

*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**Magistrada Ponente**

**SP13691-2014**

**Radicación 44504**

(Aprobado Acta No. 334).

Bogotá, D.C., octubre ocho (8) de dos mil catorce (2014).

**VISTOS**

Derrotada la ponencia presentada por el Magistrado doctor Eugenio Fernández Carlier, a través de la cual no se casaba el fallo atacado, resuelve la Sala el recurso extraordinario interpuesto por el defensor de *GERARDO NÚÑEZ PIÑERES*, contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 28 de febrero de 2014, confirmatoria de la dictada en primera instancia el 20 de junio de 2012 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, por cuyo medio

condenó al mencionado ciudadano como autor penalmente responsable del delito de estafa agravada por recaer “*Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”.

### **HECHOS**

Los sucesos que dieron lugar a este diligenciamiento fueron adecuadamente sintetizados en el fallo de segunda instancia por el *ad quem*, en los siguientes términos:

*“En los albores del año 2002, los señores Gerardo Núñez Piñeres y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub decidieron hacerse a una embarcación denominada ‘Aguja’, que para entonces era de propiedad del señor Jaime Borda Martelo, propósito para el cual, previa la suscripción de un contrato de promesa de compraventa, cancelaron en favor de este último la suma de setenta millones de pesos (\$70.000.000,00), esto es, treinta y cinco millones de pesos (\$35.000.000,00) cada uno, pues para el perfeccionamiento del contrato de compraventa se requería, entre otros documentos, un ‘certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes’.*”

*“La entrega de la embarcación se produjo el día 31 de enero de 2002 al señor Gerardo Núñez, quedando desde entonces bajo su custodia, dado que la sede residencial del otro socio, señor Jorge Pretelt, era la ciudad de Bogotá.*

*“Transcurrido un tiempo, empezaron a presentarse inconvenientes entre los socios a raíz de los gastos que generaba el mantenimiento de la motonave, al punto que el señor Pretelt Chaljub, en varias oportunidades le expresó a Núñez Piñeres su interés en vender el 50% que le correspondía, sin que tal objetivo se hubiera materializado.*

*“Fue así como después de varios cruces de comunicaciones en la que los socios se culpaban mutuamente de las dificultades generadas por la administración de la embarcación, el señor Gerardo Núñez decidió el día 1° de noviembre de 2004, suscribir de manera unilateral y sin enterar a su socio, un contrato de compraventa con el señor Jaime Borda, a través del cual se hacía a la propiedad exclusiva de la embarcación ‘Aguja’ hecho del cual solo vino a enterar a Pretelt Chaljub para el mes de agosto de 2005 a través de un correo electrónico”.*

## ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la denuncia presentada a través de apoderado por *Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*, junto con sus anexos, la Fiscalía Seccional de Cartagena dispuso la apertura de la instrucción, en cuyo marco fueron vinculados mediante indagatoria *GERARDO NÚÑEZ PIÑERES* y *Jaime Borda Martelo*.

Culminada la etapa instructiva, la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 28 de marzo de 2008 con resolución de acusación en contra de *NÚÑEZ PIÑERES* como presunto autor del delito de estafa agravada por la cuantía. En la misma decisión profirió preclusión de la investigación en favor de *Borda Martelo*.

Impugnado el anterior proveído por la defensa de *GERARDO NÚÑEZ* y el apoderado de la parte civil, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cartagena lo confirmó mediante decisión del 16 de octubre de 2009.

La fase del juicio correspondió adelantarla al Juzgado Tercero Penal del Circuito de la capital bolivareense, despacho que una vez surtido el rito procesal profirió fallo el 20 de junio de 2012, a través del cual condenó a *GERARDO NÚÑEZ PIÑERES* a la pena principal

de treinta y dos (32) meses de prisión y multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, y al pago de la correspondiente indemnización de perjuicios, como autor penalmente responsable del delito objeto de acusación.

En la misma oportunidad le fue otorgada la condena de ejecución condicional.

Impugnado el fallo del *a quo* por la defensa, el Tribunal Superior de Cartagena lo confirmó mediante sentencia del 28 de febrero de 2014, contra la cual el mismo sujeto procesal interpuso recurso de casación y allegó la correspondiente demanda que fue admitida mediante auto del 2 de septiembre del año en curso y el 12 de los mismos mes y año se recibió concepto del Ministerio Público, en el cual solicita no casar el fallo confutado.

El 26 de septiembre de la anualidad en curso el Magistrado doctor Eugenio Fernández Carlier registró proyecto de fallo, pero en Sala del 1º de octubre siguiente su ponencia orientada a no casar la sentencia fue derrotada, motivo por el cual las diligencias pasaron a la

Magistrada que le sigue en turno, doctora María del Rosario González Muñoz.

### **LA DEMANDA**

El recurrente formula dos reparos contra el fallo del Tribunal, los cuales postula y desarrolla en los siguientes términos:

**Primer cargo: Violación directa por aplicación indebida de los artículos 6°, 9°, 10°, 25, 246-1, y 267-1 del Código Penal**

Advera que los hechos investigados no se ajustan a las previsiones normativas del delito de estafa y debieron ser ventilados en el ámbito de la jurisdicción civil, como un incumplimiento del contrato, rendición de cuentas o declaración de existencia y liquidación de la sociedad de hecho, a fin de zanjar las diferencias entre las partes contratantes.

Luego de referir los elementos estructurales del delito de estafa, refuta la conclusión judicial que ubicó el ardid o engaño previo a la obtención del provecho ilícito desde que se firmó la promesa de compraventa del yate, manteniendo en error a la víctima en el tiempo al hacerle creer que la compraventa no se había podido perfeccionar

por estar pendiente el traspaso y de tal forma conseguir el procesado *GERARDO NÚÑEZ* celebrar un nuevo contrato con exclusión del socio *Jorge Pretelt*, para apoderarse jurídica y materialmente de la nave.

Señala cómo el Tribunal estimó afectado el patrimonio del denunciante el ver frustradas sus expectativas de ser copropietario de la embarcación, en cuanto el desembolso del dinero tuvo lugar a la firma del contrato de promesa de compraventa.

Destaca que de manera contradictoria el *ad quem* reconoció que la entrega del dinero por parte de *Pretelt* fue desprovista de trama alguna por parte del promitente vendedor o de su socio promitente comprador, amén de que tal negociación surgió del interés de dos amigos en asociarse para adquirir una motonave con fines recreativos, quedando la custodia en *NUÑEZ PIÑERES* por residir en Cartagena, circunstancia que según el fallo fue aprovechada por éste para apoderarse del bien.

No está de acuerdo con la afirmación de que el dolo se estructuró a partir del registro del contrato de venta a nombre de *GERARDO NÚÑEZ* el 1° de noviembre de 2004 por haber comunicado tal hecho a su socio *Jorge Pretelt* nueve meses después con la pretensión de ocultar ese traspaso, cuando precisamente de las pruebas obrantes

en la actuación se acredita que el denunciante no adelantó las gestiones necesarias para conseguir los documentos necesarios a fin de continuar con el trámite de registro del contrato.

