin comprobación plena del cuerpo del delito, según mandato del artículo 429 de la obra prementada.

El medio probatorio idóneo para determinar el elemento a sabiendas es la prueba indiciaria, según doctrina de la Corte. Nos parece correcta la posición de nuestro máximo tribunal, ya que la prueba ideal que sería la confesión no desvirtuada, casi siempre dejará de producirse. En la mayoría de los casos, si no en todos, la inferencia indiciaria servirá como único elemento de prueba. La importancia de los indicios y su carácter exclusivo en orden a comprobar el previo conocimiento, se ponen de presente al considerar que ese conocimiento es algo interno, subjetivo del delincuente, que en muy raras ocasiones se traduce en hechos positivos.

De lo dicho alrededor de la prueba del elemento a sabiendas se deduce que es muy difícil establecerlo en la práctica. Es, pues, un elemento elusivo de comprobación, generador en no pocas veces de impunidad. Para obviar este problema y tecnificar el estatuto de la estafa, lo indicado sería derogar el art. 409, dejando los hechos por él contemplados bajo la acción del 408, más acorde con los principios jurídicos. La exigencia del conocimiento previo deja muy mal parada la especial protección que se quiso dar a la enajenación de bienes con el establecimiento de un delito de peligro diferente al de daño que constituye la estafa propiamente tal. Se advierte aquí las consecuencias perjudiciales del sistema ambiguo -

adoptado por el legislador en la tipificación de la estafa. Se comprende así cómo no es justo pedir la producción de daño en unos eventos, y sancionar en otros por el solo peligro de un posible perjuicio.

57.- NEGOCIACION DE SOLARES AJENOS.- En el estado de es

tados antisociales, decreto 0014 de 1955, aparece una disposición destinada a contemplar como estado de especial peligrosidad un hecho similar a la venta de cosa ajena que acabamos de estudiar. Se trata del numeral 29 del art. 7o., que a la letra dice:

"Se consideran en estado de especial peligrosidad:

.....

27) Quien dos o más veces negocie solares pertenecientes a parcelaciones o urbanizaciones, a sabiendas de que no es el dueño de ellos, o comisionado o mandatario legalmente autorizado".

La norma en referencia tipifica como estado pre delictual el hecho que el C.P. reprime como delito. En general, negociar es lo mismo que enajenar. En estas condiciones, se pregunta, de qué manera se armonizan los dos preceptos? Porque entre ellos se presenta un conflicto, no sólo de carácter sustantivo, sino también de naturaleza procesal, desde luego que la competencia en uno y otro caso difieren: del estado de peligrosidad conocen los funcionarios de policía y del delito los funcionarios de la rama jurisdiccional.

En el capítulo destinado al análisis de los principales temas de derecho procedimental relacionados con la estafa, estudiaremos el conflicto adjetivo de leyes. Por ahora, nos concretamos a elucidar lo atañedor al con-

flicto sustantivo.

El decreto se sirve de la inflexión "negocie" que al parecer tiene un más vasto campo de acción que el término "enajenar". Recordamos en este punto que enajenar equivale, para los efectos del artículo 409 del C.P. a vender. De tal manera nos parece lógico admitir que el estado antisocial hace referencia a aquellos contratos de enajenación diferentes a la compraventa, o lo que es lo mismo, a los contratos que crean, modifican o trasladan un derecho real sobre una cosa, cualquiera que fuere este derecho: propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, prenda, herencia. Entendiéndose, como es natural, excluido el contrato de compraventa.

Desde otro punto de vista es preciso tener en cuenta que el decreto se refiere específicamente a "solares pertenecientes a parcelaciones o urbanizaciones" y no a toda clase de bienes.

Conviene señalar también que se requieren dos hechos para configurar el estado antisocial. Uno solo no alcanza a constituirlo.

De otro lado debe resaltarse el hecho de que el estado predelictual no consiste propiamente en la ficción de propiedad, que es lo que acrimina el código, sino en la negociación de solares pertenecientes a parcelaciones o urbanizaciones, sin que interese el que la negociación se haga a título de propiedad o en carácter de comisionado, mandatario, representante, etc. sin serlo en realidad.

Con las premisas expuestas resulta fácil conciliar las disposiciones que a primera vista aparecen contradictorias. En tal virtud, lo dicho puede resumirse así

a) Se aplica el artículo 409 del C.P. cuando se trata de compraventas de toda clase de bienes ajenos, compraventa que realiza el agente a título de propiedad, y a sabiendas de que no le pertenece.

b) Se impone las sanciones previstas por el decreto 0014 de 1955, cuando el actor ha llevado a cabo dos o más contratos de enajenación diferentes a la compraventa sobre solares pertenecientes a parcelaciones o urbanizaciones de propiedad ajena, a sabiendas de esta circunstancia o de que no es comisionado o mandatario legalmente autorizado con el dueño.

58.- SEGUNDO CASO.- ENAJENACION DE BIENES GRAVADOS, EMBARGADOS O SECUESTRADOS.- El segundo -

caso previsto por el artículo 409 es el que dice relación con la venta de bienes afectados por algún gravamen, secuestro o embargo. La persona que anajena un bien en tales condiciones y haciéndolo pasar como libre, incurre en las sanciones fijadas por la norma en cita, -- cuya parte pertinente dice:

"El que enajene.....una cosa como libre sabiendo que tiene algún gravamen o que está embargada o secuestrada, incurrirá en arresto de un mes a dos años y en multa de cinco a mil pesos."

Tres situaciones especiales prevé el texto legal, así:

- 1a.- Enajenación de cosa gravada;
- 2a.- Enajenación de cosa embargada, y
- 3a.- Enajenación de cosa secuestrada.

Veamos así sea someramente en qué consiste ca-

da una.

la.- Los gravámenes a que se refiere el artículo son los derechos reales constituídos sobre la cosa, fuera del de propiedad, afirma Luis Carlos Pérez. Y agrega que entran en esta categoría el derecho de hipoteca, los de usufructo, uso y habitación, el de servidumbre y el de prenda. Deja por fuera el derecho de herencia, enumerado como real por el artículo 665 del C.C. Estamos de acuerdo con la exclusión porque la enajenación de una cosa perteneciente a la masa hereditaria es enajenación de un objeto cuyo dominio preciso y determinado se desconoce, pues está en duda antes de la partición. En tal evento la compraventa ni siquiera puede ser de cosa ajena. De otro lado, la herencia no es gravamen ni derecho que limite la propiedad.

Además de los derechos reales enunciados existe otra institución de derecho civil constitutiva de gravamen y limitativa del derecho de propiedad. Nos referimos al fideicomiso que es la constitución de la llamada propiedad fiduciaria. Se llama propiedad fiduciaria -dice el artículo 794 del C.C.- la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. Por mandato del artículo 793 ~~ibidem~~ el fideicomiso limita el derecho de dominio. Atendiendo a estos ordenamientos se advierte claramente que la enajenación de un bien que se tiene en ~~o~~ propiedad fiduciaria es enajenación de cosa gravada y, de consiguiente, infracción penal sancionada por el artículo 409 del estatuto penal. A este respecto cabe anotar que no es pertinente el alegato sobre el desconocimiento del verdadero dueño, pues de lo que se trata es del gravamen que limita la propiedad y no de la condición ajena del bien.

La Corte en sentencia reciente dice que en tratándose de propiedad fiduciaria el delito que se comete es

un abuso de confianza. Así se deduce del siguiente párrafo: "El delito de abuso de confianza no solamente se comete --- cuando lo entregado se subordina a aquellos contratos que no transfieren el dominio, como el de arrendamiento, comoda to, prenda, mandato y depósito, sino también cuando proviene de actos de tenencia jurídica o fiduciaria".

Los gravámenes a que hemos hecho alusión requieren estar constituidos validamente, en la forma prevista por la ley civil, para que puedan considerarse penalmente. Los actos o contratos que suponen han de llenar la plenitud de las formalidades exigidas legalmente. Así, no habrá lugar a incriminar la enajenación de una cosa cuya hipoteca no consta en escritura pública, pues la hipoteca no existe realmente por más que medie escritura privada o cualquier otro convenio o circunstancia aprobatoria. La misma consideración --- corre para los demás eventos que requieren formalidades solemnes para su perfeccionamiento. De todos modos, la preexistencia de los gravámenes debe acreditarse procesalmente de manera plena.

La disposición penal reprime únicamente la enajenación de bienes gravados a título de libres. La constitución de un gravamen sobre bien ajeno, o la ocultación de un gravamen ya existente para constituir otro, son hechos que no caen dentro del artículo que comentamos. Rendón Gaviria dice que ellos derivan la pena del artículo 408, concuerdan todos los elementos constitutivos de la estafa genérica. Nos parece acertada la solución en el campo legal. En el terreno judicial, sin embargo, es indicado destacar la injusticia consagrada por la ley al contemplar situaciones semejantes con procedimientos diversos y opuestos entre sí. Al efecto, nótese que la enajenación de bien gravado, el sólo contrato de enajenación, es penado por el código. En cambio, la constitución de un gravamen sobre bien ajeno y la constitución de otro ocultando el ya existente, por el solo con

trato, esto es, sin que originen perjuicio y provecho ilícitos, no son reprimidos penalmente. En la primera hipótesis se sanciona un delito formal, no así en las dos restantes, para reprimir las cuales es menester la producción de daño al patrimonio ajeno.

2a.- El embargo, que siempre es judicial, es un instituto de derecho privado que saca las cosas del comercio, o lo que es lo mismo, que impide la libre enajenación de los bienes que afecta. En la venta de cosas embargadas hay objeto ilícito por ministerio del artículo 1521 del C. C. La ley civil sanciona con nulidad absoluta el contrato sobre cosa embargada y la ley penal lo tipifica como delito en el artículo 409.

3a.- Secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una desición a su favor, preceptúa el inc. lo. del art. 2273 del C.C. Puede ser convencional -constituído por el solo consentimiento de las personas que se disputan el bien litigioso-, o judicial -constituído por decreto del juez-. Quien vende una cosa secuestrada haciéndola pasar por libre, se hace responsable de la infracción prevista por el artículo 409 del C.P. A lo dicho es indispensable agregar que la sanción se impone, lo mismo si se trata de las personas que disputan la cosa, que si se trata del secuestro o de terceros. En el primer caso porque se vende cosa secuestrada, y en los otros porque la venta recae sobre bienes ajenos. Las dos hipótesis son consideradas por el mismo precepto.

59.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.- Los elementos constitutivos del caso en estudio son los mismos analizados en la venta de cosa ajena, con las aclaraciones que se hacen en se-

guida:

a) Para el primer elemento, contrato de enajena-

ción, debe tenerse en cuenta todo lo dicho al revisar la enajenación como libre de cosa ajena.

b) El segundo elemento es la enajenación de cosa gravada, embargada o secuestrada. Aquí ya no se exige que el objeto del contrato sea un bien ajeno. Puede ser propio o pertenecer a distinta persona. No obstante, se impone distinguir la situación de quien vende cosa ajena afectada por algún gravamen, embargo o secuestro, diciéndose dueño de ella, y acreditándola como libre. El tema es materia propia del estudio del tercer elemento, el que pasamos a aclarar.

c) Como tercer elemento se requiere la ficción, no ya de propiedad sino de libertad del bien. La ley re--prime el fingimiento, el ocultamiento del gravamen, embargo o secuestro y no la simple enajenación. La eventualidad propuesta en el ordinal anterior creemos da lugar a un concurso de delitos. Pero, qué clase de concurso? Ideal o formal, contestamos. No es material porque no obstante --mediar una ficción de propiedad y otra de libertad, el hecho es uno solo por ser una sola la enajenación. Por otro aspecto, ese hecho viola más de una disposición legal, aun cuando en contrario se alegue que las dos situaciones están previstas en un único artículo. Al expresar el artículo 31 del C.P. "el que con un mismo hecho violare varias disposiciones de la ley penal", no equivale necesariamente el término "disposición legal" con la locución "artículo". Un mismo artículo puede contener dos o más disposiciones legales, como sucede con el 409 que dicta dos disposiciones diversas: una sobre la venta de cosa ajena y otra acerca de la enajenación de bienes gravados, embargados o secuestrados. El que para las dos consagra idéntica pena no implica unidad de disposición. Ahora bien, como no hay sanción más grave, la pena aplicable será la única prevista por la norma aumentada hasta en una tercera parte. Es la mejor interpretación que hemos encontrado

al artículo 31 en concordancia con el 409. La que mejor consulta en nuestro criterio los principios de justicia y equidad. Pues no sería justo que se imponga la misma pena a quien sólo enajena como propio un bien ajeno o a quien únicamente enajena como libre un bien gravado, embargado o secuestrado, que a quien realiza la enajenación como propio y como libre de un bien que al mismo tiempo es ajeno y está afectado por un embargo, secuestro o cualquier gravamen.

d) El elemento a sabiendas implica en este caso el conocimiento de la existencia del gravamen, embargo o secuestro. Radica en tal conocimiento la ilicitud de la conducta del delincuente. Todo lo dicho sobre este presupuesto legal en numerales anteriores es aplicable para este caso.

=====oOoO=====

El código francés de 1890 amplió la protección penal para defender a los menores, pero sólo en determinadas circunstancias, limitando en la general las directrices de la legislación francesa.

CAPITULO SEGUNDO

ABUSO DE NECESIDADES O DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS

60.- ANTECEDENTES DEL ARTICULO 411.- Siguiendo la intere

sante relación que al respecto trae Luis Carlos Pérez en su obra citada, ensayaremos una breve historia del delito tipificado por el artículo 411 del estatuto penal vigente.

La infracción prevista por el artículo en cita tuvo su origen en el código francés de 1810, que estableció el llamado delito de "usura contra menores". De aquí lo tomó la legislación española de 1850, que lo consagró en el artículo 406 del código de la materia. Pasó luego a la italiana de 1890 y posteriormente encontró cabida en las leyes punitivas de los diversos países.

La disposición originaria del código francés castigaba "el abuso de las necesidades, de las debilidades o de las pasiones de un menor, para hacerle suscribir, en su perjuicio, obligaciones, finiquitos, descargos, préstamos de dinero o de cosas muebles, o efectos de comercio o de cualquiera otra especie y cualquiera que fuere la forma en que la obligación haya sido hecha o disfrazada".

El código italiano de 1890 amplió la protección penal para defender a todas las personas, pero sólo en determinadas circunstancias, siguiendo en lo general las directrices de la legislación francesa.

Entre nosotros se conoce el delito a partir del código de 1873, cuyo artículo 621 es bastante parecido al texto francés. Hé aquí su redacción:

"El que abusando de la debilidad o de las pasiones de un menor, o de cualquiera que esté sujeto a interdicción judicial por incapacidad física o moral, consiguiera hacerle firmar una escritura de obligación o deliberación o finiquito, por razón de préstamo de caudales o efectos, o hubiere percibido de dichas personas alguna cosa vendida, empeñada, cambiada, arrendada o depositada sin la debida autorización, sufrirá arresto....."

En términos parecidos el código de 1890 estableció el delito en el artículo 834.

En 1922 se promulgó la ley 109, de efímera vigencia, que consagró en el artículo 358 una fórmula acorde con la nueva doctrina, en el sentido de ampliar la tutela a otras personas diferentes a los menores de edad. De dicha ley pasó al artículo 411 actual, cuyo tenor insertamos:

"El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, y abusando de las necesidades, de las pasiones, del estado de enfermedad o deficiencia psíquica de una persona o de su inexperiencia, la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudiquen, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años y en multa de dos a mil pesos".

"Si se realizare el perjuicio, la pena será de uno a siete años de prisión".

La redacción transcrita difiere sustancialmente -

del precepto italiano del código actual, en cuanto éste restringe el abuso de necesidades, pasiones o inexperiencia a los menores de edad, al tiempo que aquel no hace -- tal limitación. Para que se vea más claramente la diferencia transcribimos el artículo 643 italiano:

"El que, para obtener para sí o para otros algún provecho, abusando de las necesidades, de las pasiones o de la inexperiencia de una persona menor de edad, o abusando del estado de enfermedad o deficiencia psíquica de una persona, aunque no esté en interdicción o inhabilitada, la induzca a realizar un acto que implique algún efecto jurídico perjudicial para ella o para otros, será castigado con reclusión de dos a seis años y con multa de dos mil a veinte mil liras".

Comparando los dos preceptos nos parece que el lombiano satisface mejor los principios de una sana tutela jurídica. No vemos razón de peso para dejar por fuera de la acción legal el abuso de las necesidades, de las pasiones o de la inexperiencia de los mayores de edad. La única que podría aducirse sería de orden histórico, pero precisamente el avance doctrinario pone de manifiesto el error de la limitación en que incurre la legislación italiana y lamentablemente otros países que la siguen. Lo mismo se puede abusar de un menor que de un mayor de edad en las condiciones expresadas. Y si tal acontece, nada justifica la restricción, ya que ningún respaldo encuentra en principios razonables de derecho o de cualquiera otra ciencia. Si bien es más factible el abuso de menores, como lo comprueba la experiencia judicial, ello no excluye la posibilidad del abuso de mayores de edad, como también lo demuestra la práctica diaria.

61.- EL ARTICULO 411 SANCIONA LA TENTATIVA.--

Si se considera que comete estafa quien realiza alguno de los hechos tipificados por el artículo que--

se revisa, resulta que se reprime expresa y específicamente la tentativa, lo cual nos parece un error del legislador. Esta disposición quiebra el sistema establecido para acriminar la estafa en el artículo 408, con el cual se diferencia en -- que no es necesario la producción efectiva del provecho y -- del perjuicio como elementos constitutivos, puesto que apenas exige la potencialidad de los dos, el ánimo de que se realice. La afirmación se comprueba con la simple lectura del inciso 2o., que agrava la pena si el perjuicio se da positivamente. De manera que el delito toma cuerpo con el propósito apenas de inferir daño y obtener un ilícito provecho, agotándose si tales fenómenos se realizan.

Con Gutiérrez Anzola sostenemos que más técnico -- habría sido agravar la sanción del artículo 408 cuando concurren las circunstancias relatadas por el 411, y no tipificar una figura especial, como en efecto se hizo. Pero ya que tal cosa sucedió no queda sino analizar la norma en dicho sentido. De esta suerte no vemos contradicción alguna o ~~enfl~~ conflicto de leyes, que el citado autor parece ver, entre este artículo y el 16 del C.P., que dicta las reglas aplicables en caso de tentativa, y que a la letra dice:

"El que con el fin de cometer un delito, diere -- principio a su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas de su voluntad, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras -- partes del máximo de la señalada para el delito consumado".

En nuestro concepto debe estarse al artículo 411, no tanto por ser disposición posterior, sino por constituir un ordenamiento especial, al paso que el 16 es de carácter general. Una interpretación así consulta el principio de -- hermenéutica jurídica previsto por el artículo 5o. de la -- ley 57 de 1887, según el cual la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. Además, nada se opone a que el legislador tipifique como de-

lito autónomo la tentativa, por razones de política social -discutibles en algunos casos, como en el presente-, como ocurre con los mandatos de los artículos 116, 228, 259 y otros del C.P. Finalmente, se impone distinguir que el artículo 411 consagra un delito en sí, y el 16 se refiere exclusivamente al que con el fin de cometer un delito de este principio a su ejecución, pero no lo consumare por circunstancias ajenas de su voluntad. En tales condiciones el propósito de obtener un provecho ilícito es por sí solo hecho delictuoso, y no tentativa, por ministerio de la ley, debiéndose, por tanto, sancionar como delito autónomo.

Tampoco participamos de la tesis de Gutiérrez - Anzola, en el sentido de que el código italiano únicamente agrava la sanción en casos semejantes. La simple lectura del artículo 643 desmiente la aserción. El que no aparezca en tal norma el inc. de nuestro art. 441 no es fundamento plausible para sustentar dicha proposición. Por lo demás, el precepto italiano establece una pena sin referirse a otra señalada por diferente norma y pide apenas el ánimo de lograr un provecho sin exigir que sea ilícito o injusto, razones de peso para proclamar la especialidad de la infracción y no la mera agravación.

62.- LA ESTAFA DEL 411 Y LA EXTORSION. - El delito en comen-

tario no requiere de artificios o engaños para consumarse. En vez de ellos demanda una especie de violencia moral que lo asemeja al delito de extorsión, consagrado por el artículo 406. Sobre el particular Rendón Gaviria escribe: "En el caso del artículo 441 el artificio no existe. El hecho se comete abusando de ciertos estados económicos, afectivos, pasionales, patológicos, anormales de deficiencia mental de la persona ofendida, lo que en nuestro sentir entraña una especie de violencia moral que -

da al delito notorias semejanzas con la extorsión, sin lo-
grar constituir esta infracción por no aparecer de manera
positiva la coacción". De acuerdo con lo dicho podría con-
cluirse que se trata de una extorsión presunta.

Insertamos la disposición relativa al delito de
extorsión, en orden a aclarar el análisis que se está ha-
ciendo.

"El que por medio de amenazas o violencias o si-
mulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y --
con el fin de obtener para sí o para un tercero un prove-
cho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar
o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capa-
ces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión -
de ocho meses a cinco años.

"En igual sanción incurrirá el que por los mis-
mos medios, obligue a otros a suscribir o destruir do-
cumentos de obligación o de crédito".

Confrontando la redacción transcrita y el texto
del artículo 411, ya copiado, encontramos que éste entraña
relaciones más estrechas con la extorsión que con la esta-
fa. Nos inclinamos a pensar que el abuso de necesidades -
o de otras circunstancias tiene más de violencias o amena-
zas -criterio específico de la extorsión- que de artifi-
cios o engaños - elementos distintivo de la estafa-. En-
efecto, las condiciones menesterosas, pasionales, afecti-
vas, patológicas, de deficiencia mental, etc. que acompa-
ñan a la víctima, imprimen a los hechos abusivos induda-
bles características de amenaza o de violencia moral. A -
este mismo objeto importa destacar que la ley no distin-
gue entre violencia física y violencia moral. De otro -
lado, las amenazas de que habla el artículo 406 no son o-
tra cosa que violencia moral. Entendidos así el espíritu-
y los términos de la disposición en cita, no es osado ---

concluir que el artículo 411 reprime hechos especiales -- constitutivos de delito de extorsión.

Atendiendo a principios de técnica jurídica, nos parece que habría quedado mejor colocar el artículo 411 -- como inciso del 406 y el inciso 2o. de aquel incluirse co- mo artículo final del capítulo 3o. del título 16, ya que contiene una disposición que hace falta en dicho apartado legal, desde luego que en todas las hipótesis ~~que~~ los ar- tículos 406 y 407 la sanción requiere agravarse, cuando -- quiera que el provecho cristali- ce positivamente.

63.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.-- La figura delictiva consagrada

por el artículo 411, por las causas expuestas -- anteriormente, no demanda la producción de los mismo ele- mentos estatuidos para el tipo genérico de la estafa. Tam- poco participa plenamente de las exigencias pedidas para el estelionato. En tal virtud, son diferentes los presu- puestos necesarios para surja penalmente. De conformidad con el texto del precepto ameritado, tales presupuestos -- son cinco. Se enumeran:

- 1o.- Propósito de obtener un provecho.
- 2o.- Ilícitud del provecho perseguido.
- 3o.- Abuso de necesidades o de otras circunstan- cias.
- 4o.- Inducción a realizar un acto jurídico.
- 5o.- Acto jurídico perjudicial.

Separadamente se tratarán los lementos enuncia- dos.

64.- PRIMER ELEMENTO.--PROPOSITO DE OBTENER UN PROVECHO.-- Muy clara es la ley sobre este -- particular. Al agente de la infracción debe

moverlo la finalidad de obtener un provecho. Si su voluntad no se encamina a la consecución de alguna ventaja o lucro el hecho cambia de calificación.

Es indiferente que el provecho trate de conseguirse para sí o para terceras personas. La norma hace alusión expresa a las dos situaciones. El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho, comienza la letra del artículo 411. No hay, pues, lugar a distinción en esta materia.

Aun cuando no es indispensable, repetimos una vez más que no es menester que el provecho se dé realmente. El simple abuso de las condiciones de inferioridad reseñadas por la norma, con la intención de procurarse un provecho, configura el delito. Si esa intención se traduce en realidad, el delito se agota, agravándose la penalidad.

Como se advierte, basta la potencialidad del provecho. Sin embargo, es necesario que el provecho buscado sea de orden económico. Si no es de naturaleza creativa, susceptible de valoración pecuniaria, no se da el reato contemplado. Ya se dijo que las disposiciones del título XVI del C.P. tutelán exclusivamente las relaciones jurídico patrimoniales de carácter activo. A este propósito no aceptamos el que el perjuicio simplemente moral sea suficiente, como lo pregona Maggiore.

El propósito de obtener un provecho debe ser inequívoco y aparecer, y por lo mismo, plenamente probado, ya que es tal cosa lo que se reprimer. De otra manera la pena no procede.

65.- SEGUNDO ELEMENTO.-ILICITUD DEL PROVECHO
Propuesto.- EL SEGUNDO ELEMENTO constituti

vo del delito de abuso de necesidades o de otras circunstancias, consiste en la ilicitud del provecho perseguido por el agente. De consiguiente no todo provecho conduce a la acriminación de la conducta. Lo dicho se infiere de los términos utilizados por el artículo que se analiza. En lo pertinente se lee:

"El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito".

En qué radica la ilicitud?. En que el lucro o ventaja patrimoniales que se persiguen no sean secundum jus, sino contra derecho, sin respaldo en lo jurídico. Ilícito, repetimos, es aquello no debido moral, legal ni jurídicamente, lo que carece de juridicidad, lo que no puede exigirse con arreglo a las disposiciones legales.

Si el fin de los abusos es lícito, esto es, si el provecho que pretende derivarse tiene respaldo en derecho, el fenómeno asume perfiles de ejercicio arbitrario de las propias razones, cuestión que ya estudiamos en capítulo anterior. Pero no por ello se convierte en lícito el abuso, que siempre será antijurídico por el mismo hecho de ser abuso y recaer sobre personas afectadas de condiciones de inferioridad, de naturaleza corporal o psíquica. No obstante, la infracción o contravención resultante no encuadra dentro del artículo 411. Sobre el particular nos remitimos a lo consignado en los numerales 33 y 37.

La condición ilícita del provecho perseguido no la pide el código italiano. de manera explícita. Seguramente porque lo que protege la ley es, ante todo, el patrimonio de las personas incapaces con criterio de interés público, contra cualquier forma de aprovechamiento doloso -según interpretación de Maggiore- no se exija expresamente la ilicitud. Sin embargo, la ilicitud, o in --

justicia, de la ventaja perseguida es una nota característica que debe tenerse en cuenta para la represión de los abusos.

66.- TERCER ELEMENTO.- ABUSO DE NECESIDADES O DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS.- Lo que distingue esencialmente es

este delito, a más de su carácter formal, del tipificado por el 408, es el abuso de las condiciones de inferioridad presupuestas por la norma en el sujeto pasivo de la infracción. Desaparece aquí el artificio para dar paso al abuso.

Abuso vale tanto como mal uso, indebido uso de alguna cosa, exceso en el ejercicio de algún derecho o autoridad, arbitraria disposición de la confianza depositada en alguien, aprovechamiento injusto de algo.

Este elemento constitutivo se presenta, de conformidad con el precepto legal, en cinco casos diversos; esto es, puede darse en cinco estados o circunstancias padecidas por el ofendido, a saber: a) estado de necesidad, b) estado de enfermedad, c) estado de deficiencia psíquica, d) estado de inexperiencia y e) estado pasional.

Cada uno de tales estados se estudian separadamente en los párrafos anteriores, advirtiéndose de una vez que el delito se consuma con el abuso de uno solo de ellos. Sería insensato pedir el abuso de todas las circunstancias expresadas. Se castiga en cada caso; no es menester por tanto la producción de todos los abusos reseñados.

a) Estado de necesidad.- El hombre no es más que un actor que tiene

por escenario la naturaleza, se ha repetido incesantemente. La naturaleza, a tiempo que le ofrece los medios para subsistir, lo coloca en situaciones tales en las

que no le es dado prescindir de alguna cosa, en las que debe atender de manera absoluta a ciertas exigencias de su constitución humana, así sean de orden interno o externo. De otro lado, la vida en comunidad que por imperativo sociológico desarrolla a través de su existir, de su tránsito temporal, le crea una serie indefinida de relaciones con sus semejantes, relaciones que originan o obligaciones que cumplir, derechos que respetar, etc. Todas esas exigencias, situaciones e imperativos constituyen la infinita gama de las necesidades humanas. Ningún ser viviente se encuentra libre de ellas. Los mismos animales y los vegetales se hallan afectados de múltiples necesidades. Sólo que el ente racional siente y pondera en forma inteligente tales imperativos, por lo cual toman estos en él características de más absoluto requerimiento.

