

EL DELITO DE ESTAFA

Por el Dr. Bernardo Botero Mejía,
Magistrado del Tribunal Superior
de Medellín.

La Estafa, conocida también especialmente en la doctrina con el nombre de Estelionato, es uno de los más complejos delitos contra la propiedad. No sólo por las distintas concepciones que de ella se tienen para señalar el momento efectivo de su consumación (instante en que se toma la disposición patrimonial perjudicial, con independencia de la obtención de un beneficio indebido, según Soler), o en que se consigue el provecho injusto y se verifica el perjuicio ajeno —como piensa Maggiore—, sino por las exigencias doctrinarias y de legislación positiva referentes al artificio, al engaño, etc. como medio de inducción al error de la víctima, propios para determinarla a la realización de actos nocivos para su patrimonio.

Para desentrañar el significado preciso de los elementos tipificadores del delito de Estafa contemplado en el artículo 408 del C. Penal, es indispensable remontarse a las fuentes que lo inspiraron y seguir las fielmente para evitar confusiones provenientes de otros principios vigentes en otras legislaciones.

En el acta N^o 203 correspondiente a los trabajos de la comisión que elaboró el estatuto penal sustantivo y al discutir el capítulo relacionado con “la estafa, del abuso de confianza y otras defraudaciones”, se hicieron estas consideraciones:

“Art. 9^o - 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, se le impondrá prisión de seis meses a siete años...”

“El doctor Lozano observa que la denominación del capítulo debe variarse porque el abuso de confianza debe formar un capítulo separado, ya que la configuración de este delito es muy distinta de la de la es-

tafa. Por otra parte esta distinción ha sido aceptada en todas partes, y de modo especial en Colombia, donde la distinción entre estos dos fenómenos delictuosos ha sido estudiada con mucho cuidado por nuestra jurisprudencia. Esta es una de las pocas materias en que se han hecho trabajos jurídicos de alguna significación. En cuanto al artículo, estima 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 aplicarles 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, sino imposible, separar el error en que incurra la víctima del artificio o engaño empleado por el agente del delito. Observa también que la expresión “se procure para sí o para otro un provecho ilícito con perjuicio del engañado o de un tercero” es redundante, porque basta que se procure un provecho el agente, ya sea directamente, ya sea para otra persona...”

En armonía con estas ideas presenta la siguiente fórmula, que es aprobada: “Artículo. El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, se le impondrá presidio por seis meses a siete años y sanción pecuniaria de diez a dos mil pesos”.

Los mismos elementos esenciales para la tipificación del delito que en este artículo se discriminaron, son los que hoy corresponden al artículo 480 del C. Penal.

Si se repara con un poco de cuidado la manera en que la legislación penal italiana regula esta materia, se llega a la conclusión lógica de que esa es la fuente tomada por la Comisión para determinar las normas referentes a la Estafa.

El art. 640 del estatuto penal sustantivo de ese País relaciona el delito de Estafa con estos términos: “El que, induciendo a error a alguna persona por medio de artificios o engaños, obtenga para sí o para otros un provecho injusto con perjuicio ajeno, será castigado con reclusión de seis meses a tres años y con multa de quinientas a diez mil liras...”

La única diferencia que se aprecia entre los dos artículos consiste en que, el 640 habla de obtención de un provecho para sí o para otros, explícitamente, mientras que el 408 implícitamente reconoce esa circunstancia. Además, que el primero se refiere a provecho injusto y el Colombiano al provecho ilícito. Este último elemento citado trae consecuencias muy distintas 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 desaparecería en la legislación de nuestro país el delito de Estafa.

Vamos entonces a tratar de desentrañar y fijar el significado preciso de los distintos elementos que se requieren para poder hablar del delito perfecto de la estafa.

1º - DESPLIEGUE DE ARTIFICIOS O DE ENGAÑOS PARA INDUCIR EN ERROR A UNA PERSONA.

