

# Elementos Diferenciales de la Estafa, el Hurto y el Abuso de Confianza

Por LUIS RUEDA CONCHA

Señor Juez 2º Superior:

Si la ley ordena al juez que antes de calificar el mérito del sumario oiga el concepto fiscal, debería prescribirle, con razones no menos poderosas, que oyese, en la misma circunstancia, la voz del sindicado.

Pero ya que no existe, por otra parte, inconveniente legal para adoptar este procedimiento, me permito someter al señor juez, del modo más respetuoso, y cumpliendo con lo que juzgo deber mío en el proceso seguido al señor Alberto Chaves, algunas observaciones sobre la calificación jurídica del hecho principal que se le imputa: el que tuvo por objeto \$ 45.000 en billetes del Banco de la República.

Que suele ser difícil en la práctica el decidir si un hecho debe calificarse como hurto, como abuso de confianza o como estafa, es verdad reconocida sin eufemismos por los más célebres criminalistas. Así Carrara, hablando de la estafa, dice que uno de los motivos por los cuales le dieron los romanos a esta infracción el nombre de *stellionatus*, consiste en que así como el estelión se ofrece a la vista rojo, verde o azul, sin tener precisamente ninguno de estos colores, del propio modo la estafa, en ocasiones, presenta aspecto de hurto, falsedad o abuso de confianza, sin ser, en realidad, ninguno de estos delitos (1). Y Manzini, estudiando la *apropiación indebida* — figura que en su esencia corresponde al abuso de confianza del código colombiano — se expresa en estos términos: “El delito de apropiación indebida ocupa, en el sistema de los delitos contra la propiedad, un

---

(1) Carrara, *Programma*, part. spec. vol. IV, nos. 2386 y 2387.

*puesto de relación*, de suerte que *el análisis de su concepto implica sobre todo indagaciones diferenciadas, especialmente respecto de los delitos de hurto y estafa*. Así pues, para el que quiera conocer a fondo la teoría de la apropiación indebida, es indispensable el conocimiento pleno de las teorías del hurto y de la estafa" (2).

\* Como se ve, en tratándose de calificar un hecho como abuso de confianza, como estafa o como hurto, puede alguna vez no ser ocioso escuchar voces de distinto origen.

Me propongo hacer notar que el señor Alberto Chaves no cometió ni hurto ni abuso de confianza respecto de los \$ 45.000 en billetes definitivos del Banco de la República, de que trata este sumario. Y, pues la acción que ejecutó Chaves, respecto de esos billetes para apropiárselos, fue hacerse los entregar del cajero de la sección de emisión, señor Dimas Bocanegra, empleando, para obtener esta entrega, el ardid consistente en dar al cajero billetes provisionales ya perforados, examinaré esta acción por los dichos dos aspectos, dividiendo así este escrito en las siguientes dos proposiciones:

1°. Alberto Chaves, al recibir del cajero Bocanegra los \$ 45.000 en billetes definitivos del Banco de la República que el segundo le entregó voluntariamente, no cometió *hurto*.

2°. Alberto Chaves, al recibir del cajero Bocanegra los \$ 45.000 en billetes definitivos del Banco de la República que el segundo le entregó, no cometió *abuso de confianza*.

#### PRIMERA PROPOSICION:

**ALBERTO CHAVES, AL RECIBIR DEL CAJERO BOCANEGRA LOS \$ 45.000 EN BILLETES DEFINITIVOS DEL BANCO DE LA REPUBLICA QUE EL SEGUNDO LE ENTREGO VOLUNTARIAMENTE, NO COMETIO HURTO.**

Y en primer término, el acto de *recibir*, por entrega voluntaria, ejecutado por Alberto Chaves, no es el acto definido en el artículo 792 del código penal, con la expresión "*quita o toma*".

Que el sentido de la expresión *quita o toma*, empleada por nuestro código para definir el hurto, excluye la acción de recibir por entrega voluntaria del tenedor precedente, es verdad que aparece manifiesta, ya entendiendo esa expresión en su sentido natural y obvio; ya investigando, en el modelo mismo del artículo 792, cuál es el acto expresado por la palabra que nuestro legislador tradujo: "*quita o toma*"; ya examinando el sentido de las palabras que en las definiciones de otros códigos, originarias de la misma fuente, corresponden a los vocablos *quita o toma* del código colombiano:

1. — La acción de *quitar o tomar*, en el sentido natural de estas pa-

(2) Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Vol. VIII, pág. 4.

labras, y en el obvio que tiene la segunda en el texto de la ley que define el hurto (3), se lleva a cabo por obra exclusiva del agente: de modo que éste adquiere la tenencia de la cosa sin intervención de aquel a quien la quita: contra su consentimiento o sin su consentimiento. Por lo contrario, el acto de Alberto Chaves que se está examinando, se llevó a cabo no por obra exclusiva del agente, sino mediando entrega voluntaria: que es decir con intervención directa del tenedor precedente, quien le entregó *queriendo entregarle*, aunque este consentimiento o voluntad de entregar haya sido producto de error y consecuencia de dolo.

II. — Que el sentido de las expresiones *quita o toma*, empleadas por nuestro código para definir el hurto, excluye la acción de recibir por entrega voluntaria, es verdad que se confirma y esclarece por el sentido que tiene, en el modelo de la definición de nuestro código, la palabra traducida con aquellas expresiones (4).

Según lo anota Manzini, "la definición romana del hurto es el modelo en que se informan con menor o mayor fidelidad, las definiciones acogidas en las leyes penales de los estados modernos" (5). Observación que hacen también Chauveau y Hélie, limitándola expresamente, y con acierto, como implícitamente lo hace Manzini, a aquella fórmula de Paulo en sus sentencias: "*fur est qui dolo malo rem alienam contractat*" (6). Definición que coincide a tal punto con la de nuestro código penal, que de ésta puede decirse, no solamente que confirma lo observado por Chauveau y Hélie y Manzini, sino que es, entre las definiciones de los códigos modernos, de las que con mayor fidelidad se ajustan a la fórmula romana (7).

Siendo, pues, la definición romana, sin lugar a duda, el modelo en que nuestro legislador se inspiró, directa o remotamente, al formular la defini-

(3) Verdad es que una de las acepciones que el diccionario da a la palabra *tomar* es la de recibir o aceptar. Obvio aparece que en la definición del hurto, no fue ésta la acepción en que el legislador quiso emplear la mencionada palabra.

(4) "El elemento histórico-jurídico ocupa uno de los primeros puestos en la interpretación lógica. Introducido por la escuela histórica, ilumina con su luz los orígenes de la ley, a la cual confiere, así, una segunda legitimidad". De Rozière, en la *Rev. hist. de droit français et étranger*. XIII, 66. Cita de Manzini, o. c., I, cap. 6º *Interpretazione delle leggi penali*, pág. 211.

(5) *Trattato del Furto*, vol. IV. "*Il furto nel diritto penale vigente*". pág. 7.

