El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 27 de junio de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma Absuelve

Radicación Nro. : 66001 60 00 036 2011 04761 01

Procesado: GRG

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: ESTAFA / REQUISITOS PARA SU CONSUMACIÓN / NO SE ACREDITÓ PARTICIPACIÓN DIRECTA DEL REPRESENTANTE LEGAL EN EL NEGOCIO INCUMPLIDO / CONFIRMA / ABSUELVE /** Con base en este recuento probatorio, para la Sala no queda duda de la existencia de la negociación referida por el denunciante sobre el equipo que adquirió en la empresa Elite Xports; sobre el pago que hizo del valor de ese bien, independientemente de que lo hubiera hecho mediante una consignación en la cuenta de GRD y sobre el incumplimiento de la compañía Elite Xports, de la cual era gerente el acusado, en lo relativo a la entrega del computador o la devolución del dinero que consignó como pago del bien adquirido.

6.6 Sin embargo hay que manifestar que pese a haberse establecido esas situaciones, la FGN como órgano requirente de la acusación penal y de acuerdo al inciso 2º del artículo 7º del CPP, tenía la carga de la prueba de demostrar que el acusado, actuando como representante legal de la firma en mención, fue la persona que realizó los actos que hacen parte del componente descriptivo o supuesto de hecho del artículo 246 del CP…

(…)

En ese sentido hay que manifestar que precisamente uno de los argumentos centrales del fallo absolutorio de primera instancia, consistió en el hecho de que la víctima Andrés Felipe Valencia Marín no hizo ninguna negociación directa con el acusado sobre el equipo en mención, sino que esa transacción fue realizada con unos empleados de la empresa Elite Xports en esta ciudad, lo que en principio descarta la intervención del acusado como autor de la conducta punible investigada.

(…)

En ese sentido hay que manifestar que una cosa es que una persona actuando dolosamente induzca a otra en error por medio de artificios o engaños, para obtener provecho para sí o para un tercero, situación que en este evento sería predicable en principio de los empleados de la firma Elite Xports, que negociaron directamente el equipo con el afectado y otra diversa la responsabilidad penal del representante legal de esa empresa por el incumplimiento de un contrato de compraventa en el cual no intervino.

(…)

Se afirma lo anterior porque la aplicación de la norma citada exige que quien actúa en alguna de esas calidades realice la conducta punible, lo que indica que se debe contar con pruebas que permitan subsumir la conducta atribuida a una persona, dentro de una norma de prohibición o de mandato, que en el caso sub examen, obligaba a la FGN a demostrar que el señor GRG fue quien realizó los actos que se podían subsumir en el tipo de estafa, de acuerdo al componente descriptivo y el ingrediente subjetivo del tipo de artículo 246 del C.P., ya que las conductas atribuidas al procesado (todas ellas realizadas con posterioridad a la negociación que celebró el afectado con los empleados de la empresa que este representaba), no permiten considerarlo como autor de ese comportamiento punible.

(…)

En ese sentido, al no haber intervenido en la negociación que hizo el señor Valencia para adquirir el equipo de cómputo, salta a la vista que la conducta del procesado GRG no se puede adecuar al supuesto de hecho del tipo de estafa, y por ende no podría ser considerado como autor de ese comportamiento punible, siguiendo la jurisprudencia pertinente sobre la materia, como la sentencia CSJ SP del 8 de junio de 2006, radicado 24729, ya referida, ya que no se cumpliría el requisito cronológico deducido en ese fallo, que exige inicialmente “que el sujeto agente emplee artificios o engaños sobre la víctima”, lo que debe generar en un sentido causal: i) la inducción en error de afectado; ii) la obtención del provecho ilícito para sí o para un tercero; y iii) la afectación patrimonial de la víctima.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 520 del veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Pereira, veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 8:40 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación** | **66001 60 00 036 2011 04761 01**  |
| **Procesado** | **GRG** |
| **Delito** | **Estafa**  |
| **Juzgado de conocimiento** | **Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira**  |
| **Asunto** | **Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el 27 de septiembre 2017** |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el delegado de la FGN contra la sentencia del 27 de septiembre de 2017, proferida por el juzgado 2º penal municipal de Pereira, en la cual se absolvió al procesado GRG.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 El supuesto fáctico del escrito de acusación es el siguiente:

*“Los hechos -fueron dados a conocer mediante denuncia penal que formulara el señor Andrés Felipe Valencia Marín, quien dio cuenta que el día 8 de julio de 2011 se acercó a la empresa ELIT XPORTS INC E.U , ubicada en el cuarto piso del edificio Antonio Correa de esta ciudad, con el fin de comprar un computador portátil marca Dell, efectivamente concretó el valor del equipo en la suma de $2.193.000 dinero que consigno en la cuenta No 85754222957 de Bancolombia a nombre de GRG (asegurándosele que el equipo lo recibiría en un lapso de 15 días).*

*Como quiera que el equipo portátil no fue entregado en la fecha acordada, la víctima acudió en diversas ocasiones a las instalaciones de la empresa, recibiendo distintas excusas por parte de los asesores de dicho establecimiento comercial, dando incluso fechas de entrega que nunca se cumplieron e inclusive, suministrando números de guías de transporte falsos a fin de mantenerlo en la falsa esperanza de recibir su equipo portátil.*

*Se pudo establecer que efectivamente el señor Gemían Ramírez González es el Representante Legal del establecimiento comercial ELITE XPORTS INC E.U el cual se encuentra debidamente registrado en Cámara de Comercio con el Nit 900228317- 5 y fue quien directamente atendió al quejoso en la negociación del equipo electrónico -*

