



Universidad de Costa Rica

**Estudio dogmático y jurisprudencial del estelionato en Costa
Rica (Artículo 217, incisos 1) y 2) del Código Penal)**

Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho

Adriana Barrientos Córdoba

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

Costa Rica

2015



04 de noviembre del 2015
FD-AI-795-2015

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: Adriana Barrientos Córdoba, carne A80867 denominado: "Estudio dogmático y jurisprudencial del estelionato en Costa Rica (Artículo 217, incisos 1) y 2) del Código Penal" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Ricardo Salas Porras
Presidente	Msc. José Manuel Cisneros Mojica
Secretario	Lic. Frank Harbottle Quirós
Miembro	Dr. Erick Gatgens Gómez
Miembro	Dra. Patricia Vargas González

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 19 de noviembre del 2015, a las 4:30 p.m en la Sede Rodrigo Facio.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



lcv
Cc: arch. expediente

San José, 2 de noviembre de 2015

Señor

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Sirva la presente para informarle que, en calidad de director, he leído, revisado y corregido el trabajo final de graduación de la estudiante Bach. Adriana Barrientos Córdoba (carné A80867), intitulado *Estudio dogmático y jurisprudencial del estelionato en Costa Rica (Artículo 217, incisos 1) y 2) del Código Penal*.

El documento satisface los requisitos de forma y fondo establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, razón por la cual extiendo, mediante la presente, mi aprobación, con el propósito de que pueda señalarse hora y fecha para la defensa pública de la tesis.

Atentamente,



Dr. Ricardo Salas Porras

Docente de la Facultad de Derecho en
el curso de Derecho Penal IV

Director de tesis de la Bach. Adriana
Barrientos Córdoba

Doctor

Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

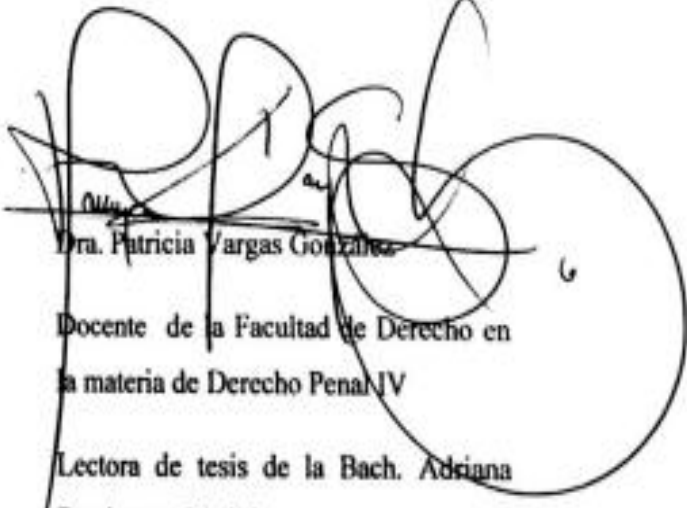
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Sirva la presente para informarle que, en calidad de lectora, he leído el trabajo final de graduación de la estudiante Bach. Adriana Barrientos Córdoba (carné A80867), intitulado *Estudio dogmático y jurisprudencial del estelionato en Costa Rica (Artículo 217, incisos 1) y 2) del Código Penal*.

El documento satisface los requisitos de forma y fondo establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, razón por la cual extiendo, mediante la presente, mi aprobación, con el propósito de que pueda señalarse hora y fecha para la defensa pública de la tesis.

Atentamente,



~~Dra. Patricia Vargas González~~
Docente de la Facultad de Derecho en
la materia de Derecho Penal IV
Lectora de tesis de la Bach. Adriana
Barrientos Córdoba

San José, 29 de Octubre de 2015

Señor
Doctor
Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
S. O.

Estimado Doctor Salas:

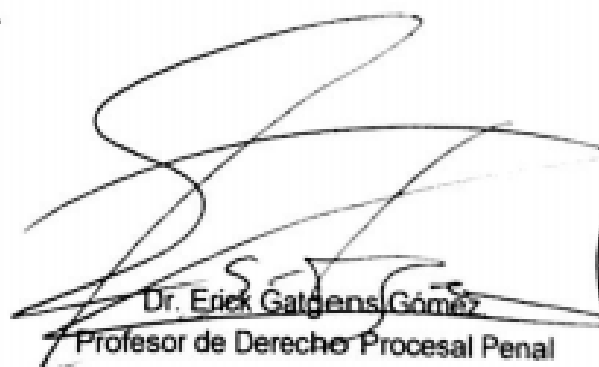
Sirva la presente para extenderle un cordial saludo, asimismo aprovecho para hacer de su conocimiento que en mi calidad de Lector, he revisado el Trabajo final de Graduación denominado: "Estudio dogmático y jurisprudencial del estelionato en Costa Rica (Artículos 217, incisos 1) y 2) del Código Penal)", propuesto por la egresada Adriana Barrientos Córdoba, carné A80867.


En dicha investigación la señora Barrientos Córdoba lleva a cabo un estudio dogmático y jurisprudencial acerca de la figura del Estelionato prevista en los incisos 1 y 2 del artículo 217 del Código Penal.

Debe destacarse de la referida investigación, el análisis histórico y la evolución que ha tenido esa figura con el devenir del tiempo. Asimismo, resulta destacable el análisis jurisprudencial que realiza en su investigación la señora Barrientos Córdoba.

Con fundamento en lo anterior, y por cumplir con los requisitos de forma y fondo exigidos por el Área que Usted dirige, apruebo la Tesis para su discusión oral, ante el Tribunal que se designe.

Atentamente,


Dr. Erick Gatgens Gómez
Profesor de Derecho Procesal Penal



San Rafael de Heredia, 30 de octubre de 2015

Señores
Universidad de Costa Rica

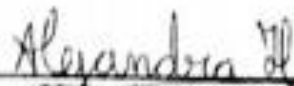
Estimados señores:

En mi calidad de filóloga, hago constar que he revisado el trabajo para optar por el grado de licenciatura en Derecho, bajo el título:

Estudio dogmático y jurisprudencial del estelionato en Costa Rica (artículo 217, incisos 1) y 2) del Código Penal, elaborado por la estudiante Adriana Barrientos Córdoba.

La revisión se hizo en la parte morfosintáctica, forma, estilo, redacción, puntuación y ortografía; por lo cual este trabajo está listo en tales aspectos para ser presentado ante la Universidad.

Atentamente,


Alejandra Hernández Arguedas
Filóloga
Cédula 4 193 626
Carné 66820 del Colegio de
Licenciados y Profesores en Letras,
Filosofía, Ciencias y Artes
Teléfono: 22 37 61 66

Dedicatoria

A mis padres, Rosa y Eliecer.

Ejemplo de trabajo y dedicación.

Agradecimientos

Al profesor Ricardo Salas Porras. Gracias por el tiempo concedido, por la paciencia con la que atendió mis dudas y señaló las correcciones.

A los profesores Erick Gatgens Gómez y Patricia Vargas González, por las observaciones y correcciones que hicieron al trabajo.

A los profesores José Manuel Cisneros Mojica y Frank Harbottle Quirós, miembros del tribunal examinador, por su anuencia a participar en este proyecto.

Me llena de satisfacción encontrar profesionales interesados en los asuntos académicos, cosa tan infrecuente en estos días.

Deseo extender un especial agradecimiento a los que compartieron alegrías y congojas en el proceso: Alejandro Gómez, Carolina Damha, Jennifer Granados, Adrián Barrientos, Marta Barrientos y Moisés Barrientos. Gracias por su apoyo.

Índice

Resumen.....	xiii
Ficha bibliográfica	xv
Justificación.....	1
Objetivo general:.....	4
Objetivos específicos:	5
Hipótesis.....	5
Metodología	6
Estructura	11
Marco teórico	12
Marco conceptual de referencia	14
Capítulo I.....	19
Antecedentes históricos vinculados al inciso primero del artículo 217 del Código Penal costarricense.....	19
Sección I.....	19
I.I. Introducción.....	19
I.II. El estelionato en su redacción actual.....	21
I.III. El estelionato en el derecho romano	22
1) <i>Crimen falsis, furtum y stellionatus</i>	22
2) Un intento por conceptualizar el delito.....	26
3) La dimensión procesal	33
4) Síntesis.....	35
I.IV. El estelionato en el derecho medieval.....	35
I.V. Breve referencia a las fuentes del derecho penal en la Colonia y el estelionato.....	40
I.VI. El estelionato en el proceso de codificación costarricense	42
1) El Código General de 1841	42
2) El Código Penal de 1880.....	44
3) El Código Penal de 1918.....	46
4) El Código Penal de 1924.....	47
5) El Código Penal de 1942.....	48
6) El Código Penal de 1971	49

Sección II	52
Antecedentes en la legislación argentina vinculados al inciso segundo del artículo 217 del Código Penal costarricense	52
Capítulo II	56
Examen dogmático del estelionato en el Código Penal costarricense.....	56
Sección I.....	56
I.I. Introducción.....	56
I.II. Bien jurídico.....	57
I.III. ¿Patrimonio o propiedad?	59
I. IV. La propiedad	62
I.V. El bien jurídico del estelionato es el patrimonio.....	65
I.VI. La buena fe como bien jurídico	72
Sección II	73
II. I. Examen del inciso primero del artículo 217 del Código Penal	73
II.II. La norma	74
II.III. Sujeto activo	74
II.IV. Sujeto pasivo	76
II.V. Acción típica.....	76
II.VI. Verbos del tipo penal.....	77
1) Vender.....	77
2) Gravar	84
II.VII. El silencio y la ocultación	85
II.VIII. El estelionato ¿una forma de estafa?.....	86
II. IX. La supuesta derogatoria tácita de inciso primero del artículo 217 del Código Penal por el delito de estafa.....	87
Sección III	90
III.I. Examen del inciso segundo del artículo 217 del Código Penal	90
III.II. La norma.....	91
III.III. Sujeto activo.....	92
III.IV. Sujeto pasivo	95
III.V. Acción típica	95
III. VI. Escenarios que contempla el inciso.....	97

1) Acciones que vulneran derechos acordados sobre bienes.....	98
a) Tornar imposible el derecho.....	99
b) Tornar incierto el derecho	100
c) Tornar litigioso el derecho	102
2) Acciones que vulneran el cumplimiento de una obligación referente al bien.....	104
a) Tornar imposible el cumplimiento de una obligación.....	108
b) Tornar incierto el cumplimiento de una obligación	110
c) Tornar litigioso el cumplimiento de una obligación	110
III. VII. La excepción al convenio traslativo de dominio	111
III.VIII. Medios comisivos.....	112
III. IX. Los hechos materiales típicos	113
1) Remover.....	113
2) Ocultar	113
3) Dañar.....	114
III. X. El precio	114
III. XI. Problemas que convoca la obligación de hacer.....	116
III.XII. El estelionato y el incumplimiento contractual.....	119
III. XIII. Sobre la ausencia de engaño en el inciso segundo del artículo 217 del Código Penal.....	121
Capítulo III.....	123
Sección I.....	123
I.I. Análisis jurisprudencial	123
I.II. Introducción	123
I.III. Datos revisados	123
I.IV. Presentación de resultados.....	126
I.V. Construcción de la línea jurisprudencial en relación con el inciso primero del delito de estelionato	126
a) Sentencias consideradas en el examen del inciso primero del estelionato.....	128
b) Punto arquimédico	129
c) Ingeniería reversa.....	133
d) Ingeniería reversa (segunda).....	134
e) En síntesis	136

I.VI. Construcción de la línea jurisprudencial en relación con el inciso segundo del delito de estelionato	137
a) Escenario de interés.....	139
b) Sentencias revisadas.....	140
c) Línea jurisprudencial.....	140
1) Primer grupo de sentencias	141
2) Segundo grupo de sentencias	146
3) Tercer grupo de sentencias.....	151
4) Balance de jurisprudencia	154
I.VII. Conclusión general.....	160
Bibliografía	162
Anexos.....	180
Anexo I.....	180
Consideraciones generales sobre el valor de la jurisprudencia en la legislación costarricense	180
a) Civil.....	181
b) Constitucional	182
c) Contenciosa	184
d) Penal.....	187
e) Conclusión.....	189
Anexo II	190
Breves consideraciones sobre el boleto de compraventa en la legislación y la jurisprudencia argentina.....	190
Anexo III	198
Nota sobre otras formas de gravamen real en el derecho costarricense	198
a) Prenda sobre anotación en cuenta	198
b) Certificados de depósito de almacenes y bonos de prenda.....	199
Anexo IV.....	202
Comentario sobre las garantías mobiliarias y su relación con el estelionato	202
Anexo V	207
Resumen de los hechos contenidos en las resoluciones vinculadas al inciso 1) del artículo 217 del Código Penal	207
Anexo VI.....	209

Resumen de los hechos contenidos en las resoluciones vinculadas al inciso 2) del artículo 217 del Código Penal 209

Resumen

La siguiente monografía presenta un estudio de los dos primeros incisos del delito de estelionato que contempla el Código Penal vigente. El examen de esos incisos inicia con una descripción de los antecedentes históricos de las normas, continúa con una revisión de la interpretación dogmática y termina con un escrutinio de los fallos de la Sala Tercera.

En la primera aproximación se exponen los rasgos históricos que refieren de forma plausible el proceso de formación y definición de ambos incisos. En el caso del inciso primero, como se verá, remite al derecho romano; mientras que en el inciso segundo, al derecho argentino.

En el segundo acercamiento se revisan las categorías que integran la descripción de los incisos y enuncian los principales problemas asociados a esas figuras.

En la tercera y última parte, se exploran los principales temas tratados por la Sala Tercera en cuanto a los incisos en estudio, así como las dinámicas de interpretación gestadas en las dos últimas décadas.

La hipótesis fundamental es que el estudio cotidiano de los tipos penales, entre ellos el estelionato, procura un análisis de la descripción típica que no cuestiona la interpretación vigente. Además, el estudio de la jurisprudencia que predomina en el quehacer jurídico se limita a considerarla como la simple interpretación y desarrollo de conceptos jurídicos.

No obstante, es posible estudiar y cuestionar la interpretación del estelionato a partir del examen de las categorías que lo conforman, así como es viable estudiar la jurisprudencia vinculada a este ilícito a partir de la línea o líneas de pensamiento jurisprudencial que ha desarrollado la Sala Tercera de casación costarricense.

El objetivo general de la investigación es cuestionar el delito de estelionato en su dimensión dogmática y reconstruir la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala Tercera en torno a este.

Como objetivos específicos, se plantean:

1. Describir las generalidades históricas el desarrollo del estelionato en el ordenamiento jurídico costarricense.
2. Examinar y cuestionar las categorías objetivas, subjetivas y normativas que conforman la descripción del estelionato.
3. Determinar y reconstruir, mediante la aplicación del método jurisprudencial¹, la línea de pensamiento jurisprudencial desarrollada por la Sala Tercera de Casación en el análisis del estelionato.

A partir de estos se pretende un acercamiento al tipo penal más acorde con la realidad y las pautas de interpretación vigentes.

La metodología del trabajo contempla el examen descriptivo, en lo que atañe a los antecedentes históricos, la problematización de las categorías que integran el tipo penal en el análisis dogmático y la reconstrucción del pensamiento jurisprudencial en el estudio de la jurisprudencia.

La justificación del trabajo reposa en lo siguiente: se presenta una revisión cuidadosa de los elementos o categorías que conforman el tipo penal de estelionato; además, se examinan las principales problemáticas asociadas a la interpretación. El trabajo también contiene una revisión de la jurisprudencia vinculada al ilícito.

Todo lo anterior permite contar con un trabajo que ofrece un estudio actual sobre la figura delictiva, en los incisos objeto de investigación.

¹ Desarrollado por el Dr. Luis Diego López Medina.

Ficha bibliográfica

Barrientos Córdoba, Adriana, *Estudio dogmático y jurisprudencial del estelionato en Costa Rica (Artículo 217, incisos 1) y 2) del Código Penal*, Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2015. xv y 212.

Director: Dr. Ricardo Salas Porras

Palabras claves: estelionato, desbaratamiento de derechos, jurisprudencia, estafa, derecho penal, incumplimiento contractual.

Justificación

La necesidad de estudiar continuamente el derecho propicia que de una u otra forma la atención se reconduzca siempre hacia las normas. Esta orientación es deseable y en definitiva necesaria, pues el derecho en una de sus muchas nociones se refiere a un “conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva”².

Las normas pertenecen a la sociedad que regulan, en el sentido de que su principal ocupación es la de ofrecer alternativas para dirimir –o al menos suspender- los conflictos que en ella surgen y por esa razón su examen no puede quedarse en la letra de la ley.

En otras palabras, conviene que el estudio de las normas se ocupe de examinar los conflictos que subyacen a estas, las tensiones, los intereses que allí se enfrentan y los aspectos que las definen o las afectan. Un examen que considere este tipo de variables ofrecerá un panorama más atinado sobre la norma o normas de interés y el conflicto.

Considerando la idea expuesta, el presente trabajo de investigación pretende examinar una de las defraudaciones que recoge el Código Penal costarricense: el estelionato.

La conducta que describe este tipo penal es compleja y diversa, tanto que pareciera se trata no de uno, sino de cuatro delitos diferentes, pues cada uno de los incisos refiere conductas que no están relacionadas entre sí.

En razón de esa complejidad, un trabajo como el que aquí se pretende en relación con el estelionato busca una exposición analítica de los elementos objetivos, subjetivos y normativos que conforman el tipo penal, específicamente en los incisos 1) y 2). Además, aspira evidenciar la forma en la que la Sala Tercera ha examinado el o los conflictos que suscita la aplicación del tipo penal en los incisos indicados.

² Diccionario de la lengua española, s.v. “derecho”: 14, accesado el 20 de julio de 2015, <http://lema.rae.es/drae/?val=derecho>

Como la claridad en las categorías y conceptos que participan en la interpretación de un tipo penal constituye una herramienta básica en el quehacer jurídico, estudiar y repensar las categorías que se vinculan a este delito constituye un paso ineludible en su estudio.

Un acercamiento al estelionato bajo esa premisa permitirá a operadores del derecho discernir con mayor facilidad la presencia o no de una conducta susceptible de ser sancionada según los alcances de esta figura penal.

Respecto a lo anterior, cabe considerar que la doctrina producida en relación con esta figura es escasa. Esta circunstancia forma parte de la motivación del presente trabajo, ya que tras la revisión bibliográfica del tema, se constató que no existe doctrina específica sobre el ilícito a nivel nacional y en el extranjero tampoco es abundante.

No obstante la insuficiencia bibliográfica especializada, distintos tratados sobre derecho penal especial dedican pequeñas secciones al examen del delito. En la revisión inicial del tema no se ubicaron estudios específicos sobre la figura, mucho menos trabajos que revisaran los problemas que suscita la interpretación y aplicación del estelionato.

La insuficiencia de desarrollo doctrinario en relación con la figura representa un obstáculo para su examen y al mismo tiempo pone en evidencia la necesidad de su estudio, porque a partir de la exploración a la que aspira el trabajo, se contará con una base de conocimiento más organizada.

Ahora bien, como la doctrina ha mostrado escaso –o ningún- interés por el estudio del estelionato, esta tarea se trasladó –de forma directa e indirecta- a los juzgados y tribunales de la República. La principal implicación de este traslado de “competencia”³ es que el examen de la figura ha sido guiado por las necesidades de los casos concretos, con las múltiples variables que envuelve cada caso, que los jueces deben resolver.

³ Asumiendo que a la doctrina le corresponde una función o rol particular en la dinámica jurídica y a los jueces otra.

Por lo anterior adquiere importancia el estudio de la jurisprudencia, a saber, la revisión de los criterios que los órganos judiciales han vertido en las resoluciones, debido a que las pautas seguidas en la imputación del delito comunican la forma de pensamiento o más bien, los intereses que privilegian los jueces que integran estos órganos cuando resuelven.

De lo expuesto hasta aquí se concluye que el delito de estelionato amerita un estudio desde su descripción típica y tratamiento jurisprudencial, el primero a efectos de someterlo a evaluación y el segundo, con el fin de revisar el espacio donde se discute la aplicación real de los supuestos que componen este delito.

El trabajo centra su atención en las sentencias de la Sala Tercera⁴ porque no resulta viable en términos prácticos examinar las resoluciones dictadas por los tribunales. Además, debido a que la Sala es un órgano de cierre⁵, el criterio que este tribunal asienta en sus votos al conocer un recurso de casación modela y uniforma la interpretación jurídica.

En otro orden de ideas, el estudio de las sentencias propuesto reconoce que no existe una norma en el derecho penal sustantivo que les otorgue efectos vinculantes a estas resoluciones, en el sentido de que los jueces no están en obligación de considerar los criterios externados por la Sala Tercera al momento de resolver; en tesis de principio, nada les obliga a adscribirse a una forma de resolver particular seguida por la Sala. Los jueces de la República son “libres” de razonar, mientras sea “conforme a la ley”.

Existe, empero, una disposición en la ley procesal que de forma indirecta le otorga un valor a las sentencias de las cortes de cierre.

⁴ Antes de la entrada en vigencia de la Ley No. 8837 (Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal), los tribunales de casación tenían competencia para conocer recursos de casación, hoy responsabilidad exclusiva de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, pues los que fueran tribunales de casación pasaron a ser tribunales de apelación.

⁵ Término utilizado por el Dr. Eduardo López Medina para referirse a los órganos que conocen un asunto como última instancia en el proceso judicial.

El artículo 468 del Código Procesal Penal establece como uno de los motivos para interponer un recurso de casación:

a) Cuando se alegue la existencia de precedentes contradictorios dictados por los tribunales de apelación de sentencia, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal⁶.

El valor que la práctica jurídica otorga a las sentencias de los tribunales de apelación y la Sala de Casación va más allá de la norma, la opinión de las cortes de cierre guía en buena medida las decisiones de los jueces inferiores. Las opiniones disidentes son escasas y de común son reorientadas fácilmente.

El valor de las resoluciones que ponen fin al proceso penal trasciende el carácter informador, por eso su examen permitirá conocer el estado del *pensamiento jurídico* en relación con el ilícito específico.

En resumen, el trabajo busca examinar los supuestos del estelionato, a partir del cuestionamiento de las categorías que lo conforman y del examen de los conflictos que se han revisado en las resoluciones de las cortes de cierre, conforme al esquema de análisis que se presenta en el acápite de metodología.

Objetivo general:

Cuestionar el delito de estelionato, incisos 1) y 2), en su dimensión dogmática y reconstruir la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala Tercera en torno a estos.

⁶ Asamblea Legislativa, “Ley 7594: Código Procesal Penal del 10 de abril de 1996”: 468, Sinalevi, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=96385&strTipM=FN

Objetivos específicos:

1. Describir las generalidades históricas del desarrollo del estelionato, incisos 1) y 2), en el ordenamiento jurídico costarricense.
2. Examinar y cuestionar las categorías objetivas, subjetivas y normativas que conforman la descripción del estelionato, incisos 1) y 2).
3. Determinar y reconstruir mediante la aplicación del método jurisprudencial⁷, la línea de pensamiento jurisprudencial desarrollada por la Sala Tercera de casación en el análisis del estelionato, incisos 1) y 2).

Hipótesis

La hipótesis fundamental de este trabajo es que el estudio cotidiano de los tipos penales, entre ellos el estelionato, procura un análisis de la descripción típica que no cuestiona la interpretación vigente. Además, el estudio de la jurisprudencia que predomina en el quehacer jurídico se limita considerarla como la simple interpretación y desarrollo de conceptos jurídicos.

Es posible estudiar y cuestionar la interpretación del estelionato a partir del examen de las categorías que lo conforman, así como es viable estudiar la jurisprudencia vinculada a este ilícito a partir de la línea o líneas de pensamiento jurisprudencial que ha desarrollado la Sala Tercera de casación costarricense.

⁷ Desarrollado por el Dr. Luis Diego López Medina.

Metodología

La presente investigación pretende examinar el delito de estelionato desde dos ángulos, la descripción típica que recoge el numeral 217 del Código Penal vigente y el tratamiento jurisprudencial; por esta razón se acude a dos métodos de estudio diferentes.

El primer examen, el acercamiento al delito y a los elementos que lo conforman, se llevará a cabo cuestionando dichos elementos. Este ejercicio tiene por afán problematizar el delito en estudio, pues estima que esa aproximación resultará más provechosa para el trabajo, en el tanto supera la mera descripción del ilícito penal.

La idea de cuestionar sugiere de inmediato una gran cantidad de posibilidades, mas lo cierto es que las probabilidades de cuestionar, problematizar o generar controversia sobre un asunto son realmente limitadas. La tarea de cuestionar se encontrará delimitada por los espacios de conocimiento que admiten la discusión; los hechos, las palabras y las valoraciones.

Con este modo de proceder se espera deslindar de manera plausible: ¿De qué se está hablando cuando se hace referencia al estelionato?

Para efectuar este examen, se parte de las categorías que recoge la descripción del tipo penal de estelionato en el inciso 1) y 2), textos desarrollados por la doctrina en torno al delito y a sus antecedentes.

En segundo lugar, a efectos del examen de la jurisprudencia, se acudirá al método trazado por el profesor colombiano en la obra antes citada.

El objetivo consiste en estudiar la jurisprudencia de la Sala Penal de Casación costarricense en relación con el estelionato, a fin de reconstruir, con la ayuda de los criterios y las nociones que el profesor desarrolló en su obra, la línea de pensamiento jurisprudencial, la

historia de las soluciones que se han dado a los principales conflictos examinados en torno a este delito⁸.

La principal razón que justifica la aplicación de la metodología desarrollada por el Dr. López Medina estriba en que, como el jurista, se considera de mayor utilidad concebir la jurisprudencia como la resolución de conflictos en contraposición a la práctica común de los tribunales nacionales, que se inclinan ante el uso conceptualista de la jurisprudencia y, en consecuencia, prestan atención a las sentencias en razón de los conceptos, distanciando con este modo de proceder día tras día el derecho de la realidad.

El trabajo tiene como principal objetivo la reconstrucción de la línea jurisprudencial, porque a partir de esta se revisan los conflictos, la forma en la que estos se han resuelto, los puntos en común y los desacuerdos. El estudio busca sistematizar la información con el objetivo de evidenciar la línea o líneas jurisprudenciales.

Utilizar el método jurisprudencial mencionado es fundamental para la investigación sobre estelionato, porque el ilícito como tal lo que regula es un conflicto y la guía metodológica que plantea el profesor López justamente presta especial atención al conflicto que hay en cada resolución, a la forma en la que esa controversia es abordada, los intereses y las tensiones que decantan la decisión en este o aquel sentido.

Precisa señalar que esta metodología fue diseñada para diagnosticar líneas jurisprudenciales en torno a problemas fáctico-jurídicos concretos, bien definidos; sin embargo, el trabajo que se propone no tiene por objetivo revisar un conflicto particular –en estricto sentido–, pues espera descubrir con el examen de la jurisprudencia los principales conflictos que ha convocado el delito de estelionato, desde luego, partiendo de las conductas que sanciona el tipo. En otras palabras, la metodología se emplea con el objeto de estudiar la jurisprudencia siguiendo parámetros que permitan obtener información de manera organizada.

⁸ Véase: Juan Jacobo Calderón Villegas, “La reconstrucción jurisprudencial como estrategia para la adquisición de competencias de investigación en un curso de constitucionalización del derecho privado”, *Red Innova Cesal*, (2011): sección 2.3 Fase 3: competencia para la reconstrucción jurisprudencial a partir de la elaboración de líneas jurisprudenciales, párr. 1, accesado julio 20, 2015, http://www.innovacesal.org/innova_public/archivos/publica/area05_tema02/156/archivos/DOI_HCS_01_2011.pdf

Como el interés reposa precisamente en la línea jurisprudencial, el análisis de las resoluciones será de tipo cualitativo, ya que para aplicar el método sugerido, se localizan las sentencias que destacan por los temas o conflictos revisados.

El espacio temporal en el cual estudian las sentencias va de 1990 a 2012; se toman en este intervalo para analizar en forma preliminar todas las resoluciones vinculadas al término “estelionato”.

Luego, se excluyen las relacionadas con los incisos 3) y 4) del artículo 217 del Código Penal; posteriormente, se agrupan en relación con las modalidades en estudio, para lo cual se considera:

- a) Los hechos se encuentren relacionados o vinculados con el supuesto fáctico de los incisos primero o segundo del numeral 217 del Código Penal.
- b) Se discuta la aplicación de alguno de los dos incisos anteriores.
- c) Se haya generado alguna controversia en razón de la aplicación de los dos incisos anteriores.

Luego de agrupar las resoluciones según el inciso que tratan, se estructura la línea jurisprudencial; en el caso del inciso 1), de acuerdo con el esquema de análisis dinámico de sentencias y, en el caso del inciso 2), conforme al método de análisis estático de sentencias.

Con el fin de estructurar la gráfica de la línea jurisprudencial conforme al esquema metodológico de análisis dinámico de sentencias, se determinan como pasos necesarios los siguientes:

1. Definición del punto arquimédico, que consiste en identificar una primera sentencia, que debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) ser lo más reciente posible, b) que, en sus hechos relevantes, tenga el mismo patrón fáctico (o, al menos, el más cercano posible) con relación al caso sometido a investigación⁹.

Es decir, en relación con los supuestos fácticos que abarca el delito en estudio.

⁹ Diego Eduardo López Medina, El derecho de los jueces, 2da ed. (Bogotá, Colombia: Legis, 2006), 168.

2. El segundo paso, de “ingeniería reversa”, consiste en el estudio de la estructura de citas de las sentencias previamente escogidas y denominadas “punto arquimédico”¹⁰.

3. El tercer paso consiste en estudiar –y organizar- el “nicho citacional” formado mediante el análisis de las sentencias¹¹. Este último implica establecer los puntos nodales en el nicho de citación.

El autor explica que el segundo paso –ingeniería reversa- puede llevarse a cabo todas las veces que se estime necesario, esto dos, tres o cuatro veces, si el nicho de citación lo permite, ya que en el fondo el interés es reducir ese grupo de sentencias.

Lo expuesto hasta aquí constituye el esquema general de estudio a partir del cual se llevará a cabo el análisis de la jurisprudencia en relación con las sentencias del inciso primero. En lo que atañe al inciso segundo, se aplicará el método estático.

Este esquema de análisis enfoca su atención en los modos legítimos o ilegítimos de examinar e interpretar sentencias judiciales, para ello hace una revisión de la sentencia en sus tres partes: hechos, consideraciones y decisión.

Fiel a su interés, el autor hace referencia al precedente judicial; así, los métodos de interpretación que propone constituyen razones legítimas o ilegítimas para seguir el precedente.

En cuanto a las técnicas legítimas, el Dr. López propone:

- **Obediencia al precedente:** “El juez debe, por regla general, aplicar la subregla constitucional vigente al caso análogo que le haya sido presentado”¹². Afirma también que no se trata de un deber absoluto, el valor del precedente es relativo, eso significa que es posible apartarse por motivos suficientes y razonables^{13 14}.

¹⁰ López Medina, 170-171.

¹¹ Ibid, 177.

¹² Ibid, 213.

¹³ Ibid, 213

Como partea técnica considera el autor la disanalogía fáctica, esto es que “los precedentes solamente deben ser aplicados a aquellos casos que los jueces deban resolver y que sean análogos a otro ya fallado”¹⁵.

- **Distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*:** En relación con esta técnica, el profesor López explica que no todos los apartados de una sentencia son “obligatorios”, así solo están cubiertos “con el valor de precedente aquellos apartes de la sentencia que constituyan su *ratio decidendi*”¹⁶.

Señala también que:

Todos aquellos razonamientos o elaboraciones que no constituyen la *ratio decidendi* en una sentencia pueden considerarse *obiter dictum*”. La expresión designa todos aquellos pasajes de las sentencias en los que, por la abundancia argumentativa propia del derecho jurisprudencial, se dicen cosas “de pasada o incidentalmente”¹⁷.

- **Cambio de jurisprudencia:** El autor explica que esta técnica exige dos condiciones; en primer lugar, “solo puede ser ejecutado por la propia corporación judicial que formuló la doctrina a revisar”¹⁸; en segundo lugar, “no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha reorientado el sistema jurídico de determinada manera”¹⁹. El cambio de jurisprudencia exige razones de peso.

En otro orden de ideas, se encuentran las técnicas ilegítimas, entre las que están la negación del valor general normativo de la jurisprudencia que se presenta cuando se niega el valor de

¹⁴ Es necesario tomar en cuenta que las afirmaciones hechas por el autor en torno a la doctrina del precedente relativo corresponden a una interpretación de la jurisprudencia de Colombia.

¹⁵ López Medina, 214.

¹⁶ Ibid, 219.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid, 262.

¹⁹ Ibid, 262.

los precedentes; la ignorancia, cuando el juez se aparta de la jurisprudencia porque no la conoce y, por último, la desobediencia, cuando a pesar de conocer el criterio decide no considerarlo²⁰.

El autor estima que el juez debe conocer y discutir la doctrina vigente, no puede negar, ignorar ni desobedecer los criterios de interpretación que esta ha señalado.

El método de análisis que propone el Dr. López Medina no busca de ninguna forma examinar o cuestionar la interpretación jurídica que hacen los jueces, sino que pretende una lectura en un nivel superior para conocer el comportamiento de la jurisprudencia.

