

INNOVACIONES JURIDICAS SOBRE ALGUNOS DELITOS  
CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

OSCAR PINZON RAMIREZ

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
BARRANQUILLA, 1.986

4034422

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
 BIBLIOTECA  
 BARRANQUILLA

4034422

25 FEB. 2008

DONACION

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
 BIBLIOTECA JURIDICA  
 FRANCISCO DE PAULA SANTANDER  
 DIRECCION

DR # 0880



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
 BIBLIOTECA  
 BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
 BIBLIOTECA  
 BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
 BIBLIOTEC  
 BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA JURIDICA  
FRANCISCO DE PAULA SANTANDER  
DIRECCION

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

INNOVACIONES JURIDICAS SOBRE ALGUNOS DELITOS  
CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

OSCAR PINZON RAMIREZ

Tesis presentada en cumplimiento de los requisitos exigidos para optar al Título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.  
BARRANQUILLA, 1.986

T  
364.16  
P.645

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR  
BIBLIOTECA JURÍDICA  
FRANCISCO DE PAULA SANTANDER  
DIRECCIÓN

La Universidad Simón Bolívar no se hace responsable de los conceptos emitidos por los autores. Solamente velará porque no se publique nada contrario al dogma ni a la moral católica y porque no contenga ataques personales, y únicamente se vea en ello el anhelo de buscar la verdad.

"EL AUTOR Y EL PRESIDENTE DE TESIS  
QUIEN ES COAUTOR SON RESPONSABLES  
DE LOS CONCEPTOS EMITIDOS EN EL  
PRESENTE TRABAJO"

DEDICO A:

Mis padres : DARIO y CANDIDA ROSA  
Mi esposa : ANA CECILIA  
Mi hijo : HEWITH GEOVANNY  
Mis suegros : CAMILO Y ANA LUISA  
Mi cuñada : NELLY

OSCAR.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

## AGRADECIMIENTOS

El autor expresa agradecimientos sinceros:

A Dr. JESUS ALVAREZ CABRERA, Presidente de Tesis

A Dr. CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ, Decano

A Dr. RAFAEL BOLAÑO MOVILLA, Secretario

A Dr. MARCO TULIO CARDONA, Secretario del Poder Judicial

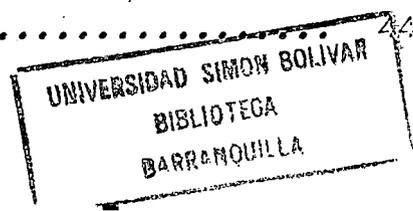
A Sra. CARMENZA CASTELLANOS LOPEZ, Secretaria

A todas aquellas personas que con su colaboración me ayudaron para la culminación de mi carrera.

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION .....	1
1. ASPECTOS GENERALES .....	4
1.1 EL BIEN JURIDICO TUTELADO.....	4
1.2 NOCION DE: PROPIEDAD, PATRIMONIO Y POSESION .....	5
1.2.1 Propiedad .....	5
1.2.2 Patrimonio .....	8
1.2.2.1 Concepto Penal .....	9
1.2.3 Posesión .....	11
1.3 BIENES PATRIMONIALES .....	13
1.4 ELEMENTOS GENERALES DE ESTE TIPO DE DELITO...	15
1.5 IMPORTANCIA DEL CAMBIO EN LA DENOMINACION DE ESTE TITULO .....	16
2. HURTO .....	18
2.1 ANTECEDENTES DE LAS NORMAS SOBRE HURTO .....	18

2.2	SUPRESIONES Y MODIFICACIONES A ESTE DELITO EN EL NUEVO CODIGO .....	23
2.2.1	Diferencias entre el Código de 1936 y el Actual .....	27
3.	ESTAFA .....	32
3.1	ANTECEDENTES, CONCEPTO Y ELEMENTOS .....	32
3.1.1	Antecedentes .....	32
3.1.2	Concepto .....	35
3.1.3	Elementos .....	37
3.1.3.1	Inducción o mantenimiento en error mediante el empleo de artificios o engaños .....	37
3.1.3.2	Obtención de un provecho ilícito con perjuicio de otro .....	38
3.1.3.3	Relación de causalidad entre las ma- niobras engañosas y el provecho ilícito..	39
3.2	ESTAFA EN JUEGOS .....	40
3.3	PRINCIPALES DIFERENCIAS CON LA LEGISLACION ANTERIOR .....	41
4.	FRAUDE MEDIANTE CHEQUE .....	44



4.1	IMPORTANCIA DE SU INSTITUCION COMO TIPO PENAL AUTONOMO .....	44
4.2	ES UN ATENTADO CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO Y NO CONTRA EL ORDEN ECONOMICO Y SOCIAL .....	47
4.3	EL CHEQUE POSDATADO EN LA NUEVA LEGISLACION PENAL .....	49
	CONCLUSIONES .....	57
	BIBLIOGRAFIA .....	66

## INTRODUCCION

Me permito presentar a continuación el trabajo intitulado "INNOVACIONES JURIDICAS SOBRE ALGUNOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO", cuyo mérito no es sólo el de llenar un requisito académico, sino también, que sirba de auxiliar en el desarrollo de nuevos conceptos acerca de la nueva legislación penal y más específicamente en cuanto respecta a las figuras de Hurto, Estafa y Fraude mediante cheque.

En primer lugar me referiré en síntesis sobre los conceptos generales valederos para todo el título de los delitos contra el patrimonio económico, evitando así, la repetición en cada una de las conductas delictivas materia de este trabajo.

En segundo lugar después de analizados estos conceptos comunes, estudiaré cada uno de los delitos antes mencionados, refiriéndome especialmente a las innovaciones y modificaciones hechas por el Código Penal de 1,980 con

relación al Código anterior, para luego tratar de formular algunos conceptos desde luego muy modestos, en el capítulo de las Conclusiones.

No se vacila en afirmar, que se hacía indispensable la derogatoria del Código anterior, ya que el Nuevo Código Penal cambia de orientación, reemplazando la peligrosidad por la culpabilidad, permitiéndole al Estado adoptar nuevas normas que responden a los principios que actualmente inspiran la ciencia del Derecho Punitivo en las Legislaciones más modernas acordes a las circunstancias.

Pero como toda innovación en materia legislativa, el nuevo Código requiere de una adecuada ambientación en el medio jurídico y para su mejor comprensión, trata de desprenderlo de los muchos y antiguos criterios concebidos al amparo de la anterior legislación.

El nuevo Código de las penas, trae novedosas innovaciones que seguramente van a disipar muchos equívocos y falsas interpretaciones a que dió lugar el Código de 1936.

Estos apuntes tratan de estudiar, en forma breve pero precisa, los adelantos de la técnica jurídica con respec -

to a la norma penal, especialmente de delitos como el hurto, la estafa y el fraude mediante cheque que ocurren con alarmante frecuencia en nuestro medio.

Dado que apenas comienza a regir el nuevo Código Penal, la labor de investigación no resultó muy fácil, puesto que muy poco se ha escrito sobre éste.

## 1. ASPECTOS GENERALES

### 1.1 EL BIEN JURIDICO TUTELADO

El Título III de la Constitución Nacional que hace referencia a los derechos civiles y garantías sociales, comienza diciendo que las autoridades de la República están instituídas, entre otras cosas, para proteger a las personas residentes en Colombia, en sus "bienes" (art. 16); además el Artículo 30 ibídem, garantiza "la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles. Y, protege también, "la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, por el tiempo de vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley".

El Código Civil en el libro II, estructura todo lo referente a la propiedad de los bienes, a su uso y goce, y en el libro IV, lo relativo a los contratos y a las obligaciones.

Estas disposiciones, aún con la ayuda de las normas procesales civiles, no son suficientes para la defensa de la propiedad, de los bienes, de las obligaciones, de los derechos, en el momento en el cual fueren agredidos en forma dolosa, violenta, abusiva o engañosa; por lo cual es indispensable la tutela penal consagrada en el título XIV del Código de 1.980.

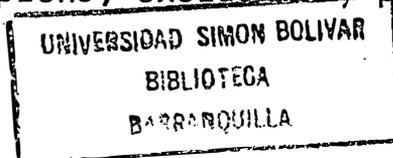
Estos derechos, como los demás, consagrados en la carta fundamental, cuando son violados dolosamente, la protección civil se vuelve ineficaz y se hace necesaria la actuación de la ley penal.

## 1.2 NOCION DE: PROPIEDAD, PATRIMONIO Y POSESION.

En el estudio de algunos de los delitos contra el patrimonio económico en el Código Penal que nos rige, es necesario hacer algunas breves referencias de ciertos conceptos que nos servirán como orientación a través de la exposición.