El artificio y el engaño exigidos por el código como los medios determinantes del error de la víctima, por lo que se dijo en la Comisión y por lo que sustenta con muy buenos argumentos la doctrina penal, no puede identificarse con la simple mentira. Es cierto que implícitamente se encuentra en ellos, pero también que necesita de cierta aparatosidad escénica—sin ser exagerada—para que pueda convertirse en uno de esos elementos y ser idónea en la inducción al error y permitir así que se tipifique el delito.

Por eso, el gran maestro Carrara, en el número 2344 de su “Programa”, escribe y enseña ésto:

“En sustancia, se distinguiría entre mentira y artificio. La mentira no es delito, porque nadie debe creer con facilidad en las palabras de otro. Si cree en ellas, impúteselo a sí mismo; y reclame (si cae en error) de los tribunales civiles la reparación de los perjuicios sufridos. Pero el artificio, cuando no tiende solamente a una burla inocente sino a un injusto despojo, proporciona las condiciones objetivas del delito; y 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 compruebe las falsas afirmaciones...”

Y en el N° 2345, expresa: “... 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 scène 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...”

Los doctrinantes modernos aun cuando le formulan reparos aceptables al rigor de la teoría francesa admiten que, excepcionalmente, la mentira puede fundamentar la imputación por el delito de estafa cuando

se han verificado las otras condiciones o circunstancias propias para la tipificación del ilícito.

Soler, en su tratado de Derecho Penal Argentino, página 333, escribe al respecto: “La teoría del ardid constituye el punto central de la teoría de la estafa.

“Ardid es el astuto despliegue de medios ‘engañosos’.

“La disposición de nuestra ley según hemos visto, contiene una larga enumeración de medios, pero concluye refiriéndose, en general, a cualquier ardid o engaño; pero sin definir este término. Sin embargo, esa manera de construir la ley, a falta de una definición exacta, permite tomar los distintos enunciados para delimitar el concepto del ardid.

“Del examen complejo de esas disposiciones se deduce que para constituir ardid se requiere el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante”.

Y al referirse a la doctrina francesa y al rechazo que de la simple mentira se hace para considerarla como un ardid, dice: “La cuestión debe plantearse exclusivamente con el alcance que hemos señalado, esto es, el de la exigencia de un hecho exterior y en este sentido es, tal vez, equívoca la expresión mise en scène. Lo importante es distinguir la situación del que simplemente creyó de la del que fue engañado; sólo de credulidad puede quejarse el que cedió a simples palabras”.

Repárese lo que se copió de la obra de Carrara, y se verá que ninguna discrepancia sustantiva se divisa entre ellos. Los dos concluyen que, la mentira, si no está seguida de algún hecho que tienda a reforzar la para producir un falso juicio en la víctima del delito, no constituye el artificio o el ardid solicitado legalmente para imputar una estafa.

Y Maggiore en su tratado de “Derecho Penal”, comenta en la página 125 de este modo: “El artificio y el engaño reflejan la maquinación del derecho romano, empleada para engañar, embaucar y defraudar a alguno... En el fondo expresan la misma cosa: el engaño, figurado con distinta gradación de intensidad.

“Artificio” es toda estudiada y astuta transfiguración de la verdad. Y ésta 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.).

“También el artificio tiene grados, es decir, va desde la llamada disposición del escenario (mise en scène), en que Carrara, basándose en

la jurisprudencia francesa hacía consistir la esencia de la estafa, hasta la mentira, hasta el silencio. En efecto, no siempre es necesario el arreglo del escenario para que haya estafa; puede bastar otro artificio, cuando consigue el efecto de inducir a error; y por lo tanto, también la mentira, y en ciertos casos hasta el silencio, cuando no sólo por ley, sino por costumbre, y según la normalidad de las relaciones sociales, había obligación de hablar y de decir la verdad. . .”