El hombre, sujeto por antonomasia de necesidades, vive continuamente urgido por ellas. Ni un solo instante puede liberarse. Satisfechas unas inmediatamente surgen otras. Ni filosóficamente ni a ningún título es dable considerar un hombre libre de urgencias económicas, fisiológicas, morales, o de otra naturaleza. En tal virtud todo ser pensante es pasible de necesidades, y, por lo mismo, de soportar los abusos previstos por la ley como constitutivos de delito.

Para Luis Carlos Pérez "las necesidades son situaciones materiales o anímicas a las cuales es muy difícil sustraerse o resistir. De ordinario, crean conflictos que obligan a hacer algo que normalmente no se ejecutaría o se ejecutaría de distinta manera". Necesidad es cualquier exigencia de nuestra vida, sea orgánica, intelectual o moral, escribe Maggiore. El abuso de alguna o algunas de esas exigencias, producidos los demás requisitos legales, configura el delito que analiza-

mos. No se trata, como podría suponerse por algunos autores, entre nosotros Rendón Gaviria, de necesidades exclusivamente económicas, sino de todo orden de imperativos vitales. Lo contrario sería limitar excesivamente, y sin razón lógica valedera, la tutela jurídica.

Adviértase que aquí el estado de necesidad o -bra como elemento estructurador de la figura delictiva. Es, por ello, diferente el papel que desempeña al que juega el estado de necesidad como causal de justificación. Son dos fenómenos diversos y, si se quiere, opuestos.

b) Estado pasional. - La vida afectiva del hombre está determinada por tres órdenes de procesos psíquicos: pasional, sentimental y emocional. Interesa fijar, así sea someramente, el concepto de pasión^o de estado pasional, cuyo abuso en las circunstancias contempladas por la ley origina un hecho delictuoso.

A partir de Kant se ha sostenido que la pasión es una enfermedad, un fenómeno esencialmente patológico. - El avance científico, sin embargo, ha permitido establecer que es un fenómeno de la psique humana más concretamente. Para no abundar en citas insertamos el concepto que de la pasión ofrece el profesor Alvarado Hurtado en sus conferencias de Sociología Criminal y Derecho Penal General:

"La pasión es un fenómeno psíquico complejo que se caracteriza por la intensidad y permanencia de determinadas vivencias, alrededor de las cuales se concentran casi todas las vibraciones de la vida afectiva, por lo cual muchas veces se debilitan o inhiben los sistemas de control o autoconducción de la personalidad, debido a que se produce además, en la esfera del pensamiento, el predominio de una idea determinada".

Un estudio detenido sobre los estados pasionales no es materia de este punto. Su análisis se realiza dentro del curso de derecho penal general. No obstante, consignamos aquí que el estado pasional está previsto en el código de las penas, además de circunstancia cuyo abuso determina la comisión de un ilícito, como circunstancia de menor peligrosidad que atenúa la responsabilidad, por ministerio del numeral 3o. del artículo 38. También ponemos de presente, con palabras de Luis Carlos Pérez que, por lo general, se aprovechan las pasiones malas, como la del juego, para comprometer al que las padece en determinada conducta perjudicial a sus intereses económicos.

c) Estado de enfermedad.- La enfermedad es un fenómeno de alteración en la salud, ya sea corporal o anímica. La enfermedad supone deficiencia en la capacidad normal, debilidad mental u orgánica, inhibición de las funciones de los órganos, etc. Toda enfermedad afecta la normalidad del sujeto, y de allí que el abusar de tal circunstancia constituya acto jurídico sancionado por la ley penal.

Es indiferente que la enfermedad sea crónica o episódica, corporal o mental, infecto-contagiosa o de cualquier otra naturaleza. Lo que califica la ilicitud del abuso es el mero estado de enfermedad y no la calidad o intensidad de la misma.

d) Estado de deficiencia psíquica.- Compartimos la noción de deficiencia psíquica que Maggiore trae en las páginas 146 y 147 del Volumen V de la Parte Especial de su Derecho Penal. De tal suerte, por deficiencia psíquica debe entenderse cualquier forma de retraso en la esfera intelectual y volitiva del paciente, que, sin constituir una verdadera enfermedad mental, modifique su per-

sonalidad moral.

Complementa el concepto la jurisprudencia italiana que el mismo autor incluye en su obra y que nosotros insertamos en su totalidad, dada la importancia que reviste. Dice así:

"El concepto de deficiencia psíquica no está comprendido en el de enfermedad mental, incluye todos los estados de debilidad, de desarrollo mental y deficiente y también aquellos estados que se presentan frecuentemente en la vejez, o en la vida tosca y primitiva de personas privadas de toda cultura y casi segregadas del consorcio civilizado, como también en la fragilidad, ductilidad y debilidad de temperamento de algunas mujeres. Estas condiciones, como no constituyen enfermedad, en el sentido clínico de la palabra, no requieren que se las compruebe clínicamente, y por lo mismo pueden comprobarse por cualquier medio de prueba apto para formar el convencimiento del juez!"

Se desprende de las doctrinas copiadas, aplicables en un todo a nuestra legislación, que la deficiencia psíquica es un fenómeno diferente a la enfermedad mental. No es por lo tanto un estado patológico, en el sentido estricto del vocablo. Así considerada resulta claro el medio probatorio, con suficiente fuerza de convicción, es que su prueba no demanda comprobación clínica. Cualquiera circunstancia merece ser admisible para acreditarlo. Esta circunstancia merece atención especial por parte de los jueces, para no incurrir en el error de exigir certificados clínicos o experticias médico-legales cuando se trate de deficiencia psíquica, como si se estuviera en frente de una verdadera enfermedad mental.

e) Inexperiencia.-- Consiste en la carencia de e

conocimientos acerca de algo, en la falta de ejercicio, de práctica, en la limitación o carencia en las facultades de observación. Es algo así como una especie de incapacidad en todos los campos de la actividad humana.

Para establecer la inexperiencia se impone un análisis de cada caso en particular, además de un cuidadoso proceder del Magistrado. Las condiciones subjetivas del ofendido, darán en casi todos los eventos, la medida para determinar su inexperiencia. La inteligencia, la instrucción, el sentido común desarrollado, no pueden servir como criterio general en esta materia. Especialmente si la inexperiencia se refiere a conocimientos que exigen el dominio de principios científicos, técnicos, etc. El más docto en alguna rama del saber humano, al mismo tiempo puede ser el más lego en otras disciplinas, siendo por ello susceptible del abuso de audaces y hábiles delincuentes.

También asumen importancia las condiciones subjetivas del agente, especialmente con relación a las que distinguen a la víctima, para ver de establecer con mayor exactitud la realidad del abuso de la inexperiencia. Un ignorante de capirote no es capaz de aprovecharse, con la ignominia de su víctima - ignominia que supone la disposición legal de una persona dotada de apreciable grado de inteligencia y poseedora de una cultura universitaria, por ejemplo. En estricta lógica no cabe un supuesto semejante.

Las disposiciones referentes a la capacidad civil de las personas prestan al juez, en esta materia, un servicio de importancia. En particular, las que dicen relación con los menores de edad, para los cuales ocurre la presunción de derecho de que son incapaces civilmente. Esto es, para llevar a cabo actos o contratos de derecho privado. A este propósito vale la pena aclarar que las penas consagradas por la ley civil para tales casos no ex

cluyen las sanciones penales.

67.- CONOCIMIENTO DE LOS ESTADOS DE INFERIORIDAD.- Las necesidades, las pasiones, las enfermedades, el estado de deficiencia psíquica y la inexperiencia del sujeto pasivo deben ser conocidos de antemano por el sujeto activo del delito. Si bien la ley no pide expresamente este requisito, ninguna razón lleva a pensar en contrario. Del contexto del artículo 411, o de su espíritu, se deduce tal requerimiento. Su redacción supone que el abuso o aprovechamiento son punibles únicamente en los eventos en que los actos de inferioridad son conocidos previamente por el agente. De otra manera no se podría hablar racionalmente de abuso.

Sebastián Soler argumenta favorablemente a lo expresado sobre la materia, con estas convincentes palabras:

"El abuso debe consistir en explotar la necesidad, las pasiones o la inexperiencia. La actitud espiritual del sujeto se basa, pues, en el conocimiento de la situación de incapacidad de la víctima, conocimiento que constituye la base para la dirección del ánimo a un fin de lucro para sí o para un tercero".

Se trata en el fondo de lo que se conoce como elemento "a sabiendas". Empero, en razón de no pedirlo expresamente la ley, no es menester la producción de su prueba plena para que el cuerpo del delito se considere comprobado de manera completa o perfecta, como lo quiere el artículo 273 del C. de P.P.

68.- CUARTO ELEMENTO.- ACTO JURIDICO.- El abuso que

el agente lleva a término ha de encaminarse a inducir a la víctima a realizar un acto capaz de producir

efectos jurídicos", al tenor de la norma legal en estudio. Se infiere de lo dicho que es menester la producción de dos hechos. De lado del actor el abuso -hecho inductor- y de parte del ofendido un acto jurídico -hecho inducido-. Si los abusos se destinan a lograr la realización par parte del sujeto pasivo de un hecho sin consecuencias o efectos jurídicos, no se cumple con el cuarto elemento estructurador del delito.

En concepto de Maggiore, acto que produzca algún efecto jurídico es toda manifestación de voluntad que tenga alguna importancia jurídica, considerada en sí misma como fuente de prueba.

Para Luis Carlos Pérez, actos jurídicos no son únicamente los documentos, sino cualquier conducta que tenga (alguna importancia jurídica, considerada en sí misma) la aptitud de causar perjuicio, aunque en realidad no lo haya causado.

En opinión nuestra no debe considerarse el término acto, utilizado por las disposiciones, en el sentido estricto que se le da en derecho civil, esto es como hecho destinado voluntariamente a la producción de efectos o consecuencias jurídicas. No es indispensable, entonces, que el hecho de la víctima inducido por el agente se encamine directa y exclusivamente a crear tal clase de consecuencias. Toda actividad que sea capaz de generarlas, aun cuando no haya voluntad expresa de originarlas, debe estimarse como acto jurídico para los efectos de la ley penal. Con lo expuesto se significa que tanto vale el hecho jurídico en sentido estricto civil, como el acto jurídico propiamente tal.

Siguiendo esta interpretación conceptuamos que las definiciones de hecho y acto jurídicos deben tenerse-

muy en cuenta por el juzgador. Hecho jurídico es aquel capaz de crear, modificar, transformar o extinguir un derecho cualquiera, en la acepción generalmente aceptada por los doctrinantes de derecho civil. Sobre el acto jurídico acogemos la definición de Henoch D. Aguiar:

"Los actos jurídicos son una especie de los hechos jurídicos, cuya característica sustantiva, aparte de su voluntariedad y de su ilicitud, común a muchos hechos jurídicos humanos....., es el propósito que los determina, o sea, su causa final, el ánimo del agente de establecer con su acto una relación de derecho de terminada".

Por los términos de la ley es indispensable que el acto jurídico se realice como ~~su~~ consecuencia de los abusos. Es decir que sea inducido por la actividad del agente.

Aplicable a nuestra legislación es la proposición de Maggiore referida al código italiano, en virtud de la cual no es necesario que el acto jurídico conste por escrito, pues también hay acto jurídico o con efectos jurídicos cuando se restituyen 1 títulos o se hacen donaciones manuales.

69.- QUINTO ELEMENTO.- ACTO JURIDICO PERJUDICIAL,- El acto jurídico realizado por inducción de la actividad del

agente, es decir, las consecuencias jurídicas del hecho realizado deben ser capaces de arrastrar perjuicio al ofendido con el delito. O lo que es lo mismo, a aquel con cuya anuencia se realiza el acto jurídico. Si el acto no va a reportar daño sino, por el contrario, ventaja o provecho el quinto supuesto legal no se presenta y, por ende, el delito no se configura. Sería

el caso por ejemplo, de quien a sabiendas de la pasión amorosa que B siente por A, le hace aceptar un cuantioso regalo de C., a quien rechaza personalmente, como si el regalo proviniera de A. La aceptación del obsequio, hecho jurídico que acrece el patrimonio de quien recibe, no es perjudicial, sino todo lo contrario, ventajoso.

Los efectos jurídicos perjudiciales de que habla la norma deben ser de naturaleza patrimonial, susceptibles de evaluación económica. Tal cosa se infiere del bien jurídico tutelado que, como ya lo demostramos en capítulos anteriores, se constituye por las relaciones jurídico patrimoniales de carácter activo.

Nos apartamos en esta materia de la opinión de Maggiores, autor que admite el perjuicio simplemente moral como suficiente para la realización del reato. Con Angelotti, jurista que según el mismo Maggiores se opone a su tesis, sostenemos la necesidad de la índole crematística del daño potencial de acto jurídico verificado por la víctima. En tal virtud, el acto jurídico debe ser potencialmente capaz de inferir lesión al patrimonio del sujeto pasivo, de operar una disminución de valor crematístico.

=====oOoOo=====

C A P I T U L O T E R C E R O

GIRO EN DESCUBIERTO

70.- TUTELA PENAL DEL CHEQUE.- En todos los códigos que han re-

gido en el país, se echa de ver una disposición que ampare el cheque. Ante la falta de una disposición el código vigente, la ley 75 de 1916 reaccionó favorablemente estableciendo lo que se ha dado en llamar delito de giro en descubierto, mediante el artículo 70. que dice:

"Cuando la emisión de un cheque sin previa provisión de fondos, o sin autorización del girado no constituya estafa, se castigará con la pena de dos a seis meses de arresto".

Posteriormente se dictó la ley 8a. de 1925 que en el artículo 30. estableció idéntica sanción, con el aditamento de que es admisible el desistimiento a petición del interesado o del acusador particular.

Por virtud del Decreto 1858 de 1951, artículo 20., se convirtió el arresto en prisión y la cuantía se elevó de seis meses a un año.

En el estatuto de prevención social promulgado en 1955 con el número 60

En el estatuto de prevención social promulgado en 1955 con el número 0014, se consagró como estado de especial peligrosidad el giro de cheques en las condiciones previstas por el numeral 27 del artículo 170., que a la letra dice:

"Se consideran en estado de especial peligrosidad:
.....

27) Quien dos o más veces girare, o entregare a otros como girados por él, cheques que el Banco respectivo no pague por una de las siguientes causas: a) No corresponder la chequera a una cuenta corriente del Banco, o corresponder a cuenta cancelada; b) Ser distinto el nombre que aparece en el cheque como girador, del que figura registrado en el Banco; c) No tener provisión suficiente de fondos.

PARAGRAFO.- A partir del 10. de abril de 1955, todo cheque será pagadero el día de su presentación, cualquiera que sea la fecha en él indicada como día de su emisión o aunque carezca de fecha. Se tendrá por no escrita cualquiera estipulación o mención en contrario."

Considerando la diversidad de disposiciones que se han relacionado, sus exégetas opinan, de consuno, que se presentan graves contradicciones, ya de orden sustantivo, ya de naturaleza procesal. Se afirma que las disposiciones vigentes sobre la materia ofrecen contradicciones manifiestas, que obedecen a una falta de consonancia que se achaca a diferentes causas, en particular al exceso de rigor que ha merecido la represión de los ilícitos susceptibles de cometerse por medio del cheque, que - riendo de tal manera evitar su multiplicación y sanear la vida de los negocios mercantiles y civiles en que ese instrumento adquiere extraordinaria importancia. Pero como--

quiera que los preceptos legales demandan interpretarse para ver de aplicarlos en la forma más lógica posible, y con ello sentar las directrices que mejor consultan los principios jurídicos de la justicia punitiva en su aplicación práctica, interesa analizar separadamente los distintos mandamientos legales, tratando a la vez de armonizar sus disposiciones.

Empero antes de entrar al estudio de cada una de las normas penales sobre el cheque, aclaramos que se verifica su exégesis como tema del delito de estafa en virtud de que mediante el cheque en descubierto es posible la consumación de ella, además de la comisión de un delito autónomo.

71.- ESTAFA POR MEDIO DE CHEQUES. - Las normas de la ley-

que reprimen el delito específico de giro en descubierto, expresan que la emisión de un cheque se sanciona como infracción autónoma cuando no constituya estafa y se haga sin existir previa provisión de fondos. De las redacciones así concebidas, lógicamente se infiere que en algunos casos la emisión de ~~qu~~ cheques sin previa provisión de fondos, constituye delito de estafa. Cuáles son esos casos?

En concepto de Rendón Gaviria surge el delito de estafa cuando con la emisión fraudulenta del cheque, es decir, cuando sin mediar provisión de fondos o autorización del girado, se pretende obtener un provecho ilícito. En los demás casos el delito es específico, autónomo de giro en descubierto. Nos parece errada la ~~xx~~ afirmación. La estafa es un delito de lesión que requiere la producción cierta y efectiva del provecho ilícito para el agente y del perjuicio económico para la víctima. En estas condiciones el simple ánimo o propósito de procurarse una ventaja o un lucro ilícito no es suficiente -

para constituir el delito. La mera intención de perjudicar o de aprovecharse injustamente no califica la estafa. Es la producción real del provecho perseguido y del daño que se busca infligir lo que la consuman.

Para nosotros es claro que la estafa se realiza cuando la emisión del cheque ha acarreado como consecuencia la obtención de un provecho sin respaldo jurídico y la lesión en el patrimonio del sujeto pasivo. Pero, se entiende, si han concurrido los demás elementos propios de este delito. Es decir, si median engaños o artificios, inducción a error y los dos nexos causales estudiados en capítulo anterior. Cumplidos y probados plenamente tales presupuestos el delito se caracteriza como verdadera estafa. Si falla o alguno o algunos de esos elementos no es delito de estafa.

A este propósito hay algo importante que agregar. En los eventos en que la estafa no se consuma plenamente por la falta de algún requisito previsto por la ley, ni siquiera puede hablarse de delito imperfecto de estafa, menos como estafa propiamente tal. Y no es dable sancionar por tentativa o frustración por ministerio de la misma ley. En efecto, la ley 8a. de 1925 y el decreto 1858 de 1951 excluyen la sanción por delito tentado o frustrado, toda vez que establecen pena especial como si se tratara de un delito autónomo, diferente. Es decir, convierten el hecho en infracción específica. Habida esa circunstancia la pena aplicable será solamente la fijada por la ley o el decreto citados, y no la prevista por el artículo 408 del C.P. en consonancia con las reglas generales sobre delito tentado. Lo contrario sería, exactamente, violar la máxima jurídica non bis in idem. Lo anterior, naturalmente, en tratándose de la emisión de cheques en las circunstancias previstas por la ley, esto es, sin previa provisión de fondos, o sin autorización del girado. La misma salvedad corre también para los eventos señalados por el decreto 0014 de 1955 como

constitutivos de estado peligroso.

De conformidad con lo que se lleva dicho, no es admisible el alegato de Gutiérrez Anzola contenido en las siguientes frases: "En tesis general, el giro de cheques en descubierto es un medio artificioso por el cual el girador obtiene de su víctima un provecho ilícito, por lo tanto debe estimarse como una estafa, sin ninguna interpretación judicial que permita la impunidad". En Derecho no se justifica la existencia de normas legales sin aplicación práctica mientras estén vigentes. A desconocer tal principio lleva el aserto citado, desde luego que penándose siempre por estafa, quedarían ociosas las disposiciones de las leyes y decretos ameritados anteriormente.

No obstante referirse a otro propósito, la Corte sostiene idénticos principios a los que aquí se defienden en la jurisprudencia sentada por auto de 16 de junio de 1950, en los términos siguientes:

"La estafa cometida por cheques no queda consumada sino en el lugar en donde se hace efectivo su cobro y se percibe el correspondiente valor, porque sólo en este instante y en ese lugar el proceso volitivo queda consumado por el acto externo y material, provecho ilícito y perjuicio material, que unidos a la intención criminal, estructuran el delito".

72.- BLOQUEO DE CHEQUES.-- Con el nombre de bloqueo de cheques se conoce la contraorden de pago por parte del girador. La revocación de pago ^{que} supone, constituye delito de estafa o, por el contrario, es lícita tal conducta?. Nos proponemos considerar el tema, previas las siguientes consideraciones.

De acuerdo a los reglamentos legales sobre el -

cheque es permitida la revocatoria o contraorden de pago. Así lo sostiene el tratadista de la materia Dr. Emilio Robledo Uribe, en las frases que insertamos, extractadas de su obra "INSTRUMENTOS NEGOCIABLES":

"Es válida la revocación del cheque?. Sí. Ya -- vimos que se gún los principios directrices del sistema -- cambiario inglés y estadinense, en lo cual se distingue -- sustancialmente del sistema francés, el cheque no implica la transferencia del depósito que el girador tiene en el banco y que en consecuencia el banco girado no contrae obligación alguna para con el tenedor del cheque sino a virtud de su aceptación".

Sobre el particular parece conveniente transcribir la disposición del artículo 190 de la ley de instrumentos negociables: "

"El cheque por sí mismo no equivale a una provisión de fondos, hecha por el girador al banco, y éste no queda obligado a favor del tenedor, a menos que lo acepte o lo vise".

En concepto de la Superintendencia Bancario, de 29 de marzo de 1939, citado por Luis Carlos Pérez en su obra, "sin perjuicio de los derechos del beneficiario en sus relaciones con el girador, el cheque es revocable por escrito antes que el banco lo vise o certifique o antes que se le presente al pago, pues nada se opone a la revocación de una orden de pago cuando no la ha recibido todavía el llamado a cumplirla".

Las doctrinas enunciadas están de acuerdo con la ley, por que ésta en ninguna parte prohíbe la revocación de la orden de pago ni sanciona expresamente tal conducta del girador, Sin embargo, por las consecuencias que genera,

es preciso analizar si tal revocatoria configura el delito de estafa. Sobre punto de a tanta trascendencia Luis Carlos Pérez se pronuncia de la siguiente manera:

"Es verdad que el tenedor no puede impedir que el girador revoque la orden de pago, esto es, que bloquee el cheque, pero también lo es que por ese medio se puede cometer un típico delito de estafa, si,la emisión del instrumento fue hecha para cancelar una obligación que, por su parte, había cumplido el beneficiario". Más adelante agrega: "Esta peligrosa facultad del girador, que no refrenda el texto de la ley, sino una jurisprudencia fundada en el texto anglosajón de ella, se convierte aquí en complemento de la maniobra destinada a consumir el ~~cheque~~ a provechamiento del patrimonio ajeno. Hay también un perjuicio, tanto más grave si el cheque fue negociado a un tercero por el beneficiario. Y, salvo que la contraorden haya sido impartida para corregir un error del instrumento, llenar una formalidad u otra causa justificativa igualmente seria y subsanable, hay, como esta' dicho, un artificio punible".

Para nosotros la revocatoria por sí sola no constituye estafa. Es preciso analizar en cada caso concreto si la contraorden combinada con la emisión del instrumento constituyen artificio. En caso afirmativo la estafa surgirá plenamente, no así en el segundo. Es posible que se bloquee el cheque para efectuar el pago en dinero o para extender otro documento contentivo de la obligación, con conocimiento y aceptación del beneficiario. Mal puede en esa situación hablarse de la comisión de un delito.

Sobre el problema de marras también es pertinente estudiar lo relativo al retiro de fondos a sabiendas de que el cheque no ha sido cancelado por no haberse ~~cancelado~~ presentado por el beneficiario al banco girado. En nuestro sentir tal retiro equivale a bloquear el cheque. Se asimila el

fenómeno a la contraorden y, por lo mismo, debe asimilarse también para los efectos penales. Si por error invencible, por ejemplo por suministrarse al girador el dato equivocadamente sobre el pago, éste retira los fondos, no se configura ilicitud alguna, pues media error invencible. También se debe tener en consideración lo normado por el artículo 187 de la ley 46 de 1923, que a la letra dice:

"El cheque debe ser presentado para su pago dentro del término de treinta días, si su emisión se hizo en la misma plaza en que debe ser pagado; dentro de sesenta días, si en plaza distinta en la República, y dentro de ciento veinte días si en plaza extranjera, o el girador queda libre hasta el monto del perjuicio causado por la demora".

La regla copiada establece ciertos plazos para el cobro del cheque, garantizando así el tiempo durante el cual debe tener el girador suficiente provisión de fondos disponible para la cancelación. Ahora bien, si pasan tales términos el girador queda libre de responsabilidad por la mora, es decir, no responde por los perjuicios generados por el retardo del beneficiario en cobrar su instrumento. En tales condiciones se podría tener como una presunción en favor del girador, el retiro de los fondos después de cumplidos tales períodos. Lo que se entiende, siempre y cuando éste no tenga conocimiento de la no presentación del cheque para su cancelación.

73.- CHEQUE POSDATADO.-- El cheque posdatado es aquel que se emite con fecha posterior, con el objeto de que sea cobrado el día que lleva como el de haber sido emitido o después de tal fecha, pero en ningún caso antes de cumplirse tal día. En otras palabras, con el objeto de que no se presente y, por lo mismo, no sea cancelado el verdadero día de su emisión o en el período comprendido entre éste y el

que aparece en el instrumento como tal.

Para nosotros es muy claro que el cheque posdatado por sí solo no constituye delito de estafa. Para que tal cosa ocurra es menester la producción de los cinco elementos constitutivos de la infracción estudiados en el capítulo primero de la presente sección. El cheque posdatado, por el mero hecho de la fecha posterior, no puede calificarse de artificio o artimaña propio de la estafa. Se requiere la concurrencia de otros hechos, como por ejemplo la promesa de disponer de fondos suficientes para la fecha de la posdata, etc.

Ni siquiera frente a la disposición del parágrafo del numeral 27 del artículo 7o. del Decreto 0014 de 1955, puede decirse que la posdata de un cheque es constitutiva de estafa, por sí misma. Tal disposición dice así:

"A partir del primero de abril de 1955, todo cheque será pagadero el día de su presentación, cualquiera que sea la fecha en él indicada como día de su emisión y aunque carezca de fecha. Se tendrá por no escrita cualquiera estipulación o mención contrario".

Regula únicamente el texto del parágrafo el tiempo o fecha del pago, pero de ello no puede deducirse racionalmente que atribuye naturaleza criminal a la mera posdata. Ciertamente que forma parte, pero la sanción fijada por el numeral de que forma parte, en concordancia con el artículo.....no se refiere a ella. Es imponible únicamente y exclusivamente a los tres casos señalados expresamente por la norma. La posdata de un cheque no constituye ni delito ni estado de especial peligrosidad. Sobre el particular nos parece acertada la doctrina sentada por la Corte en fallo de 8 de junio de 1942:

"El cheque de fecha posterior a su emisión, es de-

cir, el cheque postdaté, conserva su calidad intrínseca o la pierde para convertirse en un crédito u obligación de simples consecuencias civiles que excluyen la represión penal".

En consonancia con lo dicho sobre la materia, no compartimos la afirmación de Gutiérrez Anzola, para quien la sola posdata del cheque constituye una evidente ilicitud. Más aún, si se considera que la naturaleza crediticia imperante generalmente en las operaciones mercantiles hacen necesario el cheque posdatado, que se emite como una garantía eficaz del pago de las obligaciones que a diario se contraen. Lo menos que puede decirse del aserto del autor citado, es que peca por exagerado celo justiciero.

74.- DELITO AUTONOMO DE GIRO EN DESCUBIERTO.-- Muy pro

bablemente atendiendo a la recomendación de la segunda conferencia diplomática de la Haya, celebrado en 1912, sobre adopción de medidas penales contra quien emita cheques sin disponer de suficientes fondos, el legislador colombiano consagró como delito autónomo el giro en descubierto en el artículo 170. de ley 75 de 1916. Vino luego la ley 8a. de 1925 y, por último, el decreto 1858 de 1951, vigente en la actualidad y cuyo texto se copia:

"Art. 20.- Cuando la emisión de cheques sin previa provisión de fondos o sin autorización del girado, no constituya estafa, se sancionará con la pena de seis meses a un año de prisión".