Aduce que la compraventa de embarcaciones no requiere contrato *ad solemnitatem*, pues se trata de la transacción de un bien mueble cuya tradición tiene lugar con la entrega de la nave y por ser excepción, según el artículo 1427 del Código de Comercio, seguida de su inscripción, pero en ningún momento el registro individualmente considerado comporta el título de propiedad, el cual sólo tiene efectos de control de impuestos, ejecución de multas y sanciones por violación de los reglamentos marítimos.

Para sustentar el anterior aserto refiere que el artículo 3° del Decreto 5057 de 2009 faculta a las Capitanías de Puerto para conceptuar y tramitar las solicitudes de matrícula de naves de acuerdo con el procedimiento establecido para tal fin, y la Resolución 0376 de 2012 de la Dirección General Marítima establece que el certificado de navegabilidad para zarpar lo puede expedir el capitán de puerto al propietario de una nave sin registro, hasta por un tiempo no mayor a un mes.

Advera que como la propiedad de los bienes muebles se materializa con la sola aprehensión material del bien, y en este caso, conforme al artículo 762 del Código Civil siempre se ha reconocido a *Jorge Pretelt* como dueño y poseedor pues utilizaba la nave, pagaba los servicios de garaje y otros costos de mantenimiento, incluso, intentó a través de su apoderado la liquidación de la sociedad de hecho, aquella presunción no ha sido desvirtuada por la inscripción del socio *GERARDO NÚÑEZ*, quien procedió a conseguir la matrícula a su nombre, dado el desinterés del denunciante sobre el particular, en especial, porque no tramitó el documento de ausencia de antecedentes sobre tráfico de estupefacientes requerido.

En criterio del censor, al no haber perjuicio o pérdida del bien para el denunciante no hay mérito para la condena de su asistido, pues *Jorge Pretelt* aún tiene la posibilidad de adquirir el derecho de obtener el registro, siempre que cumpla con los requisitos de la DIMAR, de modo que acudió a la vía penal para atemorizar y sacar provecho, pues en la demanda de constitución de parte civil alude a una pretensión económica superior a los cien millones de pesos.

También asevera que como el denunciante es un abogado connotado, debió advertir que el contrato firmado el 31 de enero de 2002 no debió ser una promesa

de venta, sino un contrato de compraventa, y por ello conocía y asumió a propio riesgo el registro de la nave, sin que mediara mentira para mantenerlo en engaño, porque se desinteresó en obtener el certificado de antecedentes requerido para el correspondiente registro, colocando en riesgo a su socio *NUÑEZ PIÑERES* al no registrar la propiedad y continuar inscrito como propietario el vendedor *Jaime Borda Martelo*.

Resalta la dubitación del Tribunal en torno a las maniobras engañosas desplegadas por *GERARDO NÚÑEZ* para inducir en error a *Jorge Pretelt*, las cuales carecerían de idoneidad dadas las calidades del denunciante en el ámbito profesional, su experiencia, los altos cargos desempeñados en entidades públicas, judiciales y universitarias, su vocación de jurista y académico, circunstancias que lo ubican en un papel preponderante sobre los demás, quien era conocedor de las implicaciones de no registrar la negociación, a partir de lo cual advierte falta de diligencia del denunciante orientada a evadir responsabilidades, al punto que buscó un nuevo socio comprador que lo reemplazara.

En el ámbito de la trascendencia del reproche afirma que este asunto es de índole civil, sin que comporte la comisión del delito de estafa, pues se trató de la desidia del denunciante en procurar oportunamente la

inscripción de la propiedad del yate, y así fue entendido por las partes cuando hablaron de liquidar la sociedad, o cuando se citaron a instancia del procesado a audiencia de conciliación, máxime si con las cifras señaladas en la demanda de constitución de parte civil se advierte el desmedido afán económico del denunciante.

A partir de lo expuesto solicita el demandante la casación del fallo atacado, para en su lugar dictar sentencia absolutoria en favor de su representado, por atipicidad de la conducta investigada.

**2. Segunda censura: Violación indirecta por falta de aplicación de los artículos 20 de la Constitución y 7° del Código de Procedimiento Penal e indebida aplicación de los artículos 246 y 267 del Código Penal**

En el desarrollo del cargo el defensor denuncia los siguientes errores de hecho:

**Falso juicio de identidad** por mutilación de la indagatoria del procesado *GERARDO NÚÑEZ* cuando aseveró que fue *Jorge Pretelt* quien redactó la promesa de compraventa del yate; también fue cercenada en el aparte

que expresó: “*él me depositó fue la administración de la embarcación que hace parte de la sociedad de hecho debido a que él se encontraba en otra ciudad (...) sólo se limitaba a decirme que necesitaba la lancha y que se la enviase a las islas de San Bernardo donde iba a estar o Coveñas y era a mi quien me tocaba hacer el mantenimiento de la lancha, contratarle ayudante de piloto, ponerle el combustible necesario, firmar los permisos de salida y en muchas ocasiones hasta se demoraba en pagarme los gastos*”.

Para el censor, tanto denunciante como procesado han ejercido la posesión del bien, luego ambos son los dueños, la génesis del problema fueron los gastos que originó la nave y la preocupación del vendedor por agilizar el traspaso al no querer seguir figurando como propietario por los compromisos de responsabilidad civil y hasta penal que le podía acarrear.

**Falso raciocinio** al no valorar las manifestaciones de *Jorge Pretelt* conforme a las reglas de la experiencia, la cual enseña que en muchas ocasiones el denunciante fabrica sus propias pruebas para el logro de sus pretensiones, y en este asunto aquél negó ser el autor del contrato de promesa de compraventa, tal vez por pena.

**Falso juicio de existencia** por omisión de los documentos que reflejan las actuaciones del procesado *GERARDO NÚÑEZ* orientados a conseguir una conciliación con *Jorge Pretelt* para el pago de los gastos de la nave y la liquidación de la sociedad de hecho, en los cuales reconoce a su socio, así como el porcentaje que le corresponde, lo cual acredita su desinterés por sacar provecho de la custodia y administración de la nave, o por apoderarse del 50% de su socio, pero denota el propósito de poner fin a las desavenencias económicas que mediaban entre ambos.

También se omitió valorar el documento a través del cual la DIMAR rechazó el 30 de noviembre de 2004 la inscripción de la nave solicitada con base en la promesa de venta, pues se adujo que tal contrato no podía ser aceptado para iniciar dicho trámite, elemento de convicción con el cual se demuestra que *NÚÑEZ PIÑERES* no desarrolló maniobras engañosas para desplazar a su socio, máxime si el denunciante no había aportado el certificado sobre ausencia de antecedente relacionados con el tráfico de estupefacientes, necesario para la inscripción del yate, todo lo cual desvirtúa lo manifestado por el Tribunal, en el sentido de que los ardides y engaños comenzaron cuando se suscribió la promesa de compraventa y se prolongaron en el tiempo.

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Colegiatura solicita no casar el fallo, de conformidad con los siguientes argumentos:

Respecto del **primer reparo** considera que desde el 1° de noviembre de 2004, momento en el cual unilateralmente *NÚÑEZ PIÑERES* modificó el contrato con *Jaime Borda* y procedió a su registro, hasta el mes de agosto de 2005, cuando a través de un correo electrónico le comunicó la situación al denunciante, se constituyó el lapso en el que lo mantuvo en error sin informarle la verdadera situación y estado del bien.

