

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 76, ISSN: 2463-1914

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

El delito de estelionato en Colombia.
A propósito de la sentencia de la Sala Penal
de la Corte Suprema de Justicia
del 13 de julio de 2016

Francisco Bernate Ochoa



Universidad del
Rosario

EL DELITO DE ESTELIONATO EN COLOMBIA.
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA SALA PENAL
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DEL 13 DE JULIO DE 2016

El delito de estelionato en Colombia: a propósito de la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 13 de julio de 2016 / Francisco Bernate Ochoa. -- Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017.

46 páginas -- (Borrador de Investigación (Facultad de Jurisprudencia); No. 76)
Incluye referencias bibliográficas.

ISSNe: 2463-1914

Delitos contra la propiedad / Fraude / Sentencias -- Colombia / Derecho penal / I. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría en Derecho Administrativo / II. Título / III. Serie.

345.026 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

EL DELITO DE ESTELIONATO EN COLOMBIA.
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA SALA PENAL
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DEL 13 DE JULIO DE 2016

Francisco Bernate Ochoa

BORRADOR DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2017

Francisco Bernate Ochoa

Corrección de estilo

Claudia Ríos

Diseño y diagramación

Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSNe: 2463-1914

Todos los derechos reservados

Primera edición: febrero de 2017

Made in Colombia

CONTENIDO

1. PRESENTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA	7
1.1. El delito de estelionato. Concepto y tipificación en América Latina.....	7
1.2. Presentación de la problemática en Colombia respecto del estelionato, a partir de la teoría de la imputación objetiva.....	10
2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SU SALA DE CASACIÓN PENAL.....	15
2.1. Sentencias que niegan la tipicidad del comportamiento	18
2.2. Sentencias que afirman la tipicidad del comportamiento.....	20
3. TOMA DE POSTURA.....	24
3.1. Introducción	24
3.2. La moderna teoría de la imputación objetiva como punto de partida.....	27
3.3. Análisis del caso concreto. La atipicidad del delito de estelionato en Colombia	29
4. CONCLUSIONES	41
5. BIBLIOGRAFÍA	44
5.1. Doctrina.....	44
5.2. Legislación.....	44
5.3. Jurisprudencia	45

EL DELITO DE ESTELIONATO EN COLOMBIA.
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA SALA PENAL
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DEL 13 DE JULIO DE 2016*

Francisco Bernate Ochoa*

1. PRESENTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. El delito de estelionato. Concepto y tipificación en América Latina

El estelión era la forma en que en Roma se denominaba un animal dotado de colores indefinibles por su variabilidad a los rayos del sol.¹ A manera de semejanza con el estelión, en la Antigua Roma surgió como delito el estelionato,² concebido como una modalidad que atenta contra el patrimonio económico, con particularidades que fluctúan entre la falsedad y el hurto, sin que fuera exactamente ni el uno, ni el otro, y cuyo núcleo comportamental estaría dado por el engaño, que induce al propietario a desprenderse de su dominio, pues se le hace creer como verdaderas cosas que no lo son.³

* Profesor Titular de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

** Una versión del documento fue publicada en la Revista Derecho, Debates & Personas #11, Febrero 2017. Recuperado de <http://www.revistaderecho.co/index.php/es/>

1 CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal Vol. IV. 406.. Traducido por SOLER, Sebastián. Buenos Aires: Depalma, 1946. Nos dice Luis Carlos Pérez que: "Estelionato viene de stelio, camaleón, es decir, de la palabra con que se designaba a un pequeño saurio del mediodía de España, del norte de África y aún de México. Morfológicamente llamó la atención este animal por sus ojos divergentes, lengua retráctil y prolongado, manos de cinco dedos, dos de los cuales son oponibles a los otros tres. Pero el rasgo que inspiró a los romanos la expresión estelionato para ciertos delitos de apariencia cambiante, es la particularidad del tejido pigmentario subcutáneo, dotado de elementos cromóferos, uno amarillo claro y otro pardo oscuro, que componen una coloración variable según el medio físico actual y el estado interior del animal". PÉREZ, Luis Carlos. *Derecho penal*. T. V. 2ª ed., Bogotá: Temis, 1991. p. 381.

2 Estelionato, que correspondía a la denominación que en Roma se le daba al fraude. SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. T. IV. 2ª reimpresión. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953. p. 373.

3 CARRARA. Op. cit. p. 407.

Originalmente la palabra estelionato era la manera como el Código Penal toscano de 1853 designaba un conjunto de comportamientos que compartían estos elementos en común, sucesos que otros códigos denominaban *estafa* en España o *trampa* en Portugal. Se señaló entonces, que los elementos de este delito eran la existencia de un engaño, el que la víctima creyese en esa engañifa, y que, como consecuencia de ello, entregase la cosa que le pertenece a quien la ha engañado.⁴ Se consideró para esa época, que este delito no podía ser definido puntualmente, sino que lo correcto era ejemplificar algunas de sus formas, para que los jueces pudieran delimitar fácilmente lo delictivo de lo impune.⁵

De conformidad con lo anterior, las formas en que los Códigos Penales europeos de finales del Siglo xvii y a lo largo del xix tipificaron el delito de estafa, hizo que se acudiera a un postulado general, básicamente una definición de este reato, para posteriormente ejemplificar una serie de casos que constituían este delito.

En América Latina, encontramos frente a la tipificación del delito de estafa, dos tendencias legislativas al respecto. Una, que aparece en códigos como los de Costa Rica (art. 216), Brasil (art. 171), Chile (arts. 467 y ss.) Argentina (arts. 172 y 173) y Perú (art. 196), en los que se siguen estos lineamientos, de manera que se encuentra una definición general de la estafa, para posteriormente traer unas tipologías específicas. Otra, que aparece en Códigos como el de Cuba (art. 334), Bolivia (art. 335) El Salvador (art. 215) Ecuador (art. 186) o Colombia⁶ (art. 246) en la que simplemente aparece la definición de la estafa y varias de las modalidades que dentro del otro sistema aparecen como tipologías específicas de la estafa, aparecen como delitos autónomos.⁷

Dentro de los Códigos que establecen de manera específica las modalidades de la estafa encontramos el denominado delito de estelionato —definido por la Real Academia de la Lengua como “fraude que comete quien en un contrato encubre la obligación

4 CARRARA. Op. cit. p. 410.

5 Así, aparece en la VII Partida Española. CARRARA indica sobre ello: “en la infinita variabilidad de las astucias humanas, es [...] imposible enumerar taxativamente todos los modos con los cuales se puede cometer este delito, engañando a otro para inducirlo a realizar una convención obligatoria en contra suya o que importe abdicar de su propiedad”.

6 Para el caso colombiano, la superación del modelo casuista aconteció en la reforma del año 1936. PÉREZ. Op. cit. p. 381.

7 Para el caso español, la casuística en el delito de estafa desaparece en la reforma penal de 1983. El sistema anterior, sin embargo, ejerció gran influencia sobre los códigos penales latinoamericanos que aún conservan esta forma de tipificación.

que tiene hecha con anterioridad sobre un bien”—, en el que incurre quien “vendere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos”, como lo hace el Código Penal Argentino,⁸ o como lo hace el Código Penal boliviano, que indica

Artículo 337°. (ESTELIONATO). El que vendiere o gravare como bienes libres los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados y el que vendiere, gravare o arrendare, como propios, bienes ajenos, será sancionado con privación de libertad de uno a cinco años.

Así, en la actualidad, el estelionato se entiende como la venta o gravamen de un bien que estuviere bajo litigio, embargado o gravado y se penaliza como una especie determinada⁹ del delito de estafa.¹⁰ Así, la estafa sería el género que abarca una cantidad de modalidades comportamentales y el estelionato,¹¹ una de sus tipologías específicas.¹²

8 Código Penal de la República de Argentina. art. 173.9.

9 SOLER. Op. cit., p. 373.

10 El Código Penal Peruano, por su parte dispone lo siguiente: “art. 196 Estafa. El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años”. art 197. “La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando [...] 4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos”.

11 Sobre ello, la Cámara de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, ha sostenido que “El estelionato es una estafa especializada por el fraude, el cual puede consistir en fingir que el bien ajeno que se vende es de propiedad del autor. Finge la propiedad del bien el que la afirma engañosamente, lo cual resulta compatible con el silencio calificado. Al igual que todo fraude, éste tiene que estar dirigido a inducir en error al sujeto pasivo sobre la condición del bien respecto del cual contrata. Así, la ocultación -disimulación que tiene como fin el engaño- está presente en el silencio: el agente calla para que el sujeto pasivo no conozca la condición del bien y contrate como si ella no existiera o fuera distinta”. TSJ Sala Penal Cba. Sent. n° 99 del 29/04/2009. Trib. de origen: Cám. 3ª del Crimen Cba. “Ferreira, Leonardo David y otro p.ss.aa. Robo calificado, Recurso de casación.

12 Así, por ejemplo, el artículo 171 del Código Penal del Brasil establece, en el artículo 171 el delito de estafa, definido como “obtener, para sí o para otro, una ventaja ilícita, en perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a alguien en error, mediante artificio, mentira, o cualquier otro medio fraudulento”, tipo básico que varía según las modalidades de la conducta en lo que tiene que ver con las penas, indicando, dentro de las mismas, lo que denomina “defraudación de garantía”, en la que incurre “quien vende, permita dar en pago o garantía cosa propia inalienable, cargada con un gravamen o litigiosa, o inmóvil que prometió vender a un tercero, mediante pago en cuotas, ocultando cualquiera de estas circunstancias” (art. 171.2.III). El CP de Costa Rica, dispone en su artículo 217 el delito de estelionato, indicando que se aplica la pena para el delito de estafa a quien venda o grave bienes litigiosos, embargados o gravados ocultando tal circunstancia. arts. 216 y 217A del CP.

Como ya se indicó, el Código Penal colombiano mantiene una sola definición del delito de estafa, de manera genérica, y varias de las modalidades que en otras legislaciones se incorporan a manera de casuística, constituyen descripciones típicas independientes, como sucede con la falsedad personal (art. 296), la falsedad marcaría (art. 285), entre otros delitos. De manera que, lo que en otras latitudes se penaliza como el denominado estelionato no aparece expresamente sancionado en el Código Penal colombiano, dejando la duda de si este es un comportamiento penado o no entre nosotros, asunto que ha sido abordado por nuestra jurisprudencia, indicando, frente a unos mismos supuestos de hecho, que sí lo está y en otros, que no.

1.2. Presentación de la problemática en Colombia respecto del estelionato, a partir de la teoría de la imputación objetiva

La Constitución Política de 1991 erigió como uno de los principios básicos del sistema penal colombiano el denominado principio del acto y estableció que la responsabilidad penal no surge como consecuencia exclusiva de una conexión causal entre el actuar del individuo, sino que es producto de un juicio de imputación, cuando en su artículo 29 establece que *nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*.