De acuerdo con esta norma hay delito autónomo de giro en descubierto en dos casos, a saber:

- 1o.- Cuando se emiten cheques sin previa provisión de fondos.
- 2o.- Cuando la emisión se efectúa sin mediar autorización del girado.

Interesa estudiar los dos eventos en forma separada.

Primer caso.- Lo primero que cabe apuntar, no obstante haberlo señalado ya, es que es indispensable que el hecho no sea constitutivo de estafa, pues de concurrir tal fenómeno la disposición aplicable es la del código y no la del decreto, ni muchos menos las dos, ya que no es jurídico sancionar dos veces un mismo delito. La máxima non bis in idem tiene plena operancia en este caso.

Un segundo presupuesto en orden a la producción del ilícito es la falta de provisión de fondos al tiempo de la emisión. No otra cosa significa la expresión "sin previa provisión de fonso". De esta suerte, si la provisión existe pero es insuficiente, no da lugar a penar la conducta del agente. Respaldan lo dicho estas acertadas palabras del doctor Emilio Robledo Uribe:

"Para los efectos del art. 30. de la ley 8a. de 1925 (léase artículo 2o. del decreto 1858 de 1951) es necesario que el cheque se haya girado sin previa provisión de fondos. Cumplido este requisito no hay lugar a su aplicación, aunque los fondos se retiren antes del vencimiento. Puede así en tal caso darse el delito de estafa". Pero, agregamos de nuestra parte, la situación es bien diferente en uno y otro caso.

Para no incurrir en equívocos funestos, el juzgador debe tener presente que la falta de previa provisión de fondos no equivale a cuenta cancelada. Puede suceder que exista cuante corriente pero que no haya en ella ningunos fondos, pese a lo cual la cuenta no haya sido cancelada. De tal manera, no es lo mismo en todos los casos, aunque en algunos sí lo sea, falta de previa provisión de fondos que falta de cuenta corriente. Incorre en el delito tanto el que conserva su cuenta sin fondos como el que nunca la ha tenido, o

el que la ha cancelado. Sobre el particular no es enteramente correcta la doctrina del Tribunal Superior de Bogotá, de marzo 11 de 1932, citada por Gutiérrez Anzola, al proclamar que, cuando se gira habiendo cuenta y no existen fondos o son insuficientes, el cheque se convierte en letra de cambio, generando así una obligación puramente comercial que hace desaparecer todo delito. Se justifica únicamente tal jurisprudencia tratándose de la insuficiencia de los fondos. Pero nunca cuando previamente a la emisión no hay provisión de fondos. En este punto falla la doctrina, tanto más si se advierte que a tiempo de pronunciarse estaba en vigencia el artículo 30. de la ley 8a de 1925, represivo del giro en descubierto por falta de provisión previa de fondos.

Se advierte que para la posibilidad del delito específico que consigna el artículo 30. de la ley 8a. de 1925, se necesita que el Banco girado proteste el cheque por falta de provisión de fondos, dijo la Corte en sentencia de 8 de junio de 1942. Peca por defecto la doctrina, pues el banco también debe certificar que en la fecha de la emisión no había provisión de fondos. En tal sentido debe entenderse la expresión "sin ^{previa} provisión de fondos". Porque si el cobro se verifica en fecha posterior es necesario establecer, no sólo que no hay fondos el día de la presentación para el pago, sino que no los había a la fecha de la emisión. Pues si en esa oportunidad los había la situación jurídica cambia de aspecto. Puede darse en tal caso un delito de estafa o bien no puede darse delito alguno.

Segundo caso.— Prescribe también como delito la disposición comentada, la emisión de cheques sin autorización del girado. Es el segundo caso constitutivo de delito autónomo de giro en descubierto. Nada tiene que ver aquí la provisión de fondos. Lo que --

cuenta es la autorización o la falta de ella de parte del girado, lo que equivale a decir, de la persona que debe pagar el valor del instrumento. Ligeramente analizaremos los factores necesarios para que el hecho así considerado a suma las proporciones de conducta criminosa.

Lo primero que importa establecer, pese a no exigirlo expresamente la ley, es la preexistencia de la autorización. Es de necesidad absoluta que la autorización del girado exista a tiempo de emitirse el documento, si se quiere acreditar la licitud del acto del agente y, por lo mismo, la no producción del delito. Pues si la autorización sobreviene a la fecha de la emisión, nos parece que la infracción toma cuerpo, así no origine daño alguno en el patrimonio del beneficiario. Manifiestamente injusta resulta una interpretación así, pero no hay margen para cambiarla por otra, dados los términos en que está concebido el precepto penal. La ley sanciona específicamente la emisión de cheques sin autorización del girado, sin importar le la efectividad del daño; reprime exclusivamente el peligro y no considera, para los solos efectos de la criminalidad de la conducta, la lesión al patrimonio de otro. Ni siquiera demanda un propósito de aprovechamiento injusto o de inferir daño a alguien.

Nos parece que la autorización del girado puede ser probada por cualquier medio de los de recibo en materia procesal, si tiene fuerza de convicción suficiente para acreditarla plenamente. No sería jurídico pedir necesariamente prueba documental u otra clase de prueba, puesto que la costumbre mercantil ha generalizado la autorización para sobregirar o girar en descubierto mediante convenio verbal, telefónico, etc.

Qué sucede cuando ha mediado autorización del girado, pero para el giro por una determinada cantidad, en

todo caso menor de la que representa el cheque?. Se configura el delito que estamos estudiando?. Nace otra clase de infracción o deja de ser criminal la conducta?.

En el caso propuesto creemos que no se configura el delito autónomo, considerando que el hecho no cae en ninguna de las dos hipótesis previstas por la ley. Es decir, no falta previa provisión de fondos ni tampoco autorización del banco girado. El exceso en el giro no basta para destruir la preexistencia de los fondos o la autorización respectiva. Y como la norma sanciona la inexistencia de cualquiera de los fenómenos, existiendo de hecho, mal puede aplicarse en tal caso. Según el caso, podría tratarse de una estafa del tipo genérico o de un estado predelictual al tenor de lo precrito por el ordinal c) del numeral 27 del artículo 7o. del decreto 0014 de 1955; pero, jamás, se repite, delito autónomo.

De todo punto interesante resulta relieves que, en el fondo, la falta de autorización del girado equivale a falta de provisión previa de fondos. Se diferencian apenas en que en la autorización supone siempre la existencia de cuenta corriente, así carezca totalmente de fondos o los tenga insuficientes, al tiempo que la falta previa de provisión no requiere la preexistencia de una cuenta. En realidad se trata casi del mismo hecho, por lo cual conviene explicar que no pueden coexistir, pues se excluyen entre sí, desde luego que el uno presupone de modo necesario al otro. A lo dicho no cabe excepción de ninguna naturaleza. Cada vez que se extienda un cheque sin autorización del girado, para ver de aplicar la pena no debe preexistir provisión de valores, y siempre que falte dicha provisión es necesario que falte también autorización del banco, toda vez que en circunstancias diferentes el delito dejará de aparecer plenamente.

En definitiva, la diferencia entre las situaciones contempladas por la norma positiva, no es más que de circunstancias o puntos de vista. En realidad, explica la distinción sólo por el lado que se mire la conducta. Si se analiza desde el lado del girado aparece la falta de autorización; en cambio, si se presta mayor atención al girador se presenta la falta de provisión.

Si el girado incumple la obligación de pagar que presupone la autorización que previamente ha impartido al girador, el delito no se estructura. Y no se estructura por la sencilla razón de que hubo autorización a la fecha de la emisión del instrumento y es a ese tiempo que debe atenderse para calificar la ilicitud de la acción. De otra parte, el incumplimiento de la promesa es hecho propio del girado y no del girador. En tal virtud, sería un absurdo pretender penar la conducta de uno en a la persona de otro.

75.- GIRO DE CHEQUES COMO ESTADO PELIGROSO.-

Como si la confusión en materia de legislación sobre cheques no fuera bastante hasta la promulgación del decreto 1858 de 1951, el Ejecutivo Nacional, en ejercicio de muy discutibles facultades constitucionales, expidió en 1955 bajo el número 0014 un decreto de carácter extraordinario conocido como estatuto de prevención social, que vino a multiplicar las dificultades de todo orden, no sólo en lo referente a la represión del giro en descubierto, sino también en lo que concierne a la punición de otros delitos. Por lo que hace al tema que nos ocupa, el numeral 27 del artículo 7o. de dicho decreto dispuso lo siguiente:

"Se consideran en estado de especial peligrosidad:
.....
27) Quien dos o más veces girare, o entregare a

otros como girados por él, cheques que el Banco respectivo no pague por una de las siguientes causas: a) No corresponder la chequera a una cuenta corriente del banco, o corresponder a cuenta cancelada; b) Ser distinto el nombre del que aparece en el cheque como girador del que figura registrado en el Banco; c) No tener provisión suficiente de fondos.

"PARAGRAFO.- A partir del primero de abril de 1955, todo cheque será pagadero el día de su presentación, cualquiera que sea la fecha en él indicada como día de su emisión o aunque carezca de fecha. Se tendrá por no escrita cualquiera estipulación o mención en contrario".

Sin excepción alguna, los comentaristas de derecho penal colombiano han criticado acerbamente la disposición copiada, aduciendo toda clase de razones de orden jurídico y legal. No fue nada afortunado el decreto, como se ha dicho, dados los difíciles problemas que traja consigo. Comoquiera que todas las críticas sobre el particular ya han sido expresadas, por autores y con razones mejores que las que podríamos presentar, nos limitamos únicamente a realzar la exégesis de la medida legal para ver de fijar sus precisos alcances y la mejor manera de interpretarla para conciliar sus mandatos con las disposiciones analizadas anteriormente.

Observaremos el mismo método seguido en el estudio del delito autónomo de giro en descubierto, por lo cual separadamente trataremos las causales que contempla el estado peligroso prescrito por la norma en cita. Tales causas son:

10.- La chequera sobre la cual se ha emitido el instrumento no corresponde a una cuenta corriente del banco girado.

20.- La chequera corresponde a cuenta cancelada.

30.- Nombre diverso del girador del que aparece registrado en el banco.

40.- Provisión insuficiente de fondos.

Antes de proceder al estudio en particular de los casos enunciados, detendremos la atención en las exigencias legales generales a todos ellos.

Como presupuestos de todos los eventos constitutivos del estado peligroso por emisión de cheques, deben estimarse dos: en primer término, que se haya girado o entregado a otro como girados por que el hace la entrega, dos o más cheques; en segundo lugar, que el banco girado no pague dichos instrumentos.

Del texto legal se deduce que la emisión o la entrega de un sólo cheque no basta para determinar el estado predelictual. Es menester que se trate de dos o más cheques extendidos o entregados en las circunstancias requeridas por la disposición legal. Parece lógica la exigencia, desde luego que se trata de estados anteriores al delito, de hechos que constituyen, se podría decir, la antesala del delito y no una infracción propiamente tal. Pero unicamente se justifica en algunas de las eventualidades, mas nó en todos los casos, como oportunamente lo demostraremos.

Con relación al segundo presupuesto, se necesita que el banco proteste el cheque, o mejor, que expida certificación sobre la causa del no pago y que no se limite a dejar de cubrir el valor de los cheques. Se desprende de lo dicho, no sólo del numeral 27 del artículo 70., sino también de los párrafos 10. y 20. del artículo 31 del Decreto, que a la letra dicen:

PARAGRAFO 10.- Si el portador del cheque lo pi

diere, el Banco estará obligado a dar certificación, ~~esl~~ respaldo del mismo o en documento adjunto, sobre la causa del no pago.

PARAGRAFO 2o.- Para que puedan aplicarse las medidas anteriores en el caso del ordinal c) de este numeral, se requerirá que, a solicitud del interesado, el Banco dé noticia al girador de la falta de provisión de fondos, dentro de las 48 horas siguientes a la solicitud. Avisado el girador por el Banco, o verificadas por éste las diligencias convenientes para ello sin que logre localizarlo, estará obligado a dar certificación de una u otra circunstancia, así como del no pago; siendo entendido que si dentro de las 48 horas indicadas el cheque fuere pagado, no habrá lugar a la aplicación de las medidas.

Ahora sí pasamos al estudio de cada una de las situaciones consagradas por el precepto penal.

Primera causal.- Si el cheque pertenece a una cuenta corriente del banco girado, se presenta a una chequera que no corresponde a un tipo de falta de previa provisión de fondos. La provisión ha de considerarse no sólo en relación con el girador sino también referida al instrumento mismo. El documento emitido en tales condiciones carece de previa provisión de valores y por lo mismo se estará frente a un acto constitutivo de delito autónomo de giro en descubierto. No hay alternativa diferente. Se presenta así una clara contradicción entre las leyes respectivas. Al intérprete le compete tratar de armonizarlas, sin que ello vaya al extremo de producir una nueva legislación. En esta inteligencia nos parece que se resuelve el problema de tanta entidad, siguiendo las directivas contenidas en los ordinales que proceden:

a) Se impondrá las penas o medidas de seguridad previstas por el estatuto de prevención social cuando se ha

ya girado o entregado como firmados por el agente dos o más cheques.

b) Los cheques no deben corresponder a chequera respaldada por una cuenta corriente del Banco girado.

c) Además, el girador debe tener provisión de fondos en cuenta correspondiente a diferente chequera. En tal virtud puede conciliarse el estado de peligrosidad con el delito. No se sancionará la primera vez ni la segunda por delito autónomo, y se impondrá la medida de defensa social cuando sean dos o más veces los giros en las condiciones dichas de en este numeral. Pero ~~sin~~ no media ninguna provisión de fondos, el hecho constituye delito autónomo y como tal debe pensarse. De esta manera no se considerará criminal la emisión de un cheque que no corresponda a cuenta corriente del banco, lo que equivale, a diferenciar esta circunstancia con la falta de provisión de fondos, sancionada por el decreto 1858 de 1951.

Segunda causal.- Todo lo expresado en relación con la primera causal corre para la segunda, con la aclaración de que en vez de hablarse de que el cheque no corresponde a cuenta del banco, debe considerarse que corresponde a cuenta cancelada.

Tercera causal.- Conviene proceder con mucha cautela en orden a establecer si en realidad el nombre que aparece como girador difiere si registrado en el banco. En primer término es preciso distinguir entre nombre propiamente tal y firma o rúbrica. El nombre está constituido por el o los así llamados sino también por el o los apellidos de la persona. La firma, en cambio, es la forma o manera como el sujeto estampa su nombre en los diversos documentos que le toca suscribir, forma que no siempre es la literal ordinaria. Sucede en infinidad de ca-

sos que se utiliza en la firma signos y arabescos que nada tiene que ver con el nombre en sí. En otros se escribe a penas las iniciales de todo el nombre o de parte. En fin, lo general es que no coincidan el nombre con la firma. Ahora bien, como en el banco no se registra el nombre sino la firma, los términos de la ley deben referirse a esa firma y no al nombre completo o literal de la persona.

Por lo demás, son aplicables para este caso las explicaciones dadas para la causal primera en el ordinal c) Igualmente se destaca que si el hecho en sí constituye un delito de estafa desaparece por esa circunstancia el estado de peligrosidad y la medida aplicable será entonces la fijada por el código en el artículo 408. Y si configura otra clase de infracción se aplicará la pena fijada por el correspondiente precepto legal. Pero en ningún caso pueden concurrir la represión por el delito y la medida de seguridad por el estado predelictual, porque equivaldría a violar el principio non bis in idem, y también porque una conducta es delito o es estado de peligrosidad, pero no las dos cosas a la vez, como lo enseña Gutiérrez Anzola con indiscutible acierto.

Cuarta causal.- Lo expuesto acerca del giro de cheques por dos o más veces, para los casos anteriores, cabe también para la causal cuarta. A tales consideraciones debe estarse cuando se trate de cheques que no se hallan respaldados por una suficiente provisión de fondos.

A nuestro modo de ver es en el único caso en que puede abonarse algún acierto al decreto 0014, en el que se prevé el ordinal c) del numeral 27 del artículo 7o. Cuando un cheque no tiene provisión suficiente de fondos, y el hecho no constituye en sí delito alguno, si hay una especie de estado peligroso. Y cuando no es un solo cheque el

emitido en esas circunstancias sino dos o más, el estado pro- penso a delinquir se manifiesta más realmente, se pondá de - bulto, y es menester prevenir mediante medidas de orden le- gal que avance hasta el estado criminal. Este fenómeno sí - es propiamente predelictual y, en razón de las funciones -- que al estado le competen como defensor de la paz y tranqui- lidad de los asociados y de la integridad de sus vidas, hon- ra y patrimonio, está bien que le señale el remedio eficaz. Aun cuando dudamos mucho de la eficacia de las medidas esta- blecidas por la ley en este sentido.

No existe confusión alguna entre la causal que - estudiamos y el delito autónomo de giro en descubierto, pues para que aquella se dé necesita provisión de fondos, pero - insuficiente, y para que éste se configure es menester que- no exista ninguna clase de provisión de fondos.

En la causal en estudio nos parece que desapare- ce toda noción de estado peligroso si ha mediado autoriza- ción del banco girado para curbrir el resto del valor del -- instrumento, faltante en la cuenta del girador, pero el en- banco incumple la promesa presupuesta por la autorización.- Una interpretación en tal sentido satisface los principios- de toda justicia, no así en el sentido opuesto, ya que la - conducta del girador está exenta en ese caso de toda peli- grosidad, que es lo que contempla el estatuto de estados -- antisociales. Pero la previa autorización requiere ser acre- ditada plenamente para que se exonere de toda medida preven- tiva del actor.

Con un ejemplo aclararemos el enunciado del pá - rrafo anterior. El banco X autoriza a C para girar hasta - por mil pesos, no obstante haber apenas doscientos pesos en su cuenta corriente. En vista de la autorización C. gira -- dos cheques por valor total de mil pesos: uno por cuatro -- cientos y otro por seiscientos. El beneficiario que es A --

los presenta al banco para el cobro, pero la entidad los rechaza, no los cancela, alegando insuficiencia de fondos y echando a menos la autorización que había extendido a favor de C. En el ejemplo propuesto aparece claramente que no hay delito de estafa ni de giro en descubierto, pero ni siquiera estado de especial peligrosidad. Y como la intención del legislador al promulgar el decreto 9014 fue la de reprimir o prevenir la peligrosidad, resulta evidente que ninguna sanción derivará C., dada la licitud y corrección de su conducta, libre de todo atisbo de peligrosidad.

76.- GIRO DE CHEQUES EN DESCUBIERTO.-RESUMEN.-

Realizado el estudio de los diversos fenómenos delictivos y constitutivos de especial peligrosidad, creemos conveniente resumir en unas pocas proposiciones la interpretación que se ha hecho de las diversas normas legales vigentes sobre la materia, para que se den una pauta más o menos clara en la aplicación de las leyes citadas. De tal suerte es preciso seguir las siguientes reglas:

1a.- El delito de estafa se configura mediante la emisión de cheques en descubierto, cuando concurren los cinco elementos señalados para la producción de tal ilícito. Es decir, cuando hay artificios o engaños, inducción en error, provecho ilícito del agente, perjuicio al beneficiario o a otra persona, y doble nexo causal entre los primeros elementos nombrados.

2a.- Es indiferente para que la estafa nazca a la vida del derecho, que preexista o no provisión de fondos; que medie o no autorización del girado; o que sea suficiente o no la cantidad disponible en la cuenta corriente. En la misma forma en nada incide el que se conserva la cuenta o se haya cancelado. Todo, considerando que aquí el cheque no es sino una parte o un hecho en la cadena de actividades engañosas -

propias de la estafa. No se incrimina el mero hecho del giro en descubierto. Se pena es el daño infligido valiéndose de ardides. Es decir, se atiende más al engaño en general que al engaño por medio de cheques.

3a.- Se presenta el delito autónomo de giro en descubierto, previsto por el artículo 2o. del Decreto 1858 de 1951 que suspendió el inciso primero del artículo 3o. de la ley 8a. de 1925, cuando la emisión de un cheque no constituye delito de estafa y se verifica sin haber previa provisión de fondos. Así, es indiferente que el girador tenga cuenta corriente pero sin fondos, que su cuenta se haya cancelado o que no posea ninguna clase de cuenta en el banco girado. En todas estas hipótesis el delito autónomo se estructura plenamente.

4a.- Igualmente hay delito de giro en descubierto en caso de que la emisión del cheque se haga sin mediar autorización del girador y constituya delito de estafa. Si ha habido de por medio autorización del banco, el delito no se configura, pese a que el girado incumpla la autorización.

5a.- Dado que la ley protege la simple seguridad o ~~sent~~ garantía del cheque, atendiendo a su calidad de instrumento negociable de uso bastante generalizado en las operaciones mercantiles, no se requiere la producción de daño alguno para que el delito autónomo se presente. El delito se consuma con la simple emisión en las condiciones previstas por la norma respectiva. Por esta circunstancia el giro en descubierto pertenece más a la naturaleza de los delitos contra la fe pública que a la condición de los delitos contra el patrimonio. En el fondo el cheque emitido en la forma prevista por el precepto penal, es un documento afectado de falsedad. Y bien se sabe que la falsedad es una infracción atentatoria de

la fé pública y no del patrimonio. A ningún título se justifica considerar como delito contra la propiedad el giro de cheques en descubierto.

6a.- El estado de especial peligrosidad surge cuando se emiten dos o más veces cheques o se entregan ~~des~~ igual número de instrumentos en cuatro casos diferentes. COmo necesario presupuesto para la presentación de dicho estado, se requiere que los hechos o actos que lo integran no constituyan por sí solo delitos de ninguna especie. El delito excluye el estado de peligrosidad, y éste, a su vez, excluye a aquél-.

7a.- Hay estado peligroso cuando los cheques emitidos no corresponden a ninguna cuenta bancaria del girador. De tal suerte, si el girador posee cuenta corriente pero los cheques no corresponden al talonario de esa cuenta, hay estado predelictual. Es más: para que el giro no asuma características delictuosas, es absolutamente necesario que el girador tenga cuenta bancaria con provisión de fondos. Claro está que el cheque o los cheques deben corresponder a chequera diferente a la que respalda la cuenta del girador. EN el caso de que no tenga ninguna cuenta no puede hablarse de estado de peligrosidad, desde luego que la conducta cae bajo la acción de los preceptos sancionadores del delito autónomo, pues en tal eventualidad los instrumentos se emiten sin mediar previa provisión de fondos y sin que el girado haya autorizado la emisión.

8a.- Asimismo hay estado de peligrosidad cuando los cheques corresponden a cuenta cancelada. Sin embargo, es menester como para el caso anterior que el girador tenga cuenta corriente vigente, pero que los instrumentos que emite no correspondan a dicha cuenta. De otro modo, si no tiene cuenta corriente sin cancelar, la conducta asume perfiles delictivos y en tal manera debe estimarse para los efectos

fectos del precepto que reprime el delito de giro en descubierto.

9a.- El estado peligroso se configura, igualmente, si los cheques contienen una firma distinta a la registrada por el girador en el banco respectivo. Es indispensable en este supuesto que exista provisión de fondos y que ella sea suficiente para cubrir, en circunstancias normales, los valores de los cheques. Si así no ocurre habrá lugar a sancionar por delito, así sea de estafa o de giro en descubierto, pero no por estado antisocial.

10a.- También se aplican las medidas de prevención social en caso de que los cheques no estén respaldados por una suficiente provisión de fondos. Es indispensable en tal evento que haya previa provisión pero que no alcance a satisfacer el monto de los documentos emitidos. De otro lado, se necesita que la emisión en la circunstancia anotada no configure delito alguno. En algunas ocasiones puede dar lugar a la comisión de un delito de estafa y, por tal razón, desaparece el estado predeictual. Ya dijimos que el delito y el estado peligroso se excluyen de modo absoluto. No pueden coexistir en una misma persona, para un mismo efecto y demostrarse con un mismo hecho.

11a.- Puesto que los hechos constitutivos del estado peligroso no integran ninguna figura delictiva, es muy natural que no demandan la producción de daño o lesión algunos. Si por virtud de ellos se irroga perjuicio se estará en frente de un delito y no de una situación anterior al delito mismo.

77.- CHEQUES EMITIDOS POR COACCION AJENA.-No es -

rara la posibilidad de que la emisión de cheques en descubierto se realice por coacción ejercida por el beneficiario o por distinta persona contra el girador. Abun

dan los sujetos inescrupulosos que valiéndose de determinadas circunstancias padecidas por otro le obligan a girar en descubierto o a sobregirar. La ley debe caer también sobre tales individuos. En el evento propuesto es más ilícita la conducta del beneficiario de la otra persona que ejerce coacción o abusa, que la del girador. Es más: la acción del girador puede justificarse plenamente tratándose de insuperable coacción ajena, toda vez que tal circunstancia la prevé el código penal como causal de exclusión de la responsabilidad en el numeral 10. del artículo 25.

Sobre el tema aludido se han pronunciado algunos comentaristas, censurando la conducta del forzador o abisador y haciendo ver la falta de un ordenamiento legal que castigue su proceder a todas luces antijurídico. Jorge Enrique Gutiérrez Anzola y Emilio Robledo Uribe son partidarios del establecimiento de penas para tales sujetos, pues, les parece a tan ilustrados juristas que en el actual estado de la legislación penal colombiana, los hechos abusivos o violentos destinados a conseguir la emisión de cheques sin respaldo de valores quedan sin sanción alguna, consagrándose por ese medio una censurable impunidad. Gutiérrez Anzola cita en su apoyo una disposición del código argentino, represiva de los actos que se analizan, y el Dr. Robledo Uribe acoge las palabras del distinguido penalista. No obstante provenir de tan autorizadas fuentes, disentimos de sus alegatos, porque consideramos que sí hay normas penales que sancionan los hechos censurados. Sustentamos nuestra posición en las explicaciones que se consignan inmediatamente.

Es cirto que ningún mandamiento de la ley penal hace expresa referencia a la conducta antisocial de quien por medio de violencia, amenazas o abusando de los estados menesterosos o de otras circunstancias hace firmar cheques

"chimbos". Pero de allí no puede concluirse racionalmente que semejante conducta queda amparada por la impunidad. Por lo mismo es cierto que en nuestro estatuto punitivo no existe una disposición similar o casi idéntica al artículo 232 del código penal argentino que castiga "al acreedor que abusando de la situación del deudor, exija o exija a título de documento, crédito o garantía, por una obligación no vencida, un giro o cheque de fecha posterior o en blanco, o un documento cualquiera por el cual el dueño se reconozca autor de un delito o pueda aparecer como tal". Pero por el reconocimiento que hacemos, no se sigue que falle nuestra legislación, pues allí están dos artículos del código penal, el 406 y el 411, aplicables para el caso.

La disposición argentina sanciona con el artículo 232 citado el delito de extorsión o, si se quiere, una forma de tal infracción; establece una figura especial del delito nombrado. Nuestro artículo 406 satisface los más exigentes requerimientos en esta materia. El que por medios ilícitos obligue a otro a suscribir cheques sin fondos, incurre en delito de extorsión. El texto de la norma en cita es muy claro al respecto. Su sola lectura nos releva de ahondar más en el tema. Dice así:

"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 sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a sus disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de ocho meses a cinco años.

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

Los términos en que está concebido el artículo-

copiado no dejan margen de duda alguna. El hecho prescrito por la norma argentina lo prevé la legislación colombiana, con la ventaja de que no cae en el detallismo de aquella, - detallismo con justicia tachado por uno de sus comentaristas, el Dr. Juan P. Ramos.

Otra ventaja que se apunta la ley colombiana es que no restringe sus efectos a los solos eventos en que ha ya obligación no vencida, como lo hace la argentina, sino - que comprende todas las situaciones posibles, así haya o - no obligación o esté pendiente o vencida en caso de exis - tir.

La norma colombiana sanciona el hecho, lo mismo cuando se persigue un provecho ilícito - inciso lo.-, que - cuando el provecho sea lícito. Evidentemente el inciso se - gundo no pide ilicitud en el provecho, sino que sanciona - exclusivamente el hecho de obligar a suscribir o a destruir documentos de obligación^o de crédito, sin ninguna otra con - sideración limitativa.