(6) Paulii Sent., rec. tit. 31 *de furtis* n. 1. Chauveau et Hélie. *Théorie du Code Pénal*, 6. ed., vol. V, págs. 32 y 33.

(7) Si bien es cierto que las palabras de nuestro código: "*con ánimo de apropiárselo*", no se encuentran en esta definición de Paulo, tal supresión se explica, según Manzini (o. c., vol. I, pág. 280), por haberse considerado implícito en las palabras *dolo malo*, entre otros elementos, el *ánimo de lucro*. Confirma esta explicación, sin lugar a duda, el hecho de que en otra definición del hurto, menos sintética, dada por el mismo Paulo, se encuentran en el lugar correspondiente a la expresión "*contractat dolo malo*", estas palabras: "*contractatio fraudulosa LUCRI FATIENDI CAUSA*". (L. 1, número 3. Dig., de furtis). Donde se ve que Paulo sintetizó en la expresión *dolo malo* de aquella definición, el concepto que en ésta expresó con las palabras "*fraudulosa, lucri fatiendi causa*", que corresponden, una por una, a las de nuestro código penal: "*fraudulentamente, con ánimo de apropiárselo*".

ción del hurto, síguese que el sentido de las palabras contenidas en la definición de nuestro código, se aclarará, como en su fuente auténtica, por el de las palabras correspondientes de la fórmula romana.

Ahora bien: las palabras "*quita o toma*" representan, en la definición de nuestro código, el elemento material del hurto, la acción material que lo consuma, el hecho por el cual el delincuente adquiere la posesión de la cosa; elemento que en la fórmula romana se designa con el término *contractat*, cuyo sentido en dicha fórmula excluye el acto de recibir por entrega voluntaria, como lo anota Manzini, quien estudiando "EL HURTO EN EL DERECHO ROMANO" y analizando el elemento del delito representado con la palabra *contractatio*, observa que ésta, o sea el acto por el cual el delincuente adquiere la posesión de la cosa, debe realizarse *inuito domino*: sin el consentimiento del patrón o tenedor precedente; y dice que "en aplicación de este principio, el hurto queda excluido siempre que el delincuente adquiere la tenencia de la cosa por entrega voluntaria, aunque este consentimiento (voluntad de entregar) se haya dado por error dependiente de engaño: HECHO ESTE ULTIMO TAMBIEN PUNIBLE, PERO POR DISTINTO TITULO (8).

III. — Este concepto romano de la *contractatio*, en cuanto excluye la adquisición de la tenencia por entrega voluntaria, se ha transmitido sin alteración a las leyes penales modernas. Lo cual, si de un lado corrobora la observación de v. Liszt: "la ciencia del derecho penal, en cuanto a la noción de los delitos, es necesariamente internacional" (9), de otro lado hace resaltar la importancia que en este punto concreto tiene para los jueces el examen de la legislación comparada, cuyo valor exegético como fuente de jurisprudencia se encuentra principalmente en aquellas leyes que están vinculadas entre sí por igualdad de tradición genética y de conceptos inspiradores (10). Y en efecto: cuando el modelo de dos textos es uno mismo, el sentido del uno es argumento para aclarar, precisar o confirmar el del otro. En consecuencia, si la definición del hurto dada en la ley colombiana y las que dan otras leyes se tomaron de idéntico modelo, el sentido de los términos usados en estas segundas fórmulas es argumento para aclarar, precisar o confirmar el sentido de las palabras correspondientes en la definición de nuestro código.

(8) *Trattato del Furto*, vol. I. *Le varie specie di furto nella storia e nella sociologia. Parte storica*. Cap. V. "Il furto nel diritto romano", págs. 291 y 292. En apoyo de esta tesis cita el autor varios textos de jurisperitos romanos, de los cuales copiaré sólo el último: *Si Titius alienam rem vendidit, et ab emptore accepit numos, non videtur numorum furtum fecisse*". Que comenta así Manzini: "precisamente porque — sano o viciado — se prestó el consentimiento". Texto y comentario que se podrían aplicar a este proceso: si Chaves dió al cajero billetes provisionales y recibió de éste billetes definitivos, no hurtó los billetes definitivos, porque el cajero se los entregó consintiendo en entregárselos, aunque este consentimiento fuese viciado.

(9) Cita de Manzini, *Trattato del Furto*, vol. IV. pág. 6.

(10) Manzini. *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. I. cap. 6. *Interpretazione delle leggi*, pág. 211.

a) — La definición del hurto contenida en el código francés de 1810 (art. 379) se informa también visiblemente en la fórmula romana: a la expresión *qui contractat* de la definición romana, a “el que quita o toma” del código colombiano, corresponden en el francés estas palabras: “*quiconque a soustrait*”.

Y la doctrina y la jurisprudencia francesas han sostenido unánimes que el concepto contenido en estas palabras excluye la acción de recibir por entrega voluntaria.

Chauveau y Hélie, en el sumario del párrafo destinado a estudiar el elemento *sustracción* en el delito de hurto, formulan así esta tesis: “*Point de sustraction s'il y a eu remise volontaire de la chose*” (11). Y citan en apoyo de su tesis una serie uniforme de sentencias.

Hé aquí algunas de ellas: “No puede haber lugar a la aplicación de las leyes penales sobre el hurto, sino en cuanto la cosa ha sido *sustraída, esto es, aprehendida contra la voluntad del propietario*” (12). “No hay hurto en el sentido de la ley, sino cuando la cosa objeto del delito *pasa de la posesión del legítimo tenedor a la del autor del delito sin conocimiento o contra la voluntad del primero*; para *sustraer* es necesario tomar, quitar, arrebatar, (*prendre, enlever, ravir*)” (13). “*La sustracción, que es uno de los elementos constitutivos del delito de hurto, no existe sino cuando la cosa sustraída ha sido aprehendida contra la voluntad del propietario; y no hay, en consecuencia, sustracción, en el sentido preciso y legal de ésta palabra, en el caso en que el objeto ha sido entregado voluntariamente por el propietario a la persona inculpada; ni importa que esta entrega no haya sido sino momentánea y hecha bajo la condición implícita de una restitución inmediata, porque una entrega voluntaria de la cosa, cualquiera que sea su duración, excluye necesariamente el hecho de la sustracción*” (14). “*Como requiera que la entrega voluntaria excluye perentoriamente el hecho mismo de la sustracción, siguese que ningún género de circunstancias ulteriores, cualesquiera que sean su carácter, su fecha y su moralidad, pueden reaccionar contra esta entrega, para destruir su alcance y modificar sus efectos*”. (15). “Considerano que la palabra *sustracción* encierra la idea de aprehensión y no la de recibo (*réception*) de un objeto, y que el fraude y la mala fe que acompañan un hecho distinto de la sustracción no bastan para constituir el hurto” (16). “*La aprehensión fraudulenta de la cosa ajena, necesaria para constituir el hurto, no existe cuando la cosa, entregada voluntariamente aun que por consecuencia de un error, es retenida fraudulentamente por el que la recibió*” (17). “El deudor que, so pretexto de renovar sus títulos, se hace

(11) Chauveau et Hélie, *Théorie du Code Pénal*. V. pág. 27.