Desde la segunda mitad de la última década del Siglo xx¹³ la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia comenzó a aplicar la denominada teoría de la imputación objetiva, como una metodología que permitía delimitar y dotar de contenido los diferentes tipos penales, así como resolver casos puntuales, inicialmente en el ámbito de los atentados contra la administración pública y la vida, particularmente en los reatos culposos, para posteriormente ampliarla a todos los delitos que se sometían a su conocimiento.

Esta adopción jurisprudencial de la teoría de la imputación objetiva en Colombia, sigue el avance que para entonces —años 90 del Siglo xx— se presentaba en la literatura jurídico penal, en la que ya se encontraban presentes importantes estudios sobre la misma que le abrieron camino en la praxis judicial nacional.¹⁴

13 Paradigmática en nuestro medio resulta la sentencia del 17 de septiembre de 1997, radicación 12655. M.P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego.

14 Particularmente importantes en nuestro medio, las obras de REYES ALVARADO Y LÓPEZ DÍAZ. Por todos, REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 1996. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

Como consecuencia de esta progresiva aplicación de la teoría de la imputación objetiva entre nosotros, y siendo la necesidad de poner a tono la normatividad con las recientes tendencias dogmáticas en materia penal uno de los objetivos del cambio normativo que se presentó en Colombia con ocasión de la expedición del Código Penal del año 2000 y la consecuente derogatoria del estatuto de 1980, aparece de manera explícita en el nuevo Código esta aproximación particular, cuando en el artículo 9º de nuestro actual Código Penal se indica que para la imputación jurídica del resultado no basta con la causalidad natural.¹⁵

Existiendo todo este antecedente normativo, jurisprudencial y doctrinal entre nosotros, la teoría de la imputación objetiva se ha impuesto en la praxis judicial colombiana en todas las instancias, siendo la Sala de Casación Penal la que ha trazado los lineamientos para su aplicación, desde su versión estricta, esto es, como un mecanismo que permite la atribución de un resultado a un agente determinado, cuando este ha creado un riesgo desaprobado que se materializa en un resultado.¹⁶ La versión amplia de esta teoría, en la que su empleo trasciende la mera atribución causal a nivel del tipo objetivo para explicar la totalidad de la estructura del delito, ha sido acogida en algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional.¹⁷

El delito de estafa, como uno de los que más se denuncia en Colombia,¹⁸ no ha sido ajeno al empleo de la teoría de la imputación objetiva, y es así como a lo largo del presente siglo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha marcado la pauta interpretativa sobre los elementos de este reato a partir de la aplicación de esta teoría.¹⁹

15 Dispone el art. 9º de nuestro Código Penal. “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

16 CANCIO MELLÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. 1ª reimposición. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001. p. 23. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. Barcelona: Bosch, 2000. p. 81.

17 Por todos. Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001.

18 En Colombia los atentados contra el patrimonio económico para el año 2015, según cifras de la Policía Nacional, representaron los delitos que más se denunciaron, correspondiendo al 27,35% de la totalidad de los delitos que se pusieron en conocimiento de las autoridades, en un total de 213241 casos, de estos, 7113 corresponden al delito de estafa. Policía Nacional, *Revista Criminalidad*. Vol. 58. n° 2. Bogotá, D.C., noviembre de 2016.

19 Pueden consultarse las siguientes sentencias de 29 de agosto de 2002, rad. 15248; 12 de junio de 2003, rad. 17196; 27 de octubre de 2004, rad. 20.296; 10 de junio de 2008, rad. 28.693 y 12 de septiembre de 2012, rad. 36.824.

A pesar de lo pacífica de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en nuestro medio, y de su empleo para delimitar los contenidos del delito de estafa, en la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia encontramos posturas diversas, en punto de la posibilidad de excluir o no la imputación al tipo objetivo cuando al víctima haya descuidado sus deberes de autoprotección y autocuidado, permitiendo que se produzca el resultado desaprobado, como lo es el detrimento patrimonial.

El caso que ha suscitado esta controversia jurisprudencial se corresponde con lo que en otras legislaciones se denomina estelionato y que se presenta cuando entre dos partes se realiza un negocio jurídico en el que se traspasa la propiedad —en algunas ocasiones por la vía del contrato de compraventa, en otras, por la vía de la permuta— de un determinado bien (mueble o inmueble). Realizada la negociación y entregada por el comprador la suma de dinero respectiva, el negocio no se puede perfeccionar por existir sobre la cosa una medida cautelar, que no fue informada al momento de la transacción por la parte vendedora, ni conocida por el comprador, quien no tomó precaución alguna para evitar la afectación en su propio patrimonio.²⁰ En otras palabras, nos referimos a la problemática que en otros códigos penales de la región se denomina estelionato, y que en nuestro Código Penal, como se indicó, no se encuentra penalizado de manera específica, siendo labor de la jurisprudencia determinar su carácter de punible o de impune.

Es así como en lo que va del presente siglo es posible identificar dos grandes líneas de pensamiento dentro de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para resolver este caso tipo. La primera de ellas —la que considera que este hecho no tiene relevancia penal y que por ende ha absuelto al vendedor— indica que quien realiza un negocio tiene obligaciones para con la otra parte, pero también para consigo mismo. Afirma esta primera línea que quien adquiere un bien debe tener todas las precauciones del caso para no ser defraudado patrimonialmente y, de ahí, se presentaría el delito de estafa solamente cuando alguien sufre un detrimento

20 Interesante resulta la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia del Brasil, que señala que, en delitos como la estafa, no solamente se tutela el patrimonio económico sino también la confianza mutua en las relaciones patrimoniales individuales, en tanto que existe un interés público en impedir el que se acuda al engaño para inducir a otro a realizar prestaciones indebidas con perjuicio ajeno (TRF4, AC 20017011001423-1/PR, Fábio Rosa, 7ª T., u., DJ 24.4.02; STJ, CC 61121/SP, Arnaldo Lima, 3ª S., u., 13.6.07).

patrimonial a pesar de haber tomado todas las medidas que usualmente se adoptan en quien realiza un negocio. De manera que, para esta primera tesis, no basta con la existencia de engaños, ardidés o mentiras por parte del sujeto activo, ni con el detrimento patrimonial que sufre el sujeto pasivo del delito, exigiendo que estas maniobras superen la barrera de autoprotección que la víctima debe adoptar.

Por el contrario, la segunda línea, aquella que le asigna relevancia penal a este tipo de comportamientos, parte del principio constitucional de la buena fe, para señalar que las partes deben informar todo aquello que pueda determinar a la otra a realizar o no el respectivo negocio. Para esta propuesta, cuando una de las partes oculta información a la otra información que, de haberla conocido, la habría llevado a abstenerse de realizar el negocio, estamos frente al delito de estafa.

Como puede verse, dentro de un mismo sistema jurídico, un supuesto de hecho idéntico es resuelto de manera diametralmente diferente por una misma corporación. Esta situación, que no sería mayormente problemática a la luz del espíritu y la literalidad de la Constitución Política de 1991 que establece un carácter auxiliar a la jurisprudencia, se torna extremadamente problemático cuando, en la interpretación que se ha dado a lo largo de la vigencia de nuestra Carta Política, se entiende que la misma es vinculante, al punto de que su inobservancia puede dar lugar al delito de prevaricato por acción. La problemática es tal, que frente a este mismo supuesto de hecho, encontramos dos sentencias de la misma Corte Suprema de Justicia que afirman que el delito de estelionato es punible entre nosotros y dos que lo niegan, dejando en la absoluta incertidumbre a jueces y ciudadanos sobre la manera como han de resolverse estos casos.

Lejos de ser una discusión sin consecuencias prácticas, este asunto tiene una gran trascendencia en nuestro país, donde es frecuente que las personas realicen negocios jurídicos sobre bienes que tienen restricciones para circular en el comercio, lo cual, conforme a la legislación colombiana, no invalida el acto jurídico, pero afecta su perfeccionamiento, como cuando se vende un inmueble sobre el que versa un proceso judicial, o una hipoteca, o, incluso, quien transfiere una cosa ajena. Todos estos eventos son legales en Colombia, pero surge para el vendedor la obligación de realizar todo lo necesario para que el negocio se perfeccione, generando el problema jurídico respecto de la concurrencia de la tipicidad penal por la vía del delito de estafa cuando ello no sucede, de manera que el bien no puede circular de un patrimonio a otro, generando el detrimento patrimonial para quien lo ha adquirido y el consecuente incremento para quien lo ha vendido.

En otras palabras, el problema jurídico sería el de determinar el carácter punible o no del estelionato en el Código Penal Colombiano, a partir de las posturas de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal.

Como lo mencionamos, la jurisprudencia nacional se ha ocupado en varias ocasiones de esta problemática, presentando respuestas contradictorias entre sí, es decir, afirmando la tipicidad en unas sentencias y negándola en otros eventos, casos todos idénticos entre sí. Es por ello que en el presente escrito presentaremos las diferentes sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que han optado por una u otra postura a lo largo del presente siglo, para posteriormente realizar un análisis crítico sobre las mismas.

Limitamos el análisis de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a lo que va corrido del presente siglo, que coincide con la vigencia del actual Estatuto Penal Colombiano, mismo que, conforme se ha indicado, realizó una expresa adscripción a la teoría de la imputación objetiva en el precitado artículo 9º de nuestro Código Penal.

2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SU SALA DE CASACIÓN PENAL

Como se indicó, en el presente siglo la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal se ha ocupado de la problemática descrita, presentando soluciones diferentes entre sí, razón por la cual en el presente apartado nos ocuparemos de presentar los pronunciamientos que se han presentado, evidenciando las diferencias entre los mismos.

Como punto de partida, la Sala de Casación Penal ha sostenido, de manera pacífica, que uno de los medios por los cuales puede cometerse la estafa en nuestro ámbito, es a través de la celebración de un contrato. Es decir, de entrada se deja claro que la licitud del contrato no excluye la posibilidad de que el mismo sea uno de los medios a través de los cuales se induce a o mantiene en error a otro, que es el núcleo comportamental del delito de estafa.

En este punto el precedente que se mantiene sin cambio alguno, data de la Sentencia del 23 de junio de 1982, e indica que

[...] en esa clase de negocios jurídicos la mentira o el silencio de los contratantes pasa al campo penal cuando recaen sobre elementos fundamentales del convenio.

Este precedente, en virtud del cual la existencia de un contrato lícito no excluye por sí mismo la posibilidad de que concurra el delito de estafa, fue reiterada en la sentencia de agosto 5 de 1992 con ponencia del magistrado Juan Manuel Torres Fresneda en la que se sostuvo:

[...] lejos de excluir el artículo 356 del Código Penal los contratos como medio de artificio o engaño que utilizados por el timador como simple apariencia de obligarse pueden generar error esencial en el ofendido, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la posibilidad de su empleo como parte de los medios defraudatorios, destacando justamente en aquellos la sutileza del ardid y su no infrecuente uso, al punto de sostener que:

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

Más recientemente, en la sentencia del 29 de agosto de 2002, radicado 15248, se dijo lo siguiente,

[...] la permisibilidad de un contrato lícito no descarta la existencia de artificios o engaño, pues nada impide que la inducción o el mantenimiento en error tengan origen precisamente en la aparente sinceridad y legalidad de que se revista ese acuerdo de voluntades[...].