*Indicó el afectado que el señor GRG se comprometió en entregar el equipo portátil el día 13 de septiembre de 2011, sin embargo, el denunciado tampoco dio cumplimiento a ese compromiso, cuando se acercó al establecimiento comercial el día 15 de septiembre del citado año se llevó la sorpresa que este se encontraba cerrado y*

*Desocupado.*

*Igualmente los elementos probatorios dan cuenta que el señor GRG en forma sorpresiva cerró su establecimiento comercial, constatándose que en horas de la noche del día 12 de septiembre retiraron los muebles y enseres de dicho lugar.*

2.2 El día 31 de julio de 2015 se realizó audiencia preliminar de declaratoria de persona ausente y formulación de imputación ante el Juzgado Segundo Penal con Funciones de Control de Garantías donde la FGN imputó cargos por el delito de estafa (folio 7).

2.3 El Juzgado Segundo Penal Municipal de esta ciudad asumió el conocimiento de la causa (folio 8). El 18 de octubre de 2016 se celebró la audiencia de formulación de acusación (folio 15-16). La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 27 de marzo de 2017 (folio 19). El juicio oral se desarrolló en sesiones del 25 de agosto de 2017 (folio 46-47), y 11 de septiembre de 2017 (folio 48). La sentencia absolutoria fue proferida el 27 de septiembre de 2017 (folio 49 a 55).

2.4 El delegado de la FGN apeló la decisión de primera instancia

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

Se trata de GRG, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 9.860.259 de Pereira, nacido el 44 de abril de 1982 en Florida, Estados Unidos, es hijo de Martha Cecilia y Germán, de ocupación comerciante.

**4. SOBRE LA DECISION QUE FUE OBJETO DEL RECURSO**

* El artículo 381 del CPP, exige que la prueba practicada en el juicio genere en el juez la convicción suficiente sobre la existencia de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado frente a ella. Su segundo inciso dispone que una sentencia de condena no puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.
* El artículo 7º del mismo estatuto establece los principios de presunción de inocencia y de *In Dubio Pro Reo,* que solo se pueden desvirtuar con las pruebas que presente la FGN en el juicio oral, en aplicación de las reglas sobre necesidad de prueba que se desprenden del artículo 372 del CPP y los medios de conocimiento que enuncia el artículo 382 *ídem.*
* En el presente caso, según el testimonio del denunciante, presuntamente el acusado, a través de una empresa que se dedicaba a la importación de mercancía, se comprometió a conseguirle un computador de alta gama, que en ese entonces no estaba disponible en el país, y se quedó con el dinero que consignó el señor Valencia Marín, con lo cual obtuvo un lucro indebido, ya que no se le hizo entrega del equipo acudiendo a diversas evasivas, hasta que esa compañía desapareció de su lugar de funcionamiento súbitamente.
* El delito de estafa descrito en el artículo 246 del C.P., tiene varios componentes, los cuales vale la pena analizar en detalle haciendo uso de fuentes como la jurisprudencia y la doctrina. En ese sentido citó jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ, sobre el delito de estafa[[1]](#footnote-1).
* La presunta responsabilidad del acusado se le endilgó a título de autor, por ser el representante legal de la empresa en la que la víctima supuestamente adquirió dicho equipo.
* Se debe partir de un principio básico del derecho penal, según el cual las personas jurídicas, entre ellas las sociedades, no tienen capacidad para ser responsables penalmente.
* En nuestro ordenamiento se tiene que aplicar el principio de culpabilidad unas de cuyas formas son el dolo y la culpa, en los casos expresamente previstos en la ley.
* El principio de responsabilidad personal enseña que se debe responder por actos propios, es decir, que la responsabilidad debe ser individualizada y las personas físicas que se encuentran detrás de una sociedad deben responder penalmente conforme a los preceptos generales del C.P., salvo en el delito de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador (art. 402 C.P.) por expreso mandato de la Ley.
* Según las pruebas presentadas por la FGN se cuenta con las siguientes evidencias: i) un recibo de consignación elaborado por la víctima dirigido a “GR”; ii) el certificado de existencia y representación de la empresa de la cual era representante legal el acusado; y iii) unos extractos bancarios que introdujo una investigadora, donde se ingresa una suma de dinero a un homónimo del acusado de nombre GRD, que presuntamente era su padre, situación que no se probó en el juicio.
* La conducta del estafador, y de la víctima, está concatenada en una serie de pasos de los que no puede prescindirse para que se configure el delito y que se deben precisar, ya que en la doctrina pertinente se ha expuesto: “*al realizarse el acto de disposición patrimonial el estafador obtiene el provecho ilícito que buscaba se consuma el atentado contra el patrimonio económico sin que importe para este efecto que quien lo realice tenga capacidad jurídica para ello. El acto de disposición no es un negocio jurídico y por tanto no es necesario que quien lo realiza tenga la facultad para ejecutarlo.” [[2]](#footnote-2)*
* La estafa no puede presentarse simplemente en virtud de un contrato, sino que exige la obtención de un provecho ilícito que se logra a través de la inducción en error a la víctima. Al respecto citó al mismo autor referido anteriormente.
* Los elementos expuestos por el autor citado deben concurrir necesariamente, so pena de que la conducta sea atípica o constituya otro delito, como lo expone el tratadista Gustavo Balmaceda Hoyos, en su obra “El delito de la estafa”(cita sus apartes relevantes)[[3]](#footnote-3).
* Se presentan inconsistencias relevantes en el testimonio del denunciante, así: i) manifestó que en ningún momento tuvo contacto personal con el acusado, por lo cual no quedan claras las razones por las cuales lo pudo reconocer a través de fotografías; ii) dijo que quienes se encargaron de realizar la venta del equipo fueron los empleados del acusado; ii) a pesar de haber afirmado que se comunicó por correo electrónico con el señor Ramírez, no hay pruebas como registros, “pantallazos” de computador o impresiones de los mismos- que den cuenta de alguna comunicación que haya sostenido con el acusado, ni de su contenido o de las supuestas evasivas o excusas para no hacerle entrega del equipo o la devolución del dinero que entregó.
* En consecuencia surgen dudas respecto a la responsabilidad del acusado por las siguientes razones: i) no se probó el empleo de artificios o engaños, con respecto a la compañía que vendió el computador y los servicios que prestaba, ya que se trataba de una empresa que estaba legalmente constituida como lo acredita el certificado de existencia y representación; ii) se pudo haber inducido al error a la víctima en el sentido de hacer que consignara el dinero en la cuenta de un homónimo del representante legal de dicha compañía; iii) no quedó claro quién pudo haber dispuesto de la suma de dinero consignada, y en caso de que hubiera sido ese homónimo este no fue vinculado como acusado dentro del presente juicio; iv) tampoco se estableció quién obtuvo el provecho ilícito con la conducta denunciada; y v) no existió desmedro patrimonial en la víctima, pues si bien se probó que realizó la consignación no está clara la lesividad del acto, circunscrita a una disminución cuantificable de su patrimonio.
* No se puede tener como un hecho en contra del acusado, el poder que le otorgó a un abogado para que lo representara en una diligencia de conciliación, para considerarlo como un indicio o una manifestación expresa o tácita de la comisión del delito, como efectivamente lo señaló el defensor en sus alegatos, ya que el artículo 8º, literal D) del CP proscribe ese proceder, máxime si esa onciliación no se hizo efectiva.
* En consecuencia, si bien podrían haber méritos suficientes para un reproche por la vía civil en términos de garantías, reembolsos o pretensiones de naturaleza contractual, esta pertenece a otra jurisdicción.
* En el presente caso existen dudas sobre la identidad del autor de la conducta y sobre cuáles fueron las estratagemas utilizadas para hacer incurrir a la víctima en error y afectar su patrimonio económico, por lo cual no se demostró la materialidad de la conducta investigada, ni se desvirtuó la presunción de inocencia que ampara al acusado, lo que ameritaba proferir una sentencia absolutoria.

