

# DERECHO PENAL COLOMBIANO

(Parte especial)



Por el Dr.

Gustavo Rendón G.

## ABUSO DE CONFIANZA

El capítulo V. del Título que trata de los delitos contra la propiedad comprende en primer término el **abuso de confianza**, y en segundo, otros hechos lesivos del patrimonio, agrupados bajo la denominación común de **defraudaciones**. Siguiendo el orden del articulado haremos ahora el estudio del delito de abuso de confianza, cuya integración es bastante compleja.

Los elementos de esta infracción en su forma más típica los comprende el artículo 412 de nuestro código, que establece:

**“El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, una cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y en multa de diez a mil pesos.**

**Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá hasta en la mitad”.**

El abuso de confianza es delito contra el patrimonio cuyas características son bien distintas a los demás hechos lesivos de la propiedad, como el hurto, el robo, la estafa, etc. Su denominación es tomada del derecho francés, pero en muchas legislaciones, orientadas por el derecho italiano, recibe el nombre de **apropiación indebida**.

Sus elementos constitutivos, de acuerdo con los términos de la disposición transcrita, son los siguientes:

1o.—Apropiación en provecho propio o ajeno. No se menciona que sea en perjuicio de otro, pero esto resulta obvio tratándose de un delito contra la propiedad;

2o.—Que recaiga el hecho sobre cosa mueble ajena;

3o.—Que ésta se haya entregado o confiado al agente a título no traslativo de dominio (depósito, administración, comisión, mandato u otro título que imponga la devolución o entrega de la cosa).

**Apropiación o apoderamiento.**—Es propio del delito de abuso de confianza que el agente tenga en su poder, legítimamente, la cosa, entregada por la víctima de manera directa o indirecta. Por tal razón el apoderamiento de la cosa no se lleva a término en la forma común a los demás delitos contra la propiedad, principalmente el hurto y el robo, en los que, para la realización de las infracciones, precisa cumplir un acto material de sustracción o apoderamiento que saque la cosa del dominio del ofendido para hacerla entrar en poder del agente.

“Para que haya delito, dice el profesor Juan P. Ramos refiriéndose al abuso de confianza, tiene que haber un momento especial en que esa posesión legítima que tiene el futuro sujeto activo, se torna en posesión ilegítima. Esto sucede cuando el sujeto activo transforma esa posesión, hace suya la cosa, se apropia de ella. En nuestro derecho puede hacerlo de dos maneras: a) negándose a restituir la cosa mueble; b) no restituyéndola a su debido tiempo”.

La apropiación supone el ánimo de hacer suya la cosa el agente en perjuicio del dueño y sin ningún título para esa apropiación. Supone, así mismo, el propósito de aprovecharse, es decir, de lucrarse de lo que es objeto de la infracción.

La **apropiación** constituye la forma corriente del abuso de confianza, pero no es siempre indispensable para la integración del delito. Puede ocurrir el abuso de confianza **por uso indebido** de la cosa que le ha sido entregada al agente, por título no traslativo de dominio. Tal es el caso contemplado en el inciso 2o. del artículo 412, cuya represión es más leve, dada la menor entidad delictiva del hecho y el menor perjuicio patrimonial para la víctima.

El ánimo de apropiación es generalmente manifiesto o pre-

sunto, como ocurre en todos los delitos contra la propiedad, que por su naturaleza revelan el propósito del delincuente. Pero la afirmación de ese ánimo, que es constitutivo del abuso de confianza, se hace manifiesto o es presumible ante el hecho cumplido de la apropiación. Por ello no puede fundarse en la sola negativa de una persona a devolver la cosa que está en su poder. Si el delito no es por apropiación sino por uso indebido la infracción sólo puede integrarse materialmente cuando el agente ha empleado la cosa, con perjuicio de tercero, en condiciones contrarias a las estipuladas, indicativas del abuso por parte del agente.

**Cosas susceptibles del delito.**—Como en los delitos de hurto y robo, sólo las cosas muebles son susceptibles de apropiación o de uso indebido en el abuso de confianza. Esto se explica porque en su integración se asimila al hurto, con la diferencia de que en éste la cosa está en poder de la víctima y en el abuso de confianza en poder del agente.

En consecuencia la apreciación de este elemento hay que hacerla en la forma dicha al tratar del hurto.

**Título no traslativo de dominio.**—Los modos de adquirir el dominio son los definidos por la ley civil: ocupación, acepción, tradición, sucesión por causa de muerte y prescripción. El título para la legitimidad del dominio es siempre la ley que reconoce los medios enunciados. De esta manera, todo otro título que suponga la obligación de devolver o entregar la cosa recibida por una persona de otra, como el depósito, la prenda, el mandato, etc., da lugar al delito de abuso de confianza, cuando hay apropiación o uso indebido.

Hay que advertir para un correcto estudio del abuso de confianza que en ciertos contratos de los cuales puede derivarse la comisión del delito, por no producir la transferencia de dominio, y por el contrario implicar la obligación de restituir, se presentan problemas de orden civil que exigen, necesariamente, el examen concreto de cada caso para establecer la naturaleza del hecho y su verdadero carácter penal. Así, por ejemplo, el depósito reviste diversas modalidades (voluntario, necesario, sellado, mercantil, etc.), a cada una de las cuales corresponden obligaciones diferentes. Lo propio cabe decir del secuestro, mandato, comisión, comodato, arrendamiento, prenda y los contratos con pacto de reserva de dominio.

Particularmente en cuanto al contrato de prenda hay que

observar que el abuso de confianza se presenta tratándose de la forma ordinaria en los que la cosa dada en prenda queda en poder del acreedor. Así, si éste enajena la prenda, dispone de ella arbitrariamente o se la apropia, sin estar vencido el término correspondiente, hay un abuso de confianza puesto que el acreedor prendario recibe la cosa como garantía de una obligación y a título no translaticio de dominio. Pero si se trata de la prenda agraria e industrial, establecida por las leyes 24 de 1921 y 89 de 1928, la enajenación no da lugar al delito cuestionado sino a la estafa, dado que por las modalidades especiales de ese contrato la cosa queda en poder del deudor y no del acreedor, lo que sitúa penalmente el hecho en el art. 409, que ya comentamos.

Otra excepción se presenta en el contrato de compraventa, cuando existe el llamado pacto de reserva de dominio, que produce el efecto de no transferir el dominio al comprador, en en relación con bienes muebles, sino una vez satisfecho el precio de la venta. El delito que puede resultar si el comprador enajena la cosa es de estafa, conforme a los términos del citado artículo 409. El pacto de reserva de dominio lo consagra el artículo 1o. de la ley 45 de 1931.

### Calificación del Abuso de Confianza

Dos son los casos de calificación que el Código establece para el delito de abuso de confianza por apropiación o uso indebido, de que trata el artículo 412:

Dice el artículo 413:

**“La sanción establecida en el artículo anterior se aumentará hasta en la mitad cuando el delito se comete abusando de las funciones de tutor, curador, albacea, mandatario, depositario o cualesquiera otras semejantes confiadas por autoridad pública”.**

Y el artículo 414 establece:

**“La pena establecida en el artículo 413 se aumentará hasta en otro tanto si la cuantía fuere superior a diez mil pesos, o si siendo inferior, ha oca-**

**sionado a la víctima graves dificultades para atender a su subsistencia”.**

El primer caso de agravación lo hace depender el artículo 413 de la calidad del agente en razón de sus funciones de tutor, curador, etc, cuando el cargo que le da la guarda o administración de los bienes objeto del delito le ha sido conferido por autoridad pública. En verdad un cargo de esta naturaleza a más de imponer deberes precisos entraña el otorgamiento de amplias facultades que facilitan la comisión del abuso de confianza, por lo que es conveniente reprimir con mayor severidad al agente del delito que en tales condiciones consume el hecho. La agravación establecida por el artículo 414 sigue el criterio adoptado por el Código para los demás delitos contra la propiedad y en especial para los de hurto y robo, como lo vimos al comentar los artículos 398, 399 y 403. Es de anotar que la referencia hecha al artículo 413 es errada porque en realidad la disposición que debe tenerse en cuenta para la agravación de la pena es el artículo 412.