Aun cuando se reconoce que este es el propósito de su método, advierte que los comentarios o notas sobre la conformidad o no de las interpretaciones jurídicas vertidas en relación con la existencia del delito estarán presentes en ese capítulo, pues a diferencia del escenario constitucional, en el penal es fundamental el apego al principio de tipicidad y, más exactamente, al principio de legalidad. Los elementos que confluyen en la determinación de una conducta delictiva difieren sustancialmente de aquellos que concurren para establecer la existencia de un derecho.

Estructura

Esta investigación está dividida en tres capítulos: en el primero se desarrollan los antecedentes históricos y legislativos vinculados a los incisos en estudio. En el segundo capítulo se examinan las categorías y elementos de los tipos penales y en el tercer capítulo se exploran los criterios asumidos en la jurisprudencia de la Sala Tercera.

²⁰ López Medina, 206.

Marco teórico

En los párrafos que siguen se explican las razones por las que se estima necesario revisar el tipo penal de estelionato en su descripción típica y desde la jurisprudencia de la Sala Tercera.

En primer lugar, es preciso reconocer que los conceptos construidos por y para el derecho penal son considerados –en general- por la comunidad jurídica²¹ categorías o fórmulas conceptuales idóneas para comprender y explicar la realidad a la cual se remiten²². Esa idoneidad es fruto de acuerdos más o menos expresos, por esa razón nada impide que exista una mejor forma de comprender esa realidad y, en ese caso, de explicarla.

El tipo penal que se estudia en el presente trabajo de investigación ejemplifica lo anterior, pues, según ha mostrado, no existen estudios dedicados a analizar cuidadosamente el tipo penal; alguno que haya ensayado otra explicación posible y quizá mejor sobre la realidad a la cual remite la figura penal.

La práctica que predomina en relación con este delito consiste en intentar interpretaciones jurídicas “creativas” cuando así lo requieren los intereses en un conflicto. Evidencia de que el estudio de tipos penales es una tarea académica bastante atípica.

De hecho cuando se estudia un tipo penal, el examen suele centrarse en aspectos técnicos, en la mayoría de los casos ni siquiera se realiza un escrutinio en retrospectiva para analizar las motivaciones fácticas que sustentaron o determinaron su regulación mediante ley, pues casi de manera automática se piensa: este o aquel delito tiene su origen en una conducta (dis) valiosa que el legislador se vio compelido a sancionar con una pena, para proteger a los ciudadanos y castigar a los infractores.

Esta es una apreciación básica y muy sesgada de cómo funciona la construcción de normas, ya que en la práctica convergen en ella procesos políticos y organizativos muy complejos,

²¹ Con dicho término se hace referencia a un grupo de personas que comparten el interés por el derecho y los problemas que a este atañen.

²² Vale aclarar que no todas las construcciones conceptuales asociadas al derecho están vinculadas a referentes de hecho.

aunque no precisamente muy sofisticados, que determinan el resultado normativo con el cual se puede contar.

En otras palabras, es deseable que los cuerpos de conocimiento y en especial los vinculados a normas de carácter penal sean revisados de forma constante, sin embargo, dicha tarea no es común. Una vez que un saber –como en este caso el penal- desarrolla o da forma a un conocimiento, este se transmite y algunas veces se critica de forma tímida, pero rara vez se evalúa. Este proceder respalda la falsa creencia de que en algunos “temas” todo está dicho.

En este punto es forzoso hacer hincapié en la relevancia que adquiere el conocimiento de la jurisprudencia de los tribunales, debido a que las resoluciones de los tribunales de casación inciden directamente en la forma en la que se comprenden, interpretan y aplican las categorías jurídicas asociadas al derecho penal. En ese sentido, desde la jurisprudencia se propicia una revisión periódica del conocimiento.

La importancia del análisis de la jurisprudencia la explica Rùthers en las siguientes líneas:

Un punto central en la observación teórico-jurídica tiene que concentrarse necesariamente en la práctica de interpretación de los tribunales. Ellos son los que otorgan al derecho una eficacia real -mucho más que las ponderaciones y postulados teóricos de la ciencia, e incluso a menudo más que el texto mismo de la ley²³.

En conclusión, el trabajo que se desarrolla en las páginas que siguen tiene como premisa fundamental la necesidad de reestudiar la figura penal, en las modalidades escogidas.

²³ Bernd Ruthers, Teoría del Derecho: Concepto, validez y aplicación del derecho, trans. Minor Salas (D.F, México: Ubijus, 2009), 35.

Marco conceptual de referencia

Gran parte del esquema teórico en el cual se apoya el trabajo encuentra respaldo en los conceptos que expone Dr. López Medina en su obra *El derecho de los jueces*²⁴.

Una de las nociones primordiales que desarrolla este autor en el texto es la línea jurisprudencial, él la define de la siguiente forma:

Una línea jurisprudencial es una idea abstracta. [...] una línea de jurisprudencia es una pregunta o problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer si existe un patrón de desarrollo decisional. El campo abierto que generan las dos respuestas extremas posibles hace que la línea sea, en sus extremos, bipolar²⁵.

Tomando en cuenta que el conflicto es el punto cardinal de la configuración de la línea de pensamiento jurisprudencial, es necesario señalar que el conflicto es la pregunta que el investigador intenta resolver –dar respuesta- mediante la identificación y la interpretación dinámica de varios pronunciamientos judiciales²⁶.

A partir de esta idea, el profesor subraya que la relevancia de utilizar esta técnica radica en que ella difiere de la tendencia conceptualista de análisis de jurisprudencia.

López Medina distingue en el análisis de la línea jurisprudencial en la modalidad de análisis dinámico de precedentes, varios tipos de sentencias que agrupa en sentencias importantes y no importantes; en ese entendido, corresponde en primer lugar el examen de la clasificación de las sentencias importantes.

²⁴ López Medina.

²⁵ Ibid, 141.

²⁶ Ibid, 147.

Ahora bien, los criterios a partir de los cuales se formula dicha clasificación están en relación directa con la importancia o el rol que desempeña cada resolución específica en la línea jurisprudencial.

La clasificación de las resoluciones es en realidad instrumental, en el tanto permite identificar la trascendencia de los fallos en la línea y, de esa forma, comprender la narrativa que a partir de ella se puede extraer.

Encabeza el grupo de las sentencias importantes la sentencia hito, la cual es aquella que tiene un peso estructural fundamental en la línea. La sentencia hito no es, sin embargo, una sola resolución, de hecho existen a su vez varios tipos de sentencias *hito*²⁷.

- **Sentencias hito fundadoras de línea:** Son las pronunciadas en periodos iniciales de actividad del órgano judicial. En palabras del profesor colombiano, son:

Sentencias a menudo muy ambiciosas en materia doctrinaria y, en las que se hacen grandes recuentos históricos y comparados (a falta de experiencia jurisprudencial local) de los principios y reglas relacionados con el caso en estudio. Son, por sus propósitos, sentencias eruditas, a veces ampulosas y casi siempre largas [...]²⁸

- **Sentencias hito consolidadoras de línea:** Son aquellas en las que el órgano trata de definir una *subregla* de derecho. En estas sentencias:

La Corte tiene un conocimiento más complejo de los intereses en juego y, por lo tanto, trata de llegar a optimizaciones más o maximizaciones de dichos derechos contrapuestos. Estas sentencias disminuyen en algo el vigor político de la jurisprudencia temprana, pero buscan construir balances constitucionales más maduros y estables entre intereses contrapuestos²⁹.

²⁷ López Medina, 161.

²⁸ Ibid, 164.

²⁹ Ibid, 161.

- **Sentencias hito modificadoras de línea:** Son aquellas en las que el órgano da paso a un cambio jurisprudencial³⁰.
- **Sentencias hito reconceptualizadoras de línea:** En estas sentencias el órgano revisa la línea en su conjunto y la afirma, aunque introduce una nueva teoría o interpretación que explica mejor el sentido general que ha mantenido la línea³¹.
- **Sentencia dominante:** Corresponde a la sentencia que contiene los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales la Corte resuelve un conflicto de intereses³².

Por su parte, en el grupo de las sentencias no importantes, se encuentran las siguientes:

- **Sentencias meramente confirmadoras de principio:** Son aquellas puras y simples aplicaciones del principio o de la *ratio decidendi*. Con este tipo de sentencias los jueces descargan su deber de obediencia al precedente³³.
- **Sentencias argumentativamente confusas o inconcluyentes:** Son las que pierden parte de su poder precedencial debido a la baja calidad de su argumentación o a las dificultades de identificación de la *ratio decidendi* que presentan³⁴.
- **Sentencias en exceso abstractas:** Son las que poseen numerosos *obiter dictum*³⁵ y poca relación con los hechos materiales del escenario constitucional que buscan resolver³⁶.

³⁰ Lopez Medina, 165.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid, 166-167.

³⁴ Ibid, 167.

³⁵ Ver: Diccionario de la lengua española, s.v. “obiter dictum”, accesado el 20 de julio de 2015, <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=%C3%B3biter%20d%C3%ADctum> . *Obiter dictum* es un argumento empleado en una resolución judicial sin relevancia para el fallo.

³⁶ Véase: López Medina, 167.

En relación con las citas anteriores, es imperioso aclarar lo siguiente:

En primer lugar, el autor no establece definiciones propiamente, son más bien características que identifican grupos de resoluciones.

En segundo lugar, la obra tiene como principal orientación el análisis de las sentencias constitucionales, por esa razón es común encontrar referencias a esta materia. No obstante, el método se utiliza para examen de la jurisprudencia relacionada con el delito de estelionato en la medida de lo posible.

Otras nociones de interés para la investigación son la de doctrina legal y precedente.

Explica el autor que la doctrina legal buscaba:

Obligar a los jueces inferiores a respetar el sentido o significado abstracto (esto es, sin relación a hechos concretos) que la Corte de Casación había dado a una disposición legal de manera constante. Se trataba pues, de un respeto conceptual al sentido fijado para la norma en varias sentencias³⁷.

Distingue la doctrina legal del precedente de la siguiente forma:

La disciplina del precedente difiere en formas muy importantes de la idea tradicional de jurisprudencia meramente indicativa contenida en la “doctrina legal”: bajo esta última las citas a casos anteriores tienden a ignorar criterios de analogía fáctica y a concentrarse más bien en la definición de conceptos jurídicos hecha en sentencias anteriores; en consecuencia, cada caso nuevo parece decidirse de conformidad con la ley o al concepto jurídico anteriormente definido con baja sensibilidad a la fuerza gravitacional de fallos anteriores análogos por sus hechos y circunstancias; finalmente, esta concepción de la jurisprudencia permite cambios frecuentes de criterio sin que se defina o discuta la doctrina jurisprudencial fijada en casos análogos³⁸.

³⁷ López Medina, 10.

³⁸ Ibid, 110-111.

Hasta aquí se han expuesto algunos de los principales conceptos que servirán de punto de apoyo a la investigación, específicamente en lo que atañe al desarrollo del tercer capítulo.

Capítulo I

Antecedentes históricos vinculados al inciso primero del artículo 217 del Código Penal costarricense

Es indispensable que el derecho penal rastree los orígenes ideológicos de los tipos penales y de otros límites, porque con frecuencia provienen del arrastre legislativo y se ha perdido la memoria de su gestación originaria, con frecuencia en países lejanos.

E. Raúl Zafaroni

Sección I

I.I. Introducción

Este apartado del trabajo es de corte descriptivo y tiene por meta presentar los principales aspectos históricos relativos al delito en estudio, con el propósito de rastrear sus orígenes. Para lograrlo, se hará un repaso desde Roma a la actualidad, el cual no pretende el rigor metodológico exigido por los estudios históricos, por cuanto el interés no consiste en *hacer historia del estelionato*, sino en escudriñar -hasta donde sea posible- el conflicto que ha sido motivo y eje de este delito a través de los textos normativos que lo han contemplado.

El estudio de los orígenes normalmente se asocia a una mejor comprensión del presente. Dicha idea constituye una especie de verdad socialmente aceptada, aunque lo cierto es que en la práctica dista mucho de eso.

En realidad el estudio de los antecedentes históricos cobra valor en la medida en que permite intentar otras formas de análisis, como pueden ser el examen de las tensiones temporales y su influencia en el presente, la construcción de esquemas de diferencias y semejanzas, el análisis del cambio en los procesos históricos, entre otras³⁹; pero no porque posibilite comprender el presente.

Con esta idea como premisa, de seguido se exponen los principales antecedentes de la figura delictiva, en lo que interesa a este trabajo.

³⁹ Véase: Joaquim Prats Cuevas, *Didáctica de la geografía, la historia y otras C. Sociales*, (España, Barcelona: Ed. Graó, 2011).

I.II. El estelionato en su redacción actual

El Código Penal costarricense vigente establece en el numeral 217⁴⁰:

Se impondrá la pena señalada en el artículo anterior⁴¹, según la cuantía de lo defraudado, en los siguientes casos:

1) Al que recibiendo una contraprestación, vendiere o gravare bienes litigiosos, o bienes embargados o gravados, callando u ocultando tal circunstancia;

2) Al que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente a éste, acordados a otro por un precio o como garantía, ya sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo;

3) Al dueño de una cosa mueble que privare de ella a quien la tenga legítimamente en su poder, o la dañare o inutilizare, frustrando así, en todo o en parte, el derecho de otro. La misma pena será aplicable al tercero que obre con asentimiento y en beneficio del propietario; y [sic] 4) Al deudor, depositario o dueño de un bien embargado o pignorado que lo abandone, deteriore o destruya, con ánimo de perjudicar al embargante o acreedor, o que, después de prevenido, no lo presente ante el juez.

Como se aprecia, la redacción vigente cuenta con cuatro incisos. En este trabajo solo se examinan antecedentes, dogmática y jurisprudencia en relación con los incisos 1) y 2), la versión clásica de la figura y la conocida en el contexto argentino como “desbaratamiento de derechos acordados”.

La descripción del estelionato ha pasado a lo largo de su historia por modificaciones sustanciales, pese a ello la legislación conserva la esencia del ilícito (en el inciso primero).

⁴⁰ Asamblea Legislativa, “Ley 4573: Código Penal del 04 de mayo de 1970”: 217, Sinalévi, accesado 30 junio, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=98548&strTipM=TC

⁴¹ Ibid, 216.

Esto se explica porque el derecho, entendido como un conjunto de normas, es el resultado de convenciones y estas por su parte son la consecuencia de coyunturas políticas, sociales y económicas diversas.

En un escenario distinto están los otros tres incisos, al no ser posible rastrearlos en el derecho romano. Uno de ellos fue incorporado por herencia del Código Penal de Guatemala y los otros dos por reformas promovidas en el quehacer legislativo nacional.

En lo que interesa, los antecedentes históricos relacionados con la modalidad clásica de estelionato, según lo señala el inciso primero del tipo penal de comentario, se describen a continuación.

I.III. El estelionato en el derecho romano

1) *Crimen falsis, furtum y stellionatus*

En el derecho romano los comportamientos fraudulentos podían perseguirse mediante la *actio doli*, que era una acción de carácter civil destinada únicamente para los casos donde la astucia fuera grande y evidente “*magna et evidens calladitas*”⁴².

Además, estaba el *furtum*, que según expone el profesor de Sevilla Candil Jiménez, abarcaba varias formas de agresión al derecho prendario, como los casos en los cuales el deudor despojaba al acreedor prendario, quien tenía derecho a poseer la cosa hasta la extinción del crédito garantizado, o frente al poseedor de buena fe que tenía derecho a no ser desposeído más que judicialmente, entre otros casos⁴³. El mismo autor resalta que el elemento subjetivo que prevalecía en este era la intención de lesionar el derecho prendario.

⁴² Véase: Jesús Zamora Pierce, “El fraude: Historia de la legislación sobre el fraude”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 178-179-180 Julio – Diciembre (1991): sección legislación extranjera, párr. 2. accesado julio 6, 2015, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/178/dtr/dtr10.pdf>

⁴³ Véase: Francisco Candil Jiménez, “En torno al *furtum possessionis*”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 33, No. 2, (1980): sección historia y concepto, párr. 1, accesado julio 6, 2015, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46168>

Por otro lado, estaba el *falsum* que, de acuerdo con Tolomei, alcanzaba “una serie de acciones engañosas, como el uso de nombre falso, la simulación de calidades con fines defraudatorios, la venta a diferentes personas de la misma cosa” (citado por Castillo)⁴⁴.

Bajo el nombre de *falsum* se ordenaron una serie de hechos en cuyo origen se encuentra en la *Lex Cornelia de falsis* que inicialmente castigaba la falsificación testamentaria y de monedas, con el paso del tiempo sus alcances se extendieron y así establecieron el concepto genérico del *falsum*. El denominador común de estos comportamientos era el engaño.

La principal limitación del *falsum* provenía de su condición de crimen público, pues en virtud de ella su alcance estaba restringido a las conductas que afectaban los intereses públicos.

Pugliese (citado por Moncayo) explica que “el contenido de la *Lex Cornelia de falsis* se amplió durante el Principado por exigencias inherentes, no al nuevo orden de intereses del Estado, sino al desarrollo de la economía y al correspondiente desarrollo del derecho privado”⁴⁵.

Posteriormente, en el segundo siglo de la era cristiana aparece el *stellionatus*, en la época imperial, durante el Gobierno de Antonino Pío⁴⁶.

De acuerdo con los registros, su desarrollo más importante se produjo en el último tercio del Principado, en la última parte del siglo III, cuando llegaba a su fin esta forma de gobierno. Establecer con exactitud la fecha de su nacimiento es tarea demasiado

⁴⁴ Francisco Castillo González, *El delito de estafa*, 2da ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2013), 26.

⁴⁵ Socorro Moncayo Rodríguez, “El delito de falsedad en el Derecho Romano”, *Revista Letras jurídicas*, No. 2 julio-diciembre (2000): sección Ampliación del contenido a través de los Senadoconsultos; Liboniano, Mesaliano y Geminiano, párr. 1, accesado julio 6, 2015, <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/2/moncayo2.pdf>

⁴⁶ Véase: Carlos Humberto Reyes Mónico, “Estelionato” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1980).

pretenciosa, sin embargo, Rosa Mentxaka⁴⁷ sostiene que a partir del estudio de fragmentos - de textos- de juristas clásicos tardíos como Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino, es posible señalar el siglo III como la época en la que se desarrolla la figura, ya que la mayoría de las fuentes datan justamente de ese siglo.

El *stellionatus* surge como un crimen extraordinario orientado a la protección del acreedor pignoraticio, de aquel que recibía una garantía por el crédito que otorgaba; aunque como se verá más adelante, no se limitaba a eso. Al tratarse de un crimen extraordinario, no era posible encontrarlo en la legislación de la época (las doce tablas)⁴⁸.

Los hechos o las conductas susceptibles de encontrar condena por este *crimen* fueron determinados poco a poco por los pretores y se referían a diversas conductas que atacaban la propiedad, de allí que se afirme que el origen del delito es jurisprudencial⁴⁹. Fue la labor pretoriana la que sentó sus bases; cuando los pretores conocían un caso buscaban una solución que les permitiera atender el reclamo de los acreedores y al no contar con previsión de las conductas en las leyes, las respuestas que estos proporcionaban a los conflictos iban dando forma al crimen.

Esta forma de proceder encuentra respaldo en la afirmación de Mommsen sobre la función de los pretores en la época: “Los derechos y facultades del pretor civil romano eran más amplios que sus obligaciones”⁵⁰.

Un hecho que en buena medida favoreció el desarrollo del *stellionatus* en la época del Principado fue el uso generalizado de la prenda como forma de garantía, pues los problemas en relación con esta aumentaron.

⁴⁷ Véase: Rosa Mentxaka Elexpe, “Stellionatus”, *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, Volumen No. XXX (1988): 327-328, accesado julio 6, 2015, <http://www.academia.edu/1023618/Stellionatus>

⁴⁸ Ibid, 279.

⁴⁹ Ibid, 328-329.

⁵⁰ Christian Matthias Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, (Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1991), 425.

Sumado a esto, la prenda adquirió el carácter de verdadera garantía real “cuando el pretor protegió al acreedor pignoraticio de la perturbación o la desposesión de la cosa por parte de terceros o del propio deudor, mediante interdictos que le permitieran seguir conservando la cosa en su poder”⁵¹.

Además de extraordinario, el crimen tenía la condición de subsidiario, al castigarse por estelionato las conductas fraudulentas que no tuvieran un supuesto definido en la ley, según refiere Castillo⁵². A pesar de esto, la delincuencia se manifestaba con regularidad.

Robles explica que el delito acaecía cuando el deudor enajenaba una cosa que previamente había sido obligada a favor de otro o en el caso de mercancías que podían servir de medio de garantía, sustrajera al posible acreedor o se estropeara adrede para impedir el beneficio de este⁵³.

Otros autores se afanan menos en precisar los supuestos y se refieren al *stellionatus* de manera general, como lo hace Zamora Pierce, quien afirma que por este crimen se sancionaba multitud de hechos cometidos en daño de la propiedad, los cuales “fluctuaban entre la falsedad y el hurto, participando activamente de las condiciones de la una y del otro sin ser propiamente ni lo uno ni lo otro”⁵⁴.

La afirmación del Dr. Zamora en general es lugar común de acuerdos en doctrina debido a que el comportamiento ataca injustamente la propiedad ajena mediante el uso de engaños,

⁵¹ María del Refugio González Domínguez, “Génesis y evolución de la prenda y la hipoteca en el derecho romano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 40 enero-abril (1981): sección antecedentes y evolución del pignus, párr. 3, accesado julio 6, 2015, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/40/art/art5.pdf>

⁵² Castillo González, 28.

⁵³ Véase: Luis Mariano Robles Velasco, “El artículo 1862 del Código Civil Español y el delito de *stellionatus* en la *conventio pignoris*”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario del Colegio Nacional de Registradores de la propiedad*, Volumen LXXXI núm.688 Marzo-Abril (2005): p. 7, párr. 1, accesado julio 6, 2015, <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/24076/1/Art.%201862%20Y%20DELITO%20STELLIONATUS%20RCDI.pdf>

⁵⁴ Jesús Zamora Pierce, “El fraude: Historia de la legislación sobre el fraude”: sección legislación extranjera, párr. 2.

caracteres propios de la falsedad y el hurto, los cuales se hacen evidentes en los supuestos que originalmente fueron tratados como estelionato.

2) Un intento por conceptualizar el delito

Una de las mayores dificultades que presenta el *stellionatus* es la de establecer una definición, incluso a partir de lo expuesto no resulta posible ofrecer una descripción única del delito. Aunque la labor es indispensable como punto de partida.

La denominación del ilícito proviene de un reptil, el *stellion*, animal que podía adoptar colores indefinibles frente a los rayos del sol, modificando de forma astuta su apariencia. De ahí que el nombre era un claro reflejo de la forma en la que se percibían las conductas juzgadas bajo este crimen⁵⁵.

En su trabajo sobre esta figura, Mentxaka organiza los supuestos de hecho que daban lugar al *stellionatus* en dos grupos; por un lado, los relacionados con el derecho de prenda y, por otro, los que no se vinculaban con este. A efectos de contar con un panorama más claro, en adelante se mencionan y explican someramente tales supuestos:

- a. Cuando se entregaba en prenda un objeto por otro, como podía ser entregar bronce por oro.
- b. Cuando se entrega en prenda un objeto ajeno o uno ya pignorado (afectado como garantía).
- c. La venta, permuta o dación en pago de una cosa ya obligada a otro, sustitución, hurto o deterioro de mercancías ya gravadas.
- d. Cuando el deudor pignoraticio interpone a un tercero como acreedor preferente, para defraudar al acreedor pignoraticio⁵⁶.

⁵⁵ Véase: Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal: Parte Especial, Tomo II-B, (Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001), 257.

⁵⁶ Mentxaka Elexpe, 329-330.

El primer supuesto lo examina a partir de un fragmento del comentario de Ulpiano a Sabino en el Libro Cuadragésimo, en el cual el jurista romano señala que quien al momento del negocio entrega un objeto diferente al acordado, siempre configura el derecho de prenda, pues lo cierto es que se produce un acuerdo en relación con la cosa, no obstante, su conducta puede ser objeto de *stellionatus* y de acción pignoraticia contraria⁵⁷.

La acción pignoraticia contraria era una acción de carácter civil que le permitía al acreedor reclamar los gastos en que había incurrido, o bien, los daños que la cosa le había producido mientras la había mantenido en su poder⁵⁸.

La conducta que da lugar a la acción por *stellionatus* en este caso surge del engaño que propicia el deudor sobre el objeto que funge como garantía. El engaño como tal no configuraba el crimen, sino aquel que luego se traducía en un perjuicio para el acreedor, al poder ocurrir que el deudor entregara un objeto por otro como garantía, pero cumpliera con el pago del crédito, en cuyo caso no se producía ninguna lesión al patrimonio del prestamista.

⁵⁷ Mentxaka Elexpe, 280.

⁵⁸ Véase: Bernard Mainar, Rafael, 2006. *Derecho Romano: curso de derecho privado romano*, accesado julio 6, 2015, <https://books.google.co.cr/books?id=txvGS5FJPP0C&pg=PA438&dq=Actio+pignoraticia+contraria&hl=es&sa=X&ñei=YdvSU5fYKfXNsQSs34GgCg#v=onepage&q=Actio%20pignoraticia%20contraria&f=false>

El texto de Ulpiano referido confirma lo señalado en las primeras líneas en cuanto a la existencia de acciones en el ámbito civil vinculadas a la persecución del comportamiento delictivo en estudio. También, permite traer a colación un aspecto muy importante en relación con *origen* del crimen, el cual es que el *stellionatus* surge como una acción subsidiaria por causa de injusticias en el procedimiento civil y después se traslada al campo penal, tal como lo advierte Mommsen:

Ninguna ley dispuso que la acción privada por causa de fraude punible, es decir, por causa de bribonadas (*stellionatus*), fuese trasplantada al derecho penal; la traslación se hizo naturalmente, en virtud de las mismas relaciones de correlación existentes entre el delito propio del derecho civil y el propio del derecho penal. Quienes verificaron el cambio fueron, pues, la doctrina y la práctica de los tribunales [...]. Como la acción privada de *stellionato* era auxiliar y subsidiaria en el procedimiento civil, la acción criminal era auxiliar y subsidiaria en el procedimiento acusatorio⁵⁹.

Lo referido por Mommsen cobra importancia porque las referencias presentadas hasta aquí sugieren que el *stellionatus* era un delito, propio del campo penal, cuando en realidad no pertenecía a los juicios públicos ni a las acciones privadas; era más bien un crimen extraordinario, originado por la aplicación de la *cognitio extraordinem*, procedimiento cuyas características se revisarán en el próximo apartado⁶⁰.

El segundo supuesto lo extrae la autora del comentario de Paulo al Edicto que se recoge en libro 29, el cual se vincula con la noción de estelionato que se mantiene vigente en el inciso 1), al referirse al caso en que el deudor entrega en prenda un objeto ajeno o ya pignorado. En este caso, el fraude surge porque el acreedor es engañado sobre la condición del objeto que recibe como garantía de su crédito y cuando se dispone a ejecutarla, se encuentra con que esta no existe porque el bien es ajeno o no puede cubrir su crédito porque está afectado previamente a otro.

⁵⁹ Theodor Mommsen, 426.

⁶⁰ Véase: Mentxaka Elexpe, 302.

Se trata al igual que en el primer caso de un engaño sobre la condición del objeto; sin embargo, en el primero, el engaño se produce en relación con una condición “material” (composición del objeto), mientras que en el segundo es respecto a una condición “jurídica” (propia o ajena, libre o gravada). Ambos producen una lesión en el patrimonio del acreedor, quien al momento de reclamar la garantía se percata de la condición real del bien.

El engaño ocurre debido a que el acreedor solo puede conocer del gravamen anterior si el deudor se lo advierte, de no ser así no cuenta con medios para acceder a esa información, de ahí que la figura se construye sobre la obligación del deudor de brindar esa información y sanciona la falta a ese deber.

El tercer supuesto constituye una especie de norma especial en cuanto al segundo, al castigar los negocios jurídicos que realiza el deudor en relación con la cosa que previamente ha sido pignorada, con lo cual extiende el alcance del supuesto b) y abarca una gran variedad de acciones, cuando son aprovechadas para perjudicar al acreedor y, por ende, limitar las posibilidades de satisfacer el crédito.

El interés por expandir el ámbito de protección en alguna medida quedó estancado en la ambigüedad de los supuestos.

El cuarto supuesto que daba lugar al crimen, también relacionado con la protección del acreedor pignoraticio, presentaba una particularidad, pues el engaño no consistía en ocultar información al pactar la prenda, sino que la acción se producía en forma posterior, cuando el deudor introducía un acreedor preferente con el propósito de trabar embargo y hacer nugatorios los derechos del acreedor⁶¹.

El hecho era considerado *stellionatus* debido a la intención fraudulenta (elemento subjetivo) de perjudicar al acreedor que se desprendía del proceder del deudor. Hoy esta conducta se corresponde con el fraude de simulación (artículo 218 del Código Penal), en uno de los supuestos vigentes. Lo anterior porque para lograr su objetivo, el deudor necesitaba la colaboración de quien debía pasar por acreedor preferente, por lo cual se trataba de una delincuencia bilateral.

⁶¹ Véase: Mentxaka Elexpe, 326.

Dos aspectos en común de los supuestos de hecho presentados eran el engaño, el cual se cometía mediante astucias diversas, y el perjuicio patrimonial.

Adicionalmente a los supuestos referidos, Mentxaka recoge en el segundo grupo (supuestos no vinculados al derecho de prenda): la ocultación de mercancías, el engaño o la colusión en perjuicio de terceros y el caso del acreedor que cobraba dos veces o recibía una suma que no había entregado⁶².

La posibilidad de reclamar responsabilidad por este crimen ofrecía una respuesta a un problema grave que ocurría en la época, el cual era la práctica común de los deudores de defraudar a los acreedores prendarios; con el reconocimiento del hecho como crimen se establecía la prohibición de volver a entregar en garantía las cosas gravadas como si estuvieran libres⁶³. El asunto medular no era, sin embargo, gravar varias veces un bien, pues tal acción era legalmente posible si el valor del bien permitía cubrir varias obligaciones, sino el hecho de ocultar el gravamen que pesaba sobre el bien, induciendo a error al nuevo acreedor acerca de la condición del bien y disminuyendo el alcance de la garantía prometida o haciéndola nula.

A pesar de que buena parte de los representantes de la doctrina coinciden en indicar que el origen y desarrollo de la figura tiene lugar en el derecho romano, es necesario hacer un paréntesis en este punto, a efectos de revisar lo que pudiera ser el antecedente del *stellionatus* en el derecho griego.

Existía en el antiguo derecho griego un principio llamado *Anepafia*, en virtud del cual “un propietario de una cosa no podía volver a utilizarla como medio de garantía, incluso aunque le perteneciera mientras estuviera sujeto al derecho de reclamación de otro”⁶⁴. Según

⁶² Véase: Mentxaka Elexpe, 330.

⁶³ Véase: Luis Mariano Robles Velasco, “El artículo 1862 del Código Civil Español y el delito de *stellionatus* en la *conventio pignoris*”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario del Colegio Nacional de Registradores de la propiedad*, Volumen LXXXI, No.688 Marzo-Abril (2005): p.4, párr. 5, accesado julio 6, 2015, <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/24076/1/Art.%201862%20Y%20DELITO%20STELLIONATUS%20RCDI.pdf>

⁶⁴ Luis Mariano Robles Velasco, “Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria: el problema de la pluralidad de créditos en el derecho griego antiguo”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario del Colegio Nacional de*

Robles Velasco, este principio en su traslación al *pignus* del derecho romano implicaba la prohibición de volver a constituir garantía sobre la cosa si ya estaba gravada, prohibición sancionada en el derecho romano a través del *stellionatus*.

La relación entre estas figuras no está del todo clara, incluso no se puede afirmar con certeza que el principio griego haya determinado o influenciado el nacimiento del crimen romano, pese a la estrechez existente entre las figuras, aunque, para algunos representantes de la doctrina, como Robles Velasco, no cabe duda de la influencia del principio de la anepafia⁶⁵.

En el derecho griego las formas de garantía real eran el *enechryron* y la *praxis epi lysei*, en la primera se entregaba la posesión del bien mueble o inmueble al acreedor, mientras que en la segunda el acreedor se convertía en propietario de la cosa hasta que se cumpliera el pago del crédito⁶⁶. Además, estaba la *hypothêkê*, la cual, de acuerdo con Paoli, era una especie de cláusula añadida al *enechryron* en la que se autorizaba al deudor a conservar la posesión sobre los bienes de forma similar al *pignus conventum*⁶⁷.

Por otro lado, en el derecho romano estaban la *fiducia*, el *pignus* y la *hipoteca*. La *fiducia* consistía en la transmisión de la propiedad de una cosa como garantía del cumplimiento de una obligación; luego estaba el *pignus* que podía ser *pignus datum*, la prenda en sentido

Registradores de la propiedad, No. 670 de mayo-junio (1997): sección El principio de la anepafia y el delito de estelionato, párr. 1, accesado julio 6, 2015, <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/24074/1/RCDI%201996ORIGEN%20PLURALIDAD%20D%20GRIEGO.pdf>

⁶⁵ Véase: Luis Mariano Robles Velasco, “La práctica comercial marítima y su influencia en las formas de garantía”, *El derecho comercial, de Roma al derecho moderno, IX Congreso Internacional, XII Iberoamericano de Derecho Romano: Las Palmas de Gran Canaria, 1, 2 y 3 de febrero de 2006*, Volumen II, (2007): sección 2 La cuestión de la posible influencia de estas formas de garantía en el derecho romano posterior, párr. 2, accesado julio 6, 2015, http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LuisMarianoRoblesVelasco.pdf

⁶⁶ Véase: Robles Velasco, “Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria: el problema de la pluralidad de créditos en el derecho griego antiguo”, sección A.1. La pluralidad de créditos y las formas antiguas de garantía real en el derecho griego, párr. 2.