Pero si a pesar del artículo 406 se sigue sos - teniendo que nuestra ley no contempla todos los casos po - sibles, allí está el 407 - delito de chantaje - que prevé -- las amenazas contra el honor y la revelación de secretos, - como fenómenos punibles. Para evitar mayores digresiones - al respecto, insertamos el artículo:

"El que por medio de amenazas de imputaciones - contra el honor o fevelación de secretos cometiere alguno - de los hechos de que trata el artículo anterior, incurrirá - en prisión de uno a cuatro años".

Y hay algo más. No bastando los mandatos le - gales de que se ha hecho referencia, existe otra disposi - ción, la del artículo 411, que contempla también el caso. - Si se obliga a emitir cheques abusando de las necesidades,

de las pasiones, del estado de enfermedad o deficiencia psíquica o de la inexperiencia del girador, tal conducta deriva las sanciones fijadas por el nombrado artículo. A este propósito se advierte que la emisión de cheques es un acto capaz de producir efectos jurídicos y, por lo tanto, llena las exigencias de la regla legal. Desde que genera diversidad de obligaciones entre girador y girado y beneficiario es un típico acto jurídico.

Vista la exposición contenida en los párrafos anteriores, nos parece lógico concluir que es errada la posición de Gutiérrez Anzola y de Robledo Uribe. Y que, como consecuencia de ello, es atinado sostener que la ley penal colombiana sí acrimina los hechos que tan distinguidos comentaristas creen se han dejado sin sanción de ninguna especie. Sin embargo, es probable que hayan otros argumentos que favorezcan la tesis opuesta a la que hemos sustentado pero hasta que no se destruyan nuestras razones, con fuerza convincente total, nos parece que estamos con la posición más acertada.

78.- DIRECTIVAS PARA RACIONALIZAR LA LEGISLACION PROTECTORA DEL CHEQUE.

A través de los comentarios hechos alrededor de la actual legislación protectora del cheque, se ha visto la falta de unidad en el criterio represivo, las contradicciones entre las diversas disposiciones legales y, en fin, un sinnúmero de inconvenientes de orden práctico a que da lugar la desarmonía legislativa. Frente a circunstancias de suyo perjudiciales lo indicado es abogar por una nueva ordenación legal que reemplace la existente y que consulte los principios jurídicos sobre la materia. La experiencia que la dispersa normación ha dejado, nos parece suficiente para plasmar otra que recoja,

para enmendarlos, los yerros de que adolece la actual, y los aciertos, para conservarlos o mejorarlos, los aciertos, poquísimos en verdad, de que puede ufanarse.

En este orden de ideas proponemos el establecimiento de un delito autónomo de giro en descubierto, que contemple la generalidad de situaciones a que el giro en esa forma puede dar lugar, y, sobre todo, que concrete los elementos necesarios para constituirlo. Los elementos deben preverse en consonancia con los principios modernos de la tutela penal, y no sólo por el propósito de sancionar por sancionar.

La seriedad en las relaciones comerciales y en todas las transacciones civiles, demanda la mayor seguridad en los instrumentos que para el efecto se ponen en circulación. Así, el cheque debe estar amparado por una garantía suficiente, como instrumento negociable que es, para que la confianza en él no sufra menoscabo y lo que es más importante, para evitar se generalice la costumbre de emitirlos sin respaldo alguno, sin provisión previa o suficiente de fondos. Como se trata de tutelar más que el patrimonio la fé que tal documento es susceptible de sorprender y asaltar, la fé del público en general, nos parece sería acertado incluir la norma respectiva en el título destinado a los delitos que atentan contra la fé pública, es decir, en el VI del Lib. 2o. del C.C.

De importancia se nos ocurre en orden a tipificar la infracción, establecer como elemento necesario para que se dé ~~error~~ legalmente, el previo conocimiento de las circunstancias por las cuales el cheque resulta viciado. Tratándose, por ejemplo, de insuficiencia de fondos, que se prescriba que el girador conozca esa insuficiencia de fondos a tiempo de extender el cheque --

para que incurra en delito. Lo mismo en caso de que se ponga en circulación un cheque que a la postre resulta "chimbo"; que se exija en este caso el conocimiento de que no podrá ser cubierto por el girado. Lo que equivale a decir que debe estatuirse como presupuesto necesario para que el delito surja el elemento "a sabiendas".

En este aparte son aplicables también los principios enunciados a manera de reglas de interpretación en el número 77.

Por último, en materia de protección penal del cheque, nos parece indicado que se consagre la agravación de la pena cuando el giro en descubierto cause lesión al patrimonio ajeno, ya que en tal caso el hecho atenta no sólo contra la fé pública, sino también contra el patrimonio de las personas.

Nos parece que en Colombia podría adoptarse una medida parecida o similar a la consagrada por el código penal soviético, cuyo artículo 169a. es bastante técnico en la represión de los delitos que la emisión de cheques puede originar. Dice la disposición rusa:

"La emisión de un cheque a sabiendas de que no puede pagarse, la revocación infundada de cheque, o el hecho de adoptar cualesquiera medidas de otra índole con el fin de impedir el cobro de un cheque, así como su transmisión por el tenedor del mismo a sabiendas de que no podrá ser pagado, serán sancionados con privación de libertad hasta dos años.

"Los mismo hechos, cuando causen perjuicios a una institución o empresa pública o del Estado, serán sancionados con privación de libertad hasta cinco años".

Atemperándolo a la especial idiosincracia nuestra y al estado actual de desenvolvimiento económico del país, debería acogerse en su integridad respecto al primer inciso, estudiando la manera de reemplazar, reformar o suprimir el segundo. Así, quedarían comprendidos dentro de la calificación legal de delitos los hechos más graves en la escala de los vicios-capaces de afectar el cheque y su circulación. Los de menor influjo y trascendencia podrían estimarse como contravenciones de policía o como hechos constitutivos de estados antisociales o predelictuales. De tal manera, por ejemplo, podría considerarse como peligroso la emisión reiterada, cinco o más veces, de cheques que no se cancelen por insuficiencia de fondos, insuficiencia desconocida con certeza por el girador y que al mismo tiempo no haya acarreado perjuicio alguno al beneficiario o a terceros. Con una medida de esa naturaleza se obligaría a las personas a observar mayor diligencia en la emisión de sus instrumentos, con lo que se conseguiría mayor seguridad en los negocios mercantiles y menor posibilidad de caer en el delito.

En materia civil y comercial también podría legislarse en forma complementaria, especialmente en lo relativo a la posdata de cheques. Sobre el particular sería de desear que se estableciera inequívocamente que el ~~fecha~~ cheque de fecha posterior a la emisión pierde su calidad intrínseca, convirtiéndose en letra de cambio, quedando de cargo del beneficiario los riesgos que tal cambio implican.

C A P I T U L O

C U A R T O

OTROS TIPOS DE ESTAFA

79.- PLANTEAMIENTO.- Quizás no sea acertado

de estafa todos los hechos que se analizarán en el presente capítulo, no ya porque calificar como tipos -
blece algunos como delitos con distinta denominación, -
sino por algo que es más decisivo, porque el C.P. esta -
casos se trata solamente de infracciones que tienen al -
go en común, no todo, con el delito que nos ocupa. Sin -
embargo y obedeciendo a un sentido que creemos de me -
jor sistematización de las materias de nuestro tema, -
las directamente vinculadas con él y las que tienen al -
guna relación, fijaremos la atención en las disposicio -
nes legales que se relacionan de inmediato:

Artículo 417 del C.P.- Esta regla consagra -
lo que en la doctrina se conoce como "estafa de seguro" -
No obstante aparecer en el capítulo destinado al deli -
to de abuso de confianza y a otras defraudaciones, nos -
parece que contempla una típica figura de la estafa, -
por los precisos términos en que está concebido.

Artículos 281, 283 y 284, inc. 1o. del C.P.-
Son disposiciones incluídas en el título 9o. que trata -
de los delitos contra la economía nacional, la industria

y el comercio.

Artículo 484 del C. de Co.- Establece lo que podría denominarse estafa de la razón social de una sociedad colectiva mercantil.

Artículo 77 de la ley 83 de 1946.- Consagra una especie de estafa contra menores.

De manera rápida se estudiarán en numerales separados los preceptos legales antes enunciados.

80.- ESTAFA DE SEGURO.- El artículo 417 del C.P. dice:

"El que con el fin de obtener para sí o para un tercero el precio de un seguro y u otro provecho ilícito, destruya, oculte o deteriore objetos asegurados de su propiedad, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y en multa de veinte a dos mil pesos".

"El que con el fin expresado, se cause a sí mismo una lesión personal o grave voluntariamente las consecuencias de las que sin su intención o culpa le hubieren sobrevenido, incurrirá en la mitad de tales sanciones".

El artículo copiado habría quedado mejor dispuesto en el capítulo destinado a la estafa y no en el que actualmente aparece, que contempla el delito de abuso de confianza y otras defraudaciones. La disposición comentada merece en realidad el calificativo de estafa de seguro que algunos autores le dan, y aventaja con mucho en este sentido las normas de los artículos 409 y 411 que sí se colocaron en el capítulo quinto del

título final del código.

Los juristas que se han ocupado del precepto coinciden en la afirmación de que el hecho o los hechos previstos por él tienen todas las características del delito de estafa. Maggiore, en referencia al artículo 642 del código penal italiano -similar a nuestro 417- o -pina que dicha disposición tiene todas las características de una estafa. En lo nacional, Rendón Gaviria manifiesta que los ilícitos relatados por el art. 417 de -ben considerarse como estafa, en razón de que el engaño obra como elemento constitutivo de la infracción. Gutiérrez Anzola estima que se trata de una estafa grave, sin explicarse por qué el legislador le fijó una sanción leve en comparación con la establecida con el artículo 408. De nuestra parte estamos de acuerdo con la calificación de estafa, y en esa virtud intentamos un rápido estudio del artículo pertinente.

Lo primero que se nos ocurre apuntar, antes de hacer el análisis de los elementos estructuradores, es que la legislación italiana contiene una medida semejante a la nuestra, en el artículo 642 del correspondiente código y que a la letra dice:

"El que, con el fin de conseguir para sí o para otros el precio de un seguro contra accidentes, destruya, pierda, deteriorare u ocultare cosas de su propiedad, será castigado con reclusión.....".

"Será sometido a la misma pena el que con el mismo fin, se cause a sí mismo alguna lesión personal, o agrave las consecuencias de la lesión producida por el accidente".

Confrontando la regla italiana con la de nuestra ley, se notan algunas importantes diferencias, a saber:

a) La norma de nuestro código es más amplia que la del italiano, en cuanto extiende el propósito del agente a la obtención del precio de un seguro cualquiera. En Italia sólo corre la disposición para el caso de hacer efectivo el precio de un seguro contra accidentes;

b) También es más extensivo el artículo 417, en el sentido de sancionar el propósito de obtener cualquier provecho diferente al precio de un seguro. El 642 italiano se limita a reprimir el propósito de lograr el precio de un seguro contra accidentes;

c) En Colombia se castiga la destrucción, ocultamiento o deterioro de bienes de propiedad del agente, y en Italia el castigo se impone, además, a la pérdida de tales bienes;

d) Cuando el delito se produce por la agravación de las consecuencias de una lesión recibida, el artículo 417 exige de manera expresa que esa agravación se cause voluntariamente. En el 642 italiano se echa de ver tal exigencia; y

e) La medida italiana requiere que las consecuencias agravadas por acción del delincuente sean las de una lesión producida por el accidente contra el cual se ha contratado el seguro. En cambio la disposición colombiana no consagra tal restricción, pidiendo solamente que la lesión le haya sobrevenido sin su intención o culpa.

81.- EL ARTICULO 417 SANCIONA UN DELITO FORMAL.- No es indispensable para que surja plenamente el delito contemplado por el artículo 417, que el provecho perseguido se produzca en realidad. El mero propósito de conseguir el precio de un seguro o cualesquiera otras ventajas o lucros confi-

gura la infracción. Sobre esta materia se pronuncia Luis Carlos Pérez en la siguiente manera:

"Es un delito formal o de mero propósito. No es necesario, para su configuración, que en realidad se presente la consecuencia antijurídica, que es, en este caso, la obtención del precio del seguro o cualquier otro provecho".

Por lo expuesto se sigue que se trata de la tipificación de la tentativa de estafa. No es exactamente un delito perfecto de tal naturaleza, toda vez que no es menester la efectividad del provecho ilícito por parte del agente y la realidad del perjuicio patrimonial inferido a terceros.

De no mediar la consideración consignada en el párrafo precedente, podría hablarse de un concurso de leyes. Y aún así, el concurso no desaparece totalmente. Sin embargo, no es difícil su solución. El conflicto o concurso de normas se presenta, en cierta manera, entre el artículo 408 y el 417. Se aplicará de preferencia y exclusivamente, cuando los hechos sean los previstos por el último, las sanciones por él estatuidas. La especialidad del precepto así lo aconseja. Se deduce entonces, que no es dable imponer las penas señaladas por el artículo 408, en concordancia con las reglas dadas para castigar el delito imperfecto en la parte general del código, sino las consagradas por la norma especial, esto es, por el artículo 417.

82.- ELEMENTOS DE LA ESTAFA DE SEGURO..- Se

cumplen en la estafa de seguro todos los elementos constitutivos del tipo genérico de la estafa, con la reserva de que el provecho ilícito y el consi-

guiente perjuicio no es necesario se realicen, sino solamente se intenten. En estas circunstancias todo lo dicho acerca de tales presupuestos en el capítulo primero es aplicable, en lo pertinente, a la estafa del tipo en estudio. Además conviene tener en cuenta las aclaraciones contenidas en los párrafos inmediatos.

Primer elemento. - Vimos ya que el primer elemento para estructurar la estafa lo constituyen los engaños o artificios. En nuestro caso esos engaños o artificios están específicamente determinados por la ley. Deben consistir en cualquiera de estos cinco hechos:

1o.- Destrucción de bienes asegurados de propiedad del agente.

2o.- Ocultamiento de los mismos bienes.

3o.- Deterioro de los mismos objetos.

4o.- Autocausación de lesiones personales.

5o.- Agravación de lesiones sobrevenidas sin intención o culpa del delincuente.

Los hechos destructores, de ocultamiento^o de deterioro, al igual que las lesiones y la agravación de consecuencias, generalmente se realizan subrepticamente, a espaldas del afectado por el delito. Pero en algunos casos se llevan a término en forma ostentosa, ante la mirada no propiamente del asegurador o de la víctima, sino más bien delante de personas ajenas, que muy probablemente contribuirán involuntariamente a la consumación del ilícito.

Segundo elemento. - No demanda expresamente la

norma el segundo elemento de la estafa. Pero es apenas natural que con la destrucción, ocultación, deterioro, autocausación de lesiones o agravación de las ya sufridas, el delincuente induce a error a la víctima, error que a su vez determina el pago del precio del seguro o la prestación diferente a ese precio. Es evidente que en el ofendido se origina un falso conocimiento, una apreciación errada acerca de una determinada situación. Y es evidente también que como consecuencia de ese falso conocimiento creado por el actor, se presenta el peligro de que la víctima realice una disposición patrimonial perjudicial, con provecho consiguiente para el criminal.

Tercer elemento.— En el número 81 se dejó explicado que el artículo 417 prescribe un delito formal, puesto que no implica necesariamente la producción de un provecho ilícito para el criminal. El solo propósito para obtenerlo basta para estructurar la infracción. Lo dicho al respecto en el citado número se entiende aplicado para el análisis de este tercer elemento. Se agrega apenas que el provecho buscado debe ser ilícito y de orden patrimonial.

Cuarto elemento.— Tampoco es indispensable la efectividad del perjuicio al patrimonio ajeno. Surge el delito con la mera intención de inferirlo. Por lo demás, también el daño debe ser de naturaleza económica y antijurídico, sin respaldo en derecho, ilícito, desde luego que se trata de una infracción dolosa.

Quinto elemento.— Una doble relación de causalidad señalamos como elemento final de la estafa. En el delito que se comenta no es indispensable el nexo doble. Se requiere uni-

camente la relación de causa a efecto entre los hechos engañosos y el error de la víctima. La causalidad entre este error y la disposición patrimonial constituida del perjuicio no se exige, toda vez, que a diferencia del reato del artículo 408, el del artículo 417 castiga apenas la intención o propósito de conseguir un provecho y de lesionar el patrimonio de otro.

83.- DELITOS CONTRA LA ECONOMIA NACIONAL

Las disposiciones de los artículos 281, 283- y 284, inciso lo. del C.P., establecen delitos que, a nuestro modo de ver, en el fondo son delitos de estafa. Estudiaremos separadamente cada uno de dichos mandatos.

Artículo 281.- "El que difundiendo noticias falsas, o usando de otro medio fraudulento, determine en el mercado público o en las bolsas de comercio, un aumento o disminución en el precio de los salarios, víveres, géneros, mercancías, acciones, títulos o monedas, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y en multa de ciento a dos mil pesos.

"En la misma sanción incurrirá el que proveoque los anteriores resultados, por la obtención y guarda de valores o efectos susceptibles de expendio, o el que aprovechando las circunstancias económicas del momento obtuviere ganancias ilícitas. Es entendido que en la misma sanción incurrirá quien obtenga ganancias ilícitas contraviniendo las disposiciones vigentes sobre control de los precios, o almacenamiento de víveres o mercancías.

"Si el delito se cometiere por funcionarios-

públicos, agentes de cambio o de bolsa o por corredores de comercio, se impondrá, además, la pérdida del ~~emp~~ empleo o la suspensión del ejercicio de la profesión, por un tiempo igual al doble de la condena!

Los ardidés propios de la estafa se dan de manera específica en algunos de los diversos casos que contempla este artículo. En efecto, pueden considerarse como tales, la difusión de falsas noticias para determinar en el mercado público o en las bolsas de comercio, un aumento o disminución en el precio de salarios, víveres, géneros, mercancías, acciones, títulos o monedas. Otro engaño o artificio específicamente previsto por el artículo es la obtención y guarda de valores o efectos susceptibles de expendio. Muestra de la misma naturaleza la constituye el aprovechamiento de las circunstancias económicas del momento para obtener ganancias ilícitas, como también la contravención a disposiciones legales sobre control de precios, o almacenamiento de víveres o mercancías, dirigida igualmente a conseguir ganancias ilícitas.

También cuando se trata de causar aumento o disminución en el precio de los salarios, víveres, etc., se considera como artificio cualquier medio fraudulento, como claramente lo establece el precepto legal.

Las falsas noticias para determinar la situación de alza o baja en los precios, o cualquiera otra medioengañosa puesta en práctica con el mismo fin; el acaparamiento de valores o efectos susceptibles de expendio; el ~~abus~~ abuso de las circunstancias económicas del momento y la contravención a las disposiciones legales vigentes en materia de control de precios o almacenamiento de víveres o mercancías, son hechos inducidos a error. Por sí mismos crean un falso conocimiento en la mente de la opinión pública. En algunos casos-

infunden la creencia sobre escasez en los elementos indispensables para la subsistencia; hacen aparecer en otros que, por las fluctuaciones naturales del mercado, los precios han sufrido variaciones de acrecimiento o disminución. Es un típico error el que produce las maniobras anotadas, que no por padecerlo la generalidad de las personas o gran número de ellas, deja de ser error propio de la estafa. En la primera parte de este trabajo tuvimos ocasión de referirnos al sujeto pasible del error. Dijimos que no es necesario que quien padece el error sea persona determinada, pues sólo se exige la determinación para la víctima o sujeto pasivo del delito. En tales circunstancias se comprende que puede ser indeterminado el paciente del error, como en el presente caso, en que numerosos individuos sufren la apreciación falsa acerca de una situación, conocimiento, etc..

En lo que concierne al primer inciso del artículo 281, no menciona expresamente el propósito de conseguir o la obtención efectiva de un provecho ilícito. No es menester que se demuestre ninguna de las dos cosas, porque el delito se consuma con la simple difusión de noticias mendaces que determinen el alza o la baja en los precios. Entendiendo a esta circunstancia podría hablarse de que aquí no se trata en realidad ~~de un~~ delito con estrechos vínculos con la estafa. Sin embargo, resulta interesante hacer notar que, en tratándose de noticias determinantes de aumentos o bajas en los precios, el valor del aumento constituye un provecho ilícito que bien puede ir a los caudales del falso noticiero o a las arcas de terceros. El aumento, a su vez, determina en el patrimonio de los asalariados o compradores de víveres, géneros, etc. una consiguiente disminución, la que es abiertamente injusta. Se dan, entonces, en el caso propuesto el provecho ilícito y el perjuicio patrimonial propios del delito de estafa.

En los supuestos del inciso 2o. sí se exige perentoriamente la obtención de ganancias ilícitas. Obtenidas dichas ventajas es lógico que los valores o sumas que las constituyen determinan una disminución en el patrimonio de los clientes, quienes sin razón justificable han tenido que desembolsar más dineros de los que lícitamente debían exigirse. También se llenan en estos eventos los elementos del provecho ilícito y daño patrimonial.

En los fenómenos previstos por el inc. 2o.- del art. 281, se presenta la doble relación de causalidad. Para explicarla téngase como ejemplo el acaparamiento de víveres, hecho censurable a todo título pero favorecido por la codicia y voracidad de nuestros comerciantes. En dicha hipótesis la guarda de los víveres determina un error en el consumidor, error que se concreta en la creencia de la escasez del producto; aprovechando esa situación el acaparador sube los precios y obliga al cliente a gastar una mayor suma que le causa perjuicios económicos y que al inescrupuloso comerciante le reporta un provecho ilícito, una injusta ganancia. Se ve claramente en el ejemplo la existencia del doble nexo causal propio de la estafa.

Consideradas todas las razones consignadas en los acápite precedentes, es dable afirmar que los ilícitos contemplados por el artículo 281 constituyen especies de estafa. No puede alegarse que no atacan el patrimonio por aparecer influidos en el título de los delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio. Por el análisis realizado se aprecia claramente que más que a las instituciones abstractas de economía nacional, etc., dichas infracciones atentan contra el patrimonio privado. Para nosotros no hay duda de que las conductas previstas por la norma configuran

delitos de estafa, con la única excepción del inciso lo., en cuanto las noticias falsas determinen una disminución en los valores. Pero la excepción es válida únicamente - en los valores. Pero la excepción es válida únicamente - cuando el agente no se proponga conseguir o consiga realmente un provecho ilícito, como sería la diferencia de valor entre lo que debería entregar y lo que en verdad entrega a cambio de los productos que adquiere. En este caso también hay clásica estafa.

Artículo 283.- El texto de esta disposición originalmente decía:

"El que en ejercicio del comercio engañe al comprador entregándole una cosa por otra, o una cosa de origen, calidad o cantidad diversa de la declarada o convenida, incurrirá en arresto de 1 diez días a un año, y en multa de diez a quinientos pesos.

"Si el engaño versare sobre obras de arte, objetos preciosos o de especial valor histórico, se impondrá la prisión hasta por dos años y multa hasta por dosmil pesos".

Como elemento constitutivo de la infracción se toma el engaño, consistente en la entrega del vendedor al comprador de cosas de origen, calidad, o cantidad diversos a los declarados o convenidos. Lo que equivale a entregar una cosa que no se ha negociado, dejando de cumplir con la entrega del objeto realmente comprado. El engaño, pues, obra como la nota dañosa, es el dolo específico del delito, lo mismo que ocurre con la estafa. El cambio de objeto perjudica al cliente y reporta un provecho ilícito al comerciante. No se diga que en algunos casos el cambio puede beneficiar al comprador y perjudicar al vendedor, porque en dicha eventualidad no se configuraría infracción alguna, desde -

luego que el cliente no resultaría propiamente engañado; aparecerá engañado el comerciante, por el hecho de sí mismo, y esa no es la situación que reprime la ley.

Según noticia de Luis Carlos Pérez, el doctor Jorge Eliécer Gaitán "vacila al declarar que el engaño de los comerciantes no es constitutivo de estafa." Tal vacilación es inexplicable para el mismo Pérez, máxime en el tiempo en que opinó el citado autor, es decir, cuando estaba en pleno vigor el artículo 283 del código". De las palabras de Pérez se infiere que para él no constituye ninguna estafa el hecho previsto por el artículo 283. De la noticia que él mismo ofrece acerca del criterio del doctor Gaitán, se deduce que tan distinguido jurista no estaba seguro al calificar como estafa o como otra clase de fraude el ilícito del artículo de marras. No obstante tan inteligentes opiniones, el delito es de estafa, según nuestro concepto. Cabe igualmente aquí la consideración de que los hechos tipificados por el artículo 283, esencialmente y por sobre todo atentan contra el patrimonio de las personas. Es cierto que con la sanción de semejantes conductas se trata de estabilizar y evitar al pro-- pío tiempo la anarquía y la confusión en materia tan delicada. Igualmente cierto es que tales hechos atacan lo que Manzini llama la fé pública comercial. Es más: también es aceptable que son atentatorios de los intereses económicos de la sociedad, como lo proclama Garraud. Pero no por las razones expuestas ha de olvidarse que, así no lo reconozca expresamente la norma, la ley tutela el patrimonio privado del consumidor, que resulta más perjudicado y, en completo, el ú-- nido disminuído con las actividades dolosas del co-- merciante.

Con base en el alegato del párrafo anterior,

abogamos porque la disposición comentada se traslade al apartado del código que versa sobre los "delitos-
contra la propiedad". Entendemos que sólo en esta forma se garantizarían de verdad los derechos que la ley intenta defender. De tal modo considerado el precepto, sería más operante y se evitaría la impunidad que actualmente cobija los fraudes mercantiles. A este propósito nos parece más acertada la clasificación de la ley argentina que estima como infracciones contra la propiedad hechos similares a los contemplados por el artículo 283. Allí se establecen como constitutivos de una figura especial de estafa, en el numeral lo. del artículo 173 del código de la materia, cuyo texto reza: "El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que él entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio....."

Deliberadamente hemos dejado para el final la consideración del Decreto 534 de 1954 que suspendió la vigencia del precepto en comentario, estatuyendo una nueva medida limitativa de la tutela jurídica, en cuando restringe la sanción a la sola actitud de cambiar la cantidad de la cosa y no lo extiende como la norma original a la calidad. Veamos sobre el particular la opinión de Luis Carlos Pérez:

"El engaño de los comerciantes, tendientes (sic) a vender su mercancía, haciendo aparecer ésta de cantidad o cantidad superior a la real, era materia del delito descrito en el artículo 283, suspendido por el decreto-ley 534 de 1954. El precepto que lo sustituye eliminó la consideración a la falsa calidad y dejó sólo la de menor cantidad, con lo cual, pretendiendo favorecer al consumidor, lo perjudica al suprimir una importantísima garantía contra los fraudes mercan-

tiles"

La disposición actual, que recorta injustificadamente la acción de la justicia está concebida en los siguientes términos:

"El que venda artículos de primera necesidad en cantidad inferior a la declarada o convenida, incurrirá en prisión de seis a quince meses y en multa de doscientos a dos mil pesos a favor de la persona que hubiese sufrido el engaño".

Art. 284 ~~Por~~ los términos transcritos la limitación no sólo es la que apunta Luis Carlos Pérez. Se advierte que se sanciona únicamente la venta de artículos de primera necesidad en cantidad inferior a la declarada o convenida. Quedan, pues, por fuera todos los productos, efectos, mercancías, etc. que no se consideran de primera necesidad, o sea, aquellos que ni son drogas ni están destinados al alimento o al vestido humanos (Art. 10. Decreto-Ley 534 de 1954. De otra parte, se echa de ver la disposición del inciso 2o. del artículo suspendido. Y como si tales fallas no fueran bastantes, por mandato del artículo 6o. del mismo infortunado decreto se sustrae a la justicia ordinaria el conocimiento de la infracción, adscribiendo la función a las autoridades de policía, con lo cual se incurre en una grave violación de los artículos 55 y 58 de la Constitución Nacional. Si algún acierto podría atribuirse a la norma actual, sería el haber convertido un delito propio en delito común, desde luego que ya no se habla de comerciantes sino de cualquier persona. Sin embargo, los recortes anotados dejan sin valor alguno dicho ~~artículo~~ acierto.