De manera que, como primera conclusión, tenemos que un precedente sostenido en el tiempo por nuestra Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, indica que la celebración de un contrato no excluye la posibilidad de que se presente el delito de estafa, sino que, por el contrario, el mismo puede ser uno de los instrumentos a los que se acude para inducir o mantener en error al sujeto pasivo de esta conducta. En segundo lugar, nos ocupamos de la posibilidad de excluir la tipicidad del delito de estafa cuando la víctima no realiza las actuaciones necesarias para salir del error que se le ha generado por la conducta del sujeto activo. Asunto en el que, a diferencia del anterior, las posturas que ha asumido nuestra Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, varían entre los pronunciamientos que la afirman y aquellos que la niegan.

Sobre ello, la Sala de Casación Penal en la sentencia materia del presente estudio realiza un recuento de lo que han sido sus posturas sobre esta problemática. Se afirma en este pronunciamiento que existen dos tendencias, a saber:

Una primera (2.1) línea, aquella que rechaza la tipicidad de la estafa cuando la víctima ha desatendido sus deberes de autocuidado, señala que la estafa es un delito de inteligencia, que

[...] requiere el despliegue de actos preparados y bien concebidos con capacidad de inducir en error a la víctima". *Dentro de esta perspectiva*, si la víctima obra de manera ingenua, torpe o negligente no se presenta el delito de Estafa, en tanto que una actuación prudente le hubiera bastado para salir del error.

En esta primera tendencia encontramos sentencias como la del 12 de junio de 2003 dentro del radicado 17196, en la que se indica que no todo engaño que pueda ser causal respecto de un detrimento patrimonial permite la imputación del resultado al autor, en tanto que la víctima debe acudir a mecanismos de auto tutela que le resultan exigibles, de manera que solamente se presentará la estafa cuando el engaño

sobrepasa la “barrera de contención que supone la actitud diligente del perjudicado”. Igualmente aparece en la sentencia del 10 de junio de 2008 dentro del radicado 28693, en la que se condiciona la aplicación de la tesis a que las partes estén en igualdad de condiciones, de modo que quien tiene un nivel de preponderancia sobre alguien, que, por su bajo nivel académico, cultural, o social carece de capacidad para entender un negocio jurídico, asume la posición de garante para evitar resultados dañosos cuando con su comportamiento ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, siempre que se conocieran las condiciones especiales de la víctima. Por el contrario, no asume posición de garante y no tendrá la obligación de impedir el resultado lesivo el vendedor que se encuentra en un plano de equilibrio respecto del comprador.

Esta tesis se reitera en la sentencia del 12 de septiembre de 2012, dentro del radicado 36824, en la que se reafirma que cuando las partes están en igualdad de condiciones, ninguna tiene un deber de evitar el daño económico que la realización del contrato le represente a la otra.

En la segunda postura (2.2) que afirma la tipicidad de la estafa sin tener en cuenta consideraciones respecto de los deberes de cuidado de la víctima, examina con una mayor flexibilidad el medio engañoso y en ella se rechaza la teoría de la puesta en escena, según la cual no bastan las palabras y discursos mentirosos, sino el despliegue de actos exteriores a cuyo amparo, hábilmente, se induce a creer lo que en realidad no es.

Esta posición aparece en la sentencia del 27 de octubre de 2004, dentro del radicado 20296, en la que se afirma que cuando se calla frente a elementos esenciales que impedirían o dificultarían el negocio jurídico, o que de conocerse por la parte contratante la llevarían a no contratar, las consecuencias jurídicas de esos actos, si se erigen en un engaño dirigido a ocasionar error en la víctima y a defraudar patrimonialmente al sujeto pasivo, no se quedan en el ámbito de los contratantes, sino que trascienden el interés general que exige transparencia y buena fe en los negocios jurídicos.

Nuevamente se sostiene esta postura, en la sentencia materia del presente pronunciamiento, esto es, la del 13 de julio de 2016, dentro del radicado 42548, indicando que se trata de una decisión “para el caso en concreto”, y sosteniendo que la acción a propio riesgo se edifica a partir de reprochar al sujeto pasivo el no emplear mecanismos de autoprotección en orden a evitar el menoscabo patrimonial, con lo que se introduce en la estafa una exigencia extraña a su estructura típica, por lo que no resulta procedente su aplicación y se afirma la tipicidad de comportamientos como los que se han analizado.

A fin de realizar el análisis de las dos posturas que se han asumido en nuestra jurisprudencia agruparemos las sentencias según cada enfoque, aun cuando ello no se corresponda con el orden cronológico, dado que las variaciones jurisprudenciales que se han presentado se intercalan en el tiempo. Presentamos en primera medida las sentencias que afirman la tipicidad del comportamiento, para posteriormente hacer referencia a aquellas que la niegan.

2.1. Sentencias que niegan la tipicidad del comportamiento

Como ya se había indicado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en diversos pronunciamientos la atipicidad, por la exclusión de la imputación al tipo objetivo, de comportamientos como los que se han analizado, esto es, cuando se transfiere un bien que cuenta con una restricción que impide su circulación en el tráfico jurídico. En esta primera sección nos ocupamos de esos pronunciamientos, para, posteriormente, referirnos a las posturas en el sentido contrario.

En primer lugar, encontramos la sentencia del 12 de junio de 2003, dentro del radicado 17796 en la que se ocupa de un caso en el que un ciudadano recibe en permuta un inmueble sobre el que recae una hipoteca. Se afirma en este pronunciamiento que la estafa es un delito de inteligencia y para lograr el engaño no se requiere solamente inducir o mantener a otro en error, sino que es necesario que a ese estado se llegue por medio de artificios o engaños, afirmando la necesidad de la causalidad entre el despliegue de maniobras para inducir o mantener a otro en error, con el estado de error que se crea en el sujeto pasivo.

Concreta este punto de la causalidad para afirmar que no todo engaño que sea causal respecto del resultado perjudicial permite la atribución del resultado al autor, en tanto que la víctima debe acudir a los mecanismos de autotutela exigibles, de manera que la conducta será delictiva cuando el despliegue realizado por el autor sea capaz de “sobrepasar la barrera de contención que supone la actitud diligente del perjudicado”, así no bastarían los ardides o engaños para que pueda hablarse de esta conducta punible, sino que es necesario que los mismos sean capaces de inducir o mantener en error a alguien que ha sido diligente para evitar un menoscabo patrimonial.

En este pronunciamiento se cita una sentencia del 10 de abril de 1951 para indicar que el hecho es delictivo cuando el perjudicado fue engañado a pesar de su

prudencia. Y, finalmente, se resuelve el asunto indicando que la víctima no fue prudente en tanto que no acudió a mecanismos de autotutela existentes de acuerdo con su formación y usos sociales, por lo que afirma la atipicidad del comportamiento.

Encontramos la sentencia del 10 de junio de 2008 dentro del radicado 28693, en la que se reitera que el contrato puede ser uno de los medios comisivos para el delito de estafa y se afirma que tampoco es motivo de controversia que el medio engañoso debe tener idoneidad para inducir en error a la víctima. Lo que genera polémica, afirma la Corte, es la determinación de las condiciones a partir de las cuales resulta dable afirmar que la argucia o el engaño reúnen los presupuestos objetivos exigidos por la norma penal para predicar la configuración del delito estafa.

A fin de sustentar la tesis de la atipicidad del comportamiento, señala la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema:

Sea como fuere, para la Sala ahora, en temas como el presente, donde se juzgan hechos basados en las relaciones sociales, no pueden establecerse reglas rígidas sino tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso para determinar si la actitud reticente de una de las partes contratantes al ocultar la existencia de un gravamen o una medida cautelar tiene o no idoneidad para inducir en error. Para el efecto será menester, entonces, considerar aspectos tales como el nivel intelectual del sujeto pasivo de la conducta, su pericia en asuntos de la naturaleza de la cual se trata, sus experiencias, el medio social en donde se desenvuelve y las herramientas jurídicas brindadas por el Estado para su protección.

Hablando en términos de la teoría de la imputación objetiva, implica que quien ostenta un nivel de preponderancia sobre alguien que, por su bajo grado académico, cultural o social, carece de suficiente capacidad para entender cabalmente los pormenores de un negocio jurídico, asume la posición de garante para la evitación de resultados dañosos cuando con su comportamiento ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado, siempre que conociese las condiciones especiales del sujeto pasivo de la conducta. Solamente en esos casos, si no actúa de conformidad con la posición de garante que el ordenamiento jurídico le atribuye, le será imputable de manera objetiva el resultado. En esas condiciones, no asumirá la posición de garante y, por lo mismo, no tendrá la obligación de impedir el resultado dañoso el vendedor que se encuentra respecto del comprador en un plano de equilibrio frente al conocimiento de los alcances, vicisitudes y consecuencias de la transacción que celebran.

De manera que, en esta evolución jurisprudencial, encontramos que, mientras el primero de los fallos traza una regla general de atipicidad del comportamiento, el

segundo lo limita, en tanto que, para la procedencia de la autopuesta en peligro, que excluiría la imputación al tipo objetivo, se hace necesario que las partes contratantes se encuentren en igualdad de condiciones.

2.2. Sentencias que afirman la tipicidad del comportamiento

Se trata de posturas que acuden a un análisis partiendo del principio constitucional de la buena fe, indicando que los contratantes lo deben observar y que el hecho de mentir u ocultar alguna situación que, de haberse conocido, habría llevado a que la víctima se abstuviera de realizar el negocio —enfoque claramente causal—,²¹ amerita la sanción penal por parte del Estado.

En la precitada sentencia del 23 de junio de 1982, siendo Magistrado Ponente Luis Enrique Romero Soto, se indicó que

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

Como puede apreciarse, esta decisión realiza un enfoque causal de la situación, al poner énfasis en que lo que habrá de hacerse para determinar si se presenta o no la estafa es establecer qué habría sucedido si la víctima hubiese conocido aquella información respecto de la cual se le mintió o que se le ocultó. Este enfoque causal es perfectamente acorde a lo que en ese momento regía en Colombia, tanto desde lo legislativo como desde lo jurisprudencial, en las que el causalismo imperaba.