Asevera que no se trató de una gestión tendiente a proteger la nave como propiedad de una sociedad de hecho entre *Pretelt* y *NÚÑEZ*, sino del registro de éste último como único propietario.

Considera que *Jorge Pretelt*, movido por la confianza, depositó en su socio parte de su patrimonio, el cual después pasó a *GERARDO NÚÑEZ* sin su consentimiento, gracias a las maniobras artificiosas que lo mantuvieron en error.

Luego de referir jurisprudencia de esta Sala sobre los elementos del delito de estafa, el Delegado expresa que la tipicidad de dicho punible se encuentra demostrada, pues se probó en el proceder del acusado un engaño antecedente, causante y bastante orientado a conseguir la inscripción de la propiedad de la nave a su nombre, pretermitiendo la voluntad de su socio.

Con base en lo expuesto considera el Ministerio Público que el cargo no está llamado a prosperar.

Acerca del **segundo reproche**, el Delegado estima que al contrariar el procesado el primer acuerdo contractual de promesa de compraventa, cuando suscribió contrato con el vendedor de la nave, dio lugar a un indicio incriminatorio determinante de su responsabilidad por la intención inequívoca de adueñarse del bien común materializada con el registro ante la Capitanía de Puerto.

Tilda de torticero el proceder del implicado al tratar de justificar su comportamiento aduciendo su intención de realizar una conciliación con la víctima de manera tardía cuando se enteró de la citación a indagatoria.

A su turno, pone de presente que las prácticas sociales y las reglas de la experiencia demuestran que

una persona, en las condiciones de *NÚÑEZ PIÑERES*, antes de suscribir un contrato donde modifica en perjuicio la condición de su codueño, debe advertírsele previamente a tomar decisiones de fondo, como invitarlo a que le venda su cuota parte o la misma resolución del contrato para que las cosas vuelvan a su estado original, pero no actuar subrepticamente y a espaldas de su socio, pues denota el dolo directo de defraudarlo en su patrimonio.

Que si bien se presentaron diferencias entre los socios, como que *Pretelt* no aportaba la cuota correspondiente para el mantenimiento y gastos de funcionamiento del bien y no aportó el certificado de antecedentes, ello no facultaba al procesado para actuar de la forma como lo hizo.

Plantea que las quejas del casacionista únicamente corresponden a su particular ponderación de las pruebas, pero no logra demostrar yerros de los falladores, motivo por el cual el cargo no tiene vocación de éxito.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

Habida cuenta que en el **primer reparo** el casacionista reclama la atipicidad del comportamiento

por el cual se acusó a *GERARDO NÚÑEZ PIÑERES*, con ocasión de lo cual plantea que no se configuró el delito de estafa agravada por la cuantía, resulta oportuno, de una parte, recordar sucintamente las exigencias del principio de tipicidad, y de otra, hacer un rastreo jurisprudencial sobre los elementos constitutivos del referido punible contra el patrimonio económico, como sigue:

### **1. El principio de tipicidad**

Como ya sido señalado por esta Corporación (CSJ. SP, 1º oct. 2014, Rad. 40401, entre muchas otras), según la preceptiva contenida en el artículo 29 de la Constitución, “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*”, disposición que consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas, el cual desde la época de la Revolución Francesa protege la libertad individual frente a la arbitrariedad de los funcionarios judiciales y garantiza a la postre tanto el principio de igualdad de las personas ante la ley, como el de seguridad jurídica.

Por tal razón se afirma de manera pacífica que una de las características esenciales de un Estado de derecho está constituida por la reglamentación exhaustiva de las facultades de sus servidores públicos, como se deriva del

artículo 6° de la Carta Política, según el cual “*los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*” (subrayas fuera de texto).

A su vez, el artículo 121 del mismo ordenamiento dispone que “*ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*” y el artículo 122 establece que “*no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento*”.

En cuanto se refiere a los funcionarios que administran justicia, además de las anteriores normas, sus facultades se rigen por lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución, precepto que establece el principio de imperio de la ley en las decisiones judiciales.

Ahora bien, el principio de legalidad se concreta en el ámbito penal en el principio de tipicidad objetiva, en virtud del cual los tipos penales deben ser definidos por el legislador de manera previa, clara, cierta, escrita, estricta, entendible, sin anfibologías, y por ello se excluye la analogía en cuanto pueda perjudicar al procesado (*in malam partem*), no así en la medida que le sea beneficiosa (*in bonam partem*).

Desde luego, si los particulares pueden hacer todo aquello no prohibido expresamente, es claro que para adoptar la decisión de delinquir o de abstenerse de hacerlo, deben conocer y entender el tipo penal, circunstancia que tiene lugar en el marco de la presunción legal de conocimiento de la ley por parte de todos sus destinatarios, la cual admite prueba en contrario por no ser una presunción de derecho.

Según la preceptiva del artículo 9° de la Ley 599 de 2000 *“para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable”*, texto del cual se desprende que el hecho humano (activo u omisivo) debe pasar por el tamiz de las tres referidas categorías dogmáticas para que pueda tener la condición de delictivo (Cfr. Sentencia del 12 de octubre de 2006. Rad. 25465).

En virtud de la **tipicidad**, es necesario, de una parte, que la conducta se adecue a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento, y de otra, que cumpla con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido que de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte

especial requieren de una conducta dolosa, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

No se aviene con dicho rigor, conquista de la Revolución Francesa y del advenimiento del Estado de derecho por oposición a la monarquía y el absolutismo, que en el proceso de adecuación típica los funcionarios judiciales olviden honrar tales exigencias de certeza y claridad, y como consecuencia de ello terminen realizando indebidas interpretaciones extensivas o analógicas, ajenas al texto de la ley.

## **2. El delito de estafa**

El delito de estafa se encuentra tipificado en el artículo 246 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:

*“Artículo 246. Estafa. El que 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, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*“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”.*

De tiempo atrás, aún bajo la normatividad de 1936, se ha reconocido que el delito de estafa está compuesto por los siguientes elementos estructurales (CSJ SP, 27 feb. 1948): 1) Presencia de artificios o engaños, con los cuales el agente altera la verdad, muestra una realidad ficticia y crea circunstancias especiales inexistentes; 2) En virtud de aquellos, logra inducir en error o mantener en el mismo a la víctima, esto es, la convence, o la disuade con el propósito de que se equivoque al dar por cierto lo falso, vea ganancia donde hay pérdida; 3) Conforme a lo anterior, ésta toma decisiones, se compromete y sigue el sendero trazado por el delincuente; 4) El agente logra el fin perseguido, con el correlativo perjuicio del damnificado (En el mismo sentido SP, 14 ago. 2012. Rad. 35254; SP, 5 sep. 2012. Rad. 27410; AP, 28 ago. 2013. Rad. 41725; AP, 6 nov. 2013. Rad. 42564; SP, 16 jul. 2014. Rad. 41800; AP, 25 abr. 2012. Rad. 38764; SP, 15 sep. 2011. Rad. 34356; AP, 8 sep. 2011. Rad. 37362; SP 28 abr. 2010. Rad. 32966 y AP, 7 abr. 2010. Rad. 33655, entre muchas otras decisiones).