“Engaño” (sinónimo de ardid, enredo, trampa, treta, artimaña), es un artificio acompañado de maquinación dolosa, para inducir a error de manera más fácil. Precisamente se diferencia del artificio por la característica de ser siempre positivo, o sea, por consistir en una acción.

“El artificio y el engaño pueden estar constituídos por hechos que concreten delitos propiamente dichos (falsedad, simulación de influencias, etc.), y por hechos lícitos que se convierten, con todo, en medios aptos para inducir en engaño”.

Es cierto que este tratadista habla de la posibilidad de cometerse el delito de estafa cuando el autor se vale de la mentira, pero no es menos que él la estima también en la categoría del artificio y éste significa en concepto de Maggiore “toda estudiada y astuta transfiguración de la verdad”. Lo que demuestra implícitamente que si la mentira puesta en juego por el delincuente no reúne las condiciones precitadas, es inoperante para tipificar el delito en mención.

Por consiguiente, en el fondo, se identifica, aun cuando expresamente no lo diga, con las tesis anteriormente citadas.

No basta, pues, la sola presencia de artificios o engaños, para que autorizadamente se concluya que existe un delito de estafa cuando una persona se ve perjudicada con ellos. No. Es fundamental, además, que ellos tengan la virtud de haber inducido en error al sujeto que realiza un acto de disposición patrimonial, es decir, que le crearon en ella un falso conocimiento y por ese mismo motivo tomó la determinación que lesiona sus intereses económicos. En síntesis, se requiere una relación de causalidad entre el artificio y el engaño con el error y la determinación nociva para la víctima.

Y tampoco es indispensable — como enseña Maggiore — que el error se deba exclusivamente a la iniciativa del culpable, porque éste puede servirse del error del paciente “como cuando el estafado va en busca del estafador para pedirle ayuda”. Muy bien dice Manzini —citado por Maggiore— “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”.

La víctima del error según el pensamiento uniforme de los tratadistas, puede ser completamente distinta a la víctima del perjuicio. Es decir, figurar uno como engañado y como perjudicado otro.

2º - OBTENCION DE UN PROVECHO ILICITO

Uno de los puntos más debatidos en la doctrina penal es el que alude a si se necesita que el provecho ilícito se realice o apenas la finalidad de conseguirlo, para concluir si el delito se halla o no consumado.

Carrara se muestra partidario de la última tesis, pues al discriminar los elementos del ilícito manifiesta que no son suficientes los artificios “si el fraude no está dirigido a un fin de lucro propio o ajeno” (Nº 2354), y que, cuando el engaño ha producido su efecto inmediato, vale decir, que la persona engañada obedezca al engaño, no debe esperarse el lucro efectivo del culpable para considerar consumado el maleficio.

Idéntica opinión comparte Soler, al reconocer que la estafa se consuma desde el instante en que se verifica la disposición patrimonial, con independencia de ulteriores eventos que puedan hacer viable el provecho o lucro del agente del delito.

Con la claridad que siempre acostumbra, en la página 359 de su obra citada, escribe: “En algunas legislaciones el delito de estafa requiere como elemento constitutivo la efectiva obtención de un beneficio indebido. Esa exigencia, sin embargo, no es universal y esto determina alguna discrepancia doctrinaria.

“Entre los italianos prevalece, sin duda, la primera opinión: se suele requerir el logro de un beneficio, y el delito no está consumado hasta que no se ha producido esa circunstancia. Sin embargo, algunos consideran que no se requiere la obtención de un beneficio, sino solamente que el sujeto haya obrado con esa intención. Se trataría de un delito en el cual el sujeto debe actuar habiéndose propuesto el logro de un beneficio para sí o para un tercero; pero que se perfecciona por el solo hecho de haber determinado el perjuicio”.

“Desde luego, en ningún caso, ni aun en las legislaciones para las cuales el beneficio obtenido es un elemento indispensable para la consumación, ese beneficio puede identificarse con la adquisición de la propiedad de la cosa. La estafa de uso, reuniendo los demás caracteres (ardid, error, perjuicio) es perfectamente posible.