Esta postura, que afirma la tipicidad del comportamiento, aparece en la sentencia del 27 de octubre de 2004, dentro del radicado 20926, que se dicta en el marco de un proceso penal en el que se juzga a un ciudadano que realiza una compraventa de un bien inmueble, sin informar sobre la existencia de un gravamen sobre el mismo, lo cual impide que se perfeccione la tradición. La discusión que se aborda en este fallo

21 Este mismo enfoque aparece en la sentencia del 27 de febrero de 1948, en la que se indicó que “para que haya estafa no basta cualquier clase de error, sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víctima, de tal suerte que sin él, ella no hubiera entregado la cosa [...] De no haber mediado el error, el despojo de la víctima no se hubiera producido.

se relaciona con que el vendedor no hubiere informado al comprador la existencia del gravamen, asunto que, en criterio del recurrente, carece de trascendencia jurídico penal en tanto que el delito de estafa no admite la modalidad omisiva, por lo que no existiría una posición de garantía entre las partes que los lleve a poner en conocimiento de su contratante todo aquello que pueda afectar su decisión de realizar o no un acto de disposición patrimonial.

La Sala de Casación Penal se pronuncia frente a esta postura indicando que la misma corresponde a una noción ontológica de la acción, dado que conlleva el que la conducta pueda ser fraccionable, para atribuir consecuencias diferentes en cada estado del actuar. Entiende la Corte, que

[...] el negocio jurídico de compraventa comienza con el acuerdo de voluntades, sigue con la entrega recíproca del precio y del bien, y finaliza con la tradición, en el marco de una secuencia de actos que conforman una sola conducta (el negocio jurídico), con una sola finalidad (la venta del bien) y un solo valor (la transferencia del derecho de dominio a través del contrato). Si en cualquiera de esos pasos se calla frente a elementos esenciales que impedirían o dificultarían el negocio jurídico, o que de conocerse por la parte contratante la llevarían a no contratar, lo menos que se puede decir es que el consentimiento nace viciado, o que no genera obligaciones desde el punto de vista contractual. Mas ocurre que la sanción de esos actos no termina allí, pues cuando esa maniobra se constituye en un engaño dirigido a ocasionar error en la víctima, surge el delito de estafa, en tanto con ello se defrauda patrimonialmente al sujeto pasivo y al tiempo se genera un provecho ilícito para el actor. Claro, porque las consecuencias jurídicas no se quedan en el ámbito restringido de los contratantes, sino que trascienden al interés general que exige transparencia y buena fe en los negocios jurídicos, que, de no acatarse paralizarían el tráfico comercial.

En esta providencia la Corte Suprema de Justicia deja en claro que es lícito entre nosotros enajenar un inmueble embargado, pero

[...] si se afirma en la promesa de compraventa y en la escritura pública, con el fin de llevar a cabo un negocio jurídico que de otra forma no se hubiese cristalizado, que el bien no soporta gravámenes —siendo que por las mismas fechas en otros documentos de similar factura sí se dejó en claro esa situación—, lo menos que tiene que suponer el comprador es que ello es así. Pensar lo contrario equivaldría a imponerle al comprador la carga de suponer la mala fe del vendedor, averiguar todos los pormenores del bien y exigirle entonces sí un deber de autotela que paralizaría hasta la dinámica social [...].

El alto tribunal indica que esta decisión no se opone a su precedente respecto de la autopuesta en peligro,²² indicando que sus pronunciamientos anteriores se hicieron en otro contexto. Acude la Sala en este pronunciamiento, a las instituciones del principio de confianza y del riesgo permitido, para indicar que

[...] sólo cuando la víctima asume conjuntamente con otro una actividad generadora de riesgos (lo cual acá no ocurre), puede eventualmente imputársele el resultado a la víctima, siempre que esta tenga conocimiento del riesgo que asume. En consecuencia, si es el autor quien recorre la conducta descrita en el tipo penal (quien crea el riesgo), el resultado debe serle imputado a aquel y no a la víctima, pues ésta obra dentro del principio de confianza que le enseña que en el tráfico de las relaciones sociales el vendedor realizará el comportamiento en el ámbito de competencia que le impone la organización.

En la sentencia del 13 de julio de 2016, dentro del radicado 42548, que es la que se analiza en el presente escrito, la Corte Suprema retoma esta misma postura, indicando, nuevamente que se trata de una decisión “para el caso en concreto”, quedando la duda de si estamos frente a un nuevo precedente que debe aplicarse para resolver los casos similares que se presenten en nuestro medio. En esta decisión, tras un recuento de las posturas que ha asumido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el punto, se adopta esta tesis bajo las siguientes consideraciones:

Se señala, que la acción a propio riesgo se edifica a partir de reprochar al sujeto pasivo el no emplear mecanismos de autoprotección en orden a evitar el menoscabo patrimonial, con lo que se introduce en la estafa una exigencia extraña a su estructura típica, que se

[...] limita a describir una conducta de acción traducida en la obtención de un provecho ilícito, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, sin que entonces sean de su esencia comportamientos de carácter omisivo.

Para la Corte Suprema de Justicia el delito de estafa tiene como eje fundamental la realización de actos positivos por quienes constituyen los extremos de la conducta,

22 Sobre la autopuesta en peligro, como excluyente de la imputación al tipo objetivo, los requisitos que ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia son los siguientes: (i) conocimiento o capacidad de comprensión del peligro por parte del sujeto pasivo, (ii) poder de control de la víctima respecto de este riesgo, (iii) ausencia de posición de garante respecto del sujeto agente. CSJ Cas. Penal. Sentencia de 18 de diciembre de 2001, rad. 16635.

de manera que el sujeto pasivo interviene en el acuerdo de voluntades, suscribe el negocio y se desprende de su patrimonio, como consecuencia de la inducción a error “de que es objeto en virtud de las maniobras engañosas del agente”. Se dice, entonces, que es un equívoco introducir al tipo penal de estafa acciones negligentes que no son propias de su naturaleza descriptiva.

Señala que, si bien es cierto que en la actualidad en nuestro país las personas tienen un mayor nivel de educación, ello no significa que se puedan permitir el engaño o el fraude en las relaciones contractuales, de forma que, si una parte acude a engaños y con ello afecta el patrimonio económico de otro, es un asunto que el Estado se encuentra obligado a sancionar penalmente. Indica entonces, que, en virtud del postulado constitucional de la buena fe, los particulares están obligados a sujetarse a mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad en sus diversas relaciones, tanto públicas como privadas.

El delito de estafa entonces, se presenta cuando una parte suministra a la otra información contraria a la verdad que la determina a realizar la transacción, o le oculta información que, de haberla conocido, se habría abstenido de llevar a cabo el negocio jurídico.

Como puede apreciarse, a manera de conclusión de este apartado, encontramos que la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, ha restado importancia a la actitud diligente de la víctima en el delito de estafa como mecanismo para excluir la imputación al tipo objetivo, señalando que lo que debe atenderse es si la información mentirosa o aquella que se le ha ocultado a la víctima, de haberla conocido, le habría llevado a desistir del negocio que estaba realizando. En caso de ser afirmativo, se estructura la tipicidad del delito de estafa.

Los argumentos para ello se pueden concentrar indicando que impera entre nosotros el principio constitucional de buena fe, en virtud del cual las partes en un contrato deben obrar de manera correcta y dar toda la información necesaria para que su contraparte pueda tomar una decisión lo más informada posible y el que la autopuesta en peligro no resulta procedente en este tipo de eventos, dado que para su aplicación es necesario que la víctima esté debidamente enterada de los riesgos que asume, así como el que esta figura no aparece expresamente dentro del respectivo tipo penal, consideración que figura en el último pronunciamiento y que es el que suscita el presente análisis.

3. TOMA DE POSTURA

3.1. Introducción

Lo primero que se indicó dentro del presente asunto es algo respecto de lo que no hay discusión, y es que ciertamente la realización de un contrato lícito no es obstáculo para que se presente el delito de estafa, este es un asunto respecto del cual hay una estable y pacífica línea jurisprudencial decantada de tiempo atrás entre nosotros.

En la cotidianidad comercial es frecuente que las personas realicen negocios jurídicos que versan sobre bienes respecto de los cuales recae una medida cautelar, asunto que la legislación colombiana permite, generando, a fin de perfeccionar el negocio jurídico, la obligación, para quien transfiere, de sanear el bien de manera que pueda realizarse la tradición del derecho de dominio. Así, es frecuente que un ciudadano decida vender una cosa —mueble o inmueble— sobre la que recae un gravamen —prenda o hipoteca, según en caso— lo cual es legal, siendo necesario para el perfeccionamiento del negocio jurídico el que el objeto de la negociación se encuentre libre de gravámenes. Es igualmente frecuente que los ciudadanos nieguen la existencia de gravámenes sobre las cosas al momento de realizarlas, bajo la creencia, apenas normal, de que ello podría dar al traste con la negociación.

La situación se torna problemática cuando el negocio no se perfecciona, siendo varios los ejemplos en los que ello acontece, como cuando la parte vendedora ocultó la existencia de un gravamen sobre la cosa al momento de transferirla, o cuando, a pesar de haberla conocido el adquirente, el tradente no realiza lo necesario para levantar el gravamen, o porque simplemente se recibe un dinero a cambio del uso del bien y al momento de realizar lo pertinente para legalizar el negocio el vendedor desaparece, teniendo el comprador que realizar lo pertinente para estos efectos, encontrando la existencia de un gravamen que le impide perfeccionar el negocio, como era su interés y su derecho.

En cualquier caso, tenemos entonces que se presenta un detrimento patrimonial para quien ha sido engañado al haberse ocultado la existencia de un gravamen, o la promesa de levantar el mismo, así como un incremento patrimonial para quien ha inducido o mantenido en error a su comprador.

Esta situación —en la que ciertamente hay un enriquecimiento sin causa para el vendedor— nos arroja la duda de si estamos frente a un comportamiento con trascendencia penal o, de lo contrario, el mismo pertenece al ámbito del derecho

civil. En otras palabras, hemos visto ya como el estelionato es un hecho reprimido en varios de los códigos penales de nuestra región, siendo necesario determinar si lo es también en Colombia.

A fin de resolver este interrogante tenemos dos posibilidades desde la teoría del derecho penal, una, acudiendo a la dogmática tradicional de la interpretación gramatical de los tipos penales, acudiendo al enfoque causal, y otra, desde la orientación funcionalista, en la que la solución al asunto se resuelve desde lo estrictamente normativo y la respuesta, no gravita en torno a lo causal, sino al juicio de imputación.

Desde el enfoque tradicional, se interpretan las normas penales a partir de su contenido literal, y en los delitos de resultado se acude, a fin de atribuir o no el resultado lesivo al autor, a la conocida fórmula de la *conditio sine qua non*. Igualmente, desde esta perspectiva, el análisis se hace desde lo estrictamente dogmático, sin tener en cuenta aspectos sociológicos a fin de determinar lo que se incluye dentro del radio de aplicación de los diferentes tipos penales.

Así, para el delito de estafa, sus elementos serían la existencia de unos sujetos, el activo que recibe un incremento patrimonial injustificado, el pasivo que soporta un detrimento patrimonial, una conducta que estará dada por los verbos inducir o mantener en error al sujeto pasivo y un doble nexo causal, primero, el que la inducción o el mantenimiento a error al sujeto pasivo sea causado por las maniobras del agente, y el que esta falsa representación lo lleve a realizar un acto de disposición patrimonial que lo perjudica y beneficia al sujeto activo.