Tales exigencias no han sufrido variaciones en las legislaciones posteriores, en cuanto la definición típica del punible en comento no ha sido modificada sustancialmente.

Debe destacarse que el nexo entre tales elementos precisa de especiales contenidos valorativos que llevan a la configuración del tipo, analizando la idoneidad del ardid y el engaño, así como la calidad y condiciones de la persona a quien van dirigidos (Cfr. SP, 10 jun. 2008. Rad. 28693), capaces de llevarla a un error trascendente con suficiencia sobre su voluntad para la desposesión material de su patrimonio, y trasladárselo al agente.

Ahora, si bien la contratación como forma de ingreso al tráfico jurídico y comercial goza de especial protección, y con bastante frecuencia los negocios jurídicos son utilizados como instrumento quimérico para inducir en error a la persona y obtener de ella el provecho ilícito, no siempre quien incumple la obligación acordada ubica su actuar en los terrenos penales al quedar las consecuencias nocivas de su actuar en el ámbito estrictamente civil.

En efecto, es claro que al incumplir lo pactado el contratante realiza un proceder antijurídico en cuanto el contrato es ley para las partes, pero dado el carácter subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal, tales

incumplimientos no ingresan en la órbita protectora del *ius puniendi* del Estado, y en este orden de ideas, no se debe confundir el nexo de causalidad (engaño o inducción en error y provecho ilícito) que se debe dar entre los elementos configuradores de la estafa, con el existente entre el incumplimiento del deudor y el consecuente daño para el acreedor.

El delito de estafa tiene un desarrollo secuencial, pues a la obtención del provecho se llega a través del error que en la víctima han creado los engaños exhibidos por el agente, por lo tanto, la inducción en error debe preceder al provecho ilícito y al daño, situación que al no darse evidencia la atipicidad del comportamiento.

Huelga señalar que el provecho económico para una persona, o el daño en el patrimonio de otra, no bastan para la configuración del delito de estafa, en cuanto es indeclinable que previamente haya mediado un artificio o engaño enderezado a inducir en error o mantener en error a la víctima, y sin tal circunstancia modal, no se configura el referido punible.

Ahora, en el conocido fallo de casación del 25 de octubre de 1971, en el cual se declaró que una defraudación organizada en las apuestas del Hipódromo de Techo acaecida el 26 de abril de 1964 no comportaba el

delito analizado, puntualizó la Corte en algunos de sus apartes:

*“El artificio o engaño, con el que se inicia toda estafa, debe ser puesto en acción por el agente para inducir en error.*

*“La injusta utilidad lograda por el responsable, para sí o para otros, debe ser el efecto de la inducción en error por el artificio o engaño, de modo que se pueda afirmar que de no haber mediado el error el beneficio no se habría consumado.*

*“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 otro” (subrayas fuera de texto).*

A su vez, en sentencia del 8 de junio de 2006. Rad. 24729, señaló la Sala sobre el punible mencionado:

*“1. El delito de estafa hace parte de los llamados por la doctrina tipos penales de medios determinados, que son aquellos en los que la descripción legal*

señala expresamente las modalidades de la acción, o forma como debe llegarse al resultado, por oposición a los llamados resultativos, en los que no se exige una modalidad conductual específica que preceda la vulneración del bien jurídico, como el homicidio, donde cualquier conducta basta para la producción del resultado (muerte).

“2. En este tipo de delitos (de medios o modalidades conductuales predefinidas), el resultado no es suficiente para la tipificación de la conducta. Es necesario, además, que la acción que conduce al mismo se haya presentado en la forma específica como lo indica la norma, tanto en sus contenidos modales como causales, y que la producción de cada uno de los elementos estructurales de esta secuencia conductual haya sido debidamente probada en el proceso.

“3. En el caso de la estafa, la norma exige que el resultado (obtención de un provecho económico), esté antecedido de varios actos, a saber: (i) Que el sujeto agente emplee artificios o engaños sobre la víctima, (ii) que la víctima incurra en error por virtud de la actividad histriónica del sujeto agente, (iii) que debido a esta falsa representación de la realidad (error) el sujeto agente obtenga un provecho económico ilícito

*para sí o para un tercero, y (iv) que este desplazamiento patrimonial cause un perjuicio ajeno correlativo.*

*“4. Como puede verse, el precepto, además de exigir la presencia de ciertas modalidades conductuales previas a la obtención del resultado (provecho ilícito), demanda que las mismas se presenten en específico orden cronológico (primero el artificio, luego el error y después el desplazamiento patrimonial), y que entre ellas exista un encadenamiento causal inequívoco, es decir que el uno conduzca necesariamente al otro, de suerte que si estos requerimientos conductuales no se presentan, o presentándose concurren en desorden, o la cadena causal se rompe, trastoca o invierte, no podrá hablarse de delito de estafa” (subrayas fuera de texto).*

De lo expuesto puede concluirse en el análisis dogmático del delito de estafa, que tiene un sujeto activo indeterminado, cuya actividad se concreta en el verbo rector de **obtener** provecho ilícito, ya sea para sí o para un tercero, de manera que se trata de un delito de resultado; consecuencia que debe ser producto de unas específicas circunstancias alternativas definidas por el legislador, esto es, **inducir o mantener** en error a otro mediante artificios o engaños.

**Inducir** es sinónimo de incitar, provocar, estimular, influir o fustigar, en tanto que **mantener** corresponde a las conductas de conservar, sostener o alimentar.

Por su parte, **artificio** o **engaño** se consideran sinónimos (Cfr. SP 25 oct. 1971), y aluden a artimaña, truco, trampa, argucia, asechanza o treta.

Hay una relación causal, también llamada teleológica entre la obtención del provecho ilícito y las referidas conductas alternativas de inducir o mantener en error, siempre que se hayan utilizado artificios – sin los cuales no se configura el delito en comento – de modo que sin aquél beneficio contrario a la legalidad no hay consumación y la conducta podría ubicarse en el terreno de la tentativa, y sin dicho nexo causal, pese a causarse un daño y obtenerse una ventaja, tampoco se configura la estafa.

Por ejemplo, cuando en un contrato el arrendatario no paga el valor acordado, hay presencia de un beneficio para él en desmedro del patrimonio del arrendador, pero por regla general tal situación no comporta una estafa en la medida que no median los citados procederes alternativos de *inducir* o *mantener* en error, y tampoco están presentes los medios engañosos para arribar al resultado defraudatorio.

Es claro que si para construir el engaño el agente comete un delito, como ocurre con quien falsifica un documento público para dar credibilidad a la puesta en escena de la falsa realidad (*mise en scene*), tal punible conforma con el de estafa un concurso material de delitos.

El tipo subjetivo es doloso, en cuanto como ya se ha dicho, según el artículo 21 de la Ley 599 de 2000, todos los delitos de la parte especial son dolosos, salvo los que sean culposos o preterintencionales, y respecto del punible de estafa el legislador no dispuso las dos últimas modalidades de conducta.