“Con respecto a nuestra ley, no cabe duda de que el beneficio ilícito es solamente un propósito subjetivo que debe imprimir sentido a los ardidés; pero no es necesario que el patrimonio del estafador haya efectivamente aumentado para que exista estafa. Por eso consideramos in-

correcto decir que la estafa consiste en la "adquisición fraudulenta de una ventaja".

En cambio, el legislador colombiano y el Italiano tomaron un camino opuesto, o sea que, la estafa, para que se consume, exige evidentemente la obtención del provecho ilícito; claro está que esto no es óbice para que la infracción tome la categoría del delito imperfecto en caso de faltar ese elemento y de reunirse las demás modalidades propias de esa infracción.

Ese provecho, denominado también beneficio, puede ser material o moral, es decir, se traduce en una ventaja o utilidad de esa naturaleza, bien sea para el estafador o para un tercero. Por lo tanto, 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.

Obtener un provecho equivale a conquistar un lucro y éste, siguiendo también a Carrara, "no significa un efectivo enriquecimiento, sino una ventaja o satisfacción cualquiera". (Nº 2035).

Lo que sí debe tener de todas maneras una significación económica es el perjuicio de la persona engañada o del tercero que también a consecuencia de los ardides y fraudes lo puede sufrir.

"El daño —a diferencia del provecho— expresa Maggiore— debe ser patrimonial y económico; debe consistir en alguna disminución del patrimonio, positiva o negativa (daño emergente, lucro cesante); tiene que ser efectivo y cierto. Por esto no es daño el frustrar una mera expectativa (por ejemplo de una herencia).

Además, debe repararse en que esencialmente se exige que el provecho sea ilícito. Ya se dijo que, en el código Italiano se califica la naturaleza del provecho con el término de injusto, mientras que en el nuestro con el vocablo de ilícito. Injusto es lo que atenta contra la justicia, e ilícito lo que implica una violación de la ley. Filosóficamente consideradas las expresiones pueden no identificarse en su significación, pero jurídicamente y especialmente en el campo del derecho penal son equivalentes.

Para llegar a semejante conclusión es conveniente transcribir lo que en el diccionario de "Escriche" se expresa al comentar el significado de la palabra justicia.

Justicia. - "La voluntad firme y constante de dar a cada uno lo que le pertenece". "Lo que debe hacerse según derecho y razón".

"La justicia considerada como la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho, se puede dividir en moral y civil, universal y particular, en conmutativa y distributiva, etc."...

"Justicia moral es el hábito de dar a cada uno lo que es suyo; y justicia civil EL HABITO DE CONFORMAR NUESTRAS ACCIONES CON LA LEY. La justicia moral es una virtud, pues consiste en la voluntad firme y constante, mas la justicia civil puede no serlo PUES PASA Y ES TENIDO POR JUSTO EL QUE SE ARREGLA EN SUS ACCIONES EXTERNAS A LA LEY, aunque no tenga la voluntad constante de hacerlo así; HAY EN EL HOMBRE JUSTICIA CIVIL SIEMPRE QUE PUEDA DECIRSE QUE SU CONDUCTA NO ES CONTRARIA A LO QUE DISPONEN LAS LEYES, CUALQUIERA QUE SEA EL MOTIVO QUE LO HACE OBRAR CON RECTITUD, PUES EN EL FUERO INTERNO NADIE ES CASTIGADO POR SUS PENSAMIENTOS".

Y si la característica fundamental del derecho positivo consiste en la regulación de las relaciones sociales para obtener la armonía social, se debe partir de la base de que todo lo reconocido como lícito, se estima justo civilmente, y todo lo que se cataloga como ilícito se estima injusto civilmente.

Veamos, entonces, qué es el provecho injusto o ilícito en el delito de Estafa.

