

LA ESTAFA

Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez

La estafa consiste en la obtención, para el agente o para un tercero, de un beneficio sin causa jurídica, con perjuicio patrimonial ajeno y correlativo, logrado mediante artimañas que inducen en error a la víctima y la determinan a entregar el bien o a realizar una prestación, con aparente voluntad pero con consentimiento substancialmente viciado por el engaño.

Para el renombrado expositor argentino Sebastián Soler, "Estafa es la disposición patrimonial perjudicial, tomada por un error determinado mediante ardides tendientes a obtener un beneficio indebido".

La estafa es un delito de inteligencia, de astucia, no de fuerza o violencia como el robo y la extorsión.

Los procedimientos de comisión de la infracción, los ardides, pueden revestir multitud de formas. "Non podría ome contar en cuantas maneras fazen los omes engaño unos a otros", decían las Siete Partidas. Por ello se ha llamado a la estafa delito "proteico", en alusión a Proteo, el dios marino fabuloso a quien se atribuía la facultad de poder mudar de forma a su antojo.

Nuestro código penal contempla la estafa en el cap. IV del tit. XVI, en los arts. 408 a 411.

El art. 408 consagra el tipo género del delito, en los siguientes términos:

"El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión de uno a siete años y multa de diez a dos mil pesos". (el mínimo fué doblado por el D. E. 2184 de 1951).

De acuerdo con esta disposición, que recoge con rigurosa exactitud los presupuestos doctrinarios de la estafa, la infracción se integra por el concurso de los siguientes elementos:

a) — Empleo malicioso de artificios o engaños. "La comisión de la estafa comienza —observa Soler— con el despliegue de un ardid cuyo objeto es suscitar un error".

b) — Inducción en error o persuasión de verdad de algo falso, por virtud de ese medio embaucador o treta fraudulenta.

c) — Obtención de un provecho, para el responsable o para terceros, por determinación de la víctima, originada en el error, de hacer la prestación que le solicita el estafador. Y,

d) — Perjuicio patrimonial para el embaucado o para otros.

Analicemos por separado tales elementos:

ARTIFICIO Y ENGAÑO

Artificio y engaño son términos sinónimos de ardid, y significan maquinaciones sutiles y refinadas, verbales o escritas, orientadas a producir en la víctima un error o representación equivocada de algo.

✓ El ardid debe ser apto para inducir en error. Además, debe acusar un nexo causal con la falsa creencia o error del ofendido, y estar canalizado a lograr de éste la entrega de la cosa o la prestación, con significación patrimonial, que se le demanda.

La simple mentira verbal, no acompañada de ninguna exterioridad objetiva que refuerce el poder de convencimiento del discurso, no es suficiente, según la opinión dominante, para constituir artificio o engaño, en la forma exigida para la integración de la estafa. Con razón se ha dicho que la exageración mentirosa y el silencio disimuladorio acompañan a la gran mayoría de los negocios jurídicos, y que si bastara la mentira para el ardid defraudador, casi todos los hombres estarían en las cárceles. Quien a la primera afirmación mentirosa, en forma negligente y con torpeza inexcusable, entrega su patrimonio, no tiene derecho a impetrar la especial protección de la ley penal. Su camino de reparación será el de los tribunales civiles.

Célebre a ese respecto es la doctrina francesa de la "mise en scène", originada en un fallo de casación de sus Cortes, en la segunda mitad del pasado siglo. A ella han adherido notables criminalistas, entre ellos Carrara. Conforme a esa doctrina, no son suficientes las palabras mendaces para la configuración del ardid característico de la estafa. Es preciso que a ellas se unan circunstancias o hechos exteriores, tendientes a reforzarlas y a darle un ropaje de solemnidad a la impostura.

"La necesidad de que el estafador haya desplegado algunos medios externos y engañosos se expresa tradicionalmente, dice Soler, en doctrina francesa con la exigencia de una cierta mise en scène. Tal doctrina ha sido mal interpretada en algunas veces, porque se la entiende en el sentido de requerir gran aparatosidad. Sin embargo, no son esos los alcances o el sentido de la referida doctrina. El problema consiste en re-

solver si la simple mentira puede ser considerada como ardid, cuestión a la cual la jurisprudencia francesa le ha dado constestación negativa, haciendo la distinción entre artificio material y verbal, y exigiendo que las mentiras vayan acompañadas de algún hecho exterior. La simple mentira no es delictiva, porque a nadie más que a sí mismo debe imputar la víctima el daño sufrido por propia credulidad".