### **3. Soportes de la acusación y del fallo de condena**

Hechas las anteriores precisiones, constata la Sala en el caso de la especie que en la resolución de acusación de primer grado se dijo acerca de la tipicidad del comportamiento investigado lo siguiente:

*“No solo se tiene demostrado el perjuicio patrimonial, vale decir, el hecho de tener jurídicamente la propiedad del yate, sino que además se colige el engaño que medió entre denunciante y sindicado, quien mantuvo en error al señor PRETELT al ocultarle*

que el yate se encontraba a su nombre mucho tiempo atrás que se produjera tal comunicación vía email (05/09/2006), manteniendo de esa forma en error a la víctima (...) que llevó a constituir en el señor PRETELT una falsa representación de la realidad al encontrarse convencido que aún para esa fecha la embarcación se encontraba a nombre del anterior dueño, como era el señor JAIME BORDA” (subrayas fuera de texto).

En la acusación de segundo grado se expresó al respecto:

“El traspaso, el correo electrónico del 05 de septiembre de 2005 y las explicaciones de los protagonistas de los hechos conducen a la inferencia razonable de que Gerardo Núñez Piñeres, induciendo en error a Jaime Borda Martelo, apoyado en la condición de haber gestionado la negociación de la lancha, ejercer su administración, ausencia de cualquier acercamiento entre Borda Martelo con Pretelt Chaljub, la amistad de este último con Núñez y la no presencia de Pretelt en la ciudad de Cartagena, para lograr el traspaso de la misma, manteniendo desde ese momento en error al señor Jorge Pretelt.

*“Con ese error sobre la realidad fáctica, se produjeron los demás presupuestos de la conducta punible de estafa, como la obtención del provecho ilícito patrimonial con la consecuencia de detrimento de igual carácter para el demandante; toda vez que con la totalidad de la embarcación a su nombre no solo podía incrementar sus bienes, sino que podía disponer del mismo (sic) como su legítimo y único propietario” (subrayas fuera de texto).*

En la sentencia de primera instancia se manifestó sobre la tipicidad de la conducta:

*“De las pruebas obrantes en el proceso se evidencia en grado de certeza que GERARDO NÚÑEZ PIÑERES aprovechando que el señor JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB no residía en la ciudad de Cartagena de Indias y que él tenía bajo su custodia y uso la embarcación ‘AGUJA’ lo mantuvo en error haciéndole creer que ambos eran propietarios de la embarcación adquirida y que la podía utilizar en todo momento, pero a la vez ocultó a esta persona que había suscrito un nuevo contrato de compraventa con JAIME AUGUSTO BORDA MARTELO tendiente a lograr el traspaso y registro del bien mueble a su nombre de manera exclusiva, suscripción que se*

*materializó gracias al alto grado de amistad que poseía con el señor JAIME AUGUSTO BORDA MARTELO, logrando con ello mantener en error a JORGE IGNACIO PRETELT” (subrayas fuera de texto).*

Finalmente en el fallo del Tribunal se afirmó sobre la misma temática:

*“El desplazamiento patrimonial tuvo lugar fue en la fecha últimamente citada (1° de noviembre de 2004, se precisa), data en la cual el señor Gerardo Núñez Piñeres procedió, de manera unilateral y sin consentimiento de la víctima, a realizar el contrato de compraventa con el promitente vendedor, con el fin de registrar a su nombre el 100% de la propiedad de la embarcación ‘Aguja’. De ese modo, es en ese momento y no en otro, en el que desaparece del patrimonio del señor Pretelt Chaljub, el dinero cancelado como contraprestación a la adquisición de un bien mueble, pues es claro que en nuestro medio el ataque al patrimonio se sitúa en los contornos de la estafa solo cuando el mismo encuentra como correlato una disminución del valor económico del patrimonio globalmente considerado.*

*“En este contexto, es claro que **los ardidés o engaños del acusado preceden al***

**desplazamiento patrimonial de que fuera víctima Pretelt Chaljub, en tanto se inician en la fecha de suscripción de la promesa de compraventa y se prolongan en el tiempo, con el prurito de que no se podía hacer el traspaso, hasta llegar al estadio en que aquel decide motu proprio y de espaldas a su socio registrarse como único propietario de la motonave, cuestión que mantuvo en reserva hasta el día 23 de agosto de 2005, cuando decide vía correo electrónico comunicárselo a este.**

“Conforme lo dicho, es claro que la mentira o engaño fue anterior y se mantuvo en el tiempo, y consistió en hacerle creer a Jorge Pretelt que el negocio celebrado entre ellos y Jaime Borda Martelo no se había podido perfeccionar, en la medida en que estaba pendiente el traspaso, para de ese modo despejar el camino y luego poder celebrar un contrato adicional sin consentimiento de la víctima, con lo cual logra el desplazamiento patrimonial. ¿Cuál?, se pregunta el apelante, pues no otro distinto que lograr que el 100% de propiedad de la embarcación pase a su poder, habiendo pagado solo el 50% y que la víctima que canceló el otro 50% pierda el pago y la posibilidad de

*adquirir la propiedad del 50% de la embarcación”*  
(subrayas y negrillas ajenas al texto).

#### **4. Examen del asunto específico**

Desde el inicio impera manifestar que el primer reparo de la demanda presentada por la defensa está llamado a prosperar, circunstancia que torna innecesario un pronunciamiento de fondo sobre la segunda censura.

En tal cometido se tiene, que si como se dijo en el segundo acápite de esta decisión referido al análisis dogmático del delito de estafa, dicho punible requiere en el ámbito de la tipicidad que la inducción o mantenimiento en error a la víctima mediante engaño o artificio sea anterior a la obtención del beneficio, en este caso puede constatarse que desde la acusación de primer grado no ha existido claridad al respecto, pues los funcionarios han procedido en forma descontextualizada a dar por satisfechos cada uno de los elementos del mencionado tipo penal.

Así pues, en la acusación de primera instancia el provecho se hizo consistir en que el procesado es dueño del 100% de la embarcación, y el engaño radicó en que *“mantuvo en error al señor PRETELT al ocultarle que el yate se encontraba a su nombre mucho tiempo atrás que se produjera tal comunicación vía email (05/09/2006),*

*manteniendo de esa forma en error a la víctima*” planteamiento que denota inconsistencias, pues no se expresa de qué manera al “*mantener en error a la víctima*” se consiguió el provecho ilícito, en cuanto parece evidente que no fue producto de esa real o supuesta inducción en error que NÚÑEZ PIÑERES obtuvo el argüido beneficio ilegal.

En la acusación de segundo grado se presentó una confusión mayor, pues se afirmó que el procesado indujo en error al vendedor *Jaime Borda Martelo* para conseguir el traspaso de la embarcación y su ulterior registro, manteniendo a partir de tal momento en error a *Jorge Pretelt*, sin adentrarse a articular la referida inducción en error con la obtención del beneficio ilícito, pues es claro que en el delito de estafa el artificio debe recaer sobre la víctima la cual dispone engañada de sus bienes, y no, como se adujo en el referido proveído, se engañó al vendedor *Borda* y se perjudicó al socio *Pretelt*, a quien luego se mantuvo en error.

Es decir, no se dilucidó conexión alguna entre la real o supuesta inducción en error a *Jorge Pretelt*, y cómo él, engañado, dispuso de su parte en la nave, amén de que no se precisó la ventaja patrimonial de no haberle

contado sobre la inscripción de la nueva matrícula sino hasta varios meses después de ocurrida.