4.1 La decisión fue recurrida por el delegado de la FGN.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO**

* 1. Delegado FGN (recurrente)
* El delito de estafa por el cual se acusó a GRG, estuvo representado en la creación de una empresa importadora y distribuidora de computadores llamada Elite Xports, con sede en la ciudad de Pereira (según el certificado de la Cámara de comercio de esta ciudad), cuyo representante legal para la fecha de los acontecimientos denunciados era el procesado.
* La víctima fue a esa empresa con el ánimo de adquirir un computador especializado, para emplearlo en sus labores como músico electrónico. Como el equipo no estaba disponible recibió la cotización (en dólares) y procedió a hacer la consignación en pesos colombianos por valor de $2.193.000.oo para la fecha de los hechos, sin que le hubieran entregado el equipo ni le devolvieran su dinero.
* Cumpliendo con las indicaciones del almacén (que se entienden como políticas de su gerente), el afectado procedió a realizar la consignación en la cuenta de Bancolombia Nro. 85754222951 el 2011-07-05, con el nombre de GR como beneficiario.
* Al no recibir el bien adquirido y después de un término considerable, el afectado hizo reclamaciones y presentaciones en el almacén encontrando evasivas sobre el envío del equipo y promesas de entregárselo en fechas posteriores, hasta el día en que la víctima se presentó a la sede y encontró el local desocupado, lo que le generó desmedro patrimonial.
* El acusado GRG, debe responder por el hecho investigado, ya que como representante legal de ese almacén, era su cabeza visible y tenía que estar al tanto de sus acreedores, deudores, compradores y enterarse si habían personas a las que no se les hubiera cumplido a cabalidad con las entregas de mercancías.
* No comparte el argumento de que en este caso el gerente de la citada sociedad no debe responder penalmente por lo que ocurrió en esa empresa y que solamente en los delitos de omisión de agente retenedor responde el gerente o representante legal a título personal. Para el efecto trae a colación lo sucedido con la empresa DMG, que estaba en cabeza de David Murcia Guzmán, quien fue enjuiciado por la defraudación de miles de personas, y nunca se le exigió jurídicamente un vínculo directo con las víctimas, es decir, que ellos lo conocieran personalmente para establecer su responsabilidad.
* El delito de estafa es de resultado y se probó el apoderamiento del dinero desde el momento en que la víctima hizo la consignación en la cuenta de un tercero llamado GGD. La norma destaca que el provecho ilícito sería para sí (GGR) o para otro que será el tercero (GGD), pero dentro de las maquinaciones del gerente de la citada sociedad estuvo que el hecho de que la víctima tuviera que consignar el dinero en la cuenta que le dieron en el almacén.
* No se le otorgó el suficiente valor probatorio al testimonio del afectado cuando declaró sobre las expectativas que le generó la empresa Elite Xport sobre la entrega del bien adquirido.
* No está de acuerdo con lo manifestado en la sentencia como fundamento de la absolución, en el sentido de que la víctima no tuvo contacto directo con el dueño del negocio; que no se probaron los artificios o engaños, y que el dinero no lo recibió el acusado, sino un tercero a través de una cuenta de Bancolombia.
* La ley no hace diferenciación en el sujeto activo que obtiene el provecho ilícito, que actúa en segundo plano, es decir, del tercero, es un sujeto activo neutro o sea cualquiera, como ocurrió en el presente caso, donde ese tercero se apoderó del dinero del cual se despojó la víctima, quien creyó que se lo estaba consignando al representante legal del almacén, ya que las indicaciones que le dieron en ese establecimiento lo llevaron al engaño de consignar en la referida cuenta de Bancolombia, con el número ya señalado y con el nombre genérico de GR.
* No queda duda de que un tercero fue el que se apropió del dinero, siguiendo órdenes de GRG quien siempre actuó como representante legal de la empresa, lo que comprueba que la víctima fue inducida en error, porque creyó que estaba consignando el dinero en la cuenta de GR, dinero que reposaría en las arcas de Elite Xport y que como contraprestación recibiría el computador.
* Para que se configure el delito de estafa no necesariamente se tiene que constituir una empresa de papel, de manera ilegal, porque en la práctica se han formado empresas que cumplen todos los requisitos legales y han timado a muchos incautos.
* Por lo tanto solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se condene a GRG, como autor de la conducta de estafa en perjuicio de Andrés Felipe Valencia Marín.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