### 1.2.1 Propiedad.

Consiste en un derecho real, pleno, exclusivo y perpetuo



que faculta a su titular para obtener provecho exclusivo de la cosa sobre la cual lo ejerce, excluyendo de esas ventajas a los demás.

Tiene como facultad inherente a ella, el derecho de poseer la cosa, de disponer o servirse de ella, además de usarla y gozarla según su voluntad; puede así mismo su titular constituir sobre ella otros derechos reales, percibir sus frutos, prohibir que los demás se sirvan de la cosa y disponer de ella libremente. Resulta entonces claro, que esta concepción civilista de la propiedad, no abarca otros derechos, que aún teniendo valor pecuniario y por lo tanto ser patrimonial, como es el caso de la posesión.

Por ello surgió la polémica en la Doctrina, al percatarse que la denominación de delitos contra la propiedad, no era suficientemente comprensiva de situaciones a toda luz, ilícitas y que sin embargo no resultaban protegidas en el estatuto represor. De allí surgió la necesidad de ampliar el concepto de propiedad, que nos ofrece el derecho civil, para incluir dentro de él, otras situaciones jurídicas como la posesión o la mera tenencia y equipararlas al concepto de propiedad.

Así, entre otros, lo manifiesta LUIS CARLOS PEREZ, cuando en su obra "Tratado de Derecho Penal" (tomo V. pg. 529) dice que patrimonio y propiedad significan lo mismo para el derecho represor, aún cuando más adelante advierte (pg. 531) que derecho penal excede en mucho, la noción sobre el dominio que aún mantiene las leyes civiles y extiende por eso la tutela, sobre una universalidad de bienes e intereses no considerados en éstas. Es decir, no solo sanciona el ataque a las cosas corporales, susceptibles de los derechos reales, sino también, las lesiones a los derechos personales; los derechos reales son tanto los principales como los accesorios. Principales: dominio o propiedad, usufructo, uso o habitación, servidumbre y herencias; Accesorios: prenda e hipoteca.

Muy a pesar del criterio de algunos que consideraban suficiente la denominación de los delitos contra la propiedad y de aquellos para quienes el concepto de propiedad abarcaba otras figuras como la posesión o sea la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (art. 762 C.C.) o la mera tenencia que es la posesión que se ejerce sobre la cosa no con ánimo de señor y dueño sino en lugar o a nombre del dueño, la comisión redactora, siguiendo el pensamiento mayoritario de los estu -

diosos, decidió cambiar su denominación por la de delitos contra el patrimonio.

### 1.2.2 Patrimonio

Dentro de la totalidad de relaciones y situaciones de que es titular una persona, se comprende tanto las relaciones activas y pasivas de diversa naturaleza, públicas y privadas; patrimoniales y extrapatrimoniales. Es así como en esta esfera jurídica se halla el grupo quizás más importante que se denomina "patrimonio, que abarca relaciones de contenido económico y que tienen como principal característica el tener por titular a una sola y determinada persona.

De esto se concluye que el patrimonio como complejo de relaciones jurídicas debe ser considerado bajo dos aspectos:

Pasivas y Activas: En este último aspecto, que es el que nos interesa, se dice que forma parte del patrimonio, las cosas, los derechos, las situaciones y expectativas jurídicas, pero no estarían comprendidas en este acápite, algunas situaciones de hecho o meramente personales que aunque teniendo carácter económico no se concretan en una

expectativa o interés tutelar legalmente. El sujeto no tiene sobre el patrimonio un derecho único sino que se tiene tantos derechos cuantos sean las entidades que comprenden el patrimonio, por ejemplo: propiedad, usufructo, créditos, etc. Se considera el patrimonio como una universalidad jurídica, que es una entidad que supera los objetos singularizados que lo componen.

Se dice igualmente que toda persona tiene patrimonio, aún cuando en la realidad social sea discutible pensar que todos tenemos posibilidades jurídicas de tenerlo y aun - que la ley lo reconozca y lo proteja, en caso de ser titulares de relaciones jurídicas.

#### 1.2.2.1 Concepto Penal.

Como en Derecho Privado, el Patrimonio es una universalidad en la que todos los elementos que lo integran, están en poder de una sola voluntad, se ha abierto la polémica acerca de si ésta concepción es dable también en Derecho Penal, teniendo presente que, para criterio de muchos en el Derecho Civil se ha creado dicha hipótesis, con el fin de justificar algunas instituciones propias de él, vgr.: sucesión por causa de muerte. Se pregunta, entonu

ces, si es verdad que en el derecho represor el concepto de patrimonio constituye igualmente una universalidad jurídica, concebida como una e indivisible, diferente de los elementos que lo integran.

A ésto se responde, manifestando que lo cierto parece ser que en nuestro derecho, se protegen tanto los bienes individualmente considerados que forman parte del patrimonio, así como éste en cuanto universalidad jurídica y a los elementos que lo integran; no sin advertir, que en este último evento, sería más preciso decir que la protección se da más en su carácter de bienes singularmente considerados que como universalidad jurídica.

La protección penal concretamente, se da en mi sentir, más referida a los bienes que constituyen el objeto del ente patrimonial que a la concepción genérica y abstracta del patrimonio, pues, a pesar de tener ambos un contenido económico son los objetos los que se enajenan, se ceden, se permutan, gravan con censo, o se gozan, y los que se trasladan en titularidad de derechos de una persona a otra.

### 1.2.3 Posesión

La posesión ha sido definida por COLIN y CAPITANT, como la relación de hecho entre una persona y una cosa, en virtud de la cual la persona puede cumplir con la voluntad de someterla a actos materiales de uso y transformación real.

•  
JOSSERAND, afirma que la posesión consiste en un poder físico, en una dominación sobre una cosa.

A su turno PLANIOL, la concibe como un estado de hecho que consiste en tener una cosa de manera exclusiva y ejecutar sobre ella los mismos actos de uso y goce de propietarios.

Dentro de la doctrina nacional no pueden ocultarse los profundos estudios del tema por parte de grandes maestros; de una parte el Dr. EDUARDO RODRIGUEZ PINERES, para quien la posesión es un estado de hecho que consiste, en tener un bien exclusivamente y de manera real o simbólica con ánimo de señor y dueño. De otra parte, J.J. GOMEZ, quien en una visión más acorde con la orientación moderna, sostiene que la posesión es la subordinación de hecho, exclusiva, total o parcial de los bienes del hombre.

De allí que se diga en síntesis, que la posesión es la relación de hecho, que da a una persona, la posibilidad física actual y exclusiva, de ejercer sobre una cosa, actos materiales de uso, goce o transformación.

De todo esto se dice, que es la posesión un derecho que merece la protección y tutela del estado, que si bien no se le ha negado, se tiene noticias, que no pocas interpretaciones, algunas acomodaticias, han pretendido desconocerla por estar protegida bajo la denominación de propiedad y no ser ésta y la posesión una misma cosa.

Dice LUIS CARLOS PEREZ (ob.cit., pág. 550): "Siendo la posesión, el hecho original, la relación más simple entre el hombre y los elementos naturales, debiera tenerse en cuenta como la médula del interés jurídico para todos los efectos tutelares. La posesión elimina ante todo las abstracciones derivadas del "derecho de propiedad", utilizadas hasta el extremo, difundidas a veces en una ideología que les hace perder su auténtica objetividad".

Esta inquietud ha sido ya aclarada con el nuevo código penal, al incluir el título de los delitos contra el patrimonio. Pero surgen otros planteamientos, pues al ser ex-

presa la protección al poseedor, se podría sancionar al titular del dominio por hechos ilícitos sobre sus propios bienes que se hallen en poder de un tercer poseedor. En este caso el concepto de ajeno, varía fundamentalmente del concepto civil. Al respecto dice MANZINI, que el hurto del propietario sería posible cuando la cosa que le pertenece fuera poseída por otro, por un título que implique el ejercicio de una potestad inmediata de disposición o de goce de dicha cosa.

De opinión diferente es RANIERI (Manual de Derecho Penal, Tomo VI, pág. 21), quien después de abogar por la unidad de los distintos regímenes jurídicos, sostiene, que la cosa no es ajena, sino de aquel que tiene la propiedad; y agrega que no hay motivos para sostener que existe un concepto distinto acerca de la calidad de "ajena" de una cosa, desde el punto de vista del derecho penal.