⁶⁷ Véase: Robles Velasco, “La práctica comercial marítima y su influencia en las formas de garantía”, sección 1.A.3. La *hypothêkê*, párr.1-2.

estricto o *pignus conventum* (la hipoteca), en la cual no se producía el desplazamiento de la posesión⁶⁸.

El desarrollo y evolución de las garantías reales en el derecho griego estuvo estrechamente vinculado al comercio marítimo, por la necesidad de contar con créditos que permitieran la actividad comercial. Así el contexto económico requería que se posibilitara el libre desplazamiento de las cosas aunque estuvieran gravadas y al mismo tiempo sin que ello representara un riesgo para el cumplimiento del crédito, de forma que el deudor contara con los medios para participar en la práctica comercial.

Con el fin de lograrlo, era imprescindible que el deudor conservara “la disponibilidad de la cosa y al mismo tiempo estuviera sometido a una especial coacción psicológica y jurídica que le impidiera volver a constituir una garantía sobre una cosa que estuviera ya gravada”⁶⁹. De esta forma surge el principio *Anepafia*, con el propósito de evitar una práctica nociva para el comercio, la cual era justamente la pluralidad de gravámenes.

La pretensión de los juristas romanos con la sanción del *stellionatus* era proteger al acreedor pignoraticio, mientras que el principio griego tenía como finalidad primordial facilitar el comercio y en especial el marítimo, en torno en el cual se gestaba la economía de la época. Obsérvese que, por un lado, requerían la facilidad de los créditos, pero al mismo tiempo no podían brindar garantías que les hicieran prescindir de las herramientas de trabajo.

A diferencia de los derechos reales, las garantías reales no tienen como fin el goce de los bienes, sino que estos fungen como la garantía de la obligación, no son derechos sobre la cosa, sino derechos a la cosa, ya que solo pueden requerirse en caso de incumplimiento del deudor.

⁶⁸ Véase: María del Refugio González Domínguez, “Génesis y evolución de la prenda y la hipoteca en el derecho romano”, sección III. Fiducia-IV. Pignus, párr. 1.

⁶⁹ Robles Velasco, “La práctica comercial marítima y su influencia en las formas de garantía”, sección 1.B Dificultades de la evolución y desarrollo de estas formas de garantía, párr. 2.

3) La dimensión procesal

Un aspecto que es ineludible examinar en relación con el crimen objeto de estudio es justamente el procesal. No solo por las particularidades de la figura en sus inicios, como ya se ha visto, sino porque sus cimientos tienen lugar justamente en el proceso.

Para juzgar las conductas por estelionato, era preciso acudir al procedimiento extraordinario (*cognitio extraordinem*), procedimiento que también florece durante el Principado de la mano de Octavio y que con el paso del tiempo se consolidó de tal forma que llegó a sustituir el procedimiento anterior (formulario). Entre sus características más importantes, se encuentran las siguientes:

- 1º) Es un procedimiento que se desarrolla en una única fase, es decir, ante un magistrado que al mismo tiempo actúa también de juez.
- 2º) Se unifica en este procedimiento la jurisdicción civil y penal.
- 3º) Desaparece la fórmula y la actio y la exceptio pierden su significado original para convertirse en formas de pedir protección jurídica mediante el escrito de demanda en donde debe incluir las pruebas que quiera hacer valer.
- 4º) Las sentencias pueden ser impugnadas mediante un recurso de apelación ante un superior jerárquico⁷⁰.

De estas cualidades destacan la unificación de las vías y la posibilidad de apelar la sentencia, porque los órganos que tenían el poder de decidir eran otros, ya no era el juez romano quien conocía el asunto, ahora los encargados eran los gobernadores de provincia, el senado, tribunales imperiales, entre otras autoridades⁷¹. Sin embargo, no era lo mismo que la decisión la tomara un juez o un pretor, por eso adquiere sentido el control vertical de

⁷⁰ María Eva Fernández Barquero, “Procedimiento civil romano”, *Repositorio Institucional de la Universidad de Granada*, (2013): sección Protección de los derechos: la acción,-Los periodos históricos del procedimiento romano, párr. 15-1, accesado julio 6, 2015, <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/27353/1/PROCEDIMIENTO%20CIVIL%20ROMANO.pdf>

⁷¹ Véase: Mentxaka Elexpe, 329.

las decisiones. Aunado a esto, el poder de decisión era muy amplio, tanto que les permitía crear nuevos delitos e imponer las penas que estimaran pertinentes, las cuales no debían ser pecuniarias, podían referirse a todo tipo de prestaciones⁷².

Las penas que se imponían al condenado por *stellionatus* estaban vinculadas a su condición social, así los humildes eran sancionados con trabajos en las minas y a los de alta clase se les castigaba con el exilio⁷³.

El *stellionatus* era una acción subsidiaria que el pretor concedía por causa de injusticia, que se trasladó del derecho civil al derecho penal por la práctica de los tribunales. El cambio o transferencia no operó a nivel estrictamente sustantivo, sino a nivel procesal, con razón Mentxaka afirma que el estelionato es un delito nacido de la aplicación de la *cognitio extra ordinem* (procedimiento extraordinario)⁷⁴.

Para activar el procedimiento extraordinario, era necesario que el ofendido presentara la denuncia, la cual se ponía en conocimiento del demandado mediante la *litis denuntiatio*, un acto oficial; luego se realizaba un acto ante la autoridad en la cual las partes manifestaban lo que les convenía o pretendían y así surgía la *litis contestatio*; por último la sentencia, que como se indicó antes no tenía que ser pecuniaria⁷⁵.

En este breve repaso por los orígenes del estelionato romano se ha hablado de delito, crimen e ilícito sin hacer ninguna distinción, no obstante, tales términos involucran contenidos diversos y objeto de importantes discusiones. Por eso interesa aclarar, a efectos prácticos, que con esos términos se alude al comportamiento criminal de interés (constitutivo de *stellionatus*), al tener la noción de delito “moderna”, o mejor dicho vigente, un alcance distinto en el derecho romano. La realidad social; condiciones económicas y

⁷² Padilla Sahagún, Gumesindo. 2008. Derecho romano, accesado julio 6, 2015, http://www.academia.edu/8830782/185310384-Derecho-Romano-Gumesindo-Padilla-Sahagun_1_

⁷³ Mentxaka Elexpe, 329.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Véase: Mentxaka Elexpe, 144.

políticas, construcciones teóricas, entre otras, condicionan la idea de *delito* que subyace a la exposición de las líneas que anteceden.

4) Síntesis

1. El estelionato surge en el derecho romano como un crimen subsidiario y extraordinario, los hechos que posibilitaban la configuración de este crimen eran diversos.
2. Uno de los supuestos de hecho era la prohibición de dar en garantía bienes gravados como si estuvieran libres.
3. Las causas de su origen no están del todo claras, pero es un *hecho* que su objetivo era ampliar el espectro de protección del acreedor pignoraticio.
4. Para juzgar un hecho por este crimen, debía acudirse al procedimiento extraordinario, también surgido en la época imperial. La sentencia dictada podía apelarse y la pena por imponer dependía de la condición social del acusado.
5. La principal referencia del estelionato en el derecho griego proviene del principio de Anepafia, según el cual el propietario no podía utilizar el bien como medio de garantía mientras existiera posible reclamación de otro.

I.IV. El estelionato en el derecho medieval

Sobre esta época hay basta literatura, una parte dedicada a enaltecer los aportes y otra, no menos importante, a criticar el retroceso que operó en muchas materias. Por esa razón, será fácil encontrar mucha producción en relación con unos temas y casi ninguna respecto a otros. Uno de esos temas que carece de atención en el estudio del derecho medieval es el estelionato.

Por esa razón, lo apuntado por juristas seis décadas atrás continúa siendo el material que una y otra vez se invoca para explicar lo acontecido en cuanto a esta figura, en consecuencia será ese material el que se expondrá en las siguientes líneas.

Los documentos que hablan sobre estelionato no hacen especial desarrollo y los pocos juristas que han emitido criterio al respecto se limitan a señalar la confusión que se produjo entre los conceptos de fraude y falsedad en la Edad Media. Esta confusión hizo que la definición de estelionato formada en el derecho romano variara significativamente. En relación con esta confusión, Donna explica, citando a Finzi, lo siguiente:

La doctrina crea un nuevo falsum, en el cual también se incluyeron los casos de fraude patrimonial, por consiguiente, el estelionato pasó a ser un delito subsidiario, empero se confundieron las dos figuras y el estelionato medieval se diferenció en forma notable del romano y de la estafa actual. Los estatutos y las constituciones italianas reprodujeron los errores de la doctrina; en el derecho canónico sólo se encuentra alguna que otra disposición relativa a casos auténticos de fraude, e incluso en algunas imponían la excomuni3n. En el derecho germánico había una confusi3n frecuente entre la falsedad y el fraude⁷⁶.

Por otra parte, Castillo sostiene que la confusi3n se produjo porque los juristas medievales estimaron que la *“falsedad era simplemente el medio de comisi3n de la estafa”*^{77 78}. Consecuencia de esta confusi3n se incluyeron nuevos supuestos -conductas que lesionaban el patrimonio- como formas de estelionato.

La diferencia entre falsedad y fraude se produjo en el seno de la ciencia alemana en el siglo XIX, con el paso del tiempo se fueron estableciendo los límites del estelionato romano⁷⁹.

⁷⁶ Donna, 257.

⁷⁷ Castillo González, 29.

⁷⁸ El término estafa en este caso hace referencia al estelionato.

⁷⁹ Donna, 258.

Carrara (citado por Finzi) explica que la distinción era con el hurto y la falsedad. Señala que el delito de estelionato posee características de ambas figuras, pero que no es posible calificarlo como hurto porque la posesión que se adquiere de la cosa se logra mediante el consentimiento del dueño y tampoco falsedad, porque la verdad que se modifica es esencialmente ideológica⁸⁰.

Un tema de mucha importancia respecto al estelionato y no presentado aún lo plantea el profesor Porras Arboledas cuando explica la práctica existente en el derecho medieval al producirse la transmisión de la propiedad. Según refiere, la transacción se ponía en un documento en el cual se establecía que el vendedor se daba por pagado de precio convenido y entregaba todos los documentos que tenía en su poder, vinculados al inmueble⁸¹.

Estas previsiones las tomaban las partes en la época porque no había registros en los que pudieran informar el traspaso de propiedades, circunstancia que generaba mucha inseguridad en el comercio, pues perfectamente se podía vender el bien a dos o más personas, ya que los mecanismos para verificar la titularidad del vendedor eran casi inexistentes.

Aunque la referencia es escueta, este era uno de los problemas que alentaba la comisión del estelionato, debido a que la inexistencia de controles para comprobar quiénes eran los propietarios “reales” o “actuales” facilitaba al deudor ocultar la información al acreedor. A pesar de eso, el desinterés de los gobernantes por llevar registros de los movimientos que tenían los propietarios fue la constante hasta que Carlos III introdujo el Oficio de Hipotecas en el siglo XVIII^{82 83}.

⁸⁰ Donna, 258.

⁸¹ Véase: Pedro Andrés Porras Arboledas, “La documentación del derecho de propiedad y el delito de estelionato: Castilla, Siglos XV-XVIII” *Cuadernos de Historia del Derecho, Volumen extraordinario (2004): sección Planteamiento general*, párr.1, accesado julio 6, 2015 <http://revistas.ucm.es/index.php/CUHD/article/view/CUHD0404330249A/19694>

⁸² Véase: Porras Arboledas, “La documentación del derecho de propiedad y el delito de estelionato”, *sección Planteamiento general*, párr.1.

⁸³ Nota: La ley hipotecaria de 1865, en virtud de la cual se organiza el Registro Público en Costa Rica, tiene como referente la Ley Hipotecaria Española de 1861.

Porras explica la problemática que supuso esta práctica en el siglo XVI en España y las medidas empleadas para paliar los efectos que tenían en la economía. Una de las primeras fue la adoptada por las Cortes de Madrid de 1528, de acuerdo con la cual los propietarios de bienes gravados que quisieran imponer un nuevo censo debían declararlo, de no hacerlo eran sancionados con el pago⁸⁴.

Como la problemática permanecía vigente, los procuradores de las Cortes de Toledo de 1538-1539 volvieron a pedir medidas. La respuesta fue el establecimiento en cada localidad de un “libro-registro de los contratos que llevasen aparejados censos, tributos, imposiciones e hipotecas”⁸⁵; además, se dispuso que los contratos debían inscribirse en un plazo y de no hacerlo, no producían ningún efecto en relación con terceros; asimismo la obligación de los registradores de dar fe sobre la condición de los inmuebles, es decir, si tenían o no cargas. Sin embargo, después fue necesario reforzar la medida con la designación de un escribano que registraba todos los inmuebles cargados con gravámenes, quien también debía dar fe sobre la condición del bien⁸⁶.

La petición se volvió a presentar en las Cortes de Valladolid de 1548, donde solicitaban al rey autorización para proceder criminalmente contra quien impusiese cargas sucesivas sobre sus bienes, pero Carlos I se negó, lo cual según el autor ocurrió por razones de orden público, ya que la práctica fraudulenta era muy frecuente y abrir la posibilidad de accionar en vía criminal podría ocasionar un caos. De igual forma se rechazó la solicitud de admitir la vía del hurto para perseguir la venta de propiedades como libres cuanto tenían gravámenes⁸⁷.

La compra y venta de inmuebles gravados ocultando las cargas se volvió una práctica tan común y perjudicial que los procuradores insistieron de nuevo en el asunto ante las Cortes de Valladolid de 1555, según refiere el mismo Porras, pero una vez más el rey se negó

⁸⁴ Porras Arboledas, sección Planteamiento general, párr.1.

⁸⁵ Ibid, sección 2 Disposiciones propuestas en las Cortes, párr. 3.

⁸⁶ Ibid, párr. 4.

⁸⁷ Ibid, párr.5.

remitiéndose a las disposiciones de las Cortes de Madriz y Toledo⁸⁸, cuyas normas serían recogidas posteriormente en la Nueva Recopilación de 1567 y posteriormente en la Novísima de 1805.

El profesor Porras concluye que las medidas del Rey Carlos I obligaron a los ciudadanos defraudados a acudir a la vía civil por evicción o por *estelionato*, aunque ninguna representaba un mecanismo idóneo para encontrar reparación por el daño sufrido; la primera porque se prestaba a todo tipo de dilaciones y la segunda porque tenía una tipificación inconcreta, aunque por las circunstancias descritas en los párrafos anteriores, se recurrió al delito para perseguir la imposición sucesiva de cargas sin dar cuenta de estas. La simplificación del delito se produjo a pesar de que Castilla había admitido los diferentes supuestos que el derecho romano contemplaba como *estelionato*⁸⁹.

Este repaso por los cambios normativos que se intentaron en Castilla es de mucha importancia al permitir reconocer que esta práctica en la Edad Media era una consecuencia de la falta de registros idóneos para controlar los movimientos de los bienes inmuebles, circunstancia de la cual se percataron los ciudadanos de Castilla. Además, al posibilitar rastrear –en alguna medida– la procedencia de las normas que fueron incorporadas en las recopilaciones de leyes (Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805), las cuales constituyeron fuente del derecho penal en la Colonia. La vigencia de estas normas llegó hasta las colonias españolas por el fenómeno de “exportación” que sufrieron algunos cuerpos normativos.

En resumen, el avance en la materia no fue significativo, sin embargo, el poco desarrollo se recoge de las recopilaciones de leyes que posteriormente llevarían estas disposiciones hasta las colonias españolas.

Lo señalado hasta aquí en torno al delito resulta verdaderamente escueto cuando se piensa que la Edad Media se desarrolló en casi diez siglos y los cambios o transformaciones acaecidas en tan largo período difícilmente se expliquen en pocas líneas. En todo caso, el desarrollo que produjo en esta época en relación con el *estelionato* fue realmente escaso,

⁸⁸ Porras Arboledas, sección Disposiciones propuestas en las Cortes, párr.5.

⁸⁹ Ibid, sección Conclusiones, párr. 2-3.

por eso las referencias apuntadas son puntuales y persiguen contra todo pronóstico decir algo de la historia.

Por último y a modo de advertencia, es necesario recordar una vez más que el comportamiento que un grupo social estima como criminal difiere de un momento a otro. La noción de delito que prevalecía en el derecho romano dista mucho de la forjada en la Edad Media, lo cual se evidencia en la diversidad de hechos que podían perseguirse por estelionato. Esta circunstancia es relevante porque habla del alcance de la prohibición en dos momentos diferentes y permite reconocer diferencias. A pesar de que en palabras de Mendoza la Edad Media ha sido considerada “un período en el que el Derecho Penal, si brillaba por algo era por su ineficacia”⁹⁰.

I.V. Breve referencia a las fuentes del derecho penal en la Colonia y el estelionato

El proceso de conquista gestado por los españoles en tierras americanas hizo que buena parte del derecho medieval se mudara a la Colonia. Además, con el paso del tiempo se crearon normas destinadas a la realidad de esos asentamientos.

Las normas heredadas del derecho español, las nuevas emitidas para regir exclusivamente el territorio latinoamericano y los sistemas normativos indígenas conformaron el llamado derecho indiano. Una parte de ese derecho era el derecho penal, que en opinión del profesor Antillón era “un derecho autoritario, falsamente paternalista hacia los indígenas, que se aplicaba mediante procedimientos inquisitoriales”⁹¹.

La principal fuente del derecho penal en la Colonia eran las Siete Partidas de don Alfonso X el Sabio (1252-1284), aunque sobre temas específicos estaban la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805. Valga aclarar que la última tenía como fuentes

⁹⁰ Juan Miguel Mendoza Garrido, “La delincuencia a fines de la Edad Media. Un balance historiográfico”, *Revista Historia*. Instituciones. Documentos, No. 20 (1993): sección Aportaciones de la Historia del Derecho, párr.4, accesado julio 6, 2015, <http://institucional.us.es/revistas/historia/20/11%20mendoza%20garrido.pdf>

⁹¹ Walter Antillón Montealegre, “La legislación penal en Costa Rica”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, No. 14 (1997): sección 2.1.1 El derecho penal en la Colonia, párr. 1, accesado julio 6, 2015, <http://www.cienciaspenalescr.com/revista>

las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, las Leyes de Toro, así como ordenanzas, reales cédulas, entre otras⁹².

Estos cuerpos normativos, como se explicó en el apartado anterior, recogen las medidas logradas en la época medieval en Castilla y son la prueba eficiente de que no se adoptaron medidas idóneas para enfrentar el problema (la imposición de doble gravamen) de forma preventiva, todas eran paliativas. Los textos indicados tuvieron vigencia en el territorio costarricense desde el siglo XVI y hasta 1841, cuando se promulgó el Código General de Estado.

Con estos textos como fuentes del derecho, los conquistadores exportaron a las Colonias los problemas y debilidades de sus ordenamientos. A modo de ejemplo, considérese que la definición de estelionato ofrecida por las Siete Partidas de don Alfonso el Sabio era todavía sustancialmente genérica⁹³.

La ausencia de trabajos sobre la historia del derecho penal en la Colonia, específicamente en relación con Costa Rica, impiden hacer consideraciones más puntuales sobre la vigencia de las normas aludidas en esa época y en ese contexto.

⁹² Antillón Montealegre, “La legislación penal en Costa Rica”, sección 2.1.1 El derecho penal en la Colonia, párr. 1.

⁹³ Véase: Reyes Mónico, *Estelionato*. En las Siete Partidas el estelionato era concebido como “*la maldad que no tuviese nombre señalado, el delito comprendía los actos engañosos que no había posibilidad de nominarlos como a los que no se podían concretar en una sola figura*”.

I.VI. El estelionato en el proceso de codificación costarricense

1) El Código General de 1841

Este código fue emitido durante la dictadura de Braulio Carrillo Colina y representa el comienzo del proceso de codificación costarricense. Estaba estructurado en tres partes: procesal, civil y penal. La parte penal de este texto era una copia literal del código boliviano de 1834, que a su vez era una copia del Código Penal español de 1822⁹⁴.

De hecho, la descripción del artículo 644 del Código General de Carrillo relativa al estelionato era casi idéntica a la del artículo 770 del Código Penal español, la única diferencia entre ambos es que este último incluye la frase: “o que hubiere vendido o empeñado una cosa como libre, sabiendo que está empeñada”⁹⁵. Hasta la pena se mantiene, con la diferencia de que la multa en el texto español no son cien pesos, sino cien duros.

⁹⁴ Jorge Francisco Sáenz Carbonell, “Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica”, 2da ed corregida. (Santo Domingo de Heredia, Costa Rica: Ediciones Chico, 2008), 377.

⁹⁵ Cortes de España, “Código Penal español del 8 de junio 1822”, Imprenta Nacional en Madrid 9 de junio de 1822, accesado 20 agosto, 2015, <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf> (Reproducción fotográfica del original que pertenece al fondo bibliográfico de la Biblioteca General de la Universidad de Sevilla, España).

El código costarricense dispuso en el numeral 644 (libro III, título III, capítulo IV), en cuanto al comportamiento criminal llamado estelionato, lo siguiente:

Cualquiera otro que fuera de los expresados en el artículo 310, hubiere engañado a otro a sabiendas, vendiéndole, cambiándole o empeñándole una cosa por otra de diferente naturaleza, como cosas doradas por oro, brillantes falsos por piedras preciosas; o que habiendo contratado sobre alguna cosa, la sustrajere o cambiare por otra de menos valor, antes de entregarla o que hubiere vendido un animal dándolo por sano, sabiendo no que no lo estaba, u ocultando maliciosamente el defecto o resabio que tenía, siendo de aquellos que el vendedor está obligado a manifestar, sufrirá una arresto de seis días a un mes, y la multa de diez hasta cien pesos⁹⁶.

La redacción del delito en esta codificación no corresponde con la noción de estelionato que ha ocupado –primordialmente- la atención hasta aquí, se refiere más bien a otros de los supuestos que en el derecho romano daban lugar a este delito. Aunque en tal descripción subsisten los elementos que históricamente han constituido la base de esta delincuencia; el engaño y la afectación al patrimonio, así como la tendencia a agrupar bajo el nombre de estelionato muchas y diversas conductas, lo cual se evidencia en la variedad de verbos que incluye el tipo penal.

Otro aspecto que merece atención es la ubicación del ilícito en el código. El delito se localiza en el título III “De los delitos contra la propiedad de los particulares”, capítulo IV “De las estafas i engaños”. La ubicación es valiosa porque habla del bien “jurídico” que se busca resguardar con la penalización del comportamiento y recuerda la relación –siempre vigente⁹⁷- entre derecho penal y economía, ya que las respuestas del ordenamiento jurídico de la época eran de corte económico más que represivo.

Es cierto que para estas fechas Costa Rica apenas comenzaba a establecer las bases de su organización política y económica, no obstante, la estructuración se gestaba particularmente

⁹⁶ Jefe Supremo del Estado de Costa Rica, “Código General del Estado del 30 de julio de 1841”; 644. Imprenta del Estado, Costa Rica (1841).

⁹⁷ Véase: Mónica Granados Chaverri, “Historia de los sistemas punitivos en la Costa Rica del siglo XIX: la historia como rescate de una identidad despedazada”, *Revista ILANUD al día*, No. 23-24, volumen 9-10 (1989).

en torno a los bienes y objetivos determinados. El entonces líder de facto, Braulio Carrillo, buscaba organizar y asegurar el sistema en beneficio de la clase gobernante y de sus intereses⁹⁸.

Por último, interesa destacar que este código dedica el capítulo IV, título III, libro III a las estafas y engaños⁹⁹. Ese capítulo reúne nueve artículos, en los cuales se describen fraudes diversos, uno de ellos corresponde al estelionato (artículo 644).

2) El Código Penal de 1880

Fue el cuerpo normativo que sustituyó la parte penal del Código General de Carillo, este código tuvo como base el Código Penal chileno de 1875, el cual a su vez se basaba en el Código Penal español de 1848 en su versión de 1870. El texto fue promulgado durante la administración de Tomás Guardia Gutiérrez, estuvo vigente de 1880 a 1919 y luego recobró vigencia de 1920 a 1924¹⁰⁰.

Todavía en este código es posible apreciar la influencia de la legislación española en la codificación costarricense, especialmente en los primeros artículos que se recogen en capítulo octavo, aunque la redacción del estelionato en el código español¹⁰¹ dista mucho lo que recoge el código costarricense.

⁹⁸ Antillón Montealegre, “La legislación penal en Costa Rica”, sección 2.1.2 La ley de vagos, párr. 6.

⁹⁹ Jefe Supremo del Estado de Costa Rica, “Código General del Estado del 30 de julio de 1841”; 637.

¹⁰⁰ Sáenz Carbonell, 381.

¹⁰¹ Véase: España, “Código Penal reformado, mandado a publicar provisionalmente, en virtud de autorización concedida al Gobierno por la Ley del 17 de junio de 1870”, Imprenta del Ministerio de Justicia y Gracia, 1870, accesado 20 agosto, 2015, http://sirio.ua.es/libros/BDerecho/codigo_penal/ima0000.htm (Reproducción fotográfica del texto disponible en la Biblioteca de la Facultad de Alicante, España).

Art. 550. El que fingiéndose dueño de una cosa inmueble la enajenare, arrendare, gravare ó [sic] empeñare, será castigado con la pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio y una multa del tanto al triple del

Sáenz Carbonell destaca como característica sobresaliente del código español, que se refleja en el código costarricense de 1880, el escaso margen que le daba a los jueces a la hora de valorar los casos y la pena por imponer, según él “en aras de garantizar el cumplimiento del principio de legalidad y evitar los abusos del arbitrio, el juez penal quedaba sometido rígidamente a la ley y se veía reducido a ser una simple máquina”¹⁰².

También, sostiene que con la emisión del código de 1880 se consolidó en Costa Rica la pena privativa de libertad como principal. La principal novedad del texto en relación con los códigos que le sirvieron de base era que no se establecía la pena de muerte para ningún delito ni la pena de prisión de forma perpetua¹⁰³.

Mónica Granados estima que estos cambios en las leyes estaban asociados al desarrollo económico y social de la época, pues para estas fechas ya se encontraba consolidada la economía cafetalera¹⁰⁴.

En cuanto al estelionato, el nuevo código varía radicalmente; así, a pesar de que contiene todo un capítulo dedicado a las estafas y engaños, no contempla la descripción del estelionato en los términos que lo hace el Código General de Estado.

El código de 1880 contiene en el título noveno, capítulo octavo, bajo la denominación “Estafas y otros engaños”, siete artículos. Entre esos, el artículo 497, el cual recoge la única referencia al estelionato que hace el texto, de acuerdo con esa norma: “En igual pena que la establecida en el artículo anterior, incurrirá el reo de estelionato”¹⁰⁵.

perjuicio que hubiere irrogado. En la misma pena incurrirá el que dispusiere de una cosa como libre, sabiendo que estaba gravada.

¹⁰² Sáenz Carbonell, 381.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Véase: Granados Chaverri, “Historia de los sistemas punitivos en la Costa Rica del siglo XIX: la historia como rescate de una identidad despedazada”, 100.

¹⁰⁵ El Gran Consejo Nacional de la República de Costa Rica, “Código Penal de la República de Costa Rica del 27 de abril de 1880”: 497, Sinalevi, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=7306&nValor3=7824&strTipM=FN

El problema evidente que posee esta norma es que no describe la hipótesis fáctica en la cual debía incurrir el sujeto para cometer el delito. A eso debe agregarse que ninguna otra norma en el código lo hace.

Hasta el Código de Carrillo (1841) la figura delictiva siempre estuvo asociada a defectos de la cosa que el vendedor obligado a advertir, ocultaba. Las razones por las que este código hace una mención tan escueta de un delito de tanto trayecto se ignoran, probablemente tal forma de proceder estuvo vinculada a una profunda interiorización de la norma.

En la actualidad la doctrina y los principios que informan el derecho penal condenarían sin remedio una redacción como la que presenta el artículo 497 y aunque es posible que en la época también fuera así, no se cuenta con estudios que permitan verificarlo.

3) El Código Penal de 1918

Este código tuvo como base el Código Penal argentino y estuvo vigente de 1919 a 1920. El texto fue promulgado en la administración de don Federico Alberto Tinoco Granados y es una versión mejorada del proyecto que preparó José Astúa Aguilar en 1910, cuyo referente había sido el Proyecto de Código Penal argentino de 1906. Con este cuerpo normativo, se introducen al ordenamiento penal el pensamiento de la escuela positivista y se comienza a dejar atrás –en principio- la visión de la escuela clásica, que hasta entonces orientaba la reflexión penal. La nueva orientación se reflejó sobre todo en la sanción, pues a partir de este código se admite la posibilidad de conceder a una persona sentenciada la libertad condicional¹⁰⁶.

Este código tuvo una vigencia muy corta, ya que con la Ley de Nulidades del Congreso Constitucional en 1920 se dejaron sin efecto todas las disposiciones emitidas durante la administración Tinoco, lo cual hizo que el derogado código de 1880 volviera a cobrar vigencia.

¹⁰⁶ Sáenz Carbonell, 384.

El nuevo código (1919) sí contenía una descripción de la conducta típica de estelionato. En el título sexto “De los delitos contra la propiedad”, capítulo IV “Estafas y otras defraudaciones”, en el artículo 361 “Casos particulares de defraudación”. Este artículo reunía catorce incisos, separados por subtítulos.

La hipótesis relativa al estelionato se encontraba en el inciso nueve “Por ilícita disposición de bienes: “9º.-El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados, y el que vendiere, gravaré o arrendare, como propios, bienes ajenos, o vendiere a diversas personas una misma cosa suya”¹⁰⁷.

El inciso nueve del artículo 361 del código debe su redacción al inciso nueve del artículo 188 del Proyecto de Código argentino de 1906¹⁰⁸. Este último también agrupa diversos casos de defraudación.

El código de 1919 representa –en lo que respecta al estelionato- un cambio muy significativo, pues la redacción que adopta del texto argentino introduce en el ordenamiento una figura delictiva concreta y ordenada. A partir de este código, se percibe con más claridad el estelionato perfilado en el derecho romano.

4) El Código Penal de 1924

A pesar de las bondades del Código Penal de 1919, su vigencia fue muy corta. La Ley de Nulidades de 1920 declaró la nulidad de todas las leyes emitidas durante el Gobierno de

¹⁰⁷ Presidente Constitucional de la República de Costa Rica, “Ley 15: Código Penal de 1918 del 30 de noviembre de 1918”: 361, Sinalevi, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=77202&strTipM=FN

¹⁰⁸ Poder Ejecutivo, “Decreto del Poder Ejecutivo del 19 de diciembre de 1904: Proyecto de Código Penal para la República de Argentina”, Infojus, accesado 11 setiembre, 2015, <http://www.infojus.gob.ar/biblioteca-digital-infojus/proyecto-codigo-penal-para-republica-argentina--1906/biblioteca-digital/biblioteca?doc=0e19155c-6f26-4ce1-83ae-2fc6143d657f>

Federico Tinoco Granados y con ello resucitó el Código Penal de 1880¹⁰⁹. Sáenz Carbonell explica que este hecho significó un enorme retroceso en el derecho penal costarricense, debido a que para esa época la normativa de 1880 ya estaba obsoleta¹¹⁰.

Ante este panorama Astúa Aguilar efectuó una revisión del Código Penal de 1919. La versión mejorada fue presentada por la Secretaría de Justicia y Gracia en 1923 ante el Poder Legislativo y en abril de 1924 el proyecto fue aprobado¹¹¹.

En el nuevo código (1924), el delito de estelionato mantuvo la misma redacción que tenía el código de 1919, únicamente se corrió la numeración, por lo cual quedó en el inciso nueve del artículo 383¹¹².

5) El Código Penal de 1942

La necesidad de introducir una serie de cambios en la normativa vigente propició la preparación del proyecto que se convirtió en ley desde el 1 de enero de 1942 y sustituyó el Código Penal de 1924¹¹³.

¹⁰⁹ Véase: Congreso de la República de Costa Rica, “Ley 41: Ley de nulidades contra normativa emitida en Régimen de Tinoco” del 21 de agosto de 1920, Sinalevi, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=36355&nValor3=38328&strTipM=FN

Artículo 5º-Decláranse sin valor las disposiciones anteriores que se opongan a la ejecución del presente decreto; y en vigencia los códigos y leyes existentes el 27 de enero de 1917.

¹¹⁰ Véase: Sáenz Carbonell, 385.

¹¹¹ Sáenz Carbonell, 385.

¹¹² Véase: Presidente Constitucional de la República de Costa Rica, “Ley 11: Código Penal de 1924 del 22 de abril de 1924”: 383, Sinalevi, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=35220&nValor3=83785&strTipM=FN

¹¹³ Véase: Sáenz Carbonell, 386. Para esta época la policía era quien conocía las faltas y contravenciones no las autoridades judiciales. Por esa razón, la comisión preparó también un Código de Policía, que entregó en rigor en la misma fecha.

La base del nuevo Código Penal no fue un texto en particular, para su confección la comisión recurrió a diversas legislaciones. Sáenz Carbonell explica que con este proyecto se intentó dejar atrás la rigidez doctrinaria, aunque siempre fue posible apreciar su influencia¹¹⁴.