**6.1 Competencia**

Esta Colegiatura es competente para resolver el recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en el artículo 34 del CPP.

**6.2 Problema jurídico a resolver**

En atención a la argumentación del recurrente, se debe decidir lo concerniente al grado de acierto de la decisión de primera instancia, en la cual se absolvió al procesado GRG, por la conducta punible de estafa, con base en la argumentación referida en el apartado 4 de esta decisión.

6.3 En el caso *sub examen,* la FGN acusó al señor GRG, como autor de la conducta punible de estafa, descrita y sancionada en el artículo 246 del CP, con base en el contexto fáctico del escrito de acusación.[[4]](#footnote-4) En este caso, la consecuencia jurídica viene a ser la fijada en el inciso 2º del artículo 246 del C.P., que contempla una pena de 16 a 36 meses de prisión y multa de 13.33 SMLMV, cuando el valor del objeto material del delito no excede de 10 SMLMV.

6.4 Para efectos de la decisión que se debe adoptar en sede de segunda instancia, se parte de las siguientes pruebas:

6.4.1 El señor Andrés Felipe Valencia Marín, rindió declaración en el proceso, cuyos apartes más relevantes son los siguientes: i) en el mes de mayo de 2011 estaba buscando dónde comprar un computador que no se encontraba en el país; ii) en las redes sociales encontró una empresa llamada “Elite Xports” que hacia importaciones desde EE.UU. a la cual ya le había hecho unas compras por sumas menores; iii)) esa compañía le envió una cotización, por un valor de US 1.246 dólares por un equipo portátil de marca LG de última generación; iv) le pidieron que hiciera una consignación a una cuenta de ahorros de Bancolombia a nombre del representante legal de esa empresa, que en ese momento equivalía a $2.193.000 mil pesos; v) el compromiso era traer el equipo en menos de dos semanas, lo cual nunca se dio, por lo cual iba frecuentemente a la oficina de los importadores, donde le daban diferentes excusas para explicar la falta de entrega del equipo; vi) le dieron varios números de guía de envíos falsos, lo cual pudo verificar por internet ya que el paquete le correspondía a otra persona; vii) al acudir nuevamente a hacer su reclamo fue informado por el portero de ese edificio, de que esa oficina la habían cerrado hacía 3 días; viii) el equipo lo negoció con unos empleados de la empresa (los cuales no identificó) , quienes actuaban a nombre del señor GRG, aunque en la cotización estaba el nombre del empleado que le envió la información sobre el valor del equipo y el número de la cuenta donde debía hacer la consignación; ix) la consignación la hizo en una cuenta de Bancolombia que pertenecía al mismo GRG, cuyo número se lo suministraron quienes trabajaban en “Elite Xports”; x) con posterioridad hizo la reclamación al representante legal de la citada empresa por medio de correos electrónicos y llamadas telefónicas, fuera de que estuvo varias veces en esa oficina buscando la entrega del computador que había pagado; xi) identificó a GRG mediante un álbum fotográfico de reconocimiento que le puso de presente la FGN[[5]](#footnote-5); xii) el ente acusador había investigado previamente sobre la identidad del representante de “Elite Xports”; xiii) en el primer semestre del 2012 fue citado a una audiencia de conciliación, donde llegó a un acuerdo con el abogado del señor Germán y se pactó que el acusado a través de su representante le iba a hacer una consignación en una cuenta de ahorros suya para devolverle el dinero que había pagado por el equipo; xiv) se comunicaba por medio del correo de la empresa y cree que quien le contestaba era el acusado porque aparecía su firma como gerente; y xvii) nunca tuvo contacto personal con el señor GRG, porque este permanecía en EE.UU.