(12) Cas. nove. 20, 1835.

(13) Cas. nove. 18, 1837.

(14) Cas. enero 7, 1864.

(15) Cas. julio 9, 1863.

(16) Cas. enero 31 y mayo 22 de 1856.

(17) Cas. agoste 31 de 1890 y marzo de 1917 (citadas en el *Code Pénal* de la edición Bourdeaux, 1925, art. 379.

entregar los antiguos en cambio de uno nuevo que él no ha firmado, no comete hurto, porque el dolo y el fraude que vician este hecho no pueden reemplazar la sustracción: porque los títulos fueron entregados voluntariamente al agente, y desde luego el elemento del hurto que consiste en la toma furtiva de la cosa, *contractatio rei*, no existe en este caso" (18). "El hurto consiste en sustraer fraudulentamente la cosa ajena; de donde se sigue que no hay hurto en el sentido de la ley, sino cuando la cosa objeto del delito *pasa de la posesión del legítimo tenedor a la del autor del delito sin conocimiento o contra la voluntad del primero (a l'insu ou contré le gré du premier)*; y en este proceso se ha reconocido que el acusado *no tomó ni sustrajo ninguno de los dos billetes, sino se los hizo entregar*" (19).

Después de esta transcripción de jurisprudencia, los citados expositores Chauveau y Hélie terminan con las siguientes palabras el párrafo destinado a estudiar el elemento *sustracción*: "Resumamos estas observaciones. *El primer elemento y el carácter distintivo del hurto es la sustracción*; este delito consiste únicamente en sustraer. Esta sustracción (*amotio de loco ad locum*) debe tener por efecto hacer pasar la cosa de la posesión del legítimo tenedor (*détenteur*) a la del autor del delito, *sin conocimiento o contra la voluntad del primero. Y esta circunstancia no puede ser reemplazada por ninguna otra equivalente*. Si el agente recibió del tenedor (*détenteur*) mismo, *por cualquier título*, el objeto que disipa, cometió un abuso de confianza; *si se hizo entregar cualesquiera valores por medio de sus maniobras, ejecutó una estafa (escroquerie)*: en estos diversos casos, el fraude es uno mismo; lo único que varía es la manera de la ejecución del despojo; esta manera es, pues, lo que le imprime al delito su calificación. Ahora bien: la sustracción es el modo especial de ejecución del hurto; sin ella, el fraude puede constituir un delito diferente, pero no puede recibir la calificación de hurto; *furtum sine contractatio non fit*" (20).

b) A la expresión "quita o toma" de nuestro código, corresponde en el código italiano (art. 402) el término *s'impossessa*, empleado como aquél para designar la clásica *contractatio* de la definición romana: el elemento material del hurto, la acción material que lo consuma. Y adviértase que Carrara, anotando los matices de sentido que diferencian las varias expresiones con que las leyes modernas han traducido la *contractatio* romana, dice que el vocablo "toma", empleado por el código penal español de 1848 (art. 437) para definir el hurto, corresponde, con perfecta exactitud, en esta definición, al "*s'impossessa*" del código toscano (21). Observación que hace aplicables a la palabra *toma* de nuestro código, las conclusiones que del significado del término *s'impossessa* han deducido la jurisprudencia y la doctrina italianas.

Y según éstas, el término *s'impossessa* excluye de su sentido la acción

(18) Cas. sete. 9, 1826.

(19) Cas. nóve. 18, 1837.

(20) Obra citada, vol. V, pág. 54.

(21) *Programma*, part. epec. vol. IV, n. 2020, págs. 25 y 29.

de recibir por entrega voluntaria.

Carrara, estudiando las analogías y las diferencias entre el estelionato o estafa, por una parte, y el hurto, la falsedad y el abuso de confianza, por la otra, se expresa en estos términos: "El nombre *estelionato* se mantiene como clásico en la escuela y en el foro, desde los tiempos romanos hasta los más recientes, para designar una forma particular de delitos contra el patrimonio económico ajeno; y su carácter distintivo es configurar un despojo de la propiedad ajena que no es ni verdadero *hurto*, ni verdadero *abuso de confianza*, ni verdadera *falsedad*; pero que, sin embargo, tiene algo del hurto, porque se vulnera injustamente la propiedad ajena; tiene algo del abuso de confianza, porque se abusa de la buena fe ajena; tiene algo de la falsedad, porque el resultado se logra con engaño y mentira. Pero *no es verdadero hurto, porque la posesión de la cosa se adquiere con el consentimiento del patrón (dueño o tenedor), si bien este consentimiento se obtiene del patrón engañado y mediante dolo*" (22).

En la relación ministerial dada sobre el proyecto de código penal italiano de 1887, se leen estas palabras: "La expresión *s'impossessa*, usada en cambio de la palabra *contrectazione* o de la palabra *sottrazione*, para expresar el indicado concepto (el del acto material consumativo del hurto), es también la más propia para especificar el elemento característico del delito de hurto, el que lo diferencia de los delitos congéneres, que vulneran el derecho de propiedad, como la estafa y la apropiación indebida; porque precisamente en el hurto verdadero y propio tenemos la lesión del derecho de propiedad con la violación de la posesión por medio de la *contrectatio*, al paso que en la apropiación indebida y en la estafa se realiza, por el contrario, el abuso de la posesión (en el sentido penal de esta palabra), o libremente consentida por el dueño (apropiación indebida), u obtenida con engaño (estafa) (23).

El elemento material del hurto, el acto material que lo consume, constituye, según palabras de Manzini, *el hecho característico del hurto*, o *el medio ejecutivo característico del hurto* (24); expresiones que el mismo tratadista, explica en estos términos: "Este acto material designado con la palabra *s'impossessa*, diferencia el hurto de la estafa, porque en ésta el delincuente *no toma (non s'impossessa) invito domino* la cosa quitándola del lugar en que se encuentra, sino *induce, mediante error o engaño, al tenedor a entregársela*. Ese acto, asimismo, diferencia el hurto de la apropiación indebida, porque para que ésta se consume, es preciso que el delincuente, de antemano, *posea* (en sentido penal) la cosa ajena que es objeto del delito: que la haya recibido, que la tenga en su poder, y por lo mismo, no necesita quitarla (*togliercela*) ni tomarla (*impossessarsene*) (25).

(22) *Programma*, part. spec., vol. IV, n. 2337.

(23) Cita de Manzini, *Trattato di Dir. Pen. It*, VIII, pág. 92.

(24) Í. c. Nótese la identidad entre este concepto, aplicado a la ley Italiana, el que Chauveau y Hélie enuncian comentando la ley francesa: "el primer elemento y el carácter distintivo del hurto", y el expresado, desde el punto de vista legislativo, por la relación ministerial citada arriba: "el elemento característico del delito del hurto"

(25) Manzini, *Trattato di Dir. Pen., It*, vol. VIII, pág. 92.