El equívoco mencionado en precedencia se mantuvo en la sentencia del *a quo* al considerar que *NÚÑEZ PIÑERES* le hizo creer erradamente al denunciante que “*ambos eran propietarios de la embarcación adquirida y que la podía utilizar en todo momento, pero a la vez ocultó a esta persona que había suscrito un nuevo contrato de compraventa con JAIME AUGUSTO BORDA MARTELO tendiente a lograr el traspaso y registro del bien mueble a su nombre de manera exclusiva*”. Nótese cómo de manera desordenada e imprecisa la inducción en error a *Jorge Pretelt* se hizo consistir en no contarle acerca del registro de la matrícula nueva a nombre de *GERARDO NÚÑEZ*, aspecto del cual no se hizo derivar perjuicio para aquél, pues ya se tenía como lesionado en su patrimonio.

En otras palabras, se invirtió el orden inherente al delito de estafa, pues primero se obtuvo el supuesto beneficio patrimonial y luego se indujo o mantuvo en error a la víctima.

Ya en la sentencia del Tribunal la indebida comprensión del alcance del delito de estafa fue aún más acentuada, pues en el fallido ensayo de enmendar los yerros ya anotados, se dijo que el desplazamiento patrimonial “*tuvo lugar fue en la fecha últimamente citada*

(1° de noviembre de 2004, se precisa), *data en la cual el señor Gerardo Núñez Piñeres procedió, de manera unilateral y sin consentimiento de la víctima, a realizar el contrato de compraventa con el promitente vendedor, con el fin de registrar a su nombre el 100% de la propiedad de la embarcación ‘Aguja’*, y se puntualizó *“que los ardidés o engaños del acusado preceden al desplazamiento patrimonial de que fuera víctima Pretelt Chaljub, en tanto se inician en la fecha de suscripción de la promesa de compraventa y se prolongan en el tiempo, con el prurito de que no se podía hacer el traspaso, hasta llegar al estadio en que aquel decide motu proprio y de espaldas a su socio registrarse como único propietario de la motonave”*.

Encuentra la Colegiatura que en la argumentación del Tribunal se echa de menos siquiera una explicación de las razones por las cuales se concluyó que al momento de suscribir la promesa de venta del yate iniciaron los engaños y artificios por parte de *NÚÑEZ PIÑERES* respecto de *Pretelt Chaljub*, pues las pruebas indican lo contrario y así lo aceptan los contendientes, esto es, que para aquel momento únicamente los motivaba adquirir en sociedad la nave con fines recreativos, sin que adviertan sofismas, falsedades, trampas o trucos.

Palmario resulta que si lo reprochado es que *NÚÑEZ PIÑERES* se apropió de la mitad del yate que correspondía

a *Jorge Pretelt*, el *ad quem* no explica de qué manera tal proceder tuvo lugar mediante la inducción o mantenimiento en error, omisión que impide articular tal supuesto con la obtención del provecho ilícito y sin ello, no se acredita la configuración del delito de estafa.

Impera señalar que por regla general en el citado punible la víctima entrega parte de su patrimonio al victimario, imbuida precisamente por el engaño que la lleva a error, circunstancia que no se evidencia en el caso de la especie.

Por el contrario, las pruebas obrantes en la actuación permiten concluir que *GERARDO NÚÑEZ* y *Jorge Pretelt* se unieron para adquirir un yate que comprarían a *Jaime Borda* por \$70.000.000.00, dinero que pagaron íntegramente en partes iguales. No obstante, como *NÚÑEZ PIÑERES* residía en Cartagena, quedó encargado de la administración de la nave, y con ocasión de ello pagaba los gastos de parqueo y mantenimiento necesarios, pasando las cuentas a su socio para que asumiera la mitad correspondiente, quien además debía allegar el certificado de ausencia de antecedentes sobre tráfico de estupefacientes para poder ser inscrita la matrícula en la Capitanía de Puerto de Cartagena, a lo cual no procedió.

Un par de años después *Jorge Pretelt* le manifestó a *GERARDO NÚÑEZ* su interés en vender su parte, y éste a su vez le comentó que la embarcación tenía un motor dañado, cuya reparación costaba \$18.000.000.00 y que por tanto no podía ser utilizada como lo pretendía.

Las pruebas recaudadas dan cuenta de falta de entendimiento entre los socios sobre la liquidación de los gastos de la nave, al punto que ensayaron diferentes fórmulas de arreglo y concurrieron sin éxito a un organismo conciliatorio en Cartagena, circunstancia que determinó a *GERARDO NÚÑEZ* a formalizar la compra con el vendedor *Jaime Borda*, quien estaba molesto por el tiempo transcurrido sin que se hubiera efectuado el registro de los nuevos propietarios ante las autoridades portuarias, y entonces aquél procedió a registrarse ante la Capitanía de Puerto.

Considera la Sala que no hay prueba alguna de inducción o mantenimiento en error por parte de *NÚÑEZ* sobre *Pretelt*, pues en forma diáfana se advierte que inicialmente unieron sus esfuerzos en procura de adquirir el bien con fines recreativos, pero luego de aproximadamente dos años no consiguieron limar sus diferencias acerca de los gastos de mantenimiento del bien y sobre los documentos requeridos para efectuar su registro como nuevos propietarios, marco factual hartó

distante de los ya referidos elementos que conforman el delito de estafa, y si, por el contrario, permite advertir un posible incumplimiento de obligaciones de índole civil, una eventual desavenencia en la rendición de cuentas o una probable liquidación de la sociedad de hecho, situaciones frecuentes cuando los socios no consiguen ponerse de acuerdo, pero que en todo caso no son del resorte del derecho penal.

Resulta obvio que si en los primeros días de existencia de la sociedad, *Jorge Pretelt* hubiera entregado los documentos necesarios para hacer la inscripción de los nuevos propietarios en la Capitanía de Puerto de Cartagena, así se habría procedido, de manera que fue él quien con su incuria dio lugar a esa situación de indefinición sobre la propiedad de la nave por cerca de dos años, hasta que su socio la finiquitó.

Sobre el particular se tiene que el Código de Comercio dispone en su artículo 1445 que la tradición del dominio de una nave matriculada se hace mediante la cancelación de la matrícula al enajenante y la expedición de una nueva al adquirente, quien deberá acompañar a su solicitud la prueba de su derecho, acreditando además la previa entrega de la nave, y el artículo 1456 establece que será plena prueba del dominio y demás derechos reales sobre naves, así como de los embargos o hipotecas

que pesen sobre ellas y de la existencia de litigios sobre tales derechos, los certificados que expida el capitán de puerto sobre la matrícula.

En virtud de ello el Decreto 2324 de 1984 “*por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria DIMAR*”, como dependencia del Ministerio de Defensa, que tiene por objeto la regulación, dirección, coordinación y control de las actividades marítimas, controla la inscripción, registro, inspección, clasificación, matrícula y patente de las naves y artefactos navales, expide el certificado de matrícula, y la patente de navegación autoriza a una embarcación para transitar bajo bandera colombiana.