Art. 284.- El precepto contenido en el inciso primero del aludido artículo, disponía originalmente:

"El que en perjuicio de terceros haga uso de -

pesas o medidas alteradas o que tengan las contramarcas legales falsificadas o alteradas, incurrirá en arresto de un mes a un año y en multa de cinco a quinientos pesos".

El perjuicio de terceros de que habla la norma se entiende que es carácter patrimonial. La falsificación de las pesas o su alteración, para que causen un perjuicio, deben ser en sentido de disminución, o lo que es lo mismo, que sean menores las pesas o medidas a las consideradas como exactas. Lo mismo se entiende para la falsificación o alteración de las contramarcas legales, pues éstas se imponen para garantizar la exactitud de dichas pesas o medidas, y nadie, por generoso en extremo que sea, va a contrahacer las marcas legales o falsearlas, para aumentar el peso o la extensión.

La disminución en el peso o en la medida acarrea al consumidor un perjuicio y reporta, a la vez, un provecho injustificado al comerciante. De otro lado, el hecho de la falsificación o alteración constituye un engaño. De tal manera, nos encontramos frente a otra figura o caso de estafa. De allí que valgan para esta disposición los comentarios hechos alrededor del artículo 283, en lo relativo a la tutela del patrimonio y a la necesidad de que se incluya en el apartado del código destinado a las infracciones atentatorias del patrimonio ajeno.

La misma historia del artículo 283 se repite con el que analizamos, en relación con el famoso decreto 534. Con la circunstancia más grave aquí, que no se estatuyó una medida que sustituyera, así fuera de modo restringido, el inciso lo. del artículo 284. La norma en vigencia es una modificación, o lo que se quiera, pero apenas del inciso segundo. En tal virtud la legislación de marras incurrió en grave despropósito, incom --

previsible e inexplicable en grado sumo, si se considera el propósito, al menos aparente, que guió su promulgación. En lo pertinente caben en este punto las observaciones consignadas al examinar el artículo 283, las que nos relevan de un nuevo estudio. Por lo tanto terminamos el tema con la transcripción del artículo 4o. del censurado decreto, vigente en tanto dure la legislación de emergencia, que lleva trazas de prolongarse indefinidamente. Dice así:

"Al comerciante al por mayor, o al detalle - que se le encontraren pesas o medidas alteradas, incompletas o disminuídas, incurrirá en la pena de uno a cuatro años de colonia penal, en multa de quinientos a mil pesos a favor del respectivo municipio, y en pérdida del derecho a ejercer cualquier actividad comercial".

84.- ESTAFA DE RAZON SOCIAL.- El C. de Co. - trae bajo el -

número 484 una prescripción relacionada con el delito de estafa, cuyo tenor insertamos:

"El uso de la razón social después de disuelta la sociedad constituye un delito de falsedad y la inclusión en aquella del nombre de una persona extraña es ~~estafa~~ estafa. La falsedad y la estafa serán castigadas con arreglo al código penal".

Prevén los términos copiados dos hechos que se califican como delitos de falsedad, el uno, y de estafa el otro. Por la naturaleza del presente trabajo nos limitamos a examinar la situación contemplada como constitutiva de la infracción que ocupa nuestro cometido.

Diversas clases de sociedades regula la legislación mercantil: colectivas, anónimas, en comandita simple, en comandita por acciones, de responsabilidad -

limitada y una sui generis de cuentas en participación. Por su parte el C.C. también legisla sobre ~~ese~~ sociedades colectivas, anónimas, etc. A todas estas sociedades no se extiende la disposición del artículo 484. Únicamente se aplica en tratándose de sociedades colectivas mercantiles. Ni siquiera cabe para las colectivas de derecho civil. Conviene tener presente esta circunstancia para evitar interpretaciones erradas del precepto legal. Dado el lugar que ocupa en el C. de Co. y la falta de mandato expreso que la extienda a otras asociaciones, no se justifica, ni siquiera por vía analógica, ponerla en práctica en casos diferentes a los de las sociedades colectivas de comercio.

Los autores se preguntan si la norma en cita tipifica una figura específica del delito de estafa, o si apenas contiene una presunción penal. En nuestro criterio el artículo 484 no hace más que establecer una presunción legal de estafa, que por lo mismo admite prueba en contrario. No tipifica, por tanto, ninguna especie delictiva ni delito autónomo alguno. A este propósito la opinión de Luis Carlos Pérez contenida en este aparte es la siguiente:

"El hecho definido así (se refiere al artículo 484) debe tener los elementos constitutivos del delito, según el artículo 408. La simple inclusión de un nombre puede tener la finalidad diferente de la de inducir a otro en error para aprovecharse ilícitamente de su patrimonio económico. El artículo citado de la ley mercantil debe considerarse como una mera advertencia, pues el código penal reguló integralmente los delitos y derogó expresamente las normas contrarias. Contradice el estatuto un precepto que erige como estafa la simple inclusión de un nombre en la razón social de una compañía, sin tener en cuenta ninguno de los elementos descritos en el artículo 408".

Algunas reservas caben al argumento preinse~~r~~to. No participamos de la idea de que la norma mercantil contradice el estatuto de las penas. Por lo mismo no aceptamos que haya quedado expresa o implícitamente derogada. Ya dijimos que presenta el precepto una presunción legal de estafa, presunción que no se opone a las exigencias del artículo 408 del C.P. en cuanto a la producción de los presupuestos del delito. En este sentido, la interpretación más correcta, nos parece, es la que presume -- que la simple inclusión del nombre de una persona extraña en la razón social es por sí sola artificio o engaño generador de estafa. Presumiendo un solo elemento es lógico que debe acreditarse por los medios ordinarios de -- prueba la existencia de los restantes. De esta manera se concilian las distintas precripciones legales y se soluciona el concurso de normas que aparentemente se presenta.

Según el artículo 20. de la Ley 26 de 1922, -- sustitutivo del artículo 481 del C. de Co., razón social es la fórmula enunciativa de los apellidos de todos los socios, alguno o algunos de ellos, con la agregación de las expresiones y compañía, hermanos, e hijos, u otras -- equivalentes cuando no comprenda los apellidos de todos los socios. En la razón social puede también incluirse -- el nombre de pila de uno o más socios. Por ministerio de la ley, resulta que no es permitido la inclusión del nombre de personas extrañas a la sociedad. No otra cosa -- significa el que sólo puedan aparecer en la razón social los nombres de todos los socios o de algunos de ellos -- con el aditamento "e hijos", etc. Muy puesto en razón el requerimiento, ya que la razón social expresa el mandato recíproco que se confieren los socios para tratar y obligarse a los terceros, al tenor del artículo 482 ibídem. Y porque, además, los socios de una compañía mercantil colectiva son solidariamente responsables de to --

das las obligaciones contraídas bajo la razón social. De todo lo cual se deduce que la inclusión del nombre de persona extraña a la compañía es por sí sola indicativa de un fraude a terceros contratantes, los cuales creerán que es socio aquel cuyo nombre se incluye en la razón social. Hay pues, un engaño, un ardid para embaucar a gentes de buena fe, y en tal sentido está bien que lo presuma como artificio propio del delito de estafa.

85.- ESTAFA CONTRA MENORES.-- La ley 83 de 1946, orgánica

de la defensa del niño, o código de menores, dispone en su artículo 77;

"La ocultación total o parcial de sueldos, jornales, o de bienes por parte del padre, patrón o empresario, será considerada como delito de estafa".

La medida es una especie de garantía del derecho a alimentos consagrado por la ley en cita. De allí que se encuentre dentro del apartado destinado a la regulación "de los alimentos", y en seguida del artículo que faculta al juez respectivo para ordenar la retención proporcional del sueldo del padre, en caso de ser empleado público o privado.

Para efectos de nuestro estudio interesa esclarecer si se trata de la tipificación de una figura específica del delito de estafa o, en caso negativo, determinar los precisos alcances del precepto legal.

Siguiendo el mismo criterio que lo guiara en el análisis del artículo 484 del C. de Co., Luis Carlos Pérez estima, aunque expresamente no lo declara

ra, que el 77 de la ley de menores no debe tomarse estrictamente como la tipificación de un tipo especial de estafa, dado que se requiere la concurrencia de todos los elementos exigidos por el artículo 408, para que el delito aparezca como tal. Hé aquí su comentario:

"El acto de ocultar puede perseguir una finalidad diferente, desintegrándose, por consiguiente, la figura criminosa. Aunque no lo diga esta ley, es preciso que concurra en el agente la intención especial de ocasionar por ese medio perjuicio al menor, de defraudarle bienes que necesita para su cultura y su salud física y moral. En ese caso, la ocultación es una típica maniobra para dejar de cumplir obligaciones civiles referidas nada menos que a la subsistencia de las personas".

De nuestra parte conceptuamos que no se trata de una especie de la estafa, típica y por sí sola bastante para derivar las sanciones correspondientes. Opinamos, lo mismo que para la estafa de razón social, que la ley estableció una presunción legal. Pero no presunción del delito en sí, sino apenas de uno de sus elementos: de los artificios o engaños. Y presunción, además, que admite prueba en contrario por no ser jure et de jure. De consiguiente, será menester para que la infracción surja plenamente, la concurrencia de los restantes presupuestos de la estafa.

Lo que la ley presume como hechos constitutivos de engaño o artificio es la ocultación total o parcial de sueldos, jornales o de bienes. Tal ocultación debe realizarla el padre, el patrón o el empresario. Pero en cuanto al término "padre" es preciso aclarar que no sólo se refiere al padre propiamente tal, si no también a la madre, cuando ésta está obligada a --

S E C C I O N I I I

ITER CRIMINIS. DELITO CONTINUADO

Y CONCURSO

Capítulo Primero.

CONSUMACION DEL DELITO DE ESTAFA

86.- PLANTEAMIENTO.- El proceso evolutivo del delito, a partir de la idea & criminosa, es lo que Andrés-

Alciato calificó como "iter criminis", expresión doctrinaria del Derecho Penal. Es, en síntesis, el itinerario, el camino, la senda que sigue el delincuente para llegar a traducir positivamente sus ideas antisociales. En todo hecho delictuoso se presenta ese itinerario, si bien no en todos adquiere vida normal, pues casos hay en que por circunstancias de variada índole, el proceso sufre desviaciones, in-

terrupciones, etc. Pero como quiera que en todo delito aparece, debemos concluir que en la estafa también se da un "iter criminis".

Una fase interna y otra externa se dan en la "vida del delito". La primera corresponde, al decir de Rafael Campo Restrepo al fuero interior del hombre, a la conciencia humana inaprehensible, es un querer subjetivo que todavía no ha recibido apoyo para convertirse en existencia objetiva. La segunda constituye la realización del pensamiento criminoso, como muy bien lo expresa el citado autor. Es la fase externa la serie o cadena de hechos sucesivos que el agente lleva a cabo en orden a la cristalización de sus propósitos criminales. A su vez, cada una de estas fases se integra de diversas etapas, definidas y determinadas de modo inteligible en la teoría, pero de difícil deslinde en el campo práctico. Atendiendo a la naturaleza específica de nuestro estudio, examinaremos apenas las etapas de mayor influjo en el camino hacia el delito, concretamente, en el camino hacia la comisión de la estafa. Sin embargo, no sobran algunas consideraciones brevísimas alrededor de los momentos que podríamos denominar secundarios en la génesis del delito.

Por el aspecto interno del "iter criminis" se distinguen generalmente tres hechos o etapas: la idea criminal, la resolución y la preparación o planeación del delito. En algunos casos también se cuenta la manifestación del propósito delictivo. En la estafa es muy lógico suponer que, dada su naturaleza esencialmente intelectual, los tres momentos preceden necesariamente y de manera clara a la consumación del crimen. El timador se forja la idea de defraudar a alguien, "acciona" su propósito, lo piensa y medita hasta decidirse a realizarlo. Formada la resolución se dedica a prepara-

rar, a estudiar el medio adecuado de lograr sus fines, generalmente analiza a su futura víctima y, por último urde un plan destinado a concretar en hechos positivos lo que todavía es producto subjetivo. Pero todas estas manifestaciones de la fase interna, precisamente, por corresponder a una esfera íntima del delincuente, que no tienen vida objetiva, escapan a la acción de la justicia, pues no habría manera de comprobarlas con certeza. Además, el delincuente lo es por la realización de hechos positivos contrarios al orden jurídico, y no por el solo pensamiento, por su sola actividad intelectual. De aquí se sigue necesariamente que al estafador no le deviene castigo alguno sino ha puesto en práctica la idea criminal.

La fase externa del proceso delictivo se integra de los llamados actos preparatorios, actos ejecutivos, actos consumativos y, en ocasiones, también los actos agotativos. Cuando se dan en los tres primeros actos en forma normal, se dice que el delito se consuma, que se realiza plenamente, que adquiere vida perfecta. En cambio, cuando la acción se detiene en alguno o algunos de ellos, ya sea por circunstancias dependientes de la voluntad del agente o extrañas a él, se presentan diferentes figuras jurídicas tales como el delito imperfecto, el desistimiento, etc. En el delito de estafa, los actos preparatorios serían, según la teoría francesa, la disposición de escenario, el arreglo de la situación en que ha de colocarse a la víctima; para nosotros son más de índole intelectual, lo que no excluye la posibilidad de ordenar un escenario. Los actos ejecutivos son aquellos que inequívocamente se dirigen a lograr el fin perseguido, el provecho ilícito y el perjuicio al patrimonio ajeno. Los consumativos están constituidos por aquellos que producen efectivamente el resultado buscado, los que hacen obtener

el provecho e irrogan el daño o lesión.

Si el derrotero criminal no se desenvuelve en forma normal, aparecen el delito tentado y el delito frustrado, en algunos casos, y en veces el desistimiento, etc. Observando el método que nos parece más indicado, estudiaremos primero la culminación de ese itinerario, esto es, el momento consumativo de la estafa y después, en capítulos separados, las figuras del delito imperfecto.

87.- MOMENTO CONSUMATIVO DEL TIPO GENERICO

No están de acuerdo los autores en la determinación del momento consumativo de la estafa. La discrepancia que se nota entre los diversos comentarios, proviene, a nuestro modo de ver, de la circunstancia de que no en todas las legislaciones se considera como delito de lesión. Por otro aspecto, nos parece que también es producto de la divergencia en cuanto a la naturaleza del provecho obtenido por el agente. Veamos el criterio de algunos comentaristas sobre la materia.

El momento consumativo de la estafa -que es delito de daño- coincide con la consecución del provecho injusto y con la producción del perjuicio ajeno, -manifiesta Maggiore.

En concepto de Carrara, citado por Botero - Mejía, "en sustancia una entrega -verdadera o simbólica- un despojo - de una cosa o de un derecho- es necesaria para la consumación de este delito". Agrega que el daño potencial equivale a la lesión efectiva, "cuando en el engaño haya producido el resultado del despojo - de un derecho, aunque no sea subseguido por la pérdida de la propiedad", y en tal caso es natural que la es -

tafa también se consuma.

Se consuma el delito de estafa en el instante en que se toma la disposición patrimonial perjudicial, con independencia de la obtención de un provecho indebido, según Sebastián Soler.

Para Bernardo Botero Mejía se consuma la estafa cuando en realidad se ha obtenido el provecho ilícito. Coincide el momento culminante de la infracción con el de la obtención del indebido provecho.

En opinión de Jorge Enrique Gutiérrez Anzola la estafa ~~cuando~~ se consuma en el momento en que el ilícito provecho se obtiene realmente, pues en el mismo instante automáticamente se produce el daño al patrimonio ajeno.

La estafa solo se perfecciona cuando se consiguen el provecho propio y el daño ajeno, anota Luis E. Romero Soto.

El maestro de Pisa ofrece con su tesis una directiva bastante aceptable en el intento de establecer con certeza el momento culminante del delito. Aun cuando no lo reconoce expresamente, se desprende de sus palabras que la estafa se consuma por la real producción del daño y del provecho recíproco. Porque no es dable comprender cómo puede ocasionarse un daño de orden patrimonial sin que se presente, al propio tiempo, un beneficio para el agente o para tercera persona, tratándose claro está de la comisión de un estafa, ya que en otras infracciones, por ejemplo la prevista por el artículo 426 del C.P., el perjuicio que se irroga no reporta necesariamente provecho al delincuente.

El que el daño potencial equivalga en algunos casos al efectivo y, por lo mismo, sea suficiente para consumar la estafa, no es válido en ninguna hipótesis. El ejemplo de Carrara es una demostración palpable de ello, pues allí no se trata de un perjuicio potencial sino de un daño efectivo, desde luego que hay despojo de un derecho, de la propiedad de ese derecho podría decirse; no hay, pues, el pretendido daño inminente o lo que se quiera en sentido similar. La lesión se ha producido en su integridad y en tal manera el delito se consuma.

El criterio de Giuseppe Maggiore nos parece acertado. Considerado como está el delito en la legislación italiana -delito de doble resultado: provecho injusto y lesión ajena-, es evidente que la consumación del reato aparece únicamente cuando cristalizan positivamente dichos resultados. Si no se dan la ventaja y el daño, pero se han realizado actos ejecutivos, el delito surge pero de manera imperfecta, originando una estafa frustrada o una tentativa o conato de delito.

No aceptamos que el momento en que se toma la disposición patrimonial caracteriza la culminación de la estafa, como lo pretende Soler. Ni siquiera se justifica tal proposición con el argumento de que, con respecto a la ley argentina, "no cabe duda de que el beneficio ilícito es solamente un propósito subjetivo que debe imprimir sentido a los ardidés," por lo cual "no es necesario que el patrimonio del estafador haya efectivamente aumentado para que exista estafa". En su oportunidad refutamos dicha interpretación de la norma argentina que, por los precisos términos en que está concebida, no admite duda en relación a la efectividad del indebido provecho. "El que defraudare a otro" -ex-

presión utilizada por la ley aludida- equivale a "el que obtenga a costa de otro un provecho", y mal puede equipararse a "el que trate de obtener" o parecidas frases.

Tampoco se justifica la posición del jurista argentino, si se repara en la tesis que sostiene acerca de la real producción del daño, tesis que lo lleva a afirmar que "la estafa es un delito para cuyo perfeccionamiento se requiere la efectiva producción del daño, Se contradice en tal manera, y frente a la desarmonía de sus conceptos, lo correcto es aceptar las palabras citadas en este párrafo y desatender las que insertamos arriba.

Pero si lo dicho acerca de la posición de Soler no basta para desecharla, agréguese el hecho de que toda disposición patrimonial, o mejor, no todo hecho de tomar significa necesariamente la causación del daño. Con un ejemplo se ve de manera objetiva el desacierto del argentino. Inducido a error por los artificios de A, B firma un cheque por determinado valor a favor de A; ha tomado pues una disposición patrimonial. Pero dándose cuenta del fraude de que ha sido víctima, inmediatamente revoca la orden de pago y el banco no cancela el cheque al ser presentado por el timador. En tales condiciones no se produce daño y el provecho indebido tampoco se realiza; no obstante, ha mediado disposición patrimonial. Pero esa disposición que quedó sin efecto no hace que la estafa se consume; por el contrario, el delito se detiene en una etapa que bien puede ser de tentativa o frustración -en nuestro sentir lo último-, y se considera por lo tanto imperfecto.

Ni aplicada a las legislaciones que como la alemana demandan apenas el propósito de obtener un provecho antijurídico, es válida la tesis de Soler. Porque -

el hecho de que, en palabras de Beling, sea indiferente que el provecho se haya o no efectivamente logrado, no da fuerza alguna para equivaler en todos los casos la disposición patrimonial a la efectividad de la lesión.

Aun cuando no se aclara expresamente que sea menester la producción del daño, la teoría de Botero Mejía está en lo cierto al afirmar que culmina la estafa en el momento en que el agente consigue el provecho, -- puesto que en ese mismo instante se verifica la lesión en el patrimonio de la víctima.

Gutiérrez Anzola es muy explícito en este particular. De manera precisa señala el momento consumativo de la estafa. Nuestro pensamiento se identifica totalmente con la tesis de este autor. Evidente nos parece que el delito se consume en el instante en que el criminal consigue el provecho e ilícito, pues en ese mismo momento y automáticamente se irroga el perjuicio al patrimonio del sujeto pasivo. Tanto es así, cuanto que en nuestra opinión el beneficio y el daño requieren ser de naturaleza patrimonial, sin admitirse el beneficio simplemente moral.

En consonancia con lo expresado en acápite precedente, el criterio de Romero Soto merece nuestra plena aceptación-.

Concluyendo, se tiene que la estafa del tipo genérico se consuma en el momento en que se obtiene el provecho, momento en que matemáticamente coincide con la causación del perjuicio patrimonial. Oportuno es recordar que los elementos "provecho ilícito" y "daño ajeno", son susceptibles de refundirse en uno solo con dos lados diferentes: por el uno aparece el beneficio y por el otro el perjuicio. Siendo único el presupuesto legal, el momento en que surge una de sus dos caras coincide -

plenamente con el nacimiento de la otra faz.

88.- MOMENTO CONSUMATIVO DEL ESTELIONATO

Sobre el instante en que el proceso evolutivo del delito tipificado por el artículo 409 culmina, consumando de manera perfecta la infracción, la Corte dijo en auto de 15 de marzo de 1948:

"En la venta de bienes ajenos o gravados --- como especie de estafa- hay un provecho ilícito en perjuicio del comprador, que consiste en la entrega del -- precio, para obtener el cual provecho el vendedor usó de¹ artificio o engaño de aparecer como dueño en el --- primer caso, y de presentar como libre el bien vendido- en el segundo.

"Celebrado, pues, el contrato y recibido el precio -háyase o no entregado la cosa vendida-, esto es, obtenido el provecho ilícito queda consumado el delito, tratése de contratos solemenes como el de venta de in-- muebles, o no solemnes como el de venta de muebles".

No obstante provenir de tan autorizada fuente, disintimos de la doctrina expuesta en los párrafos preinsertos. Como lógica consecuencia de lo que ya expusimos en relación a la naturaleza jurídica del estelionato, sobre todo en cuanto afirmamos que es delito de - peligro y no de daño, sostenemos que no es menester la producción del beneficio indebido para que la infracción se consume. El solo contrato de enajenación, se otorgue o no mediante escritura pública, basta para consumir la figura del artículo 409. Es indiferente por lo tanto - la efectividad del provecho. Y aún más, la producción - real del perjuicio patrimonial. De tal suerte, es preciso concluir que el estelionato se consuma en el momento

de perfeccionarse el contrato de enajenación, trátase de venta de bienes ajenos como propios, o de venta de bienes gravados, embargados o secuestrados como libres. Entonces, para determinar si la infracción ha culminado, debe atenderse a la perfección o no perfección del contrato de enajenación. En el instante en que el contrato nace jurídicamente, el delito automáticamente se consume. El cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones bilaterales que el contrato genera, no tiene influjo alguno en este punto.

89.- MOMENTO CONSUMATIVO DEL ABUSO DE NECESIDADES.- El artículo 411 del C.P. castiga el abuso de necesidades, pasiones, estados de enfermedad o deficiencia psíquica o inexperiencia de una persona cualquiera, en orden a obtener un provecho ilícito mediante la inducción a la ejecución o realización de un acto capaz de producir efectos jurídicos. Sanciona, pues, el simple propósito de conseguir un injusto provecho en perjuicio del patrimonio de terceros. En consecuencia, no es indispensable la efectividad del beneficio para que el delito se consume. Pero, entonces, a qué momento o a qué hecho ha de estarse para calificar la culminación del reato?

En nuestro concepto ha de mirarse a la realización del acto capaz de generar efectos jurídicos -- perjudiciales. Si el acto se lleva a cabo, es decir, si el hecho se realiza plenamente, la estafa del artículo 411 se consume. En caso contrario, el delito no llega a su meta normal, no adquiere cuerpo de infracción perfecta. Lo que da base para aseverar que el instante en que se lleva a término el acto capaz de originar perjudiciales consecuencias jurídicas, es el momento de --

la consumación del delito de abuso de necesidades, pasiones o de otros estados de inferioridad. Además, por tratarse de un delito formal que no exige la efectiva producción de resultados dañosos, -se incrimina el --mero designio ilícito--, es válido aquí el alegato sobre la indiferencia en cuanto al cumplimiento de las obligaciones que el acto de la víctima es capaz de generar.

90.- MOMENTO CONSUMATIVO DEL GIRO EN

DESCUBIERTO.- La ley dispone que para que sea posible el deli

to autónomo de giro en descubierto, el hecho no constituya delito de estafa. En consecuencia, -la lesión al patrimonio y el beneficio propio no deben producirse de manera indispensable para que el de

lito se consume. De otra parte, conviene tener presente que la norma sanciona la simple emisión de cheques --sin que medie provisión de fondos o autorización del banco girado. Lo que da margen para proclamar que la infracción culmina normalmente, nace completa, en el momento de suscribirse el documento. En el preciso instante de la emisión, en el momento en que firma el girador el instrumento, se consuma el delito de giro en descubierto, así no animen al girador propósitos de inferir daño a terceros. Por esta razón hemos sostenido que la ley tutela, en estos casos, más la fe pública que los derechos patrimoniales.

Otro factor es importante en el empeño de determinar el momento culminante del delito autónomo, aun cuando se a influjo es mayor en la calificación-- jurídica del hecho. Nos referemos a la circunstancia de que la emisión del cheque no constituya por

sí misma engaño o artificio propio de la estafa o no forme parte de una cadena de hechos constitutivos de artificio o ardid. Pues si así sucede se presentaría un delito perfecto o imperfecto de estafa, según los resultados de la acción en cada caso concreto. En este sentido aclaramos, si es el caso, lo dicho al respecto en el capítulo destinado al estudio general del delito autónomo consagrado por la ley 75 de 1916, originariamente, y previsto en la actualidad por el decreto 1858 de 1951.

91.- MOMENTO CONSUMATIVO DE LOS OTROS TIPOS DE ESTAFA. Brevemente -

trataremos de fijar el momento consumativo de cada uno de los delitos, que por sus especiales relaciones con la estafa, hemos analizado como constitutivos de figuras especiales de ella.

La estafa de seguro, estatuida por el artículo 417 del C.P., se consuma en el momento en que se realizan los hechos de destrucción, ocultación o deterioro de los bienes propios asegurados, siempre y cuando, claro está, que tales hechos se ejecuten con el designio criminal establecido por la norma. Asimismo, se consuma la estafa de seguro en el instante en que el agente se cause la lesión personal o en aquel en que se realiza el hecho agravador de las consecuencias de la lesión personal que ha recibido sin su intención o culpa. Dado que la ley castiga el mero propósito de obtener un fin ilícito, no es necesario para la perfección del delito la real consecución de ese beneficio.

En el preciso momento en que en el merca-

do público o en las bolsas de comercio se produce un aumento o disminución en el precio de los salarios, víveres, géneros, mercancías, acciones, títulos o monedas, como resultado de las noticias mendaces o de cualesquiera otros fraudes empleados por el delincuente, se consuma la infracción definida por el artículo 10. de la Ley 80 de 1948 que sustituyó el 281 del C.P. También se consuma el delito previsto por el inciso segundo del artículo en cita, en el instante en que, por la obtención y guarda de valores o efectos susceptibles de expendio, se suscita en el mercado público o en las bolsas de comercio aumento o disminución de los precios de salarios, víveres, etc. En las hipótesis contempladas no es menester la real obtención de provecho por parte del criminal. En cambio, cuando se trata de aprovechamiento de las circunstancias económicas del momento, el delito culmina en el momento en que el agente obtiene de manera efectiva ganancias ilícitas. Si éstas no se consiguen, la infracción no aparece plenamente, esto es, no se consuma. Lo mismo se aplica en los eventos de contravención a las disposiciones vigentes sobre control de precios o almacenamiento de víveres o mercancías. Se consuma el delito en el instante en que se obtienen efectivamente las ganancias ilícitas.

El delito establecido por el artículo 283 del C.P. cuya vigencia en mala hora suspendió el 30. del decreto ley 534 de 1954, se consuma en el momento de la entrega de la cosa diferente a la convenida o de la entrega de la cosa que no corresponde al origen, calidad o cantidad de la declarada o convenida. No basta, pues, el solo contrato de venta, sino la entrega subsiguiente para que el delito se perfeccione. Lo mismo puede decirse del ilícito contemplado por la norma actualmente vigente, pues los térmi-

nos de la disposición dan pie para comprender que no basta la simple venta sino la entrega correspondiente.