### 1.3 BIENES PATRIMONIALES

El código Civil divide los bienes en corporales e incorporales, siendo aquellos, los que tienen un ser real y pueden ser percibidos por los sentidos y éstos o sea los incorporales, los que consisten en meros derechos.

Las cosas corporales a su vez, se dividen en: muebles e inmuebles según que puedan o no moverse de un lugar a otro.

Los incorporeales se dividen según el poder que su titular tenga sobre las cosas o contra las personas. Así, las creaciones literarias, artísticas o industriales que, sin tener forma corporal, sí recaen sobre ellas los derechos de autor, artista o inventor y que son llamadas derechos intelectuales o normales. Hay así mismo, otros sobre los cuales la economía mercantil e industrial y la ciencia tributaria, denominan igualmente "incorporeales", como el "Good Will", que de igual manera forman o componen el patrimonio y son objeto de tutela legal.

Desde el punto de vista penal, solo es válido el criterio de la transportabilidad empleado por el derecho civil.

Ello porque, entre otras razones, esas ficciones o asimilaciones que no obedecen a la verdadera naturaleza de las cosas, repugnan a las disciplinas penales. Por lo tanto en derecho penal serán muebles las cosas que puedan transportarse de un lugar a otro, ya sea por sí solas o en virtud de una fuerza extraña. El agua, y la energía se consideran como cosas, cuya asimilación a bienes muebles se impone por lógica elemental.

#### 1.4 ELEMENTOS GENERALES DE ESTE TIPO DE DELITO.

Para que pueda configurarse un ilícito de este tipo, habrá necesidad de que concurren plenamente estos elementos:

- Que la conducta del sujeto activo, afecte o recaiga sobre objetos que posean un valor económico. Esto es, todo aquello que, delimitable exteriormente, puede ser sometido al dominio del hombre y que es apto para satisfacer necesidades, o sea, del interés de una persona determinada.
- Que se obre con el propósito de obtener un provecho para sí o para otro, bien sea el ánimo de lucro, el provecho ilícito o el deseo de perjudicar a terceros; y
- Que exista la intención de cometer el ilícito, es decir, que se actúe dolosamente, habida cuenta que el legislador de 1.980 no tipifica conductas culposas en este título.

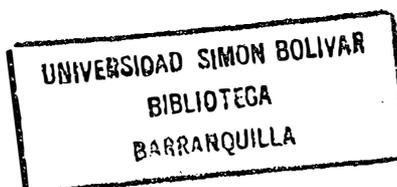
De estos elementos se hablará nuevamente al estudiar los delitos en particular.

### 1.5 IMPORTANCIA DEL CAMBIO EN LA DENOMINACION DE ESTE TITULO.

Este título ha sido uno de los mejores regulados en el nuevo Código, inicia sus modificaciones con el cambio de la denominación del bien jurídico que pretende proteger el legislador. No se habla de delitos contra la propiedad, sino de delitos contra el patrimonio económico.

El cambio de propiedad por patrimonio, no es simplemente formal, sino que es fundamental, porque como se dijo anteriormente, el concepto de patrimonio recoge ciertos de rechos que no pueden enmarcarse dentro de la concepción propiedad, como el fenómeno del usufructo de la mera tenencia y por tanto amplía el derecho a tutelar, no solamente al propietario del bien, sino a quien tiene derechos diferentes a los de propietario.

La expresión delitos contra la propiedad, es impropia e inconveniente, por cuanto que, como suele suceder, el mismo titular de la propiedad, puede cometer un delito contra el titular de la posesión y aún de la mera tenencia, delito que en la anterior legislación penal se quedaba impune.



El Código de 1.980 decidió usar, con cierto toque de originalidad, la expresión de patrimonio con el aditamento de económico, innovación que viene desde el proyecto de 1.974, cuando la comisión consideró que esta expresión, es mucho más comprensiva de la naturaleza del bien jurídico que se pretende tutelar.

## 2. HURTO

### 2.1 ANTECEDENTES DE LAS NORMAS SOBRE HURTO.

Es quizás el Hurto, el primer delito que históricamente aparece, en cuanto se relaciona con la protección del patrimonio concretamente, pues surgió casi contemporáneamente con la aparición de la propiedad privada.

Se ha sostenido que el término Hurto viene etimológicamente de los términos "furtum, furare y ferre", que significan llevarse algo.

En Roma fue especialmente protegida y analizada esta figura, a causa de la importancia de la propiedad privada. Fue definido por PAULO, como el apoderamiento fraudulento de cosa ajena, con ánimo de lucro, ya de la cosa misma, ya de su uso o posesión, acto contrario a la ley natural y por eso prohibido.

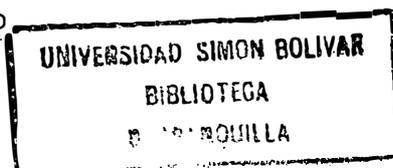
En nuestro sistema jurídico, la primera referencia al

hurto, la tenemos en el Código Penal de 1837, llamado "Código de Márquez", que penalizaba a quien quitara las personas o las cosas.

Por ser la primera referencia histórica, es pertinente hacer algunas observaciones a este tipo: en primer lugar, las expresiones "quitar y tomar" aunque vagas son perfectamente explicables por cuanto la ley española los traía a este Código es apenas un reflejo de ella. De otra parte, se nota claramente que esta descripción carece por completo de elemento subjetivo al no incluir el ánimo de aprovechamiento. Tampoco estableció qué clase de objetos pudieran ser hurtados, sino que habló apenas de lo ajeno. Además no incluyó expresamente el elemento subjetivo del tipo, que sería la falta de consentimiento del dueño o de quien tuviera derecho para disponer.

Posteriormente, el Código de 1873, que aunque lo definió en forma similar al de Márquez, sí agregó el elemento subjetivo del tipo, al exigir el ánimo de apropiárselo.

Vino luego el Código de 1980 que definió el hurto de manera análoga que el de 1873, agregándole que el ánimo de apropiación se presume, mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario.



El llamado Código Concha o sea la Ley 109 de 1922, que aún cuando fue Ley de la República, no alcanzó a tener vigencia, definió el hurto así: "El que se apodere de una cosa mueble, que pertenezca a otro, para aprovecharse de ella, quitándole del lugar en que se encuentra, sin consentimiento de su dueño, será castigado con reclusión de un mes a un año.

Incluía este Código, penalidad, cuando se refería a cosas pertenecientes a una herencia no aceptada y preveía la situación del copropietario, del socio y el coheredero cuando la herencia está indivisa y no se halle en tenencia de ella; deduciéndose en estos casos y para efectos de la cuantía, las cuotas que le pertenezcan al agente.

Hubo en esta ley adelantos dignos de resaltar como fueron: introducir como verbo rector "apoderarse" a cambio de quitar, o tomar; modificar el elemento subjetivo anterior, consistente en el ánimo de apropiación por el ánimo de "aprovechamiento; concretar el elemento subjetivo al cambiar el término "fraudulentamente" por "sin consentimiento del dueño" y reguló expresamente la situación de las cosas comunes.

El siguiente paso legislativo lo da el Código de 1936, cuya vigencia comenzó apenas en Julio de 1938, simultáneamente con el procedimiento penal.

Reguló el Hurto en su Artículo 397, así: "El que sustraiga una cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años. Dejó de lado importantes planteamientos que contenía el Código Concha y omitió la regulación de las cosas comunes. Sustituyó el verbo rec<sup>tor</sup> que traían los estatutos anteriores por el de "sus<sup>traer</sup>"; el elemento subjetivo lo mantuvo como el de Concha y a pocos años de su vigencia hubo modificaciones importantes en el título de Delitos contra la Propiedad, al ser expedida la Ley 4 de 1943 que estatuyó: "El que sustraiga cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella, incurrirá en prisión de 6 meses a 6 años.

En 1973, en Acta No. 120, de ponencia presentada por el Dr. JULIO SALGADO VASQUEZ, sobre el delito de Hurto, se puede anotar lo siguiente: Transcribe la definición del Artículo 397 del C.P. de 1936, pero agregando al poseedor y al tenedor, al lado del propietario; hay variaciones en

las agravaciones del hurto, eliminando la figura de Robo por la de "hurto agravado"; se establece como figura privilegiada la del "hurto por uso" y se suprimen las de hurto famélico y hurto a parientes.

En el proyecto de 1974, la comisión redactora considera más comprensiva la expresión "Delitos contra el Patrimonio Económico. Entre las principales modificaciones están: desaparece el robo como tipo especial y se describe un tipo accesorio de "hurto agravado; se crea el tipo especial de hurto por uso; el atraco desaparece como modalidad delictiva autónoma, por considerarse como una tentativa de hurto agravado; se creó la figura de la sustracción de cosa propia y se suprimen las figuras del hurto famélico y del hurto familiar.