Según el artículo 82 del Decreto 2150 de 1995 “*Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la administración pública*”, es necesaria la presentación del Certificado de Carencia de Informes de Tráfico de Estupefacientes expedido por la Dirección Nacional de Estupefacientes ante la DIMAR para: a) La expedición de licencias de navegación; b) La adquisición o matrícula de embarcación.

Tal precepto fue luego derogado expresamente por el artículo 92 del Decreto 19 de 2012, estableciendo en su

artículo 79 que la DIMAR verificaría directamente la carencia de informes por tráfico de estupefacientes relacionada con comportamientos referidos a delitos de tráfico de estupefacientes y conexos, lavado de activos, testaferrato y enriquecimiento ilícito, así como frente a procesos de extinción del derecho de dominio, cuando se lo soliciten las personas que adelanten los trámites por expedición de licencias de navegación y la adquisición o matrícula de embarcación.

Conforme a la referida normatividad, no resulta afortunado que el Tribunal afirme que los ardides o engaños de NÚÑEZ sobre Pretelt “se inician en la fecha de suscripción de la promesa de compraventa y se prolongan en el tiempo, con el prurito de que no se podía hacer el traspaso”, pues como ya se advirtió, la demora en la inscripción de la propiedad de los socios fue consecuencia de que Jorge Pretelt no entregara los documentos para proceder en tal sentido, de modo que no es conforme a la verdad decir que todo fue producto de un engaño de GERARDO NÚÑEZ, máxime si en el contrato firmado el 31 de enero de 2002, se acordó que “LOS COMPRADORES asumen los valores de traspaso del registro de propiedad y el peritaje correspondiente y se comprometen a efectuarlo en un plazo no mayor a 30 días después de cumplir con el último pago en la fecha pactada (31 de julio de 2002, se precisa), fecha en que EL VENDEDOR solicitará a la

*Capitanía de la cancelación de matrícula para cambio de nombre y hacer el registro del nuevo propietario”.*

De acuerdo con las razones procedentes, encuentra la Sala que el cargo propuesto por la defensa debe prosperar, y por ello, se dispondrá casar el fallo condenatorio de segundo grado proferido contra GERARDO NÚÑEZ PIÑERES por el Tribunal de Cartagena como autor del delito de estafa agravada por la cuantía, para en su lugar dictar sentencia absolutoria en su favor por atipicidad de la conducta.

La Corte estima pertinente señalar que tampoco el proceder investigado corresponde en el ámbito de la tipicidad a un delito de hurto entre condueños, pues si bien ocurrió entre socios de una sociedad de hecho (Cfr. C-553 del 31 de mayo de 2001 y CSJ SP, 21 abr. 2010. Rad. 33418), tal como atrás de planteó, se advierten desavenencias entre denunciante y procesado sobre los gastos de parqueadero, mantenimiento de la nave por más de dos años y entrega de los documentos requeridos para hacer la inscripción de la propiedad en la Capitanía de Puerto de Cartagena, lo cual excluye un proceder doloso (tipo subjetivo) de NÚÑEZ y por el contrario, pone de presente, una vez más, un asunto de índole exclusivamente privada.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**1. CASAR** el fallo condenatorio proferido contra *GERARDO NÚÑEZ PIÑERES* por el Tribunal de Cartagena como autor del delito de estafa agravada, para en su lugar absolverlo, de acuerdo con las razones expuestas en las consideraciones precedentes.

**2. SEÑALAR** que corresponde al juez de primera instancia proceder a la cancelación de los compromisos adquiridos por *NÚÑEZ PIÑERES* en razón de este diligenciamiento, amén de las medidas cautelares que por el mismo se hayan dispuesto.

Notifíquese y cúmplase.

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria

## SALVAMENTO DE VOTO

Denunciante: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Procesado: Gerardo Núñez Piñeres

Delito: Estafa

Radicado: 44.504

Fecha de sentencia de casación: 8 de octubre de 2014

Con el habitual respeto que he profesado por las opiniones y criterios ajenos, procedo a consignar las razones del disenso que motivaron mi separación de la decisión adoptada en la sentencia aprobada según acta de fecha 8 de octubre de 2014.

En manera alguna disenso del desarrollo secuencial que de vieja data se ha hecho normativa y jurisprudencialmente del delito de estafa, al que se hace mención en el fallo, según el cual debe mediar un nexo que se inicia con el engaño o ardid desplegado por el agente con el cual logra inducir en error o mantener en el mismo a la víctima para obtener un provecho ilícito.

Discrepo de la postura asumida por la Sala cuando decide casar la sentencia impugnada al admitir la atipicidad del comportamiento planteado en el primer

cargo de la demanda bajo el argumento que se está ante un conflicto que puede ser dirimido en el ámbito civil, porque para tal conclusión se minimizó un aspecto medular estructurador del delito de estafa.

En efecto, mi desacuerdo apunta fundamentalmente a la mirada aislada que se hace del 31 de enero de 2002 cuando Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Gerardo Núñez Piñeres celebraron con Jaime Borda Martelo el contrato de promesa de compraventa de la embarcación denominada «Aguja», para concluir que se invirtió el orden inherente para el delito de estafa ya que primero se obtuvo el provecho (se pagó el precio de la promesa de compraventa) y luego se indujo en error a la víctima

El raciocinio anterior desdeña que el desplazamiento patrimonial de la víctima no ocurrió en esa oportunidad, cuando se pagó el precio de la **promesa de compraventa**, sino que tuvo lugar cuando el procesado, sin el consentimiento de su socio, realizó el **contrato de compraventa** para registrar a su nombre el 100% de la propiedad de la embarcación, pero previamente a ello le hizo manifestaciones a la víctima que estaba a la espera de un paz y salvo para cumplir la promesa de venta, el acusado jamás le hizo saber al ofendido que su plan era comprar sólo la motonave burlando los derechos que ya hacían parte de su patrimonio derivados de la **promesa**

**de compraventa,** por lo que primero fue el plan de inducir en error y luego mantenerlo engañado hasta consumir el desplazamiento de los derechos derivados del contrato de **promesa** y que habían entrado a formar parte del activo del patrimonio de Pretelt, la conducta delictiva recayó sobre éstos últimos y no respecto del precio que éste pagó en la susodicha **promesa de venta.**

No se puede como lo hace la decisión de la Sala identificar el precio pagado en el negocio con los derechos y obligaciones (activo y pasivo) que nacen con la promesa de venta y que entran como un bien diferente a la masa patrimonial del sujeto contratante. Estos últimos derechos corresponden conforme al artículo 2312 del C.C. a bienes y el conjunto de éstos es el que integra el patrimonio de una persona. Señala la doctrina especializada en la materia que las relaciones jurídicas de contenido económico y por ende son apreciables en dinero hacen parte de la prenda general de los acreedores que pueden perseguir los deudores. Con estas premisas no cabe duda que el precio pagado por Pretelt en la promesa de compraventa de la nave no pueden confundirse con los derechos que ingresaron a su patrimonio y que hasta hacían parte de la prenda general de sus acreedores (vinculados con el 50% de la embarcación), condición ésta que puede predicarse de los \$35.000.000 que se pagaron como precio.