En este código, el estelionato pasó al numeral 282. Este artículo comprende en su inciso nueve una versión más pulida de la norma: “El que a sabiendas vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; el que vendiere, gravare o arrendare, como propios, bienes ajenos; y el que vendiere a diversas personas una misma cosa”¹¹⁵.

Este código estuvo vigente en el país hasta 1971, cuando entró en vigencia el nuevo Código Penal.

6) El Código Penal de 1971

Con este código se volvieron a unificar las disposiciones penales y las del Código de Policía que pasaron a llamarse contravenciones¹¹⁶. El texto recoge algunas ideas de la doctrina de defensa social, pero prevalecen las ideas de los códigos que le anteceden.

La preparación de este código estuvo a cargo de una comisión, cuya principal figura fue Guillermo Padilla Castro. Él fue el encargado de redactar la exposición de motivos del proyecto¹¹⁷.

¹¹⁴ Sáenz Carbonell, 387.

¹¹⁵ Congreso de la República de Costa Rica, “Ley 368: Código Penal del 21 de agosto de 1941”: 282, Sinalevi, accesado 20 julio, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=37382&nValor3=83854&strTipM=FN

¹¹⁶ Véase: Jorge Enrique Romero Pérez, “Algunas notas acerca del Código Penal de Costa Rica”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 38 (1979), accesado julio 20, 2015, <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/15563>

De acuerdo con Rodríguez Vega, para la redacción de la parte general del código “la comisión se inspiró en el texto de un código penal tipo, preparado como modelo para la región latinoamericana por especialistas de diversos países”¹¹⁸. Mientras que para la parte especial el modelo fue el “proyecto de Código Penal preparado por el penalista argentino Sebastián Soler para Guatemala y el elaborado para Venezuela por el jurista español Luis Jiménez de Asúa”¹¹⁹.

El proyecto de ley no tuvo mayor discusión en la Asamblea Legislativa, las actas de debate así lo evidencian.

¹¹⁷ Véase: Rodríguez Vega, Eugenio. 2004. Costa Rica en el Siglo XX: tomo III, accesado julio 20, 2015, https://books.google.co.cr/books?id=dMmYAf0fB7gC&pg=PA51&lpg=PA51&dq=el+codigo+penal+de+1942+en+Costa+Rica&source=bl&ots=oJrLfpI5WT&sig=1h79OdOO5Fm6sBTeakajRIJq370&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=el%20codigo%20penal%20de%201942%20en%20Costa%20Rica&f=false

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Véase: (Rodríguez Vega 2004, 52).

A partir de este código, el delito en estudio se ubica en el numeral 217 con la siguiente redacción:

Artículo 217.- Se impondrá prisión de seis meses a seis años:

- 1) Al que recibiendo una contraprestación, vendiere o gravare bienes litigiosos, o embargados, o gravados, callando u ocultando tal circunstancia;
- 2) al que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente al mismo, acordados a otro por un precio o como garantía, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, ocultándolo o dañándolo;
- 3) al dueño de una cosa mueble que privare de ella a quien la tenga legítimamente en su poder, la dañare o inutilizare, frustrando así en todo o en parte el derecho del otro. La misma pena será aplicable a un tercero que obre con asentimiento y en beneficio del propietario; y (*sic*) 4) al deudor, depositario o dueño de un bien embargado o pignorado que lo abandone, deteriore o destruya, con ánimo de perjudicar al embargante o acreedor o que, después de prevenido, no lo presente al Juez¹²⁰.

En 1982 la Ley 6726 varió la pena, a partir de esa fecha se establece que la pena ha de imponerse con las reglas de la estafa (artículo 216 Código Penal)¹²¹. Desde entonces el artículo 217 del Código Penal no ha sufrido modificaciones.

A partir de este código el delito de estelionato contiene cuatro incisos. De forma impropia el legislador costarricense incorporó bajo el título de estelionato la noción clásica (cuyos orígenes es posible rastrear al derecho romano) y otras hipótesis delictivas.

¹²⁰ Asamblea Legislativa, “Ley 4573: Código Penal del 04 de mayo de 1970”: 217

¹²¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley 6726: Reforma Código Penal y de Procedimientos Penales del 10 de marzo de 1982”, accesado 20 julio, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=485&nValor3=515&strTipM=FN

Sección II

Antecedentes en la legislación argentina vinculados al inciso segundo del artículo 217 del Código Penal costarricense

Como el presente trabajo se enfoca únicamente en el inciso primero y segundo del artículo 217 del Código Penal, a continuación se exponen los antecedentes relativos al inciso segundo.

El inciso segundo del artículo en estudio tiene la siguiente descripción:

2) Al que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente a éste, acordados a otro por un precio o como garantía, ya sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo;

La parte especial del código, tal como se explicó antes, se inspiró en el Proyecto de Código Penal para Guatemala y el Proyecto de Código Penal para Venezuela. Aunque la redacción del artículo 217 fue tomada del texto guatemalteco preparado por Sebastián Soler. Fue este jurista quien impulsó en su país, Argentina, la introducción de la norma. En ese ordenamiento se conoce como delito de desbaratamiento de derechos acordados y es que justamente eso es lo que supone la comisión de este delito, el desbaratamiento de un derecho.

La primera propuesta relacionada con este comportamiento criminal estuvo en el Anteproyecto de Código Penal argentino de 1960, en el artículo 215, inciso 2):

Se impondrá prisión de seis meses a seis años... inc. 2º) al que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente al mismo, acordados a otro por un precio o como garantía, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, ocultándolo o dañándolo¹²².

Este proyecto no llegó a convertirse en ley por los eventos políticos suscitados en esta época en Argentina.

Luego surgió el Decreto de Ley número 4778 el 12 de junio de 1963, con una redacción que dejaba ver con mayor facilidad las motivaciones de su regulación, por cuanto disponía:

El que, habiendo firmado boleto de compraventa de una cosa, mueble o inmueble, y recibido total o parcialmente su precio, durante la vigencia de áquel y por acto voluntario imposibilitare la transferencia del dominio en las condiciones establecidas en el mismo¹²³.

Este decreto de ley se emitió durante el breve Gobierno de facto de José María Guido en Argentina, época en la que el país vivía gran inestabilidad política. Por eso, en 1964 mientras se encontraba en el poder el presidente electo, Arturo Umberto Illia, se deciden realizar cambios legislativos importantes, entre ellos, derogar muchos de los decretos ley emitidos durante el Gobierno anterior, en consideración a los principios de la materia penal, primordialmente el principio criminal –y constitucional- *nullum crimen nulla poena sine*

¹²² Figari, Ruben Enrique. 1999. Casuística penal: doctrina y jurisprudencia, accesado julio 20, 2015, <https://books.google.es/books?id=In8XVG5zgs0C&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

¹²³ Ibid, 73.

lege que exige la existencia de una ley en sentido estricto y no un decreto ley, el cual en realidad es un acto de la administración¹²⁴.

En varios de los informes emitidos por la Comisión de Legislación Penal en relación con la Ley 16 648, emitida en octubre de 1964, se comprendía la necesidad que tuvo en 1963 el Poder Ejecutivo de regular ciertos temas, no obstante, en aras de restablecer las instituciones democráticas, se consideró que dichas reformas debían efectuarse mediante un proyecto de reforma al Código Penal. Específicamente en cuanto al Decreto de Ley 4778/1963 se estimó que se trataba en general de reformas que no eran imprescindibles en la legislación argentina¹²⁵.

Por esa razón fue hasta la reforma integral del Código Penal argentino, mediante la Ley 17567 en 1968, cuando se incorporó de nuevo la conducta como delito, en el numeral 173 inciso 11), con la siguiente redacción:

El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho, o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía¹²⁶.

Aunque las intenciones de los legisladores de 1964 no se materializaron en esta reforma, ya que esta ley también fue promulgada durante un gobierno de facto (Juan Carlos Onganía). Por ese motivo dicha legislación carece de discusión parlamentaria. Pese a esta circunstancia la redacción del delito incluida en esta ley se mantiene vigente, pues los cambios que sufriría después no le afectarían en lo sustancial.

¹²⁴ Cámara de Diputados de la nación argentina: Congreso Nacional, “Acta de la 60ª reunión, 29ª sesión ordinaria (especial) del 2 de setiembre de 1964; debate de la Ley 16648”: 3070, accesado 20 julio, 2015, <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/adebates.htm>.

¹²⁵ Cámara de Diputados de la Nación argentina: Congreso Nacional, 3077.

¹²⁶ Presidente de la nación argentina, “Ley No. 17 567 del 6 de diciembre de 1967”, Boletín Oficial número 21353, año LXXVI (12 de enero de 1968): 173, inciso 11.

La Ley N° 20 509 ratificó la norma¹²⁷, la Ley No. 21 338 varió la penalidad y la N° 23 077 restableció la pena originaria¹²⁸.

Según explica Figari, “en principio tratábase de proteger la situación de indefensión en que se encontraban los adquirentes de viviendas en edificios de propiedad horizontal, o de lotes de terrenos vendidos a plazos”¹²⁹.

El conflicto se presentaba porque los negocios se emprendían con la suscripción de boletos de compraventa y el pago, generalmente, de una parte del precio. Una vez que el obligado había efectuado el pago completo, se otorgaba la escritura traslativa. Así “quedaban los adquirentes expuestos a que algunos inescrupulosos realizaran en su perjuicio actos de disposición sobre los bienes”¹³⁰.

Por eso, la fórmula que mejor refleja el problema que motivó la sanción es la del Decreto Ley N° 4778 de 1963, al aludir a la nociva práctica que se daba en cuanto al uso del boleto de compraventa¹³¹.

El inciso segundo del artículo 217 del Código Penal vigente conserva la esencia de la norma promovida en la legislación argentina, las diferencias en la redacción entre una y otra son mínimas.

¹²⁷ Poder Legislativo Nacional, “ Ley No. 20 509 del 27 de mayo de 1973: Pérdida de eficacia de las disposiciones por las que se hayan creado o modificado delitos o penas de delitos ya existentes y que no hayan emanado del Congreso Nacional”, Boletín Oficial número 2952 (28 de mayo de 1973): 4

¹²⁸ (Figari 1999, 77).

¹²⁹ Ibid, 70.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ver anexo II (Breves consideraciones sobre el boleto de compraventa en la legislación y la jurisprudencia argentina).

Capítulo II

Examen dogmático del estelionato en el Código Penal costarricense

A veces uno pregunta para poder la frondosidad carcelaria de las creencias vigentes, su apariencia de infranqueable dictadura.

Fernando Savater

Sección I

I.I. Introducción

En este capítulo se estudiarán los primeros dos incisos del artículo 217 del Código Penal costarricense a partir de sus categorías dogmáticas.

La interpretación, y en especial la jurídica, varía según el interés o contexto del que proviene o en el que se desenvuelve el intérprete. Por esa razón y considerando que en la interpretación jurídica están presentes otras variables, con el afán de limitar en la medida de lo posible el campo de acción, en las siguientes líneas se revisarán las diferentes nociones que la doctrina ha planteado, así como los problemas que suscita la aplicación de tales conceptos.

El análisis por realizar en este capítulo corresponde al objetivo número dos del trabajo, que en lo fundamental pretende examinar y cuestionar las categorías normativas de análisis que conforman la descripción del estelionato según las redacciones de los incisos 1) y 2).

El análisis de las normas penales está dirigido a revisar la forma en la que *estas se aplican o en la que deben aplicarse*, por esa razón uno de los propósitos es identificar la función de

los términos que componen el tipo penal, para establecer cuál es la manera en la que deben aplicarse los incisos del tipo penal objeto de estudio.

I.II. Bien jurídico

De acuerdo con la ubicación de este ilícito en el Código Penal, el bien jurídico que protege es la propiedad. Sin embargo, la doctrina y la legislación vigente se inclinan por considerar como bien jurídico el patrimonio, además, hay quienes sostienen que es la buena fe que debe prevalecer en los negocios.

Sobre estas respuestas versan las siguientes líneas. No obstante, antes de exponer las ideas en torno a los institutos que en principio constituyen el sustrato del bien jurídico del estelionato [tanto en la modalidad del inciso 1) como del inciso 2)], conviene hacer un paréntesis para examinar el bien jurídico.

El bien jurídico como categoría de análisis constituye un filtro de racionalidad necesario para la aplicación del derecho penal, en tanto exige que la conducta por sancionar haya vulnerado efectivamente el bien que resguarda la norma, en otras palabras, demanda la existencia de un daño.

Por esa razón, Zaffaroni afirma: “El bien jurídico es un concepto lógicamente necesario, del que no se puede prescindir, pues con su renuncia desaparece todo sentido en la prohibición: se prohíbe porque se prohíbe”¹³².

Representa dificultad definir con claridad qué se entiende como bien jurídico, al tener este concepto muchos matices, aunque una definición atinada sobre la categoría la ofrece Hormazabal, cuando señala: “el bien jurídico en cuanto producto social es un producto

¹³² Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal: Parte General, (Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2005), 369.

histórico, esto es, que no pertenece a la sociedad en abstracto sino que surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un período determinado”¹³³.

Explicación que se puede complementar con lo manifestado por Roxin, quien indica:

En cada situación histórica y social de un grupo humano los presupuestos imprescindibles para una existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas, de las que, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación o la propiedad, todo el mundo las tiene presentes; en una palabra: los llamados bienes jurídicos; y que el Derecho penal tiene que asegurar esos bienes jurídicos penando su lesión en determinadas condiciones¹³⁴.

De acuerdo con Hormazabal y Roxin, el bien jurídico¹³⁵ corresponde a una valoración que hace el legislador en cuanto a los *bienes* que un grupo reconoce como valiosos en un momento específico. Luego esa valoración se traduce en términos como libertad, integridad, propiedad, entre otros, los cuales encierran intereses específicos de las relaciones sociales que demandan protección. Por lo tanto, para conocer cuáles son los bienes que justifican un tipo penal, normalmente se acude al *título* (término) que recoge el Código Penal, aunque no siempre es así, de hecho la función de los títulos es hoy más bien ilustrativa, se debe revisar cada una de las normas para *descifrar* cuál es el bien jurídico protegido¹³⁶.

En virtud de lo expuesto, determinar si el bien jurídico es patrimonio, propiedad o buena fe requiere establecer qué ha de entenderse por cada uno y examinar la letra de los incisos, con el propósito de revisar las conductas respecto a las cuales se prevé la sanción.

¹³³ Hernan Hormazabal Malaree, Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal, 2da ed. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica Conosur Ltda), 151.

¹³⁴ Claus Roxin, Problemas básicos del derecho penal, trans. Reimpresión Diego Manuel Luzón Peña (Madrid, España, Editorial Reus, 1998), 21.

¹³⁵ Una definición más conservadora se puede encontrar en la obra de profesor Castillo, ver: Francisco Castillo González, El delito de estafa, 2da ed. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2013).

¹³⁶ Donna, 262.

I.III. ¿Patrimonio o propiedad?

La primera cuestión que cabe examinar es si patrimonio y propiedad son nociones equiparables o si existe algún tipo de asociación entre ellas. Esta pregunta tiene lugar porque no pocas veces se recurre a ellas como si ambos términos tuvieran el mismo referente empírico o jurídico.

En definitiva no se trata de nociones equiparables, aunque sí existe relación entre ellas, como de seguido se expondrá.

El patrimonio -como término- desde la perspectiva del derecho privado se refiere al conjunto de obligaciones (pasivos) y bienes (activos) susceptibles de valorización pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho¹³⁷.

En torno a esa idea, se han desarrollado en el ámbito civil –en lo fundamental- dos teorías: patrimonio-personalidad y patrimonio-afectación. La primera, según Aubry y Rau (citado por Rojina), es la teoría clásica y, de acuerdo con esta, ese conjunto se mantiene siempre vinculado a la persona, mientras que para la segunda dicho conjunto constituye un patrimonio en la medida en que está afecto a un fin jurídico.

Estas tesis no tienen mayor repercusión en el derecho penal, el cual se ha dedicado desde antaño a perfilar las categorías que toma del derecho privado.

En el espacio penal también se han desarrollado algunas teorías en torno al alcance del concepto “patrimonio”, la primera de ellas es la llamada concepción jurídica del patrimonio. De acuerdo con esta “solamente pertenecen a él los derechos y obligaciones económicos reconocidos por el orden jurídico y ejecutables”¹³⁸. Con lo cual quedan fuera

¹³⁷ Véase: Rafael Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. (D.F, México: Ed. Porrúa. S.A, 1985), 8.

¹³⁸ Castillo González, 63.

del concepto “valores económicos fácticos, como la fuerza de trabajo, la posesión, los secretos industriales, derechos litigiosos”¹³⁹, entre otros.

Según esta tesis, si el origen del bien no es lícito, no puede darse el delito, lo mismo sucede si la persona tiene una expectativa y no un derecho consolidado.

Adicionalmente, desde esta tesis se admite la comisión del delito aun cuando no se cause ningún perjuicio¹⁴⁰.

En una dirección completamente diferente, es posible encontrar la teoría económica del patrimonio, cuya característica principal es que considera como patrimonio “cualquier posición jurídica que tenga un valor económico en la vida de los negocios”¹⁴¹. Esta posición, a diferencia de la anterior, extiende la protección del patrimonio hasta objetos que provienen de negocios ilícitos, al no poner el acento en el valor jurídico, sino en el valor económico, por eso admite las expectativas con valor económico¹⁴².

Otra postura que cabe mencionar es la personal; acorde con esta, el patrimonio es “una unidad personalmente estructurada que garantiza el desenvolvimiento de la personalidad”¹⁴³. Para la teoría personal, el “daño patrimonial supone una disminución de la potencia económica del titular del patrimonio”¹⁴⁴.

Por último, el profesor Castillo destaca la teoría jurídico-económica del patrimonio (la tesis ecléctica), la cual considera el patrimonio “como la suma de bienes y posiciones valorables en dinero”¹⁴⁵, aunque lo protegido, según esa noción de patrimonio, se establece conforme

¹³⁹ Castillo González, 63.

¹⁴⁰ Donna, 11.

¹⁴¹ Castillo González, 67.

¹⁴² Ibid, 69.

¹⁴³ Ibid, 70.

¹⁴⁴ Ibid, 71.

¹⁴⁵ Ibid, 70.

a criterios jurídicos. De esta forma, se resuelven en principio los inconvenientes que presentan la tesis jurídica y la económica.

En síntesis, pese a que las referencias son de corte minimalista y dejan por fuera importantes discusiones, permiten establecer que dicho término se refiere a un conjunto de bienes (corporales e incorporales). La relación entre ese grupo de bienes y su titular es lo que en general se llama patrimonio, pues las diferencias entre las posturas radican primordialmente en cuáles bienes forman parte activa o pasiva de la categoría.

Aunado a eso, interesa aclarar que las teorías presentadas con la ayuda de Francisco Castillo y Edgardo Donna, en cuyas obras se pueden examinar en detalle, son en buena medida lugar común de acuerdos en doctrina, con ellas los juristas se apartan de la noción que ofrece el derecho privado e intentan resolver los problemas que día tras día convoca la aplicación del derecho y, más específicamente, la determinación del bien jurídico, estableciendo reglas para admitir o rechazar “bienes”.

Las tesis expuestas en general se asocian con el análisis de la estafa, ya que pese a existir consenso en cuanto al patrimonio como bien jurídico, no pocas discusiones entre juristas han suscitado el alcance del término. Sin embargo, el consenso no es producto de la casualidad, por ejemplo, al leer el tipo penal de estafa que recoge el artículo 216 del texto vigente¹⁴⁶, se advierte que la redacción contempla una fórmula genérica, en virtud de la cual cabe sancionar lesiones muy diversas, circunstancia a la que debe agregarse que el tipo penal contiene una referencia expresa al patrimonio.

¹⁴⁶ Redacción introducida al Código Penal mediante reforma de la Ley 7107, Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República de 1988.

Lo anterior se trae a colación porque el estelionato es considerado por un sector importante -de los representantes- de la doctrina como una fórmula particular de estafa, por lo que se asume casi en automático que el bien jurídico es el patrimonio. Así, autores como Pablo Martín Poggeto, José Manuel Valle y Miguel Bajo (Valle Muñiz citado por Edgardo Donna) si bien *reconocen* como bien jurídico del estelionato la propiedad¹⁴⁷, estiman:

Técnicamente resulta más adecuado hablar de "delitos contra el patrimonio", pues no sólo se incluyen acciones que lesionan o ponen en peligro la propiedad, sino también aquellas que afectan a otros valores patrimoniales como la posesión, el derecho de crédito, e incluso las expectativas¹⁴⁸.

Esta idea se traslada sin mayores dificultades al ámbito jurídico nacional, especialmente cuando se toma en cuenta que la redacción del artículo 217 del Código Penal no contempla solo la figura en su definición *clásica*, además incluye otros supuestos que el legislador consideró oportuno regular bajo esa denominación, entre ellos, el inciso dos, conocido en el derecho argentino, de donde proviene, como *desbaratamiento de derechos acordados*, el cual abarca una variedad significativa de conductas lesivas del patrimonio.

En repetidas ocasiones se ha indicado que el bien jurídico protegido en el inciso primero del artículo 217 es la propiedad, no obstante, la redacción del inciso permite una interpretación diferente, la cual implica reconocer como bien jurídico el patrimonio.

Previo a señalar las razones que apoyan esa idea, conviene hacer una referencia puntual a la propiedad como bien jurídico, con el propósito de evidenciar algunos de los aspectos que justifican su desplazamiento.

I. IV. La propiedad

Es un término que convoca un sinnúmero de problemas, pues su significado, como el de patrimonio, es anfibológico. Desde una perspectiva muy restringida y estrictamente

¹⁴⁷ Nota: Es importante recordar que no se protege la propiedad como institución sino el derecho de propiedad que tiene el sujeto en relación con los bienes.

¹⁴⁸ Donna, 263.

jurídica, la propiedad es un derecho, esto es una ficción jurídica en virtud de la cual se reconoce una relación con atributos específicos entre las personas y los bienes¹⁴⁹. En esta noción es necesario distinguir entre el objeto y el derecho, ya que diferente es el derecho del objeto (bien material o inmaterial) sobre el que recae¹⁵⁰. Aunque esta separación entre el derecho y la cosa no es frecuente en la literatura jurídica ni en los textos normativos, la misma norma constitucional (artículo 45 de la Constitución Política) que consagra la protección de la propiedad privada no hace tal distinción¹⁵¹.

La vinculación de la propiedad con la economía, la política y más específicamente con el poder ha condicionado sus caracteres, definición y función en las relaciones sociales a lo largo de la historia, por esto es un término cuyo referente empírico y jurídico es dinámico¹⁵². Como institución y como derecho, la propiedad presenta enormes dificultades en su conceptualización.

Ese problema no es extraño al derecho penal, cuyos operadores han entendido, como Núñez (citado por Donna), desde vieja data que el derecho penal no está incondicionalmente vinculado al derecho civil y a partir de esa idea han ido moldeando diferentes figuras hasta volverlas conceptualmente idóneas a los “caracteres particulares” del derecho penal¹⁵³.

La consecuencia es que el término asume uno o varios significados en el derecho civil y otros tantos en el derecho penal. Lo que, por otro lado, no significa que tales nociones sean

¹⁴⁹ Esta relación no se entiende limitada a los derechos reales, que comúnmente han sido punto de referencia cuando se habla de propiedad.

¹⁵⁰ Luis Baudrid Carrillo, Algunas consideraciones sobre la propiedad urbanística en *La Propiedad* (San José; Juricentro, 1983), 210.

¹⁵¹ El artículo 45 de la Constitución Política establece: “La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado (...)”.

¹⁵² Véase: Zeledón Zeledón, “En busca de un nuevo concepto de propiedad”. Sobre las dificultades que presenta este instituto.

¹⁵³ Véase: Donna, 10.

claras y perfectamente asequibles. Da cuenta de esto el vocablo propiedad, normalmente asociado al dominio en el derecho civil¹⁵⁴.

De acuerdo con Brenes Córdoba “El derecho de propiedad es el más completo que se puede tener sobre una cosa. Es el derecho real por excelencia: todos los otros no son más que emanaciones de él, formas parciales del dominio, incapaces por sí solas de dar la plenitud del goce”¹⁵⁵.

Tal noción está -en principio- superada. La idea que prevalece se inclina por reconocer la propiedad como una noción de la que se desprenden múltiples relaciones que involucran derechos sobre objetos corporales e incorporeales, cuyos poderes trascienden los atributos del dominio.

Por otro lado, en lo que concierne al derecho penal propiamente, la noción de propiedad ha conquistado diversos significados, en algunas ocasiones coincidiendo con la doctrina civilista y en otras distanciándose de ella. La “construcción” del derecho de propiedad bajo esta premisa ha encontrado límite en el bien jurídico y en las especificaciones de la norma. Por eso, el concepto de "propiedad" al que refiere el derecho penal sustantivo, no corresponde en todos los casos con el derecho de propiedad (o dominio) que recoge el numeral 264 del Código Civil, menos aún con el sentido y alcance del derecho de propiedad que contiene el artículo 45 constitucional.

De lo anterior se colige que el problema no es de la categoría, sino de los operadores del derecho que día tras día cargan el concepto con diversidad de significados, que hacen inviable cualquier intento de delimitación.

¹⁵⁴ Nota aclaratoria: En realidad el derecho de propiedad se refiere al haz de facultades que se reconocen a un individuo y que le ponen en conexión con un objeto concreto. Mientras que el dominio se refiere específicamente a esas facultades que se tienen sobre el objeto.

¹⁵⁵ Alberto Brenes Córdoba, Tratado de los bienes, 7ma ed. (San José, Costa Rica: Juricentro, 2001), 43.

I.V. El bien jurídico del estelionato es el patrimonio

Parágrafos atrás se adelantó que la redacción del inciso primero consiente una interpretación diferente de la que tradicionalmente ha prevalecido, según la cual es obligatorio reconocer como bien jurídico el patrimonio. Tal interpretación responde a una mirada particular del tipo penal, por ese motivo no puede considerarse la única ni la correcta, en términos dogmáticos.

El delito de estelionato detrás del inciso 1) del artículo 217 (Código Penal) busca proteger al sujeto que adquiere un bien, obligando al vendedor a informar sobre la verdadera condición que ostenta el bien. La norma salvaguarda al comprador o adquirente frente al posible engaño del vendedor.

Para evidenciar la interpretación aludida en párrafo tras anterior acerca del bien jurídico, se revisarán de forma somera ambos incisos. El objetivo primordial del ejercicio es hacer evidente la insuficiencia de la noción de propiedad, civil o penal, como punto de partida para el análisis del bien jurídico. Asimismo, reconocer que la figura protege al sujeto pasivo frente a conductas susceptibles de afectar derechos patrimoniales diversos, las cuales se enmarcan en la noción de patrimonio (teoría jurídico-económica).

1) El primer inciso de artículo 217 del Código Penal establece:

- 1) Al que recibiendo una contraprestación, vendiere o gravare bienes litigiosos, o bienes embargados o gravados, callando u ocultando tal circunstancia.

Conforme a este inciso es posible sancionar al sujeto que *-recibiendo una contraprestación-* realice alguna de las siguientes conductas:

1. Venda un bien litigioso callando u ocultando que está vinculado a un proceso judicial.
2. Grave un bien litigioso callando u ocultando que está vinculado a un proceso judicial.
3. Venda un bien embargado callando u ocultando que está embargado.
4. Grave un bien embargado callando u ocultando que está embargado.

5. Venda un bien gravado callando u ocultando que está gravado.
6. Grave un bien gravado callando u ocultando que está gravado.

Extraer de la redacción del inciso las diferentes acciones típicas que podrían configurar el ilícito constituye el primer paso. El segundo consiste en aclarar qué se ha de entender por cada uno de los términos que componen esos supuestos de hecho, aunque para conseguir el objetivo no será necesario precisar cada uno de los vocablos que componen las seis acciones descritas, al no tratarse de abordar en este espacio el examen de tipicidad, sino simplemente de reconocer las cualidades de los comportamientos que admite el tipo penal.

La primera de las acciones susceptibles de configurar el delito es la siguiente:

1. Al que recibiendo una contraprestación venda un bien litigioso callando u ocultando que está vinculado a un proceso judicial.

Para lo que interesa, se revisarán los vocablos *venda*, *bien* y *litigioso*. *Venda* refiere a la acción de vender, la cual unida a la frase que contempla el inciso: “recibiendo una contraprestación”, remite a la compraventa. Ocurre una compraventa cuando el sujeto A transfiere el derecho que tiene sobre objeto X al sujeto B por un precio determinado. Este negocio se perfecciona de acuerdo con el numeral 1049 del Código Civil desde que existe convenio entre las partes en relación con la cosa y el precio.

En ese entendido y considerando que no existe o no se ha desarrollado una categoría penal de **venta**, en la cual se definan o concedan caracteres diversos a los reconocidos por la normativa civil, corresponde admitir la noción que se desprende del artículo citado como base para el examen, pues esta da cuenta de un aspecto de enorme importancia, el cual es el sistema de transmisión de bienes vigente en el ordenamiento costarricense, el sistema consensual.

El segundo vocablo es **bien**, tradicionalmente asociado con muebles o inmuebles, a pesar de que el Código Civil establece en el numeral 253, refiriéndose a los bienes considerados en sí mismos, lo siguiente: “los *bienes* consisten en cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporeales”¹⁵⁶. De esta disposición se desprende que no hay

¹⁵⁶ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”, 253.

razones para pensar que el referente empírico de **bien** se limita a las cosas muebles o inmuebles.

Ahora bien, admitir la letra de la norma civil obliga a repensar la noción de venta antes referida, ya que de conformidad con el Código Civil, título IV, capítulo I, los bienes incorporeales se transmiten mediante cesión.

Ante este panorama, tres caminos posibles son:

- a. Considerar que por respeto al principio de legalidad es inviable asumir (interpretar) que venta y cesión son equiparables, en cuyo caso aunque el artículo 253 del Código Civil contemple en la categoría de bienes los incorporeales, no será posible sancionar la conducta mediante estelionato cuando exista de por medio la cesión de un bien incorporal.
- b. Admitir que históricamente se ha vinculado el estelionato del inciso primero con los muebles e inmuebles y que cualquier interpretación que amplíe el alcance del tipo es indeseable y atenta contra el respeto del principio de legalidad y los subprincipios que este contempla (*lex certa, lex scripta, lex stricta, lex praevia*).
- c. Reconocer que no es necesario equiparar la venta con la cesión, porque **la cesión es la venta de bienes incorporeales**. El Código Civil regula la cesión en el título IV, capítulo I, de forma independiente a la venta, porque los bienes a los que se refiere son de naturaleza diferente, pero en realidad lo que existe detrás de la cesión como figura jurídica es una venta, incluso la cesión onerosa se rige por las reglas de la venta, según el numeral 1103 del mismo código¹⁵⁷. Por esa razón, es jurídicamente posible aceptar la cesión onerosa como base de la conducta, esto es, cuando el negocio se haya pactado en relación con bienes incorporeales, al no tratarse de sustituir **ceder por vender**, sino de respetar el sentido y alcance de las disposiciones civiles.

¹⁵⁷ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”, 1103.

La primera y la segunda opción se descartan porque mantienen la interpretación tradicional y, por ende, se apartan del objetivo. Por el contrario, la tercera opción presenta una alternativa novedosa que respalda el sentido de la norma: proteger a la víctima engañada sobre la condición del bien que adquiere, sea una cosa corporal o incorporal.

Por último, se debe examinar la voz “litigioso”. En términos generales puede decirse que un bien posee la condición de litigioso cuando el derecho al que se encuentra vinculado es objeto de discusión judicial, cuando ha sido trabada debidamente la **litis**, en los términos del numeral 1122 del Código Civil¹⁵⁸. De conformidad con esta norma: “Se reputará litigioso el derecho desde la contestación de la demanda en juicio ordinario, y desde el embargo formal en el ejecutivo”.

Con lo anterior como base, puede afirmarse que incurre en estelionato:

1. El sujeto (A) que vende a otro (B) por precio determinado la finca (X) sin advertir que está vinculada a un proceso judicial.
2. El sujeto (A) que cede de forma onerosa la marca (Z) al cesionario (B) sin advertir que existe un proceso judicial vinculado a la marca.

En ambos casos es posible hablar de estelionato (modalidad del inciso primero). Esta interpretación de los términos permite ensanchar la protección de la norma y entender que se extiende a aquellos casos en los que el negocio entre las partes es una cesión.

Tal valoración sirve de poco o nada si no se admite al mismo tiempo que el bien jurídico detrás de la redacción del inciso primero del artículo 217 es el patrimonio, entendido en los términos de la teoría jurídico-económica.

A diferencia de la propiedad, la noción de patrimonio en la tesis indicada se presenta en el espacio jurídico como una propuesta moderna, que permite por su conceptualización admitir la lesión de bienes muy diversos.

¹⁵⁸ Véase: Carlos Alberto Meléndez Segura, Manual teórico práctico en delitos económicos, (San José, Costa Rica: Guilá Imprenta y Litografía, 2006).

La propiedad como derecho que vincula personas con bienes se agota en atribuciones y valores definidos en el Código Civil y el de Comercio. Estos valores se presentan como limitados frente a la complejidad de las relaciones económicas, por lo que circunscribir el ámbito de protección a transacciones relativas a muebles o inmuebles deja por fuera un sinnúmero de escenarios contractuales en los que se podrían ver afectados derechos del acreedor por el silencio u ocultación del deudor.