El proyecto de 1976, se redactó con base en el de 1974, con pocas modificaciones, como son: además de definir el hurto hace la acotación de considerar la energía eléctrica y toda otra que tenga un valor económico, como cosa mueble; establece dos clases o mejor, grupos de agravantes del hurto.

En el proyecto de 1978, realizado con base en la anterior,

con algunas variaciones: se cambia el verbo rector "apoderarse" por "sustraer"; reúne las agravantes del hurto, del proyecto anterior en un solo artículo y vuelve a incluir el hurto entre condueños y el hurto por uso, como figuras especiales del mismo.

## 2.2 SUPRESIONES Y MODIFICACIONES A ESTE DELITO EN EL NUEVO CODIGO.

El Código Penal de 1980, conserva la figura básica del delito de hurto, al definirlo en el Artículo 349, con dos modificaciones fundamentales:

En primer lugar cambia el núcleo o verbo rector "Sustraer" por "apoderar", cambio que no es simplemente formal, sino sustancial, en el sentido de que ésta variación, conlleva a una modificación en lo que hasta ahora hemos venido entendiendo como el momento consumativo del hurto. La norma anterior, como ya se dijo, utilizaba la expresión sustraer, a ésta la Jurisprudencia y la doctrina le habían dado una interpretación más amplia, para poder sostener que el momento consumativo del delito de hurto era, entre varias teorías, la de cuando el bien ha salido de la esfera de vigilancia del propietario.

Tal como estaba redactada la norma, parece que el delito para su consumación debía tener dos aspectos importantes: uno referido a la actividad psicológica del sujeto activo, cuando logra sacar ese bien mueble ajeno del lugar donde se encuentra y el otro, referido al sujeto pasivo, porque la consumación está en relación directa de la esfera de vigilancia que haya desplegado el sujeto pasivo, vigilancia que puede hacerse directamente o por intermedio de terceros.

El Profesor FRIAS CABALLERO, dice que la expresión lógica y adecuada es "apoderarse", porque al utilizarla, se está refiriendo al momento consumativo, al sujeto activo de la infracción, mirada desde dos puntos de vista: de conducta material y de aspecto subjetivo y de ánimo de realizar actos de señor y dueño.

En segundo lugar, hay una supresión en la descripción del delito en mención, consistente en la expresión: "sin consentimiento del dueño", que a simple vista va a permitir que surjan inquietudes, pero analizando ampliamente el significado del verbo rector, en el sentido de apoderarse, lleva tácitamente el no consentimiento del sujeto pasivo y sería un fenómeno de atipicidad.

La norma de 1980, suprime el delito de robo y a cambio es establecer unas circunstancias de agravación; es decir, que esta figura desaparece en cuanto a su denominación jurídica, pero no como conducta punible. Es lógico por varios motivos, que se suprimiera la expresión "robo", pues en esa norma estaban contenidos los elementos fundamentales del hurto y que solamente por agregarle circunstancias modales al hecho punible, pudiera tener esa entidad de cambiar la denominación jurídica.

Dentro de estas causales de agravación, existen algunas modificaciones, unas tomadas de la descripción que define el robo y otras que son innovaciones.

Entre las causales de agravación genérica se utiliza la expresión: "el valerse de la actividad de inimputable, concepto que es mucho más amplio por cuanto recoge tanto la enfermedad mental como la inmadurez psicológica. Se ha bla también como agravante, cuando el delito se ha cometido en automotores o unidades montadas sobre ruedas o sobre partes importantes del automotor.

Otra causal es el cometerlo cerca de predios rurales o sementeras, frutos desprendidos del suelo, maquinarias o instrumentos dejados en el campo y ganado.

Se incluye una nueva causal y es la de haberse apoderado del bien con destreza o arrebatándolo; que recoge lo que actualmente se denomina "raponazo". Otra causal que ha suscitado muchas críticas es la de que se haya causado sobre armas de defensa nacional.

Se crea el delito de "Hurto por uso", aunque en sí no es un delito nuevo en nuestra legislación y actualmente se consagra en otras legislaciones como Italia, México, Guatemala, Noruega, Costa Rica y Honduras, entre otras.

Como circunstancia de atenuación del hurto, se ha mencionado la de realizarlo por socio, comunero o heredero sobre casa común indivisible o excediendo su cuota parte, con lo que se soluciona en parte el problema hasta ahora creado por la falta de una norma específica sobre esta materia. Esta circunstancia la denomina el nuevo Código "Hurto entre condueños".

Se establece la alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado, que antes estaba contemplada como una conducta contravencional.

El atraco desaparece como modalidad delictiva autónoma,

porque la comisión redactora entendió que este hecho queda comprendido dentro del fenómeno de la tentativa y eventualmente dentro de un concurso entre lesiones personales y tentativas de hurto agravado.

### 2.2.1 Diferencias entre el Código de 1936 y el Actual.

Entre las principales diferencias tenemos:

- En el Código de 1936 se establecieron el Hurto y el robo como figuras delictivas autónomas.
- El Código de 1980, suprime el Robo como tipo esencial y en su lugar describe un tipo accesorio de Hurto agravado.

En cuanto a la descripción jurídica del hecho punible denominado Hurto, hay importantes diferencias:

- En el Código de 1936, se utilizaba la expresión "sustraer" mientras, que el nuevo Código aunque conserva la figura básica cambia el verbo rector por "el que se apodere".

- En la misma descripción se suprime la expresión: "sin consentimiento del dueño", que utilizaba el Código anterior. Además sigue conservando ese ingrediente subjetivo contemplado en la anterior legislación denominado dolo específico cuando dice: con el propósito de obtener provecho para sí o para otro. Solamente cambia el ánimo de apoderamiento por el de aprovechamiento.
- En cuanto a las agravantes del delito en mención, hay cierta similitud pero con algunas modificaciones: la causal primera del nuevo Código, es en esencia la misma causal del numeral tercero del artículo 398 del Código Penal anterior.
- La causal segunda con la adopción del nuevo Código tan solo sufrió una variación respecto del Código anterior, que consistió en incluir al tenedor de la cosa, situación que antes se había omitido.
- En cuanto al numeral sexto del mismo artículo 351 del nuevo Código, es una agravante nueva entre nosotros y sin mayores antecedentes en la legislación extranjera, surge con el propósito de frenar una nueva modalidad

de delincuencia que en nuestro medio se denomina "piratería terrestre".

- Respecto del numeral 8 del Artículo en estudio, con el nuevo texto se protege igualmente al ganado mayor o menor y queda así zanjada una vieja discusión formulada por la confusa redacción del código de 1936, cuando distinguía entre ganado mayor y menor.
- La causal descrita en el numeral 10, es también una innovación del nuevo Código Penal que se acomoda al momento social actual, cobijando lo que hoy se llama raponazo. La segunda parte de esta causal estaba contemplada en el Código de 1936 en el numeral 5 del Artículo 398, con la diferencia que en el nuevo Código es suficiente el concurso de dos personas en vez de las tres que exigía el Código derogado.
- La causal del numeral 11 que es también nueva en nuestra legislación, se fundamenta con la justificación de la represión de los delitos contra la existencia y seguridad del estado y contra el régimen constitucional.
- Se crea el denominado "Hurto por uso", aunque en sí no

es gran innovación, pues ya se encontraba descrito en el Artículo 67 del Decreto 1118 de 1970, cuando hablaba de usar cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño, o sea que era una modalidad, de ese hurto de uso, de que ahora se legisla en el Artículo 352 del nuevo Código.

- Respecto al denominado "Hurto entre condueños", en el Código Penal de 1936, era dudosa la represión respecto de esta conducta ilícita cometida entre socios o sobre cosas comunes. En cambio la nueva Ley Penal es clara al tipificarlo como circunstancia de atenuación de la pena.
- Se establece la alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado, que antes era una conducta contravencional, con la diferencia que en el nuevo código agrega en su parte final del Artículo la expresión: siempre que el hecho no constituya otro delito, expresión que se utiliza en otras normas como en la emisión de cheques.
- El Código de 1936, describía dos modalidades del hurto,

denominados hurto fomético y hurto doméstico en los Artículos 430 y 431, figuras que desaparecen al quedar subsumidas en el estado de necesidad general contenido en el Artículo 29 del nuevo Código de 1980.