Al confundir estos conceptos o sostener que el contrato no genera un haber diferente al monto pagado en la promesa de venta de la embarcación, como ocurre con el criterio de la mayoría de la sala, se desatiende el concepto de patrimonio del Código Civil y es lo que conlleva a la equivocada ubicación del desplazamiento patrimonial de la estafa para entenderlo ocurrido con el pago del precio (\$35.000.000) y no en el momento en que realmente ocurrió el despojo de los derechos que nacieron con la promesa de venta (50% de derechos proindiviso derivados del contrato no del precio) y que se lesionaron con el contrato de compraventa.

Efectivamente, al analizar los hechos en el contexto en que se desarrollaron fácil se observa que el engaño estuvo dado por la realidad ficticia que le exhibió el inculcado al denunciante en relación con el traspaso de la embarcación mostrándole la posibilidad de realizarlo en el futuro, ese fue el plan del procesado y tuvo que acudir al mantenimiento en error para su plan criminal aun así tuvo engañado a la víctima cuando meses antes ya NÚÑEZ figuraba como propietario en razón del contrato de compraventa celebrado el 1° de noviembre de 2004 con Borda Martelo.

Estima la Sala que en las instancias no se dilucidó la conexión entre la real o supuesta inducción en error y la forma cómo el engañado dispuso de su parte en la nave, así mismo, que la estafa se la hizo consistir en no haberle contado NÚÑEZ PIÑERES al denunciante el registro de la embarcación a su nombre, momento para el cual Pretelt ya estaba lesionado en su patrimonio; sin embargo, es palmario que tanto en la resolución de acusación, como en los fallos se destacó el escenario ficticio exhibido por el enjuiciado idóneo para generar un error trascendente en el denunciante con el convencimiento que figuraría como copropietario de la embarcación, lo que no resultó así, y aunque ciertamente el desembolso dinerario se dio por el época en la que celebró el contrato de promesa de compraventa, aquella situación le imposibilitó a Pretelt figurar como propietario ante el daño patrimonial que fue posterior a esa conducta fingida posterior pues el 50% de los derechos adquiridos sobre el bien se los despojo el inculpatado con la compraventa que hizo para sí únicamente.

En tales decisiones incluso se hizo mención al correo electrónico de 10 de diciembre de 2004 en el cual NÚÑEZ PIÑERES le indicó al denunciante que estaba pendiente del Certificado de Carencia de Informes por Tráfico de Estupefacientes que expide la Dirección Nacional de Estupefacientes del Ministerio del Interior y de la Justicia,

necesario para el trámite del traspaso de propiedad de la embarcación ante la Capitanía de Puerto, momento este para el cual ya se había surtido el traspaso a su nombre como único propietario. Este proceder corresponde a la modalidad de conducta mantenimiento en error para asegurar el producto de la estafa.

En mi concepto, contrario a lo sostenido por la mayoría de los integrantes de la Sala, no se está frente a un simple incumplimiento contractual, o un asunto que debe dirimirse en el ámbito civil, porque fruto del error derivado del ocultamiento que hizo NÚÑEZ de su intención de hacerse a la propiedad exclusiva de la embarcación y de la situación de la misma y su posterior adquisición, Pretelt resultó engañado y afectado su patrimonio con el consecuente provecho de aquél.

No hay que olvidar que en ocasiones los contratos civiles no excluyen la ilicitud penal cuando son utilizados como mampara para quebrantar la ley penal, esto es, el ocultamiento o la mentira en los negocios privados puede perfectamente constituir un medio de engaño propio del delito de estafa.

Y como no podía ser de otra manera, mi disidencia en esta oportunidad no puede tener sustento distinto al consignado en (CSJ AP 17 oct 2012, rad 35798), cuando

se destacó que de antaño (5 de julio de 1994, rad 9420), la Corporación ha enfatizado que:

*El perjuicio económico característico de la estafa no consiste solo en un desplazamiento patrimonial en el sentido de que se pierda, como consecuencia del fraude, algo que se ha tenido sino que también pudo darse cuando deja de entrar al patrimonio algo que debería ingresar a él, no por cumplimiento de una simple pretensión jurídica proveniente de un contrato o de cualquier otra causa reconocida por la ley, como ocurre en el presente caso.*

*En otras palabras, el daño que se considera propio del delito de estafa consiste en toda lesión patrimonial ya sea porque se produzca una disminución del patrimonio o bien porque se deja de percibir un acrecimiento o aumento del mismo que de no presentarse el engaño, hubiera tenido lugar.*

*Más aún: el daño puede consistir en la agravación de una situación patrimonial con tal que el perjuicio sea efectivo y no una mera posibilidad ya que la estafa es un delito de daño y no de peligro.*

Por ello estoy de acuerdo con el Tribunal cuando precisó que fue al momento de la compraventa, más no la

promesa de compraventa, que la víctima perdió su expectativa de adquirir formalmente el derecho de propiedad de la embarcación «Aguja», con lo que consecuentemente desaparecieron de su patrimonio los treinta y cinco millones de pesos (\$35.000.000) que había pagado, montó que pasó a incrementar el patrimonio del inculpaado, como que logró obtener el 100 % del bien.

Aparte de ubicar el hecho en un marco temporal anterior, la Sala no tuvo en cuenta que el trato personal y la confianza que inicialmente existía entre procesado y Pretelt le impidió a éste último advertir de la maniobra fraudulenta o artificiosa, sin que las condiciones personales y profesionales del denunciante le hubieran permitido oportunamente descubrir la intención del inculpaado ni percatarse del error al que se le indujo.

Es que no existió en este caso de parte del acusado pulcritud en la tratativa contractual, por el contrario, tendió un velo para ocultar la realidad, omitió información requerida de un suceso trascendente que afectaba el patrimonio del sujeto pasivo de la conducta ilícita.

Por eso, no me queda duda que la astucia del timador sobrepasó en este caso el entendimiento y correcta representación de la realidad del estafado, por lo

que la Sala no podía premiar la mala fe con la que se consumó el plan delictivo, que es lo que en últimas se obtuvo al prohiarse la pretensión del censor.

De otra parte, no se estructura el delito de hurto entre condueños, pues si bien la acción se dio entre miembros de una sociedad de hecho, porque se estructura cabalmente un engaño previo a la obtención del bien, pues la falsa realidad que se le exhibió al denunciante son los que denotan la intencionalidad del procesado en afectar el bien jurídico de carácter patrimonial por la vía del delito de estafa.

Para el suscrito el fiscal y los falladores no han procedido en forma descontextualizada ni incurrieron en imprecisiones y confusiones, ni en construcciones anfibológicas o ambiguas, es la Sala mayoritaria la que ubica el desplazamiento patrimonial a un momento en el que no ocurrió y de esa manera se modifica el orden de los factores cuando primero fue el ardid, el error, el mantenimiento de la farsa urdida por el procesado para luego despojar con el contrato de venta de los derechos que ya hacían parte del patrimonio de la víctima en virtud de la promesa de venta.

Así las cosas, estimo que en el caso de la especie y de conformidad con las anteriores consideraciones, no

resultaba procedente declarar la atipicidad del comportamiento.

Con toda atención,

**EUGENIO FERNANDEZ CARLIER**

**Magistrado**

Fecha *ut supra*