"Injusto" significa sine jure (sin derecho), es decir, que el agente no tiene ningún derecho a la prestación o a su equivalente. No hay estafa cuando la consecución del provecho es justa (como en el caso del acreedor que con artificios y trampas induce al deudor a que le entregue cuanto éste le debe o un valor equivalente...)" Maggiore. P. 130).

"De la primera situación subjetiva se deduce que no puede, por cierto, existir estafa de buena fe; pero del segundo se induce que tampoco hay estafa cuando a pesar de emplearse un ardid, el fin perseguido no constituye un beneficio ilícito. El que usa ardides para hacerse pagar algo exigible, no estafa, dijimos, porque no causa perjuicio; pero tampoco estafa el que emplea ardides para hacerse pagar algo a lo que sinceramente se cree con derecho". (Soler. Pág. 361).

Ilícito, significa pues, sin respaldo en la ley, o mejor, en el derecho. Pero no debe confundirse cuando se habla de estafa, el medio ilícito con el provecho de la misma índole, ya que en muchos casos puede serlo el primero y no el segundo, y por eso el delito no se tipificaría.

3º - CON PERJUICIO DE OTRO.

Todos los expositores del derecho penal se encuentran acordes sobre la imperiosa vigencia de esta circunstancia. Es decir, en que la Estafa considerada en su consumación y por ser de daño al patrimonio, exi-

ge que se ocasione efectivamente un perjuicio a otra persona distinta del autor de la infracción.

Ese perjuicio debe ser de carácter patrimonial y económico: “debe consistir en alguna disminución del patrimonio, positiva o negativa (daño emergente o lucro cesante), y ser efectivo y cierto”. (Maggiore. Pág. 130).

En forma semejante se pronuncia Soler en la página 356 de su tratado. “La estafa es un delito para cuyo perfeccionamiento se requiere la efectiva producción de un daño. Ese daño debe estar constituido o derivar directamente de la disposición patrimonial erróneamente tomada por el engañado, sea con respecto al propio patrimonio, sea en relación al de un tercero del cual puede disponer.

“Es necesario, por tanto, que la disposición tomada sea en sí misma, de carácter patrimonial. Sólo así podrá decirse que el perjuicio deriva del error. Por eso no era estafa, sino hurto, el caso del que distrajo el cajero con un ardid para tomar los billetes.

“Perjuicio patrimonial no solamente quiere decir perjuicio pecuniario; la disposición tomada puede consistir en la entrega de una suma de dinero, de una cosa, mueble o inmueble, de un derecho y también del despliegue de un trabajo que se entiende retribuido, o de un servicio tarifado. Puede también consistir en la renuncia a un derecho que positivamente se tiene. En todo caso DEBE TRATARSE DE UN VALOR ECONOMICAMENTE APRECIABLE, sobre el cual incida el derecho de propiedad en el sentido amplio en que tal derecho es entendido por la ley penal.

No constituye perjuicio —añade— lo que solamente crea el peligro de sufrirlo. “El momento relevante es aquel en que el perjuicio se produce; el daño potencial no basta”.

Igualmente, Carrara, en su Programa y N° 2348, asevera que, “en sustancia una entrega —verdadera o simbólica— un despojo — de una cosa o de un derecho— es necesaria para la consumación de este delito”.

Sin embargo acepta que, en muchos casos, el daño potencial equivale al daño efectivo; “cuando el engaño haya producido el resultado del despojo de un derecho, aunque no sea subseguido por la pérdida de la propiedad”. Ejemplariza con el caso de la persona que, determinada por engaños y artificios compra una propiedad ajena o gravada y aun cuando todavía no hubiera hecho la entrega del precio. Pero aquí —agrega— si bien se advierte, ni siquiera puede decirse que el daño sea meramente potencial, ya que también representa un verdadero daño efectivo el haber contraído una obligación para liberarse de la cual se-

rá necesario sostener un pleito. La obligación contraída que está en estado de implícita validez, puede afirmarse que es por sí sola un daño sufrido...”