### 3. ESTAFA

#### 3.1 ANTECEDENTES, CONCEPTO Y ELEMENTOS

##### 3.1.1 Antecedentes:

La estafa no presenta como el hurto, remotos antecedentes históricos que la hagan una figura de vieja reglamentación en la humanidad. Incluso en legislaciones antiguas como el Código de HAMURABI, no menciona esta conducta como ente delictual.

Igualmente acontece en Roma, en donde no se conoció con claridad la estafa aunque sí el Estelionato que en su momento guardó similitud con lo que hoy conocemos como tal. Con este nombre se designaba una forma especial de delitos contra el patrimonio económico ajeno y que su carácter era precisamente configurar un despojo injusto de la propiedad ajena, que no era ni verdadero hurto, ni verdadero abuso de confianza, ni verdadera falsedad; pero que participaba del hurto porque atacaba injustamente la propiedad

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

ajena; del abuso de confianza porque abusa de la buena fe de otros y de la falsedad porque a ella se llega mediante engaños y mentiras.

Lo cierto es que bajo el nombre genérico de "STELLIONATUS" se penaban en Roma ciertas figuras en las que la mentira era empleada como medio engañoso, cuando no podía acusarse por ningún otro título.

Con el transcurrir del tiempo, otras figuras fueron estructurándose con verdadero sentido jurídico para absorber el Estelionato y surgir autónomamente la falsedad y la estafa.

A lo que respecta a nuestro medio se tiene como antecedente el Código Penal de 1873 que la definió así: "Comete estafa el que adquiere dineros, efectos o escrituras por medio de algún artificio o engaño, superchería u otro embuste, que mueve a las personas de quienes se obtiene a entregarlas".

El Código Penal de 1880, describía el delito en mención así: "El que con artificio, engaño, superchería u otro embuste semejante, hubiere estafado a otro, dinero, efec-

tos o escrituras o le hubiere perjudicado de otra manera en sus bienes, sin que el hecho verificado constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial... Además si el hecho lo constituyere ladrón, falsario o reo de otro delito, sufrirá la pena que por éste le corresponda".

Modernamente la tendencia es a evitar tanto casuismo en la descripción del delito porque deja por fuera muchos medios de que se vale el agente con su inteligencia y habilidad para lesionar el patrimonio de otro y dejaría sin castigo a quien creara un medio de engaño novedoso. Por ello resulta más conveniente utilizar una fórmula amplia que no enumere taxativamente las formas como se obtiene el ilícito.

Este delito estaba regulado en el Código de 1936 en su Artículo 408, así: "El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión de uno a siete años y multa de diez a diez mil pesos".

### 3.1.2 Concepto.

La estafa es definida como la inducción de alguien en error mediante artificio o maquinaciones, con el fin de obtener para sí mismo o para otro, un provecho injusto con daño ajeno.

Entre nosotros y con la adopción del Código Penal de 1980, el concepto también abarca el mantenimiento en error mediante ardides.

Difiere la estafa de otros delitos como el Hurto, en que éste, el objeto del delito es una cosa mueble, mientras que en ella lo es cualquier bien patrimonial; además en la estafa no hay apoderamiento de la cosa, sino con el consentimiento del titular aún cuando éste esté viciado por el engaño.

Entre los presupuestos tipificadores de la estafa, está el empleo de artificios o engaños con eficacia y capacidad suficiente para inducir en error al estafado, en forma tal que, el agente activo logre, en virtud de esos medios embaucadores, la entrega de la cosa o prestación, con significación patrimonial. De manera que en razón del ardid em

pleado por el delincuente, se produce en la víctima la re presentación falsa o equivocada sobre algo, y a su vez, al ser inducida en error, determina su consentimiento para la realización del acto o disposición patrimonial.

Se distingue de la apropiación indebida o abuso de confianza, en que en éste hay entrega de la cosa a título no traslativo de dominio y no hay engaño, en tanto que en la estafa se entrega el bien y en virtud del engaño que se hace a la víctima.

Se diferencia de la Falsedad, a pesar de que en la estafa se transforma la verdad, no se falsifica un documento.

El Código Penal de 1980, lo prevé en su Artículo 356, cuando dice: "El que induciendo o manteniendo a otro en error, por medio de artificios o engaños, obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de uno a diez años y multa de un mil a quinientos mil pesos".

De los conceptos estudiados se concluye, que a pesar de ser un delito de índole meramente síquica, que afecta tanto la esfera cognocitiva como la afectiva y la volitiva y

por lo tanto ser ilimitado el número de eventos en que podría presentarse, nuestra Ley solo prevé dos maneras. Toda otra actividad que pudiere engañar, pero sea distinta al artificio o engaño, queda descartaada como estafa.

### 3.1.3 Elementos.

Según el análisis Jurisprudencial de Febrero de 1972, que determina en últimas los elementos de la estafa y por considerarlo muy acertado, los enunciaremos así:

#### 3.1.3.1 Inducción o mantenimiento en error mediante el empleo de artificios o engaños.

Consiste en hacer creer a una persona como verdadero lo que es falso, deformar la noción o idea que se tiene de las cosas, hacer incongruente el concepto del hecho. Se requiere que el sujeto activo haya inducido o mantenido a la víctima en error, en virtud del ardid empleado.

No es constitutivo de estafa, si en vez de mantener o inducir en error, se aprovecha de la ignorancia o sea de la falta de conocimiento de la víctima como es el aprovechar el error ajeno. En cambio si se refuerza el error ajeno sí podría configurarse la estafa.

Hay quienes piensan que el ardid debe dirigirse contra persona determinada, sin embargo, es aceptada la opinión de MANZINI, cuando dice que la maniobra puede haber sido dirigida contra personas indeterminadas, con tal que resulten víctimas determinadas.

En toda forma es también necesario para que se tipifique este delito, que el agente conozca que se vale de artificios para inducir en error a la víctima. Por consiguiente, no se estafa, si el error es engendrado por un hecho falso que a conciencia del agente es verdadero.

Acerca de los conceptos de artificio o engaño, se anota, que a pesar de ser diversos son muchos los tratadistas que los equiparen, aduciendo que en el fondo expresan una misma cosa. A su turno otros dan al artificio un carácter material en tanto que al engaño le dan una cognosción intelectual.

### 3.1.3.2 Obtención de un provecho ilícito con perjuicio de otro.

Tiene que ver este aspecto con el fin que persigue el sujeto, cual es, de obtener para sí o para otro un provecho

que sabe que es injusto y perjudicial para las otras personas.

La estafa es un delito de resultado, porque no basta la realización del comportamiento, sino que es menester la obtención del provecho ilícito, provecho que puede ser directo o indirecto y puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa.

Víctima del perjuicio puede ser quien ha sufrido el error, por causa del engaño, o persona distinta. Uno puede ser el inducido en error y otro el que recibe distinta. Uno puede ser el inducido en error y otro el que recibe el daño patrimonial.

### 3.1.3.3 Relación de causalidad entre las maniobras engañosas y el provecho ilícito.

De no mediar relación de causalidad no puede configurarse el delito de estafa. Tampoco se configura el ilícito, si quien induce en error a una persona para un fin determinado, obtiene otro.

Con respecto a este elemento, dijo la Corte en casación del 25 de Octubre de 1971: "La relación causal entre los

elementos integrantes de la estafa, necesaria para la tipicidad del delito, se tiene cuando el artificio o engaño ha sido determinante del error y éste a su vez ha determinado la prestación que es útil para el estafador y perjudicial para el otro".

Existen por consiguiente dos relaciones causales: La primera entre el artificio o engaño y el error y la segunda entre éste y el acto de disposición patrimonial.

### 3.2 ESTAFA EN JUEGOS.

Su origen legal lo encontramos en el anteproyecto de 1974, en cuya exposición de motivos la comisión consideró:

"Se describe como un tipo nuevo el fraude en juego o de porte para asegurarse la suerte, situación ésta, no ubicada dentro de la estafa, tal como ella se consagra actualmente".

Dentro del anteproyecto encontramos esta conducta prevista en el Artículo 380 con la denominación de fraude en juego, la cual es modificada en el proyecto de 1976 (Art. 465); el proyecto de 1978 contempla esta conducta en su Artículo 505 como fraude en deporte, lotería, rifa o juego.

El origen del inciso segundo del Artículo 356 del nuevo Código Penal, proviene de un fraude cometido en el juego del 5 y 6, al cual se refiere el acta número 126 en las siguiente forma:

"El tipo especial de Fraude en Juegos obedece a la necesidad de poder sancionar comportamientos delictivos de frecuente ocurrencia y que no se adecúan al tipo básico. Basta recordar el fraude cometido en el juego del 5 y 6, al cual se refiere la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 25 de Octubre de 1971, caso que quedó impune por la imposibilidad de enmarcar esa conducta dentro de los límites del Artículo 408 del Código Penal".