### DEFRAUDACIONES

Fuera del abuso de confianza, propiamente dicho, que es el que contempla el artículo 412, el capítulo, como ya lo expresamos, comprende otros hechos atentatorios contra la propiedad, especies de defraudaciones, cuya variedad no permite una denominación más concreta a la que el Código emplea al llamarlas otras defraudaciones.

En particular analizaremos estas defraudaciones, de acuerdo con las disposiciones penales que las establecen.

#### Firma en Blanco

Art. 415.—“El que en una hoja firmada en blanco que se le haya confiado para determinado fin, escriba cosas contrarias a lo convenido, capaces de producir efectos jurídicos en perjuicio de quien la firmó o de un tercero, estará sujeto a prisión de seis meses a tres años y multa de diez a mil pesos”.

Las características de este hecho hacen que se le considere como una forma de abuso de confianza y no como un delito de falsedad en documento, principalmente en razón de que la persona defraudada ha confiado voluntariamente en el agente. Quien entrega firmada una hoja en blanco para que otra persona escriba lo que ha sido materia de convenio o estipulación deposita de antemano su confianza en quien ha de extender el texto del documento. La defraudación se origina, en consecuencia, por el abuso que el agente comete, sin que pueda atribuirse al hecho material del texto no convenido el carácter propio a la falsedad, aunque materialmente si exista dicha falsedad.

Son elementos de esta infracción:

1o.)—Que la hoja firmada en blanco le haya sido confiada al agente del delito para un determinado fin. Por consiguiente si no ha habido esa entrega, ni la destinación correspondiente al hecho de llenar con un texto cualquiera capaz de producir efectos jurídicos una hoja firmada en blanco por un tercero, constituye delito de falsedad;

2o.)—Que por la persona a quien se ha confiado la hoja firmada en blanco, se escriban en ésta cosas contrarias a lo convenido. No es preciso que materialmente esa persona escriba el texto del documento. Lo que importa es que por disposición suya se realice el hecho;

3o.)—Que lo escrito por el agente, y con antelación suscrito por la víctima, sea capaz de producir efectos jurídicos. Según se desprende del artículo 415 el delito se consuma por el hecho de escribir en la hoja firmada en blanco cosas contrarias a lo convenido, sin que sea indispensable hacer uso del documento, siempre y cuando haya intención de lucro e intención de producir perjuicios. Sin embargo parece que la defraudación no se presenta sino haciendo uso del documento, única manera de poner en ejercicio la capacidad de producir sus efectos jurídicos. Esta última tesis es la más aceptable; mientras el agente no trate de obtener provecho abusando con el documento elaborado, la defraudación carece de toda efectividad;

4o.)—Que los efectos jurídicos sean en perjuicio del firmante o de un tercero. No es indispensable que el daño recaiga sobre la persona que ha confiado su firma, pero si lo es que el

documento pueda producir perjuicios patrimoniales. Para que se consuma el delito es suficiente el perjuicio potencial, es decir, que no es preciso que la víctima sufra el daño, sino que se pretenda causarlo y el documento tenga capacidad para ello.

### Intereses o Préstamos Usurarios

Art. 416:—“El que por más de tres veces obtenga intereses o ventajas usurarios a cambio de préstamos de dinero, estará sujeto a la pena de un mes a un año de arresto y multa de cinco a quinientos pesos.

En la misma sanción incurrirá el que disimule bajo otra forma contractual cualquiera, un préstamo usurario”.

La defraudación consagrada por el artículo 416 no es en manera alguna, tanto por sus elementos como por sus características, un abuso de confianza. Más podría asimilarse en sus condiciones generales al caso de estafa previsto en el artículo 411, delito que a su vez —como ya tuvimos ocasión de expresarlo— guarda cierta similitud con el de extorsión.

Lo que trata de sancionarse al reprimir la ley los hechos contemplados en la disposición transcrita es una forma dolosa de enriquecimiento sin causa, que entraña por lo común el abuso de la necesidad y de las precarias condiciones económicas en relación con las personas que urgentemente se ven obligadas a recurrir a los préstamos de dinero, servidos por particulares.

La usura tiene ciertamente los aspectos propios a los delitos contra la propiedad, aunque en apariencia los contratos de que se derive tengan el asentimiento del defraudado. Ello porque en las operaciones de préstamo, los intereses no tienen por qué exceder los límites de justicia para un normal acrecentamiento del capital. La represión de la usura, en consecuencia, se impone como una necesidad de defensa social, y más tratándose de una infracción a la que las propias víctimas contribuyen determinadas por situaciones económicas obligantes.

La dificultad práctica para una efectiva aplicación de la disposición penal impide, no obstante, lograr una adecuada tutela en este caso. En primer término, nuestro régimen legal es muy

deficiente en cuanto a la regulación de intereses, lo que no permite saber con exactitud el tipo de interés máximo admisible en las operaciones de préstamo. Existe el interés legal, que alcanza hasta el seis por ciento anual, según el artículo 2232 del C. C.; el interés corriente, o sea el acostumbrado en el comercio, cuyo monto no excede del ocho por ciento, y el interés convencional, cuya fijación hacen los propios interesados. El límite de este último tipo de interés no aparece regulado sino por el Decreto No. 280 de 1932, que habla del diez por ciento anual para operaciones de mutuo con garantía real y del 12 por ciento para operaciones con garantía personal o sin garantía accesoria. Pero como el decreto citado no hace propiamente una fijación de intereses a la que deban someterse los particulares de manera obligatoria, puede decirse que el interés convencional carece de reglamentación legal.

En tales circunstancias carecemos de un criterio para definir los intereses usurarios, cuya calificación no puede hacerse en forma general, como que la cuantía misma del préstamo influye notoriamente en la apreciación del interés. Por ejemplo: el interés del 12% anual en préstamos hipotecarios es corriente entre nosotros. No lo sería un interés del 2 ó 3% mensual en los mismos casos, pero sí en préstamos de pequeñas sumas, sin garantía accesoria.

Así, para fijar el carácter usurario de los intereses hay que atender a las condiciones de la operación celebrada, a su monto y al lugar donde sea celebrada.

El delito, tal como lo establece la disposición que comentamos, ofrece dos formas, a saber:

1a.—El hecho de obtener intereses o ventajas usurarios a cambio de préstamos de dinero. La sanción en este caso no depende de la comisión aislada del hecho, sino de la reiteración o habitualidad en esta clase de operaciones, como que exige la disposición que **por más de tres veces obtenga intereses o ventajas usurarios.**

Este laudable propósito de la ley penal de reprimir la usura o el agio resulta en la práctica fallido, pues a más de que es difícil la comprobación de la habitualidad, como requisito indispensable del delito, la organización misma que este negocio ofrece entre nosotros, impide a los ofendidos reaccionar o a las au-

toridades (igualmente víctimas de los agiotistas), actuar con eficacia.

2a.—La simulación en los contratos cuando en el fondo contienen un préstamo usurario. En este caso la simulación si no agrava el delito desde el punto de vista de la pena, permite por lo menos integrar la infracción sin el requisito de la reiteración.

En muy distintas formas puede simularse un préstamo usurario, como lo demuestran ciertas actividades comerciales corrientes entre nosotros. Pero, como en el caso anterior, la operancia de la ley penal es ninguna, dada la situación de las personas ofendidas, que obligadas a recurrir periódicamente a los préstamos, consideran contraproducente denunciar a sus explotadores. Prueba de lo dicho es que en nuestros juzgados penales no se conoce el primer proceso por esta clase de defraudación.

#### Fraude para obtener indemnizaciones

“Art. 417.—El que con el fin de obtener para sí o para un tercero el precio de un seguro 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 agrave voluntariamente las condiciones de las que sin su intención o culpa le hubieren sobrevenido, incurrirá en la mitad de tales sanciones”.