Muchos de los bienes que en la actualidad poseen las personas son inmateriales, estos se vinculan en el comercio mediante actos jurídicos que están sujetos a conductas delictivas y lo que interesa es contar con institutos que posibiliten extender los márgenes de protección.

Ahora bien, cabe destacar que propiedad y patrimonio son palabras, el contenido de cada una es producto de acuerdos y aunque es cierto que en ambos casos se relacionan bienes con personas, la conceptualización que la doctrina y la jurisprudencia han dado a la noción de patrimonio lleva indiscutiblemente a afirmar que es una categoría más idónea que la tradicional propiedad.

2). El inciso segundo del artículo 217 del Código Penal establece:

Al que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente a éste, acordados a otro por un precio o como garantía, ya sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo.

Conforme a este inciso, es posible sancionar al sujeto que realice alguna de las siguientes conductas:

1. Tornare imposible el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación relativa a este, acordado por un precio o como garantía.
2. Tornare incierto el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación relativa a este, acordado por un precio o como garantía.
3. Tornare litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación relativa a este, acordado por un precio o como garantía.

De acuerdo con la redacción del tipo penal, la conducta se puede realizar mediante cualquier acto jurídico aunque no produzca enajenación, o bien, mediante un acto material. Se contemplan solo tres supuestos: remover, ocultar o dañar.

Para examinar el inciso primero, fue necesario presentar una definición de los términos que contenía la hipótesis del inciso revisada. En este caso no se deberán precisar vocablos, únicamente ofrecer una breve referencia sobre las frases que componen el supuesto por revisar, para tal propósito se elige el número tres.

Las frases por considerar serán: “tornare litigioso”, “derecho sobre un bien”, “cumplimiento de una obligación relativa a este”, “acordado por precio o como garantía”.

La primera alude al verbo transitivo “tornar”, el cual recae sobre litigioso. Donna interpreta que el verbo equivale a mudar o transformar la situación jurídica¹⁵⁹ y algunos, como Poguetto, se inclinan por considerar tal término como alusivo al resultado, al no separar los términos tornar y litigioso¹⁶⁰.

Como se dijo antes, el vocablo litigioso implica que el bien está vinculado a un proceso judicial, por esa razón *tornare litigioso* se traduce como la acción de volver discutible, aunque este verbo “transitivo” carece de sentido si no se relaciona con la siguiente frase: “derecho sobre un bien”, porque lo relevante es poner en discusión judicial el derecho que recae sobre un bien, el cual puede ser tanto corporal como incorporeal, mueble como inmueble. Adicionalmente, el verbo “tornar” adquiere vigencia con el vocablo litigioso en cuanto al “cumplimiento de una obligación relativa al bien”. Así, en el primer caso el verbo se realiza cuando el sujeto vincula el derecho a un proceso judicial y en el segundo cuando somete a litigio el cumplimiento de una obligación; en ambos casos debe estar de por medio un bien.

Ahora bien, el tipo penal no castiga al sujeto por la simple acción de vincular el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación a un proceso judicial, sino cuando ese

¹⁵⁹ Véase: Donna, 447.

¹⁶⁰ Véase: Pablo Martín Poguetto, Algunas cuestiones sobre defraudaciones especiales, en *Temas de Derecho Penal Argentino, aspectos de la parte general del Derecho Penal, Parte Especial del Código Penal, Leyes Penales Especiales*, Coord. Alexis Leonel Simaz (Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2006), 666.

derecho sobre el bien o el cumplimiento de la obligación ha sido “acordado a otro por un precio o como garantía”, esto es, que el sujeto A ha entregado en garantía el derecho sobre el bien al sujeto B y en forma posterior, aprovechando su situación jurídica o de hecho, realiza un acto jurídico por medio del cual afecta el derecho previamente transferido.

En lo que respecta a la conducta revisada, más que una precisión de los vocablos se presentó una breve explicación de la conducta que hay detrás del inciso, porque los términos en alguna medida fueron precisados antes.

Tomando en cuenta que el comportamiento delictivo descrito en realidad remite a una fórmula genérica, cabe pensar que son muchos los negocios que podrían eventualmente encajar en la descripción típica, pues el delito lo que sanciona es la frustración el derecho acordado.

Dos casos típicos serían:

- a. El sujeto A vende al sujeto B el inmueble X; luego el sujeto A, aprovechando que el notario no presenta la escritura traslativa de dominio vende, nuevamente el bien X al sujeto C, quien procede a inscribirlo de inmediato. Cuando sujeto B se presenta a inscribir la escritura, el bien se encuentra inscrito a nombre de C.
- b. El sujeto A cede al sujeto B un crédito contra Z; después el sujeto A, aprovechando que B no ha notificado al cedido, vuelve a ceder el crédito al sujeto C, quien sí notifica al cedido. Cuando sujeto B pretende cobrar el crédito, se da cuenta que este ya ha sido cancelado a C.

En ambos casos se parte de que el sujeto B ha pagado el precio por los derechos que ha adquirido: en el primer supuesto, en relación con el inmueble, y en el segundo, con respecto al crédito. Sin embargo, la acción posterior del sujeto A les impide hacer efectivo el derecho adquirido.

La explicación somera de la tipicidad de los dos primeros incisos era necesaria, como se indicó al principio, para establecer al menos a modo de hipótesis las conductas delictivas

reguladas y, de esa forma, juzgar la insuficiencia del término propiedad en contraposición al de patrimonio.

Después de este repaso, queda claro que no se puede contar con la noción de propiedad civil, ya que según las mismas normas civiles, está limitada al dominio; tampoco se puede partir de la noción penal porque esta en realidad no existe como fórmula genérica. Por esa razón, considerando que los comportamientos delictivos revisados importan lesiones a los bienes de las personas que van más allá de los derechos o facultades implicados por el dominio y que la teoría sobre el patrimonio vigente estima que deben encontrar resguardo los bienes y posiciones valorables en dinero, se cree adecuado calificar el patrimonio como bien jurídico protegido.

I.VI. La buena fe como bien jurídico

Otra de las tesis consideradas es la que estima que el bien jurídico es la buena fe. A favor de esta postura se ha dicho que el estelionato (inciso 1) establece la obligación de veracidad del sujeto activo, por eso el tipo penal sanciona el silencio –puro y simple- sobre la condición de la cosa. La idea detrás de la prevención –de corte general negativa- busca advertir al vendedor que debe guardar fidelidad en sus negocios y debe manifestar la condición en que se encuentran los bienes, porque si no se le impondrá una pena.

En relación con el estelionato (inciso 2), debe señalarse que para algunos representantes de la doctrina, entre los que se encuentran Fontan Balestra, Severo Caballero y Sebastian Soler (citado por Figari), este delito se enmarca en los ilícitos por abuso de confianza o de situación¹⁶¹. De allí que se considera que el sujeto activo falta a la buena fe cuando se aprovecha de la posición en la que se encuentra frente al bien y procede a realizar un acto que desmejora el derecho otorgado.

¹⁶¹ (Figari 1999, 81)

En caso del inciso 1), admitir la buena fe como bien jurídico supone la posibilidad de sancionar por el mero engaño, mientras que en el supuesto del inciso 2) implicaría la sanción de la tentativa, la cual ni siquiera se vislumbra como posible.

Tanto la modalidad clásica de estelionato como la denominada por la doctrina argentina como “desbaratamiento de derechos”¹⁶² están orientadas a la persecución de conductas que afectan de forma efectiva bienes; por esa razón, si bien se entiende como Donna que el delito implica una vulneración a la buena fe, no es el bien jurídico que se quiso resguardar, ya que de admitirse así, el delito cobijaría conductas de poca o ninguna relevancia¹⁶³.

Sección II

II. I. Examen del inciso primero del artículo 217 del Código Penal

Conforme a los antecedentes revisados en la primera parte, el inciso primero es el que mejor se vincula con el sentido del estelionato en su noción original. La redacción que presenta el tipo penal en este inciso será revisada con base en la siguiente estructura: sujeto activo, sujeto pasivo, la acción típica y aspectos normativos adicionales, al ser elementos que precisa conocer para el análisis de tipicidad.

De acuerdo con el numeral 217 del Código Penal vigente, el inciso primero establece:

- 1) Al que recibiendo una contraprestación, vendiere o gravare bienes litigiosos, o bienes embargados o gravados, callando u ocultando tal circunstancia.

¹⁶² Esta corresponde casi de forma idéntica con la modalidad de estelionato que recoge el inciso segundo del Código Penal costarricense.

¹⁶³ Véase: Donna, Derecho Penal: Parte Especial.

II.II. La norma

Un aspecto que usualmente no se toma en cuenta en el análisis del tipo penal es la norma que subyace a la descripción; sin embargo, conocer la ventaja la comprensión, al permitir apreciar la conducta que se manda o prohíbe. En el caso del inciso citado, la norma toma la forma de un mandato; la obligación de advertir la condición en la que se encuentra el bien cuando se ha de vender o gravar de forma onerosa.

A partir de esta proposición, se aprecia con claridad que el comportamiento delictivo se configura cuando se realiza el negocio jurídico y se calla u oculta la condición en la que se encuentra el bien. Por eso Figari, cuando se refiere a este ilícito, afirma: “La criminalidad está toda en los *antecedentes*, en los artificios para engañar; por esto el engaño constituye la verdadera esencia de este delito”¹⁶⁴.

El sujeto activo comete en delito porque omite mencionar lo que debe decir para evitar que el sujeto pasivo incurra en error y tome una disposición patrimonial. Con esto, la redacción del estelionato se adelantó a la estafa al indicar mucho antes no solo la conducta activa del sujeto, sino también la pasiva.

II.III. Sujeto activo

De acuerdo con la redacción del artículo, puede ser autor “el que” incurra en la conducta típica. De ello se colige como tesis de principio que cualquier persona que venda o grave (imponga cargas) bienes ocultando la condición en que se encuentran incurre en el delito de estelionato.

Sin embargo, no cualquier persona puede vender o gravar bienes, solo puede hacerlo aquel que cuente con las cualidades que exige el ordenamiento, entre las cuales destacan las

¹⁶⁴ Figari, “Bases doctrinales y jurisprudenciales del estelionato”, sección 1. Introducción y antecedentes legislativos nacionales, párr. 6.

facultades que el numeral 264 del Código Civil¹⁶⁵ reconoce al propietario, u ostente la condición de poseedor o usufructuario del bien.

Adicionalmente, puede ocupar la condición de sujeto activo el que actúa bajo mandato, esto es, con poder especial o generalísimo. Lo anterior pues aunque puede estar autorizado para vender o gravar bienes en nombre de su poderdante, no lo está para ocultar las cargas o gravámenes que pesan sobre estos; por esa razón, si estando autorizado para vender un bien despliega acciones para evitar que el comprador o el acreedor conozca la existencia de cargas o llega a ocultarlas, incurre igualmente en delito.

Esta circunstancia es relevante porque la normativa civil costarricense contempla un sistema de transmisión de bienes consensual (artículo 480 del Código Civil)¹⁶⁶, conforme al cual la transmisión de bienes se produce por el mero consenso entre las partes; existe un convenio desde que se produce acuerdo en cosa y precio entre el comprador y el vendedor. El sistema presupone que quien vende puede hacerlo, ya sea porque es dueño o cuenta con poder suficiente para realizarlo. Si quien vende no tiene ninguna de las dos condiciones, podría estar frente a una venta de cosa ajena o incluso un delito de estafa, pero no ante un delito de estelionato.

Por ejemplo, el sujeto A vende el vehículo de B (que tiene en posesión) a C sin advertir que sobre este pesa una prenda. Esta sencilla hipótesis se refiere a una relación contractual (A-C) que cumple, en tesis de principio, con los presupuestos del tipo penal, pues quien vende calla la verdadera condición en la que se encuentra el bien.

El problema radica en que quien vende no es dueño y, por ende, no cuenta con facultades suficientes para enajenar el bien. Frente a estas circunstancias podría suceder que: A adquiriera el bien de B e hiciera el traspaso respectivo a C, que A no adquiriera el bien en cuyo caso C podría interponer denuncia en contra de B por estafa, al hacerle creer que el bien era de su propiedad y no era así.

¹⁶⁵ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”, 264.

¹⁶⁶ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”, 480.

Puede considerarse que tal evaluación de la categoría (sujeto activo) es innecesaria, ya que el tipo penal sanciona el engaño del vendedor, no si este contaba con las cualidades o no para vender; no obstante, se trata de un elemento de análisis de tipicidad básico, por lo cual debe quedar claro que “*el que*” vende debe poder hacerlo conforme las disposiciones civiles y mercantiles.

II.IV. Sujeto pasivo

Quien figura como acreedor o comprador en el negocio, más exactamente, quien adquiere o recibe en garantía el bien ignorando la condición real que ostenta.

II.V. Acción típica

El elemento primordial del delito en este inciso radica en el engaño, porque la venta de bienes litigiosos es admitida por la legislación vigente siempre y cuando el comprador conozca esa condición al momento de pactar la compra del bien, debido a que ella implica un riesgo que hace menos atractiva su adquisición. De igual forma, se admite el gravamen sobre un bien que ha sido previamente gravado, si el acreedor conoce esa circunstancia y así la acepta. Verbigracia, los casos en los que se constituyen hipotecas de varios grados sobre una finca.

La condición para la punibilidad de la acción reposa en el engaño o en la más elemental omisión de informar, ya que detrás del tipo penal subyace un mandato, según el cual el titular del bien está obligado a brindar información veraz sobre la condición de este.

Esta obligación de lealtad del agente activo que se extrae de la norma no responde a una atribución moderna o nueva, por el contrario tiene sus raíces en el origen de la figura. Además, encuentra respaldo en las normas civiles, como de seguido se expondrá.

En la compraventa el vendedor está obligado al saneamiento, el cual comprende la garantía de evicción en relación con el goce pacífico de la cosa y los vicios redhibitorios en cuanto a los defectos (fundamentalmente materiales) ocultos. Así, la primera busca garantizar el libre ejercicio del derecho transmitido y está regulada en el numeral 1034 y siguientes del

Código Civil¹⁶⁷ y la segunda, por su parte, se refiere a los defectos ocultos de la cosa y es posible extraerla, de forma un tanto forzada, del numeral 1082 del mismo código.

Con esto no se quiere decir que la garantía por evicción (ser vencido en juicio) o por vicios redhibitorios (vicios ocultos) constituya el sustrato de la norma que recoge el 217 inciso 1 del Código Penal, sin embargo, a partir de ella se infiere el punto que interesa, el cual es que el vendedor está obligado a garantizar determinadas condiciones con respecto a la cosa cuyo derecho transmite. Afianza esta idea la disposición del párrafo primero del artículo 541¹⁶⁸ del Código de Comercio en cuanto a los muebles, según la cual:

El deudor que hubiera contraído una obligación con garantía prendaria no podrá gravar los mismos bienes para garantizar otra deuda, sin advertir en el nuevo contrato que existen el o los gravámenes anteriores. Si el deudor omitiera esa advertencia al constituir la garantía prendaria en el nuevo documento, no expresara que existen otros gravámenes de orden preferente, será considerado reo de estafa y castigado conforme a las disposiciones del Código Penal.

Con esta queda absolutamente clara la existencia de un deber del titular del derecho que trasmite o se constituye en deudor de proporcionar al adquirente o acreedor información cierta y actual sobre el bien.

II.VI. Verbos del tipo penal

1) Vender

En el apartado sobre el bien jurídico se presentaron algunas consideraciones sobre los términos que involucra el inciso primero, entre ellos el que se refiere a la venta. También se

¹⁶⁷ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”, 1034.

¹⁶⁸ Asamblea Legislativa, “Ley 3284: Código de Comercio del 30 de abril de 1964”: 541, Sinalevi, accesado 20 julio, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=89980&strTipM=VA

mencionó que el verbo “vender” se encuentra indefectiblemente vinculado a la frase “recibiendo una contraprestación”, por ese motivo se afirma que la norma se refiere a la compraventa, contrato que puede llevarse a cabo bajo las normas establecidas por el Código Civil o por el Código de Comercio.

Existe una compraventa cuando el sujeto A transfiere el derecho que tiene sobre objeto X al sujeto B por un precio determinado. El negocio se perfecciona, según el numeral 1049 del Código Civil¹⁶⁹ o 442 del Código de Comercio¹⁷⁰, desde que existe acuerdo en relación con la cosa y el precio. A partir del contrato de compraventa indicado, surge –generalmente- la obligación de dar.

Esto es así por el sistema de transmisión de bienes que consagra el numeral 480 del Código Civil¹⁷¹, según este la propiedad sobre bienes muebles e inmuebles se transmite por el solo consenso, no se requiere la tradición, suscripción ni inscripción de ningún documento, para que surta efectos interpartes.

No obstante, cuando se realiza el traspaso de un bien inmueble y en el caso de algunos muebles es necesario inscribir la transacción en el Registro Público de la Propiedad con el fin de que los derechos adquiridos por el comprador tengan efectos legales ante terceros, de conformidad con la disposición del 267 del Código Civil¹⁷².

La inscripción en el Registro Público es una formalidad que tiene como objetivo la oponibilidad¹⁷³. Desde luego, entre lo que establece la ley y lo que acontece en la realidad hay una gran distancia, en especial porque el sistema de transmisión de bienes referido, herencia del Código Napoleónico, presenta debilidades que facilitan la comisión de defraudaciones.

¹⁶⁹ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”: 1049.

¹⁷⁰ Asamblea Legislativa, “Ley 3284: Código de Comercio del 30 de abril de 1964”: 442.

¹⁷¹ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”: 480.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Véase: Federico Torrealba Navas, *Lecciones de contratos*, 1era. ed (San José, Costa Rica: ISOLMA, 2009), 419.

Sobre el particular y haciendo hincapié en el convenio, afirma Creus, (citado por Donna): “no es necesaria la tradición de la cosa, ya que la venta a que se refiere el Código Penal es el respectivo contrato, no la adquisición perfecta del derecho real”¹⁷⁴, por ese motivo a nivel nacional basta con el mero convenio entre las partes para reconocer la existencia del negocio. Aun cuando el instrumento público en el que se consigne el negocio sea espurio, es factible determinar la existencia del delito, porque el convenio es independiente del documento en que se materializa, aunque eventualmente constituye prueba para acreditar la advertencia o la omisión de la información.

Retomando el punto de interés, para la configuración del ilícito debe existir de por medio la venta de un bien (corporal o incorporal), en los términos señalados. No se admite la promesa recíproca de compraventa, porque el contrato que refiere el tipo penal implica la disposición del bien y ese no es el caso en el contrato de promesa recíproca, a partir de este únicamente se establece un vínculo de carácter obligacional, el objeto del convenio es el negocio que en el futuro se ha de celebrar y no el bien como tal. En palabras de Creus (citado por Donna): “no hay venta cuando sólo se ha prometido en venta [...]”¹⁷⁵.

Por ese motivo, no habrá delito si el vendedor A promete vender el bien X al sujeto B sin advertirle que está anotado por un proceso judicial, pero al momento de hacer efectiva la promesa, pone en conocimiento del deudor esa condición.

Como el delito se configura cuando el sujeto vende un bien litigioso, embargado o gravado, conviene hacer un paréntesis para precisar estos tres términos. A efectos de establecer cuándo un bien ha de considerarse litigioso, embargado o gravado.

Previamente se indicó que un bien reviste la condición de **litigioso** cuando se encuentra sometido a un proceso judicial, en el que se ha trabado la litis, esto es, que la parte demandada ha sido debidamente notificada del proceso y ha contestado, conforme establece

¹⁷⁴ Donna, 431.

¹⁷⁵ Donna, 431.

el numeral 1122 del Código Civil: “*Se reputará litigioso el derecho desde la contestación de la demanda en juicio ordinario, y desde el embargo formal en el ejecutivo*”¹⁷⁶.

Esta y otras disposiciones del texto decimonónico deben examinarse con cautela, al dejar de lado supuestos en los que cabe considerar el bien como litigioso. Por ejemplo, cuando se trata de procesos abreviados o en los casos en los cuales habiendo transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado no contesta. Desde luego, se entiende que es viable la aplicación analógica de la norma en el caso de los procesos abreviados y que la litis (litigio) se traba de igual forma si el demandado no contesta en el plazo en el que podía hacerlo.

Se califica como litigioso porque a través del proceso se pone en discusión la condición del bien en relación con el titular.

El juicio no debe ser ordinario, bien puede ser abreviado o incluso sumario, ya que el requisito esencial, según dispuso el legislador, es que al momento de efectuarse el negocio el bien esté sujeto a un conflicto judicial. El carácter litigioso, como afirma Núñez (citado por Donna)¹⁷⁷, no solo se establece cuando la litis versa sobre su dominio, sino también cuando es acerca de la condición de libre o embargado.

También puede afirmarse que ostenta la condición de litigioso el bien que cuenta con anotaciones por denuncias penales, pues en estos casos, aunque no se discuta el dominio propiamente, el bien puede resultar afectado y si el adquirente o acreedor no lo conocían, se ven perjudicados; tal condición desmejora por sí el derecho.

En otro orden de ideas, un bien se encuentra **gravado** cuando sobre él pesa un derecho real de garantía, que ha sido acordado de conformidad con las reglas que rigen la constitución de tales gravámenes, de forma tal que pueda ser opuesto a terceros¹⁷⁸.

La oponibilidad a terceros normalmente se deriva de la publicidad, la cual no es necesaria para la validez del gravamen, por esa razón se afirma que la acción delictiva no se enerva si

¹⁷⁶ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”, 1122.

¹⁷⁷ Véase: Donna, 432.

¹⁷⁸ Figari, “Bases doctrinales y jurisprudenciales del estelionato”, Sección 3.8 Gravado, párrafo 1.

el sujeto pasivo está en posibilidad de conocer la condición de gravado, ya que la delincuencia castiga al sujeto activo por el engaño no al sujeto pasivo por su negligencia.

Tampoco cabe excluir la tipicidad cuando el gravamen no ha cumplido con los trámites necesarios para ser oponible a terceros, porque aun así la carga existe y el dueño o deudor la conoce, pues es quien la ha acordado; en consecuencia, debe advertir al comprador o acreedor sobre su existencia. Verbigracia cuando se constituye una hipoteca sobre una propiedad, pero no se inscribe de inmediato y esta situación la aprovecha el dueño para volver a transar el bien. En tal caso, debe prevenir al comprador sobre la existencia de tal garantía, porque pese a no estar inscrita, incide de forma directa sobre las cualidades del inmueble cuya propiedad negocio.

En general, autores como Edgardo Donna o Enrique Figari afirman, sin brindar mayores razones, que el gravamen consiste en la imposición de una carga, en la afectación del bien con un derecho real de garantía¹⁷⁹. A partir de esa afirmación, se entiende como gravamen la hipoteca o la prenda, derechos reales de garantía por excelencia, y se excluyen como gravámenes las obligaciones personales o los privilegios que pueden acordarse en relación a los bienes, en el entendido de que estos no limitan el bien sino al titular¹⁸⁰.

Ambas garantías reales requieren para su constitución como formalidad *ad substantiam* la escritura pública, conforme artículo 409 del Código Civil en relación con la hipoteca¹⁸¹ y 537 del Código de Comercio en el caso de la prenda¹⁸², así como la inscripción en el Registro Público de la Propiedad de Inmuebles, numeral 464 del texto civil¹⁸³ y en el Registro de Bienes Muebles, de acuerdo con artículo 551 del Código Comercio¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Figari explica en el artículo “Bases doctrinales y jurisprudenciales del estelionato” que “Grava: quien constituye un derecho real de garantía sobre la cosa”.

¹⁸⁰ Véase: Donna, Derecho Penal: Parte Especial.

¹⁸¹ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”, 409.

¹⁸² Asamblea Legislativa, “Ley 3284: Código de Comercio del 30 de abril de 1964”, 537.

¹⁸³ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”, 464.

¹⁸⁴ Asamblea Legislativa, “Ley 3284: Código de Comercio del 30 de abril de 1964”, 551.

La inscripción en el Registro es necesaria para la oponibilidad de la garantía frente a terceros, pero no para que se configure el delito, como se explicó antes.

La doctrina y los comentarios previos llevan a pesar el gravamen en términos de garantía, no obstante, es posible afectar o gravar un derecho sin que exista de por medio una garantía. Cuando el tipo penal refiere que incurre en delito el que vende un bien gravado sin advertir tal condición, no se remite de forma exclusiva a la hipoteca y a la prenda, aunque siempre se ha interpretado así.

Figari hace hincapié en este punto y afirma: “el gravamen al que se refiere la ley penal es el “gravamen” real, o sea, derecho reales de garantías o servidumbres – reales o personales ya que estas últimas importan siempre gravamen real a favor de una persona”¹⁸⁵.

La afirmación del autor corresponde con el artículo 1887 y siguientes de la legislación argentina¹⁸⁶, debido a que la mencionada norma incluye como derecho real las servidumbres activas, el derecho de hipoteca, la prenda, entre otros.

A diferencia de legislación argentina, la nacional no hace mención a modo de catálogo de los derechos reales, no obstante, sí contempla las servidumbres como derechos reales en cosa ajena. Aspecto que se evidencia en el numeral 370 del texto civil, que establece: “las servidumbres no pueden imponerse a favor ni a cargo de una persona, sino solamente a favor de un fundo o a cargo él”¹⁸⁷. De esto se sigue que las servidumbres constituyen un gravamen, al afectar directamente el bien, pero no constituye un derecho real de garantía.

¹⁸⁵ Figari, “Bases doctrinales y jurisprudenciales del estelionato”, sección 3.1 Aspecto objetivo, párrafo 2.

¹⁸⁶ Senado y Cámara de Diputados de la nación argentina, “Ley 26994: Código Civil y Comercial de la Nación del 1 de octubre de 2014”: 1018, Infojus, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

ARTÍCULO 1887.- Enumeración. Son derechos reales en este Código: a. el dominio; b. el condominio; c. la propiedad horizontal; d. los conjuntos inmobiliarios; e. el tiempo compartido; f. el cementerio privado; g. la superficie; h. el usufructo; i. el uso; j. la habitación; k. la servidumbre; l. la hipoteca; m. la anticresis; n. la prenda.

¹⁸⁷ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”, 370.

La conducta del que oculta o calla al vender el gravamen que pesa sobre el bien se considera disvaliosa por lo cual implica dicha carga, pues como ha señalado tantas veces, tal condición le resta valor al bien.

Las servidumbres se establecen en relación con los fundos y no con las personas, existen de diversos tipos y algunas de ellas, como en el caso de las servidumbres legales, no pueden desligarse del bien por decisión del titular del fundo.

Si una persona conoce que existe una servidumbre en su propiedad y lo oculta al comprador, le oculta una carga, una que podría hacer la adquisición del bien mucho menos atractiva y, por tanto, podría condicionarla.

En resumen, aun cuando la legislación nacional no es tan amplia como la argentina, cabe admitir como presupuesto de un gravamen no solo la existencia de una garantía, sino también la de una servidumbre.

Una tercera condición que la norma penal advierte al agente es la condición de embargado.

En palabras de profesor Figari, un bien se encuentra embargado cuando:

Al momento del hecho, se haya individualizado y afectado al pago de un crédito mediante su secuestro –cosa mueble– o, por la anotación del embargo en el registro respectivo –cosa mueble registrable o inmueble– y tiene que tratarse de un embargo “trabado” no siendo suficiente la existencia del pedido de parte ni la orden del juez mientras ésta no se haya cumplido¹⁸⁸.

Con esta explicación el autor hace referencia al embargo ejecutivo, que deriva de un proceso de cobro judicial, así como al embargo preventivo, que se gestiona por la parte actora a fin de resguardar el bien a las resultas del proceso. Dos de los supuestos en los que procede el embargo.

El embargo, como apunta Figari, busca individualizar y provocar la indisponibilidad del bien que se afecta, aunque no implica ningún tipo de desplazamiento posesorio ni un derecho real sobre la cosa.

¹⁸⁸ Figari, “Bases doctrinales y jurisprudenciales del estelionato”, sección 3.7 Embargado, párrafo 1.

Si el agente activo conoce que existe la orden de embargo, que en ese momento el bien se encuentra indisponible porque está afectado al pago de un crédito, debe informar al comprador o al acreedor, para que este sea quien decida si asume o no el riesgo que ello implica.

A modo de recapitulación: incurre en el delito el que vende un bien que se encuentra vinculado a un proceso judicial, gravado o sujeto a embargo, callando u ocultando tal condición, porque de esa forma el agente presenta una imagen del bien al adquirente que no corresponde con la realidad.

La conducta que prevé el inciso primero del artículo 217 del Código Penal se realiza cuando el sujeto vende o grava; en este apartado se han expuesto las consideraciones relativas al primero, en el siguiente se aborda el segundo, gravar.

2) Gravar

El otro verbo que contempla el inciso es gravar. La voz gravar o gravamen no fue definida en el ordenamiento costarricense, pero de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española* gravar significa “cargar, pesar sobre alguien o algo”¹⁸⁹. A partir de esta noción se comprende que un bien se grava “cuando se afecta con un derecho real de garantía”¹⁹⁰ o con una servidumbre, como lo propone Figari, pues en ambos casos se pone una carga, tal como se indicó párrafos atrás al exponer las condiciones en las cuales se asume un bien como gravado.

La acción por sí sola no constituye delito, este acaece cuando ese gravamen se establece o acuerda sobre un bien litigioso, embargado o gravado, en los términos referidos.

¹⁸⁹ Diccionario de la lengua española, s.v. “gravar”, accesado el 20 de julio de 2015, <http://lema.rae.es/drae/?val=gravar>

¹⁹⁰ Donna, 431.

II.VII. El silencio y la ocultación

De acuerdo con la descripción del tipo penal, la sanción por el delito de estelionato, según el inciso primero, se impone “al que recibiendo una contraprestación, vendiere o gravare bienes litigiosos, o bienes embargados o gravados, **callando u ocultando** tal circunstancia”.

La doctrina ha entendido sin mayores controversias que calla quien guarda silencio y oculta quien encubre a la vista. Los significados de estos términos no han suscitado mayor discusión, a partir de ellos se entiende que el tipo penal determina el deber de informar.

Considerando esta obligación, en la exposición de motivos del Decreto-Ley 17 567 de 1968, que introduce reformas al Código Penal argentino, se indica:

La idea central del nuevo texto consiste en exigir en el sujeto activo el deber positivo de informar la condición en que una cosa se encuentra, cuando recibe una contraprestación por el trato que a ella se refiere. El silencio y la ocultación juegan, pues, como el ardid propio de una estafa, ya que son directamente determinantes de un pago que no se haría si supiera la verdad.

En esa oportunidad se introduce en la redacción del tipo penal la frase “callando u ocultando la condición en que se encuentran”. El comentario de la exposición de motivos ha sido reiterado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia nacional.

Callar u ocultar las condiciones –específicas- que prevé la norma cuando se celebra un convenio oneroso constituye delito, según lo establecido en el inciso primero del artículo de comentario.

II.VIII. El estelionato ¿una forma de estafa?

Desde antaño el estelionato ha sido considerado por la literatura jurídica como una forma de estafa, ya que esta última es la defraudación genérica y el delito en comentario, en la modalidad del inciso primero, un tipo particular de fraude. Pese a esto y conforme lo examinado en el capítulo primero de este trabajo, la historia sugiere que en sus orígenes el estelionato era la forma genérica y los demás ilícitos eran diferentes modalidades.

Aunque dicha tesis es discutible. En la actualidad la estafa es la representante por excelencia de la defraudación, a lo largo de su desarrollo en textos y doctrina ha perfilado una noción genérica capaz de admitir un sinnúmero de conductas. Sin embargo, por tradición o necesidad se conservan figuras delictivas cuyos presupuestos de tipicidad guardan especial relación con la estafa, como es el estelionato.

Representantes de la doctrina (Edgardo Alberto Donna, Javier Esteban de la Fuente, Carlos Creus, entre otros) aceptan de forma pacífica como requisitos de la estafa el ardid o engaño, la disposición patrimonial y el perjuicio. Por otro lado y aunque la doctrina no se ha detenido a enunciar los elementos o requisitos del estelionato en la modalidad del inciso primero, puede decirse sin temor a error que en el estelionato están presentes el engaño, un acto dispositivo del patrimonio y un perjuicio.

En consecuencia, es necesario reconocer que existe identidad estructural entre las figuras, porque los tres elementos clásicos están vinculados a ambas. De forma acertada la doctrina ha entendido que el estelionato (inciso primero) recoge una modalidad de estafa.

II. IX. La supuesta derogatoria tácita de inciso primero del artículo 217 del Código Penal por el delito de estafa

Corresponde examinar en este apartado si la reforma al tipo penal de estafa^{191 192} gestada en 1988 pudo afectar la vigencia del inciso primero del artículo 217 del Código Penal, al punto de significar la derogación tácita¹⁹³.

De acuerdo con Carlos Manavella “se habla de derogación tácita cuando [...] se presentan dos leyes del mismo rango que ordenan consecuencias jurídicas diferentes para una misma hipótesis jurídica”¹⁹⁴.

El mismo autor explica que ante esta situación es necesario resolver cuál norma debe prevalecer, para lo que debe acudir a dos principios: el principio de prevalencia de la ley posterior y el principio de prevalencia de la ley más específica¹⁹⁵.

Manuel Albaladejo, refiriéndose al mismo tema, señala: “La incompatibilidad entre leyes puede proceder: A. De que establezcan una regulación contradictoria. B. De que la regulación establecida en la segunda absorba –aun no contradiciéndola- a la primera”¹⁹⁶.

Para explicar el segundo supuesto, el autor español indica que este acontece cuando la ley nueva es más amplia y recoge en sus contenidos disposiciones sueltas¹⁹⁷.