Es así como se redacta la norma en el nuevo Código, para recoger ese aspecto jurídico en la siguiente forma:

"En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí, o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado".

### 3.3 PRINCIPALES DIFERENCIAS CON LA LEGISLACION ANTERIOR.

En cuanto a la estafa, muy poco puede decirse de diferencias con la legislación anterior.

En relación con la descripción del tipo penal, se modificó, en el sentido de que se agregó la situación del que mantiene a una persona en error y en tal virtud obtiene provecho ilícito con perjuicio ajeno, modificación que parece muy acertada ya que en muchas ocasiones, el sujeto agente, no induce al error, sino simplemente mantiene a la persona en ese error, para lograr el aprovechamiento económico.

Se describe como un tipo nuevo el fraude en lotería, rifa o juego, situación ésta no ubicable dentro de la estafa tal como ella se consagra actualmente.

El Código de 1936, sancionaba en su Artículo 409 al que "enajene como propia una cosa, a sabiendas de que es ajena, o como libre sabiendo que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada"; figura conocida como "estelionato" que desaparece en la nueva legislación penal.

Otra modificación apenas obvia, es la variación de la cuantía como agravante del delito, extensiva a todos los delitos contra la propiedad y cuya razón, por todos conocida es la devaluación de la moneda.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

El hecho descrito en el Artículo 411 del Código Penal de 1936, por corresponder más a una defraudación que a una estafa, es excluido de este capítulo e incluido este tipo especial en el capítulo "de las defraudaciones".

#### 4. FRAUDE MEDIANTE CHEQUE

##### 4.1 IMPORTANCIA DE SU INSTITUCION COMO TIPO PENAL AUTONOMO.

El nuevo Código Penal, atendiendo a las múltiples dificultades que presenta la protección penal del cheque, no superadas en legislaciones anteriores, incluye en el Título XIV, capítulo Cuarto, lo relacionado al Fraude mediante cheque que derogó el Decreto 1135 de 1970 por medio del cual se dictaron normas sobre protección penal de instrumentos y efectos negociables, que fue expedido a virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 16 de 1968.

Como quiera que estamos en una etapa de transición entre las dos legislaciones, es conveniente hacer algunas breves consideraciones sobre este Decreto, para poder valorar en todo su alcance y significado, la importancia de las nuevas disposiciones sobre la punibilidad del cheque.

El Decreto 1135 fue un semillero de sentencias encontradas y contradictorias, tanto en la Corte Suprema de Justicia como en los Tribunales y Juzgados del país, y motivo de controversia entre los doctrinantes, expositores y tratadistas.

El Decreto 1135, constaba de seis Artículos pero al ser demandado ante la Corte por inconstitucional, ésta declaró inexecutable los Artículos 2,3,4 y 5, quedando vigente solamente el Artículo primero que dió origen a opiniones muy diversas.

La conducta punible consistía en que una persona emitía o a sabiendas transfería a cualquier título, un cheque que el banco girado no debía pagar por: falta o insuficiencia de fondos, orden injustificada del girador, cuenta cancelada o embargada o no correspondencia con la cuenta del girador.

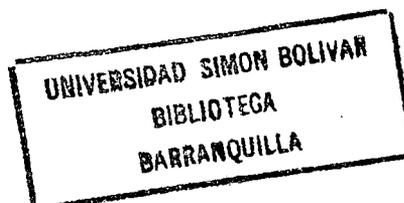
La norma del Código de 1980, consagra solamente dos figuras: Fondos insuficientes y orden injustificada de no pago, suprimiendo las sanciones tanto en el cheque girado en cuenta cancelada o embargada como la punibilidad en cuanto al cheque girado en cuenta que no correspondiera al

girador, por supuesto, muy controvertidos y los que mayores escollos encontraban en su interpretación que concluyeron con la derogatoria del citado decreto.

También fueron eliminadas las expresiones: "a sabiendas" y "a cualquier título", de las cuales la primera se hacía innecesaria y la segunda, queda dicha tácitamente en la nueva norma.

Una innovación importante que surge del nuevo Código Penal es la de que de una vez por todas resuelve cuál es el lugar donde se comete el delito por un cheque impagado, y por tanto, el lugar donde debe formularse la denuncia penal. Así que la consumación de las dos formas de conducta alternativa, fondos insuficientes o la orden injustificada de no pago, se da en el momento en que se haga la emisión, porque el nuevo Código no trae el ingrediente normativo, que se refiere a que la institución bancaria no pague.

Es de gran importancia la supresión del fenómeno jurídico de la reincidencia que tenía en el anterior Código, porque a través de ella se consagraba una aberrante forma de responsabilidad objetiva.



Con buen acierto, los redactores del Código Penal, llenaron el vacío acerca de la prescripción de la acción penal, aspirando de esta manera a terminar con la costumbre de usar el cheque como instrumento de crédito.

Otra innovación es el aumento de la cuantía para la punibilidad del cheque que resulte impagado, muy razonable, dada la devaluación del peso colombiano.

Dada la importancia innegable que tiene en la vida económica del país el cheque, los redactores del Código consideraron de gran trascendencia, plasmar un tratamiento punitivo más severo, que el que se da a otros documentos privados, erigiéndolo en tipo penal autónomo.

Sobre el cheque posdatado, hablaremos muy detenidamente más adelante.

#### 4.2 ES UN ATENTADO CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO Y NO CONTRA EL ORDEN ECONOMICO Y SOCIAL.

A pesar de que algunos tratadistas como el Profesor ROMERO SOTO, afirme que el fraude mediante cheque es un tipo penal que ofende la propiedad, ofende la economía y ofen-



de la fe pública, encontramos adecuada la ubicación, pues como lo afirma el Profesor BERNAL CUELLAR (Conferencias sobre el Nuevo Código Penal Colombiano, Imprenta Nacional, 1.981 pág. 139), el Legislador tenía que escoger un bien jurídico donde ubicar esa disposición legal, para evitar la concurrencia de tipos penales, dejando esa concurrencia en forma aparente.

Es adecuada la ubicación dentro de los delitos que atentan contra el patrimonio económico y no contra el orden económico y social, por las siguientes razones:

- El Cheque es orden incondicional de pago, lo que demuestra su contenido estrictamente económico, pues así lo establece el C. de Co., Artículos 713, inciso primero y 882.
- Cuando se emite un título valor como lo es el cheque, se está estableciendo una relación de carácter netamente patrimonial entre girador y beneficiario y no alguna relación de otra naturaleza.
- Todos los estatutos penales que han protegido el cheque, siempre agravan la responsabilidad por la cuantía,

lo que demuestra que el legislador, al redactar la norma, tuvo como finalidad proteger el patrimonio individual.

- Así mismo, si la Ley permite cesar el procedimiento por el pago del cheque, es porque le da un contenido exclusivamente económico.
- Porque el Legislador al clasificarlo, mediante un análisis profundo, determina cuál es el bien jurídico ofendido principalmente.

#### 4.3 EL CHEQUE POSDATADO EN LA NUEVA LEGISLACION PENAL.

En términos generales, el cheque posdatado es aquel que el beneficiario recibe sometido a plazo para ser pagado. Es decir, que la persona a cuya orden se gira el título, lo recibe a sabiendas de que el girador no tiene provisión de fondos en el Banco librado para descargar ese cheque y debe esperar un tiempo para presentarlo, al cabo del cual el librador se ha comprometido a pagarlo.

La punibilidad del cheque posdatado que resultaba impagado la deducían los que aceptaban este hecho, del inicio del Artículo 10. del Decreto 1135 de 1970, cuando decía: "La acción penal no podrá iniciarse si el pago del cheque ha estado sometido a plazo y el tenedor lo presenta antes de la fecha convenida". Concluyendo así, que si se presentaba en su fecha lógicamente a virtud de lo transcrito, era sancionable.

El cheque posdatado dio origen a diversidad de opiniones encontradas, triunfando al final quella de quienes afirmaban que con la punibilidad del cheque posdatado se estaba institucionalizando en el país, la prisión por deudas. Fué así como se dispuso dentro del Artículo 357 del nuevo Código Penal el inciso tercero que dice:

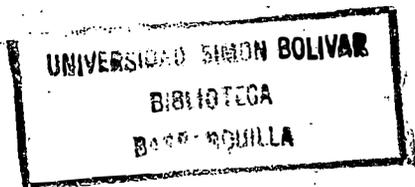
"La emisión o transferencia de cheque posdatado o entregado en garantía no da lugar a acción penal".