El mismo expositor, tratando de la estafa, y estudiando en particular las diferencias entre este delito y el de hurto, se expresa en estos términos: "*La principal diferencia entre la estafa y el hurto consiste en que el estafador obtiene lo que quiere conseguir, induciendo con engaño al estafado a entregárselo; al paso que el ladrón quita lo que le conviene sin recabar consentimiento alguno al tenedor precedente.* Y por esto la estafa, como todo otro delito cometido con fin de lucro, fue algunas veces llamada *hurto impropio*.

"Se dice a veces que mientras con el hurto se viola el derecho (*sic. pres-*to por el autor) de posesión, con la estafa se vulnera, en cambio, solamente el derecho de propiedad, lo cual, por lo demás, no es exacto. Es verdad que con el hurto se viola necesariamente la posesión de derecho o de hecho; pero también con la estafa se puede violar este estado jurídico, porque no es indispensable que aquel que cae en el engaño y entrega la cosa sea precisamente el propietario, pudiendo perfectamente ser también el simple poseedor, tenedor (*potendo benissimo essere anche il semplice possessore, detentore*), etc., y aun no padecer daño alguno al propietario: como cuando se trata de cosas fungibles y el poseedor, tenedor, etc., estafado, sea responsable para con el propietario mismo. La diferencia verdadera entre los dos delitos consiste toda y exclusivamente (*sta tutta ed esclusivamente*) en las modalidades con que se consigue el injusto provecho: en el hurto, la *contractatio*; en la estafa, la entrega determinada por engaño. En la rapiña (*robo*, del código colombiano) y en la extorsión (*chantaje*), el tránsito de la cosa a la posesión del delincuente puede también verificarse mediante entrega; pero la voluntad con que tal entrega llega a hacerse se encuentra coartada por la *violencia* física o moral, de modo que el sujeto pasivo queda convertido en mero instrumento de la voluntad del culpable. Tal entrega, por tanto, no impide que el *cambio de posesión* de la cosa suceda *invito domino*, porque el patrón (dueño o tenedor) *entrega queriendo no entregar*. En la estafa, en cambio, *entrega queriendo entregar*, pero a consecuencia de un error producido por engaño" (26).

Es, pues, un hecho patente que nuestro legislador, al definir el hurto, empleando en esta definición las palabras "*quita o toma*", quiso seguir la tradición jurídica originaria de Roma, en cuanto a los elementos que integran la noción de este delito, y en concreto, en lo relativo al concepto de la acción material que lo consuma: elemento que esa tradición ha considerado siempre como el sello peculiar, la diferencia específica, el distintivo característico del hurto. Así lo muestra manifiestamente el hecho mismo de que el legislador haya dictado una definición general del hurto - lo que no hizo respecto de otros delitos - es decir: haya expresado y reunido en una disposición de carácter general, aquellos elementos que según la tradición uniforme del derecho integran la noción de este delito; y así lo persuade la coincidencia de los términos usados por nuestra ley para definir el hurto, con los términos usados en la definición romana, modelo en este punto, como se ha visto.

de los modernos códigos penales, y síntesis, por lo mismo, de la tradición jurídica. De suerte que *la regla general, el principio* adoptado por nuestra legislación en la materia, es la regla, es el principio tradicional del derecho: NO HAY HURTO CUANDO LA COSA ES ENTREGADA VOLUNTARIAMENTE POR EL TENEDOR LEGÍTIMO; LA ENTREGA VOLUNTARIA EXCLUYE EL HURTO: "FURTUM SINE CONTRACTATIONE NON FIT". Ferrini define así lo que debe entenderse por *principio general de derechos*: bases de formación histórica, sobre las cuales se apoya determinado derecho positivo" (27). Si como se deja visto, la regla enunciada así: "la entrega voluntaria excluye el hurto", es una regla de formación histórica, sobre la cual se apoya nuestro código penal, no hay duda alguna de que esa regla constituye *el principio* de nuestra legislación en la materia.

Ahora bien: "la excepción no debe reaccionar sobre el principio; la existencia de la excepción no niega la existencia del principio ni desvirtúa su significado" (28); la excepción confirma la regla en los casos no exceptuados: "*exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*" (29). En consecuencia, el artículo 801 de nuestro código penal, que, incluido en el capítulo del hurto, define una acción de *retener lo que se ha recibido por entrega voluntaria y por error*, no niega la existencia de aquel principio, ni desvirtúa su significado; antes, por el contrario, la confirma en todo caso distinto del que expresan los términos de este artículo.

Y el acto del señor Alberto Chaves que se está examinando es distinto del que expresan los términos del artículo 801; porque de cualquier modo que se entienda su ambigua redacción, esto es: ya se entiende que la frase "*creyendo, que es suya o se le debe*" se refiere *al que recibe*, o ya que se refiere *al que da*, ello es que ni el cajero Bocanegra al entregar a Chaves los billetes, objeto del delito, ni Chaves al recibirlos, "*creyeron que esos billetes eran de Chaves ni que se le debían*": ni Bocanegra ni Chaves entendieron que en el patrimonio de Alberto Chaves existiera un derecho, real o personal, sobre esos billetes; que éstos le pertenecieran; que Chaves fuera acreedor o propietario de ellos. No hay en el proceso un solo elemento para poder afirmar que Alberto Chaves "*recibió los billetes de que se trata creyendo que eran suyos, o se le debían*", ni tampoco que Bocanegra los diera a Chaves *creyendo que eran de Chaves o se le debían a Chaves*". Antes aparece clara la prueba de lo contrario.

En resumen: Alberto Chaves, al recibir del cajero Bocanegra los \$ 45.000 en billetes definitivos de que trata este sumario, no ejecutó ni el acto definido en el artículo 792, ni el definido en el artículo 801 del código penal. Inútil es decir que no ejecutó tampoco el definido en el art. 800. Y siendo estas tres las únicas formas de hurto que reconoce nuestro código penal,

27) *Enciclopedia jurídica*, pág. 629.

(28) Fabreguettes, *La logique judiciaire et l'art de juger*, pág. 197.

(29) Pothier. *Comm.*, n. 830.

siguese que Alberto Chaves, al ejecutar el acto que se estudia, no incurrió en el delito de hurto.

## SEGUNDA PROPOSICION

ALBERTO CHAVES, AL RECIBIR DEL CAJERO BOCANEGRA LOS \$45.000 EN BILLETES DEFINITIVOS DEL BANCO DE LA REPUBLICA, QUE EL SEGUNDO LE ENTREGO, NO COMETIO *abuso de confianza*.

Las razones de esta proposición se resumen en el siguiente silogismo:

Premisa a) Cuestión de derecho. — C. P., artículo 844: “El que *habiendo recibido...*”

Premisa b). Cuestión de hecho. — Alberto Chaves, al recibir del cajero Bocanegra los \$ 45.000 de que se trata, no los *había recibido*.

Consecuencia: Alberto Chaves, al recibir de Bocanegra esos billetes, no ejecutó el acto definido en el artículo 844 del código penal.

Y pues tampoco ejecutó ninguno de los actos definidos en los otros artículos de este capítulo, luego no cometió *abuso de confianza*.