¹⁹¹ El delito de estafa fue reformado en 1988 por la Ley No. 7107 del 4 de noviembre de 1988, Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República.

¹⁹² La redacción del delito de estafa a partir de la reforma operada en 1988 es la siguiente: Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno, será sancionado en la siguiente forma [...].

¹⁹³ Véase: Francisco Castillo González, *El delito de estafa* (San José, Costa Rica: Juritexto, 2001), 25.

¹⁹⁴ Carlos A. Manavella Caballero, *Conceptos jurídicos fundamentales* (San José, Costa Rica: IVSTTIA, 2007), 83.

¹⁹⁵ Manavella Caballero, 83.

¹⁹⁶ Manuel Albaladejo García, *Derecho Civil I Introducción y parte general*, decimoséptima ed (España, Madrid: Edisofer S.L, 2006), 186.

Por su parte, el Código Penal dispone en su artículo 11 que: “Los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión”¹⁹⁸. Si existen varias normas que regulan la misma hipótesis delictiva, es necesario determinar cuál es la norma vigente.

Para hablar de derogación tácita, tal como refiere Manavella, es necesario identificar dos normas del mismo rango que regulan una misma hipótesis y le otorgan consecuencias jurídicas distintas. En el caso concreto, esto no ocurre. Si bien se trata de dos normas del mismo rango, las dos no contienen –en sentido estricto- la misma hipótesis criminal. En el caso de la estafa, el tipo penal recoge una noción genérica, que abarca diversidad de conductas defraudatorias; mientras que en el estelionato, la descripción del ilícito penal engloba un comportamiento defraudatorio específico.

La identidad existente entre las figuras (estafa y estelionato) reside en los elementos estructurales que les dan fundamento, por eso la relación entre ellas es de género a especie.

Adicionalmente debe advertirse que las normas no confieren consecuencias jurídicas distintas. La sanción que se impone a quien incurre en estelionato tiene como parámetro la penalidad de la estafa. Ambos delitos utilizan la misma regla para establecer la pena.

Por las razones señaladas se reconoce que no es viable hablar de derogación tácita de la norma. En todo caso, la aplicación de las reglas que proponen Manavella y Albaladejo, para establecer cual norma conserva vigencia y cual es desplazada, no permiten afirmar que el estelionato haya sido derogado tácitamente por la estafa.

Si bien la conducta descrita como estafa en el artículo 216 del Código Penal es posterior, no es más específica que la descrita en el tipo penal de estelionato, inciso primero, y de acuerdo con Manavella, es necesario considerar ambos criterios para determinar cuál norma se mantiene vigente.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Asamblea Legislativa, “Ley 4573: Código Penal del 4 de mayo de 1970”, 11.

La conducta delictiva que contiene la estafa es más amplia que el comportamiento señalado como estelionato en el inciso primero del artículo 217 del mismo código. Pero ese criterio (norma más amplia) no puede indicarse como punto de partida para considerar la norma (estelionato) derogada tácitamente, porque cuando se trata de normas penales, debe preferirse siempre la norma más específica.

Lo anterior, de conformidad con el principio de legalidad y los subprincipios que este contempla (*lex certa, lex scripta, lex stricta, lex praevia*), que abogan por una descripción del hecho punible precisa y determinada.

En síntesis, no es posible hablar de derogación tácita de la norma porque se trata de hipótesis diferentes, lo que acontece entre estas normas es que una contiene en su fórmula fáctica (estafa) a la otra (estelionato). En ese caso, la discusión de cuál norma es la aplicable debe resolverse necesariamente con las reglas del concurso aparente.

El concurso aparente de normas lo recoge el artículo 23 del Código Penal, que establece:

Cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, sólo se aplicará una de ellas, así: la norma especial prevalece sobre la general, la que contiene íntegramente a otra se prefiere a ésta y aquélla que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria.¹⁹⁹

De esta norma se derivan tres reglas o principios: especialidad, consunción y subsidiariedad. El principio de especialidad señala que prevalece la norma especial frente a la norma general; el de consunción, que predomina la norma que contiene de forma íntegra a la otra y el de subsidiariedad, que prevalece la norma principal ante la subsidiaria.

Existe un concurso aparente cuando la misma conducta está descrita en varias disposiciones legales excluidas entre sí. Un ejemplo permitirá comprender mejor la idea: El sujeto A oculta al sujeto B que el bien Z está gravado, por lo que el sujeto B compra el bien. Si B hubiera conocido la existencia del gravamen no habría comprado el bien Z.

¹⁹⁹ Asamblea Legislativa, “Ley 4573: Código Penal del 4 de mayo de 1970”, 11.

Esta conducta encuadra en la descripción del estelionato (inciso primero), pero también en la de estafa, pues el sujeto A indujo a error (omisivo) al sujeto B, con lo cual B tomó una decisión patrimonial perjudicial. Ambas tienen como bien jurídico el patrimonio.

En ese caso, para determinar cuál norma ha de aplicarse (estafa o estelionato), basta con acudir al primero de los criterios que ofrece el artículo de comentario, el de especialidad; según este, corresponde elegir el estelionato, por ser la norma especial, la que regula de forma más precisa la conducta delictiva.

Cabe advertir que el ejercicio precedente es ajeno a las particularidades que en la práctica se podrían presentar. Parte de un escenario en el cual es fácil distinguir en la conducta del acusado (A) los elementos típicos del estelionato.

Así las cosas, aunque exista identidad en los elementos que integran ambas figuras, la estafa contemplada en el artículo 216 no derogó en forma tácita el estelionato del artículo 217 inciso primero y frente a un concurso aparente de normas, correspondería aplicar la norma de estelionato, por ser norma especial.

Sección III

III.I. Examen del inciso segundo del artículo 217 del Código Penal

Tal como se indicó en el primer capítulo de este trabajo, los antecedentes de la redacción del inciso segundo del numeral 217 del Código Penal es posible rastrearlos en la legislación argentina, donde se gestó la norma que hoy recoge el artículo 173 en su inciso once del Código Penal de esa República²⁰⁰.

²⁰⁰ Congreso de la nación argentina, “Ley 11 179: Código Penal de la nación argentina del 21 de diciembre de 1984”: 173, Infojus, accesado 20 julio, 2015, <http://www.infojus.gob.ar/11179-nacional-codigo-penal-lns0002677-1984-12-21/123456789-0abc-defg-g77-62000scanyel>

Artículo 173 inciso 11: El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía.

El propósito de la norma era resolver un problema que se manifestaba con frecuencia y no solventaba el inciso nueve del mismo artículo (que contempla la conducta denominada estelionato)²⁰¹.

La redacción que presenta el inciso segundo del artículo 217 será revisada, al igual que el anterior, con base en la siguiente estructura: la norma, sujeto, acción típica y elementos normativos.

El texto del inciso dos del artículo en estudio tiene la siguiente redacción:

2) Al que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente a éste, acordados a otro por un precio o como garantía, ya sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo;

III.II. La norma

A partir de la descripción apuntada, se estima que la norma contenida en el inciso es la siguiente:

Resulta prohibido llevar a cabo un acto jurídico en relación con un bien sobre el que previamente se ha otorgado un derecho o pactado una obligación, de forma que se impida realizar el derecho a plenitud o cumplir con la obligación.

De esta norma, se desprende que la acción delictiva presupone la existencia de un negocio, por medio del cual se ha otorgado un derecho o acordado una obligación a otro sujeto. Este elemento resulta medular para comprender las características del delito, pues con él se protege el derecho –o la obligación- que fue transado de conductas abusivas por parte del

²⁰¹ Esta se identifica con el inciso 1 del artículo 217 del Código Penal costarricense.

titular anterior, porque como indica Soler (citado por Donna): “hay cosas que no se pueden hacer, después de haber hecho otras”²⁰².

Las prohibiciones que recogen el inciso primero y segundo del estelionato están ubicadas en dos momentos diferentes del negocio. En el primer caso, la prohibición se dirige a un momento anterior al negocio, al sancionar a quien falta a la verdad sobre las condiciones del bien; mientras en el segundo sanciona un momento posterior al negocio, cuando el sujeto activo aprovecha indebidamente las condiciones materiales o jurídicas que ostenta. Esta circunstancia permite afirmar que entre ambos existe una relación de complementariedad.

Estelionato (inciso 1)	Negocio jurídico	Estelionato (inciso 2)
------------------------	------------------	------------------------

III.III. Sujeto activo

Al igual que en el inciso primero, el inciso segundo se refiere al autor como “al que” tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación. De acuerdo con los requisitos objetivos del tipo penal, solo incurre en el delito el sujeto que previamente ha otorgado el derecho o pactado una obligación y en forma posterior realiza un acto que “torna imposible, incierto o litigioso” ese derecho o la posibilidad de cumplir la obligación. Por esta circunstancia, se afirma que el sujeto tiene en todos los casos una relación jurídica –contractual- preexistente con el sujeto pasivo.

Presupuesto que permite excluir como delito los casos en los que el sujeto interpone acciones judiciales que vuelven litigiosos los bienes (ajenos) o los actos encaminados a volver inciertos o imposibles derechos sobre bienes, ya que para la configuración del ilícito es indispensable que entre ambos sujetos, sujeto activo y sujeto pasivo en términos de la

²⁰² Donna, 444.

norma, exista una relación jurídica de tipo contractual previa en relación con el bien y derecho u obligación que se afecta.

De ahí que cuando Donna se refiere a este aspecto, afirma que la calidad de autor o coautor solo puede ser asumida por quien ha cumplido los tramos de la figura penal: la creación del derecho o la obligación y la posterior frustración²⁰³.

En tesis de principio, el sujeto activo debe ser el titular del derecho que transfiere, al resultar necesario que el negocio sea válido y eficaz. No obstante, quien actúa como apoderado general sin límite de suma también puede incurrir en delito, aun cuando el derecho que afecta no le pertenezca, si está autorizado para enajenarlo, pues la norma no exige que el bien deba pertenecer al patrimonio del sujeto activo, lo que castiga es que se lleve a cabo un negocio y luego un acto por el cual se vulnera el derecho pactado. Así, si el sujeto, en la condición dicha, efectúa el convenio (según el mandato) y luego el acto (material o jurídico) que afecta el derecho o el cumplimiento de la obligación, comete el delito.

Nunca se podría imputar el hecho al mandatario, aunque el bien le pertenezca y los efectos del acto que celebra el apoderado se le atribuyan, aun cuando haya autorizado al mandante para realizar toda clase de actos y contratos, porque el acto jurídico o material que lleva a cabo corresponde a un comportamiento delictivo que se aparta del mandato. Su responsabilidad, eventualmente, si desconoce el hecho, podría ser civil, pero no penal, esta última atañe al mandante.

En cualquier caso no debe descartarse la posible existencia de un hecho en coautoría (mandante y mandatario) o algún grado de participación. Para tales efectos será de importancia establecer el origen de la representación, esto es si proviene de la ley, orden judicial, si es con o sin poder²⁰⁴.

²⁰³ Véase: Donna, 459.

²⁰⁴ Sobre la capacidad para contratar véase: Torrealba Navas, Federico, “Lecciones de Contratos” y Pérez Vargas, Víctor, tercera edición: “Existencia y Capacidad de las personas”.

De lo anterior se concluye que el sujeto activo puede ser el titular del bien o el derecho que transmite, pero no es indispensable que lo sea, mientras esté facultado para disponer del bien.

Adicionalmente, cuando se piensa en el sujeto activo –a nivel típico-, debe tomarse en cuenta si contaba con la capacidad de contratar en nombre propio, es decir, si no tenía limitación por edad, capacidad (mental, física o legal) o alguno relacionado con la naturaleza jurídica de la persona jurídica a la que representa²⁰⁵.

En el nivel típico es indispensable examinar la capacidad del sujeto, porque la responsabilidad que se le atribuirá será penal, no civil, y porque el presupuesto del delito es un negocio válido y eficaz. Si desde el principio se aprecia que el sujeto llevó a cabo un negocio para el que no tenía capacidad, podrá afirmarse que hay delito de estafa, mas no de estelionato, porque en este último el primer negocio que realiza el sujeto activo debe ser válido.

Ante estas consideraciones un tema que precisa traer a colación es la responsabilidad de las personas que intervienen en la comisión del ilícito, pues lo indicado lleva a pensar que se trata de un delito especial propio; la estructura del delito no admite que cualquier persona realice el hecho.

Este asunto podría encontrar respuesta en el artículo 49 del Código Penal vigente que determina la comunicabilidad de las circunstancias²⁰⁶, pues a partir de este podrían trazarse las posibilidades para punir a las demás personas que participan activamente del hecho delictivo.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Asamblea Legislativa, “Ley 4573: Código Penal del 4 de mayo de 1970”, 49.

III.IV. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo solo puede ser quien ha participado en la relación contractual con el sujeto activo y a consecuencia de ello ha adquirido un bien por precio o lo ha recibido como garantía.

La misma regla que aplica para el sujeto activo lo hace para el sujeto pasivo, ya que la norma solo protege los derechos y obligaciones que surgen con motivo del negocio a favor de quien ostente la posición de acreedor.

III.V. Acción típica

Para comenzar el examen de la conducta típica es necesario iniciar por el verbo. La simple lectura de este inciso sugiere al lector que el verbo típico es “tornar” y los términos que lo acompañan son adjetivos que lo califican. En virtud de los cuales se presentan tres escenarios diferentes: “tornar imposible”, “tornar incierto” y “tornar litigioso”.

La acción del sujeto activo consiste en tornar imposible, incierto, litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación.

Tornar de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española* tiene varios significados, entre ellos: “cambiar la naturaleza o estado o el estado de algo o alguien”²⁰⁷. De ahí que en la doctrina (Spolansky citado por Donna) el término se ha interpretado como “equivalente a mudar o transformar un derecho de situación, estado o relación”²⁰⁸.

Tal noción ha encontrado el respaldo de unos y los reparos de otros, pues no pocas veces se ha señalado que no debe confundirse el verbo típico con su resultado. Así, los representantes de la doctrina se dividen entre los que consideran “tornar” como el verbo típico y quienes afirman que es el resultado.

²⁰⁷ Diccionario de la lengua española, s.v. “tornar”, accesado el 20 de julio de 2015, <http://lema.rae.es/drae/?val=TORNAR>.

²⁰⁸ Donna, 447.

Por la primera posición se inclina Edmundo Hendler (citado por Comparato)²⁰⁹, quien “sostiene que el núcleo del tipo penal resulta ser el verbo *tornar* que debe entenderse limitada a los modos comisivos específicos: mediante acto jurídico, removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo” y, por la segunda, Fernando Comparato, pues en su criterio tornar es el resultado y en ese caso la acción típica reposa sobre los “actos jurídicos y los hechos materiales previstos por la norma”²¹⁰.

Esta categoría debe examinarse con cuidado, al referirse a la acción que realiza el sujeto y es fundamental delimitarla para atribuir la responsabilidad.

En primer lugar, debe considerarse que una persona no es capaz de tornar litigioso un bien, lo cual hace o podría hacer un bien litigioso es la vinculación a un proceso judicial y en tal caso es el proceso el que torna litigioso el bien, no la persona. A partir de esta idea se tiene que “tornar litigioso” no constituye una acción que pueda imputarse al sujeto.

Lo mismo sucede en relación con “tornar imposible” y “tornar incierto”, el sujeto tampoco tiene la capacidad de tornar imposible o incierto, pues no es realmente él, sino el acto jurídico que lleva a cabo el que puede –eventualmente- tornar incierto, imposible o litigioso el derecho o la obligación respecto al bien.

Esta observación no pasa de ser una curiosidad de la redacción del tipo penal, ya que en lo fundamental, basta con revisar los demás elementos de la descripción típica para notar que la discusión sobre la voz *tornar* es ociosa y queda claro que el término hace referencia a una transformación jurídica o fáctica producida en el bien o el derecho por el acto jurídico *posterior* que lleva a cabo el sujeto activo. Los adjetivos que lo acompañan hacen referencia al resultado. De ahí que el nombre bajo el cual se regula y conoce esta conducta en el derecho argentino sea “desbaratamiento de derechos acordados”.

²⁰⁹ Véase: Fernando Comparato y Rafael Julián, “Acciones típicas de desbaratamiento”, en *Temas de Derecho Penal Argentino, aspectos de la parte general del Derecho Penal, Parte Especial del Código Penal, Leyes Penales Especiales*, Coord. Alexis Leonel Simaz (Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2006), 675.

²¹⁰ *Ibid*, 680.

La acción se realiza –materializa- tal como lo indica el tipo penal “*mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo*”. En palabras de Bacigalupo (citado por Donna):

La acción típica es modificar material o jurídicamente el bien objeto de la relación jurídica entre el autor y la víctima, de modo que se trata de un tipo alternativo que se comete modificando materialmente un bien o modificando su situación jurídica; el resultado correspondiente es lisa y llanamente la imposibilidad, la incertidumbre o la litigiosidad²¹¹.

Así las cosas, no cabe pensar al sujeto activo tornando incierto, imposible o litigioso un derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación, pero sí efectuando actos jurídicos que tornan incierto, imposible o litigioso el derecho sobre el bien o impiden cumplir la obligación contraída.

III. VI. Escenarios que contempla el inciso

El estelionato que recoge el Código Penal en el numeral 217 inciso segundo contiene dos escenarios bien diferenciados; por un lado, se refiere a las acciones que vulneran derechos acordados sobre bienes y, por otro, a las acciones que afectan el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes. Aunque el examen de ambas en general se realiza de forma conjunta, a efectos de claridad se abordarán por separado.

²¹¹ Donna, 448.

1) Acciones que vulneran derechos acordados sobre bienes

La primera parte del inciso en estudio establece: “Al que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien [...]”. El primer elemento que es necesario destacar es el uso de la preposición “sobre”. Este aspecto es de relevancia porque no es lo mismo afectar el derecho que tiene un sujeto sobre un bien que afectar su derecho a tener el bien²¹².

La posición que tiene el sujeto frente al derecho importa, porque la norma protege en esa hipótesis al sujeto pasivo cuando es el titular del derecho que se ve afectado, no alcanza la protección cuando el sujeto pasivo tiene una expectativa o una posición favorable para adquirir el derecho.

Adicionalmente, no puede dejarse de lado que el derecho sobre el bien debe haber sido acordado por un precio o como una garantía.

Para que el hecho se produzca, es necesario que el sujeto activo realice un acto jurídico o material. Ahora bien, el tipo penal no se detiene a especificar porque las posibilidades son numerosas.

De seguido se revisa el verbo *tornar* con su respectivo resultado típico.

²¹² Véase: Norberto Eduardo Spolansky, “El delito de desbaratamiento de derechos acordados”, *Revista de Derecho Penal*, No. 1 (2000), sección III, párr. 2, accesado julio 20, 2015, <http://www.rubinzal.com.ar/libros/estafas-y-otras-defraudaciones--i/2391/>

a) Tornar imposible el derecho

De acuerdo con Figari, “tornar imposible” no es otra cosa que convertir en irrealizable el goce de un derecho otorgado”²¹³. A esta idea debe agregarse el criterio de Millán (citado por Figari), quien “lo describe como la imposibilidad de que se pueda cumplir, ejecutar, perfeccionar, llevar a cabo el derecho acordado”²¹⁴.

Según explica Spolansky, “Cuando la ley dice "imposible" se debe entender que no existen, en el tiempo posterior, por acción del autor, las condiciones para ejercer el derecho o que se cumpla la obligación”²¹⁵.

La acción posterior del sujeto activo funciona como un obstáculo para hacer posible o efectivo el derecho previamente acordado. Por ejemplo, en el caso del “deudor hipotecario que destruye el bien que es garantía del crédito, el acreedor no podrá ejercer su derecho real”²¹⁶, el derecho se vuelve imposible porque se pierde la garantía específica.

La misma situación de imposibilidad se presenta cuando se ha vendido un bien inmueble y el vendedor aprovecha que la transacción no ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad para venderlo de nuevo, de forma que cuando el primer adquirente se presenta en el Registro a inscribirlo, se encuentra con que tal gestión es imposible, pues el bien no puede ser inscrito a su nombre. La imposibilidad, por ende, puede ser tanto fáctica como jurídica.

La conducta del sujeto que torna imposible el derecho acaece porque él se aprovecha de las condiciones -materiales o jurídicas- en las que se encuentra emplazado. Por esa razón, en muchas oportunidades se ha discutido si el delito se produce por un abuso de confianza o por un abuso de situación jurídica.

²¹³ (Figari 1999, 84)

²¹⁴ Ruben Enrique Figari, “Perfiles de la figura de desbaratamiento de derechos acordados (art. 173 inc. 11° del C. P.)”, en Ruben Figari / Derecho Penal, 5 de julio de 2010, accesado julio 20, 2015, <http://www.rubenfigari.com.ar/perfiles-de-la-figura-de-desbaratamiento-de-derechos-acordados-art-173-inc-11%C2%BA-del-c-p/>

²¹⁵ Spolansky, “El delito de desbaratamiento de derechos acordados”, sección III, párr. 23.

²¹⁶ Ibid, sección III, párr. 24.

Creus, por ejemplo, considera que lo más atinado es hablar de abuso de situación jurídica porque lo que acontece es que “*el sujeto activo continúa en poder del objeto o conserva facultades jurídicas sobre éste*”²¹⁷. Por la tesis contraria se inclinan Sebastián Soler y José Severo. El abuso de confianza pone énfasis en el comportamiento del sujeto pasivo, que no toma precauciones para resguardar sus intereses²¹⁸.

Esta precisión es oportuna porque permite comprender –en parte– las circunstancias en las que ocurre el hecho delictivo, sin embargo, carece de utilidad en la práctica, ya que distinguir entre ellas no tiene repercusión en la tipicidad.

Por último, precisa recordar que la imposibilidad del goce del derecho o del cumplimiento de la obligación pactada tiene origen en un acto jurídico o material.

b) Tornar incierto el derecho

El segundo resultado que contempla el ilícito es *incierto*. Este término, según el *Diccionario de la lengua española*, se refiere a lo que no es cierto o verdadero, inconstante, no seguro, no fijo, desconocido, ignorado²¹⁹. Cuando se afirma que se ha tornado incierto el derecho sobre un bien, se quiere decir que el adquirente se encuentra en una situación de incerteza, no hay un conocimiento claro y seguro sobre la posibilidad de hacer efectivo su derecho. En palabras de Spolansky, “*La acción del autor proyecta un cono de sombra en relación a las condiciones necesarias para que el derecho pueda ser efectivo*”²²⁰.

Conforme a lo anterior, se entiende que la situación de incerteza en la que se ha colocado el derecho es temporal o transitoria, pues si fuera permanente, el ejercicio del derecho sobre el

²¹⁷ Carlos Creus Monti, *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo I, 6ta ed. (Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1997), 501.

²¹⁸ Donna, 570.

²¹⁹ Diccionario de la lengua española, s.v. “incierto”, accesado el 20 de julio de 2015, <http://lema.rae.es/drae/?val=incierto>.

²²⁰ Spolansky, “El delito de desbaratamiento de derechos acordados”, sección III, párr. 31.

bien podría catalogarse como imposible. Por esa razón, Donna afirma que se trata de una etapa previa a la imposibilidad²²¹.

La cuestión medular es cuánta incerteza debe existir para que pueda considerarse que el derecho se ha tornado incierto; si es, cabe medir la incerteza de alguna forma. En todo caso, es relevante intentar establecer: ¿En qué punto ha de considerarse que el derecho se ha tornado incierto?, o ¿cuáles acciones son capaces de volver incierto un derecho?

Cuando Figari se refiere a este resultado, señala como ejemplo el caso en el que se vende un inmueble mediante un boleto de compraventa y luego se constituye hipoteca, antes de transmitir el dominio, sin el consentimiento del comprador. Afirma el autor argentino que en este supuesto no se puede asegurar que se podrá ejercer el derecho en la oportunidad acordada. La existencia de la hipoteca condiciona el ejercicio del derecho que posteriormente se transfiere, pero no lo vuelve imposible; si el vendedor cancela la deuda garantizada con la hipoteca, el comprador podrá disfrutar plenamente de su derecho, sin embargo, el delito se habrá configurado²²².

Pese a esta consideración debe advertirse, conforme lo explicado en el primer capítulo, que el boleto de compraventa al que se refiere el autor de comentario es un instrumento privado en virtud del cual las partes se obligan a suscribir una escritura traslativa de dominio. Existe en relación con este una discusión tanto en la academia como en estrados judiciales, pues para unos se trata de una promesa de venta y para otros de una venta perfecta. La discusión sobre el tema no está cerrada.

En consecuencia, si bien el ejemplo propuesto por Figari permite visualizar cómo se vuelve incierto un derecho, lo cierto es que la tipicidad como tal podría discutirse. Adicionalmente, corresponde aclarar que la disputa sobre el boleto de compraventa está relacionada con el primer negocio, con la base contractual del tipo penal, cuando se transfiere el derecho al sujeto pasivo, pues el acto jurídico por el cual se frustra el derecho puede perfectamente materializarse en un boleto de compraventa.

²²¹ Véase: Donna, 455.

²²² Véase: (Figari 1999, 88)

Retomando el punto que interesa, es necesario revisar en qué punto puede considerarse que un derecho se ha tornado incierto. Tal cuestión es de relevancia no solo para valorar la tipicidad de la conducta, sino también eventualmente la antijuricidad material, ya que la existencia del comportamiento sin una lesión efectiva al patrimonio no autoriza al sistema jurídico penal para sancionar. Si un sujeto vende una finca y luego aprovechando que figura como dueño otorga hipoteca, comete delito de estelionato conforme al inciso segundo, aunque un mes después pague la deuda y cancele la hipoteca; no obstante, en tal caso queda por revisar si tal comportamiento afectó el patrimonio del sujeto pasivo, pues de entrada no puede afirmarse ni negarse la existencia de un perjuicio.

Si la acción coloca el derecho o la obligación en una posición de incertidumbre, será posible aseverar que existe tipicidad, sin embargo, para superar las demás categorías de la teoría del delito será necesario un examen cuidadoso y detenido de los demás elementos.

c) Tornar litigioso el derecho

El tercer resultado que admite el tipo penal es litigioso. Este resultado fue abordado de forma somera en el apartado del bien jurídico y cuando se presentaron las consideraciones atinentes al inciso primero, en esa oportunidad se indicó que un bien posee la condición de litigioso cuando el derecho al que se encuentra vinculado es objeto de discusión judicial, más exactamente cuando ha sido debidamente trabada la *litis* en los términos del numeral 1122 del Código Civil.

Esto no significa que en todos los casos en los que se intente una acción judicial cabe hablar de la comisión del ilícito. Si la demanda o proceso que establece el vendedor está dirigida a revisar la validez del negocio, no puede afirmarse que el derecho otorgado se ha vuelto litigioso, pues ello sería impedir al vendedor ejercer –de forma prematura- un derecho, el cual es el derecho de accionar y encontrar respuesta de las autoridades judiciales. Esta es la interpretación de Millan (citado por Donna)²²³.

Tampoco cabe considerar como acción judicial idónea para volver litigioso el derecho previamente acordado aquella que reclama el incumplimiento del contrato, porque si

²²³ Donna, 457.

efectivamente hubo un incumplimiento de parte del comprador, el vendedor se encontrará nuevamente emplazado en las circunstancias de mérito para plantear el incumplimiento del convenio en la vía civil o arbitral, si fuere el caso.

Una vez que ha sido transado un derecho sobre un bien y el convenio ha alcanzado validez y eficacia en los términos pactados, el vendedor puede establecer acciones para discutir la validez del contrato o para reclamar el incumplimiento del comprador, ya que ninguna de las acciones podría dar lugar al ilícito de comentario, porque con ellas se discute el negocio propiamente y para hablar de estelionato en los términos del inciso segundo, es indispensable que exista un negocio –previo- válido y eficaz.

De lo anterior se comprende también que al momento de valorar si un derecho se ha tornado litigioso, es necesario considerar en primer lugar si ya se ha producido la contestación de la demanda, de acuerdo con los términos del 1122 del Código Civil, como un criterio formal para afirmar que el derecho se encuentra sometido a litigio; en segundo lugar, será necesario determinar la acción judicial que se ha establecido, pues como explicó, no cualquiera podría ser la base del comportamiento delictivo.

Esta distinción es de relevancia porque la norma no exige, como refiere Donna, un resultado particular en el proceso, el comportamiento delictivo acaece desde que se determina, debido a que el tipo penal sanciona la conducta por la situación de incertidumbre en indica el derecho²²⁴. En consecuencia, de no examinar detenidamente la acción judicial incoada, se corre el riesgo de penalizar comportamientos amparados en el ordenamiento.

Con razón afirma Donna: “Lo expuesto nos lleva a sostener que la modalidad consistente en "tornar litigioso" resulta superabundante y por lo tanto innecesaria, puesto que, en definitiva, la contienda judicial genera incertidumbre, situación ya contemplada en el tipo penal”²²⁵.

²²⁴ Donna, 458

²²⁵ Ibid.

En todo caso, debe tomarse en cuenta que muchas demandas judiciales guardan intereses muy diversos a los consignados en las pretensiones, lo anterior significa que eventualmente podrían utilizarse como medios idóneos para postergar el disfrute de derechos.

De acuerdo con Donna, un bien posee la condición de litigioso cuando el derecho al que se encuentra vinculado es objeto de discusión judicial o cuando sea necesario someterlo a una contienda judicial²²⁶.

Esta afirmación del autor argentino es problemática, pues en tal hipótesis no interesa que se acuda a instancias judiciales a incoar un proceso, basta con que exista la necesidad de someter el derecho a un proceso, aunque tal posibilidad finalmente no se materialice.

Como es fácil de observar, la interpretación presenta inconvenientes, porque extiende de forma indebida los alcances del tipo penal a escenarios en los que no es posible verificar o constatar un perjuicio. El que pone en condición de litigio un derecho que ha transado en forma previa incurre en un delito al colocar el derecho sobre el bien en una situación real de incertidumbre, lo que no sucede solo cuando existe la posibilidad de someter a litigio.

2) Acciones que vulneran el cumplimiento de una obligación referente al bien

El segundo escenario que contempla el tipo penal es justamente el caso en el que la conducta del sujeto activo afecta el cumplimiento de una obligación en relación con el bien. Esta es la hipótesis que más controversia suscita, pues en no pocas ocasiones el supuesto ha sido señalado como una penalización del incumplimiento contractual, pese a que Soler, a quien se le atribuye la paternidad del tipo penal, afirmó en diversas oportunidades que no lo era.

Según la redacción del tipo penal, tantas veces referida, también se comete delito cuando se torna imposible, incierto o litigioso el cumplimiento de una obligación con respecto al bien.

²²⁶ Donna, 457.

En el acápite anterior se examinaron las condiciones en virtud de las cuales puede afirmarse que un derecho se ha tornado incierto, imposible o litigioso; no obstante, el examen en cuanto al cumplimiento de la obligación se realizará de forma diversa, porque antes de revisar las acciones que pueden vulnerar el cumplimiento de la obligación, precisa conocer cuáles obligaciones alcanza el tipo penal.

La primera delimitación que cabe hacer es en relación con el origen de la obligación.

Las obligaciones a las que se refiere el tipo penal en estudio son aquellas que provienen de un negocio válido y eficaz, así, solo puede hablarse de las obligaciones que surgen de los contratos, como acertadamente apunta Donna²²⁷.

Creus, con una perspectiva más conservadora, afirma: “La obligación personal se refiere también a un bien de la naturaleza antes dicha [bien mueble o inmueble], con lo que, en principio sólo quedarán comprendidas las obligaciones de dar”²²⁸; sin embargo, nunca se detiene el autor a ofrecer razones que justifiquen su posición.

En todo caso, no puede obviarse el hecho de que la conclusión del Creus no es más que la consecuencia inmediata de la forma limitada en que conceptualiza el bien a que se refiere el tipo penal.

A propósito de esto, precisa recordar que la figura contractual es un requisito objetivo del ilícito, debe estar presente en cualquiera de los escenarios en los que se materialice la conducta, por razones de coherencia y lógica.

A efectos de este trabajo, se estima adecuado seguir la posición de Donna y admitir los tres tipos de obligaciones que surgen de los contratos: dar, hacer y no hacer.

Las obligaciones de dar son aquellas en las que se debe entregar, transferir o transmitir una cosa. La cosa a la que se refiere esta obligación debe ser cierta y determinada, además, no fungible; no obstante, si se trata de cosas indeterminadas, puede admitirse la obligación una vez que ha sido establecida, tal como explica Donna cuando se refiere a la legislación

²²⁷ Donna, 462.

²²⁸ Creus Monti, 502.

Argentina²²⁹. La entrega del bien está vinculada a la existencia de un derecho real, como puede ser el dominio, la posesión o el goce del usufructo.

Un ejemplo permitirá visualizar de forma más clara la hipótesis que interesa.

A vende a B el bien X. Acuerdan que la entrega se realizará un mes después porque el bien se encuentra en posesión de un tercero. Acaecido el mes, B se presenta ante A y solicita la entrega del bien X. A le dice que deben postergar la entrega porque el bien se encuentra en manos de C. Dos semanas antes de cumplirse el plazo el sujeto A suscribe una prenda con desplazamiento en cuanto al bien X con el sujeto C, por lo que al llegar la fecha acordada, no entrega el bien.