El fraude sancionado en este artículo no guarda, tampoco, ninguna semejanza con el abuso de confianza, y constituye en realidad un delito de estafa, como que el engaño obra en calidad de elemento constitutivo de la infracción.

El primer caso a que alude la disposición es el fraude que puede perpetrarse en perjuicio de las compañías aseguradoras, cuando con el fin de obtener el precio de un seguro, u otro provecho ilícito, destruye u oculta el agente objetos asegurados de su propiedad. El hecho, lo mismo cuando se comete para obtener

el pago del seguro, que cuando se realiza otro provecho ilícito, de carácter pecuniario, reviste siempre una notoria gravedad, pues quienes recurren a este fraude lo hacen por lo general con miras a realizar un pingüe negocio y ante situaciones de quiebra comercial.

Para el mismo efecto de obtener el reconocimiento de un seguro u otra prestación, como las consagradas en las leyes sociales, el fraude puede cometerse causándose la persona una lesión o agravando las consecuencias de la realmente recibida.

De menos frecuencia este fraude que el contemplado en el inciso 1o., su influencia es, no obstante, mayor, dado que comprende todo provecho ilícito derivado del hecho de una lesión personal. Así, podría servir para el pago de un seguro, para el reconocimiento de una indemnización por accidente de trabajo o para la indemnización civil proveniente de delito o culpa.

La penalidad señalada por el artículo 417 es poca si se considera la gravedad del delito. Así lo estiman muchos comentaristas de nuestro Código, especialmente el Dr. Jorge Gutiérrez Anzola en su tratado sobre los delitos contra la propiedad.

#### Apropiaciones indebidas

Como tales cabe considerar las defraudaciones de que da cuenta la siguiente disposición del Código:

"Art. 418.—Incurrirán en arresto de uno a ocho meses:

- a).—El que se apropie cosas ajenas extraviadas, sin cumplir los requisitos que prescribe la ley;
- b).—El que se apropie en todo o en parte un tesoro descubierto, sin entregar la porción que corresponda a un tercero conforme a la ley;
- c).—El que se apropie cosas que pertenecen a otro y en cuya posesión hubiere entrado por error ajeno o caso fortuito.

En los casos de que trata el presente artículo, no se podrá proceder sino a petición de parte".

Las infracciones a que alude el texto transcrito son de muy escasa significación penal, hasta el punto de que más entrañan el incumplimiento de ciertos requisitos de orden civil en materia de hallazgo, que delitos, propiamente tales.

Se refiere el primer caso a la apropiación de cosas ajenas extraviadas, es decir, que han sido perdidas por su dueño y encontradas por la persona que se las apropia. La ley civil impone en estos casos la entrega de las cosas a la autoridad para que ésta inquiere por su dueño, y el incumplimiento de dicha obligación es, precisamente, lo que determina la apreciación penal de la apropiación cumplida sin sometimiento a las normas civiles.

Las características del hecho son las de un delito de hurto, con la diferencia de que las cosas apropiadas no son sustraídas fraudulentamente del patrimonio de la víctima, de cuyo poder han salido accidentalmente, sino que el agente las hace suyas por hallazgo.

El segundo caso hace relación al hecho de apropiarse la persona un tesoro, sin entregar la parte que corresponda a un tercero conforme a la Ley. Esta apropiación contraviene ordenaciones precisas del Código Civil al respecto y da al hecho condiciones penales semejantes a las del caso anterior.

Por último, la apropiación de cosas que pertenecen a tercero y en cuya posesión entra la persona por error o caso fortuito, constituye una defraudación semejante a las ya examinadas. Es característico de este hecho que la posesión se produzca por error ajeno o caso fortuito, no por error del agente, pues para la existencia de la infracción es indispensable la mala fé. Tanto cuando las cosas entran en poder de la persona por caso fortuito como por error ajeno, la apropiación se cumple a sabiendas por parte del agente, de que se trata de cosas ajenas.

Nuestro Código considera de tan poca gravedad penal las especies de apropiación indebida contenidas en el artículo 418, que no permite la investigación oficiosa, al exigir para proceder, la petición o querrela de parte.

Para una mejor comprensión de estas infracciones, particularmente las consagradas en los ordinales a). y b). transcribimos a continuación los artículos pertinentes del Código Civil:

"685.—Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por

las leyes o por el derecho internacional".

"699.—La invención o hallazgo es una especie de ocupación por la cual el que encuentra una cosa inanimada, que no pertenece a nadie, adquiere su dominio apoderándose de ella".

"700.—El descubrimiento de un tesoro es una especie de invención o hallazgo.

Se llama tesoro la moneda o joyas u otros efectos preciosos que, elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados o escondidos, sin que haya memoria ni indicio de su dueño".

"701.—El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá por partes iguales entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento. Pero esta última no tendrá derecho a su porción, sino cuando el descubrimiento sea fortuito, o cuando se haya buscado el tesoro con permiso del dueño del terreno.

En los demás casos o cuando sea una misma persona el dueño del terreno y el descubridor, pertenecerá todo el tesoro al dueño del terreno".

"704.—El que halle o descubra alguna cosa que por su naturaleza manifieste haber estado en dominio anterior, o que por sus señales o vestigios indique haber estado en tal dominio anterior, deberá ponerla a disposición de su dueño, si éste fuere conocido.

Si el dueño de la cosa hallada o descubierta no fuere conocido o no pareciere, se reputará provisoriamente estar vacante o ser mostrenca la cosa".

"705.—La persona que en el caso del artículo anterior omitiere entregar al dueño, si fuere conocido, o si no lo fuere, a la auto-

ridad competente, la especie mueble encontrada, dentro de los treinta días siguientes al hallazgo, será juzgada criminalmente, aparte de la responsabilidad a que haya lugar por los perjuicios que ocasionase su omisión".

## QUIEBRA

Si para los efectos comerciales y civiles el estado jurídico de la quiebra ofrece importantes aspectos, desde el punto de vista penal los problemas a que da lugar dicho estado no son menos importantes, especialmente en nuestro derecho con motivo del nuevo régimen que sobre quiebras establece el Decreto extraordinario No. 750 de 1940, expedido por el Gobierno en ejercicio de las facultades conferidas por la ley 54 de 1939. Como este estatuto transformó completamente los conceptos en esta materia y varió en forma radical las disposiciones sustantivas y adjetivas reguladoras de la quiebra en el derecho comercial y el Código Penal, tendremos que extendernos un poco en el estudio de las defraudaciones relacionadas con aquella, a efecto de fijar el preciso alcance de las disposiciones penales al respecto y hacer la debida concordancia con el acotado Decreto No. 750.

### Concepto de la quiebra

En un sentido general y como simple fenómeno de orden económico la quiebra corresponde a una situación de insolvencia para atender un deudor al cumplimiento de obligaciones exigibles, o lo que es lo mismo, la cesación en los pagos por incapacidad para hacerlo. Entendida así su significación la quiebra puede ser un estado atribuible a toda persona, pero este concepto no corresponde en verdad a lo que concreta y jurídicamente se entiende por quiebra.

La definición de tal estado jurídico, susceptible de ser declarado judicialmente sólo en relación con los comerciantes, aparece en el artículo 121 del Código de Comercio, sustituido por el artículo 1o. del Decreto 750. Estas disposiciones expresan, en su orden:

“Se considera en estado de quiebra a todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones, y se halle en incapacidad actual y declarada de cubrirlas, según el artículo 476 del Código Penal”. (Este artículo no corresponde al C. P. colombiano).

“Se halla en estado de quiebra todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones. La muerte del deudor o su retiro del comercio no impiden la declaración y procedimiento de quiebra cuando ha fallecido o se ha retirado en estado de cesación de pagos. La declaración no podrá pedirse sino dentro del año siguiente a la muerte o retiro”.