El problema que se estudia en este punto puede plantearse así: ¿Alberto Chaves *había recibido* los \$ 45.000 en billetes definitivos de que se trata, en el momento en que Bocanegra se los entregó, esto es, cuando esos billetes se encontraban en las cajas de que el mismo Bocanegra era cajero?

Como se ve, lo primero que importa para la solución de este problema, es precisar la significación, el contenido ideológico, de esta expresión legal: “*habiendo recibido*”.

### PREMISA a). CUESTION DE DERECHO

Ante todo me permito advertir — y llamo mucho la atención sobre este punto, porque es trascendentalísimo — que en esta parte sólo me refiero al elemento de incriminación expresado con estas palabras: “*habiendo recibido*”; y no al expresado en estas otras: “*por cualquier otro título*”; ni al expresado en éstas: “*que no sea traslativo de dominio*”.

Para examinar en qué consiste el elemento de incriminación que la ley designa con los términos “*habiendo recibido*”, me habré de acoger a estos dos criterios: I. El sentido natural de las palabras. — II. El sentido que la jurisprudencia y la doctrina han dado uniformemente a las palabras usadas por las legislaciones extranjeras para representar este elemento.

I. El mero y único hecho de *haber recibido* una cosa (con título o sin título, y sea este traslativo o no traslativo de dominio) le da *necesariamente*

a quien la ha recibido, un *poder efectivo, de hecho* (unido o no con un poder de derecho), una *posibilidad material y actual* para obrar sobre la cosa, para disponer de ella sin intervención de otro. Y así, usando las palabras en su sentido natural y obvio, únicamente decimos que hemos *recibido* o *tenemos recibida* una cosa, cuando estamos con ella en una relación inmediata, por la cual la *detenemos* con razón o sin razón, de tal manera, que, *materialmente hablando podemos disponer* de ella. Y así, el comodatario, el arrendatario, el acreedor prendario (arts. 841 a 850 del C. P.) el tutor, el curador, el albacea (arts. 836 a 840); el depositario (arts. 840 a 844); el administrador o encargado de bienes (art. 850); el que se ha encargado de un papel con firma en blanco "que se le ha entregado" (art. 852), — antes de consumir el delito de abuso de confianza, tienen, además del título por el cual han recibido la cosa, un poder efectivo sobre ésta, una posibilidad material y actual para obrar sobre ella, para disponer de ella sin intervención ajena; detienen la cosa misma, de tal modo, que, *materialmente hablando*, pueden disponer de ella; tienen la cosa *a su disposición*, *materialmente hablando*: esto se quiere significar cuando se dice que *han recibido* la cosa, o que la cosa *se les ha entregado*. Tal es la situación o el estado de hecho (conforme o no con un estado de derecho) que, usando palabras en su sentido natural y obvio, se quiere expresar cuando se dice que una persona *ha recibido* una cosa.

Y acaso no sea del todo inoportuno recordar en este punto, que en materia penal no son admisibles las acepciones simbólicas, figuradas o ficticias, que el derecho civil suele dar a las palabras. "Es principio indiscutido de derecho criminal — dice Manzini en el "Tratado del hurto", y desde el punto de vista de la doctrina jurídica universal, enunciando un criterio universal para la interpretación de las leyes penales — aquel en cuya virtud no se admiten en el derecho penal las normas del derecho privado, sino en cuanto traducen fielmente la *sustancia real* de los hechos, sin alterarla o desnaturalizarla con presunciones, simbolismos o ficciones. El derecho civil, por la necesidad de regular de una manera estable y uniforme las relaciones patrimoniales, se ve frecuentemente precisado a hacer presunciones absolutas y ficciones jurídicas. Por esto considera ya nacidos a los hijos apenas concebidos; a los vivos los tiene por difuntos y a los difuntos por vivos; a una sola cabeza atribuye las calidades de varias personas; a una persona la tiene por otra; tiempos futuros o pasados los juzga como presentes; tiempos distantes los da como continuos; y aun llega a suponer la ejecución de actos y la celebración de contratos que no han existido realmente. Ahora bien: si todo esto es compatible con el objeto y los fines del derecho privado, es absolutamente inconciliable con el objeto y los fines del derecho penal. En el primer caso, se mira al patrimonio en sentido económico; en el segundo, se mira a proteger la personalidad en todas las relaciones de la misma que se encuentran en el ámbito del orden jurídico. En el primer caso se buscan la uniformidad y la estabilidad; en el segundo se procura exclusivamente la verdad. Por esto se reconoce como regla inflexible, aquella por la cual, cuando el derecho privado establece presunciones o construye ficciones sobre la realidad, que en la práctica puede manifestarse de manera diversa de aquella

que la ley, para sus fines, supone abstractamente, el derecho penal no puede considerarse vinculado sino por la esencia positiva de los hechos concretos. Así pues, nuestro derecho rechaza todo lo que es ficción en la disciplina civil. Y las normas civiles se desechan, no simplemente porque pertenezcan al derecho privado, sino en cuanto se inspiran en criterios de oportunidad, útiles para la disciplina patrimonial, pero peligrosísimos cuando se trata de la personalidad y de la libertad de los ciudadanos" (30).

De lo dicho se concluye que cuando la ley penal habla de *haber recibido* o de *haber entregado* una cosa, no es posible dar a estas palabras significación alguna distinta de la que tienen en la realidad de las cosas, y mucho menos el sentido simbólico, figurado o presunto, que en ocasiones se les atribuye en el derecho civil. Esas palabras expresan una situación de hecho, no ficticia, simbólica, ni presunta, sino real.

II. El expresar esta situación de hecho entre el agente y la cosa, como presupuesto esencial del *abuso de confianza*, no es peculiaridad de nuestro código. Ese mismo estado de hecho, que las citadas disposiciones presuponen como condición previa esencial del delito que inculpan, y que el artículo 844 expresa con las palabras "*habiendo recibido*", es el estado de hecho que los penalistas llaman *posesión*, y que las legislaciones y la doctrina han incluido uniformes entre los elementos constitutivos del delito apellidado *abuso de confianza* por nuestro código y por el francés (art. 408), y *apropiación indebida* por el código italiano (arts. 417 y sigts).

a) El código francés (art: 408) exige que las cosas objeto del abuso de confianza "le hayan sido entregadas" (*lui auraient été remis*) al agente antes de la consumación del delito. Como se ve, es una misma la preexistente situación de hecho entre el agente y la cosa, que nuestro código y el francés exigen para que sea posible consumir el delito de abuso de confianza. Nuestro código exige que el agente *haya recibido* la cosa: el código francés exige que la cosa *haya sido entregada* al agente.

Ahora bien: ¿en qué consiste esta situación, conforme a la doctrina francesa?