Todo artificio o ardid engañoso contiene, desde luego, una mentira. Pero no a toda afirmación falsa se le puede dar aquel alcance, para los efectos penales.

Para juzgar la idoneidad del ardid, deben conjugarse los factores objetivos o exterioridades de la manifestación criminosa con la calidad y condición de las personas trabadas en el enredo, o sea los factores subjetivos. La doctrina italiana se inclina por la estimación objetiva, considerando el ardid con referencia al tipo de mediana cautela. La doctrina francesa, en cambio, prefiere el criterio subjetivo o consideración particular de la mentalidad del defraudado. A nuestro entender, ninguno de los dos extremos responde suficientemente a las necesidades prácticas de la justicia. El artificio debe tenerse como apto en cada caso, cuando a pesar de haber puesto la víctima una normal y ordinaria cautela, se ha formado explicablemente la falsa certidumbre que le inculcó el timador.

El ardid o medio engañoso puede ser simple o calificado. Es simple si, considerado independientemente no es delito; y calificado en caso contrario. Un artificio calificado podría ser el uso de un instrumento público falsificado, para inducir en error.

La ley penal colombiana no enuncia los medios comisivos de estafa. Alude genéricamente al empleo de artificios o engaños. Este criterio es indudablemente el más técnico, dada la multitud de argucias que pueden idear los hombres para defraudar. En otros códigos se hace referencia expresa a algunos ardidés. Así ocurre en el argentino, que establece en su art. 172:

"Será reprimido con prisión de un mes a seis años el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño".

Cuando el engaño consiste en el fingimiento de un propósito criminal, prohijado por la víctima y para cuya ejecución entrega ésta dinero u otros valores, la infracción que se estructura es la especial del art. 212, ubicada en el título que trata de la asociación e instigación para delinquir, y no una estafa, aunque en el fondo se ven los elementos de es-

ta figura. Ejemplo típico es el fraude conocido como "troquelazo", que consiste en simular medios para fabricar monedas, haciendo habilidosas componendas de demostración, para obtener dineros del ingenuo socio víctima de la trama, que al entregar los valores con esa finalidad revela una intención criminal. De ahí que tales valores sean decomisados, siendo esta una especie de sanción para el defraudado con pretensiones de defraudador. El artículo citado, el 212, prescribe:

"El que obtenga o reciba de otro cualquier valor, con el fingido propósito de cometer un delito, incurrirá en prisión de uno a seis años... Los valores de que trata este artículo serán decomisados".

Otro ejemplo sería el caso de que alguien simulara el deseo de ultimar a determinado individuo y se ofreciese a su enemigo como sicario para darle muerte, exhibiéndole armas y haciéndole creer la verdad de su proposición, obteniendo de ese modo dinero, a manera de precio, por un crimen que en realidad no ha pensado cometer.

En los dos eventos propuestos la calificación jurídica del hecho es la del título V, que trata "De la asociación e instigación para delinquir y de la apología del delito", y no la de estafa, calificación que queda excluida por la mala fe, por la perversa intención puesta de presente por el supuesto ofendido al hacer la prestación solicitada por el instigador de fingido propósito.

Creemos que en la hipótesis contemplada en el art. 212 debería prevalecer, al lado del decomiso de los valores, que es una especie de sanción económica, una pena restrictiva de la libertad, para quien hace la entrega del valor, con lo cual revela una indiscutible peligrosidad. Y no se crea que el hecho queda incluido en el art. 211, con respecto a tal sujeto, porque en el caso de este artículo la iniciativa debe partir lógicamente de quien realiza la ilícita prestación. La disposición últimamente citada comienza de este modo: "El que proponga a otro la comisión de un delito....".

INDUCCION EN ERROR

La audacia del estafador debe ir dirigida a suscitar un error en la víctima. Ese es el fin subjetivo y directo del ardid.

El error es un concepto equivocado o juicio falso. Ese es el efecto psicológico de la maquinación del agente, y debe ser de tal naturaleza que determine al engañado a hacer la prestación patrimonial que se le pide, de tal modo que de no mediar el error no accediera a ella. Vale decir, el error debe ser determinante y esencial.

En el iter criminis de la estafa, pues, el error del ofendido sigue de inmediato al artificio del estafador, y debe tener con el una íntima relación de efecto a causa.