Con el testigo – victima se introdujeron diversos documentos relevante así: i) la denuncia que formuló en la FGN el 16 de septiembre de 2011[[6]](#footnote-6); ii) la cotización que le hizo la empresa “Elite Xports” del precio computador en mención[[7]](#footnote-7); y iii) el acta de reconocimiento donde señaló a GRG, identificado con C.C. 9.860.259 [[8]](#footnote-8). Según ese documento el señor Valencia Marín lo reconoció:  *“... toda vez que tuvo contacto visual, ya que en la oficina de él, carrera 7ª con calle 18, mientras hacíamos el trámite de una supuesta compra de un equipo de computación él estaba ahí en ese momento ya que era el gerente de la empresa Elite Xport”.*

6.4.2 La existencia de la negociación referida por el denunciante fue confirmada así:

Con el investigador Fabián Antonio Pinilla Romero se introdujeron otros documentos como: i) el recibo de consignación original con el cual soportaba la denuncia presentada por el afectado (*incorporado en el sobre folio Nro. 40*; ii) un certificado de la Cámara de Comercio de esta ciudad, donde figuraba el señor GRG como representante de la empresa “Elite Xports INC. E.U.”[[9]](#footnote-9); y iii) registros de movimiento de la cuenta bancaria del señor GRD, portador de la C.C. 10.060,437 de la entidad Bancolombia del 30 de junio de 2011, hasta el 30 de septiembre del mismo año. El citado investigador aclaró que no había verificado si esa cuenta le pertenecía al acusado.[[10]](#footnote-10)

El mismo funcionario expuso que había obtenido el recibo original del denunciante que fue sometido a las reglas de cadena de custodia.

Expuso que se había comunicado con el señor GR, quien había quedado de solucionarle la situación al denunciante; que esa persona le dijo que la empresa Elite Xports estaba ubicada en Miami con puntos en Medellín y Cali y finalmente se refirió a las labores adelantadas para establecer la plena identidad del acusado.

6.4.3 Por su parte la investigadora del CTI Diana Carolina Arango Leal manifestó que: i) había recibido una orden de Policía Judicial, donde le solicitaban pedir una información de Bancolombia sobre una cuenta; ii) cuando recibió el oficio verificó que hubo una transacción la cual fue motivo de investigación en la cuenta que se solicitó sin que recordara la fecha; iii) esa información quedó plasmada en un informe de campo; iv) Bancolombia le informó el nombre del portador de la cuenta con sus movimientos de ciertas fechas que no recuerda; v) la citada cuenta le pertenecía al señor GRG; vi) para el a 08 de julio de 2011 certificaron ese movimiento según la orden de policía judicial por un valor de $2.193.000; vii) la verificación la hizo sobre la cuenta bancaria No. 85754222951 y viii) finalmente aclaró que el titular de esa cuenta era el señor GRD.

6.5 Con base en este recuento probatorio, para la Sala no queda duda de la existencia de la negociación referida por el denunciante sobre el equipo que adquirió en la empresa Elite Xports; sobre el pago que hizo del valor de ese bien, independientemente de que lo hubiera hecho mediante una consignación en la cuenta de GRD y sobre el incumplimiento de la compañía Elite Xports, de la cual era gerente el acusado, en lo relativo a la entrega del computador o la devolución del dinero que consignó como pago del bien adquirido.

6.6 Sin embargo hay que manifestar que pese a haberse establecido esas situaciones, la FGN como órgano requirente de la acusación penal y de acuerdo al inciso 2º del artículo 7º del CPP, tenía la carga de la prueba de demostrar que el acusado, actuando como representante legal de la firma en mención, fue la persona que realizó los actos que hacen parte del componente descriptivo o supuesto de hecho del artículo 246 del CP, frente a lo cual hay que hacer las siguientes precisiones :

6.6.1 En este caso se presenta una contradicción entre las manifestaciones del denunciante, ya que en el acta de reconocimiento fotográfico del procesado, dijo que lo había identificado porque tuvo contacto visual con el señor Ramírez González, cuando celebró la negociación del computador, situación que no fue confirmada durante el juicio oral por el médico Andrés Felipe Valencia Marín, ya que en esa oportunidad expuso que el ordenador se lo vendieron unos empleados de la citada compañía Elite Xports; que nunca tuvo trato personal con el acusado y que solamente tuvo comunicaciones con el señor Ramírez, para hacer la reclamación por el incumplimiento en la entrega del equipo, a través de correos electrónicos, ya que este permanecía en los EE.UU.

6.6.2 En el sentido hay que preguntarse desde la teoría del dominio del hecho si señor GRG realizó los actos constitutivos del delito de estafa, que se han definido de la siguiente manera en la jurisprudencia tradicional de la SP de la CSJ:

*“i) Que el sujeto agente emplee artificios o engaños sobre la víctima.*

*ii) Que la víctima incurra en error por virtud de la actividad 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.*

*El precepto además de exigir la presencia de ciertas modalidades conductuales previas a la obtención del resultado (provecho ilícito), requiere 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 presupuestos no se dan, o presentándose concurren en desorden, o la cadena causal se rompe, trastoca o invierte, no podrá hablarse de delito de estafa…”[[11]](#footnote-11).*

6.6.3 Sobre el tema hay que manifestar que en decisión de esta Sala del 30 de mayo de 2018, .adoptada dentro del proceso tramitado contra Luz Mary Cañaveral Ramírez, M.P. Manuel Yarzagaray Bandera, por una conducta similar, se hicieron las siguientes precisiones:

*“... En lo que corresponde con el requisito de la inducción en error, mediante el empleo de artificios o engaños, de igual forma se debe tener en cuenta que tanto la jurisprudencia como la doctrina han establecido que el reato de estafa no puede tener ocurrencia con cualquier tipo de actos mendaces suscitados durante una relación contractual, pues se requiere que esas falacias sean aptas e idóneas para poder inducir en error a una persona del común, quien en consecuencia deberá sufrir un detrimento patrimonial. Dichos requisitos de idoneidad y de aptitud que se le exige a los actos engañosos, son resultados de la denominada teoría de la mentira eficaz, la cual, según algunos doctrinantes, se torna en una especie de línea intermedia entre las teorías del mero y simple engaño y la de la mise en scéne.*

*Para la Sala por mentira eficaz, debe entenderse aquella que con visos de certidumbre ha sido “tendenciosamente elaborada hacia un fin…..”[[12]](#footnote-12).* *O aquella que esta “acompañada de hechos externos que la hagan digna de crédito…”[[13]](#footnote-13). Razón por la que se puede colegir que no se estaría en presencia del delito de estafa en aquellas hipótesis contractuales o negóciales en las cuales los comportamientos falaces o torticeros de un tercero carezcan de la idoneidad o de la aptitud que se considere como suficiente o necesaria como para poder inducir en error o engañar a una persona del común, y en consecuencia la víctima sería la única* *responsable de su incuria o torpeza al incumplir con el deber que le correspondía de activar los correspondientes mecanismos de autotutela o autoprotección que estaban a su alcance a fin de evitar un perjuicio económico. En suma, se puede concluir que en aquellos eventos en los que el resultado: el detrimento patrimonial que sufrió la víctima, sea una consecuencia de su torpeza, acorde con el principio de la autopuesta en peligro o acciones a propio riesgo, proclamado por la teoría de la imputación objetiva, no puede serle imputado al accionar del sujeto agente porque si el perjudicado de manera irresponsable asumió bajo su propio riesgo cierto comportamiento que le podía generar un perjuicio patrimonial, solamente el agraviado sería el único quien deba responder como consecuencia de su incuria o negligencia...” (Subrayas Ex –texto).*

6.6.4 En ese sentido hay que manifestar que precisamente uno de los argumentos centrales del fallo absolutorio de primera instancia, consistió en el hecho de que la víctima Andrés Felipe Valencia Marín no hizo ninguna negociación directa con el acusado sobre el equipo en mención, sino que esa transacción fue realizada con unos empleados de la empresa Elite Xports en esta ciudad, lo que en principio descarta la intervención del acusado como autor de la conducta punible investigada.

6.6.5 Por lo tanto, y pese a que otorga credibilidad a todas las manifestaciones del denunciante, en el sentido de que con posterioridad a la transacción tuvo comunicación con el señor Ramírez González, quien permanecía generalmente en los EE.UU, para reclamar el cumplimiento del contrato o la devolución de su dinero, fuera de que se acreditó que el acusado dio poder a un profesional del derecho para que lo representara en la audiencia de conciliación que se celebró el 26 de enero de 2012, ante la FGN, donde se le prometió el reembolso de la suma de $2.200.000, promesa que no se cumplió[[14]](#footnote-14), lo real es que las situaciones antes referidas fueron posteriores a la transacción que hizo el denunciante con los empleados de la firma Elite Xport (que no fueron identificados en el proceso), y por tal razón no resulta posible atribuirle al señor Ramírez González los actos constitutivos del tipo de estafa, que fueron referidos en las providencias antes citadas.

6.6.6 En ese sentido hay que manifestar que una cosa es que una persona actuando dolosamente induzca a otra en error por medio de artificios o engaños, para obtener provecho para sí o para un tercero, situación que en este evento sería predicable en principio de los empleados de la firma Elite Xports, que negociaron directamente el equipo con el afectado y otra diversa la responsabilidad penal del representante legal de esa empresa por el incumplimiento de un contrato de compraventa en el cual no intervino.

6 6.7 Sobre ese punto hay que indicar que si bien es cierto el señor Ramírez González, como representante de la compañía vendedora de ordenador estaba obligado a cumplir con la entrega del equipo, o en su defecto, con la devolución al adquirente del dinero consignado por el valor del bien, lo real es que no se le puede atribuir la realización del acto que fue denunciado, ya que el mismo delegado de la FGN, que funge como recurrente acepta que la información que recibió el afectado en las oficinas de la empresa Elite Xports de esta ciudad por parte de sus empleados, fue la que lo llevó a hacer la consignación en una cuenta de Bancolombia en la creencia fundada de que iba a recibir el bien, y al haberse acreditado que el señor Ramírez González no intervino directamente en esa negociación, la única posibilidad que tenía la FGN para demostrar su responsabilidad por los hechos era haberlo acusado como determinador de la conducta realizada por las personas que estaban bajo su mando, en el entendido de que el representante de la citada empresa hubiera tenido el propósito de estafar a sus clientes, situación que podría deducirse de actos posteriores como el cierre de sus oficinas en esta ciudad, circunstancia que no hace parte de la narrativa del escrito acusación, donde se convocó a juicio al procesado como autor del tipo de estafa, por lo cual no podría ser condenado como partícipe del hecho punible, de acuerdo al análisis realizado ya que se violaría la regla de congruencia entre acusación y sentencia, según lo dispuesto en el artículo 448 del CPP.