Chauveau y Hélie, en el tratado del hurto, sintetizan así la diferencia entre el abuso de confianza y la estafa: "si el agente *ha recibido*, por cualquier título (31), el objeto que disipa, comete un abuso de confianza; si se ha hecho entregar, por sus maniobras, cualesquiera valores, ejecuta una estafa" (32). Y en el tratado del abuso de confianza, marca así la diferencia entre este delito y el de hurto: "lo que caracteriza el hurto es la sustracción: la cosa es quitada por astucia o con violencia a su poseedor; el agente se apodera de ella a pesar de éste, o sin que éste lo sepa. El abuso de confianza supone, por el contrario, que la cosa se *encuentra* legítimamente *en manos* del agente; que éste *la detiene*, con el consentimiento del propietario; que no em-

(30) Manzini. *Trattato del Furto*, vol. IV, págs. 220 y 221.

(31) Nótese la identidad de estas palabras del autor con las de nuestro código penal.

(32) Théor. du Code Pénal, V, pág. 54.

plea ni la astucia ni la violencia para apoderarse de ella". Y en el mismo lugar dice que "no se puede imputar al autor del abuso de confianza la audacia en la ejecución del delito, puesto que él no ha hecho sino apropiarse los efectos *confiados en sus manos* (33).

Como se ve, en concepto del autor, para que pueda decirse que la cosa ha sido entregada al agente, que éste *la ha recibido*, es necesario que el agente *la detenga*, que la cosa *se encuentre en manos* del agente, que haya sido *confiada en sus manos*.

Así pues, en concepto de Chauveau y Hélie, para poder afirmar que Alberto Chaves *había recibido* los billetes definitivos de que se trata, antes que Bocanegra se los entregara será necesario probar que, antes de este momento, tales billetes, ya separadamente, ya como parte de los valores que se hallaban colocados en las cajas de que era cajero Bocanegra, *eran detenidos* por Alberto Chaves; que *se encontraban en manos de* Alberto Chaves; que habían sido *confiados en sus manos*.

b) El código italiano (arts. 417 a 420) exige que la cosa objeto de la apropiación indebida le haya sido confiada o consignada (*che gli sia stata affidata o consegnata*) al agente antes de la consumación del delito. Como se ve, es una misma la preexistente situación de hecho entre el agente y la cosa, que nuestro código y el italiano exigen para que sea posible consumir el delito que se estudia.

¿Y en qué consiste esa situación, conforme a la doctrina italiana?

Manzini, estudiando el delito de *apropiación indebida*, explica así la diferencia principal entre este delito y el de estafa: "la apropiación indebida se distingue de la estafa sobre todo porque la primera presupone que la cosa ajena *haya sido consignada* al culpable, con acto de libre y no engañada voluntad del propietario o de quien obra por él; al paso que en la segunda la posesión de la cosa es obtenida mediante error, sugerido en otro con artificios o ardidés, aptos para engañarlo o para sorprender su buena fe" (34). Y en el mismo lugar explica en éstos términos la principal diferencia entre la apropiación indebida y el hurto; "la apropiación indebida se diferencia del hurto principalmente porque, al paso que *la primera presupone la preexistencia de la posesión* de la cosa en el agente infiel, por el contrario la noción del hurto exige que el delincuente no tenga tal posesión (35), sino que la adquiere con el delito" (36).

Como ha podido observarse, la situación o relación de hecho entre el agente y la cosa, que *antecede* a la consumación de la apropiación indebida, y que sucede a la consumación de la estafa, lo mismo que a la del hurto (*así el estafador como el hurtador ADQUIEREN esa situación de hecho CON LA CONSUMACION del delito*), es llamada por Manzini "posesión" (*possesso*)

(33) *Ibid.* pág. 470.

(34) *Trattato di Dir. Pen.* VIII, pág. 402.

(35) La palabra *posesión* no tiene aquí el sentido civil, como se verá adelante, y como lo muestra el hecho de aplicarse aun a meros tenedores,

(36) Manzini, o. c., pág. 402.

Concepto que el mismo autor expresa así, en el capítulo destinado a estudiar la estafa: “la estafa se diferencia de la apropiación indebida, porque el estafador consigue el provecho obteniendo con engaño la entrega del bien deseado, mientras que el responsable de apropiación indebida, *quien ya tenía la posesión de la cosa ajena, a consecuencia de una entrega no determinada por engaño, convierte ilegítimamente la misma cosa en provecho propio o ajeno*. Los dos delitos, pues, se realizan en dos momentos de la relación patrimonial esencialmente diversos: el estafador engaña para obtener la entrega; el otro se vale de la entrega regularmente obtenida para adueñarse de la cosa, contra las condiciones jurídicas de la dicha entrega” (37).

Ahora bien: ¿qué quiere decir Manzini con la palabra *posesión*, cuando dice que la apropiación indebida *presupone la preexistencia de la posesión de la cosa en el agente infiel, y que el responsable de apropiación indebida ya tenía la posesión de la cosa ajena a consecuencia de una entrega no determinada por engaño?*

El mismo autor responde a esta pregunta: “el concepto de *posesión* incluye en todo caso la idea de un poder o señorío (*padronanza*) *de hecho y actual* sobre la cosa (independiente de la idea de un poder o señorío de derecho), esto es: incluye la idea de una *relación inmediata* entre la persona y la cosa, por la cual la primera detenga, con razón o sin ella, la cosa misma, de modo que, *materialmente hablando, pueda disponer de ella*. La posesión de que se trata es, por tanto, el actual *poder de hecho*, la relación real creada por el ejercicio de un señorío efectivo sobre la cosa, derivada de cualesquiera causas, sea inherente a un derecho de propiedad o a otros derechos reales, sea dependiente del contenido de un derecho personal, sea proveniente del cumplimiento de un acto jurídico, sea de la ejecución de un mero hecho, lícito o ilícito, que haya llevado la cosa al poder efectivo de una persona. Este estado de hecho, que, repetimos, no presupone la existencia de un derecho subjetivo sobre la cosa, es en todo caso y por sí solo productivo de consecuencias jurídicas” (38). Y en otro lugar, explicando el mismo autor el concepto de posesión penal, cita una sentencia de la corte de casación austriaca, de 24 de noviembre de 1879, que dice: “la posesión en derecho penal se constituye por la *relación de hecho* en virtud de la cual una persona tiene la cosa *hajo su poder*” (39).

Como se ve, en concepto del autor, para que pueda decirse que la cosa le ha sido confiada o consignada al agente, o, lo que vale lo mismo, que éste la *ha recibido*, es necesario que el agente tenga un *poder o señorío de hecho y actual* sobre la cosa; que se encuentre con ella en una *relación inmediata*, por la cual la *detenga, de tal modo, que, materialmente hablando, pueda disponer de ella*. En una palabra, para que pueda decirse que una persona “ha recibido” una cosa, es preciso que aquella tenga, *en el hecho, la posibilidad*

(37) *Trattato di Dir. Pen. It.* VIII., pág. 820.

(38) O. c., VIII, pág. 6.

(39) *Trattato del Furto*. vol. IV, pág. 238.