Dejando en estos términos, el legislador, cerrada toda controversia al respecto.

Las razones que motivaron a los penalistas para la extinción de la acción penal del cheque posdatado o entregado

en garantía, se resumen así:

- El hecho de que el cheque sea pagadero a su presentación, es lo que le da el carácter de instrumento de pago. Por lo tanto cualquier acuerdo entre librador y beneficiario para que no se presente al cobro, sino en fecha futura, desvirtúa la esencia del cheque, pues deja de ser instrumento de pago a la vista para convertirse en instrumento de crédito.
- Si un cheque se posdata por convenio entre girador y beneficiario, absurdo sería, llamar al girador a responder por engaño sobre la calidad del instrumento que emite, pues en este caso no es una orden de pago a la vista, sino un instrumento de crédito. En estos casos el girador no comete fraude, porque ha puesto en conocimiento del beneficiario que en el momento no posee fondos en el Banco girado y éste así lo acepta.
- El cheque posdatado o postfechado, puede ser expedido en garantía de pago de una obligación vencida o de una que se contrae actualmente; en estos casos el cheque no se gira como medio de pago, sino como título formal de crédito para ser cubierto en el futuro. En esas



condiciones el girador se obliga a proveer fondos para que el librado pague al vencimiento del plazo convenido con el beneficiario; es decir, se ha creado entre el beneficiario y el girador una obligación. Si el pago no se realiza en la fecha futura acordada, es lógico que se tiene, sólo el incumplimiento de la obligación, en este caso, el beneficiario no puede ser víctima de fraude y el girador o deudor no puede ser encarcelado, como no podría ser ningún otro titular de cualesquiera otras obligaciones civiles, tal como lo ordena la carta constitucional en el Artículo 23, inciso 2o.

- En la expedición del cheque posdatado el librador obra sin dolo, sin inducir en error al beneficiario mediante engaño o artificio alguno, pues ésta ha aceptado recibir un instrumento de crédito a su favor, conforme al plazo acordado con el girador. Y el cumplimiento de la obligación civil no puede equipararse al dolo, pues éste consiste en el engaño malicioso, artificio o mentira que nublan el discernimiento y arrastran la voluntad.
- Si la obligación que pesa sobre el girador de hacer lo pertinente para que ese cheque posdatado se pague, no

se cumple, surgen para el beneficiario las acciones civiles del caso, pero no la acción penal, pues esta última daría lugar a la prohibición de que el deudor incumplido vaya a la cárcel.

Es cierto que el Legislador puede erigir en delito cualquier conducta que considere lesiva o peligrosa para los intereses fundamentales de la convivencia social; pero lo que no puede es señalar como infracción punible el incumplimiento de las obligaciones puramente civiles, porque se lo prohíbe la misma constitución nacional.

El alcance punible del no pago del cheque posdatado, conlleva grave perjuicio a la confianza en este instrumento de pago, pues muchos han pretendido encontrar en el cheque posdatado una especie de garantía, no en el patrimonio del deudor, sino en su propia libertad, es decir que embarga no sus bienes sino su propia persona.

- Si recordamos que el cheque tiene una misión especialísima como es la de sustituir a la moneda para facilitar las operaciones mercantiles; de consiguiente, como toda moneda, tiene poder liberatorio inmediato, a la

vista, a la presentación, lo que no correspondería a - tribuirle a un cheque condicionado para su pago. No es moneda, en ningún caso, aquella cuyo poder liberatorio se condiciona, pues pierde por completo la seriedad de una orden incondicional de pago a la presentación, a la vista. Las personas restarán confianza a una moneda de esa clase.

Entonces, si se habla de la confianza en el cheque como instrumento de pago a la vista, es obvio anotar que, imponer sanciones penales al deudor incumplido que sin dolo, sin llevar a engaño al beneficiario, muchas veces por solicitud de éste, gira un cheque a plazo, no devuelve al instrumento la confianza que se busca con la aplicación de la sanción penal, pues muchas veces, con la encarcelación del deudor no se obtiene ciertamente el pago de la obligación.

- Al sostener la eficacia de la acción penal como sustituto de las obligaciones civiles, respecto del librador de cheques a plazo, es traducir actualmente la degradante ley que daba derecho al acreedor, después de transcurrido el plazo, para matar al deudor o venderlo como esclavo, menoscabando así, derechos fundamentales

de la persona y de la dignidad humana, como es el de que la libertad del hombre pueda ser hipotecada a manera de garantía de simples obligaciones civiles, se obtiene el efecto contrario en cuanto a esa tutela de la confianza en el cheque: se incrementa su expedición en descubierto, con mengua de la fe que se tiene en el instrumento como sustituto de la moneda, pues los acreedores ven en la propia libertad del deudor una mejor defensa de sus créditos.

Creemos que si el cheque expedido a plazo no puede ser empleado por el acreedor que lo recibe o exige a manera de giro contra la libertad del deudor incumplido, para presionar las satisfacciones de obligaciones civiles, se disminuirá necesariamente, su expedición en descubierto y dejarán de circular esos cheques llamados popularmente "chimbos".

- Es innegable que el derecho de propiedad debe ser objeto de tutela penal por el estado respecto de quienes contra éste atenten acudiendo, al fraude o engaño de la víctima.

Pero bajo pretexto de esa tutela para dar más confian-

za al cheque, no se puede crear la imposición de apri-  
sionar al deudor incumplido por cheque girado a plazo  
y que éste deja en manos del acreedor, nunca a manera  
de moneda corriente, así como no lo es, la libertad  
del hombre embargada al cumplimiento de obligaciones  
civiles de futuro.

Bien sabido es que en el jugo de los intereses econó -  
micos, la encarcelación del deudor incumplido no repa-  
ra el daño patrimonial ocasionado al acreedor, ni cabe  
admitir que éste quede satisfecho con la prisión del  
deudor, a no ser, un malicioso pronóstico de venganza.

Siendo el fraude mediante cheque un atentado contra el  
patrimonio económico principalmente, y no contra el or -  
den económico y social, se considera correcta la dis -  
posición del legislador, de despenalizar expresamente  
la emisión o transferencia de cheque posdatado o entre -  
gado en garantía.

## CONCLUSIONES

Al iniciar la labor que ahora se culmina, me propuse establecer, cuáles podrían ser las más profundas modificaciones que en materia de delitos contra el patrimonio y concretamente en el hurto, estafa y fraude mediante cheque, se presentaron con la adopción del nuevo estatuto punitivo.

La labor de investigación no resultó tan fácil, debido especialmente a lo poco que se ha escrito respecto del nuevo régimen y más concretamente con lo referente a los delitos contra el patrimonio. Así se justifican, en parte, los vacíos y los yerros que puedan hallarse en este trabajo.

Puede decirse que las conclusiones están consignadas en cada uno de los capítulos tratados, pero se pueden sintetizar así:

- Este título inicia sus modificaciones con el cambio de la denominación del bien jurídico que pretende proteger el Legislador.

El nuevo Código habla de delitos contra el patrimonio económico, antes hablaba de delitos contra la propiedad.

Estoy de acuerdo con el cambio en la expresión propiedad por patrimonio, por cuanto este concepto de patrimonio, recoge ciertos derechos que no pueden enmarcarse dentro del término propiedad.

Al dar esta amplitud, con la expresión patrimonio se recoge la inquietud jurisprudencial de ampliar la tutela, no solamente al propietario del bien, sino a quien tiene derechos diferentes a los que llama el Código Civil: derechos del propietario.

- El nuevo estatuto conserva la figura fundamental del delito de hurto, con dos modificaciones:
  - Cambia el verbo rector: no se utiliza la palabra sustraer, sino la expresión "el que se apodere".
  - Se eliminó una parte del ingrediente descriptivo, como la expresión: sin el consentimiento del dueño; que es más lógica por cuanto desde el momento en

que la persona dé el consentimiento para que otra se apodere, deja de ser ajeno el bien mueble.

- El delito de robo cambia de nombre y queda como hurto calificado. Este cambio se hace por varias razones: no hay motivo para que una norma que contiene los elementos fundamentales del delito de hurto, y que solamente se le agregan circunstancias modales para la realización del comportamiento, pueda tener la enti-dad de cambiar la denominación jurídica del hecho punible; otra razón, es la de terminar con la discusión que se había planteado con relación a algunas causales del Artículo 404 del Código de 1936, en la Corte Su - prema de Justicia.

Otra de las razones, es la de perfeccionamiento técnico para evitar nulidades.