6.6.8 A su vez tampoco resulta aplicable al caso en estudio, el inciso 3º º del artículo 29 del C.P., que dispone lo siguiente: *“También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero si en la persona o ente colectivo representado”.*

Se afirma lo anterior porque la aplicación de la norma citada exige que quien actúa en alguna de esas calidades realice la conducta punible, lo que indica que se debe contar con pruebas que permitan subsumir la conducta atribuida a una persona, dentro de una norma de prohibición o de mandato, que en el caso *sub examen,* obligaba a la FGN a demostrar que el señor Ramírez González fue quien realizó los actos que se podían subsumir en el tipo de estafa, de acuerdo al componente descriptivo y el ingrediente subjetivo del tipo de artículo 246 del C.P., ya que las conductas atribuidas al procesado (todas ellas realizadas con posterioridad a la negociación que celebró el afectado con los empleados de la empresa que este representaba), no permiten considerarlo como autor de ese comportamiento punible, por no reunir esa calidad jurídica que fue examinada puntualmente en la sentencia CSJ SP del 2 de septiembre de 2009, radicado 29221, donde se dijo lo siguiente:

 *“·...De acuerdo con los artículos 29 y 30 de la ley 599 de 2000, es dable identificar las siguientes formas de intervención en el delito:*

*(i).- Autor.-*

*“Es quien realice la conducta punible por sí mismo (...). Se trata de aquella persona que se constituye en el protagonista central del comportamiento delictivo, quien de manera directa y propia mano lo ejecuta en forma consciente y voluntaria.*

*Roxin al respecto dice:*

*Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en el que coinciden incuestionablemente la “concepción natural de la vida” y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera* *más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano.*

*La obviedad de esta idea se basa no sólo en la evidencia no reflexiva de un aserto así, sino que cabe fundamentarla también, en términos puramente dogmáticos, por la seguridad con la que se puede indagar la naturaleza de la autoría individual a partir de la ley. Pues teniendo en mente al autor individual, no cabe discutir que el legislador, en sus descripciones típicas describe también al autor. Solo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor, y cuando los realiza lo es sin excepción (…)”*

6.6.9 En ese sentido, al no haber intervenido en la negociación que hizo el señor Valencia para adquirir el equipo de cómputo, salta a la vista que la conducta del procesado GRG no se puede adecuar al supuesto de hecho del tipo de estafa, y por ende no podría ser considerado como autor de ese comportamiento punible, siguiendo la jurisprudencia pertinente sobre la materia, como la sentencia CSJ SP del 8 de junio de 2006, radicado 24729, ya referida, ya que no se cumpliría el requisito cronológico deducido en ese fallo, que exige inicialmente *“que el sujeto agente emplee artificios o engaños sobre la víctima”*, lo que debe generar en un sentido causal: i) la inducción en error de afectado; ii) la obtención del provecho ilícito para sí o para un tercero; y iii) la afectación patrimonial de la víctima.

En ese sentido la SP de la CSJ, en providencia SP11839-2017, radicado 44071 del 9 de agosto de 2017, expuso lo siguiente:

*“Entonces, la inducción en error exige una serie de maquinaciones fraudulentas previas –cuando no se trata de aprovechar el anterior error ajeno- las cuales deben estar plenamente acreditadas. No puede hablarse de estafa en donde no se dé esa condición. Así como tampoco puede hablarse de este delito cuando con posterioridad a la obtención del bien patrimonial, surge el artificio o el engaño tendiente a otros fines”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. feb. 22 de 1972. (Resaltado fuera del texto original)*

*En decisión más reciente[[15]](#footnote-15) se reiteraron los mismos elementos del tipo, precisándose que éstos deben suceder en orden cronológico y guardando una secuencia causal inequívoca hasta la obtención del beneficio patrimonial así: (i) empleo de artificios y engaños sobre la víctima; (ii) que ésta incurra en un error como consecuencia directa de la maniobra engañosa; (iii) como efecto de la treta el afectado voluntariamente se desprenda de su patrimonio o de parte de éste y, (iv) quien desplegó el fraude, logre para sí o para otro, un beneficio económico. La ausencia de alguna de estas características impide la adecuación de un hecho concreto dentro del tipo penal de estafa.*

*Valga resaltar que si los actos previos a la obtención del provecho patrimonial no conducen de manera incuestionable y concatenada, uno al otro, o se presentan en un orden distinto al relacionado, o la cadena causal se rompe, trastoca o invierte no podrá hablarse del delito de estafa[[16]](#footnote-16).*

***En esa medida, la conducta en cuestión implica prácticamente un vicio del consentimiento de la víctima como producto de una concepción errada de la realidad, la que a su vez ha sido consecuencia del engaño por parte del agente que ejecuta la maniobra encaminada a ese fin. Lo anterior implica que el engaño debe anteceder o ser concurrente con el desprendimiento patrimonial del afectado y no sobreviniente a éste.***

***Se tiene entonces que la imputación objetiva de este delito solo es posible siempre que se despliegue un engaño precedente o concurrente, idóneo para lograr que la víctima caiga en una visión equivocada de la realidad que la lleve a ejecutar un acto dispositivo sobre su patrimonio, generador de un perjuicio para sí y, coetáneamente, de un beneficio de la misma índole para quien la induce en error».***

***2. Una de las modalidades usuales de engaño es la que se despliega a través de la celebración de un contrato revestido de legalidad, circunstancia que no descarta que se configure la estafa pese a que dichos acuerdos se rijan por el principio de buena fe, puesto que una de las partes puede inducir en error a la otra, frente a cualquiera de los elementos de la obligación, esto es, la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa del contrato, artificio que se configura en el momento de su celebración con el objeto de defraudar –obtener un provecho indebido-.***