*material y actual para obrar sobre la cosa, para disponer de ella sin intervención de otro.*

Así pues, en concepto de Manzini, para poder afirmar que Alberto Chaves, en el momento en que Bocanegra le entregó los billetes definitivos de que se trata, *ya había recibido* esos billetes, sería necesario establecer que, *antes de ese momento*, Chaves tenía un poder o señorío de hecho y actual sobre esos billetes; que se encontraba con ellos en una *relación inmediata*, por la cual los *detenía, de tal modo, que, materialmente hablando, podía disponer de ellos*; que tenía, *en el hecho*, la *posibilidad material y actual para obrar sobre tales billetes, para disponer de ellos sin intervención ajena*. Hé aquí lo que se necesitaría comprobar, y comprobar plenamente, como elemento del cuerpo del delito, para que el acto a que me refiero en esta proposición pudiera calificarse como abuso de confianza.

Ahora bien: en el proceso no sólo no aparece esta prueba, sino que está superabundantemente comprobado lo contrario.

#### PREMISA b). CUESTION DE HECHO

1º Dice Alberto Chaves en su indagatoria (folios 12 a 14): “Desde el momento en que reafirmé mi resolución de cometer el hecho, estudié la manera de llevarlo a cabo sin comprometer la responsabilidad de ningún compañero. *No era posible tomar la suma de las cuentas confiadas a los cajeros, sin previo acuerdo o complicidad con cualquiera de ellos*”.

2º Dice el señor Félix Salazar, gerente del Banco, en su denuncia de 14 de septiembre de 1925 (fol. 16): “El día 6 de agosto del corriente año despachó la agencia del Banco en Barranquilla... una remesa... que éste (Chaves) entregó al señor Dimas Bocanegra, cajero de la misma sección, manifestándole que a cambio de ella *le entregara una suma igual en billetes del Banco*, con el fin de consignarla él, Chaves, en la caja principal; que *Ascibida del cajero* señor Bocanegra *la expresada cantidad*, el señor Chaves no la consignó en la caja principal del Banco”.

Esta declaración, confirmada por la del señor Benito Zalamea de 16 de septiembre de 1925 (fols. 21 y sgtes.), y por lo que el mismo Chaves dice sobre el modo como ejecutó los hechos (indagatoria citada), hace ver claramente que Chaves tuvo que *hacerse entregar* del cajero los billetes, por medio de un ardid, para ponerse con ellos *en relación inmediata, para tenerlos a su disposición y libre alcance, para adquirir la posibilidad material y actual de obrar directamente sobre esos billetes y disponer de ellos sin intervención ajena* (Manzini); o sea para *hacerse tenedor* real de ellos para que esos billetes *se encontraran en sus manos y bajo su poder* (Chauveau y Hélie). Luego antes de esa entrega del cajero, Chaves no estaba *en relación inmediata* con los billetes; luego antes no tenía *la posibilidad material y actual de obrar directamente sobre ellos y de disponer de ellos sin intervención ajena*; luego antes esos billetes no se encontraban *en manos de Chaves, ni en poder de Chaves, ni a disposición o a merced* de Chaves. Luego antes que el cajero Bocanegra le entregara esos billetes, Chaves no los *había recibido*.

3º Dice el mismo cajero Bocanegra, en declaración de 14 de junio de 1926: "Preguntado: es verdad que desde antes que el señor Alberto Chaves ejecutara los hechos por los cuales se les sigue este sumario, la gerencia del Banco había ordenado que solamente usted tuviera en su poder, sin entregarlas a nadie a ninguna hora, las llaves de las cajas que usted manejaba como cajero de la sección de emisión? Contestó: sí, señor, es verdad que desde antes que el señor Alberto Chaves ejecutara los hechos materia de este sumario, *la gerencia había ordenado que solamente yo tuviera en mi poder, sin entregarlas a nadie a ninguna hora, las llaves de las cajas que yo manejaba como cajero de la sección de emisión.* Preguntado: Puede usted precisar cuánto tiempo antes de que ocurrieran los hechos que en este sumario se imputan a Alberto Chaves, dió esa orden la gerencia? Contestó: Aproximadamente en junio del año pasado dió esa orden la gerencia, o sea hace un año poco más o menos. Preguntado: Después de haber ordenado la gerencia del Banco que usted tuviera siempre en su poder las llaves de las cajas que manejaba, acostumbraba usted, a pesar de esa orden, entregarles tales llaves al Jefe de la sección o al señor Alberto Chaves o alguna otra persona? Contestó: *No, señor, esas llaves siempre las conservé en mi poder, sin que las entregara en ninguna ocasión al Jefe de la sección, ni al señor Alberto Chaves ni a ninguna otra persona.* Preguntado: Las cajas que usted manejaba en la sección de emisión tenían puertas exteriores de combinación, que eran abiertas por uno de los superiores de usted al principiar la sesión de trabajo de la mañana y de la tarde; y además puertas interiores, cuyas cerraduras sólo podían abrirse con las llaves que usted tenía siempre en su poder? Contestó: Las cajas que yo manejaba en la sección de emisión tenían puertas exteriores de combinación y puertas interiores. Las primeras, o sean las puertas exteriores de combinación, las abrían todas las mañanas mis superiores, o sean el jefe de la sección Sr. Benito Zalamea o el Sr. Alberto Chaves, cuando aquél no estaba para abrirlas. *Las puertas interiores, cuyas cerraduras sólo podían abrirse con las llaves que yo manejaba, las abría todas las mañanas únicamente yo. Esto que sucedía todas las mañanas, se repetía también todas las tardes al principiar el trabajo respectivo.* Preguntado: Al terminar la sesión de trabajo por la mañana o de la tarde cerraba usted mismo las puertas interiores de las cajas que usted manejaba, con las llaves que ud. tenía en su poder? Contestó: Sí, señor, al terminar la sesión de trabajo por la mañana o de la tarde, *yo mismo* cerraba las puertas interiores de las cajas, con las llaves que tenía en mi poder. Preguntado: Llegó usted a permitir alguna vez que el señor Alberto Chaves tomara o cogiera los valores de las cajas que usted manejaba; o por el contrario, todo valor que salía de esas cajas tenía que ser entregado por usted mismo? Contestó: Sí, señor, EN NINGUNA OCASION PERMITI QUE NADIE ME METIERA LAS MANOS EN MIS CAJAS. Preguntado: Cuando usted se retiraba de las cajas que manejaba en la sección de emisión, acostumbraba dejar abiertas las puertas interiores de esas cajas? Contestó: No, señor, cuando yo me retiraba de las cajas que manejaba en la sección de emisión, no acostumbraba nunca dejar abiertas las puertas interiores de esas cajas; *yo mismo tenía el cuidado de echar perso-*