En cuanto al inciso 2o. del numeral 4o. del Artículo 350 que dice que la misma sanción se aplicará, cuando la violencia sea posterior al apoderamiento, para lo - grar la impunidad o el aseguramiento del producto del ilícito; algunos autores, entre ellos el Dr. JAIME BER NAL CUELLAR, sostienen que no hay razón valedera para

que solamente se haya dejado la violencia posterior al apoderamiento como causal de agravación, habiendo otros comportamientos previstos en esta norma que se puede ejercitar con posterioridad al apoderamiento y que han debido darle la misma entidad, como agravante. (ob. cit. pág. 132).

- El Artículo 351 del Decreto 100, consagra con algunas modificaciones, las causales del 398 del Código Penal de 1936, otras son tomadas del Artículo 402 y otras en realidad son nuevas.

Trae como causal de agravación genérica, el valerse de la actividad de inimputable, el 402 del Código penal anterior, utilizaba otra expresión para referirse a menores de edad; el nuevo Código tomó el concepto de inimputabilidad, que es más correcto, es mucho más amplio por cuanto recoge tanto la enfermedad mental como la inmadurez psicológica.

Establece también como agravante, si el hecho se comete en automotores, o en unidades montadas sobre ruedas, o partes importantes de automotor. Esta agravante tiene la finalidad de sancionar en forma agravada la pira

tería terrestre; pero en la forma que quedó redactada la norma es demasiado amplio el concepto, porque puede entenderse que, unidad montada sobre ruedas sea una tractomula, una bicicleta o un patín.

Otra agravante es si el hecho se cometiere sobre cerca de predios rurales; sementera, producto separado del suelo, máquina o instrumento de trabajo dejado en el campo, o sobre cabeza de ganado mayor o menor. La norma debe interpretarse en el sentido de que la finalidad era darle una mayor protección a los bienes rurales y los dedicados a la agricultura y a la ganadería.

La causal 10o. del Artículo 351: apoderarse del bien con destreza o arrebatándolo, se creó para que el raponazo se sancione como un hurto agravado y así acabar con la incógnita que se presentaba, de si era hurto o robo en la Legislación de 1936.

La causal 11o. : cuando se comete sobre armas de defensa nacional, está repetida en el Artículo 372 numeral 2o. en las circunstancias genéricas de agravación cuando el hecho se cometiere sobre bienes del Estado; en este caso sobre la agravación del 351.

- El Artículo 352, establece el hurto de uso, cuando el fin es hacer uso de la cosa. De nada valdría esta figura si no se tiene en cuenta que el fin o propósito fue usar la cosa, por lo tanto el sujeto debe responder hasta donde fue su intención, es decir, por el goce que obtuvo y esto es lo que se debe tener en cuenta para establecer la cuantía.
  
- Artículo 353: Hurto entre condueños. No se presenta ninguna duda respecto a los copropietarios, comuneros o herederos, pero sí, con respecto al socio, porque si se ha constituido legalmente la sociedad, ella es una tercera persona totalmente independiente de los socios y puede suceder que el socio al ver que la sociedad va a entrar en quiebra y se apodere de los bienes, lo cual crearía un perjuicio gravísimo para la sociedad como persona jurídica. Al parecer el Legislador estudió solamente la relación entre los socios y la persona jurídica independiente respecto a los socios no la tuvo en cuenta. La atenuación punitiva cuando se habla de socio no debería aplicarse frente a una sociedad legalmente constituida, se debe limitar a las sociedades de hecho, donde hay una relación directa entre los socios porque todavía no hay una persona jurídica independiente.

- En lo que respecta a la estafa, hace una modificación por el hecho de mantener en error a la persona, para lograr el provecho económico.

El inciso segundo se refiere al que obtenga provecho para sí o para otro, valiéndose de cualquier medio fraudulento para obtener un determinado resultado, tratándose de lotería, rifa o juego. Esta norma se redactó con el fin de poder sancionar comportamientos delictivos de frecuente ocurrencia que no se adecuan al tipo básico.

- Se erige en tipo penal autónomo únicamente la emisión o transferencia de cheque sin suficiente provisión de fondos, o en dar orden injustificada de no pago. Se suprimen las otras dos hipótesis; cuenta cancelada o embargada y no corresponder a cuenta del girador, lo cual concluyó con la solución a varios cuestionamientos, como son: el momento de la consumación para lo cual se esclarece, que se da en el momento de la emisión; en cuanto a la reincidencia, porque este fenómeno jurídico que tenía en el anterior código, especiales efectos sobre la punibilidad, no es reproducido por el actual, al suprimirse la expresión "por primera vez".

También fueron eliminadas las expresiones "a sabiendas" y "a cualquier título", de las cuales la última, creo personalmente se hacía necesario conservarla en el nuevo código.

Respecto a la prescripción de la acción penal proveniente del giro o transferencia de cheques, el Legislador del Código de 1980, con buen acierto, llenó este vacío, cuando dispone: "No podrá iniciarse la acción penal proveniente del giro o transferencia de cheques, si hubieren transcurrido seis meses contados a partir de la fecha de la creación del mismo, sin haber sido presentado para su pago".

Se despenaliza expresamente la emisión o transferencia de cheque posdatado o entregado en garantía, y así el encarcelamiento desaparece para el girador, por equiparar el cheque posdatado a un instrumento de pago condicional o de crédito.

Respecto al hurto, olvidaba decir que los llamados hurto famélico y hurto doméstico de los Artículos 430 y 431 del Código de 1936, quedan regulados por el estado de necesidad general del Artículo 29 del Código Penal de 1980.

Por todo lo anterior, considero, aunque en todo cuerpo legal se ven ventajas y adelantos, desventajas y retrocesos, que el Decreto 100 de 1980, es un gran avance en contenidos y técnica jurídica. Pero como toda innovación en materia legislativa, el Nuevo Código Penal requiere de ambientación en los medios jurídicos, para entender así el alcance de éste entre nosotros, porque a no dudarlo reportará beneficios para la adecuada aplicación de la justicia en nuestro medio.

## BIBLIOGRAFIA

1. ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL COLOMBIANO. Actas, Exposición de Motivos y Artículado, 1974.
2. ANTOLISEI, Franceso. Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I, Giuffre, Milano, 1956.
3. ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al Nuevo Código Penal Colombiano, Ed. Temis, Bogotá, 1981, Parte II, Vol, 3.
4. ARCILA, Gonzalez Antonio. El Cheque y sus implicaciones Civiles y Penales, Ediciones Jurídicas Colón, Tomo I. 1981.
5. CODIGO PENAL COLOMBIANO. Ed. Temis, Bogotá, 1.981.
6. DE MARISCO, Alfredo. Delitos Contra el Patrimonio, Jovene, Nápoli, 1951.
7. MARTINEZ, Suñiga Lisandro. De los Delitos contra el Patrimonio Económico, Edit. Temis, Bogotá, 1980.
8. MINISTERIO DE JUSTICIA, Conferencias sobre el Nuevo Código Penal Colombiano, Imprenta Nacional, Bogotá, 1981.

9. NUÑEZ, Ricardo C., Delitos contra la Propiedad.
10. PEREZ, Luis Carlos, Tratado de Derecho Penal, Edit. Temis, Tomo V., Bogotá, 1978.
11. ROMERO, Soto Julio. Conferencias sobre Delitos contra el Patrimonio, Ed. Universidad Nacional.
12. VARIOS AUTORES. Comentarios al Código de Comercio, Colección Pequeño Foro, la. Ed. Medellín, 1976.

El presente trabajo fué revisado y aprobado por:

---

CARLOS DANIEL LLANOS S.  
DECANO

---

RAFAEL BOLAÑO MOVILLA  
SECRETARIO

---

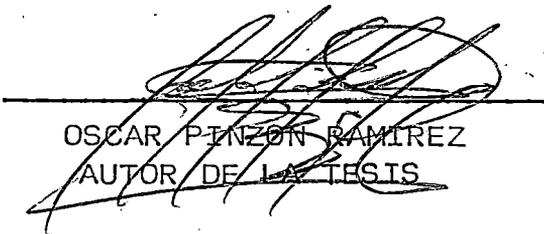
JESUS ALVAREZ CABRERA  
PRESIDENTE DE TESIS

---

JURADO CALIFICADOR

---

JURADO CALIFICADOR



---

OSCAR PINZON RAMIREZ  
AUTOR DE LA TESIS

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR  
BIBLIOTECA JURÍDICA  
FRANCISCO DE PAULA SANTANDER  
DIRECCIÓN