A fin de realizar la atribución del resultado típico al agente, se acude, como se indicó, a la fórmula de la *conditio sine qua non*, de manera que mentalmente se suprimen los artificios o ardidés llevados a cabo por el sujeto activo, y se establece si, de haber conocido estas circunstancias, la persona afectada habría realizado o no el negocio jurídico. Se señala, así mismo, que, a partir del postulado constitucional de la buena fe, el inducir o mantener a otro en error es un acto desaprobado por el ordenamiento jurídico, de modo tal que, en materia de transacciones comerciales, las personas deben dar toda la información que necesite el contratante, para tomar una decisión que pueda entenderse como plenamente consensual.

Este enfoque tradicional es el que ha sostenido nuestra Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal en las sentencias del 23 de junio de 1982, del 27 de octubre de 2004, dentro del radicado 20926, y del 13 de julio de 2016, dentro del radicado 42548.

Un segundo enfoque mantiene el análisis gramatical del delito de estafa, pero le introduce una variación, al incluir elementos de la teoría de la imputación objetiva a nivel del tipo objetivo. Así, se parte del análisis causal, en punto de señalar la necesidad de que existan los elementos del tipo en concreto, como el incremento patrimonial para el sujeto activo, el detrimento para el sujeto pasivo, la existencia de ardides, maniobras o engaños para generar una falsa apariencia de realidad, que es lo que determina al sujeto pasivo a realizar el acto de disposición patrimonial que le resulta perjudicial, pero le agrega un juicio de imputación, consistente en la (i) determinación de si la conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y, en caso afirmativo, si estamos frente a un delito de resultado, (ii) la verificación de si ese riesgo desaprobado es el que explica el resultado típico.

La diferencia entre las posturas, se encuentra en que esta segunda, además de un análisis estrictamente causal entre las maniobras engañosas y la inducción a error al sujeto pasivo aplica la imputación objetiva en sentido estricto,²³ para señalar, primero, que se hace necesario evaluar la conducta del agente a fin de establecer si se ha creado o no un riesgo jurídicamente desaprobado y, segundo, determinar si el resultado es imputable al agente o a la víctima, a quien le asisten igualmente unos deberes de autoprotección y autocuidado. De manera que, si bien existe relación causal entre el comportamiento del actor y el perjuicio sufrido por la víctima, la cuestión no pasa por determinar quién causó el resultado, sino a quién debe imputarse —atribuirse— el mismo.

De conformidad con esta segunda postura, solamente será típico el suceso cuando las maniobras engañosas del agente superen la barrera de autocuidado que debe tener la víctima para evitar ser defraudado patrimonialmente. Si bien este aspecto no se concreta en uno de los fallos, en el segundo sí se realiza, indicando que esa barrera habrá de determinarse, de conformidad con el nivel cultural y académico del sujeto pasivo.

Esta es la postura que encontramos en las sentencias del 12 de junio de 2003, dentro del radicado 17796, y del 10 de junio de 2008, dentro del radicado 28693.

La situación no sería problemática en un escenario en que el precedente judicial fuese entendido, como lo indica nuestra misma Constitución, como una fuente auxiliar

23 CANCIO MELLÁ. Op. cit., p. 23.

para la aplicación del derecho,²⁴ dejando a los jueces en la posibilidad de nutrir sus decisiones con los pronunciamientos que emanan de las altas cortes, de manera que, en cada caso en concreto, se asuma la postura que se considere. Por el contrario, la Corte Constitucional²⁵ y la propia Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia han señalado que el precedente judicial de las altas cortes es obligatorio para todos los jueces de la República, de modo que, si el mismo no se observa, la conducta podría ser incluso constitutiva del delito de prevaricato por acción.²⁶

De manera que, frente a una problemática de frecuente ocurrencia en nuestro medio, los jueces están obligados a seguir los lineamientos que ha trazado la Corte Suprema de Justicia, los que, frente a una misma situación de hecho —un ciudadano que realiza un negocio sobre un bien que soporta un gravamen— indican, en dos casos que ha de sancionarse al ciudadano, y en otros dos, que no. Peor aún, dentro de las sentencias analizadas, encontramos que ciudadanos fueron condenados a penas de prisión por los mismos hechos que otros fueron absueltos, quebrantando la igualdad. La situación no puede ser más dramática.

Precisamente, para sortear este tipo de problemáticas, y tornar el sistema jurídico en igualitario y predecible, existe el método dogmático, como un sistema que intenta desentrañar el contenido de las diversas normas penales mediante su interpretación y sistematización.

3.2. La moderna teoría de la imputación objetiva como punto de partida

La moderna dogmática penal parte de la base de la necesaria conexión entre un sistema normativo y la sociedad en que se aplica y es así como es la misma sociedad la que determina aquello que se encuentra permitido y aquello que debe prohibirse, por

24 Dispone el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia; “Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley [...] La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

25 Sentencias T-123 de 1995, C-447 y SU 049 de 1997, C-252 del 2001 y C-836 de 2001.

26 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 2012, radicación nº 34853, sentencia de segunda instancia nº 30571 del 9 de febrero de 2009, auto 30775 del 18 de febrero de 2009; auto del 16 de abril de 2009, rad. 31115; auto del 28 de abril de 2010, rad. 33659; revisión del 19 de mayo de 2010, rad. 32310; sentencia segunda del 6 de mayo de 2010, rad. 33331; auto del 19 de septiembre de 2011, rad. 36973; sentencia del 1º de febrero de 2012, rad. 34853.

considerarlo contrario a su propia conformación. El sistema penal no debe, entonces, ser una construcción abstracta, desconectada por completo del entorno al que se aplica, sino que, siendo el sistema normativo una parte del sistema social, se presenta una permanente interacción entre los dos, de manera que es la sociedad la que establece lo que de acuerdo a su propia conformación desea permitir o no.

Esto conduce a que ciertos comportamientos que pueden ser riesgosos para valores que una sociedad determinada considera dignos de tutela tengan que ser tolerados, como sucede con una sociedad que permite el transporte por las vías férreas, aun cuando con ello se puedan producir accidentes en el que personas pierdan la vida y lo hace en tanto que suponen una utilidad para quienes conforman esa sociedad en particular.²⁷ Igualmente, las sociedades permiten este tipo de comportamientos, riesgosos no solo, como sucede con el transporte aéreo y férreo o con los procedimientos médicos invasivos, por la utilidad que los mismos le proporcionan a sus miembros, sino también por costumbre, como sucede con algunos espectáculos que se realizan en tiempos de carnavales.

Si la sociedad ha decidido tolerarlos, se repiten, por utilidad o por costumbre, ciertos comportamientos, atendiendo su propia configuración, resulta apenas lógico que quien los realiza escapa a cualquier posibilidad de sanción normativa y particularmente la penal.²⁸ En algunos eventos, dada la potencialidad lesiva de ciertos riesgos, se hace necesario que los mismos se normativicen, ya sea por vías legales o reglamentarias, como sucede con la ciencia médica y, cuando esta potencialidad podría abarcar un número importante e indeterminado de eventuales víctimas, hablamos de sistemas sobre-regulados, como sucede con las actividades férreas, aéreas o nucleares.

De manera que es cada sociedad la que determina lo que tolera y lo que no y, en algunos casos, en aras de reforzar las expectativas que los ciudadanos pueden tener respecto del comportamiento de los demás, estas disposiciones se normativizan,²⁹ como sucede con las normas comerciales, tributarias o laborales, entre otras.

En este sentido, si bien la interpretación gramatical de las normas penales es indispensable, ello no es la que agota el juicio de tipicidad de un determinado comportamiento, como sucede cuando se juzga un suceso en el que un boxeador, en el

27 ROXIN. Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 363.

28 *Ibíd.*, p. 364.

29 REYES ALVARADO. *Op. cit.*, p. 92.

marco del combate, propina un fuerte golpe a su contendor causándole la muerte. Si el análisis gramatical fuere suficiente, tendríamos que el suceso sería típico de homicidio, preterintencional o doloso, cuando la realidad es que este tipo de comportamientos escapan a la tutela penal. La explicación para esta atipicidad no es otra que el realizado en el marco de un riesgo permitido, cumpliendo con las reglas propias de la actividad. De manera que, en la interpretación de las normas penales, el análisis gramatical debe complementarse con la determinación de si, conforme a lo legal, reglamentario o socialmente aceptado, estamos o no frente a un riesgo desaprobado, caso en el cual el suceso escapa a lo penal o, en sentido contrario, para que un hecho pueda adaptarse a la tipicidad se requiere, además de su correspondencia con la prohibición legal, el que se trate de un riesgo jurídicamente desaprobado.³⁰

De modo que el riesgo permitido conformado por los límites que lo normativo, reglamentario o social determina el que un resultado pueda ser o no imputado a una persona. El asunto entonces, cuando se produce un resultado prohibido por la ley penal, no debe resolverse exclusivamente a partir de lo gramatical, ni de lo causal ni si se ha lesionado o no un determinado bien jurídico, ni establecer si el hecho se comete por acción o por omisión, sino a partir del ámbito de competencia de cada ciudadano, en otras palabras, en el juicio de tipicidad la pregunta no es quién causó un resultado, sino quién es el normativamente obligado a evitarlo.³¹

3.3. Análisis del caso concreto. La atipicidad del delito de estelionato en Colombia

Realizadas estas precisiones, puede entonces aplicarse este contexto teórico para resolver la problemática planteada, de una forma que permita su aplicación a la totalidad de los casos, y superar la inestabilidad que proporcionan las diferentes decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El delito de estafa, en nuestro medio se encuentra como un atentado contra el patrimonio económico privado, y sanciona a quien “obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños”.

30 *Ibíd.* p. 96.

31 JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO ÁNCHEZ, Bernardo. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. p. 66.

A partir de lo anterior, encontramos que el sujeto activo realiza una serie de maquinaciones, que nuestra legislación llama artificios o engaños, siendo de entrada evidente que, al emplear los verbos en plural, escapa de la tipicidad el engaño o la mentira que no va acompañada de aquello que se ha denominado puesta en escena.³² Se presenta en ese momento una primera causalidad, representada en que esa puesta en escena induce a o mantiene en error al sujeto pasivo.