Diferente alcance tienen las disposiciones transcritas, pues mientras el artículo 121 del Código de Comercio exige la declaración judicial de insolvencia como elemento integrante del estado de quiebra, el artículo 1o. del Decreto 750 coloca la quiebra como situación de hecho, cuya declaración no es constitutiva. Las modificaciones resultantes de la nueva disposición pueden apreciarse comparando la interpretación dada al artículo 121 en sus comentarios al C. de Comercio del Dr. Félix Cortés con los conceptos emitidos por la Comisión revisora del Código de Comercio, en la exposición de motivos al proyecto de ley sobre quiebras.

Dice el primero: “Sobreseer equivale a desistir, cesar en el cumplimiento de las obligaciones, dejar de atender los pagos; pero no basta la suspensión del pago; ésta debe surgir de la incapacidad de hacerlo. Las dos definiciones agregan un tercer elemento, la declaración de esa suspensión de conformidad con la ley. Tal declaración se hace por providencia judicial, a solicitud del mismo quebrado o a instancia del acreedor o acreedores legítimos, cuyo derecho proceda de operaciones mercantiles, según lo preceptúa el artículo 136.

“Una cosa es, pues, la insolvencia de hecho y otra el estado jurídico de la quiebra, que para que se produzca exige la concurrencia de estas condiciones: a) que se trate de un comerciante; b) que haya la insolvencia o incapacidad de atender al cumplimiento de sus obligaciones; c) que estas sean de carácter comercial; y d) que recaiga una declaración judicial. Si falta una de

estas condiciones se producirá una cesión de bienes, una ejecución o un concurso de acreedores, regidas por disposiciones de derecho común, no del mercantil”. (Dr. Félix Cortés).

La Comisión expresa lo siguiente en el informe sobre el proyecto de ley sobre quiebras:

“En materia de quiebras la Comisión ha introducido modificaciones importantes a lo establecido por el código de comercio, teniendo en cuenta las necesidades actuales y la situación y clamores del comercio. En cuanto es posible se ha procurado evitar que por medio de quiebras dolosas, simulaciones, traspasos acomodaticios de bienes y otras maniobras semejantes, se burlen los derechos de los acreedores con perjuicio enorme para los intereses generales del comercio y con menoscabo de la confianza y seriedad que deben ser la base de éste.

“De acuerdo con el artículo 1o. del proyecto (1o. del Decreto antes aludido) el estado de quiebra es una situación de hecho que consiste en suspender el cumplimiento corriente de las obligaciones, sin tener en cuenta para nada la causa de esta suspensión, que bien puede ser la incapacidad para cubrirlas de que habla el código u otra cualquiera. Ocurrido el sobreseimiento en el pago, se produce el estado de quiebra del comerciante. Al permitir el artículo que la muerte del deudor o su retiro del comercio no impidan la declaración de quiebra, resuelve afirmativamente un antiguo problema que ha sido objeto de muchas discusiones. Considera la Comisión que no hay motivo para que la muerte o el retiro no permitan seguir el juicio de quiebra cuando el fallecido o el comerciante retirado estaban en cesación de pagos. Mas como la situación no podía dejarse incierta de modo indefinido, optó por señalar un año para intentar la acción pertinente”.

### Clases de quiebras

Para los efectos civiles distinguía el artículo 122 del Código de Comercio cinco clases de quiebras, a saber: 1a. **Suspensión de pagos**; 2a. **Insolvencia fortuita**; 3a. **Insolvencia culpable**; 4a. **Insolvencia fraudulenta**; y 5a. **Alzamiento**. Teniendo en cuenta las definiciones que de ellas da el artículo 123 de la misma obra, se entiende que las defraudaciones propias al estado de quiebra y que son penalmente reprimidas, corresponden únicamente a las tres últimas clases, como que en las dos primeras hay ausencia de todo elemento de intención o de culpa.

Conviene aclarar, para una correcta interpretación de los problemas penales en la cuestión que estudiamos, que la quiebra en sí, como estado jurídico competentemente declarado o como situación de hecho, no constituye infracción penal. Lo que el código eleva a delito y clasifica en el capítulo del abuso de confianza y otras defraudaciones, son aquellos hechos dolosos o culpables ejecutados por el quebrado, anteriores o posteriores a la quiebra, cometidos en perjuicio de los acreedores legítimos.

El Decreto No. 750 no mantiene la división de las quiebras contenida en el Código de Comercio, limitándose a distinguir la culpable y la inculpable, de acuerdo con el artículo 2o., cuyo texto es el siguiente:

“La quiebra es inculpable cuando se produce a pesar de haber puesto el comerciante una notoria diligencia y prudencia en el manejo de sus negocios, en sus gastos personales y en todos los actos que puedan influir de algún modo en su patrimonio.

El quebrado deberá demostrar la ausencia de culpa”.

Esta disposición ofrece para los efectos penales de la quiebra una marcada importancia como que formula, contrariando principios generales en materia de culpa, una presunción de culpabilidad que obliga al quebrado a demostrar ante el Juez su inocencia. Habida consideración de lo que el artículo entiende por quiebra inculpable, la responsabilidad es una afirmación de la ley que el quebrado debe desvirtuar y que lo mismo se produce para actuaciones dolosas que culposas.

Aparte del problema que la presunción de culpabilidad apareja, otros no menos graves se presentan con el nuevo régimen que sobre quiebras establece el Decreto No. 750. Como lo veremos más adelante al Juez Civil le corresponde conocer del proceso penal y tomar medidas preventivas, como la detención del quebrado, con lo cual se provoca la más precaria situación para el quebrado y se ponen en peligro sus más fundamentales derechos. No debe perderse de vista que la quiebra no es delito y que por lo tanto la actuación penal tiene que concretarse a establecer los hechos constitutivos de defraudaciones que acarrearán responsabilidad al comerciante cuya quiebra se declara.

El alcance del artículo transcrito lo fija la Comisión en el siguiente aparte:

“El artículo 2o. introduce un cambio sustancial al establecer cuándo la quiebra es inculpable y obligar al quebrado a demostrar la ausencia de culpa, o sea que puso en sus negocios diligencia y prudencia notorias. Así el comerciante quebrado es quien debe dar la prueba referente al manejo de sus negocios, libertando de ella a quienes consideren que hubo culpa y que ella fue la causa directa o indirecta de la quiebra. En realidad queda establecida una presunción de culpabilidad que, si no se desvirtúa, apareja al quebrado las sanciones civiles y penales que establece la ley. Sobre el particular, la Comisión sigue las huellas de los artículos 419 y 420 del Código Penal recientemente expedido, que considera como delito, y castiga, hasta la notoria negligencia en las actuaciones del comerciante”.

#### Aspectos penales de la quiebra

Las defraudaciones a que da lugar la quiebra, estado que como ya indicamos sólo comprende a los comerciantes, y se refieren a la quiebra culpable, o lo que es lo mismo, a las especies de **insolvencia culpable, insolvencia fraudulenta y alzamiento**, de que tratan los artículos 122 y 123 del Código de Comercio. La quiebra inculpable presupone la no ejecución de actos fraudulentos o culposos, que son los que integran las infracciones penales provenientes de la quiebra.

Las defraudaciones de que se ocupan los artículos 419 y 420 del Código Penal, así como los hechos enunciados en el artículo 3o. del Decreto 750, aparecen configurados por el dolo, algunos, y por la culpa otros, lo que permite distinguir dentro de los conceptos generales de la responsabilidad penal, infracciones intencionales y culposas. Estas últimas si bien tienen explicación en cuanto a la quiebra no concuerdan con los elementos propios a los delitos contra la propiedad, en los que hay la presencia de dolo o intención criminal.

Examinemos las disposiciones penales sobre quiebras y en primer lugar el artículo 419 que se ocupa de hechos esencialmente fraudulentos.

"Art. 419.—Incurrirá en prisión de uno a seis años y en la prohibición para ejercer el comercio por un término de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere ejecutado o ejecute alguno de los hechos siguientes:

- 1o. Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas.
- 2o. Sustraer u ocultar alguna cosa que corresponda a la masa de sus bienes.
- 3o. Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.
- 4o. Aprovechar el estado de quiebra para especular con las propias obligaciones, adquiriéndolas a menos precio".