4º - DOLO.

Los delitos contra la propiedad o contra el patrimonio como más técnicamente los contemplan legislaciones distintas a la Colombiana, son esencialmente dolosos. Por lo mismo, la imputación de este ilícito supone que el agente desplegó su actividad con la conciencia y voluntad de obtener para sí o para otro un beneficio o provecho ilícito en perjuicio ajeno.

El dolo es incompatible con el error y, por consiguiente, no puede atribuirse a la persona que en estas condiciones infringe la ley penal. Lógico es, por tanto, que no pueda deducirse el cargo de estafador a quien, de buena fe, creyó ejercitar un derecho aunque en la realidad no existiera.

Cuando se procede con un fin justo y se acude a un medio ilícito pero sin causar un perjuicio patrimonial ajeno, ese hecho, que aparenta ser una estafa, degenera en otro distinto conocido doctrinariamente con el nombre de ejercicio arbitrario de las propias razones, y no previsto específicamente en esa forma en la legislación colombiana.

Carrara, en el número 2357 de su Programa, alude a él de esta manera: “La cuarta proposición se demuestra con el ejemplo del ejercicio arbitrario de las propias razones: Al que siendo acreedor de otro trame un fraude sutilísimo para entrar en posesión del dinero de su deudor y pagarse, y del objeto propio para recuperarlo, nunca podréis acusarlo de estelionato o “escroquería”, sino únicamente de un ejercicio arbitrario de las propias razones, si hay lugar a ello”.

No obstante que, el medio sea ilícito, en el primer caso citado, el provecho no lo es, y por esa razón no se podría considerar como estafa esa conducta del acreedor, en la legislación penal del país nuestro.

Pero la situación es diferente en el segundo caso que contempla el Maestro y si se trata de recuperar una cosa dada en prenda.

En el código penal argentino se estima como un hurto impropio la sustracción que hace el deudor de la cosa entregada al acreedor prendario.

El inciso 5º del artículo 173 del estatuto penal sustantivo de esa Nación, reza: “El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o -de tercero”.

Y el primero de ese artículo que considera esas situaciones como “casos especiales de defraudación”.

Si el caso no fue previsto especialmente como tipificador de la estafa, cuando se presenta con todos los rasgos que jurídicamente lo identifican, quizás fue por estimarlo redundante, pero como se verá, no porque allí se piense que el delito no puede existir.

Soler, en la página 432, tomo IV de su tratado, expresa: “Claro está que un sujeto, mediante ardides, para inducir en error a alguien, puede lograr una prestación patrimonial perjudicial consistente en la entrega de algo de lo cual, en realidad, es propietario: esto es sin duda UNA ESTAFA; pero para serlo debe reunir los elementos típicos de ese delito”.

Maggiore no comparte esa opinión, pero en desacuerdo con él y según las mismas citas que hace en su obra — página 131 — se hallan Manini y la Jurisprudencia Italiana.

“Pero en este último caso no hay estafa — escribe — sino sólo un ilícito civil, cuando el autor del hecho es el mismo propietario que — con artificios y engaños — vuelve a entrar en posesión de la cosa empeñada. No es concebible la estafa del propietario, como tampoco lo es el hurto del propietario sobre una cosa propia. En efecto la estafa es un atentado contra la propiedad ajena aunque se realice con medios distintos del hurto”.

“La Corte de Casación ha decidido: “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 simple incumplimiento contractual”. (20 noviembre 1933, Giust, Pen, 1934).

Con todo el respeto que merece la opinión de tan ilustre tratadista, si se estudia minuciosamente el artículo 640 del C. Penal italiano ya transcrito, se llega a la conclusión de que el equívoco de la tesis del autor citado radica en que restringe demasiado el concepto de propiedad y prescinde del derecho real que se incorpora en el patrimonio del acreedor prendario, para estimar si hubo o no el perjuicio en el patrimonio ajeno, ya que este delito según esa legislación figura entre los que lesionan este último.