A partir de este ejemplo es posible hacer tres observaciones. En primer lugar, existe un contrato de compraventa perfecto entre las partes; en segundo lugar, la obligación que emana de dicho contrato es de dar y en tercer lugar, existe un acto jurídico posterior al contrato (constitución de prenda con desplazamiento) que obstaculiza el cumplimiento de la obligación. En ese caso concreto, la prestación se coloca en un estado de incerteza, no de imposibilidad. El comportamiento del vendedor (sujeto A) se limita a postergar de forma indebida el cumplimiento de la obligación.

Si el sujeto (A) cancela la prenda y el bien le es devuelto, puede entregarlo y cumplir con la obligación contraída con el sujeto B. Sin embargo, el tiempo que habrá pasado entre la fecha en la que debía entregarse el bien al comprador y la fecha en la que efectivamente se realiza es suficiente para estimar que la obligación se ha tornado incierta y, de esa forma, reprochar al sujeto (A) por su conducta. Se afirma que existe un delito porque posterior al contrato el sujeto ha celebrado un acto jurídico, con motivo del cual ha afectado el cumplimiento la obligación en relación con el bien. Elemento que –en tesis de principio– no está presente en el incumplimiento contractual.

Por otra parte, están **las obligaciones de hacer** en las que el vendedor o deudor debe realizar, producir o ejecutar la cosa o actividad que se convino. Este tipo de obligaciones no

²²⁹ Donna, 462.

admite indeterminación, desde el momento en que se contraen es necesario establecer con claridad los términos que se deben cumplir²³⁰.

En relación con este tipo de obligaciones, es usual distinguir entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Esta clasificación es convocada con frecuencia cuando se habla de las obligaciones de los profesionales en medicina²³¹. Para el presente caso la distinción no interesa, pues como tantas otras distinciones, promueve más controversias que acuerdos.

Las obligaciones de hacer implican un comportamiento activo (positivo) del sujeto obligado.

En tesis de principio no hay razones para rechazar como presupuesto del inciso la obligación de hacer. El criterio para rechazar o admitir está vinculado con el bien objeto del contrato –no el objeto de la obligación–, ya que de acuerdo con la descripción del inciso segundo, la obligación afectada debe estar vinculada al bien. En virtud de este requisito es viable excluir a *priori* los negocios o contratos de los que solo emanan obligaciones de hacer y en las que no existe un *bien* de por medio, al no poderse admitir como base contractual del delito. La protección de la norma, como se indicó antes, alcanza solo a aquellas obligaciones que surgen del negocio y están ligadas al bien.

Por último, se encuentran **las obligaciones de no hacer** que son aquellas en las que se pacta un comportamiento negativo de parte del vendedor o deudor. La prestación implica un abstenerse de hacer algo²³².

Este supuesto es difícil de apreciar, pues las obligaciones de no hacer en general se vinculan al bien de forma indirecta. Por ejemplo, A vende a B un vehículo con un diseño especial y se obliga a no modificar otro vehículo con el mismo diseño. En este caso el comportamiento negativo se asocia con el bien entregado solo de forma indirecta. Desde luego, el sujeto A puede afectar el cumplimiento de la obligación pactada con B si vuelve a

²³⁰ Donna, 463.

²³¹ Véase: María Carmen Crespo mora, “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *Revista para el Análisis del Derecho*, (2013), accesado julio 20, 2015, <http://www.indret.com/pdf/971.pdf>

²³² Véase: Donna, 463.

utilizar el diseño en otro vehículo, sin embargo, en tal supuesto, cabe preguntarse si cabe hablar de estelionato, porque la obligación no se relaciona directamente con el bien.

Donna, refiriéndose a las obligaciones de no hacer, menciona la obligación del deudor prendario de no trasladar el bien asignado en la garantía, pero refiere que el caso lo abarca el decreto-ley de prenda²³³. En el caso costarricense, no existe una ley de prenda ni una norma específica que establezca dicha obligación, sin embargo, es posible pactarla y de hecho se pacta con frecuencia para asegurar el bien. En tal hipótesis existiría delito si el deudor mueve el bien en contra de lo acordado, al haber un negocio previo conforme al cual se acuerda garantía sobre un mueble y un acto posterior que afecta el cumplimiento de una obligación de no hacer vinculada a ese bien.

No existiría delito si la prenda se ha acordado con el desplazamiento a favor del acreedor y es este quien se ha obligado a mantener el bien en una determinada ubicación, pero luego decide trasladarlo, ya que la norma está pensada o más bien orientada a la protección del acreedor y, en este caso, la acción la estaría realizando el mismo acreedor.

En síntesis, efectivamente puede haber supuestos en los que se afecta el cumplimiento de una obligación de no hacer, pero son los menos.

a) Tornar imposible el cumplimiento de una obligación

De acuerdo con lo visto en acápites anteriores, se tiene claro el significado de tornar, así como las cualidades de las obligaciones alrededor de las cuales puede presentarse la hipótesis que interesa.

Tornar imposible el cumplimiento de una obligación equivale a decir que la obligación se volvió irrealizable, ninguna acción que lleve a cabo el acreedor eliminará el obstáculo que ha puesto el deudor. Esta premisa aplica en cualquiera de las obligaciones, sea de dar, hacer o no hacer y representa una condición definitiva, por lo que –salvo remedio legal- impedirá

²³³ Ibid.

al acreedor disfrutar del derecho en las condiciones pactadas y en algunas circunstancias lo anulará por completo.

El acto jurídico o material que afecta la obligación de la forma antes dicha puede presentarse de múltiples formas. Por esa razón, es necesario revisar caso a caso y valorar si tal comportamiento encuadra o no en la tipicidad del estelionato (inciso dos, segundo escenario). Adicionalmente, resulta obligatorio advertir que una cosa es el negocio jurídico y otra son las obligaciones que de este surgen, por esa razón a efectos de este supuesto se parte de las siguientes premisas:

- a. Existe un negocio jurídico oneroso²³⁴.
- b. En virtud de ese negocio A trasladó el derecho sobre el bien X a B.
- c. Se ha diferido el cumplimiento de una obligación en relación al bien X.
- d. A decide realizar un acto jurídico o material que le impide cumplir la obligación contraída con B en relación con el bien.

Un ejemplo complementa la idea expuesta:

El sujeto A vende al sujeto B el vehículo X, ambos acuden ante el notario y hacen las declaraciones de rigor de forma que se consigna la venta del bien en escritura pública. Al momento de la formalización del negocio, A no entrega el vehículo a B, por lo cual en el documento se consigna que la entrega se hará efectiva un mes después, pero el día siguiente, aprovechando que la inscripción no se ha publicitado en el Registro de la Propiedad y figura como propietario A, constituye garantía prendaria con desplazamiento sobre el vehículo X a favor de C en razón de un préstamo de dinero. Al cumplirse la fecha para la entrega del bien A no entrega el bien, al encontrarse en posición de un tercero.

Ante este caso puede afirmarse que A ha vuelto imposible el cumplimiento de la obligación (dar) contraída con el sujeto B en relación con el bien X, la cual debía efectuarse un mes después.

²³⁴ El negocio jurídico oneroso puede ser tanto una compraventa como una garantía.

Esta conducta es apta para configurar el delito de estelionato, porque el deudor después de vender el vehículo y adquirir obligaciones relacionadas con él, lleva a cabo un acto jurídico que incide directamente sobre el efectivo cumplimiento de estas. Obsérvese que en el caso se parte de que lo único que se pospone es la entrega del bien.

En realidad, la conducta del sujeto que afecta la obligación no reviste cualidades especiales, la razón por la que adquiere importancia es por las consecuencias lesivas que implica en el patrimonio del acreedor y porque recae justamente sobre la obligación. Si el legislador – argentino- no incluía la obligación como presupuesto en la norma, corría el riesgo de dejar fuera conductas lesivas del patrimonio.

b) Tornar incierto el cumplimiento de una obligación

El segundo resultado que corresponde examinar es el de “incierto”. El cumplimiento de una obligación es incierto cuando se ha colocado en una posición de incertidumbre, cuando no existen elementos para afirmar que el obligado tomará medidas para cumplir con la obligación contraída. Es un espacio temporal en el cual se ignora lo que sucederá con la obligación, por esa razón se considera un nivel previo a la imposibilidad.

Al igual que en el caso anterior, este supuesto parte de los requisitos objetivos del delito; hay un negocio jurídico oneroso entre las partes en el que se ha verificado el traslado de un derecho sobre un bien, pero que se ha diferido el cumplimiento de una obligación, pues el obligado desatiende sus deberes y lleva a cabo un acto jurídico que obstaculiza el cumplimiento de la obligación de forma temporal.

c) Tornar litigioso el cumplimiento de una obligación

Por último, corresponde examinar el resultado litigioso.

En repetidas ocasiones se ha indicado que se considera litigioso un bien cuando ha sido vinculado a un proceso judicial, más exactamente, cuando el litigio ha sido trabado. En tal caso, puede afirmarse que el cumplimiento de la obligación se torna litigioso cuando el

sujeto activo interpone una acción judicial relacionada -justamente- con la obligación o prestación que debe satisfacer.

Ahora bien, determinar si el comportamiento del agente afecta la obligación o el derecho (volviéndolo litigioso) reviste en general cierta complejidad y para hablar de este supuesto, sería preciso que la condición de litigioso recayera de forma exclusiva sobre la obligación, sin embargo, en la práctica comercial afectar la obligación implica afectar el derecho.

Una vez más debe advertirse, a efectos de no reiterar de forma ociosa los temas, que las consideraciones hechas en torno a este resultado en el punto “c) Tornar litigioso un derecho” deben tenerse presentes en este supuesto.

III. VII. La excepción al convenio traslativo de dominio

Dos de las ideas que han guiado las consideraciones sobre el inciso segundo del estelionato son las siguientes: 1) el derecho que se afecta debe estar vinculado al bien transado en el negocio y 2) la obligación cuyo cumplimiento se afecta debe estar relacionada al bien transado en el negocio.

De acuerdo a estas ideas, no incurre en delito el que torna litigioso, imposible o incierto el cumplimiento de una obligación (personal). No obstante, cabe recordar que la redacción del inciso contempla como uno de los supuestos cuando el sujeto activo vuelve imposible, incierto o litigioso el cumplimiento de una obligación referente al bien, pactada como garantía.

Una garantía se constituye para respaldar un crédito, es un negocio accesorio con el que pretende asegurar el pago o cumplimiento de una obligación determinada. Existen garantías personales y garantías reales, en el caso de las segundas media siempre un bien.

El supuesto aludido se refiere específicamente a la garantía real. El tipo penal permite sancionar al sujeto que afecte el cumplimiento de una obligación cuando esta haya surgido a la vida jurídica como consecuencia de la constitución de una garantía entre las partes.

Esta hipótesis es una excepción al negocio traslativo, porque si bien es necesario un convenio previo entre las partes, este no tiene que ser traslativo de dominio.

III.VIII. Medios comisivos

Dos son los medios comisivos que contempla el delito de comentario en el inciso segundo: actos jurídicos y hechos materiales. El delito se comete cuando el agente lleva a cabo un acto jurídico o material. En el caso del primero, la norma no establece restricción o excepción, deja abierta la posibilidad para que cualquier acto pueda ser considerado; en el caso del segundo, la norma agrupa los modos comisivos en tres: removiendo, ocultando o dañando el bien.

El acto jurídico, de acuerdo con Rojina Villegas (citado por Tenorio), es “una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las que son reconocidas por el ordenamiento jurídico”²³⁵. Los actos jurídicos permiten crear, modificar, transferir, conservar u anular derechos; de ahí la importancia que tienen en la vida jurídica.

El acto jurídico como el negocio previo debe ser válido²³⁶, porque si no lo es, no podrá surtir efectos y en tal caso no representará menoscabo alguno para el sujeto a quien se acordó el derecho o el cumplimiento de la obligación. El segundo acto configura el ilícito al desmejorar el derecho previamente otorgado.

Cabe subrayar que el legislador previó de forma atinada la necesidad de agregar que no era necesaria la enajenación, evitando interpretaciones en ese sentido y siguiendo la idea básica de la norma; existe delito cuando el segundo acto del agente afecta el derecho previamente acordado, sin importar que no se produzca la enajenación del bien.

²³⁵ Lázaro Tenorio Godínez, “El acto jurídico, elemento, ineficacia y su confirmación”, *Anales de Jurisprudencia*, número 233 julio-setiembre (1998): sección 1.1- Concepto de acto jurídico, párr. 6, accesado setiembre 11, 2015, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/233/pr/pr6.pdf>

²³⁶ Véase: Donna, Derecho Penal: Parte Especial.

III. IX. Los hechos materiales típicos

1) Remover

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, uno de los significados de este término es “Pasar o mudar algo de un lugar a otro”²³⁷. En consecuencia, se estima que incurre en el delito quien acuerda un derecho u obligación a otro y de forma posterior lo traslada de lugar, ya que tal proceder coloca en estado de incerteza el ejercicio del derecho previamente otorgado.

Mover implica quitar el bien del alcance de quien tiene derecho a mantenerlo bajo su posesión y dominio. Esto solo es posible cuando el agente conserva algún derecho sobre ese bien y si es viable cambiarlo de lugar; por esa razón, Donna afirma que este hecho solo puede darse en relación con los muebles.

2) Ocultar

Este hecho es similar en consecuencia al primero, pues quien mueve una cosa de un lugar a otro en realidad la oculta, lo cual advierte Donna cuando señala que el ocultamiento y la remoción suelen confundirse.

Quien oculta un bien sobre el que ha otorgado un derecho -en principio- ajusta su conducta al delito de comentario, sin embargo, queda examinar el escenario en que tal comportamiento se produce, para determinar el resultado que cabe asociarle.

²³⁷ Diccionario de la lengua española, s.v. “remover”: 1, accesado el 20 de julio de 2015, <http://lema.rae.es/drae/?val=remover>

3) Dañar

Según el *Diccionario de la lengua española*, dañar consiste en: “Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”²³⁸, esto es, para el caso del delito de comentario; afectar de forma negativa el bien.

En este caso, la conducta del agente puede dañar tanto la integridad material como el valor comercial del bien. No obstante, el daño por sí no importa, lo relevante es que ese hecho provoque alguno de los resultados típicos.

III. X. El precio

Otro de los elementos objetivos del tipo penal, cuyo examen es imprescindible, es el precio.

De acuerdo con Donna:

Se entiende por tal toda contraprestación de contenido patrimonial, no sólo dinero, puesto que están comprendidos también otros valores de contenido económico, de forma tal que el pago puede realizarse mediante la entrega de cualquier otro bien que represente un valor económico apreciable en dinero y determinado²³⁹.

El precio es fundamental al momento de analizar la tipicidad, pues uno de los presupuestos del delito es que el negocio haya sido acordado por un precio; además, al ser necesario que al momento en que el agente realiza el acto jurídico o material (destinado a afectar el derecho), el precio haya sido pagado conforme lo convenido, ya que la falta de pago podría dar lugar al incumplimiento contractual.

²³⁸ Diccionario de la lengua española, s.v. “dañar”: 1, accesado el julio de 20 de 2015, <http://lema.rae.es/drae/?val=da%C3%B1ar>

²³⁹ Donna, 468.

Dos acotaciones al respecto.

En opinión de Creus, el precio acordado por la obligación o derecho debe haberse pagado en su totalidad o según lo convenido, porque de no ser así, no existiría posibilidad de perjuicio²⁴⁰. Tal afirmación se considera inexacta al depender del escenario en que se desarrolle el ilícito. Por ejemplo, A vende el bien X a B por el precio Z, pero llegado el momento B no cumple con el pago del precio, sin duda se estará ante el incumplimiento de B, sin embargo, tal circunstancia no autoriza a A para llevar a cabo un acto jurídico que afecte el derecho entregado. Esto en el entendido de que la opinión del autor parte de que efectivamente se ha consolidado un acto posterior al negocio.

Contrario a lo que estima el autor, la conducta de A sí podría causar perjuicio. El pago del precio es una de las obligaciones que se contrae en virtud del negocio, pero no es la única. Además, como en reiteradas ocasiones se ha señalado, es necesario distinguir entre el objeto del negocio y el de la obligación a efectos de tener claro que el incumplimiento de la obligación de pago no faculta al agente para afectar el derecho u objeto del negocio.

Otro aspecto que conviene mencionar es la *exceptio non adimpleti contractus* (en el caso argentino contemplada en la norma 1201 del Código Civil), la cual recoge el artículo 692 del Código Civil costarricense. De acuerdo con Donna, es imprescindible que el precio haya sido percibido en la medida convenida para gozar del derecho acordado, porque de lo contrario, afirma citando a Tarditi, el autor podría omitir el cumplimiento de la obligación a su cargo en atención a la defensa apuntada.

En el ámbito jurídico nacional, el profesor Baudrit (citado por Meza), ha definido la excepción de contrato no cumplido como la “defensa de hecho, cuyo efecto provisional, es el de autorizar al contratante que no ha incumplido para que no ejecute sus prestaciones mientras no lo haga la contraparte²⁴¹”.

En efecto, si en un contrato bilateral una de las partes no cumple con su obligación, la otra parte queda autorizada para no cumplir con la suya. Se trata de un permiso del

²⁴⁰ Véase: Creus Monti, 502.

²⁴¹ José Andrés Meza Villalobos, La aplicación de las instituciones de la Contratación Privada a los contratos de la Administración Pública, (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2010), 167.

ordenamiento para retener el cumplimiento de la obligación a su cargo, tal excepción no tolera por tanto un comportamiento destinado a afectar el derecho otorgado, pues el derecho técnicamente ha sido transferido al momento del acuerdo en cosa y precio.

III. XI. Problemas que convoca la obligación de hacer

La discusión promovida por algunos juristas y representantes de la doctrina argentina en relación con la obligación de hacer se asocia primordialmente con el boleto de compraventa y más exactamente con la posición que se asuma en relación con la naturaleza jurídica de esta figura, tal como se refiere en el anexo número II.

En este trabajo, se considera el boleto de compraventa equivalente en sus efectos a un contrato de promesa de venta. Ello en concordancia con el numeral 1892 del Código Civil y Comercial de la nación argentina que remite a un sistema de título y modo en la transmisión de los bienes²⁴².

En el contexto costarricense no se ha planteado discusión en sentido estricto. No obstante, podría plantearse en cuanto a la promesa de compraventa, justamente por la similitud que guarda con el boleto de compraventa en sus efectos.

²⁴² Senado y Cámara de Diputados de la nación argentina, “Ley 26994: Código Civil y Comercial de la Nación del 1 de octubre de 2014”: 1892.

Artículo 1892.- Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente. La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera. El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva. Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto. A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto.

De acuerdo con el Código Civil Costarricense, numeral 1053 “Si la promesa de vender una cosa mediante un precio determinado o determinable ha sido aceptada, da derecho a las partes para exigir que la venta se lleve a efecto”²⁴³. Mientras el artículo 1054 del mismo texto dispone: “Tanto en el caso de promesa de venta como en el de promesa recíproca de compra-venta, la propiedad se trasmite desde el día de la venta y no desde el día de la promesa”²⁴⁴.

La promesa de vender es un contrato por medio del cual las partes se obligan a celebrar una venta, no tiene ningún efecto traslativo de dominio. De este contrato surge una obligación de hacer, la parte se obliga a vender, a suscribir un contrato.

En acápites anteriores se mencionó que no cabe la promesa recíproca de compraventa como presupuesto del estelionato en cuanto al inciso primero porque este exige de forma expresa una venta (una enajenación efectiva) o la constitución de una garantía.

Tampoco cabe respecto al inciso segundo, en ninguna de las dos hipótesis. En la primera debido a que la descripción típica exige que el derecho afectado, por la acción posterior, recaiga sobre un bien y, en la segunda, porque la obligación debe estar vinculada a un bien.

La promesa de compraventa “es un contrato preliminar o preparatorio de otro contrato: El contrato de compraventa. La promesa de compraventa se clasifica como un contrato obligatorio, pues no produce efecto traslativo de dominio”²⁴⁵.

La promesa de compraventa es un contrato obligacional, el contrato crea una relación jurídica entre el promitente y el promisario, a partir de la cual surge una obligación, pero esta no se establece en relación a un bien, sino con las partes.

Por esa razón, de admitirse la promesa de compraventa como presupuesto del delito, se estaría pasando por alto el hecho de que el inciso sanciona la conducta del que torna imposible, incierto o litigioso el cumplimiento de una obligación con respecto a un bien.

²⁴³ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”, 1053.

²⁴⁴ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”, 1054.

²⁴⁵ Torrealba Navas, 99.

La obligación que protege o tutela la hipótesis delictiva es aquella directamente asociada al bien. De ahí que la doctrina considere que las obligaciones a las que se refiere el tipo penal son aquellas que surgen de los contratos, esto es, obligaciones de dar, hacer o no hacer en relación directa con el objeto material del contrato.

Es necesario reconocer que la Sala Tercera admitió la promesa de compraventa como presupuesto del delito en un caso. En el Voto número 361-1993 la Sala consideró que al vender el bien, el acusado había tornado litigioso e incierto el cumplimiento de la obligación respecto al bien, obligación que había contraído por medio de una promesa de compraventa.

En ese caso la Sala no examinó si la promesa de compraventa podía ser presupuesto del delito, tampoco las cualidades de la obligación que surgió de la promesa de venta ni la obligación específica a la que se refiere el tipo penal.

El criterio vertido en esta resolución no tuvo eco en resoluciones posteriores. El siguiente caso en el que tuvo nuevamente oportunidad para referirse al tema (Sentencia número 719-2011), la Sala rechazó la posibilidad de considerarlo como base del delito, bajo el argumento de que el contrato (promesa de compraventa) no generaba disposición de derechos sobre la propiedad.

En conclusión, no es posible admitir la promesa de venta en relación con el segundo supuesto del inciso de comentario, porque el contrato de promesa de venta únicamente produce un vínculo obligacional entre las partes. Es cierto que el contrato está asociado a un bien, pero el objeto del negocio no es el bien, sino una obligación. Por esa razón, no puede admitirse la promesa de venta como presupuesto del delito.

El perjuicio que puede resultar de afectar el cumplimiento de una obligación de vender (promesa de venta) puede ser cuantioso, sobre todo en un contexto en el que las transacciones de este tipo están con frecuencia vinculadas a sumas millonarias, pero por exigencias de la tipicidad no es viable admitir la comisión del ilícito cuando lo que media entre las partes es una promesa de venta.

III.XII. El estelionato y el incumplimiento contractual

La segunda hipótesis del inciso dos del artículo 217 del Código Penal se refiere a la conducta del sujeto que afecta el cumplimiento de una obligación, por esa razón distintos autores han manifestado que el delito sanciona el incumplimiento contractual.

La preocupación fundamental de los representantes de doctrina en este punto reside en el riesgo de penalizar a través de la figura delictiva conductas que forman parte de la esfera del derecho privado. A esa preocupación se añade que la distinción entre ambas figuras es difícil de establecer, pues la línea que separa el espacio penal del civil es bastante tenue en la mayoría de sus puntos.

Sobre tal inquietud es necesario puntualizar lo siguiente: el estelionato contiene en su descripción típica un incumplimiento contractual. Cuando Donna se refiere al comportamiento de quien afecta el cumplimiento de una obligación, señala:

Debe tenerse muy presente que el tipo penal en estudio no pretende ni siquiera por vía de hipótesis castigar el incumplimiento de una obligación, o de un contrato, puesto que la simple violación de una condición pactada no será delictiva sino cuando de todo el contexto de la conducta del agente resulte que su intención fue tornar imposible, incierto o litigioso el cumplimiento de la obligación, esto es, desbaratar el derecho ajeno²⁴⁶.

No se comparte la apreciación del autor. En primer lugar, debido a que no resuelve el problema; una cosa es decir que el comportamiento delictivo debe valorarse de esa forma y otra muy distinta hacerlo en la práctica. Además, es difícil concebir “la intención” del sujeto activo en esos términos. En segundo lugar, porque contrario a lo que opina Donna, la descripción del tipo penal contiene un incumplimiento contractual.

²⁴⁶ Donna, 444.

El incumplimiento contractual en palabras de Vidal es “un hecho objetivo que se identifica con cualquier desviación del programa de prestación respecto de la conducta desplegada por el deudor en cumplimiento del contrato”²⁴⁷. Esta noción coincide con lo que en la práctica supone el incumplimiento de un contrato, aunque está claro son muchas las causas o razones por las cuales el deudor puede apartarse del programa pactado.

Cuando el deudor realiza un acto jurídico o material que le impide cumplir con la obligación contraída previamente, incumple el contrato, ya que se aparta o desvía del programa pactado, pero ese incumplimiento tiene la particularidad o cualidad de estar contemplado en un tipo penal, por esa razón es posible juzgar el comportamiento en la vía penal. Se trata de un incumplimiento contractual específico, uno que requiere una acción jurídica o material posterior que se presenta como un obstáculo para el disfrute pleno del derecho.

Por esa razón, resulta necesario rechazar a priori las opiniones que buscan afanadas en la conducta del deudor cualidades del incumplimiento contractual, para afirmar que el comportamiento no debe examinarse en la vía penal, sino en la civil. Por el contrario, lo que corresponde hacer es un examen a modo de filtro con los requisitos objetivos del tipo penal, a efectos de detectar si la conducta posterior del agente encuadra o no en la tipicidad, de no ser así será necesario remitirlo a otra vía.

De lo referido se desprende que la comisión de este ilícito solo se verifica por la vía de la acción, no cabe el estelionato en las modalidades que contempla el inciso segundo por omisión, pues para que el comportamiento sea típico es necesario que el agente realice un acto jurídico o material y tal comportamiento implica una acción. De admitirse la omisión, la conducta pasiva del deudor sí se estaría penalizando el incumplimiento contractual.

Obsérvese a propósito las obligaciones de hacer en las que el mero dejar de hacer del obligado bastaría para calificar la conducta típica por omisión, cuando en realidad se trata de un incumplimiento contractual. Debido a esto no se puede ignorar la importancia de reconocer adecuadamente los elementos del tipo penal y verificarlos en la realidad.

²⁴⁷ Álvaro R. Vidal Olivares, “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil: una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, No. 1, vol. 34 (2007): sección Conclusiones, párr. 6, accesado julio 20, 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100004

En segundo lugar, es preciso reconocer que la existencia de un incumplimiento contractual no significa que el comportamiento sea de empleo exclusivo del derecho privado.

Con gran frecuencia se afirma en la práctica judicial que un asunto no concierne al derecho penal y debe ser examinado en la vía civil. Esta afirmación encuentra respaldo en criterios dogmáticos o de persecución de la fiscalía, pero en otros constituye una justificación para remitir asuntos a la vía civil.

Lo anterior no significa que el derecho penal sea la solución para todo tipo de conflictos. También, los “operadores del derecho” no pueden tolerar la aplicación indiscriminada o irrestricta de normas penales a hechos que por sus características pertenecen al ámbito del derecho privado, ya que los principios y reglas que aplica el derecho privado son sustancialmente diferentes de los que rigen la materia penal.

No toda remisión a la vía civil está justificada, pero resulta deseable que el derecho penal no conozca conflictos que podrían resolverse por mecanismos más propicios para restablecer la paz.

III. XIII. Sobre la ausencia de engaño en el inciso segundo del artículo 217 del Código Penal

El vocablo estelionato tradicionalmente se ha vinculado con la descripción típica que recoge el inciso primero del artículo 217 del texto costarricense, no así con la tipicidad del inciso segundo, tercero y cuarto. El inciso segundo proviene de la tradición jurídico-normativa argentina y se ha denominado “desbaratamiento de derechos acordados”, mientras que el inciso tercero y cuarto son resultado del quehacer legislativo nacional.

En el caso del inciso primero: “Al que recibiendo una contraprestación, vendiere o gravare bienes litigiosos, o bienes embargados o gravados, callando u ocultando tal circunstancia”, se aprecia con bastante claridad que la conducta delictiva presupone un engaño, al sancionar la tipicidad el callar u ocultar la condición en la que se encuentra el bien, debido a esta característica es permitido calificar el comportamiento como defraudatorio.

En una posición completamente distinta, se cita el inciso segundo: “Al que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente a éste, acordados a otro por un precio o como garantía, ya sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo”, conforme al cual encuentra sanción la conducta del sujeto que afecta (tornando incierto, imposible o litigioso) el derecho u obligación acordado en relación con un bien. La conducta típica en ese caso no requiere un engaño por parte del sujeto activo ni un error en el sujeto pasivo.

Debido a esta particularidad, autores como Sebastian Soler, José Severo, Alberto Donna y Enrique Figari afirman que la conducta se enmarca en un abuso de confianza. Esto permite entender que si bien se trata de una defraudación, en esta el engaño no es el elemento definidor.

Esta idea parece trivial, pero es de enorme importancia, al facilitar la correcta aplicación de la figura, ya que en la práctica –en general- se busca con afán la identificación del engaño o el ardid, cuando ninguno de los dos elementos debe presentarse para considerar la calificación por estelionato en la modalidad de comentario.

Capítulo III

Sección I.

I.I. Análisis jurisprudencial

I.II. Introducción

De acuerdo con los objetivos propuestos en este apartado, se presentará un análisis jurisprudencial conforme a los criterios planteados por el profesor López Medina en su obra *El derecho de los jueces*.

Los parámetros que sirven de base a este examen fueron explicados en la metodología, por lo que no se volverán a exponer, salvo que las circunstancias así lo requieran. En la primera parte, se expondrán los datos revisados y algunas particularidades de interés; en la segunda parte, se presentará un examen de los resultados y las principales conclusiones que se extraen respecto a cada inciso.

I.III. Datos revisados

Las sentencias que sirven de sustrato al presente examen fueron dictadas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia entre el año 1990 y 2012. En poco más de dos décadas de actividad judicial, la Sala Tercera dictó alrededor de trescientos sesenta resoluciones vinculadas al estelionato, en sus diversas modalidades delictivas.

En estos fallos el tribunal examinó reclamos de toda índole, especialmente relacionados con defectos formales. Por esa razón, una parte muy importante de esas resoluciones quedó excluida del presente estudio. Además, se prescindió de los votos relacionados con los incisos tercero y cuarto del artículo 217 del Código Penal, pues tales incisos no forman parte del examen que interesa.

El examen de las resoluciones contempló –*grosso modo*– los siguientes pasos:

1. Lectura integral de la totalidad de las sentencias²⁴⁸ (cuatrocientos ocho resoluciones) asociadas al término “estelionato”.

A partir de esta lectura fueron excluidas las resoluciones asociadas al inciso tercero y cuarto del tipo penal, pues como se indicó antes, tales incisos no son explorados en este trabajo; asimismo, todas aquellas sentencias en las que los reclamos no versaban sobre la aplicación del estelionato en la modalidad del inciso primero y segundo.

La primera lectura permitió reducir el volumen de sentencias por examinar a un grupo relativamente pequeño de apenas cincuenta y ocho resoluciones; veinte atinentes al inciso primero y treinta y ocho al inciso segundo.

2. Selección de sentencias vinculadas a los incisos en estudio

La segunda lectura de las resoluciones permitió excluir veintiocho resoluciones, dieciocho relacionadas con el inciso segundo y once con el inciso primero. Estas sentencias fueron excluidas porque los temas que abordan si bien están vinculados con la aplicación del delito, carecen de relevancia o trascendencia en la determinación del pensamiento jurisprudencial.

A partir de esa selección fue posible agrupar nueve fallos de interés que atañen al inciso primero y veinte al inciso segundo.

Adicionalmente, fue posible identificar aspectos puramente formales de los votos, como los magistrados (titulares y suplentes) que integraron para resolver los asuntos, la cantidad de recursos admitidos, la cantidad de recursos declarados sin lugar, entre otros²⁴⁹.

²⁴⁸ Todas las sentencias dictadas por la Sala Tercera vinculadas al descriptor “estelionato” que se encuentran en el Sistema Costarricense de Información Jurídica.

²⁴⁹ Dichos aspectos solo serán destacados cuando sea necesario.

3. Examen de conflictos planteados en las resoluciones

Se examinaron los problemas tratados en las resoluciones a partir de los reclamos y aspectos desarrollados por la Sala y se clasificaron según las temáticas discutidas en cada inciso.

4. Aspectos de interés sobre la metodología

El método (análisis jurisprudencial) desarrollado por el profesor López Medina está estrechamente vinculado al campo constitucional, en el que normalmente un hecho o situación particular se ve confrontado a un derecho, por esa razón el autor subraya la importancia de establecer escenarios (o patrones fácticos) para determinar la línea jurisprudencial.

A diferencia del espacio constitucional, en el penal, los escenarios fácticos están -en buena medida- deslindados, debido a que los supuestos de hecho que contienen los tipos penales circunscriben el examen a unos contextos relativamente definidos.

Esta circunstancia supone un panorama sustancialmente diferente, mientras en sede constitucional se decide si una situación está amparada por un derecho o no, en el espacio penal se decide si el hecho encuadra o no en la prohibición o mandato contemplado en la norma.

A esto debe agregarse que el examen a nivel penal implica un proceso judicial largo y complejo en el que participan numerosas personas e instancias, ante las cuales es posible alegar diversidad de vicios o defectos.

Los fallos que dicta la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia²⁵⁰ están condicionados o supeditados a los reclamos planteados por las partes en sus recursos, por esa razón en muchos de ellos se examinan solo cuestiones de forma -relativas al proceso- o aspectos

²⁵⁰ El 9 de diciembre de 2011 entró en vigencia la Ley 8837 del 3 de mayo de 2010, Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal. Antes de que esta ley entrara en vigencia los recursos de casación penal eran competencia de los tribunales de casación y la Sala Tercera, con su incorporación en el ordenamiento la competencia para conocer recursos de casación se volvió exclusiva de la Sala Tercera, pues los que fueran tribunales de casación se convirtieron en tribunales de apelación de sentencia penal y penal juvenil.

atinentes a la estructura de la sentencia, los cuales son de mucha trascendencia para establecer la responsabilidad, pero carecen de interés para el presente estudio.