Se consuma la infracción prescrita por el artículo 284 del C.P., cuya vigencia ha sido suspendida por virtud del artículo 4o. del decreto antecitado, en el instante mismo en que el sujeto haga uso de pesas o medidas alteradas, o de los mismos objetos que tengan las contramarcas legales falsificadas o alteradas. No se necesita ningún otro hecho o actividad distinta al uso de las pesas o medidas en las condiciones dichas. La norma en vigencia no interesa a nuestro tema, desde luego que no estatuyó nada que reemplazara el inciso primero del artículo 284 original. Sin embargo podría decirse que el ilícito que prevé asoma, no propiamente se consuma, en el momento en que el comerciante se le encuentran, por parte naturalmente de las autoridades correspondientes, pesas o medidas alteradas, incompletas o disminuídas.

Por las razones expresadas en su oportunidad en relación con los artículo 484 del C. de Co. y 77 de la Ley 83 de 1946, no es conducente hablar del momento en que se consuman los hechos contemplados por ellos, toda vez que no tipifican ningún delito, siendo apenas medidas reguladoras de presunciones legales de uno de los elementos constitutivos de la estafa.

=====oOoO=====

Capítulo segundo

DELITO IMPERFECTO DE ESTAFA

92.- CONSIDERACIONES PREVIAS.- Sobremanera

arduo es el tema del delito imperfecto en el plano teórico, pero más elusivo e insoluble se presenta en el campo práctico. Los difíciles que suscita en orden a distinguir el delito tentado o conato delictivo del delito malogrado o frustración del delito, como los que dicen relación a la tentativa inacabada y a la tentativa acabada, además de los que surgen en la determinación de las directrices para explicar el deslinde entre las diversas figuras, son materia propia del estudio de la parte general del derecho penal, y no caben en su integridad en un ensayo tan limitado como el nuestro. Considerada la cuestión desde otro punto de mira, conviene consignar que todo el bagaje de investigación científica realizado sobre el particular hasta el momento, con lo mucho de clarificación que ha contribuido, no ha logrado decantar lo suficiente problema de tan sutiles enredos.

Lo dicho en el acápite anterior explica el que no intentemos un examen a fondo sobre el asunto, y nos releva de un trabajo propio de un extenso ensayo, propio de una obra especial, en todo caso de no muy estrechos vínculos con la materia objeto de nuestra tesis.

No empecé lo apuntado para que declaremos

nuestra inclinación por la teoría que predica la unificación de las figuras del delito tentado y del frustrado, especialmente en lo que a su punibilidad se refiere, teoría que aparece va encontrando eco, como lo atestigua el artículo 56 del código penal italiano de 1930, cuyo texto copiamos dada su claridad que nos libra de ofrecer mayores explicaciones. Dice la norma aludida:

"El que realizare actos idóneos, dirigidos de manera inequívoca a cometer un delito, responderá de delito tentado, si la acción no se realiza o el resultado no se verifica.

.
.

"Si voluntariamente impidiere el resultado, será sometido a la pena establecida para el delito tentado, disminuída de una tercera parte a la mitad!"

En consideración a las premisas anotadas, examinaremos solamente la posibilidad del delito imperfecto, sin distinguir sutilmente entre tentativa y frustración, en las diversas figuras del delito de estafa. Valga prevenir, además, que participamos de la opinión que admite la frustración del delito si también es posible el conato, y viceversa.

93.- EL DELITO IMPERFECTO EN EL TIPO GENERICO DE ESTAFA.

--- Cuando el proceso ejecutivo, vida del delito o iter criminis no desemboca en la meta final de los designios criminales, pero ha rebasado los actos preparatorios, llegando a los ejecutivos --trátase de comienzo de ejecución o de ejecución propiamente tal-- el hecho adquiere características delictuosas y acarrea sanciones penales proporcionalmen-

te a la entidad o gravedad de los actos desarrollados. Siguiendo un orden cronológico en el derrotero del delito, se presenta primero la figura del conato y luego la frustración. Es decir, que la tentativa es un grado menor del delito frustrado, pues éste demanda una mayor actividad o una actividad más grave y más precisa que aquella. De tal modo se hace lógico estudiar primero el problema de la tentativa y después el del delito frustrado de estafa, en su tipo genérico del artículo 408.

Tentativa.— Que el conato de estafa no es posible proclaman algunos autores, aduciendo razones de variada índole. Otros aceptan la tentativa alegando también diversos fundamentos. Pasemos una ligera revista a las opiniones que sobre el problema conocemos, para en último término fijar nuestro criterio.

Niegan la tentativa en el delito de estafa:

Adolfo Prins, quien defiende su tesis alegando que la sanción de simples maniobras fraudulentas, sin la objetivización de los propósitos criminales, convertiría la justicia en algo menos que un asalto.

Rossi, autor que invoca para defender la negativa, la dificultad de distinguir los medios engañosos objeto de sanción civil de los ardides objeto de sanción penal.

Chaveau y Hélie, si bien no niegan rotundamente la posibilidad del conato, lo niegan en aquellos casos en que los medios fraudulentos no son idóneos por sí mismo para la consecución de los fines criminales.

Aceptan el grado de tentativa en el delito de estafa:

Giuseppe Maggiore, comentarista que basa su teoría en la necesidad de que el beneficio propio y el perjuicio ajeno se causen positivamente para la consumación del delito.

Luis Carlos Pérez, para quien el grado de tentativa es posible en este delito, en consideración a que es un infracción de doble resultado y que requiere un ataque plenamente realizado, objetivamente consumado.

Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, por razones similares a las que sustenta para determinar el momento consumativo del delito.

Intentaremos una rápida crítica de las opiniones en pro y en contra del conato de estafa.

Bastante débil nos parece el argumento de Adolfo Prins para oponerse a la tentativa. La justicia se convertiría en algo menos que un asalto si castigara las simples ideas criminales. Pero como en la tentativa hay un principio de ejecución, actos inequívocos que señalan y demuestran que el delincuente no se ha detenido en la fase interna del proceso ejetivo, no puede sostenerse que no hay objetivización de los propósitos malvados. Hay hechos positivos conducentes a la comisión de un ilícito y tales hechos son antijurídicos y merecen la represión legal.

El fundamento de Rossi también nos parece falto de consistencia jurídica. La pretendida dificultad en la distinción entre medios engañosos objeto de sanción civil y medios engañosos objeto de sanción penal. La ley

ofrece el criterio preciso para establecer la diferencia. Si el hecho está consagrado como delito se imponen las sanciones criminales, no así en el supuesto contrario. Que se fijen sanciones civiles en uno u otro caso no interesa para la represión de la tentativa. Lo que interesa es el designio del delincuente, que si se encamina a irrogar un daño y obtener con ello un injusto provecho, es siempre delictuoso.

No es aceptable la negativa de Chaveau y Hélie, porque la idoneidad de los artificios no se exige para la consumación del delito, aunque de ella pueda hablarse al pedirse la relación de causalidad. Por otro aspecto, sería ilógico pretender que la inidoneidad en los medios fraudulentos convierte a éstos en algo indiferente a la acción de la justicia, no obstante ser manifestaciones de propósitos aviesos, y pese también a que han sido practicados en la certidumbre de cometer un delito. Sobre el particular es preciso reconocer, como lo hace Edmundo Mezger, que de acuerdo con el criterio sostenido por la teoría dominante en materia de conato, basta que el autor creyera en un perjuicio patrimonial para que la tentativa se posibilite.

Las tesis que aceptan la tentativa son todas aquellas aceptables, ya que ponen en juego los resultados que se buscan con la acción criminosa para establecer que sí es posible. Es muy cierto que el provecho indebido y la lesión patrimonial requieren, para ocasionarse, una serie de hechos, y que muchas veces esa serie se descon- tinúa sin llegar a concluir plenamente. Pero esos hechos ejecutados, en sí, son punibles en grado de tentativa. El concepto de Mezger nos parece el mejor, en razón de que, mediando una acción dirigida al engaño, hay ya un principio de ejecución punible, hechos objetivados que reclaman la represión punitiva.

Es posible el conato en el delito de estafa, así se mire desde el punto de la teoría que distingue los actos preparatorios, los actos que señalan un principio de ejecución y los actos ejecutivos propiamente tales, para fijar el límite de la tentativa, la frustración y el delito consumado, o así se tenga en cuenta, para el mismo cometido, las circunstancias que impiden la culminación del reato, circunstancias dependientes del autor en el conato y extrañas a él en la frustración.

De acuerdo con los principios generales prescritos por el artículo 16 del C.D. la tentativa se presenta cuando, con el fin de cometer un delito, se ~~inicia~~ principio a su ejecución pero no se consuma por circunstancia ajenas de la voluntad del autor. Si el sujeto despliega maniobras engañosas, si lleva a cabo hechos artificiosos conducentes a la comisión de una estafa, pero los resultados no se producen, hay conato al tenor de la norma citada, porque ha mediado un principio de ejecución. Por otra parte, la tentativa surge plenamente si las circunstancias que impiden la realización del delito dependen de la voluntad del agente. Sería el caso de los engaños llamados "inidóneos", por ejemplo. Si el delincuente cree que con un mero discurso, estudiado y persuasivo, claro está, va a conseguir sus fines y no realiza otra clase de artimañas, se presentan el principio de ejecución y las circunstancias dependientes de la voluntad del actor, y por lo mismo, se presenta el conato de estafa punible.

También conviene tomar en consideración que la estafa no es un delito instantáneo y que por tanto demanda una cadena de hechos para consumarse. Media un tiempo más o menos determinable en la ejecución del delito, que va integrando el proceso y uniendo cronológicamente los actos criminosos. El delito perfecto es la resultante de esos hechos y de ese tiempo empleado. Aho

ra bien, comenzada la ejecución es posible que no cristalice positivamente, pero el comienzo por sí solo constituye acción punible.

Por último anotamos que en orden a sancionar la estafa tentada es absolutamente indispensable que no se hayan realizado el beneficio propio ni el daño ajeno, pues en tal eventualidad la infracción se consuma. Además, se requiere que no se hayan agotado todos los actos necesarios para la comisión del delito, ya que en tal caso habría estafa frustrada y no tentativa, según lo dispone el artículo 17 del C.P.

Delito frustrado. - La frustración o "delito manqué" equivale, según

Rafael Campo Restrepo, a la ejecución completa del delito, pero fracasada en cuanto a los resultados pretendidos. En concepto de Giandomenico Romagnosi, creador de la figura y de la consiguiente distinción con el conato "es la ejecución razonada y libre, llevada en cuanto es posible hasta el extremo, de un acto físico externo, -- simple o complejo, del que se deriva ordinariamente un efecto injusto y nocivo a otro, pero a la cual un accidente, o sea un caso fortuito, le impide obtener este mismo efecto, en cuanto precisamente carece por tal accidente de ese efecto nocivo". Por disposición del artículo 17 del C.P., se estima como delito frustrado a aquel que, no obstante haberse ejecutado todos los actos necesarios para la consumación, no se realiza por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

Con los principios señalados anteriormente, la figura del delito frustrado o malogrado aparece nítida y definida, infortunadamente sólo en el terreno teórico. Su aplicación en la práctica ofrece dificultades gravísimas, muchas veces insolubles. Sin embargo y tam-

bién en el campo meramente especulativo, indicaremos la posibilidad o imposibilidad de la figura en el delito de estafa.

Por razones que desconocemos, y ateniéndonos al informe de Gutiérrez Anzola, niegan la posibilidad del delito frustrado de estafa Giuriatti y Magno y la afirma el italiano Manzini. Entre nosotros, Gutiérrez Anzola \pm de manera explícita la reconoce, no diciendo nada al respecto los demás autores consultados. Quizá el silencio se deba a que aceptan la posibilidad de la tentativa, con lo cual, lógicamente, aceptan la de la frustración.

En las breves consideraciones hechas al iniciar el capítulo primero de la presente sección, dijimos que participamos de la doctrina que admite el delito frustrado si a la vez se admite la tentativa. En consecuencia, es apenas natural que reconozcamos la posibilidad del delito frustrado de estafa, ya que hemos aceptado la posibilidad del conato.

Para que se apliquen las penas en caso de frustración del ilícito es necesario tener en cuenta que la ley colombiana pide la ejecución total de los actos indispensables para la consumación, y que el delito no se realice por circunstancias ajenas de la voluntad del sujeto activo. Esto que parece claro, se presta a muy diversas e inextricables dificultades en la práctica, por más cautela que se emplee por parte del juzgador. Pero, en tratándose de la estafa, es posible que de manera clara aparezca el delito frustrado en aquellos casos en que la disposición patrimonial, que Mezger considera como elemento constitutivo independiente del perjuicio y del engaño, se ha tomado pero los efectos de ella dejan de producirse. Es el ejemplo que pusimos en parte anterior: mediante ardides A induce a B a girarle un

un cheque; B ~~en~~ extiende el instrumento, lo entrega al beneficiario que es A, pero al ser presentado por éste al banco no se hace efectivo, en virtud de la revocato-
ria que ha hecho B al darse cuenta del engaño de que ha sido víctima. En el caso propuesto se han agotado todos los medios conducentes a la consecución del provecho y la causación del daño, esto es, a la consumación del delito, pero éste no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. Es, pues, un caso de estafa frustrada.

De todos ~~l~~ modos lo que importa es declarar que la figura del delito ~~p~~ frustrado se posibilita en la estafa. Para determinar si surge o no ha de estarse a cada caso concreto, observando las reglas que los doctrinantes han ideado para diferenciar la tentativa, la frustración y el delito consumado. Y una última anotación: la estafa en la modalidad del delito frustrado excluye la posibilidad de la realización, aunque sea en parte, del beneficio indebido y del daño patrimonial.

94.- LA TENTATIVA DEL ARTICULO 405.- De im-

portancia resulta examinar la disposición del artículo 405 del C.P. en orden a clarificar el tema de la tentativa de la estafa y, en general, del delito mismo considerado en su figura consumada. El precepto antecitado podría dar margen a problemas de interpretación, lo que a su vez conducirían a desnaturalizar los diversos delitos considerados por la ley como atentatorios de la propiedad, dados los términos de su contenido. Dice la mentada norma:

"El que con el propósito de cometer cualquier delito contra la propiedad, ejecute violencias -

sobre las personas o las amenaze con un peligro inminente, incurrirá en prisión de ocho meses a cinco años".

En apariencia, la medida transcrita debe aplicarse en todos los delitos contra el patrimonio. Así lo indica su redacción. Sin embargo tal circunstancia ha sido arduamente criticada, y con razón de sobra, pues no es correcto suponer que las violencias o amenazas puedan actuar en todos esos delitos, sin calificarlos de una manera específica, más ún, si se considera que el robo se caracteriza precisamente por ser la violencia el medio criminoso.

En lo que respecta a la estafa dicha disposición no es aplicable. Los artificios o engaños, el error consiguiente y la disposición patrimonial casi voluntaria que supone, son incompatibles con las violencias sobre las personas o con las amenazas de un peligro inminente. Lo que distingue la estafa es el engaño como medio comisor, y la violencia o las amenazas destruirían ese engaño, anularían la nota específica del reato, el carácter esencial que lo diferencia de los demás delitos contra el patrimonio. La violencia se da exclusivamente en el robo y la extorsión; y las amenazas únicamente en los dos delitos nombrados y en el chantaje. En el hurto, en la estafa, en el abuso de confianza -apropiación indebida- y en las otras infracciones que atacan el patrimonio no se presentan, y lo que es más importante, es indispensable la ausencia de esas violencias o amenazas para que el delito no se convierta en uno de aquellos que requieren para configurarse de manera específica.

Sobre el tema son incuestionables estas palabras de Gutiérrez Anzola: "Sería absurdo afirmar que se puede cometer una estafa con violencia, pues entonces no prevalecería el elemento intelectual como medio de la a-

propiación, sino que primaría la violencia y el delito se transformaría instantaneamente también en robo

Por lo demás, el artículo 405 no establece ninguna clase de sanción para la tentativa de los delitos contra el patrimonio que reclaman el concurso de la violencia o de las amenazas de un inminente peligro. La interpretación más jurídica que cabe a su disposición es la de que tipifica un delito especial de atraco, tesis en buena hora proclamada por el Tribunal Superior de Bogotá en fallo de 16 de julio de 1954.

95.- EL DELITO IMPERFECTO EN LOS OTROS TIPOS DE ESTAFA.- Todo lo-

dicho acerca del delito imperfecto en su doble figura de conato y frustración, se entiende del tipo consagrado por el artículo 408, o lo que es lo mismo, de la estafa genérica. En el presente número exponemos perfunctoriamente la posibilidad del delito imperfecto en los demás tipos especiales de estafa que hemos analizado.

Tentativa y frustración en el estelionato.-

Repetimos que en nuestro criterio el delito previsto por el artículo 409 consagra un delito de peligro y no uno de lesión como lo sostiene la mayoría de los comentaristas. En virtud de nuestra tesis no es menester la producción efectiva del daño y del beneficio. El delito se consuma en el instante mismo en que se perfecciona el contrato de enajenación, sea de bienes que requieren solemnidades para la validez de la compraventa o de aquellos que apenas necesitan del consentimiento de las partes.

Por el aspecto de la estafa, el estelionato es la sanción de la tentativa del tipo genérico del ar

título 408, en los casos de enajenación como propios de bienes ajenos y como libres de bienes gravados, embargados o secuestrados. Por tal razón no es posible la figura del conato ni la del delito malogrado, pues no habría modo de explicar la sanción de la tentativa de la (estafa.) tentativa.

Para los autores que sostienen que el artículo 409 comporta todos los elementos del 408, es claro que exista la tentativa de estelionato, lo mismo que la frustración. Sin embargo, y aplicando todo lo expuesto en relación a los elementos constitutivos del estelionato y a la consumación del mismo, sostenemos de nuestra parte la ninguna posibilidad del delito imperfecto.

Tentativa y frustración en el abuso de necesidades.- Dijimos que el delito de abuso de necesidades o de otras condiciones de inferioridad previsto por el artículo 411 la tentativa de estafa. En tal manera son pertinentes en este punto las explicaciones señaladas para el delito de estelionato. No vemos posibilidad de que se presente conato o frustración de esta infracción, pues no se justifica tentativa de tentativa, ni menos sanción para dicho caso.

Tentativa y frustración en el giro en descubierto.- El delito autónomo de giro en descubierto es otra tipificación de la tentativa de estafa. De allí el requerimiento, para que surja, que el hecho no constituya por sí estafa. Se consuma con la sola emisión del instrumento. Las mismas razones alegadas para los dos casos anteriores proceden en el que se analiza. No es posible, por tanto, las figuras de tentativa y de delito frustrado en esta infracción.

Para terminar, declaramos que se posibilita-

el delito imperfecto, en sus dos formas, tanto en la estafa de seguro, como en los delitos consagrados por el artículo 281 del C.P., pues ^{re}quieren la obtención cierta de un resultado que demanda hechos ejecutivos complejos. En los casos de los artículos 283 y 284, inciso lo., originales, el delito es instantáneo y no se presta a las figuras dichas. Igual cosa puede decirse de la norma que reemplazó la vigencia del artículo 283.

28.- DELITO CONTINUADO DE ESTAFAS

Se entiende por delito continuado el que se realiza por una serie de acciones múltiples que realizan una sola conducta, y las cuales viola un solo precepto penal. El delito continuado se caracteriza por ser un mismo precepto penal, que se viola en varias ocasiones, pero con un solo resultado. En el delito continuado se trata de un delito que se repite en varias ocasiones, pero con un solo resultado. En el delito continuado se trata de un delito que se repite en varias ocasiones, pero con un solo resultado.

====oOoO====

29.- DELITO DE ESTAFAS
30.- DELITO DE ESTAFAS
31.- DELITO DE ESTAFAS
32.- DELITO DE ESTAFAS
33.- DELITO DE ESTAFAS
34.- DELITO DE ESTAFAS
35.- DELITO DE ESTAFAS
36.- DELITO DE ESTAFAS
37.- DELITO DE ESTAFAS
38.- DELITO DE ESTAFAS
39.- DELITO DE ESTAFAS
40.- DELITO DE ESTAFAS

Capítulo tercero

DELITO CONTINUADO DE ESTAFA

96.- DELITO CONTINUADO DE ESTAFA.- En la acepción más genérica se entiende por delito continuado la serie de acciones múltiples que realiza una persona, y con las cuales viola un solo precepto penal, o mejor, cae bajo la acción de un mismo precepto penal, obedeciendo todas las acciones a un mismo designio criminal. De tal noción se deduce que el delito continuado requiere la concurrencia de tres elementos, a saber:

- 1o.- Pluralidad de acciones delictivas.
- 2o.- Unidad de precepto violado, o mejor, "realizado".
- 3o.- Unidad de propósito criminal.

Veamos si es posible la figura del delito continuado tratándose de la estafa.

Gutiérrez Anzola afirma la posibilidad dicha en los términos que se transcriben:

"Estableciéndose la unidad de la intención acerca del objeto, aun cuando el acto sea reiterado, para alcanzar un resultado global, débese admitir esta forma de delito". Sería, por ejemplo, el caso de quien por medios engañosos y pretendiendo obtener un lucro ilícito de mil pesos, en varios actos, alcanza de su ingenua víctima

la entrega parcial de diversas cantidades. (Un individuo ofrece a otro, mediante el pago de mil pesos, entregarle billetes falsificados de diez pesos, billetes cuya apariencia demuestra su autenticidad sacándolos de una máquina destinada al efecto. Engañando a la víctima con repetidas pruebas en la máquina o aparato engañoso, logra el audaz que en diversas entregas el estafado pague los mil pesos del ilícito contrato".

No nos parece muy claro el ejemplo dado por este ~~autor~~ autor porque creemos que allí se trata más de un delito único que de un delito continuado. Los diversos actos de sacar de una máquina los billetes, nos parece, conducen a la unidad de la acción. Vale tener en cuenta aquí la diferencia que Carrara hace entre actos y acciones. Una acción puede estar integrada de varios el caso propuesto se presenta unidad de designio o propósito criminal, unidad de precepto violado o "realizado" y unidad de acción, elementos que llevan a constituir el delito único, pero no el continuado. Trataríase más bien de la agotación del delito.

Pero comoquiera que en la estafa sí es posible la figura del delito continuado, forzoso es así de-clararlo y explicar la proposición mediante un ejemplo:

Nos parece que el más típico evento de delito continuado de estafa es el que de la repetida alteración de los marcadores, medidores o contadores de energía eléctrica o de otros fluídos. Se cumplen en este supuesto los tres requisitos indispensables exigidos por la doctrina en la forma que pasa a examinarse.

Hay pluralidad de acciones -no de actos- delictivas, desde luego que cada vez o cada período de pago de servicios se ejecutan maniobras de alteración en

el registro de los contadores. Cada una de estas manio-
bras, que generalmente se realiza en los días finales -
del mes o del correspondiente período, cuando, precisa-
mente se espera la llegada del empleado revisor, cons-
tituye por sí sola una verdadera acción y, por ende, un
delito perfecto. La infracción se consume en cada alte-
ración que conduce a la obtención de un ilícito prove-
cho y a la causación de un daño en el patrimonio de la
persona propietaria del servicio.

Igualmente se presenta la unidad del precep-
to penal "realizado" -esta expresión nos parece mejor -
que el vocablo violación. Efectivamente en todas las o-
casiones el hecho cae dentro del artículo 408, sanciona-
dor del delito de estafa.

Y por último, concurre también la unidad de
propósito o designio criminal. Lo que determina al agen-
te en todas las oportunidades a realizar el engaño me-
diante la alteración, es el objetivo siempre igual de -
alcanzar una ventaja injusta y de lesionar con su acción
el patrimonio del propietario del servicio.

Se reúnen, pues, los tres presupuestos necesari-
os para la configuración del delito continuado, y en -
tal manera la sanción aplicable será la señalada por el
artículo 408 en armonía con el 32 del C.P., disposición
que demanda exactamente los mismos elementos estudiados-
para la consideración del delito continuado. De acuerdo
con esta norma se requiere "la infracción repetida de u-
na disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecu-
ción del mismo designio". Lo que equivale a decir plura-
lidad de acciones, unidad de precepto penal y unidad de
designio.

Para finalizar el capítulo hacemos una anota-

ción, tomada de la Obra de Derecho Penal de Eugenio Cuello Calón. No hay delito continuado cuando se estafa por medio de algún hecho constitutivo de falsedad, en razón de que en tal caso no se cumple con el elemento de unidad de precepto penal, ya que la estafa cae bajo la acción del artículo 408 y la falsedad en alguno de los artículos del código que reprimen ese delito. No obstante presentarse unidad de designio y pluralidad de acciones, en el ejemplo dado no surge un delito continuado.

=====oOoOo=====

Capítulo cuarto

CONCURSO DE LA ESTAFA CON OTROS DELITOS

97.- PLANTEAMIENTO.-- Las cuestiones relativas al concurso de delitos, en general, ofrecen serios y arduos planteamientos en los campos de la doctrina y de la jurisprudencia. El estudio teórico de los concursos formal o ideal y material o real da margen a encontradas opiniones y a diversidad de tesis, en orden a solucionar los intrincados conflictos que suscita. Pero si de la esfera teórica se pasa a la práctica y al estudio en particular de los múltiples casos y formas de concurso, los problemas aumentan y sube de consideración la necesidad de hallar una directiva acertada para resolver la problemática sobre este punto.

Tratándose del concurso del delito de estafa con otros ilícitos las dificultades se multiplican y las doctrinas al respecto cuentan, si se quiere, igual número de los autores que se han ocupado de la materia. Especialmente en lo que se relaciona con el concurso de estafa y falsedad, estafa y delitos de falsificación de moneda, estafa y extorsión, estafa y falsa declaración y estafa y perjurio, como lo hace notar Edmundo Mezger. Entre nosotros se presenta también el interesante problema por definir, cual es el concurso de estafa y quiebra, por las especiales normas que regulan el último delito.

Considerando que un estudio a fondo de todas las figuras citadas daría margen para un trabajo extenso, y dadas las especiales características de nuestra tesis, analizaremos unicamente y en forma breve dos clases de concurso: estafa y falsedad, y estafa y quiebra.

98.- CONCURSO DE ESTAFA Y FALSEDAD.- Distin
guen -

los doctrinantes, al realizar el estudio del concurso de delitos que nos ocupa, entre concurso de falsedad en documentos públicos y estafa, y concurso de falsedad en documentos privados y estafa. Diferencian las dos clases de documentos atendiendo a la diversa manera como son tratados por la ley los delitos de falsedad en unos y otros. Siguiendo la interesante relación que sobre el tema trae Luis E. Romero Soto en su obra "LA FALSEDAD DOCUMENTAL", analizaremos algunos de los criterios expuestos para solucionar algunos de los difíciles problemas que comporta. Aun cuando la diferencia no nos parece puesta en razón, por razones de método veremos primero lo relativo al concurso de falsedad en documentos públicos y luego lo referente al concurso con la falsedad en documentos privados.

Concurso de estafa y falsedad en documentos públicos.- No obstante ser predicado en general para el concurso de falsedad en documentos públicos y otros ilícitos, vale como especialidad para nuestro estudio el siguiente concepto de Pietro Mirto: "Para la existencia del concurso de falsedad en documento público con otro delito, se puede tener como fundamental que dicho concurso sólo es posible cuando el acto que debe exteriorizar el fin

a que la falsedad tiende, se exprese con una actividad que no se limita a la misma manifestación de la falsedad y que no se agota con la misma razón determinada de la formación del documento público falso". Consecuente con este criterio, afirma Mirto que no hay concurso cuando se falsifica un documento público y se lo usa, sin que este uso represente otra actividad diferente a los elementos que la norma indica como tipificadores del delito de falsedad.

Federico Puig Peña considera que hay concurso material de delitos cuando la falsedad es anterior a la estafa y concurso ideal o delito complejo, como los españoles y los alemanes llaman a esta figura, si la falsedad es posterior y se realiza con el fin de ocultar la estafa.