“Dentro del proceso sucesivo de los hechos que integran una estafa, dice Soler, la situación del error podría decirse que es central. Debe ocupar un lugar intermedio entre el ardid y la disposición patrimonial, y con ambos ha de mantener una estrecha relación de razón suficiente. El ardid debe haber determinado el error y este, a su vez, debe haber determinado la prestación. Si no existe esa perfecta consecutividad, tampoco hay estafa”. Cita como ejemplos el autor, para concluir afirmando que hay hurto y no estafa, el caso de quien con una moneda falsa (artificio..) logra sacar artículos de un aparato automático de venta (no existiría error de nadie); y el caso de quien distrae a un empleado de una ventanilla para apoderarse clandestina o subrepticamente del dinero. En esta hipótesis podría decirse que han existido el ardid y el error, pero este no es determinante de ninguna entrega, que no se hace por la víctima, como que el apoderamiento se ha realizado ocultamente. La distracción engañosa, en el caso, tuvo por finalidad inmediata la burla a la vigilancia, para favorecer la sustracción.

Hemos dicho que en la estafa el error debe ser producto de las tretas del estafador. Por manera que no basta, al menos en nuestra ley, el simple aprovechamiento del error ajeno, o sea la llamada “ignorantia facti”. Si la falsa creencia no es obra del aprovechador, no se da la estafa, aunque del error se saque un beneficio indebido.

No acontece así en otros códigos, v. gr., el alemán, en el que la estafa se configura por la inducción en error, o por mantener a la víctima en el para derivar lucro. Ejemplos de esta última modalidad podrían ser: A., en la creencia de que B. es el representante de su acreedor, le entrega dinero con fines de pago; Juan, creyendo que el anillo de Pedro es de oro y tiene un diamante, le da por el una suma desproporcionada; el cajero de un banco. al hacer un pago, entrega por equivocación una suma mayor a la del cheque. En estos supuestos no existe estafa, por falta de los artificios o engaños por parte del beneficiado. Podría haber, en casos como esos, hurto o la defraudación especial del art. 418, aparte c).

Mas es de tener presente que el error puede tener su principio en una incorrecta apreciación de la víctima y ser luego ensanchado y fortalecido con ardid por el agente usufructuario. En estos casos habría también estafa, si se llenan los demás requisitos de la infracción. “Induce en error, dice Manzini, 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”.

OBTENCION DE UN PROVECHO ILICITO

Este es el fin perseguido por el responsable, y el elemento que perfecciona o concreta el delito. Por provecho ilícito se entiende todo beneficio ilegítimo o ventaja sin causalidad jurídica.

El provecho puede ser directo o indirecto, es decir, para el propio agente del reato o para un tercero; y puede consistir en prestaciones de dar, de hacer o de no hacer una cosa, como anota Oderigo, citando a numerosos autores.

El delito puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, sobre cosas corporales o incorpóreas, sobre documentos de significación jurídica, sobre prestación de servicios personales, manuales o intelectuales, etc.

El beneficio debe ser ilícito, dice la ley. Esto es, no debe tener una base en derecho, una causa jurídica real. Por ello, no comete estafa quien, por ejemplo, se vale de audacias engañosas para obtener el pago de una acreencia; o para hacer firmar al deudor un documento de prueba de una obligación existente; o para que realice un trabajo a que se había obligado; o para que constituya una garantía de un crédito en peligro.

Si se emplean argucias para hacer pagar obligaciones meramente naturales, que son aquellas que no dan acción para exigir su cumplimiento, "pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas", como dice el art. 1527 del código civil, que, además, las enumera, nos inclinamos a creer que no se integra el delito de estafa, pues sería exagerado calificar de injusto o ilícito el provecho así obtenido, que en el fondo no sería un enriquecimiento sin causa, como que esta —la causa— va insita en la obligación natural, en cuyo nacimiento se encuentra una prestación de contenido económico realizada por el acreedor, que es la que trata de restablecer con la exigencia audaz, a falta de acción judicial para demandar el cumplimiento.

No estafa, enseña Soler, citando a Manzini y Giuriati, "el que emplea ardid para hacerse pagar algo a lo que sinceramente se cree con derecho". Creemos que esta tesis tiene cabida en tratándose de una obligación natural, en la que el agente no sólo se cree con derecho, sino que en realidad de verdad tiene el derecho, pues que de lo que carece, se repite una vez más, es de acción para efectivizarlo en juicio.

Desde luego que el pago de una obligación natural, obtenido en esa forma, esto es, por vía de engaño, daría civilmente acción de repetición a quien lo hizo, por no haber sido voluntario, al tenor del art. 1527, inciso final, que establece:

"Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones (se refiere a las naturales), es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes".

Y es lógico que si el pago se consiguió con maniobras maliciosas no se puede tener como voluntario, aunque la malicia del acreedor no pueda penalmente calificarse de dolosa.