Consideramos que el análisis de esta situación no puede agotarse, como lo ha hecho nuestra Corte Suprema de Justicia en aquellos eventos en que ha afirmado la tipicidad del hecho en un mero análisis causal, es decir, evaluando el que, de no haberse presentado los engaños la persona se habría abstenido de realizar el negocio jurídico, pues, por expresa disposición legal, al análisis causal debe sobreponerse un juicio normativo de imputación (art. 9º CP).³³

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia del Perú, ha señalado que

[...] la mera causación de un acto de disposición patrimonial no es razón para hacer al autor responsable del mismo, pues aun cuando la causalidad puede tener importancia para el juicio de imputación del resultado, no la tiene para el análisis de la tipicidad del comportamiento [...].³⁴

Previo a realizar un análisis respecto de si en este evento procede o no la imputación a la víctima, debe determinarse el nivel del riesgo permitido, en el que nos encontramos frente a dos posibilidades contrapuestas entre sí. Por un lado, podría

32 Sobre ello creemos que en Colombia rige aún la célebre tesis de la puesta en escena (*mise en scène*) promulgada por la Corte de Casación francesa el 4 de abril de 1862, según la cual el fraude no puede consistir en las meras palabras sin que debe existir una cosa material, un montaje, una puesta en escena. Esta tesis fue reiterada por la misma Corte de Casación francesa en sentencia del 10 de agosto de 1867, dentro del caso *Bocconnier*. Esta tesis ha sido avalada por nuestra Corte Suprema en pronunciamientos como el del 16 de enero de 1953. En contra, BARRERA DOMÍNGUEZ afirma que, si con la sola palabra mendaz, sin artificios, se llevó o mantuvo en error a la víctima, derivándose un perjuicio económico en su contra, se tiene el delito de estafa. BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto. *Delitos contra el patrimonio económico*. Bogotá: Librería del Profesional, 1997, p. 153.

33 En igual sentido, el Tribunal Supremo Español ha sostenido que “el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.”. SSTS 162/2012, de 15 de marzo y 590/2012, de 5 de julio.

34 Ejecutoria Suprema del 11/2/2010 RN n° 3115-2007. LAMBAYUQYE. Vocal Ponente. BARRIOS ALVARADO. Gaceta Penal T. 15.

afirmarse que, en virtud del principio constitucional de buena fe, está proscrito y constituye un riesgo desaprobado acudir a cualquier tipo de engaño en el curso de una negociación contractual o, por el otro, indicar que se permite que los contratantes actúen con mentiras y engaños, y que corresponde a su co-contratante encontrar la realidad de la negociación. En el caso primero, cualquier engaño sería constitutivo de lo que proscribía el tipo penal de estafa, y en el segundo, ningún engaño alcanzaría el nivel de lo punible.

Este análisis del riesgo permitido, como se ha indicado, se realiza desde lo normativo o desde la propia configuración de la sociedad.³⁵ Para el caso colombiano, encontramos que la normatividad civil, y la interpretación que de la misma se ha dado entre nosotros permite lo que se ha denominado el *dolus bonus*, definido por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay que indicó.³⁶

No se vulnera la obligación de informar cuando se trasmite aquella parte de la información que se permite existiendo reserva en función de intereses propios.

Sobre ello, incluso desde Carrara ya se trataba la problemática, al señalar que “es usanza, si no honesta, al menos tolerada en la sociedad humana, que los contratantes se engañen recíprocamente [...] todos los que venden un objeto ponen en el cielo sus virtudes y ocultan sus vicios; o si se trata de un fundo, exageran sus utilidades y callan sus inconvenientes.” Proponía Carrara que para que se presentara esta forma de criminalidad debía concurrir la *magna calliditas*, de manera que el engaño debe ser de tal magnitud que pueda engañar a un prudente padre de familia.

Esto es igualmente aplicable en el medio colombiano, de modo que quien pretende vender un producto o un servicio habitualmente exalta sus condiciones, y eventualmente oculta sus defectos, es un hecho no solamente común, sino jurídicamente válido, como procedemos a argumentar.

En primer lugar, las normas civiles que se refieren al contrato establecen que la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita son los requisitos esenciales de todo contrato,³⁷ señalando igualmente que el error, la fuerza y el dolo son los

35 REYES ALVARADO. Op. cit., p. 115.

36 Suprema Corte de Justicia, Sentencia nº 02/2008 de 08/02/2008, “C. S.A. c/ B.M. J.X. y otros. Casación”. IUE: 41-79/2003.

37 Código Civil colombiano. art. 1502.

vicios que afectan el consentimiento.³⁸ En cuanto al error, se indica que es un vicio del consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto materia del contrato, es diversa de lo que se cree, como cuando alguien compra lo que cree es una barra de plata, cuando realmente es de otro material semejante.³⁹ Se indica, así mismo que, el error sobre las demás calidades de la cosa no vician el consentimiento salvo que esa calidad sea el principal motivo de una de las partes para contratar y haya sido conocido por la otra parte.⁴⁰ Por último, el dolo civil no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece que sin él no hubiera contratado.⁴¹

Al revisar esta normatividad, tenemos que ciertamente el hecho de ocultar una condición o situación puede generar un vicio del consentimiento que conduzca a la anulabilidad del contrato, ya sea en el caso del error, o en el del dolo. De manera que, frente a estos eventos, el propio ordenamiento comercial y civil han establecido la consecuencia jurídica para este tipo de comportamientos, sin que se haga referencia alguna a un deber de veracidad por parte de los contratantes, con lo que, entendemos, se permite cierto nivel de engaño entre quienes concurren a celebrar un negocio jurídico.

Como la excepción es la prueba de la regla, nótese cómo en materia comercial sí se establece un deber de veracidad en el caso del contrato de seguro, en el que el artículo 1058 del Código de Comercio se indica que el tomador está obligado a “declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo”.

Debe tenerse en cuenta, por demás, que el hecho de mentir en la vida cotidiana, o en la comercial, forma parte de las libertades ciudadanas de las que gozan los particulares y su restricción debe ser explícita y excepcional, como se hace cuando se indica que la historia clínica debe ser exacta (L. 23 de 1981), las declaraciones respecto de la sismorresistencia de un bien (L. 400 de 1997), además del precitado ejemplo del contrato de seguros. Lo propio sucede en materia penal, cuando el estatuto de manera explícita establece los eventos en los que considera desaprobado el hecho de mentir, como sucede con el falso testimonio (art. 442 CP) o el fraude a subvenciones (art. 403A CP, art. 26 L. 1474 de 2011). Pensemos en un caso en el que alguien va a comprar

38 Ibid., art. 1508.

39 Ibid., art. 1511.

40 Ibid., art. 1508.

41 Ibid., art. 1515.

una joya que cree es de plata, indaga a su vendedor al respecto y este le afirma que en efecto lo es. Convencido, el comprador realiza el negocio y lleva el objeto a un especialista, quien le indica que no es de este material. En este supuesto, si bien existe un engaño que motiva al comprador a realizar el negocio, difícilmente se puede hablar de una estafa punible, pues, como lo indica el mismo tipo penal, no basta con un engaño, o un solo ardid, en tanto que, al estar redactada con verbos rectores en plural, se exige una maquinación, de manera que se podría presentar el delito cuando en el ejemplo las palabras se acompañan de documentos, testimonios o demás que den cuenta de la originalidad de la cosa.

Con ello queda claro que en la legislación colombiana se tolera normativamente algún nivel de engaño en la celebración de contratos civiles y comerciales, en tanto que (i) no se establece un deber específico de veracidad, (ii) se asume como adecuado el denominado *dolus bonus* y (iii) cuando el engaño supera lo habitual, establece unas consecuencias civiles, como el saneamiento por parte del vendedor, o la rescisión del contrato, con la respectiva reparación.

En últimas, si bien es un acto inmoral, el hecho de mentir aún forma parte de las libertades ciudadanas⁴² y, por ende, contrario a lo que afirma la Corte Suprema de Justicia en la postura que afirma la tipicidad de este tipo de sucesos, no es cierto que exista una prohibición de mentir en las negociaciones contractuales, asunto que, al estar dentro del riesgo permitido, escapa a la tipicidad penal, siempre que se mantenga dentro de lo que se ha denominado *dolus bonus* y no se encuentre acompañado de otras maniobras, tales como falsificación de documentos, alteración temporal en las condiciones del bien, entre otros, asuntos que ciertamente encajan dentro de lo prohibido, como son la realización de maniobras o engaños, en plural.

De manera que, al estar permitido en Colombia el acudir a ciertas formas de engaño en el marco de una relación contractual, este hecho por sí mismo, esto es, siempre que no vaya acompañado de otro tipo de ardid, tales como, por ejemplo, falsificación de documentos, escapa a la tipicidad del delito de estafa, por estar comprendido dentro del riesgo permitido. Lo contrario sucede en aquellos países en los que se tipifica de manera expresa el estelionato, mismo que, conforme se ha

42 Igual en CARRARA. Op. cit., p. 420 señala “la mentira no es delito, porque nadie debe creer con facilidad las palabras de otro. Si cree en ellas, impúteselo a sí mismo y reclame de los tribunales civiles la reparación de los perjuicios sufridos”.

señalado, se consume cuando se ocultan estas situaciones sobre los bienes materia de negociación.⁴³

La moderna teoría de la imputación objetiva, a fin de determinar la tipicidad del comportamiento, a la institución del riesgo permitido ha agregado la del ámbito de responsabilidad de la víctima,⁴⁴ en la que se determina la relevancia que puede tener su participación dentro del suceso en el que termina lesionado. En términos generales, diremos que todo ciudadano, como titular de derechos, es libre de enfrentar los riesgos que considera, debiendo asumir las consecuencias que se generen cuando estos riesgos se materialicen en un resultado lesivo para sus intereses. De manera que, estando en una actividad en la que concurren la víctima y el autor, de manera conjunta, se imputa el eventual resultado a aquella cuando (i) la actividad permanezca en el ámbito de la organización conjunta entre el autor y víctima, (ii) la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada del autor, siendo necesario que aquella tenga la base cognitiva necesaria para poder ser considerada auto-responsable y, por último, que (iii) el autor no ostente una posición de garante respecto de los bienes de la víctima.⁴⁵

Dentro del caso analizado es evidente que la actividad en concreto, el negocio jurídico, al ser un contrato bilateral, se mantiene dentro del ámbito conjunto entre el autor y la víctima, por lo que este primer elemento es evidente que se presenta, por lo que sería viable aplicar esa propuesta de la imputación a la víctima.

Nos ocupamos por aparte del punto segundo, es decir, el que la víctima sea consciente del riesgo que se encuentra asumiendo como requisito para aplicar esta figura y excluir la imputación al tipo objetivo. Conforme se ha mencionado, lo que se requiere es que la víctima sea consciente del riesgo que se encuentra asumiendo, lo que se denomina “base cognitiva necesaria para poder ser considerada auto responsable”.⁴⁶ En este escenario, bien vale la pena retomar los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema en punto del avance que en materia de formación académica y preparación para la vida comercial se tiene hoy en día en nuestro país,

43 SOLER. Sebastián. *Derecho penal argentino*. T. IV. 2ª reimposición. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 374.