Todos los hechos contemplados en esta disposición corresponden a la quiebra fraudulenta, siendo notoria la intención criminal. Los elementos que integran la defraudación pueden formularse así:

**Declaración de quiebra.** De acuerdo con el inciso 1o. del artículo 419 la defraudación requiere para su integración penal que se trate de "comerciante declarado en quiebra", trátase de hechos ejecutados antes de la declaración judicial o con posterioridad a ella.

El régimen vigente antes de la expedición del Decreto 750 exigía la previa declaración de la quiebra por el Juez civil para entrar en ejercicio la acción penal. La dependencia de ésta de una cuestión prejudicial prácticamente dejaba sin efectos prácticos la represión penal, anomalía que en la actualidad no subsiste por haber quedado las acciones provenientes de la quiebra (civil y penal) a cargo de los Jueces civiles, los cuales a la vez que adelantan las diligencias propias de su competencia están facultados para instruir y fallar el proceso penal.

La prórroga de jurisdicción la establece el Decreto en la disposición que a continuación copiamos:

"Art. 18.—El juez de la quiebra aprehenderá directa y exclusivamente la instrucción del suma-

rio en cuaderno especial, hasta agotar los trámites del Código de procedimiento penal y dictar la sentencia a que hubiere lugar".

Con el sistema estatuido por el artículo 18 la acción penal adquiere mayor viabilidad, como es obvio, puesto que la investigación se adelanta al mismo tiempo que la acción civil. Pero la prórroga de jurisdicción, que únicamente atiende a solucionar el problema que antes se presentaba con la cuestión prejudicial, no significa que no sea requisito o elemento de la infracción la declaración de quiebra, sin la cual sería imposible deducir responsabilidad penal.

Las ventajas resultantes de la prórroga de jurisdicción no son sin embargo válidas para encontrar científico y técnico el procedimiento fijado por la disposición que comentamos. Muchos son los inconvenientes de la doble competencia en materia de quiebras, y entre ellos el más grave entregar la calificación de hechos penales a jueces alejados de las disciplinas propias al derecho penal y vocacionalmente afectos a las cuestiones civiles.

**Intención criminal.** Los hechos de que trata el artículo 419 son por su naturaleza fraudulentos y suponen lógicamente una intención criminal, común a los delitos contra la propiedad. La presunción de culpa impuesta por el artículo 2o. del Decreto 750 comprende por igual el dolo, propiamente dicho y la culpa por imprevisión o negligencia. Pero para los casos de fraude, como son la simulación de deudas, sustracción de bienes, especulaciones, etc, la intención criminal es manifiesta por la misma naturaleza de los hechos defraudatorios.

**Ejecución de los hechos.** Las infracciones penales propias a la quiebra si bien están vinculadas estrechamente a ésta son distintas de la quiebra en sí. Es preciso para que haya delito que el quebrado lleve a término o ejecute hechos de los señalados en la disposición, antes de la declaración de la quiebra o con posterioridad a ella, en perjuicio de los acreedores. Cuando los hechos son anteriores bien pueden determinar el estado de quiebra o influir en alguna forma desfavorable a los intereses de los acreedores. Si los hechos son posteriores el fraude existe porque con ellos se afecta o trata de afectarse la masa de bienes del quebrado.

### Quiebra culposa.

"Art. 420.—Incurrirá en arresto de un mes a un año, y en la prohibición para ejercer el comercio, por dos a cinco años, el comerciante declarado en quiebra que hubiere perjudicado a sus acreedores por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, por sus especulaciones temerarias o ruinosas, juego, abandono de sus negocios, o por cualquier acto de notoria negligencia o imprudencia en la administración de los mismos".

La responsabilidad penal corresponde, según esta disposición, a hechos desprovistos de intención criminal y en los que el perjuicio ocasionado a los acreedores proviene de culpa, por imprevisión, negligencia o imprudencia del quebrado. Aunque no es lo propio en materia de delitos contra la propiedad la responsabilidad a simple título de culpa, respecto de la quiebra es admitida por la ley, en defensa de los intereses del comercio, aunque la represión es menos grave que para los actos fraudulentos de que da cuenta el artículo 421.

Fuera de los hechos contemplados en los artículos comentados, el Decreto 750 trae otros considerados culpables, tanto para los efectos penales como mercantiles. Como aparecen formulados sin ninguna discriminación precisa advertir que algunos de esos hechos son de la naturaleza de los contenidos en el artículo 420, es decir, dolosos, propios a la quiebra fraudulenta, y otros culposos, semejantes a los sancionados por el artículo 421. De esta manera la calificación penal debe acomodarse a uno de los textos aludidos, para efecto de la penalidad y para la adopción de medidas preventivas, como la detención del procesado, que sólo puede decretarse si la defraudación acarrea prisión.

La disposición del decreto que se ocupa de los nuevos hechos culpables en materia de quiebra es el artículo 3o., que dice:

"Además de los actos que el código penal considera culpables, la quiebra lo es, para los efectos penales y mercantiles,

cuando el comerciante ha alterado u ocultado sus libros y documentos; cuando no lleva contabilidad o la lleva en forma que no permita conocer las entradas y salidas y la marcha o estado de los negocios; cuando ha empleado fondos ajenos en sus propios negocios sin estar autorizado para ello; cuando no manifieste su estado de quiebra de acuerdo con la ley; cuando 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; cuando ha vendido a menos precio mercancías compradas al fiado, sin causa que lo justifique; cuando aparezca ejerciendo públicamente el comercio sin estar inscrito en el Registro Público de comercio de la Cámara de su jurisdicción, y cuando no haya cumplido con las obligaciones que la ley le impone en orden al registro de sus cuentas en la misma Cámara".

### Detención preventiva del quebrado.

Aunque se trata de una cuestión que atañe más al derecho procesal penal no queremos pasar por alto otra de las disposiciones del aludido Decreto 750, por medio de la cual se faculta al Juez civil para ordenar la captura y detención preventiva del quebrado:

"Art. 17.—El Juez, en el mismo auto en que declara el estado de quiebra, decretará la captura y detención preventiva del quebrado, dando aplicación a los artículos 379 y concordantes del Código de procedimiento penal y para los fines de los artículos 419 y siguientes del Código Penal.

**Asímismo deberá proceder en cualquier etapa del juicio”.**

El auto de detención preventiva se dicta en los procesos penales para los procesados por delitos que acarrear penas de presidio y prisión, según el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal y cuando existe la prueba que es exigida para tal providencia. Siendo ello así y por la gravedad misma que reviste la detención preventiva de un procesado, la aplicación del artículo 17 del Decreto 750 puede dar lugar a errores y arbitrariedades, principalmente por causa de las demás disposiciones que regulan la cuestión civil y penal de la quiebra en el Decreto.

En primer lugar hay que tener presente que sólo procede la detención si el delito acarrea presidio o prisión. Esto quiere decir que para tomar la providencia en un proceso por quiebra, no obstante la presunción de culpa que el Decreto establece en contra del quebrado, precisa una calificación del hecho para ver si corresponde a las actuaciones fraudulentas del artículo 419 del Código Penal, o a las culposas del 420 *ibidem*. Igual calificación habría que hacer tratándose de uno de los hechos contenidos en el artículo 3o. del Decreto.

De otra parte, la declaración de quiebra se hace con la sola comprobación de “la cesación en el cumplimiento de obligaciones mercantiles”, circunstancia ésta de por sí impropia para la calificación penal de la quiebra. La detención debe regirse fundamentalmente por el mandato del artículo 379 del Código de Procedimiento Penal, que exige un presupuesto probatorio sobre responsabilidad, sin el cual la detención es absolutamente arbitraria.