Entre nosotros Gutiérrez Anzola afirma que no hay dificultad alguna cuando se trata de concurso real, pero que aparecen los escollos en caso del concurso formal. Agrega que si la falsedad recae sobre instrumentos negociables o documentos públicos es imposible negar el concurso ideal, ya que la falsedad permanece como delito autónomo contra la fé pública.

Luis Carlos Pérez, sin distinguir entre documentos públicos y privados, sostiene que el concurso de falsedad y estafa es siempre material.

Gustavo Rendón Gaviria opina: "En muchas ocasiones la falsedad absorbe el delito de estafa, por contener el delito medio en sí mismo los elementos de delito fin. Con la falsedad se pretende normalmente un fraude, lo mismo que con la estafa, pero la naturaleza del medio que se adopta para defraudar tiene una ca--

lificación especial, que convierte el medio en delito independiente del resultado pretendido. Si el fraude se lleva a término la falsedad existe siempre como delito y el daño resultante viene a constituir el agotamiento del mismo hecho, y no una infracción diferente. Esto porque el delito contra la fe pública tiene también el fin fraudulento, lo que haría impropio descomponer en dos infracciones la estafa perpetrada mediante una falsedad en documento! Más adelante agrega que no se presenta concurso alguno sino absorción de un delito por otro.

Romero Soto se pronuncia en estos términos:
"Siempre que la falsedad de documentos se use como medio para ejecutar la estafa, hay dos acciones diferentes, dos delitos completamente distintos, que no se confunden el uno con el otro, sino que concurren materialmente! Aduce también que en casos dudosos debe estarse a las varias diferencias existentes entre la falsedad y la estafa y a los fines perseguidos por el delincuente, para ver de resolver los problemas de manera práctica.

Vistos los pareceres de tan distinguidos juristas, intentaremos fijar nuestra posición.

No nos parece jurídico el que una circunstancia meramente de tiempo, como es la de que la falsedad anteceda o no a la estafa, sirva para resolver justicieramente el problema del concurso, como lo quiere Puig Peña. Ningún servicio se prestaría a la administración de justicia, a la garantía de los derechos de la colectividad ni a la garantía de los derechos individuales, sancionando con más rigor cuando la falsedad es anterior a la estafa y con menos dureza en el evento contrario.

El criterio objetivo propuesto por Pietro Mir-

to es más adecuado a los fines de la tutela penal, aun cuando por su carácter eminentemente abstracto se dificulta su aplicación en cada caso concreto.

Aceptamos plenamente los criterios de Luis-Carlos Pérez y Romero Soto, que se identifican en lo fundamental, de acuerdo con los cuales se presente siempre concurso material, razón que obliga a aplicar la regla del artículo 33 del C.P. No vemos posibilidad de concurso ideal. Son dos delitos que se consuman separadamente y existen como tales el uno sin la concurrencia del otro. La falsedad aparece plenamente aun cuando la estafano se consume.

Por lo dicho en el párrafo anterior desecharmos la tesis de la absorción proclamada por Rendón Gaviria. Al menos dentro del estatuto penal colombiano, en el cual no caben la absorción en ningún caso, sino la acumulación jurídica para la pena de reclusión, y la acumulación material para la pena pecuniaria, siempre y cuando no sobrepasen la suma de cinco mil pesos. En igual sentido nos apartamos de la exposición de Gutiérrez Anzola, pues, se repite, no creemos en la posibilidad del concurso formal, toda vez que siempre es de carácter material.

Concurso de estafa y falsedad en documentos privados.- Como se vio en el aparte anterior, aceptamos integralmente las tesis

de Romero Soto y Luis Carlos Pérez que no hacen distinción alguna entre la falsedad documentaria pública o privada, para los efectos del concurso que se estudia, razón que nos lleva a desistir de mayores digresiones al respecto. Declaramos únicamente que el concurso en este caso también es material y no se posibilita el formal.

99.- CONCURSO DE ESTAFA Y QUIEBRA.- Dispone el art-
30. del Decreto-Ley 750 de 1940:

"Además de los actos que el código penal -- considera culpables, la quiebra lo es, para los efec--
tos penales y mercantiles, cuando el comerciante-----
.....se hace responsable de hechos que la ley considera punibles, como girar cheques sin-
provisión de fondos, ni previa autorización del girado, estafa, u otros que hayan influido de algún modo en la quiebra....."

En una larga exégesis del artículo copiado, el doctor Gutiérrez Anzola afirma que, por ministerio- de tal norma se ha operado una reforma en cuanto hace- al delito de quiebra y presentado a la vez un concurso de leyes que debe resolverse dando prelación a las dis- posiciones sobre quiebra. Dice que la estafa o el giro de cheques en descubierto por parte del comerciante -- quebrado, se subsumen en el delito de quiebra y hacen- desaparecer la autonomía de tales infracciones. "inal- mente resume sus tesis en la siguiente forma:

"a) El delito de quiebra es único, autónomo e independiente de cualquiera otro que, relacionado con la quiebra, pudiera imputarse al procesado;

"b) La posibilidad de otros delitos concu -- rrentes con la quiebra, siempre que hayan influido en- ella, desaparece totalmente por quedar estos consumi -- dos dentro del tipo legal".

Niega con su alegato, el distinguido profe- sor, la posibilidad de concurso ideal --mucho menos la- del real-, y sostiene que las disposiciones de la esta

fa y las de la quiebra se excluyen entre sí, razón por la cual se presenta un conflicto de normas.

Para nosotros la norma transcrita no excluye las reglas del C.P. sobre estafa y las de la ley sobre giro en descubierto. Ningún concurso o conflicto de leyes vemos y, por el contrario, nos parece que los diversos preceptos pueden coexistir perfectamente dando lugar al concurso ideal de delitos y en muchas ocasiones al concurso material. Debe tenerse muy en cuenta que la estafa o el giro en descubierto no son medios para cometer delito de quiebra, ya que ni siquiera sería fundado hablar de comisión de quiebra, sino de incurrir en tal delito. La estafao los otros delitos a que se refiere el decreto-ley 750 de 1940 no pierden su vida propia y autónoma por el simple hecho de servir de índices para calificar la quiebra como culpable o inculpable. De otro lado, es preciso considerar ue sólo se toman en cuenta en cuanto hayan influido de alguna manera en la quiebra del comerciante. Así, puede mediar un lapso apreciable entre la comisión de la estafay la aparición del estado de quiebra, como no puede pasar mayor tiempo, pero en ninguno de los dos eventos se puede prescindir de sancionar uno u otro delito. Si pasa un año, por ejemplo, se sancionaría la estafa como delito independiente y la quiebra no podría sancionarse, siendo las tesis del jurista citado, pues se violaría el principio non bis in idem, tesis que resulta absurda a todas luces. Si no media tiempo considerable, sin no hay solución de continuidad manifiesta, se penaría la quiebra quedando sin sanción la estafa, cuestión también aberrante. Piénsese, por último, en que la estafa, no obstante influir en el estado de quiebra, puede cometerse en contra de personas diferentes a las afectadas por la quiebra dolosa. En tal caso, aplicando el criterio que se analiza, quedaría sin garantía el derecho del estafado a reclamar la acción de la justicia penal.

SECCION IV

PENALIDAD Y CAUSALES DE JUSTIFICACION

Capítulo primero

PENALIDAD DE LA ESTAFA

SANCIONES FIJADAS PARA LOS DIVERSOS TIPOS.--

Señala el código penal dos clases de sanciones para reprimir el delito de estafa, ya en su tipo genérico, ya en las figuras especiales de estelionato y abuso de necesidades o de otras circunstancias inferiores. Las dichas penas son las de privación de la libertad en proporciones que adelantaremos y de multa en proporción también graduada según lo veremos luego. Para la estafa de seguro y para los demás ilícitos que por sus especiales relaciones con el delito estudiado fueron analizados en capítulos anteriores, las penas prescritas igualmente son de las clases aludidas. En cambio, para el delito autónomo de giro en descubierto sólo se fijó pena privativa de la libertad.

De acuerdo con las disposiciones de cada artículo en particular y con lo previsto por el artículo-

lo. del Decreto 2184 de 1951, las penas que corresponden a los responsables del delito de estafa, se especifican de la siguiente manera:

Para el tipo genérico consagrado por el artículo 408 del C.P. las sanciones son: prisión de dos a siete años y multa de veinte a dos mil pesos;

El estelionato, figura especial de estafa contemplada por el artículo 409 del C.P., se pena con arresto de dos meses a dos años y con multa de diez a mil pesos.

El abuso de las necesidades o de cualesquiera otras circunstancias consignadas en el artículo 411 del C.P., se castiga con prisión de uno a cuatro años y con multa de cuatro a mil pesos.

El delito autónomo de giro en descubierto se sanciona con prisión de seis meses a un año. No tiene sanción pecuniaria.

Con prisión de uno a tres años y multa de cuatro a dos mil pesos se castiga al responsable del delito de estafa de seguro, consagrado por el artículo 417 del C.P.

Los diversos ilícitos que prevé el artículo 80 de la ley 80 de 1948, sustitutivo del 281 del C.P., se reprimen con prisión de uno a tres años y con multa de doscientos a dos mil pesos. Cuando el responsable posee ciertas calidades se aumenta otra clase de pena, la que consignaremos al estudiar la agravación de la penalidad.

El delito previsto por el artículo 283 del C.P. se sanciona con arresto de veinte días a un año y con

multa de veinte a quinientos pesos. Esto se entiende tratándose de la disposición actualmente suspendida. En el caso del precepto temporalmente sustitutivo se impone -- prisión de seis a quince meses y multa de doscientos a dos mil pesos.

La infracción consagrada por el artículo 284 del C.P. en el inciso primero, se castiga con arresto de dos meses a un año y con multa de diez a quinientos pesos. Lo dicho, en el caso del artículo originario, pues en la actualidad está suspendida su vigencia y la norma que tal cosa decretó no contempla una medida sustitutiva, como ya oportunamente lo explicamos.

El artículo 484 del C. de Co. dice que la sanción por la estafa de razón social se impondrá con arreglo a las disposiciones del C.P. Sin embargo, en razón de que el citado artículo no tipifica una figura especial de estafa, sino que establece una simple presunción de engaño o artificio, cuandoquiera que el delito se produzca mediante la inclusión del nombre de una persona extraña en la razón social de una compañía colectiva de comercio, la pena será la correspondiente al tipo genérico.

Igual cosa puede decirse de la presunción que establece el artículo 77 de la ley 83 de 1946.

GRADUACION DE LAS PENAS. -- En virtud de que -- la ley penal fija -- un mínimo y un máximo en las penas, el juez -- debe atender a las prescripciones de la misma ley, en orden a determinar en cada caso la extensión y cuantía correspondientes. Así, debe tener en cuenta el artículo 36 del código, el cual artículo dice que dentro de los límites señalados por la ley, se aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de

mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente. También es preciso fijar la atención en los artículos 37, 38, 39 y 40 del C.P. y el 40 de la ley 83 de 1946.

En tratándose del delito de estafa o de cualquiera otro atentado contra la propiedad, hay que aplicar lo dispuesto en el artículo 401 del C.P., cuya letra se copia:

"Para la fijación de las penas que se establecen en los artículos anteriores, y las que se impongan por cualquier otro delito contra la propiedad, deberá tenerse en cuenta la magnitud del perjuicio sufrido por la víctima, de acuerdo con sus condiciones pecuniaras".

De manera que el Juez debe observar la magnitud del daño padecido por la víctima, pero atendiendo de manera especial a sus condiciones económicas y no tanto a la cuantía en sí de la lesión patrimonial. Muy puesta en razón la medida, desde luego que hay casos en que una estafa en cuantía bastante superior -treinta,-- cuarenta mil pesos- es posible que no cause igual o mayor daño que una estafa por quinientos o mil pesos, por ejemplo. La gravedad del ilícito no sólo se mide por la cuantía de lo estafado, hurtado, etc., sino también por las consecuencias económicas que se siguen en el patrimonio del ofendido. Es más censurable una estafa cometida contra una persona pobre aunque la cuantía de lo estafado sea mínima, que una estafa por suma elevada cometida en perjuicio de persona potentada y con subido patrimonio económico.

Para terminar este punto relievamos otra circunstancia que el juzgador debe tener en cuenta al fijar

las penas. Nos referimos al caso del estelionato en el que es preciso considerar la diferencia entre enajenación de bienes muebles y enajenación de bienes raíces. Las penas previstas por el código son leves, si se consideran las consagradas para las demás figuras de esta clase, y tal diferencia la explicó el doctor Cárdenas en la Comisión Redactora, de esta manera: la pena fijada es leve "teniendo en cuenta que el comprador dispone de muchos medios de defensa para evitar que el engaño se realice, desde luego que puede examinar los títulos de la finca y enterarse por medio de la oficina de registro sobre cuál sea el verdadero dueño del inmueble, como también si éste tiene algún gravamen". Acertado - el alegado del doctor Cárdenas, pero incompleto en cuanto nada dice respecto al régimen de los bienes muebles, en cuya enajenación no se presentan las garantías que el comprador tiene en caso de venta de inmuebles. Y como nada se estableció para proteger los bienes de acuerdo con su calidad de raíces o muebles, en forma separada, el juzgador puede y debe considerar tal distinción al momento de determinar la sanción correspondiente a cada caso.

AGRAVANTES DE LA SANCION- En el artículo --
410 Fija el código
go las circunstancias que agravan la san --
ción, en los términos siguientes:

"La pena establecida en el artículo 408 se aumentará hasta en otro tanto si la cuantía de lo es -
tafado fuere superior a diez mil pesos, o siendo infe-
rior, ha ocasionado a la víctima graves dificultades -
para atender a su subsistencia".

Frente a esta disposición lo primero que se
observa es que estatuye las mismas causas de agrava --

ción de la pena establecidas para el hurto en el artículo 399 y para el robo en el 403.

Una segunda anotación se relaciona con el alcance de la norma, que se refiere apenas al artículo 408 y no a los otros que también tipifican delitos de estafa. Como se recordará esta fue una de las causas que nos llevó a calificar como delito de peligro el consagrado por el artículo 409. De todos modos, es importante tener en cuenta la limitación para evitar posibles y gravísimos errores.

Son dos circunstancias las que el legislador consagró como agravantes del tipo genérico. Cada una responde a un criterio doctrinario de fundamentación del agravante. La cuantía se base en un criterio puramente numérico, sin consideración a ninguna otra condición, y no es tan lógico como se quisiera, prestándose en muchos casos a consecuencias en cierta manera injustas. El perjuicio responde a un criterio lógico y más adecuado a los fines de la tutela jurídica.

Por la manera como quedó el artículo 410 se ve claramente que no prosperó la causal propuesta por Lozano y Lozano en la Comisión Redactora. Según noticia de Luis Carlos Pérez, el distinguido miembro de la comisión abogó porque se agrave la pena en razón de la confianza depositada en el agente y de los deberes especiales por causa de amistad, parentesco o subordinación. Sobre el particular hacemos nuestra la réplica del doctor Cárdenas, consistente en conceder mayor relevancia al artificio o engaño para determinar el delito de estafa, y no a la calidad de sirviente. Nos parecen acertadas sus palabras al decir que el ofendido "no obra porque el agente del delito sea su criado, sino porque sufre un engaño". Con relación al parentesco, cabe agregar que su aprovechamiento no sirve para demostrar mayor peligrosidad en

la estafa, sino todo lo contrario, como el mismo legislador lo reconoció en el artículo 431, que establece una causal eximente de responsabilidad, o de impunidad - como algún autor la califica. Con referencia a los "deberes especiales" baste apuntar que el numeral 4o. del artículo 37 los contempla como constitutivos de mayor peligrosidad. El aprovechamiento de tales deberes, se entiende.

Como dato ilustrativo consignamos el que en Rusia, por la organización socialista de la propiedad, - allá imperante, se agrava la sanción de la estafa cuando causa perjuicios a una institución del Estado o pública, según el mandato del inciso segundo del artículo 169 del código respectivo.

En seguida estudiaremos cada una de las agravantes previstas por nuestra ley, anotando de una vez - que son las únicas aplicables las del artículo 410, pues los preceptos de los artículos 409 y 411 no pueden considerarse como circunstancias de esta naturaleza, como lo predica Gutiérrez Anzola, toda vez que son normatificadoras de figuras especiales de estafa y no simples disposiciones de aumento de la pena. Igualmente señalamos que la sanción puede aumentarse hasta en otro tanto, con lo cual se deja al juez la facultad para imponer en cada caso el aumento en la proporción que estime justa, atendiendo a los principios generales sobre la materia.

Agravación por la cuantía. - En el artículo 410 el legislador prescindió de la escala de cuantía que había establecido en el código de 1890 y fijó un solo límite, una mayor y una menor cuantía cuyo índice de separación es la suma de diez mil pesos.

Es preciso anotar que la pena se agrava y puede aumentarse hasta en otro tanto por la cuantía de lo estafado y no por la cuantía de los perjuicios causados a la víctima, perjuicios que casi siempre serán superiores por incluirse en ellos, a más del daño emergente -que es lo que constituye el valor de lo estafado-, el lucro cesante. Es esta una aclaración muy importante que el juzgador debe atender, pues la confusión a que llevaría la posición contraria daría margen a manifiestas injusticias y lo que es más grave, a desnaturalizar la norma legal, con lo cual se llegaría a una verdadera sustitución del precepto con la consiguiente vilación de los mandatos constitucionales sobre la materia.

La cuantía de lo estafado se determina en la etapa investigativa, siguiendo las directrices señaladas por el artículo 314 del C. de P.P., o sea, reconociendo y avaluando las cosas materia de la infracción, si fueran habidas, y en caso contrario por cualquiera de los medios probatorios adecuados para el caso.

Agravación ~~el~~ por el perjuicio.- La segunda circunstancia agravante dice relación con el perjuicio sufrido por la víctima. Es más racional que el puramente numérico de la cuantía y responde a un criterio ~~lge~~ lógico de amparo legal. Se presenta cuando la cuantía de lo estafado, siendo inferior a diez mil pesos, ocasiona al ofendido graves dificultades para atender a su subsistencia.

Para Rendón Gaviria es de problemática comprensión el término subsistencia empleado por la ley, y por consiguiente la circunstancia misma de agravación es problemática. A Gutiérrez Anzola le parece vaga e imprecisa la causal en estudio. En nuestro concepto, -

aunque es muy cierto que "la ley no señala pauta alguna para apreciar cuándo y en qué circunstancias la víctima del delito padece graves dificultades para atender a su subsistencia", no es tan difícil que el juzgador determine si han mediado esas graves dificultades, si se considera que las condiciones económicas de la víctima dan la directiva para establecerlas. De otra parte, el término "subsistencia" debe tenerse como equivalente del conjunto de condiciones necesarias absolutamente para soportar la vida humana en forma normal y de acuerdo con el común de las gentes. Se entenderá, pues, incluido en dicho vocablo todo lo indispensable a un hombre en orden a su alimentación, vivienda, salud, educación. Claro que se dificulta más la prueba de esta circunstancia, siendo más fácil de producir la relacionada con la cuantía, pero ello no es suficiente para tratar de desconocer su justiciero alcance y la obligación en que se encuentra el juez de aplicarla siempre que surja en el proceso.

103.- ATENUANTES DE LA SANCION.- De manera especial --

la ley no contempla circunstancias que atenúen la pena. Al respecto se echa de ver una norma, vacío que se pone de manifiesto al repasar el régimen legal de otros delitos contra el patrimonio, para los cuales sí se establecieron hechos que disminuyen la sanción.

Nos parece que, consecuente con el criterio de agravación por razón de la cuantía, debió consagrarse una circunstancia atenuante a por la misma causa, como sí se hizo para los delitos de hurto y robo en los artículos 400 y 403, aun cuando al presente tales disposiciones no están en vigor por virtud del artículo 60. del decreto-ley 2184 de 1951, decreto que consideramos ilógico y de excesivo celo represivo por las mismas razones anotadas en relación con la estafa.

Sin embargo lo dicho atrás, existe en el código un artículo, el 429, que dispone una causal de disminución de la pena para todos los delitos contra el patrimonio. Dice la norma en cita:

"Si antes de que se pronuncie sentencia de primera instancia, o antes del veredicto del jurado, si fuere el caso, el responsable restituye el objeto que fue materia de la infracción o indemniza a la persona ofendida de los perjuicios que se le hayan causado, la sanción se disminuirá de una sexta parte a la mitad".

Como la disposición referida se encuentra en el capítulo sexto del Título XVI, que contiene normas comunes a todos los capítulos de tal apartado del código, es lógico afirmar que se aplica a todos los ilícitos constitutivos de estafa y que están considerados en el capítulo cuarto. A diferencia de las circunstancias agravantes del artículo 410, aquí la atenuante corre para todos los tipos de estafa.

Por interpretación de la Corte, para que opere la disminución de la pena no se requiere la restitución de todo lo que fue materia de la infracción, o indemnizar todos los perjuicios causados, pues debe atenderse más al aspecto subjetivo de la devolución o de la reparación del daño, que al aspecto simplemente objetivo. Tal cosa se deduce de la casación de 21 de abril de 1950, citada por Luis Carlos Pérez en su obra ya ameritada. Podría agregarse a lo expuesto por la Corte que tal interpretación es la que más se acomoda al espíritu de la ley, en virtud de la facultad dejada al juez para determinar la disminución entre un mínimo -la sexta parte- y un máximo -la mitad-.

Por último es necesario declarar que es distinta la circunstancia prevista por el artículo 429 de

la causal de menor peligrosidad consignada en el numeral 8o. del artículo 38 del C.P., consistente en el resarcimiento del daño, aunque sea de manera incompleta. Opinamos que las dos no se excluyen entre sí, pues la una demuestra menor peligrosidad por ministerio de la ley y debe considerarse al individualizar la pena, y la otra, por ministerio de la misma ley, opera una disminución de las sanciones, sin que juegue para nada el concepto de peligrosidad, debiéndose aplicar una vez se haya determinado la sanción correspondiente dentro del máximo y el mínimo fijados por la norma respectiva.

104.- MULTA E INDEMNIZACION
DE PERJUICIOS.

Se ha visto ya que la estafa acarrea en todos los casos pena pecuniaria, además de reclusión. De otro lado, la comisión de un delito da nacimiento a la acción de perjuicios por parte de la víctima, pues la ley garantiza a ésta la integridad de sus derechos y la indemnización de los daños recibidos. Frente a tales disposiciones de la ley, resulta interesante establecer qué se paga primero -cuando el patrimonio del agente no alcanza a cubrir íntegramente los dos-: o los perjuicios infligidos al ofendido, o la multa al erario público. Sobre este tópico versa el artículo 79 del C.P. que dispone:

"El pago de la indemnización de los perjuicios a que se hubiere condenado por el delito, tendrá prelación sobre las demás obligaciones que contraiga el condenado después de cometido el hecho delictuoso y aún respecto de la multa".

De manera que prima la indemnización de perjuicios sobre la multa que se impone, y también sobre cualquier clase de obligación que el reo contraiga con-

posterioridad a la comisión del delito, en nuestro caso de la estafa. En juicio ejecutivo, pues, y cuando se presente la oportunidad de dictar sentencia de prelación de créditos, debe tenerse en cuenta esta disposición que es de derecho público y no admite, por lo mismo, derogatoria de ninguna índole. Muy puesta en razón es la prescripción del artículo comentado, ya que con ella el Estado cumple, así sea en forma subsidiaria, su función protectora. Recuérdese que Ferri consideraba la reparación del daño dentro de tres aspectos, siendo el tercero el que estima esa reaparación "como función social perteneciente al Estado en interés directo del particular perjudicado, aunque también en interés indirecto y no menos real de la defensa social". (Citado por Luis Carlos Pérez, ob. cit., pág. 481).

=====O=====

Capítulo segundo

CAUSALES DE JUSTIFICACION Y DE IMPUNIDAD

105.- CAUSALES DE JUSTIFICACION DE LA ESTAFA
Los artículos 430 y 431 del C.P. establecen - ciertas circunstancias como eximentes de responsabilidad en caso de ejecución de cualquier delito contra la propiedad. Estas causales, por su carácter especial, no dejan sin valor las disposiciones generales sobre justificación del hecho, previstas por la misma ley. Unas y otras las analizaremos brevemente, relacionadas con el delito de estafa.

Artículo 430.- "Queda eximido de responsabilidad el que ejecute cualquier delito contra la propiedad, llevado por apremiante necesidad de proveer a su subsistencia o vestido, o a las de su familia, cuando no hubiere tenido otro medio lícito de satisfacer esas necesidades, siempre que se limite a tomar lo indispensable para remdiarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no se ejerza violencia contra las personas".

Que la norma copiada tipifica el llamado hurto famélico y constituye una causal de impunidad, afirma Samuel Barrientos Restrepo, alegando que el delito existe pero no se sanciona por expreso mandato del legislador.

Luis Carlos Pérez opina que no podría sostenerse, como parece a simple vista, que el artículo en estudio contempla sólo el hurto famélico, porque el término subsistencia significa algo más que el plato de comida, el racimo de plátanos, etc., y en tal manera no es correcto reducir el alcance del precepto. En la página 310 del Volumen III de su obra citada, dice el mismo autor que se trata de una causal justificante especial tratándose de delitos contra la propiedad, pero que no opera en la estafa. No ofrece ninguna explicación al respecto, limitándose a consignar escuetamente su dicho. No obstante, al realizar el análisis de la disposición en posteriores páginas, se pronuncia por la inutilidad de ella y por la pperancia en todos los ilícitos contra la propiedad de las causal de justificación prevista por el artículo 25, numeral 3o. del C.P. Veamos sus palabras:

"La excusa del artículo 430 es inútil, pues ella está comprendida en una institución radical y más amplia, como es la del artículo 25 que justifica también las infracciones cometidas mediante violencia o intimi -

dación, expresamente eliminadas del art. 430".

Estamos de acuerdo con Luis Carlos Pérez en no se trata del llamado hurto famélico, pues el alcance de la norma rebasa con mucho los límites de tal figura. Igualmente nos identificamos con su opinión acerca de la inutilidad del artículo 430, pues también consideramos que era y es suficiente, garantizando más ampliamente los intereses de la justicia, la causal de justificación conocida como estado de necesidad y consagrada en el número 3o. del artículo 25 del C.P. Lozano y Lozano confirma lo dicho con estas palabras expresadas en el seno de la Comisión Redactora:

"Si bien es verdad que en la parte general ya se aprobó una disposición que contempla el caso de necesidad extrema, también es cierto, también es cierto que para ilustrar mejor el criterio de los funcionarios judiciales es preciso señalar las hipótesis eximentes en este capítulo especial" (Tomado de Luis Carlos Pérez, *ob. y vol. citados*, pág. 472).

Disentimos de Pérez en cuanto niega la aplicación del precepto al delito de estafa, pues no vemos ninguna circunstancia que impida su operancia en tal ilícito. Si se examinan los elementos que demanda para su aplicación, se encuentra que es perfectamente posible en el mentado delito. Pero antes de verificar dicho examen, es conveniente declarar que no se trata de una mera causal de impunidad sino de una auténtica circunstancia de justificación del hecho, que excluye la responsabilidad y quita el carácter de antijurídico al hecho. Rebatimos en esta forma la opinión de Barrientos Restrepo.

La primera exigencia del artículo 430 se relaciona con la clase de delito. Unicamente corre para a

quellos que atacan la propiedad (léase el patrimonio). La estafa atenta contra el patrimonio y por lo mismo cumple con este primer elemento.

Se requiere en segundo término una "apremiante necesidad de proveer a la subsistencia o vestidos -- propios, o de la familia". La necesidad dijimos que es toda exigencia de nuestra vida, sea orgánica, intelectual o moral, según la definición de Maggiore. Para que sea ~~para~~ apremiante es menester su carácter absolutamente indispensable, inaplazable, que no da margen de espera para ver de satisfacerla. Una necesidad así debe estar dirigida a proveer, o a la subsistencia propia, o al vestido propio, o a la subsistencia de la familia del agente, o al vestido de la misma. Nos parece que la expresión vestido sobra, desde luego que debe considerarse incluído en el vocablo subsistencia, el cual comprende de todo lo indispensable para la alimentación, vestido, salud y habitación de las personas. De manera que el -- hecho que se ejecute no puede encaminarse a atender la subsistencia, por ejemplo, de un extraño, de un no pariente, recortándose así el alcance de la medida. De todas maneras un timador sí puede encontrarse en tales -- condiciones y actuar impávido por esa clase de necesidades, con lo cual en el delito de estafa se cumple el segundo elemento.