44 JAKOBS. Op. cit., p. 28; CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ. Op. cit., p.65.

45 CANCIO MELIÁ. Op. cit., p. 85.

46 CANCIO MELIÁ. Op. cit., p. 85.

de manera que, si una persona realiza un determinado negocio jurídico, debe conocer unos mínimos riesgos que se pueden presentar, conocimiento que por supuesto varía de persona a persona, atendiendo su formación académica, eventualmente su profesión y, sobre todo, el que haya realizado el mismo negocio que se pretende realizar con anterioridad.⁴⁷

No se trata entonces de fijar un parámetro universal, menos atendiendo la diversidad de la población colombiana, pero sí indicar que no puede desconocerse que las personas tienen unos conocimientos mínimos sobre negocios, así como el que mucha de la información que se requiere para realizar un determinado negocio es pública, particularmente en materia de gravámenes sobre bienes. En este sentido, consideramos que es posible exigir de quien realiza un acto de disposición patrimonial que tome las medidas que cualquier ciudadano tomaría a la hora de realizar un negocio similar a fin de evitar ser víctima de una defraudación.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha sostenido en el delito de la estafa que se requiere un *engaño bastante*, entendiendo por tal:

[...] aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.⁴⁸

Así, por ejemplo, quien va a comprar cualquier bien sujeto a registro debe consultar en las entidades existentes, con acceso público, que el mismo se encuentre libre de gravámenes, y, cuando se trata de una cosa, revisar técnicamente el estado y la funcionalidad de la misma. Por el contrario, cuando la persona realiza un acto de disposición patrimonial sin tomar las medidas que le resultan exigibles a cualquier ciudadano, es evidente que ha obrado en contra de sus propios intereses, de

47 Afirma Barrera Domínguez: “corresponde al Juez, precisar si el ardid utilizado por el delincuente, según las condiciones de la víctima, produjo en ella el error [...] debe examinar el juzgador si el engaño o artificio es idóneo en esa situación concreta, o si el daño económico que padece el sujeto pasivo se debe a simple torpeza o liberalidad”. BARRERA DOMÍNGUEZ. Op. cit., p. 152.

48 SSTS 1855/2001, de 19 de octubre, 1/2007, de 2 de enero, 63/2007, de 30 de enero, 454/2007, de 22 de mayo, 712/2007, de 13 de julio, 714/2010, de 20 de julio, 278/2010, de 15 de marzo, 452/2011, de 31 de mayo, 495/2011, de 1 de junio y 814/2012, de 30 de octubre.

manera que es la propia víctima quien ha creado un riesgo para sus intereses y debe asumir —desde el punto de vista penal— los resultados que llegaren a producirse. Es evidente que la propiedad, conforme se ha indicado, genera en los terceros un deber estrictamente negativo, esto es, el de evitar interferencias para con el derecho del propietario, pero de ninguna manera el propietario cuenta con una prebenda de solidaridad por parte de los demás que deben acudir al cuidado del acervo ajeno, lo cual, en la práctica conduciría a congelar el mundo comercial.

De manera que, para evaluar este requisito, proponemos un baremo común, en el que quien realiza un negocio jurídico debe tomar todas las medidas necesarias evitar ser víctima de un detrimento patrimonial, entendiendo por tales, aquellas que *(i)* se encuentran en bases de datos exequibles a la totalidad de la ciudadanía y *(ii)* se correspondan con las que se deben tomar para el negocio que se pretende realizar. A medida que la preparación académica o el fogueo en los negocios aumente, el baremo de aquello que se le exige a la víctima realizar para tomar las precauciones debidas igualmente aumenta, de manera que, en una compra-venta de acciones, no se le exigirá lo mismo al ciudadano del común que a quien es experimentado en este tipo de transacciones.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha sostenido la existencia de un doble parámetro, a saber, uno objetivo y uno subjetivo, indicando que

[...] la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivización de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.⁴⁹

Señalamos que es deber de todo ciudadano acudir a las bases de datos existentes y a toda la información disponible para prevenir riesgos en sus transacciones porque precisamente es para ello que las mismas existen, como sucede con el Registro de Instrumentos Públicos, que pretende precisamente informar a cualquier persona sobre las particularidades de los bienes raíces. Creemos que normativamente al estar

49 SSTS 95/2012, de 23 de febrero y 1001/2012, de 18 de diciembre. Sobre ello, CHOCLÁN MONTALVO. Op. cit., p. 81.

permitida cierta forma de engaño, como se demostró, el deber correlativo a este derecho es el de autoprotección y cuidado que debe asumir quien pretende realizar un negocio jurídico.

Es precisamente en este sentido, que la Corte Suprema de Justicia del Perú⁵⁰ ha señalado que

[...]es conveniente incluir [...] el principio de auto responsabilidad de la víctima o competencia de la propia víctima, pues es esta quien es responsable de su deber de autoprotección [...] será relevante el engaño cuando la víctima no puede evitar su error a pesar de haberse comportado de acuerdo a las pautas sociales y su capacidad en el cuidado de los bienes jurídicos del cual es titular.

Por último, en lo que toca la posición de garante que uno de los contratantes pueda o no tener respecto del otro, encontramos que nuestra Corte Suprema de Justicia la ha afirmado a partir del deber de actuar de buena fe que les asiste a las partes en una relación contractual.

La moderna teoría del derecho penal entiende que se hace necesario delimitar los ámbitos de competencia de los ciudadanos, en tanto que “no todo es competencia de todos”.⁵¹ Así, mientras todas las personas tienen un deber de evitar interferencias en esferas de actuación de terceros o, lo que es lo mismo, abstenerse de dañar a otro, denominadas deberes de competencia por organización, solamente algunos ciudadanos en determinadas condiciones tienen unos deberes de competencia por institución que los obligan a configurar un mundo en común y tomar todas las medidas necesarias para que otros no resulten lesionados, ya sea por su actuar o por el de terceros, como sucede con los padres respecto de sus hijos, cuyos deberes no se limitan a no causarles daño, sino a disponer todo lo pertinente para evitar que se vean menoscabados.

Por supuesto que estos deberes de competencia por institución, al ser una limitación a la libertad individual de acción, son excepcionales y surgen cuando, de manera expresa lo ha indicado el legislador, en instituciones como la familia, la relación médico-paciente, entre otros.

50 Ejecutoria Suprema del 11/2/2010 RN n° 3115-2007. LAMBAYUQUE. Vocal Ponente. BARRIOS ALVARADO. Gaceta Penal T. 15.

51 JAKOBS. Op. cit., p. 28.

La tutela jurídica que se dispensa a la propiedad se relaciona con la prohibición de interferencias no consentidas para este derecho, de manera que el propietario dispone la forma en que quiera hacer uso de su propiedad, excluyendo a todos los demás de esta determinación.⁵² La propiedad, entonces, no es más que una relación negativa, en la que se trata de un derecho a no ser perturbado por otros, quienes, por demás, no se encuentran obligados a socorrer al propietario cuando este no se encuentra en condiciones de hacerlo, sino que simplemente su deber se limita a no perturbar la propiedad.⁵³

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entiende que el hecho de ocultar información respecto del bien puede ser un acto de injerencia, debido a que es contrario al principio de buena fe, por lo que de allí surgiría la posición de garante. Al respecto, baste con reiterar que la legislación nacional no establece un deber de veracidad en los contratantes, salvo en el contrato de seguros, ni tampoco encontramos una norma expresa que indique que entre quienes celebran transacciones comerciales exista posición de garante, siendo la ley o la Constitución los únicos habilitados para imponer esta condición, que claramente constituye una restricción a la libertad de acción, por lo que no es cierto que esta sea una limitante para la aplicación de la auto puesta en peligro, como lo ha entendido nuestra Corte Suprema de Justicia.

En aquellos ordenamientos que tipifican expresamente el estelionato, por el contrario, se entiende que, con la sola omisión del vendedor respecto de la existencia del gravamen, se comete este delito. Sobre ello, la Cámara de Casación Penal argentina ha sostenido que

El silencio del vendedor, sobre la situación jurídica del objeto de la transacción, resulta suficiente para calificar su conducta en el tipo penal de estelionato; ya que, quien vende, se encuentra en posición de garante respecto a la transmisión de la propiedad y al pleno uso y goce de la cosa por parte del comprador, motivo por el cual resulta exigible al vendedor que exprese la situación jurídica en la que se encuentra el objeto de la transacción.⁵⁴

52 JAKOBS. Op. cit., p. 28.

53 Ibid., p. 28.

54 TSJ Sala Penal Cba. Sent. No 99 del 29/04/2009. Trib. de origen: Cám. 3a del Crimen Cba. "Ferreyra, Leonardo David y otro p.ss.aa". Robo calificado - Recurso de casación.

Por el contrario, en el ordenamiento jurídico colombiano, que no tipifica de manera explícita este reato, tenemos que lo procedente es aplicar la teoría general del delito al reato de estafa, para encontrar que este suceso escapa a la tipicidad en nuestro medio.

En nuestro entender la postura correcta, de aquellas que ha asumido nuestra Sala de Casación Penal, es aquella que indica que no habrá imputación al tipo objetivo en el delito de estafa cuando la víctima desatienda sus deberes de autoprotección, considerando que vivimos en un momento en el que constitucionalmente se tutela la propiedad, permitiendo que el propietario disponga de su haber como lo considere, incluso, de manera contraria a sus propios intereses. Además, el momento cultural que atraviesa nuestra sociedad, primero, permite que cualquier ciudadano pueda acceder a bases de datos, en las que podrá enterarse del estado de los bienes que desea adquirir y, segundo, tolera ciertas formas de engaño, dentro de las relaciones comerciales, como sucede con el denominado *dolo bueno*, o *dolus bonus*, conforme se argumentó anteriormente.

Ya en tiempos del estatuto anterior Luis Carlos Pérez advertía que “la simple relación causal entre mentira y error no sirve como factor incriminante. Es indispensable [...] que la mentira engendre el engaño, que tenga cierta seriedad, habida cuenta de la empresa proyectada, el valor de la oferta y la clase de persona a quien va dirigida”.⁵⁵

De tal manera que consideramos que en eventos en los que el vendedor guarda silencio respecto de la existencia de gravámenes sobre las cosas que desea transferir, aunque es clara la existencia de engaños y la causalidad respecto del perjuicio patrimonial que sufre la víctima —que, de haber conocido esta situación se habría abstenido de realizar el negocio jurídico— el resultado lesivo no debe ser imputado al agente, sino a la víctima cuando esta desatiende las medidas que cualquier ciudadano hubiera tomado para realizar un negocio como el que se pretendida efectuar.

Esta regla, consideramos, es absoluta cuando, primero, se trata de negocios que no demandan una experticia o experiencia particular, como de aquellos que habitualmente realizan los ciudadanos —compraventas o permutas sobre inmuebles o sobre determinados bienes muebles—, o cuando, segundo, siendo negocios especializados, las dos partes cuentan con la misma experticia y experiencia, pero se relativiza cuando

55 PÉREZ. Op. cit., 387.

las partes no se encuentran en igualdad de condiciones, como cuando un ciudadano común realiza una inversión en la bolsa de valores. En este supuesto, corresponde al ciudadano tomar unas medidas mínimas de precaución, como lo es el realizar la inversión dentro del mercado legal, pero es deber de su contratante el tenerlo debidamente informado para que pueda tomar las decisiones que considere de conformidad con sus propios intereses. Solo en este supuesto, esto es, cuando las partes no están en igualdad de condiciones y la víctima no cuenta con la base cognitiva necesaria para poder ser considerada auto-responsable, el resultado le será imputable a quien la ha engañado.