Por último hay que observar que el auto de detención en los casos de quiebra debe dictarse en el sumario respectivo, pues la acción penal se adelanta en cuaderno especial, conforme al artículo 18 del Decreto.

**Quiebra de sociedades.**

Como las personas morales no son sujetos de responsabilidad penal las infracciones provenientes de la quiebra de una sociedad no son atribuibles a ésta. Pero ello no obsta para que se sancione a las personas autoras de los hechos delictuosos.

A este respecto el Código Penal fija por el artículo 422 la

responsabilidad de los gerentes y directores de las sociedades anónimas e igual cosa establece el artículo 19 del Decreto 750. Dichas disposiciones rezan:

“Art. 422.—Los gerentes o directores de una sociedad anónima, que cometan alguno de los hechos de que tratan los artículos anteriores, incurrirán en las sanciones allí establecidas”.

“Art. 19.—Si se trata de quiebra de sociedades, lo dispuesto en los dos artículos anteriores se aplicará a los encargados actuales o anteriores de la dirección de los negocios, llámese gerente, administrador, director o de cualquier otra manera, pero contra ellos no podrá ordenarse la detención después de un año contado a partir del día en que hubieren cesado en el desempeño de su cargo”.

Sobre el último artículo la exposición de motivos al proyecto de ley sobre quiebras expresa:

“Como las sociedades, personas jurídicas, no pueden ser autores de delitos y los encargados de la administración de ellas si pueden cometerlos, el artículo 19o. impide que éstos se escuden tras de la sociedad para librarse de las consecuencias de sus actos y ordena que el juez decrete la captura y detención de los encargados del manejo de las entidades, sea cual fuere el nombre que se les dé, y que siga el procedimiento necesario para establecer la verdad y aplicar, en su caso, las sanciones pertinentes”.

La responsabilidad penal de los gerentes, directores o administradores de sociedades comerciales no resulta del cargo. Precisa que sus gestiones o actos en su carácter de tales constituyan hechos delictuosos - por dolo o culpa- de los sancionados por los artículos 419 y 420 del C. P. y 3 del Decreto 750. Por tal razón nos parece en extremo peligroso el auto de detención preventiva, que ya criticamos con relación a la quiebra común de los comerciantes.

### Quiebra civil.

Afirmamos anteriormente que la quiebra como estado jurídico sólo se presenta respecto de los comerciantes, o sea, "todas las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se ocupan ordinaria y profesionalmente, en alguna o en algunas de las operaciones que corresponden a esa industria". (C. de Comercio Art. 9o.).

Pero como situación de hecho, la cesación en los pagos, la insolvencia, se presenta con relación a todas las personas, cualquiera sea el giro de sus actividades.

El código penal reprime, cuando se trata de personas que no son comerciantes, los hechos fraudulentos cometidos por el deudor con el propósito de perjudicar a sus acreedores, imponiendo pena de arresto de un mes a tres años, conforme al artículo 421. Dice esta disposición:

**"El que no siendo comerciante, se alzare con sus bienes o los ocultare, o cometiere cualquier otro fraude, con el propósito de perjudicar a sus acreedores, incurrirá en arresto de un mes a tres años".**

Son requisitos de esta defraudación:

- a).—Que el agente no sea comerciante;
- b).—Que el hecho sea fraudulento; y
- c).—Que proceda con el propósito de perjudicar a sus acreedores.

El alcance de esta disposición no puede en realidad fijarse de manera exacta pues la acción penal no tiene un ejercicio absoluto tratándose de cuestiones de carácter puramente civil. Es evidente que el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor derivado de actuaciones personales en relación con sus bienes no alcanza condiciones de infracción penal porque a ello se opone un mandato constitucional que impide la prisión por deudas. En consecuencia para que surja la defraudación por alzamiento de bienes, ocultación u otro hecho semejante, es indispensable que el acreedor perjudicado haya sido en alguna forma inducido a engaño por el deudor, estableciendo así una precisa relación entre los actos del agente y la víctima.

Y de existir esa relación y con ella el engaño o la induc-

ción en error bien podría ocurrir que no se integrara una simple defraudación sino un delito de estafa.

Creemos muy acertada la crítica que el Dr. Gutierrez Anzola hace al artículo 421 en su obra sobre Delitos Contra la Propiedad, al expresar los siguientes conceptos:

"Esta norma penal es discutible. En primer lugar, en razón de su colocación entre las disposiciones relativas a la quiebra, pues, dada la naturaleza de dicha infracción, revela la apariencia de un caso común y corriente de estafa y por tal motivo debiera estar entre los delitos de estafa, o simplemente ser suprimido en vista de la amplia fórmula sobre este último delito, que contempla todas las hipótesis posibles de ella.

"En segundo lugar, debe recordarse que la Constitución Nacional, art. 19 (actual) en su segundo inciso dispone que "en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial".

"En tal virtud, este artículo 421 del C. P. se opone abiertamente al texto constitucional por cuanto vendrían a reprimirse los autores de maniobras encaminadas a perjudicar a los acreedores de deudas no comerciales sino civiles y que generan en el campo respectivo las sanciones y responsabilidades del caso.

"Sin embargo, debe mantenerse el concepto de que las maniobras ejecutadas para perjudicar a los acreedores, cuando esas maniobras han sido procuradas para inducir en error a dichos acreedores con el ánimo de perjudicarlos, constituyen un claro delito de estafa. Así, pues, prácticamente era innecesario el artículo 421 y debiera suprimirse del Código, dejando en los casos concretos de maniobras fraudulentas, a juicio del Juez, la represión de los hechos que encuadran dentro de la norma general de la estafa".

### DESPOJO, INVASION ARBITRARIA Y DAÑOS

También en el capítulo del abuso de confianza y otras defraudaciones coloca nuestro código penal los delitos de despojo, invasión arbitraria de inmuebles y daños, infracciones éstas que por sus características no cabría catalogar en las especies comunes de delitos contra la propiedad.

Particularmente nos ocuparemos de estos distintos hechos siguiendo el articulado del código.

### Despojo.

“Art. 423.—El que con el propósito de apropiarse en todo o en parte una cosa inmueble, o para derivar algún provecho de ella, quite o altere los mojones o señales que fijan sus linderos, incurrirá en arresto de dos a veinte meses y en multa de diez a mil pesos.

Las mismas sanciones se aplicarán al que con el fin de conseguir para sí o para otro un provecho ilícito y en perjuicio de tercero, desvíe el curso de las aguas públicas o privadas”.

Los inmuebles, por su naturaleza, no son susceptibles de sustracción o apoderamiento porque, a diferencia de los muebles, es imposible la traslación o remoción de tales bienes. Es esta la razón para que los delitos de hurto, robo y abuso de confianza no puedan recaer sobre inmuebles y para que las infracciones en que se presenta la apropiación de éstos exija una calificación completamente distinta, o sea, la de despojo, que en definitiva viene a ser el hurto, robo o abuso de confianza sobre inmuebles.

Aunque toda forma ilícita de apropiación de inmuebles permite al perjudicado el ejercicio de precisas acciones civiles para recuperar la posesión o reivindicar el bien afectado, la ley penal, por su parte, tiene que reprimir como ilícitos de esta naturaleza todos los hechos que entrañen la usurpación violenta o fraudulenta de la propiedad inmueble.

El delito, tal como lo establece el artículo copiado, no requiere que el agente consume de hecho la apropiación, sino que, con tal propósito, o con el de obtener algún provecho del inmueble ajeno, ejecute actos que supriman o alteren los linderos de la propiedad.

La misma disposición comprende como acto de despojo la desviación de las aguas públicas o privadas, cometida con un propósito ilícito de aprovechamiento y en perjuicio de tercero.

Las formas que puede asumir el delito de despojo, bien sea en relación con fundos o con aguas no varían la calificación. Así, si el agente recurre a medios fraudulentos o apela a la violencia,

el delito es el mismo, dado que la ley no hace distinción alguna al respecto.