nalmente la combinación, la cual era después revisada por don Benito, y tengo la seguridad de que esas puertas interiores nunca se me quedaron abiertas. Preguntado: Después que la gerencia ordenó que sólo usted tuviera en su poder las llaves de las cajas que manejaba, el señor Alberto Chaves, o el Jefe de la sección, o algún otro empleado de la misma, tenían también llaves de esas cajas? Contestó: No, señor, las llaves de las puertas interiores de las cajas que yo manejaba tenían duplicados, los cuales estaban en poder de la gerencia, y las llaves que yo tenía en mi poder eran los originales de esos duplicados. Preguntado: ¿A qué objeto estaba destinado el dinero que usted recibía y que guardaba en las cajas que usted manejaba? Contestó: Al del cambio de todas las especies que se estaban recogiendo, como eran cédulas de tesorería, bonos del tesoro, billetes nacionales deteriorados, billetes provisionales y bonos de deuda interna. Preguntado: Podía el señor Alberto Chaves ordenar a usted que le diera al dinero que usted guardaba en las cajas aplicación distinta del objeto a que estaba destinado? Contestó: No, señor, el señor Alberto Chaves no podía ordenarme que le diera al dinero que yo guardaba en las cajas aplicación distinta al objeto a que estaba destinado. Preguntado: ¿Qué motivo tuvo usted para entregarle al señor Alberto Chaves cuarenta y cinco mil pesos en billetes definitivos del Banco de la República, en cambio de los billetes provisionales perforados que Chaves le dio a usted? Contestó: Porque era un cambio de especies que en nada me afectaba mi caja, porque siempre me quedaba cuadrada. Preguntado por el Fiscal: El señor Chaves le pedía a usted el dinero que necesitaba para el servicio de la oficina y le decía la destinación de ese dinero, o usted no le preguntaba para qué lo quería? Contestó: El señor Chaves nunca me pedía dinero a mí, porque él no era el encargado de pagarle al público nada; el encargado de pagarle al público era yo. Preguntado: cuando usted verificó la operación de cambiarle al señor Alberto Chaves los billetes provisionales que venían como remesas de las agencias, ¿qué comprobantes exigía usted? Contestó: No le exigía ninguno, porque no tenía razón para exigirle comprobante, puesto que él me presentaba unas especies para cambiarlas por otras".

Muestra paladinamente la anterior declaración, que los valores colocados en las cajas de que era cajero Bocanegra, no eran detenidos por Alberto Chaves; que no se encontraban en manos de Alberto Chaves; que no habían sido confiados en manos de Alberto Chaves (Chauveau y Hélie). Muestra esa declaración que Chaves no tenía sobre esos valores un poder efectivo, de hecho y actual; que no se encontraba Chaves respecto de esos valores en una relación inmediata, por la cual los detuviera, de tal modo, que, materialmente hablando, pudiera disponer de ellos; que Chaves no tenía, en el hecho, y en realidad de verdad, la posibilidad material y actual para obrar sobre esos valores, para disponer de ellos sin intervención ajena (Manzini). Muestra, en resumen, este testimonio, que los valores colocados en las cajas de que era cajero Bocanegra, no estaban A DISPOSICION O A MERCED de Alberto Chaves: que éste no los había recibido.

Confírmase lo dicho considerando las razones aducidas por Manzini para impugnar la opinión según la cual el depositario de un mueble cerrado, cuyas

llaves conserva el depositante, se habría de considerar ante el derecho penal depositario también de los objetos guardados dentro del mueble: "Es contrario — dice Manzini — a la *realidad de los hechos*, aquel razonamiento de Micela, por el cual se afirma que la voluntaria consignación de la caja implica inseparablemente la consignación voluntaria de las cosas contenidas en ella. La realidad es todo lo contrario: *el depositante demostró, del modo más positivo, y menos halagador para el depositario, su voluntad de no consignar las cosas custodiadas en el mueble, CON EL HECHO DE CERRARLO Y DE LLEVARSE LA LLAVE*" (40). Conclusión que sostiene Chauveau y Hélie, con las siguientes palabras: "En materia de depósito es preciso distinguir si la cosa ha sido *entregada* a título de depósito y *confiada a la fe del acusado* (*confiée a la foi du prévenu*), o si ella ha sido depositada únicamente en su habitación, pero encerrándola en un mueble *cuya llave no se le haya entregado*. En la primera hipótesis, la aprehensión y el extravío de esta cosa pueden constituir una violación de depósito, pero no constituyen un hurto; *porque el acusado tenía la libre disposición de la cosa*, y no pudo, por lo mismo cometer la sustracción elemental de este delito. En la segunda hipótesis, por el contrario, los objetos NO HAN SIDO CONFIAADOS A LA FE DEL ACUSADO; encerrados en un mueble, han continuado en la posesión del dueño; al apoderarse de ellos, el acusado ha cometido, pues, la sustracción constitutiva del hurto. Esta distinción fundada en la naturaleza de los dos actos, ha sido consagrada por la Corte de Casación" (41).

Aunque estos dos pasajes se refieren en concreto al caso de *depósito*, es manifiesta la importancia de ellos para aclarar y precisar el concepto de *posesión penal*; para determinar en qué consiste aquel estado de hecho entre el agente y la cosa, cuya previa existencia es necesaria para la consumación del *abuso de confianza*, y cuya previa inexistencia es necesaria para la consumación del *hurto*.

Aplicando, en este proceso, el concepto de Manzini a los hechos declarados por Bocanegra, habrá que reconocer que el Banco "demostró, del modo más positivo y menos halagador para Alberto Chaves, su voluntad de no consignarle a él los valores colocados en las cajas de que era cajero Bocanegra". No otra cosa significa la orden expedida por la gerencia y cumplida por Bocanegra, para que sólo éste tuviera en su poder, sin entregarlas a nadie a ninguna hora, las llaves de la caja que el mismo Bocanegra manejaba en la sección de emisión, esto es, las llaves de las puertas *interiores* de dichas cajas, únicas puertas que daban acceso real y efectivo a los valores. Estos hechos y todos los demás que el mismo Bocanegra atestigua en la declaración transcrita, muestran positivamente que estos valores "no habían sido confiados por el Banco a la fe" de Alberto Chaves; que "no habían sido puestos por el Banco a la libre disposición" de Alberto Chaves (Chauveau y Hélie).

(40) *Trattato del Furto*, VI, pág. 234.

(41) *Théor. du Code Pénal*, V, pág. 45.

De suerte que no sólo no está probado este elemento de incriminación, sino que positivamente está probado que este elemento no existió.

Y parece que con lo dicho se hace patente la verdad de esta segunda proposición, sin que sea necesario examinar si concurrieron o no, en el acto que se estudia, otro u otros elementos del *abuso de confianza*.

En resumen: la actividad no punible de Alberto Chaves, la serie de actos simplemente preparatorios del delito que se estudia, terminó en el momento en que Chaves, presentando y entregando a Bocanegra billetes provisionales perforados, y aprovechando la credulidad o la buena fe de éste, se hizo entregar del mismo billetes definitivos. En este instante mismo Alberto Chaves pisó el código penal, consumando el delito de *estafa*. Y el hecho con el cual lo consumó, no constituye ni *hurto*, ni *abuso de confianza*.

Me permito acompañar un cuadro sinóptico, que resume las razones alegadas, y que someto respetuosamente a la consideración del señor Juez.

LUIS RUEDA CONCHA