Como puede apreciarse, se asume como correcta una tesis intermedia, como la que sostiene Choclán Montalvo cuando afirma que es correcta la exclusión de la responsabilidad al agente cuando estemos en presencia de una “reprochable omisión por la víctima de las medidas de autoprotección disponibles y exigibles”,⁵⁶ de manera que deberá negarse el engaño de la estafa “cuando aquel sea fácilmente evitable por la víctima actuando los mecanismos de auto-tutela que resulten exigibles, pues la negligencia de la víctima en la vigilancia de los bienes jurídicos de que es titular incrementa el riesgo de lesión inherente a la conducta del autor, y ese aumento del riesgo solo debe imputarse al ámbito de competencia de la propia víctima”.⁵⁷

De manera que entendemos que en Colombia el delito de estelionato no se encuentra cubierto dentro del radio de acción del delito de estafa, en lo que tiene que ver con la compra y venta de bienes sobre los cuales versa una medida cautelar que se oculta al comprador, de conformidad con los argumentos que se han señalado. Podría, sí, presentarse el delito de estafa cuando se trata de transacciones que demandan un conocimiento que excede aquel que tendrían la generalidad de los negocios, cuando solamente una de las partes posee información que resulta necesaria para formarse el consentimiento en debida manera.

56 CHOCLÁN MONTALVO. Op. cit., p. 114.

57 *Ibíd.*, p. 119.

4. CONCLUSIONES

1. Los romanos denominaron estelionato a una específica modalidad delictiva que se caracteriza por el engaño que una persona realiza a otra, a fin de inducirla a realizar un acto de disposición patrimonial. Con el paso del tiempo los sistemas normativos en América Latina adoptaron la denominación de estafa para referirse a esta forma de criminalidad. Más allá de la unificación que se adoptó en nuestros países en punto de la denominación del reato, tomada de la legislación española, las técnicas legislativas respecto de este delito son diferentes, encontrándose dos grandes tendencias. Una, que señala una definición genérica del delito de estafa y contempla varias modalidades, una de las cuales es el estelionato entendido como vender o gravar como bienes libres los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados, así como vender, gravar o arrendar como propios bienes ajenos, y otra, que se limita a realizar una descripción genérica de la estafa, dejando a la doctrina y la jurisprudencia el que se perfilen los comportamientos que constituyen este delito. El Código Penal colombiano actual se corresponde con esta segunda postura, y guarda silencio respecto a si el estelionato es delito o no, asunto sobre el que se ha ocupado nuestra Corte Suprema de Justicia.
2. La Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia, a la hora de resolver eventos en los que se presenta una negociación sobre una cosa respecto de la cual pesa un gravamen que no se informa a quien desea adquirirla — uno de los eventos constitutivos de estelionato— ha tenido posturas radicalmente diversas en punto a si estos hechos son o no constitutivos del delito de estafa, pudiendo diferenciarse claramente dos corrientes de pensamiento. Una, según la cual la víctima tiene unos deberes de autoprotección y autocuidado que, si desatiende, hacen que el resultado lesivo —el detrimento patrimonial— le sea imputable a ella y no al agente, por lo que el hecho carecería de interés para el derecho penal. Dentro de esta postura encontramos a su vez dos alternativas, una primera que lo traza como una regla general y una segunda que señala que, para que la imputación del resultado se haga a la víctima y no al agente, es necesario que las partes se encuentren en condiciones de igualdad. La segunda tesis (aquella que sostiene la tipicidad del suceso) afirma que,

partiendo del principio constitucional de buena fe, entre las partes no hay lugar a que situaciones como estas se oculten, más cuando se tiene en cuenta que, de haberlas conocido, la parte no habría realizado el negocio jurídico, afirmando la tipicidad de estos comportamientos.

3. Estas posturas, claramente contrarias, se han prolongado a lo largo de la vigencia de nuestro actual Código Penal, alternando la Sala de Casación Penal en el tiempo entre una y otra, de manera que hoy tenemos pronunciamientos que afirman la tipicidad de la estafa en este tipo de casos y otros que la niegan, decisiones que resultan vinculantes para los jueces de nuestro país, quienes se ven enfrentados a la disyuntiva de cuál de estas posturas aplicar cuando se trata de resolver un caso en concreto.
4. La Sala de Casación Penal ha señalado, en pacífica jurisprudencia, que el contrato no excluye la posibilidad de que se presente el delito de estafa, sino que, por el contrario, puede ser una de las maniobras por medio de las cuales se induce a o mantiene en error al sujeto pasivo.
5. Consideramos que la tutela que el ordenamiento jurídico dispensa al patrimonio económico privado supone el deber que tiene toda persona de tomar aquellas cautelas que cualquier ciudadano adoptaría para evitar que, en la realización de negocios jurídicos, su patrimonio resulte lesionado. En este contexto entendemos que, cuando se realiza un negocio jurídico, lejos de existir un deber de veracidad entre las partes, es lícito que las personas velen por sus propios intereses, lo cual puede llevarlos a ocultar información, e incluso a mentir. Entendemos que el sistema normativo colombiano no prohíbe, por la vía penal, lo que se denomina civilmente el *dolus bonus*, o la actitud de exaltar e incluso exagerar las virtudes de la cosa que se pretende negociar y de ocultar sus vicios. En este contexto, nuestra normatividad, contrario a lo que señala la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no impone a las partes un deber de veracidad, sino, por el contrario, un deber de cautela en el sentido de tomar las precauciones necesarias para evitar ser lesionado en el negocio jurídico —dado que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”—, y, por supuesto, no exceder los límites de ese dolo bueno, lo cual tornaría claramente en desaprobada la conducta del agente.

6. Esta solución, por supuesto que no puede ser absoluta, por lo que diferenciamos aquella situación en la que (i) las partes se encuentran en igualdad de condiciones, como cuando (i.i) se realiza un negocio de aquellos que no requieren una experticia o experiencia particular, o (i.ii) se realiza un negocio en el que, si bien se requiere un conocimiento particular, ambas partes lo poseen, de aquellas en las que (ii) las partes se encuentran en condiciones desiguales, dado que una cuenta con conocimiento o experticia especial en el negocio que se va a realizar, con que no cuenta su contratante, evento en el que solamente se le puede exigir a aquella que carece de la misma que tome las precauciones que adoptaría cualquier ciudadano. A la vez, respecto de la información especializada para esa transacción en particular, quien pretende vender el bien o el servicio debe suministrar todo aquello que su contratante requiera para tomar una decisión debidamente informada o, de lo contrario, podríamos estar frente a un riesgo desaprobado, en lo que tiene que ver con el delito de estafa.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Doctrina

- BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto. *Delitos contra el patrimonio económico*. 4ª ed. Bogotá: Librería del Profesional, 1997.
- CANCIO MELIÁ, Manuel (s. f.). *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. 1ª reimpresión. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Traducido por SOLER, Sebastián. Buenos Aires: DEPALMA, 1946.
- JAKOBS. Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Madrid: Thomson Civitas, 2003.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996.
- PÉREZ, Luis Carlos. *Derecho Penal*. T. V. 2ª ed. Bogotá: Temis, 1991.
- COLOMBIA. POLICÍA NACIONAL, *Revista Criminalidad*. Vol. 58. n° 2. Bogotá, D.C., noviembre de 2016.
- REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 1996.
- ROXIN. Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. T. I. Madrid: Civitas, 1997.
- SOLER. Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. T. IV. 2ª reimpresión. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 373.

5.2. Legislación

- Constitución Política de Colombia
- Código Civil de Colombia
- Código Penal de la República de Argentina
- Código Penal de Costa Rica
- Código Penal de Colombia
- Código Penal del Brasil
- Código Penal del Perú
- Código Penal de Cuba
- Código Penal de El Salvador
- Código Penal de Ecuador
- Código Penal de Bolivia

5.3. Jurisprudencia

Colombia:

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:
 - Sentencia del 1º de febrero de 2012, rad. n° 34853
 - Sentencia de segunda instancia n° 30571 del 9 de febrero de 2009
 - Auto 30775 del 18 de febrero de 2009
 - Auto del 16 de abril de 2009, rad. 31115
 - Auto del 28 de abril de 2010, rad. 33659
 - Revisión del 19 de mayo de 2010, rad. 32310
 - Sentencia de segunda instancia del 6 de mayo de 2010, rad. 33331
 - Auto del 19 de septiembre de 2011, rad. 36973
 - Sentencia del 1º de febrero de 2012, rad. 34853
 - Sentencia del 17 de septiembre de 1997, rad. 12655
 - Sentencia del 29 de agosto de 2002, rad. 15248
 - Sentencia del 12 de junio de 2003, rad. 17196
 - Sentencia del 27 de octubre de 2004, rad. 20296
 - Sentencia del 10 de junio de 2008, rad. 28693
 - Sentencia del 12 de septiembre de 2012, rad. 36824
 - Sentencia de 18 de diciembre de 2001, rad. 16635
- Corte Constitucional
 - Sentencia SU-1184 de 2001
 - Sentencia T-123 de 1995
 - Sentencia C-447 de 1997
 - Sentencia SU 049 de 1997
 - Sentencia C-252 del 2001
 - Sentencia C-836 de 2001

Perú

- Corte Suprema de Justicia
 - Ejecutoria Suprema del 11/2/2010 RN No. 3115-2007. LAMBAYUQYE. Vocal Ponente. BARRIOS ALVARADO. Gaceta Penal T. 15
 - TSJ Sala Penal Cba. Sent. No 99 del 29/04/2009. Trib. de origen: Cám. 3a del Crimen Cba. "Ferreira, Leonardo David y otro p.ss.aa. Robo calificado - Recurso de casación

España

- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal
 - Sentencia 162/2012, de 15 de marzo
 - Sentencia 590/2012, de 5 de julio
 - Sentencia 1855/2001, de 19 de octubre
 - Sentencia 95/2012 de 23 de febrero
 - Sentencia 1001/2012, de 18 de diciembre

Brasil

- Corte Suprema de Justicia
 - (TRF4, AC 20017011001423-1/PR, Fábio Rosa, 7ª T., u., DJ 24.4.02. (STJ), CC 61121/SP, Arnaldo Lima, 3ª S., u., 13.6.07)

Francia

- Corte de Casación
 - Sentencia del 4 de abril de 1862
 - Sentencia del 10 de agosto de 1867

Argentina

- TSJ Sala Penal Cba. Sent. No 99 del 29/04/2009. Trib. de origen: Cám. 3a del Crimen Cba. "Ferreyra, Leonardo David y otro p.ss.aa. Robo calificado - Recurso de casación"