*(…)*

***Situación distinta se presenta cuando no habiendo engaño sobre los elementos del contrato, una de las partes se sustrae a su cumplimiento, lo cual sucede en una fase posterior a la contractual y puede obedecer a varias causas no necesariamente vinculadas al delito de estafa pero sí con consecuencias adversas en el ámbito civil, en tanto no siempre el incumplimiento malicioso o voluntario de una obligación comporta el delito de estafa, puesto que puede estar ausente el ánimo engañoso y fraudulento.***

***Así lo ha entendido la Corte:***

***Resulta diáfano que bajo la óptica penal y civil se presenta una acción del contratante al incumplir lo pactado que acarrea perjuicio para el otro, sin embargo, en sede penal el análisis ha de ser cuidadoso ya que no se trata de confirmar el simple nexo causal entre el incumplimiento con el consecuente daño como para predicar el ilícito, sino que es necesario para verificar la existencia de la inducción en error por la prestación negocial del agente sea a la postre la motivadora de la desposesión patrimonial de la víctima. (CSJ SP 30 nov 2006, rad. 21902)***

***Es claro que al incumplir lo pactado el contratante realiza un proceder antijurídico en cuanto el contrato el ley de 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 ese 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 la existente entre el incumplimiento del deudor y el consecuente daño para el acreedor. (CSJ SP, 8 oct 2014, rad. 44504).***

***El incumplimiento de las obligaciones contractuales trasciende la responsabilidad civil cuando una de las partes al momento de adquirir el compromiso, engaña a la otra sobre su capacidad de pagar, haciéndole creer que si está en condiciones de hacerlo, circunstancia que de haber sido conocida por la contraparte, lo hubiera llevado a desistir del negocio».*** (Subraya extexto)

6.7 En atención a los anteriores razonamientos queda claro que si el señor GRG no intervino directamente en la negociación inicial, donde se le hizo creer al afectado que iba a recibir el equipo en los días siguientes a aquellos a los que hizo la consignación de su valor, no resulta posible señalarlo como autor material del *contra jus* de estafa que se le atribuyó en la acusación, para lo cual se debe tener en cuenta lo manifestado por el querellante durante el juicio oral, en el sentido de que nunca tuvo contacto personal con el señor GRG, (lo que descarta de plano su dominio del hecho), por lo cual resulta evidente que no se acreditó la existencia de una relación causal entre un acto del procesado y la conducta de la víctima de entregar su dinero bajo la falsa promesa de recibir el equipo, y no por ello resulta posible determinar la responsabilidad el acusado con base en su actuación en actos posteriores a la negociación incumplida que generó desmedro patrimonial para el señor Valencia Rincón, como las manifestaciones sobre el interés por resarcir al denunciante según comunicaciones que sostuvo el acusado con la víctima, o lo pactado en la audiencia de conciliación con el apoderado que constituyó GRG para ese efecto, que tampoco fue cumplido.

6.8 Para ahondar más en razones, debe decirse que incluso en el evento de que se hubiera demostrado que esa práctica de recibir dineros por concepto de compraventa de bienes que luego no iban a ser entregados era usual dentro de las actividades de X Elite Sports, y que la misma era realizada por los empleados de esa empresa, siguiendo directrices del acusado, lo que debió hacer la FGN era haber enfocado la acusación contra el señor GRG, bajo un supuesto de determinación a otros para realizar actos constitutivos de estafa, siguiendo lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 30 del C.P., situación que no fue referida por la FGN al realizar la imputación jurídica al procesado, quien no podría ser condenado por esa forma de participación en el delito de estafa, ya que se violaría el principio de congruencia que establece el artículo 448 del CPP que dispone lo siguiente: *“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”,* como se expuso anteriormente.

En atención a lo expuesto anteriormente la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2017, por parte del Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira, con funciones de Conocimiento, en la cual se absolvió al procesado GRG, por la conducta punible de estafa por la cual fue convocado a juicio.

**SEGUNDO**: La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de los términos de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrado Ponente: Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA, Bogotá, D. C., ocho de junio de dos mil seis. Proceso No 24729. [↑](#footnote-ref-1)
2. DUQUE RUIZ, GUILLERMO, “Delitos contra el patrimonio económico”, Ed. Señal Editora, 2015, p.142. [↑](#footnote-ref-2)
3. BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO, “El delito de la estafa”, Ed. Ibañez, 2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 2 [↑](#footnote-ref-4)
5. El Patrullero Edirman Valencia hizo referencia a lo sucedido en ese acto de investigación, manifestando que la víctima había identificado en esa diligencia al señor GRG, indicando que tuvo contacto visual con esa persona quien era el gerente de la empresa X Elite Sports, en laa oficina de la carrera 7ª con calle 18 de esta ciudad, mientras hacía la compra de un computador. El testimonio del señor Fredy Hernán Gañán Andica solamente versó sobre el procedimiento usado para elaborar el álbum fotográfico con base en el cual se hizo el reconocimiento del procesado. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 42 a 43 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 44 y 45 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 37 y 38 [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 22 a 25 [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 28 a 34 [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 12 octubre de 2011. Rad. # 27460. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. [↑](#footnote-ref-11)
12. PÉREZ, LUIS CARLOS: Derecho Penal. Tomo V. Página # 385. 2ª Edición. 1.991. Editorial Temis. [↑](#footnote-ref-12)
13. ARENAS, ANTONIO VICENTE: Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial. Página # 514. 6ª Edición. 1.986. Editorial Temis. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 39 a 41 [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ SP 125 oct. 2012, rad. 27460. [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ SP, 8 jun 2006. rad. 24729. [↑](#footnote-ref-16)