En nuestra legislación penal se requiere, para la integración de la estafa, para su consumación, el logro efectivo del provecho indebido. El que "obtenga", es la expresión usada en el art. 408. Acogió a ese respecto la doctrina italiana, en la cual no basta, como ocurre en algunos códigos, que el sujeto hubiere obrado con la intención de obtener un beneficio ilícito, aunque no lo hubiese conseguido. En nuestro estatuto, hasta que el agente, o un terecro, reciba el provecho no se perfecciona la estafa. Los actos precedentes al beneficio son apenas parte del iter criminis, que podrán dar lugar al delito imperfecto (tentativa o frustración).

La prestación o disposición que en favor del estafador, o de otro a quien aquel quiere favorecer, realiza la víctima, debe ser, como antes se dijo, determinada por el sustancial error en que fue inducida por las falacias del delincuente. En consecuencia, si la prestación se hace por razón diversa al error, de tal modo que prescindiendo de este también se hubiese realizado, por ejemplo, por liberalidad, la estafa queda excluida.

PERJUICIO PARA EL ENGAÑADO O PARA UN TERCERO

("con perjuicio de otro", dice la ley.)

La lesión en la estafa debe ser de orden patrimonial, económicamente apreciable. Este delito es de los que atentan contra el patrimonio, contra la propiedad de los bienes, tomados estos en sentido genérico. Sobre el particular se expresa así Soler:

"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 económicamente 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 lo que solamente crea peligro de sufrirlo" (Derecho Penal Argentino, Tomo IV, pág. 356).

Perjudicada por la infracción puede ser la víctima de la maquinación engañosa o persona distinta, como en el caso de inducción en error al mandatario para que entregue las cosas de su mandante; o del error creado en el dependiente de una compañía comercial para perjudicar a esta. Así, si con un cheque falsificado se engaña al cajero de un banco, esta entidad debe ser considerada como ofendida.

No es, pues, necesaria la identidad entre la víctima del ardid y la víctima del daño.

CIRCUNSTANCIA CALIFICANTE DE LA ESTAFA

Al igual que ocurre en los delitos de hurto y robo, en la estafa es motivo de agravación de la responsabilidad, o mejor de la penalidad, la cuantía del objeto superior a diez mil pesos, o el grave perjuicio ocasionado al ofendido para la subsistencia, por carencia de lo que se le quitó con el fraude. Al respecto establece el art. 410:

"La pena establecida en el artículo 408 se aumentará hasta en otro tanto si la cuantía de lo estafado fuere superior a diez mil pesos, o si siendo inferior, ha ocasionado a la víctima graves dificultades para atender a su subsistencia".

+ FORMAS ESPECIFICAS DE ESTAFA

Aparte del tipo genérico de la estafa, previsto en el art. 408, consagra nuestra ley penal en el mismo capítulo dos formas especiales de tal infracción. Son ellas las contempladas en los artículos 409 y 411, que contienen las figuras conocidas doctrinariamente, en su orden, como "estelionato", y "circunvención o explotación de incapaces".

ESTELIONATO

Prescribe el art. 409:

"El que enajene como propia una cosa a sabiendas de que es ajena, o como libre sabiendo que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada, incurrirá en arresto de un mes a dos años y en multa de cinco a mil pesos". (Los mínimos se hallan doblados, D. E. 2184 de 1951).

Dos situaciones comprende este artículo: a) La enajenación de cosa ajena, con la engañosa simulación de que es propia; y, b) La enajenación de cosa propia, con la engañosa disimulación de un gravamen, embargo o secuestro que pesa sobre ella, para negociarla como libre.

En ambos casos se pueden ver al fondo los elementos de la esta-

fa género, aunque el engaño no se presenta con los caracteres propios de un verdadero ardid, pues que de ser así la infracción que debe afirmarse es la del tipo de art. 408, como luego se verá.

Por enajenación debe entenderse, para los fines de la ley penal, cualquier contrato o acto dirigido a constituir derecho sobre la cosa o en la cosa, como la compra-venta, la permuta; la hipoteca, la prenda, la servidumbre, el usufructo, el uso y la habitación.

La enajenación debe hacerse por el agente del reato afirmando de mala fe, maliciosamente, que se tiene propiedad sobre la cosa, "a sabiendas de que es ajena", o aprovechando el error de su víctima acerca de esa circunstancia. En la hipótesis del art. 409, pues, el error del defraudado puede ser originado en la mentira del defraudador, o tener su principio en una falsa creencia de aquél, que es indebidamente aprovechada por éste.