Para saber si se comete un delito de Estafa en Colombia, cuando se despoja del bien entregado en prenda al acreedor, mediante artificios o engaños, se hace preciso mencionar algunas de las disposiciones civiles que regulan la materia.

El art. 2409 del C. C. establece: “Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario”.

“Si el acreedor pierde la tenencia — manifiesta el art. 2418 — de la prenda, tendrá acción para recobrarla, contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la ha constituido.

“Pero el deudor podrá retener la prenda pagando la totalidad de la deuda, para cuya seguridad fue constituida. Efectuándose este pago, no podrá el acreedor reclamarla, alegando otros créditos, aunque reúnan los requisitos enumerados en el artículo 2426”.

Y el art. 2422 determina que el acreedor prendario “tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producto se le pague, o que a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito...”

Luego el acreedor tiene un derecho real sobre la cosa, que implica de por sí una limitación en el dominio del deudor.

Esto surge de la misma legislación civil. De acuerdo con ella, las cosas incorporales consisten “en meros derechos” y son también “derechos reales o personales” (arts. 653 y 664).

“Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”, expresa el artículo 670. Y el derecho real —según el art. 665— “es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, EL DE PRENDA Y EL DE HIPOTECA. De estos derechos nacen las acciones reales”.

De modo que no está bien jurídicamente hablando desconocer que existe una propiedad —radicada en un derecho garantizado con la cosa— de carácter ajeno al que tiene sobre ella quien posee el dominio.

De la misma definición del dominio se puede colegir la subsistencia de varios derechos dignos de protección no sólo civil sino penalmente. El artículo 669 del C. C. es del siguiente tenor: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley O CONTRA DERECHO AJENO. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”.

Y si el delito de estafa se produce induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños y obteniendo un provecho ilícito con perjuicio de tercero, no puede negarse que, en el caso que se vie-

ne contemplando, habría una infracción de esa índole de acuerdo con la legislación colombiana, debido a que el deudor podría ya disponer de la cosa aprovechándose ilícitamente y ocasionando un perjuicio de carácter económico al acreedor prendario.

Quedaría por discutir, eso sí, si la transgresión penal se encontraba consumada o imperfecta, pues, como se sabe, el deudor puede oponerse a la restitución de la cosa previo el pago de todo lo debido.



IDEAS PARA REFORMAR Y ADICIONAR LA LEY 45 DE 1936

Por el Dr. Germán Bula Hoyos

La siguiente es la importante tesis que para optar al grado de doctor en Derecho y Ciencias Políticas en nuestra Facultad, presentó en 1954 el hoy representante a la Cámara, Dr. Germán Bula Hoyos, quien la ha cedido gentilmente para "Estudios de Derecho".

TESIS DE GRADO

PLAN DE EXPOSICION

- 1º—Propósitos.
- 2º—Crítica al artículo 7º de la Ley 45 de 1936, en cuanto hace aplicable el artículo 398 del Código Civil a los casos de filiación natural y razones para su supresión en tal sentido.
- 3º—Necesidad de una prescripción de corto tiempo para el ejercicio de la acción de investigación de paternidad natural después de muerto el presunto padre natural. Razones para la creación de un texto legal en tal sentido.

PROPOSITOS

Nos proponemos confeccionar una tesis de grado. Para ello hemos escogido como tema, la interesante y últimamente combatida Ley 45 de 1936, llamada de los hijos naturales, ley que vino a poner término a una gran injusticia que, trepada sobre falsos conceptos de moral religiosa, negaba insistentemente sagrados derechos naturales y jurídicos, a personas humanas cuyo único pecado había sido el de venir al mundo, como fruto de relaciones sexuales extra-matrimoniales.