Para la correcta apreciación jurídica del despojo deben tenerse presentes los conceptos que ya explicamos al tratar del hurto, sobre inmuebles por naturaleza e inmuebles por destinación, pues para los efectos penales los últimos son susceptibles de hurto o robo y nó de despojo.

### Invasión arbitraria de inmuebles.

“Art. 424.—El que invada arbitrariamente terrenos o edificios ajenos, públicos o privados, con el fin de obtener cualquier provecho ilícito, incurrirá en las mismas sanciones de que trata el artículo anterior”.

Los hechos reprimidos por esta disposición difieren de los del artículo 423 porque mientras en éstos hay el ánimo de apropiación o el de obtener un determinado provecho ilícito, en aquellos la sanción es para los actos de ocupación arbitraria e ilegal de inmuebles ajenos. Pero ambas especies tienen de común la identidad de un propósito de aprovechamiento pecuniario.

### Daños.

“Art. 426.—El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe una cosa mueble o inmueble, o un animal ajenos, siempre que el hecho no constituya otro delito de mayor gravedad, incurrirá en arresto de un mes a un año y en multa de diez a quinientos pesos.

Si el perjuicio causado fuere de mucha consideración, el Juez podrá aumentar la pena hasta en la mitad del máximo. Si fuere de poco valor o importancia podrá reducir la pena hasta la mitad del mínimo”.

El delito de daño refiérese en el caso del artículo 426 a los

bienes muebles o inmuebles ajenos, y consiste objetivamente en la destrucción, inutilización u ocultamiento de la cosa. El hecho aunque en su ejecución asuma los medios operativos de los delitos comunes contra la propiedad, tiene como elemento que lo caracteriza la intención del agente, que de manera inmediata no procede con el ánimo del lucro o beneficio sino determinado por motivos de orden diferente, como la venganza, el odio, etc.

Para que el hecho constituya el delito de daño y como tal se sancione en la forma prevista por la disposición que examinamos, no es pues requisito una intención de aprovechamiento ilícito, pero sí que para el ofendido se derive perjuicio de la acción cumplida por el agente. Además, la infracción para que subsista como simple delito de daño tiene que no constituir otro delito más grave, pues en muchos casos lo que objetivamente es la simple destrucción o inutilización de una cosa puede ser un delito contra la salud y la integridad colectivas, contra la industria nacional, etc. Especialmente conviene advertir aquí que el incendio, que es un medio de destrucción de muebles o inmuebles ajenos, antes que delito contra la propiedad, es un hecho de peligro, lesivo de intereses colectivos y no particulares. Pero para calificar como delito contra la integridad colectiva un incendio de cosa mueble, por ejemplo, es indispensable establecer el riesgo y la amenaza a esos intereses comunes, de donde se deduce que en muchos casos el hecho del incendio no admitiría estimación jurídica distinta a la de un delito de daño.

El inciso 2o. atiende para efectos de la regulación de la pena al perjuicio causado, criterio éste ajustado a la orientación del código en materia de delitos contra la propiedad.

Por otra parte y ya de una manera especial, el artículo 427 fija circunstancias de calificación del delito autorizando la elevación de la pena hasta tres años de arresto. Estas circunstancias, que atienden a los medios de comisión del delito y al mayor valor y utilidad de los bienes afectados, sólo en determinados casos podrían servir para la simple calificación o agravación, pues todas ellas integran en su materialidad hechos de los que el código formula en títulos diferentes como delitos contra la salud y la integridad colectivas y contra la economía nacional, con excepción de la que se refiere a la comisión del delito "en despoblado o por personas constituidas en cuadrilla".

En consecuencia, para la calificación del delito de daño y

para la estimación de las circunstancias calificadoras, precisa fijar si el hecho constituye simplemente esa infracción o si, por el contrario, es un delito de mayor gravedad, supuesto en el cual no hay lugar a formular cargo por el daño sino por el delito de mayor entidad.

Las circunstancias de calificación las establece así el código:

"Art. 427.—La pena será de dos meses a tres años de arresto, si el delito se cometiere en cualquiera de las siguientes circunstancias:

Produciendo infección o contagio en ganados u otros animales.

Empleando substancias venenosas o corrosivas.

En despoblado o por personas constituidas en cuadrilla.

En archivos, bibliotecas, museos, puentes, caminos u otros bienes de uso público, o tumbas, monumentos u objetos de arte colocados en sitios públicos".

#### Daño en cosa propia.

El delito de daño ocurre también cuando se trata de bienes de propiedad del agente, pero sólo en cuanto resulten afectados intereses comunes derivados de la función social de la propiedad. De esta especie de daño trata la siguiente disposición:

"Art. 428.—El que intencionalmente y por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa de utilidad social que sea de su propiedad o de cualquier otro medio estorbare el cumplimiento de los deberes legales impuestos en servicio de la economía nacional, incurrirá en arresto de quince días a seis meses y en multa de cinco a quinientos pesos".

La destrucción de cosa propia no es delito mientras no se

afecten con el hecho intereses sociales, que es el caso sancionado por la disposición transcrita. La propiedad, conforme a la norma constitucional que consagra este derecho, es una función social que implica obligaciones para el propietario, por lo que resulta adecuado y jurídico que la ley penal reprima los actos lesivos de la función social de la propiedad, aunque sean cometidos por el dueño de la cosa.

En nuestro concepto este delito no debiera estar clasificado en el Título que se ocupa de las infracciones contra la propiedad, y como en verdad muchos hechos que atentan contra la función social y económica del patrimonio están previstos en título distinto, el artículo 428 debió haberse colocado entre las disposiciones que sancionan los delitos contra "la Economía Nacional, la Industria y el Comercio".

### ATENUACION Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.

En el Capítulo VI del Título XVI del Código Penal, referente a los delitos contra la propiedad, los artículos 429, 430 y 431, se ocupan de tres formas especiales que pueden revestir esos delitos, dando lugar a una atenuación específica o a la exención de responsabilidad por el reconocimiento de excusas absolutorias.

Por separado vamos a tratar de dichas formas.

#### Causa de Atenuación.

Art. 429.—"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 fué 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".

En materia de delitos contra la propiedad nuestro Código presta bastante mérito al concepto de perjuicios y por ello, como lo vimos al estudiar el hurto y el robo, la cuantía y la magnitud

del daño causado con esas infracciones, son elementos que sirven para la tarifación de las penas.

Con base en el mismo criterio, pero conjugando éste con el concepto de la menor peligrosidad que puede inferirse del hecho de la restitución o indemnización como manifestación del arrepentimiento del procesado, el artículo 429 consagra como atenuación específica el hecho de la restitución o indemnización al ofendido, pero sin llegar en ningún caso a constituir motivo de exención de responsabilidad.

Para que la atenuación tenga efecto la disposición exige la restitución de la cosa, o en su defecto, la indemnización por el daño causado al ofendido, hechos que deben cumplirse antes de recibir el proceso fallo de primera instancia, o antes de ser pronunciado el veredicto, si el delito ha tenido intervención del Jurado. Las oportunidades que se fijan para la restitución o indemnización tienen su razón de ser porque es de suponer que el hecho de restituir o indemnizar expresa arrepentimiento del procesado y no es un simple expediente para obtener la reducción de la pena, si se produce antes de ser decidida su situación penal por el Juez de instancia o el Jurado.

El carácter general que tiene la causal de atenuación, conforme a los términos del artículo comentado, ha sido criticado en dos aspectos de importancia, a saber: 1o.) En materia de delitos contra la propiedad lo ordinario es que los infractores sean individuos pobres y por lo tanto sin oportunidad para acogerse a este beneficio; y 2o.) Que la restitución o la indemnización no es circunstancia suficiente para restarle gravedad y peligrosidad a ciertos hechos contra la propiedad, como son aquellos en que se emplea violencia contra las personas.

En nuestra opinión y sin desconocer la fuerza de las razones, apuntadas, la atenuación que consagra el artículo 429 es aceptable por cuanto que a la vez que objetivamente la gravedad del delito se aminora, el espontáneo arrepentimiento del procesado, que ignora la decisión final de su causa, revela una temibilidad menor. La penuria de los delincuentes contra la propiedad no resta eficacia a la causal puesto que la restitución es un hecho absolutamente posible.