El delito se puede cometer también con bienes en condominio, si se enajenan como de exclusiva propiedad, sabiendo el comunero que la cosa no le pertenece totalmente. En otras palabras, el objeto puede ser total o parcialmente ajeno.

Puede ocurrir que la cosa pertenezca a aquel a quien se enajena, ignorándolo el dueño. En este supuesto también se configura el delito, si el sujeto enajena la cosa como de su propiedad, con conocimiento desde luego de que no es suya.

Cuando se trata de cosas propias pero gravadas, embargadas o secuestradas, y se enajenan como libres, es preciso que el gravamen o la medida judicial de embargo o secuestro estén vigentes al tiempo de la negociación; que de ellos tenga conocimiento el agente; que se oculten al adquirente; y, para el caso de embargo y secuestro, que no medie autorización del juez que conoce del asunto o del respectivo acreedor. (V. art. 1521 del c. Civil).

Se echa de menos en la disposición que comentamos la venta de cosas o especies cuya propiedad se litiga, en cuya enajenación existe también, al igual que acontece con los bienes embargados o secuestrados, un objeto ilícito, de conformidad con la ley civil (art. 1521).

El gravamen, para los fines del art. 409, puede consistir en una prenda, hipoteca, usufructo, uso, derecho de habitación, servidumbre, fideicomiso o cualquiera otra condición o circunstancia jurídica que limite el dominio en sus atributos de uso, goce y disposición.

El contratante defraudado debe haber pactado de buena fe, ignorado la verdadera situación de la cosa, pues que si contrató a sabiendas de que no era del otro contratante no hay delito de estafa y los efectos de la convención serán puramente civiles.

La infracción que analizamos se perfecciona o consume cuando el sujeto pasivo realiza la prestación, entregado dinero, bienes de otra clase, etc., siendo indiferente que se hubiesen o no llenado las condiciones externas o formalidades propias a la clase de negociación. Por ejemplo, si se trata de la venta de un bien inmueble, no precisa la firma de la escritura pública ni su registro, si ya se ha entregado el precio. El delito es completo desde el momento en que se puede afirmar como algo efectivo y concreto el perjuicio a la víctima, que es cuando se entrega el dinero o se hace por el ofendido la disposición patrimonial a que creyó obligarse.

Y el delito en mención se configura aunque el sujeto activo entregue la cosa, fingiendo cumplir su obligación. Porque esa entrega no sería una tradición válida y legítima conforme al código civil (arts. 740 y ss.).

Puede suceder que la cosa ajena sea vendida en un establecimiento donde se vendan cosas de la misma clase. En este caso, según el art. 947 del c. c., el adquirente no está obligado a restituirla, en el supuesto de que el dueño intentase la acción reivindicatoria, si no se le reembolsa lo que hubiere dado por ella y los gastos hechos en su reparación y mejora. En esta hipótesis no hay perjuicio, al menos por daño emergente, para el adquirente. De ahí que algunos opinen que no existe infracción (Oderigo). A nuestro juicio esa solución no es correcta. El delito subsiste, en perjuicio del dueño del bien, quien para reincorporarlo a su patrimonio tendrá que hacer una erogación, por la condición impuesta en el código civil.

CONCURREN LA ESTAFA DEL ART. 409 Y EL HURTO (O EL ROBO), CUANDO ES EL PROPIO LADRON EL QUE ENAJENA LA COSA HURTADA?

Las opiniones de los expositores se dividen a ese respecto, y el asunto es en realidad complejo. En la jurisprudencia argentina ha dominado la teoría de la posibilidad de esa concurrencia. El fenómeno es allí designado con el nombre de "hurto defraudación". Entre nosotros ha predominado la opinión contraria. El Dr. Gustavo Rendón conceptúa que no puede sostenerse la concurrencia, "porque saldría sancionándose dos veces un mismo hecho". (Derecho Penal Colombiano, pág. 143).

A nuestro entender, el concurso delictual existe en el caso propuesto. No se puede olvidar que el hurto y el robo se consuman con la desposesión de la víctima, sin que sea necesaria la obtención del provecho (locupletatio). Y si el ladrón, en vez de usar la cosa o consumirla,

la enajena como si fuera propia, obtiene el lucro con perjuicio de una persona diversa, cual es el adquirente, y una enajenación en esa forma acusa las trazas de un delito autónomo. Creemos que en la hipótesis que se analiza no se sanciona doblemente el mismo hecho, sino que se reprimen hechos diversos: El de la sustracción, con ánimo de beneficio, por la desposesión al dueño o tenedor; y el de la enajenación, con fraude a otra persona. Negando este segundo delito quedarían desamparados los terceros adquirentes de buena fe, y se autorizaría en cierta forma al ladrón para comerciar con el fruto de sus fechorías. La teoría de la ablatio permite el concurso del hurto con la estafa especial del art. 409, y si se acoge aquella teoría se debe aplicar con todas sus consecuencias.