Otro requerimiento del artículo 430 consiste en que el agente no haya dispuesto de medio lícito alguno para conjurar el peligro que las necesidades suponen. Nos parece que aquí quiso decirse lo mismo que se expresó en el artículo 25 sobre la no obligación profesional de afrontar el peligro. No hay nada que se oponga a que el estafador pueda encontrarse en determinados casos en situación de no poder solventar sus necesidades por ningún medio lícito.

El actor debe limitarse a tomar lo indispensable para remediar las apremiantes necesidades. Si se excede no la ampara la exención de responsabilidad. Pero puede acudir al numeral 3o. del artículo 25, para que se justifique su conducta hasta concurrencia de lo indispensable, sancionándose entonces el exceso al tenor del artículo 27. Un estafador puede calcular muy bien el monto de lo que vale la satisfacción de sus necesidades y cometer el timo hasta esa suma. Podría acogerse en este sentido al mandato del artículo 430.

Que la personalidad del actor sea socialmente peligrosa, es un elemento muy difícil de entender y más aún de explicar. Se ha dicho, con acierto indiscutible, que potencialmente todos los hombres son socialmente peligrosos. Que no es dable hablar de personas carentes de peligrosidad. Sin embargo, podría aceptarse que la falta de antecedentes judiciales y de policía hace que la persona no sea socialmente peligrosa. Pero tal criterio, que parece el de mayor acogida en la doctrina, no es bastante para calificar con certeza la personalidad humana, de tan hondos y complejos mecanismos psíquicos. Pero por lo que nos interesa, es suficiente anotar que el autor de una estafa bien puede serlo un sujeto cuya personalidad no revele peligrosidad social, si con la expresión, se repite, se quiere significar falta de antecedentes delictivos.

No ejercer violencia sobre las personas es el último elemento pedido por la norma. Es importante resaltar que en la ejecución del hecho puede mediar violencia sobre las cosas y no por ella queda excluido de la exención legal, ya que el precepto alude únicamente a la violencia sobre las personas. Como la estafa es un delito incompatible con la violencia resulta evidente que sus autores tienen la posibilidad absoluta de cumplir con esta exigencia. Y no en determinados casos, sino en todos.

Estudiados los elementos indispensables para la aplicación del artículo 430, se deduce que la estafa queda incluida entre los delitos que pueden acogerse a su disposición. Se rebate de esta manera la exclusión predicada por Luis Carlos Pérez, que no tiene consistencia alguna jurídica o legal.

Del mismo análisis se deduce que el artículo comentado no pasa de ser una repetición, lamentablemente recortada, de lo normado por el numeral 3o. del artículo 25, cuyo texto reza:

"El hecho se justifica cuando se comete:

.
.

3o.- Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional".

La disposición copiada es de mayor alcance que el artículo 430, como bien lo afirma Pérez, y es aplicable a la estafa y en cualquiera infracción contra el patrimonio, sin que valga para contradecir la afirmación el hecho de que de manera especial se haya reglado en el artículo 430. Esta prescripción no es más que una enunciación de algunos casos de estado de necesidad, y no por ello excluye las demás hipótesis susceptibles de presentarse de acuerdo con la regla general. No se excluyen, por tanto, los dos reglamentos, ya que el especial es un mero desarrollo por vía de ejemplo del mandato general.

Para terminar este aparte consignamos nuestra opinión en el sentido de que el artículo 430 esta-

blece una causal de justificación del hecho, que excluye la responsabilidad penal y la antijuridicidad de la conducta, con lo cual desaparece el delito. No es por tanto una mera circunstancia de impunidad, como lo pretende Barrientos Restrepo, entre nosotros, y como lo afirma Sebastián Soler en referencia a la norma argentina de parecida concepción a la colombiana.

También cabe hacer ~~una~~ otra final anotación. El estado de necesidad, se aplique al mandato general o el especial, no debe confundirse con la circunstancia de menor peligrosidad contemplada por el numeral 4o. del artículo 38 que se refiere a la "influencia de apremiantes ~~necesidades~~ y excepcionales circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho". Las circunstancias personales o familiares deben ser de naturaleza diferente a las necesidades para proveer a la subsistencia o al vestido y referirse a peligros de diversa índole a aquellos que atacan la persona. Por lo demás, se trata de una circunstancia que se tiene en cuenta al hacer la determinación de la pena, al tiempo que el estado de necesidad es una causal que excluye la ilicitud de la conducta y, por lo mismo, no da margen a imposición de sanción alguna.

Artículo 431.- "Tampoco será responsable, sin perjuicio de las sanciones civiles respectivas, el que cometa alguno de los hechos de que trata este título en perjuicio del cónyuge no separado legalmente, de un ascendiente o descendiente o de un afín en línea directa, o de un hermano o hermana, siempre que se haya limitado a tomar lo indispensable para sus necesidades y las de su familia.

No admitimos que la disposición transcrita establezca una causal de impunidad, como lo proclama Barrientos Restrepo, por las mismas razones anotadas para

el artículo 430. Aquí se trata también del desarrollo por vía de ejemplo del estado de necesidad previsto por el artículo 25. Sobre el particular suscribimos las palabras de Luis Carlos Pérez, contenidas en el párrafo siguiente:

"El artículo 431 es, igualmente, inoperante, pues configura un estado de necesidad con elementos más onerosos que los contemplados en el artículo 25. Si se justifica la conducta del que sustrae o se apodera de bienes pertenecientes a extraños, con mayor razón debe justificarse la conducta del que toma de sus familiares lo que éstos le niegan".

En el delito de estafa es aplicable la norma en comentario, por las mismas razones expuestas con respecto al artículo 430, a las cuales nos remitimos para no alargar el presente análisis.

Consentimiento de la víctima.- Rapidamente veremos, para terminar lo relativo a las causales de justificación, la manera cómo puede obrar en el delito de estafa el consentimiento de la víctima, o mejor, del presunto ofendido.

Nuestra ley penal no consagra expresamente y de manera general el consentimiento de la víctima como causal de justificación de la conducta. Sin embargo es de recibo en nuestro derecho, toda vez que las causas de exclusión de responsabilidad por ausencia de antijudicialidad del hecho no son taxativas sino simplemente enunciativas o enumerativas. El código, pues, no agota la materia, probablemente por la imposibilidad de hacerlo en un catálogo que es obra del hombre.

Reconocida la operancia del consentimiento, creemos que ^{en} la estafa puede actuar como causal de justificación. Para respaldar la afirmación insertamos -- los conceptos de dos distinguidos juristas extranjeros.

Dice Ernst Von Beling: "El consentimiento - del ofendido (o del amenazado) y la significación del hecho, como auto lesión (o auto amenaza) son causas de exclusión de la ilicitud en cuanto al bien jurídico le lesionado (o puesto en peligro) está comprendido entre los derechos de disposición del lesionado (o amenazado); para ello vale el principio: volenti non fit injuria.- Ejemplo: ataques contra la propiedad".

Henoch D. Aguiar opina: "En el derecho actual, se distinguen aquellos delitos en que es elemento esencial de los mismos, la circunstancia de que el hecho se realice en contra de la voluntad del que lo sufre, como en el robo, en la estafa, en el abuso de -- confianza, en la vilación, en el atentado violento al pudor, etc., de aquellos otros en que la voluntad privada de la víctima no es condición determinante de la criminalidad del hecho, para aceptar la aplicación de la máxima en los primeros y rechazarla en los segundos" Se refiere al comentarista argentino a la máxima "Scienti et volenti nulla fit iniuria", la misma a que hace alusión Beling.

De las transcripciones salta bien claro que es posible la operancia del consentimiento de la víctima como causal justificativa de los delitos contra el patrimonio, entre otros, y por lo mismo de la estafa. Desaparecerá en esta infracción toda ilicitud en el -- provecho y todo concepto de daño si la persona que se considera aparentemente víctima consciente en la reali

zación del hecho. Sin embargo, conviene no perder de vista que tal consentimiento no se produce siempre que el sujeto conozca la significación de su hecho, esto es, siempre que entienda que dona o regala, etc. Pues si procede con ánimo liberal por razón de un error a que ha sido inducido el delito no desaparece, como creemos haberlo demostrado en otro capítulo. Se trata aquí exclusivamente de aquellos actos en que el presunto ofendido conoce su disposición liberal, gratuita, y no cae en el error a que pretende inducirlo el agente. O lo que es lo mismo, aquellas ocasiones en que pese a toda la actividad desplegada por el delienciente, el delito no nace por falta de algunos elementos, el error por ejemplo, y la disposición patrimonial se toma mediante un consentimiento libre, sin vicio alguno.

=====oOoOo=====

S E C C I O N V

ASPECTOS PROCESALES

Capítulo único

106.- ASPECTOS PROCESALES DE LA ESTAFA.-

Para cerrar nuestro estudio consideraremos, así sea en la forma más breve, los más salientes aspectos procedimentales del delito de estafa.

Competencia.- La competencia para conocer del delito de estafa se rige por la cuantía. De conformidad por lo dispuesto por el C. de P.P. y por el Decreto Extraordinario 3347 de 1950, se fija así:

En #primera instancia conocen:

Los funcionarios de policía cuando la cuantía no exceda de veinte pesos.

Los jueces municipales cuando la cuantía oscile entre más de veinte y menos de dos mil pesos.

Los jueces superiores cuando la cuantía pa-

se de cinco mil pesos.

Los jueces de circuito en los demás casos.

Si se presentan conflictos entre las autoridades de policía y los jueces, por interpretaciones apresuradas del decreto 0014 de 1955, tratándose de delitos de estafa, los jueces deben conocer exclusivamente, ya que, como acertadamente sostiene Luis Carlos-Pérez, éstos no pueden abdicar de su misión conferida por la Constitución Nacional, cuyas disposiciones priman en todo caso sobre los mandatos simplemente legales.

Investigación.- Como dijimos en la primera parte, la estafa es un delito público por lo cual su investigación se inicia de oficio y no requiere querrela de parte.

Desistimiento.- No cabe el desistimiento en el delito de estafa, -- cualquiera que sea la figura de que se trate. En el delito de giro en descubierto sí es conducente, por así estatuirlo el inciso 2o. del artículo 3o. de la ley 8a. de 1925, que en tal aparte no ha sido ni derogada ni suspendida.

Detención y libertad.- Es pertinente la detención preventiva del sindicado. La libertad provisional es posible unicamente cuando la cuantía de lo estafado no pasa de doscientos pesos.

Parte civil.- Sólo puede constituirse como tal la víctima de la infracción. El paciente del error, cuando no coincide con el ofendido, no puede hacerse parte dentro del juicio.

A P E N D I C E

=====000=====

DATOS ESTADISTICOS SOBRE LA ESTAFA

Tomados del Anuario General de Estadística de 1957 consignamos, a manera de apéndice, los datos más importantes relacionados con el delito de estafa. Proceden tales datos, según la explicación que ofrece la misma publicación, de 3.500 oficinas judiciales -- existentes en el país y se clasifican en dos apartados: "Criminalidad Aparente" y "Criminalidad Legal". Siguiendo dicha distinción las estadísticas arrojan -- resultados que bien valen la pena estudiar con detenimiento, estudio que ojalá nos sea posible en próxima oportunidad. Por ahora nos limitaremos a resaltar las consideraciones que aparecen más de manifiesto, -- como consecuencia de los números y apuntes estadísticos.

CRIMINALIDAD APARENTE.-- En 1957 se iniciaron en el país --

5.277 sumarios por el delito de estafa.

5.706 personas fueron sumariadas en el mismo año por el mismo delito.

Para corroborar la afirmación corriente de que la estafa es una infracción propia de medios más desarrollados, se observa que en los departamentos de mayor avance en todos los órdenes del progreso se registran mayores índices de sumarios iniciados. Así, en

Cundinamarca se sumari6 a 1.684 personas, en el Valle a 953, a 916 en Antioquia y a 395 en Caldas, al tiempo que en Nariño se inici6 sumario contra 109 individuos, en Córdoba contra 62, en Choc6 contra 30 y en todas las intendencias y comisari6s contra 115.

Para comprobar la misma afirmaci6n se tiene que de los sumariados especificados, alfabetos son 1.956 y analfabetos 106. La diferencia es bastante apreciable y seguramente aumente al esclarecer la condici6n de 3.644 sumariados sin especificar en este sentido.

Otros datos de importancia son los siguientes:

Se abri6 sumario contra 5.436 hombres y -- 270 mujeres. El sexo masculino, pues, est6 m6s vinculado a la actividad delictiva en cuant6 a delitos de estafa se refiere.

El estado civil arroja los siguientes resultados: 985 casados, 943 solteros, 25 viudos, Sin especificar, 3.753.

Nacionalidad: colombianos 5.658, extranjeros 48.

La clasificaci6n por edades tambi6n da pie para seguir sosteniendo la 6ndole intelectual de la estafa, que requiere ciertas condiciones de madurez, de claridad mental y de ilustraci6n para cometerse. Por edades se clasifican as6 los sumariados: menores de 18 a6os, 41; de 18 a 25 a6os, 467; de 26 a 30, 405; de 31 a 40 a6os, 519; de 41 a 50 a6os, 265; de 51 a 60 a6os, 92; de m6s de 60 a6os, 30; sin especificar, 3.867. El n6mero de personas sin especificar es bastante crecido, y demuestra, en este rengl6n y en los dem6s en que incide, la falta de cuidado en las inves-

tigaciones penales o, al menos, en el suministro de datos a las oficinas de estadística.

Cuanto a la ocupación se tiene: trabajan por cuenta propia 1076 sumariados; por cuenta ajena, 929; no trabajan, 25; sin especificar, 3.676.

Culminada la etapa investigativa de sumarios iniciados antes y durante el año de 1957, las estadísticas ofrecen los siguientes desalentadores índices: 78 enjuiciamientos con 93 enjuiciados; 31 sobreseimientos temporales con 44 sobreseídos; 104 sobreseimientos definitivos con 131 sobreseídos.

CRIMINALIDAD LEGAL.- La siguiente nota explicativa del Anuario sirve para entender lo que se denomina criminalidad legal:

"Estadísticas de "Criminalidad Legal" o de las sentencias penales de segunda instancia ejecutorias, que comprenden las decisiones adoptadas por la justicia penal ordinaria en sentencias firmes, bien sean condenatorias, absolutorias o de otra naturaleza". Se agrega que los datos provienen de las 248 oficinas existentes en el país que dictan tales sentencias. Los números y datos más importantes son:

Procesos juzgados en segunda instancia, 1084; personas juzgadas en la misma instancia, 1242. La diferencia entre procesos y procesados, si bien no bien acentuada, demuestra la ocurrencia harto frecuente de la coparticipación criminal en la estafa, coparticipación que se hace más apreciable y en muchos casos necesaria para efectos de inducir a error a las personas mediante engaños o artificios bien planeados.

Se pronunciaron en el mismo año 216 sentencias condenatorias que afectaron a 243 personas; 20 -- sentencias absolutorias que favorecieron a 44 procesados; sentencias de otra naturaleza se pronunciaron 548. "Sentencias de otra naturaleza son aquellas providencias que --sin condenar ni absolver al sindicado-- ordenan la cesación definitiva del procedimiento, por aplicación de cualesquiera de los artículos siguientes: 91, 100, 102 y 104 del C.P., en concordancia con el artículo -- 153 del C. de P.P."

La acción prescribió para 544 personas, número en verdad apreciable y que nada dice en favor de la celeridad en la administración de justicia. Quedaron sin sanción por otras sentencias dictadas en aplicación del artículo 153 del C. de P.P., 418 personas.

Por el grado de instrucción los condenados se clasifican así: 225 alfabetos; 10 con instrucción superior y 8 analfabetos.

Por lo que hace a la reincidencia, se condenaron 238 reincidentes y 5 no reincidentes. Esto de -- muestra un índice doloroso en cuanto a la efectividad de las penas. Muestra, por otro lado, que la justicia sólo cae sobre los delincuentes habituales, generalmente de los bajos fondos, dejando por fuera de su acción a multitud de criminales que se escudan en odiosos títulos de riqueza, posición social, etc.

A las cárceles del país entraron 2060 personas por implicaciones con el delito de estafa. Se clasifican así: 197 condenados, 23 enjuiciados y 1840 entre sumariados y detenidos. De la totalidad de quienes entraron, 1835 son alfabetos y analfabetos 225.

B I B L I O G R A F I A

- Giuseppe Maggiore....."DERECHO PENAL". Trad. de José J. Ortega Torres.-Temis-Bogotá -- 1956.-Parte Especial. Vol. V.
- Sebastián Soler....."DERECHO PENAL ARGENTINO".-TEA.-Buenos Aires.1956- Tomo IV.
- Eugenio Cuello Calón....."DERECHO PENAL".-Editora Nacional, S.A.--México.-1953.-Parte General.- Tomo I.
- Enrico Ferri....."PRINCIPIOS DE DERECHO CRIMINAL".-Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz.-Reus.-Madrid.-1933.
- Francesco Carrara....."PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL".- Temis.-Bogotá.- 1956.-Parte General.- Vol. 1o.
- Ernst Von Beling.....ESQUEMA DE DERECHO PENAL".-La Doctrina del Delito Tipo".- Trad. de Sebastián Soler.--Depalma.-Buenos Aires. 1944.-
- Edmund Mezger....."DERECHO PENAL".-Bibliográfica Argenti--

- na.- Buenos Aires.- 1958 y -
1959.- Parte General y Parte
Especial.
- Carlos Alberto Bernaqui.. "EL DELITO DE ESTAFA Y SUS -
PRINCIPIOS DOCTRINARIOS" Li-
brería Jurídica.-Buenos Ai -
res.- 1943.
- Jorge Frías Caballero.... "EL PROCESO EJECUTIVO DEL DE
LITO".- Bibliográfica Argen-
tina.- Buenos Aires.- 1956-
- Eusebio Gómez..... "TRATADO DE DERECHO PENAL".-
Compañía Argentina de Editores.- Buenos Aires.- 1941.--
Tomo IV.
- Luis Carlos Pérez..... "DERECHO PENAL COLOMBIANO".-
Temis.- 1959.- Bogotá.-Parte
Especial.- Vol. III
"FALSEDAD Y ESTAFA COMETIDAS
POR EL ADMINISTRADOR DE UNA
SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD
LIMITADA".- En "Revista de -
Derecho Positivo".- Tomo I.-
No. 6.- Bogotá.- 1960.
- J.Enrique Gutiérrez
Anzola..... "DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD"
"Diario Jurídico, Ltda.".-Bo
gotá.- 1957.
"DOCTRINA Y PRACTICA DEL ES-
TADO PELIGROSO EN COLOMBIA".
"Diario Jurídico, Ltda."Bogo
tá.- 1957.
- Luis E. Romero Soto..... "LA FALSEDAD DOCUMENTAL".-Te
mis.- Bogotá.- 1960.
- Samuel Barrientos Res-
trepo..... "ELEMENTOS DE DERECHO PENAL"
Ediciones "U.P.B.".-Medellín
1953.

- Gustavo Rendón Gaviria....."DERECHO PENAL COLOMBIANO".--
Medellín.- 1953.
- Jorge Ortega Torres.....
- Bernardo Botero Mejía....."EL DELITO DE ESTAFA".--En Re-
vista Estudios de Derecho.--
Universidad de Antioquia.--No
45.- Medellín.
- Luis Jiménez de Asúa....."DERECHO PENAL SOVIETICO".--
TEA.- Buenos Aires.- 1947.
- Rafael Campos Restrepo....."TENTATIVA Y DELITO FRUSTRADO", en Revista Justicia.--Tri-
bunal Superior de Bogotá.---
Nos. 148 a 153.- Bogotá.1946
- Eduardo Alvarado Hurtado..."SOCIOLOGIA CRIMINAL Y DERE-
CHO PENAL GENERAL".--Conferen-
cias mecanografiadas.
"ANTI JURICIDAD Y CAUSAS EXTRA
PENALES DE JUSTIFICACION".--
En Anales de la Universidad-
de Nariño.- No. 45.-Pasto.
- Henoch D. Aguiar....."HECHOS Y ACTOS JURIDICOS".--
Tipográfica Editora Argenti-
na.- Buenos Aires.- 1950.---
Tomos I y II.
- Alvaro Pérez Vives....."COMRAVENTA Y PERMUTA EN DE
RECHO COLOMBIANO".-- Temis.--
Bogotá.- 1953.
- Eduardo García Maynes....."PRINCIPIOS SUPREMOS DE LA -
ONTOLOGIA FORMAL DEL DERECHO"
En revista de Derecho y Cien-
cias Sociales.- Universidad-
Michoacana.- Epoca 3a. No.2.
- Juan D. Ramírez Gronda....."DICCIONARIO JURIDICO".--Cla-
ridad.- Buenos Aires.-1943-
- Tribunal Superior.-Pasto..."FORO NARIÑES".--Nos. 205 a
207.-Año 1958.
- Jorge Ortega Torres....."CODIGOS PENAL Y DE PROCEDI-
MIENTO PENAL".-- Temis.-Bogo

- tá.- 1958.
- Jorge Ortega Torres....."CODIGO CIVIL COLOMBIANO".-Te-
mis.- Bogotá.- 1956.
- "CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE"
Temis.- Bogotá.- 1950.
- Departamento Nacional de
Estadística....."ANUARIO GENERAL DE ESTADISTI-
CA".-Año 1957.- Bogotá.-1958.
- Alvaro Leal Morales....."DIARIO JURIDICO".- Varios vo-
lúmenes.- Bogotá.
- Federico Castejón y
Martínez de Arizala....."TEORIA DE LA CONTINUIDAD DE
LOS DERECHOS CIVIL Y PENAL".-
Madrid.

=====oOoOo=====

I N D I C E

=====

PRIMERA PARTE

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO Y ESTRUCTURA DE LA ESTAFA

pág.

Existe el delito de estafa? - Nomen iuris.- Concepto. 5
Dificultades de una definición.- Estructura jurídica
del delito.- Tipicidad.- Delito tipo.- Antijuridici-
dad. Ilícito civil e ilícito penal.- Compensación de
ilícitos.- Imputabilidad psico-física.-
.....pág. 5

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DE LA ESTAFA

.....pág. 38

CAPITULO TERCERO

ELEMENTOS GENERALES DE LA ESTAFA

Elementos generales de todo delito.- Suje-
to activo.- Sujeto pasivo.- Objeto jurídico y objeto-
material.- Acción física y acción psíquica.- Daño pú-
blico y daño privado.
.....pág. 42

SEGUNDA PARTE

SEGUNDA PARTE

SECCION I

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y TIPO GENERICO

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La estafa en los códigos anteriores.-Tipo genérico y tipos especiales.-

pág..... 57

CAPITULO SEGUNDO

TIPO GENERICO DE LA ESTAFA

Concepción legal.- Primer elemento.- Artificios o engaños.- Entidad de los engaños o artificios.- Clasificación de los engaños o artificios.- Teoría de la mise en scène.- Idoneidad del engaño.- Medios comunes de engaño.- Segundo elemento.- Inducción en error.- Error posterior y error preexistente.- Consolidación del error.- El error en el código alemán.- Error e ignorancia.- Error de la estafa y error como vicio del consentimiento.- Tercer elemento.- Provecho ilícito.- El provecho debe ser real.- El provecho puede ser para sí o para otros.- El provecho debe ser económico.- Ejercicio arbitrario de las propias razones.- Cuarto elemento.- Perjuicio ajeno.- El perjuicio debe ser real.- El perjuicio debe ser económico.- Quinto elemento.- Doble relación de causalidad.- Primer nexo causal.- Segundo nexo causal.

pág..... 62

SECCION SEGUNDA

TIPOS ESPECIALES

CAPITULO PRIMERO
ESTELIONATO

Concepción del artículo 409.- Constituyen estafa los hechos previstos por el artículo 409? . - Primer caso.- Enajenación de cosa ajena como propia. Primer elemento.- Contrato de enajenación.- El contrato debe perfeccionarse.- Segundo elemento.- Contrato sobre cosa ajena.- Aparente conflicto de leyes. El conflicto aparente en la legislación argentina.-- La ratificación del dueño no descarta el delito.- Casos de venta de cosa ajena.- Tercer elemento.- Ficción de propiedad.- Cuarto elemento.- Elemento "a sabiendas".- Prueba del elemento a sabiendas.- Negociación de solares ajenos.- Segundo caso.- Enajenación de bienes gravados, embargados o secuestrados.- Elementos constitutivos.-

pág..... 117

CAPITULO SEGUNDO
ABUSO DE NECESIDADES O DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS.

Antecedentes del artículo 411.- El artículo 411 sanciona la tentativa.- La estafa del 411 y la extorsión.- Elementos constitutivos.- Primer elemento.- Propósito de obtener un provecho.- Segundo elemento.- Ilícitud del provecho propuesto.- Tercer elemento.- Abuso de necesidades o de otras circunstancias.- Conocimiento de los estados de inferioridad.- Cuarto elemento.- Acto jurídico.- Quinto elemento.- Acto jurídico perjudicial.

pág..... 154

CAPITULO TERCERO
GIRO EN DESCUBIERTO

Tutela penal del cheque.- Estafa por medio de cheques.- Bloqueo de cheques.- Cheque posdatado. - Delito autónomo de giro en descubierto.- Giro de cheques como estado peligroso.- Giro de cheques en descubierto.-Resumen.- Cheques emitidos por coacción ajena.- Directivas para racionalizar la legislación protectora del cheque.-

pág..... 173

CAPITULO CUARTO
OTROS TIPOS DE ESTAFA

Planteamiento.- Estafa de seguro.- El artículo 417 sanciona un delito formal.- Elementos de la estafa de seguro.- Delitos contra la economía nacional Estafa de razón social.- Estafa contra menores.-

pág..... 205

SECCION TERCERA
ITER CRIMINIS, DELITO CONTINUADO Y
CONCURSO

CAPITULO PRIMERO
CONSUMACION DEL DELITO DE ESTAFA

Planteamiento.- Momento consumativo del tipo genérico.- Momento consumativo del estelionato.- Momento consumativo del abuso de necesidades.-Momento consumativo del giro en descubierto.- Momento consumativo de los otros tipos de estafa.

pág..... 227

CAPITULO SEGUNDO
DELITO IMPERFECTO DE ESTAFA

Consideraciones previas.- El delito imperfecto en el tipo genérico de estafa.- La tentativa - del artículo 405.- El delito imperfecto en los otros tipos de estafa.-

pág..... 241

CAPITULO TERCERO
DELITO CONTINUADO DE ESTAFA

Delito continuado de estafa.

pág..... 254

CAPITULO CUARTO
CONCURSO DE LA ESTAFA CON OTROS DELITOS

Planteamiento.- Concurso de estafa y falsedad.-Concurso de estafa y quiebra.

pág..... 258

SECCION CUARTA
PENALIDAD Y CAUSALES DE JUSTIFICACION

CAPITULO PRIMERO
PENALIDAD DE LA ESTAFA

Sanciones fijadas para los diversos tipos.- Graduación de las penas.- Agravantes de la sanción.- Atenuantes de la sanción.-

pág..... 265

CAPITULO SEGUNDO

CAUSALES DE JUSTIFICACION Y DE IMPUNIDAD

Causales de justificación de la estafa.-
Estado de necesidad.- Consentimiento de la víctima-

pág..... 276

SECCION QUINTA

ASPECTOS PROCESALES

CAPITULO UNICO

ASPECTOS PROCESALES DE LA ESTAFA

pág..... 286

A P E N D I C E

DATOS ESTADISTICOS SOBRE LA ESTAFA

Criminalidad aparente y criminalidad le-

gal.

pág..... 288

B I B I O G R A F I A

pág..... 293

I N D I C E

pág..... 297

=====
Pasto, diciembre 4 de 1960
=====

DN
T
364.16
687
R.S.R.
Inventario 27158
Autor Guerrero R.,
Título Regimen jurídico del Delito DE ESTOFA.

Fecha Devol.	NOMBRE	Carné
	Jennia G. Barra.	22034267

DN
T
364.16
687
R.S.R.
27158