#### Exención de responsabilidad.

Dos son las causas que de manera especial consagra el Có-

digo como eximentes de responsabilidad en los delitos de que tratamos. Son ellas el estado de necesidad y el recaer el delito sobre bienes del patrimonio familiar. En estricto derecho estas dos causales no son de justificación y sería por lo tanto impropio acomodarlas a los casos del artículo 25, que en la parte general del Código, establece los motivos de justificación. Más bien son excusas absolutorias, las que, sin quitarle a los hechos sus condiciones de ilicitud, permiten la exculpación del agente.

#### Estado de necesidad.

“Art. 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 remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencias contra las personas”.

El estado de necesidad es una causal de justificación formulada en el ordinal tercero del artículo 25, ya citado, que en su texto no comprende los hechos atentatorios contra la propiedad, como el hurto famélico o robo indigente, dado que la justificación en forma general se concreta a aquellos hechos destinados a conjurar un peligro grave contra la persona, es decir, situaciones en que están amenazados derechos fundamentales, como la vida. Esto explica por qué el estado de necesidad en los delitos contra la propiedad es materia de disposición especial y por qué igualmente, la exención de responsabilidad sólo es admisible con las condiciones y en las circunstancias que expresamente señala el artículo 430. Si se tratara de una justificación plena el delito contra la propiedad cometido en estado de necesidad se regiría por la norma del artículo 25, sin que fueran aceptables las limitaciones y requisitos del artículo 430.

Hay que entender, pues, que lo que esta disposición consa-

gra es una excusa absolutoria fundada en la apreciación de los motivos determinantes y la falta de temibilidad del agente, sin que la exención de responsabilidad entrañe la ausencia de antijuridicidad del hecho, como ya tuvimos ocasión de explicarlo en el estudio de la parte general.

Son requisitos para el reconocimiento del estado de necesidad en los delitos contra la propiedad:

1o.) Que la necesidad del agente sea la de proveer a su subsistencia o vestido, o a la de su familia, lo que quiere decir que únicamente dos necesidades esenciales o fundamentales para la persona —subsistencia o vestido— permiten la exención de responsabilidad. Toda otra necesidad, por premiosa que ella sea y por importante que aparezca para el agente del delito, no encajaría dentro de los precisos términos de la disposición.

2o.) Que el delito sea el único recurso de que disponga en oportunidad el agente para llenar esas necesidades. Esto quiere decir que de existir otro medio lícito al alcance del agente, el estado de necesidad no puede ser reconocido. La cuestión es por este aspecto supremamente difícil de apreciar, como lo es en la legítima defensa o en el estado de necesidad lo relativo al mismo problema y al de la proporcionalidad. En consecuencia corresponde al Juez fijar la existencia o no existencia de medios de elección.

3o.) Que el agente se limite a tomar lo indispensable para remediar sus necesidades, o las de su familia. Esta exigencia supone que el exceso deja sin efecto la causal de exención de responsabilidad, pero es entendido que en la fijación de la cuantía y su regulación para aceptar o rechazar el estado de necesidad, no pueden fijarse sumas arbitrariamente, correspondiendo al Juez apreciar en cada caso particular la situación del procesado.

4o.) Que la personalidad del agente no sea socialmente peligrosa. La apreciación de esta circunstancia, fuera de lo que al respecto pueda inferirse de las condiciones mismas del hecho realizado, hay que hacerla teniendo en cuenta los antecedentes del agente, sus condiciones personales, sus relaciones familiares y sociales, su comportamiento, sus hábitos y costumbres, y en general, to-

dos aquellos factores que pueden servir para medir la mayor o menor peligrosidad del procesado.

5o.) Que el delito no se haya cometido ejerciendo violencia contra las personas. Este requisito, en nuestra opinión, es impropio para el reconocimiento del estado de necesidad, pues es a los motivos determinantes, principalmente, a los que debe atenderse para la excusa absolutoria. No se justifica, por ejemplo, que al autor de un delito de robo en el que se haya empleado violencia contra el ofendido, no se le admita el estado de necesidad, puesto que en muchos casos, en razón de las circunstancias y por fuerza de las mismas necesidades que determinan al agente, provocadoras de un estado de angustia ante una insalvable situación de penuria o de miseria, se ve obligado a recurrir a medios violentos para lograr el hecho pretendido.

El artículo se refiere a "cualquier delito contra la propiedad", lo que exige interpretar dentro de ciertas limitaciones la excepción que se establece para aquellos hechos en los que hay violencia contra las personas. La disposición no explica qué clase de violencia es la que impide el reconocimiento del estado de necesidad, y si se la toma en un sentido amplio podría entenderse que la causal es inoperante tratándose del robo (salvo el caso de que la violencia sea sobre las cosas), la extorsión y el chantaje. En nuestro concepto la excepción no reza sino con los delitos en que hay ejercicio de fuerza o violencia material contra las personas, y ello por cuanto que al oponerse derechos primordiales de los individuos, es manifiesto el desequilibrio e inaceptable, dentro del criterio del Código, la justificación por estado de necesidad. Pero, como ya expresamos, la causal de excusa debiera reconocerse para todos los delitos contra la propiedad, inclusive en los que hay violencia y al menos cuando de resultas de ella no recibe daño el ofendido en su integridad.

#### Exención en los delitos contra el Patrimonio Familiar.

"Art. 431.—Tampoco será responsable, sin perjuicio de las acciones 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".

Tampoco en el caso de este artículo hay una causal de justificación. Lo que se consagra es una excusa absolutoria fundamentada en el concurso de ciertos factores que hacen improcedente y en cierta forma peligrosa la exigencia de responsabilidad penal.

En primer término la excusa encuentra su razón de ser en la copropiedad que existe respecto de los bienes afectados con el delito, entre el procesado y el ofendido. No obstante a este concepto de la copropiedad como fundamento de la excusa, muchos tratadistas no le atribuyen mayor importancia ni significación para la exención de responsabilidad. Así, por ejemplo, nuestra Corte Suprema de Justicia ha desconocido la importancia del factor aludido, como puede verse del siguiente aparte de un fallo: "La razón por la cual la ley penal exonera de responsabilidad al hijo que en ciertas condiciones dispone de bienes de su padre (cuando se limita a tomar lo necesario para sus necesidades personales), no se funda en que el hijo sea copropietario de los bienes de su padre, sino en consideraciones diferentes, como es la de estar a cargo del padre los gastos de la familia....." (casación, 25 agosto de 1.923, XXX,163).

En segundo lugar y como razón más valedera para fundamentar la excusa absolutoria son los mismos intereses de la familia, institución que podría verse amenazada por la discordia y llegar hasta romperse los lazos que la integran de sancionarse sus propios miembros por hechos atañaderos a la misma familia, los que consideran algunos autores como fundamento para eximir de responsabilidad.

Fuera de lo anterior en los delitos contra la propiedad que afectan al patrimonio familiar la ley conjuga otra condición que sirve también de fundamento a la excusa, como la existencia de un estado de necesidad como determinante del hecho.

En cuanto a los requisitos que la disposición establece, pueden ellos concretarse así:

1o.) Que el agente esté respecto del ofendido en uno de los

grados de parentesco de consaguinidad o afinidad, que expresamente señala el artículo, es decir, que el ofendido sea el conyuge no separado legalmente, el ascendiente o descendiente, el afín en línea directa, el hermano o la hermana.

2o.) Que el hecho sea determinado por un estado de necesidad, propio del agente o de sus familiares. Este estado de necesidad no tiene las limitaciones que son propias al caso del artículo 430 y por lo tanto puede extenderse a cuestiones distintas de la subsistencia o vestido.

3o.) Que el agente se concrete a tomar lo que le es indispensable para atender a sus necesidades o las de su familia.