✓ HAY DESARMONIA ENTRE EL CODIGO CIVIL Y EL CODIGO PENAL, EN LO QUE RESPECTA A LA VENTA DE COSA AJENA?

Algunos autores, entre ellos el Dr. Gutiérrez Anzola (Delitos Contra la Propiedad, pág. 92), han visto una desarmonía entre la ley civil y la ley penal, alegando que según la primera (art. 1871) "la venta de cosa ajena vale", mientras que la segunda (art. 409) reprime como delito la enajenación como propia de cosa que se sabe es ajena. Estas son sus palabras:

"En lo que hace relación a la enajenación de una cosa como propia a sabiendas de que es ajena, debe recordarse que en la Ley civil existe una disposición que considera como válida la venta de cosa ajena. La existencia de esta norma de carácter civil, no puede compaginarse bien con la penal que expresamente reprime el mismo hecho. Sin embargo, todo indica que la validez del contrato no implica licitud, aun cuando parezca raro que la ley civil le dé validez a actos que son ilícitos, pues si lo que penalmente hablando constituye un delito de estafa (venta de cosa ajena) es válido civilmente, esto quiere decir que hay desarmonía legislativa que no se compadece con la lógica....".

De otra parte, el Dr. Gustavo Rendón (Obra citada, pág. 143), ensaya una explicación muy poco o nada satisfactoria, buscando la solución del aparente conflicto de leyes en una supuesta diferencia entre los vocablos "enajenación" y "venta" y en la naturaleza del contrato de venta, que se perfecciona independientemente de la entrega o tradición de la cosa, como que apenas es un título que crea obligaciones. Se expresa así el Dr. Rendón:

"Conviene tener presente que el artículo 409 no habla al configurar el delito de estafa de venta de cosa ajena, sino que se refiere a la enajenación. Esto porque se sabe en nuestro régimen civil el contrato de ven-

ta no requiere la entrega de la cosa o tradición sino que determina la obligación de entregar, por ser un contrato consensual. En esta forma no se encuentra contradicción entre la Ley Civil que declara la licitud de la venta de cosa ajena, y la penal, que reprime la enajenación como propia de cosa ajena".

El divorcio que trata de establecer el Dr. Rendón entre los términos enajenación y venta no es aceptable, pues bien sabido es que esta es una especie de aquella. Además, el hecho de que la venta sea un título y no un modo de adquirir el dominio, a diferencia de lo que ocurre en el derecho francés, no es argumento para desatar la aparente, que no real, incongruencia legislativa, como que nada tiene que ver ese asunto en el punto de que se trata. ✓

Quienes creen que hay contradicción entre la legislación civil y la penal, no han reparado suficientemente en los términos y alcance de las dos disposiciones que presentan en pugna, cuya conciliación o armonía no es difícil. En efecto, no siempre que se negocia la cosa ajena se obra con ardides o engaños dolosos. La venta de lo ajeno, o cualquiera otra forma de enajenación, como la permuta, etc., se puede realizar de buena fe, en la esperanza y con la posibilidad de adquirirla para cumplir la obligación de entregar, o de que el dueño ratifique el contrato, y aún poniendo de presente al comprador que el bien pertenece a otro. En ninguna de estas hipótesis existe delito; la venta en esas condiciones es perfectamente lícita, para el derecho civil y para el derecho penal; genera obligaciones perfectamente legítimas que para el vendedor se resolverán en último término, si no logra adquirir la cosa para hacer la tradición de ella o que el dueño ratifique la venta, en indemnización de perjuicios (art. 1605 y 1610 del cgo. civil).

Mas si la cosa ajena se vende o enajena de otro modo **como propia**, con simulación engañosa, esto es, con malicia y ánimo de defraudar, hay en esa conducta un acto prohibido por la ley penal, un verdadero delito (art. 409), y el hecho no sólo cae bajo la sanción penal, sino que también queda viciado civilmente, afectado con nulidad absoluta, como que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes (arts. 1523 y 1741 del cgo. civil). Para el caso la ley penal prohíbe vender como propia una cosa, a sabiendas de que es ajena y ocultando maliciosamente esa calidad para hacer el fraude.

No puede olvidarse que la ley civil no legitima o da validez a la venta de cosa ajena **como propia**, sino simplemente a la venta de cosa ajena (art. 1871). Y no siempre que se negocia lo ajeno, se repite, se procede simulando o fingiendo pertenencia propia y con dolo.

En conclusión, y como síntesis, podemos decir que la venta de cosa ajena es válida y confiere derechos y obligaciones recíprocos, siempre y cuando no concurren en el contrato los presupuestos del delito de estafa, esto es, siempre y cuando el vendedor no haya actuado con la dañina intención de obtener un beneficio indebido, aparentando ser dueño del bien y sin el sincero propósito de obligarse, simplemente para defraudar al contratante y con un verdadero dolo, que también viciaría la convención, aunque únicamente con nulidad relativa, según las normas del código civil.

.....

Para terminar los comentarios al art. 409, conviene observar que en el acto de enajenación de una cosa ajena se pueden encontrar los elementos del tipo género de estafa del art. 408. En otras palabras, no siempre que se enajena como propia una cosa ajena, dolosamente, el hecho cae bajo la sanción del art. 409. Bien pueden concurrir en el acto los presupuestos de la clásica estafa del art. 408. Así, si el agente no sólo hace aseveraciones falsas sobre la propiedad, sino que se vale de toda suerte de artificios para inducir en error, v. gr., falsificando títulos o exhibiendo documentos falsos a la víctima, la infracción que debe afirmarse es la estafa del art. 408. La causuística judicial ofrece numerosos casos que podrían servir de ejemplo: Individuos que son tenidos como comisionistas, so pretexto de que hay un interesado en la compra de un bien raíz, logran obtener de un interesado en vender, los títulos de la propiedad, dizque para estudiarlos, y con ellos los documentos de identificación y los que suelen necesitarse en esta clase de negocios; hacen sacar por su cuenta el certificado del registro sobre libertad del inmueble, y los correspondientes certificados de paz y salvo con la hacienda nacional, de valorización, etc., todo ello a espaldas del dueño; acuden luego a una Notaría y con sutiles argucias, engañando a los amanuenses y Notarios, que de ordinario no emplean la diligencia y cuidado que fuera de desear, hacen extender una escritura de venta a su favor, suplantando al verdadero propietario; con esos títulos falsos en su poder, devuelven los auténticos, manifestando que el negocio inicialmente planteado se malogró; buscan posteriormente la víctima de sus patrañas; le ofrecen en venta el bien o le solicitan dinero a interés con garantía hipotecaria, enseñándole los falsos títulos a manera de artificio material y para reforzar sus mentiras sobre la propiedad del inmueble, y de este modo consiguen al fin un provecho ilícito, mediante el acto de ilícita enajenación.

Casos como el descrito, que se han presentado en estrados con inusitada frecuencia, han sido resueltos por nuestros Tribunales como verdaderas y propias estafas del art. 408. Personalmente así resolvimos varios negocios de que conocimos en un Juzgado Superior de este Distrito, con la posterior aprobación del H. Tribunal.

CIRCUNVENCION O EXPLOTACION DE INCAPACES.

Estafa especial del art. 411.

Establece esta disposición:

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

Si se realizare el perjuicio, la pena será de uno a siete años de prisión” (Los mínimos están doblados en la actualidad, por el D. 2184 de 1951).

Consagra el artículo transcrito la modalidad delictiva conocida en doctrina como “circunvención de incapaces” (Italia) o “explotación de incapaces” (Alemania).

Conforman la infracción, a la luz de nuestra ley, los siguientes elementos:

- a) —Animo de ilícito provecho, para el responsable o terceros;
- b) —Abuso de las necesidades, pasiones, estado de enfermedad, deficiencia psíquica o inexperiencia de la víctima; y,
- c) —Inducción, por esa circunstancia de inferioridad del ofendido, a realizar un acto idóneo para producir efectos jurídicos perjudiciales o desventajosos en forma notoria para el expoliado.

Por lo que toca al factor intencional, a la finalidad del agente, basta el propósito de indebido beneficio, para la perfección del delito. No es, pues, preciso que se obtenga en realidad el lucro. Mas si este se consigue, con el correlativo perjuicio, la penalidad se eleva, como claramente se dice en el inciso 2o

El abuso o explotación de las condiciones de inferioridad de la víctima, por razón de las causas anotadas, sustituye en esta infracción el artificio de la estafa común y presenta cierta semejanza con la violencia moral de la extorsión. Pero en este caso, y a diferencia de lo que ocurre en la extorsión, el factor o motivo de constreñimiento no es puer-

to en acto por el agente sino que depende de fuerzas ajenas a él, como que el sujeto se limita a aprovechar esas circunstancias o precarias condiciones de la víctima, maliciosamente y con fines expoliadores.

De su debilidad puede o no ser consciente el ofendido; lo que importa para los efectos penales es que no pueda ser vencida fácil y racionalmente.

Para que haya abuso en daño del incapaz, dice Soler, será necesario que la operación no constituya un trato normal, en el que el sujeto activo no alcance más lucro que el propio de operaciones del tipo de la celebrada, sin usura. Y agrega:

"El abuso debe consistir en explotar la necesidad, las pasiones o la inexperiencia. La actitud espiritual del sujeto se basa, pues, en el conocimiento de la situación de incapacidad de la víctima, conocimiento que constituye la base para la dirección del ánimo a un fin de lucro para sí o para un tercero. Si no existe ese fin, *lucri faciendi causa*, no podría hablarse de abuso" (Derecho Penal Argentino, Tomo IV, pág. 403).

Las necesidades o incapacidad del sujeto pasivo deben estar, pues, en conocimiento del sujeto activo y determinar la voluntad de este para sacar de ellas una injusta gabela.

Si el agente no se limita al aprovechamiento de tales factores, sino que, además, se vale de argucias, así sean estas simples mentiras verbales, debe darse al engaño el carácter de verdadero ardid para integrar la estafa del tipo género. (Opinión de Soler, que compartimos).

GIRO DE CHEQUES EN DESCUBIERTO.

El cheque es una especie de letra de cambio, girada sobre un banco y pagadero a su presentación. (art. 186 de la ley 46 de 1923, que trata de los instrumentos negociables).

El empleo de un cheque extendido sin previa previsión de fondos o con fondos insuficientes, lo que se conoce como cheques en descubierto, puede ser uno de los tantos artificios con que es posible engañar. Consecuentemente, si se usa un instrumento de esa clase para inducir en error, utilizándolo a manera de artificio y en orden a obtener un provecho ilícito, con perjuicio ajeno, se hacinan en esa actividad los presupuestos de una verdadera estafa. del caso del art. 408.

Más puede ocurrir que con la emisión o giro del instrumento sin respaldo no concurren los demás requisitos de la estafa, p. ej., cuando se da el cheque al beneficiado a manera de pago de una obligación anteriormente contraída en acto o contrato exento de todo vicio. En este caso,

cuando no se pueda afirmar la estafa, el simple giro en descubierto puede configurar la infracción especial contemplada en el art. 3o. de la ley 8a. de 1925, que dice:

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

Es de advertir que la penalidad fue aumentada por el Decreto 1858 de 1951, que en su art. 2o. dispuso:

“Cuando la emisión de un cheque sin previa provisión de fondos o sin autorización del girado, no constituya estafa, se sancionará con la pena de seis meses a un año de prisión”.

Aunque ni la ley 8a. del 25 ni el Decreto 1858 del 51 hacen referencia expresa al elemento intencional que debe acompañar ese tipo especial de delito allí consagrado, hay que entender que no basta la simple ejecución material, esto es, la emisión del cheque en descubierto, para la consumación de la infracción. Esa realización objetiva debe obedecer a un acto consciente del responsable, a un obrar con conocimiento. Sin duda alguna el error excusable y la buena fe excluyen toda incriminación penal. No podemos olvidar en ningún momento la norma general de art. 12 del cgo., según la cual las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29 (delinquentes anormales), son intencionales o culposas. Y el género de delitos dentro de los cuales podría ubicarse la infracción del art. 3o. de la citada ley no admite imputación por mera culpa; exige el dolo.

En relación con cheques, conviene saber que el Decreto Extraordinario 0014 de 1955, en el ordinal 27 del artículo 7o. considera como en estado de especial peligrosidad a “quien dos o más veces girase, o entregare a otros como girados por él, cheques que el Banco respectivo no pague por una de las siguientes causas: a)—No corresponder la chequera a una cuenta corriente del Banco, o corresponder a cuenta cancelada; b)—Ser distinto el nombre que aparece en el cheque como girador, del que figura registrado en el Banco; c)—No tener provisión suficiente de fondos”.

La sanción para ese estado de presumible peligrosidad es la contemplada en el art. 31 del mismo Decreto, que dice:

“A las personas del numeral 27), se les aplicará relegación a colonia agrícola de 2 a 5 años si tuvieren antecedentes judiciales o de policía; si no ofrecieren antecedentes, podrá aplicárseles la misma relegación de 1 a 4 años, o internación en casa de trabajo por igual término, o la sanción ordinaria por la infracción que hayan podido cometer”.