Estas aclaraciones tienen como propósito advertir algunos de los obstáculos a los que se enfrenta la metodología frente al derecho penal.

El método de estudio diseñado por el profesor colombiano propone dos formas de abordar el examen de las sentencias: análisis dinámico y análisis estático; los parámetros de ambos fueron desarrollados en el apartado de la metodología.

Las sentencias relacionadas con el primer inciso serán estudiadas a partir del esquema de análisis dinámico, al contar con un nivel de citación que lo permite. Las sentencias vinculadas al inciso segundo no admiten ese esquema de análisis, porque la citación es casi nula; por esa razón para examinar los votos asociados con este inciso, se acude al segundo esquema, análisis estático, a efectos de hacer una valoración completa de las sentencias.

Por último, cabe señalar que con esta metodología no se pretende evidenciar yerros o problemas vinculados a la interpretación jurídica, lo que se busca mostrar es la forma en la cual el órgano judicial (Sala Tercera) ha examinado el conflicto sometido a su consideración, la subregla jurisprudencial que en torno a ese ha desarrollado.

I.IV. Presentación de resultados

I.V. Construcción de la línea jurisprudencial en relación con el inciso primero del delito de estelionato

Una línea jurisprudencial, en palabras de López, es “una idea abstracta” que puesta en un gráfico “*es un problema jurídico bien definido bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas*”²⁵¹. Una línea muestra la historia de soluciones jurídicas de un problema específico, las diferentes respuestas que los órganos judiciales han ensayado para resolver un problema.

²⁵¹ López Medina, 141.

El primer inciso del artículo 217 del Código Penal vigente establece:

- 1) *Al que recibiendo una contraprestación, vendiere o gravare bienes litigiosos, o bienes embargados o gravados, callando u ocultando tal circunstancia.*

Del estudio de las resoluciones dictadas por la Sala Tercera en relación con este ilícito, se tiene que entre 1990 y 2012 no se han presentado discusiones que evidencien dificultades con la aplicación del inciso o desacuerdos en cuanto a los alcances de los elementos del tipo penal. De hecho, la mayoría de los reclamos sustantivos han sido abordados de forma puntual y directa, sin referencias jurisprudenciales o doctrinarias de relevancia.

Cuando el profesor colombiano expone su metodología, señala la necesidad de identificar un problema jurídico bien definido, pues tal será el punto de partida para trazar la línea jurisprudencial. Un problema remite en el espacio jurídico a un enfrentamiento de intereses, a posiciones antagónicas y en casi todos los temas que convoca el quehacer forense se pueden identificar puntos de vista contrapuestos; por esa razón, en general, los conflictos se pueden visualizar sin dificultades.

El autor pone acento particular en el problema jurídico, porque a través de este es posible identificar los diversos contextos en los que se aplica el derecho y el interés primordial que gobierna su método es evidenciar las subreglas que los jueces crean en sus sentencias al aplicar el derecho a escenarios determinados.

El Dr. López rechaza la práctica que se inclina por considerar la jurisprudencia como la glosa de las normas, al limitarse su valor al desarrollo de categorías abstractas y prefiere los contextos en los que se puede apreciar la vigencia de esas categorías.

Así las cosas, más que un problema jurídico asociado al delito, lo que interesa determinar son los contextos en los que la Sala ha decidido sobre la aplicación de este.

Las sentencias examinadas respecto al inciso primero no dejan ver un conflicto jurídico en los términos previamente referidos. Sin embargo, la primera lectura de estos fallos permite concluir que un tema frecuente en las sentencias vinculadas a ese inciso es la negligencia del ofendido.

El tema ha sido convocado en repetidas ocasiones por los litigantes, quienes acuden a la conducta negligente del ofendido como argumento, para excluir la configuración del estelionato en la modalidad de comentario.

Por esa razón, en adelante se estudiarán los contextos en los que se ha formulado el reclamo sobre la negligencia del ofendido, a efectos de juzgar si existe entre ellos aspectos por los que puedan calificarse análogos²⁵², si se ha producido alguna variación, evolución o retroceso en la consideración de ese elemento.

a) Sentencias consideradas en el examen del inciso primero del estelionato

De las veinte resoluciones seleccionadas, por tratar aspectos relativos a la aplicación de la norma, solo en nueve de ellas se aborda la negligencia del ofendido como argumento para excluir la tipicidad:

Sentencias	400-1991	233-1992	210-1993	289-1993	539-1993
	710-1995	254-1997	247-2000	905-2002	

La lectura y examen de esas nueve resoluciones permite afirmar que la negligencia del ofendido como presupuesto para excluir la tipicidad se ha planteado en contextos en los que prevalece una actitud indolente de parte del ofendido, que omite informarse sobre la verdadera condición del bien.

A propósito de este contexto, conviene recordar que el delito de estelionato, conforme lo visto en el capítulo segundo, sanciona en su inciso primero la conducta del sujeto que vende o graba un bien por un precio sin advertir que sobre ese bien pesa un gravamen, litigio o un embargo.

²⁵² Contrario al proceder sugerido por la metodología, en el presente caso se analizan los contextos a partir de un tema. Por las particularidades de la materia penal ya indicadas.

De esto se sigue que el supuesto de hecho típico parte de la premisa de que la condición del bien debe informarla quien vende u otorga garantía. En consecuencia no cabe exigir a quien compra o recibe el bien en garantía el deber de informarse, pero sobre ese punto en concreto es que se ha pronunciado la Sala en relación con el inciso.

b) Punto arquimédico

Es el punto de partida de la línea jurisprudencial. Según la propuesta del profesor López, esta sentencia se extrae del conjunto seleccionado con base en dos criterios: a) cuenta con un patrón fáctico igual o similar al de las resoluciones que conforman el grupo y b) es el voto más reciente.

La sentencia que cumple con los requisitos indicados a efectos de este trabajo es la Resolución número 905 de las nueve horas con treinta y ocho minutos del trece de setiembre del 2002. Esta resolución se dicta con ocasión del recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia número 298-01 de las nueve horas quince minutos del primero de junio del 2001 del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela, en la cual se ordenó la absolutoria de los acusados. Además de varios reclamos formales de escasa trascendencia para la *ratio decidendi*²⁵³, se plantean alegatos respecto a la aplicación de la ley sustantiva, específicamente con el delito de estelionato en el supuesto del inciso segundo.

El fallo, como la mayoría, no contiene una descripción precisa de los hechos que el *a quo* tuvo por demostrados. No obstante, de su contenido se infiere el siguiente cuadro fáctico²⁵⁴:

A vendió a C el derecho de propiedad que tenía su hijo B (B para la fecha de venta era menor de edad) sobre el inmueble X. Dos años después B alcanza la mayoría de edad y como el bien permanece inscrito a su nombre (B), otorga hipoteca a favor de Z.

Luego B vende al hijo de C la finca referida, sin advertir que cargaba con una hipoteca.

²⁵³ Entiéndase: “la razón para decidir el caso”.

²⁵⁴ Los nombres de las personas involucradas en este asunto fueron sustituidos por letras en respeto de lo establecido en la Ley de Protección de Datos Personales.

El tribunal de juicio concluyó que B y Z no incurrieron en delito, porque tanto C como la notaria actuante pudieron haber comprobado la existencia previa del gravamen.

Al suscribir este criterio el *a quo* avaló la posición de la defensa, que exige algún grado de malicia de parte del acreedor o comprador y rechaza el simple silencio como presupuesto de tipicidad.

Dicha posición no prosperó ante Sala, pues este órgano consideró que el *a quo* había errado en su análisis al no considerar si el hecho era susceptible de configurar estelionato, conforme lo establece el artículo 217 inciso 1 del Código Penal, pues no se había demostrado un conocimiento efectivo del gravamen por parte de la ofendida.

En este fallo la Sala recalca que la infracción a la norma la comete el sujeto activo, quien calla u oculta y a partir de esa afirmación descarta lo que califica como un equívoco: “atribuir al perjudicado la responsabilidad de verificar la existencia de gravámenes del bien que adquiere”.

Además, insiste en que el tipo penal impone al vendedor o deudor la obligación de decir verdad y afirma que la negligencia del ofendido no hace desaparecer el engaño. Por último, trae a colación la buena fe que garantiza la ley en las transacciones comerciales.

En resumen, los tres argumentos o pilares en los que se asienta la resolución son los siguientes: énfasis en el comportamiento del sujeto activo como elemento determinante de la tipicidad, evidencia el mandato que subyace al tipo penal y la buena fe como principio derivado de la ley.

El primer argumento hace hincapié en el silencio, que el tipo penal reclama única y exclusivamente del sujeto activo (el que recibe la prestación cuando vende o grava). La principal bondad de ese argumento reside en que se apega a la descripción típica del ilícito, por lo que resulta fácilmente verificable.

El segundo razonamiento pone énfasis en una de las normas que recoge el tipo penal, la obligación de decir verdad. Es un hecho indiscutible que el ordenamiento jurídico costarricense contiene diversos tipos de mandatos. Sin embargo, los que atañen al derecho

penal sustantivo gozan de una connotación especial, porque su desobediencia lleva aparejada una pena.

La obligación de verdad que recoge el inciso primero del estelionato pasa desapercibida en la descripción del tipo penal que simplemente apunta “Al que recibiendo una contraprestación, vendiere o gravare bienes litigiosos, o bienes embargados o gravados, **callando [...] tal circunstancia**”²⁵⁵. En esos tres vocablos recoge el tipo penal una de las obligaciones más importantes en el quehacer comercial, decir verdad sobre los bienes que se transan, sin ella buena parte de los negocios no se concretarían.

Por último, la buena fe que debe prevalecer en transacciones comerciales, la cual está vinculada con la obligación antes indicada.

La Sala de Casación no hace en esta resolución un estudio o desarrollo extenso en relación con la buena fe, se limita a la señalar: “la ley garantiza la buena fe que debe existir en las relaciones contractuales”; empero esa apatía de la resolución, no puede dejarse de lado el hecho de que pocas veces ha cobrado tanto valor el principio de la buena fe como en la aplicación de este tipo penal, pues cada vez que la Sala lo invoca, aunque sea como frase rutinaria, le reconoce eficacia, le devuelve una cuota de vigencia.

Los tres argumentos o ideas apuntadas constituyen las premisas en las que descansa la posición de la Sala, como de seguido se verá, en las resoluciones dictadas entre 1990 y 2012 tales ideas son convocadas con regularidad. En algunos supuestos concurren las tres, en otros una o dos de ellas.

El cuadro fáctico que ofrece esta resolución roza varios temas. Sin embargo, en lo que interesa cabe subrayar que el hecho puro y simple por el cual se reclama la responsabilidad de B es el silencio, el comportamiento omisivo.

Una particularidad de este fallo que merece atención es que, a diferencia de los demás, quien recurre es la parte ofendida, no la parte acusada; por esa razón el reclamo se dirige a la inaplicación de la ley sustantiva. Esta es la única resolución en la cual la parte que

²⁵⁵ La negrita no pertenece al original.

impugna no plantea la negligencia del ofendido, sino que es la misma Sala la que lo trae a colación.

Adicionalmente, el *a quo* no consideró en el fallo examinar la tipicidad del inciso primero, centró su atención en el inciso segundo, el cual descartó por la falta de un negocio válido y eficaz.

La Sala deja de lado la posición del tribunal de juicio, admite el recurso y ordena un juicio de reenvío, al estimar necesario valorar si la conducta acreditaba podría constituir estelionato en la modalidad del inciso primero. Sobre este punto conviene advertir que aun cuando la Sala dice en la sentencia que no emite criterio alguno sobre “solución sustantiva aplicable al supuesto de hecho acreditado”, cada uno de los razonamientos que presenta conducen de forma inequívoca a dejar claro el yerro del *a quo* que no consideró la tipicidad del inciso primero.

Esta circunstancia, sin embargo, no excluye el interés por la resolución, ya que como se indicó al inicio, lo relevante es el patrón fáctico y las consideraciones de la Sala en torno a este; los alegatos que presenta quien impugna permiten comprender el contenido de la resolución, pero no son indispensables para estudiarlo.

En síntesis, los datos de interés del fallo son los siguientes:

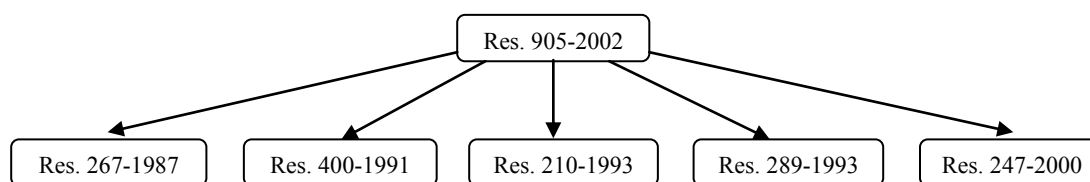
Voto	Recorre	Motivo	Hecho de interés	Tribunal de juicio	Sala Tercera
905-2002	Ofendido	Inaplicación de ley sustantiva (Inc. 2 art. 217)	Vendió bien sin advertir hipoteca	Dispone absolutoria por estelionato inciso segundo, por falta de negocio valido y eficaz	Ordena reenvío para valorar la aplicación del estelionato inciso primero
Citas de doctrina		Cita de otras resoluciones		Integración de magistrados	
No presenta		Cuatro fallos		Propietarios y suplentes	

c) Ingeniería reversa

Corresponde ahora hacer un ejercicio de “ingeniería reversa” a la resolución previamente explorada, que en lo fundamental consiste en *desarticular* el nicho de citación (jurisprudencial); esto es, extraer las citas de jurisprudencia y examinar el vínculo existente entre estas y la resolución en la que son convocadas.

Una vez efectuado el ejercicio, se aprecia cómo la resolución elegida contiene referencias directas a la sentencias números: 400-1991, 210-1993, 289-1993, 247-2000 e incluso menciona el Voto 267-1987, que si bien no forma parte del período en estudio, contiene el mismo patrón fáctico.

El primer nicho de citación queda de la siguiente forma:



El tópico central de los fallos es la negligencia del ofendido. En cada uno de los votos (400-1991, 210-1993, 289-1193, 247-2000 e incluso en el 267-1987) se aborda el tema como parte de la *ratio decidendi*.

El reclamo se concentra en la desidia del ofendido que nunca indaga las condiciones del bien que adquiere, a pesar de que este se encuentra inscrito en el Registro Público de la Propiedad²⁵⁶.

²⁵⁶ En el anexo VI se refiere de forma sucinta el hecho o hechos referidos en las resoluciones revisadas. El cuadro permite identificar los puntos en los que existe analogía entre los fallos.

d) Ingeniería reversa (segunda)

El siguiente paso consiste en extraer el nicho de citación de cada una de las resoluciones que integran el primer grupo (o primer nicho de citación). El propósito de este ejercicio es ir reduciendo el cuerpo de sentencias objeto de análisis.

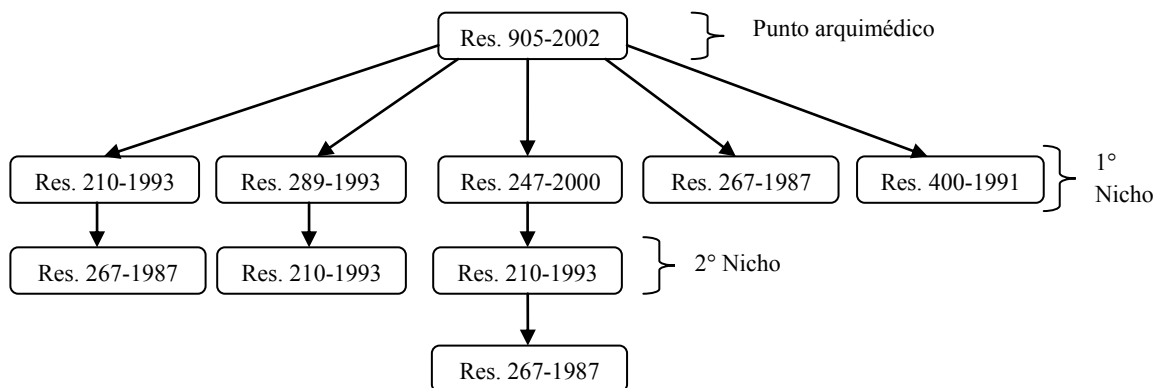
Al efectuar este ejercicio en las resoluciones mencionadas, se tiene que la Sentencia número 210-1993, dictada el 21 de mayo de 1993, contiene una referencia al Voto 267-1987; mientras que la Sentencia número 289-1993, dictada el 14 de junio de 1993, cita el Voto 210-1993, emitido tan solo unos días antes. Luego, la Sentencia número 247-2000, dictada el 3 de marzo de 2000, cita el fallo 210-1993, el cual a su vez contiene, según lo referido, una cita del Voto 267 de 1987.

En el esquema que sigue se aprecia cómo la Sala acude en la Resolución 210-1993 al Voto de 1987, a pesar de que la Sentencia 400-1991 –más reciente- contenía el mismo patrón fáctico y el tema de interés. Asimismo, cabe resaltar que la Resolución 247-2000 cita la Sentencia 210-1993, aun cuando el criterio asentado en esta había sido reiterado en la Sentencia 289-1993, así como en la 539-1993, 710-1995, 254-1997, las cuales no son consideradas ni en primer ni en segundo nivel del nicho de citación, a pesar de que desarrollan el mismo tópico.

No existe regla que sugiera la forma en la que los jueces de casación deben citar otras resoluciones en sus fallos, menos aún disposición alguna que les impida citar la sentencia de los años ochenta si existen resoluciones posteriores.

Las razones por las que los magistrados deciden citar una sentencia en lugar de otra pertenecen a una esfera inaccesible. No obstante, una razón plausible podría ser la claridad con la que esa sentencia resuelve el punto de interés, sin embargo, al revisarla se observa que no presenta claridad particular o un desarrollo del tema más profuso.

Esquema de la línea jurisprudencial:



Como se explicó en la introducción de este trabajo, no hay norma específica en el ámbito penal que defina qué ha de entenderse por jurisprudencia o establezca lineamientos en relación con esta; tampoco existe una *doctrina legal*²⁵⁷ o del precedente como acontece en otras latitudes, donde la tradición jurídica ha potenciado el valor de las resoluciones.

Este panorama se convoca porque es necesario destacar que si bien esto es así a nivel formal –legislación–, lo cierto es que en la práctica la misma Sala Tercera se ha preocupado –con algunas excepciones– por reconocer a sus resoluciones mayor vinculatoriedad. Este aspecto se hace visible en la citación de sus resoluciones, cuando asume una posición específica en un tema, entre otras.

El esquema presentado en los párrafos precedentes se refiere justamente a ese interés del tribunal de casación y permite apreciar cómo en un período amplio la Sala mantuvo su criterio sobre el tema.

En dos décadas de actividad judicial, la Sala dictó alrededor de veinte resoluciones, en las cuales examinó al menos un reclamo sobre la aplicación del ilícito al caso concreto y en

²⁵⁷ El profesor López Medina indica en su obra *El derecho de los jueces* que “doctrina legal” fue el concepto específico bajo el cual España y América Latina empezaron a medirle el pulso a la “jurisprudencia constante” de sus tribunales.

poco menos de la mitad trajo a colación la negligencia del ofendido y su repercusión en la configuración del delito, aun cuando los recurrentes no lo plantearan.

Sobre la base de tres ideas, como se explicó en el desarrollo del *punto* arquimédico, la Sala asentó su posición en el tema, la cual se limitó a reiterar en los años que siguieron. Por esa razón, la Resolución 905-2002 resume el pensamiento que desarrolla la línea jurisprudencial.

La claridad con la que el tribunal desarrolla su posición desincentivó la presentación de reclamos en ese sentido. En años recientes estos se han reconducido a aspectos formales de la resolución o a cuestiones estrictamente procesales.

La falta de controversias y discusión sobre el tema propició una prematura consolidación del criterio jurisprudencial. Así, se entiende que la negligencia o desidia del ofendido en las transacciones comerciales, específicamente cuando se adquiere un bien o se recibe en garantía de un crédito, no podrían excluir la responsabilidad de quien vende o da en garantía el bien, pues tiene la obligación de decir verdad sobre los bienes que transa.

e) En síntesis

1. En el período de estudio se registran más de cuatrocientas resoluciones vinculadas al estelionato, pero solo cincuenta y siete se relacionan de forma directa con el inciso primero y segundo del delito.
2. De esas cincuenta y siete resoluciones, veinte están relacionadas con el inciso primero.
3. En las resoluciones asociadas al inciso primero no es posible identificar un conflicto jurídico en sentido estricto.
4. El único tema que ha sido tratado de forma reiterada es la negligencia del ofendido.
5. En las sentencias examinadas, la Sala ha mantenido una posición invariable respecto al tema.
6. La posición sobre la negligencia del ofendido se asienta en tres vértices o argumentos: la conducta se atribuye al sujeto activo, la obligación de decir verdad y el principio de buena fe como rector de las relaciones comerciales.

7. No es posible distinguir en las sentencias estudiadas las diferentes categorías de sentencia hito²⁵⁸ que postula el profesor López en su clasificación, al estas no contener consideraciones que permitan tal ejercicio.

I.VI. Construcción de la línea jurisprudencial en relación con el inciso segundo del delito de estelionato

Una de las principales dificultades afrontadas en el examen de las resoluciones vinculadas al inciso primero, modalidad clásica de estelionato, fue la inexistencia de posiciones antagónicas a lo interno de la Sala respecto al tema examinado.

Por esa razón y considerando las particularidades de las sentencias, el estudio inicialmente se enfocó en el tema jurídico plasmado en las resoluciones, específicamente en identificación; luego en los hechos analizados en cada una, a efectos de verificar si existía algún grado de analogía fáctica entre ellas y si se produjo algún cambio o evolución en los argumentos utilizados por la Sala al tratar el tema en esos contextos específicos.

La organización y revisión de esas sentencias tuvo como eje la citación²⁵⁹, conforme la propuesta del profesor López, para el análisis dinámico de la jurisprudencia.

Frente al inciso dos el panorama es relativamente diferente. La Sala no ha seguido una línea de pensamiento uniforme o coherente cuando se ha pronunciado sobre la aplicación del inciso segundo del estelionato, consecuencia de la diversidad de temas y escenarios que ha revisado.

En cuanto al nivel de citación, debe advertirse, en lo que respecta a esta modalidad delictiva, que la práctica de citar resoluciones, esto es, traer a colación sentencias en las que se ha examinado el mismo punto que convoca la reflexión en el nuevo caso, resulta por completo atípica, lo cual lleva a que el nivel de citación sea ínfimo.

²⁵⁸ En la obra *El derecho de los jueces*, el Dr. López Medina hace una clasificación de las sentencias importantes en una línea jurisprudencial de acuerdo con la función de estas en la estructuración de la línea.

²⁵⁹ En este caso el término hace referencia únicamente a las resoluciones dictadas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Esta circunstancia representa una dificultad para el trabajo si el estudio de las resoluciones se plantea a partir del análisis dinámico de la jurisprudencia. Por esa razón, en el presente caso se atenderán las pautas que propone la metodología respecto del análisis estático de las sentencias, que en realidad se corresponde -en lo fundamental- con el examen tradicional de la jurisprudencia.

En ese entendido, se revisan los hechos, las consideraciones y, por último, la decisión. Este esquema de análisis está orientado a la sistematización de los precedentes, a la organización de aquellas sentencias que establecen un criterio determinado sobre un tema y, por ende, deben considerarse como punto de partida para el dictado de las resoluciones posteriores.

Si bien no existe una doctrina del precedente en el espacio jurídico penal, lo cierto es que la norma contenida en el artículo 468 del Código Procesal consagró, a partir de la reforma introducida por la Ley 8837 en 2010, la posibilidad de reclamar la existencia de precedentes contradictorios entre los fallos dictados por los tribunales de apelación o de aquellos con la Sala.

La noción de precedente a la que refiere esa norma, como explicó en la introducción, es de corte patológico, ya que el precedente se reconoce en la contradicción, cuando en dos sentencias se aplicó de forma distinta el criterio jurídico. No hay en la legislación penal ni procesal penal un precepto que obligue a los tribunales de apelación o a la misma Sala Tercera a respetar los criterios que se han enunciado en resoluciones previas.

Por razones de coherencia en temas muy específicos, la Sala y actualmente los tribunales de apelación indican de forma expresa que cambian de posición y de esa forma desplazan el criterio vertido en una resolución anterior.

Con estas consideraciones se pretende advertir que la noción de precedente a la que se refiere el artículo 468 del Código Procesal Penal vigente no coincide con la propuesta en la metodología, debido a que esta última parte de que el criterio asentado en una resolución será utilizado en resoluciones posteriores como criterio de orientación para resolver; reconoce un valor específico a la resolución.

La ventaja de este esquema metodológico es que recupera la sentencia en todas sus partes y obliga a tomar en cuenta tanto los hechos como las consideraciones del tribunal y la decisión adoptada en el caso. Se trata de un abordaje integral de las resoluciones que permite por ello una lectura más completa.

a) Escenario de interés

En el caso del inciso segundo, la doctrina reconoce la existencia de dos etapas en la comisión del delito. La primera se lleva a cabo cuando es celebrado un negocio jurídico válido y eficaz y la segunda, cuando se realiza un acto jurídico o material que pone en entredicho el derecho previamente transado. La condición de ilícito no la reviste el acto por sí, sino por sus efectos en la relación jurídica que antecede. Esta interpretación del tipo penal es la que se estima adecuada en términos dogmáticos.

A efectos de superar el examen de tipicidad se requiere, entre otros aspectos, que el derecho o la obligación al que se refiere el tipo penal (vulnerado por la acción del sujeto activo) tenga su origen en un negocio previo celebrado entre las partes (sujeto activo y sujeto pasivo). Adicionalmente, que ese derecho (sobre el bien)²⁶⁰ haya sido pactado como forma de garantía o, en su defecto, por un precio y cumpla con los demás requisitos que impone la descripción de la norma.

Cuando se habla del ilícito por la vulneración de un derecho, es necesario que el contrato que lo originó sea oneroso y traslativo de dominio. En el caso de una obligación, es indispensable que el contrato sea oneroso y traslativo de dominio o que esta sea el resultado de la constitución de una garantía real.

Una revisión superficial del inciso permite apreciar que tales requisitos no los desarrolla el tipo penal de forma directa; son resultado de la interpretación de la doctrina, que afanosamente ha explicado los alcances de la norma. Actualmente tales requisitos se admiten sin controversia. No obstante, dada la variedad de hechos que puede acoger la hipótesis delictiva, en muchas oportunidades se ha intentado soslayar su aplicación con el

²⁶⁰ En el caso de la obligación es en relación con el bien transado.

fin de penalizar conductas que se alejan por completo del supuesto fáctico –y jurídico- que se prevé.

En ese contexto importa el negocio que vincula al acusado con el ofendido, específicamente interesa que ese convenio sea válido y eficaz.

Es indispensable establecer las cualidades del convenio, porque de este surge el derecho o la obligación sobre la que recae la conducta delictiva.

b) Sentencias revisadas

Conforme se indicó en la primera sección del presente capítulo, de las cincuenta y ocho resoluciones consideradas, treinta y ocho versan sobre la aplicación del inciso segundo.

De esos fallos, veinte están vinculados con el negocio jurídico que sirve de base a la relación jurídica que se traba entre las partes.

c) Línea jurisprudencial

Las consideraciones sobre la línea jurisprudencial tienen como base el siguiente grupo de sentencias:

Sentencias	361-1993	463-1993	688-1993	413-1995	605-1996
	1062-1997	1126-1999	567-2004	37-2005	591-2005
	408-2005	568-2005	1391-2007	591-2008	566-2008
	487-2010	924-2010	1374-2010	563-2011	719-2011

En la parte introductoria se advirtió que el delito de estelionato en la modalidad de comentario exige para la satisfacción de la tipicidad unos requisitos determinados, los cuales encuentran su fundamento en la descripción típica y en la interpretación de la

doctrina. Entre esos requisitos destaca la necesidad de contar con un negocio previo válido y eficaz, tema que de forma directa e indirecta abordan las siguientes resoluciones.

En atención al diseño metodológico escogido, en las líneas que siguen se presentarán las resoluciones indicadas en el cuadro anterior, a partir de un comentario breve de los hechos y consideraciones del tribunal. Por razones de orden y claridad, las sentencias se han organizado en tres grupos.

1) Primer grupo de sentencias

El primer grupo está conformado por las sentencias 361-1993, 463-1993 y 566-2008. El criterio de la Sala en estos votos se aparta de la interpretación sobre las categorías del delito señaladas en el capítulo segundo.

En la primera resolución, la Sentencia número 361-1993, se impuso la sanción al acusado por enajenar un bien, al realizar tal negocio desconoció la promesa de venta que en forma previa había pactado con el ofendido.

El recurrente (acusado) reclama que la conducta no constituye delito porque el ofendido no tenía un *ius in rem*, sino un *ius ad rem*. Con estas fórmulas latinas, la parte que impugna quiere decir, tal como explicó en el capítulo segundo, que el ofendido tenía un derecho a la cosa, pero no un derecho sobre la cosa.

El reclamo tiene importancia si se toma en cuenta la interpretación dogmática vigente, pues conforme a esta es necesario que el ofendido cuente con un derecho sobre la cosa. De ahí que en tesis de principio el negocio deba ser traslativo de dominio.

Alega, además, que la obligación estaba vinculada a un lote específico y la venta fue de la totalidad de la finca, por lo cual no existe identidad en el objeto sobre el que recaía la obligación y el que fue objeto de enajenación.

En el caso indicado, la Sala deja de lado el alegato del recurrente sobre la inexistencia de un derecho sobre la cosa y enfoca su atención en la obligación que el acusado desatendió.

Argumenta que la venta posterior quebrantó los derechos de la ofendida, porque tornó litigioso e incierto el cumplimiento de la obligación en relación con un bien determinado (promesa de compraventa).

El negocio jurídico que sirve de base al juzgador en ese asunto, para establecer la responsabilidad, cumple con los elementos de validez y eficacia, pero escapa al resto de condiciones que determina el tipo penal, por cuanto no se transmitió ningún derecho sobre el bien, sino un derecho a exigir el cumplimiento de una obligación.

La interpretación del tipo penal estelionato (inciso segundo) obliga a distinguir los casos en los que el principal efecto del negocio es una obligación en cuanto a un bien, de aquellos en los que se transmite un derecho y adicionalmente se establecen obligaciones específicas en relación con el bien transferido. El inciso segundo solo admite este último escenario, salvo que el primer supuesto se refiera a la constitución de una garantía.

En el voto de comentario –uno de los primeros del marco temporal seleccionado- la Sala se decanta por una lectura amplificada del tipo penal, al admitir como presupuesto del delito la promesa de compraventa.

La siguiente Resolución es la número 463-1993, la cual es paradigmática porque invierte la relación que propone el tipo penal y reconoce la posición de ofendido al vendedor, además, porque admite como base de la delincuencia un escenario destinado a extinguir derechos, no a constituirlos.

Según se desprende del fallo, los hechos en esencia por los que se encontró responsable al acusado en este caso se resumen de la siguiente forma: el acusado compró un vehículo que pagó por medio de un cheque, el cual a la postre resultó sin fondos; debido a esa situación, el ofendido solicitó la rescisión de la venta.

El proceder delictivo que se atribuye al comprador se materializa cuando este devuelve el vehículo y omite advertir al vendedor que se encontraba gravado por una colisión que se produjo mientras él lo tuvo en su posesión.

Partiendo de lo expuesto en el capítulo segundo de este trabajo, precisa recordar que la norma contenida en el inciso de comentario está destinada a proteger la situación jurídica

del acreedor, de aquel a cuyo favor se establece una obligación o de aquel que es destinatario del derecho transado. Esta valoración es congruente con la idea de proteger el derecho comprometido o la obligación acordada, por eso en el caso concreto no puede identificarse el negocio válido y eficaz con la compraventa del vehículo, pues los derechos que posteriormente son comprometidos no son los que surgen a favor del comprador en esa relación.

Los derechos que se ven directamente minados son los del vendedor, que al recibir el bien de vuelta con motivo de la rescisión lo recibe gravado. El asunto medular en este caso radica en que la rescisión es una forma de despojar de eficacia ulterior un contrato o una obligación, no es un negocio jurídico.

Pese a ello, los hechos referidos a la Sala los admite como presupuestos suficientes del delito, al considerar que la acción del acusado (comprador que devuelve el vehículo) tornó incierto y litigioso el derecho del ofendido (vendedor).

En estricto sentido, es innegable que el proceder del vendedor resulta antijurídico y en efecto los derechos de quien fuera vendedor se vieron afectados, pero las condiciones en las que se produce ese resultado lesivo no autorizan la calificación de estelionato, aunque bien podría calificarse bajo otra figura delictiva.

Ahora bien, más allá de las consideraciones sobre lo adecuado o no en términos dogmáticos, es necesario reconocer que en este fallo la Sala se decanta por una interpretación diversa a la tradicionalmente admitida, aunque lo hace a partir de una reflexión muy escueta que revela una lectura parcializada de la tipicidad, razón por la cual concluye como el tribunal de juicio que sí existió delito.

En este grupo de resoluciones se enmarca también la Sentencia 688-1993; en ese caso como en el anterior, la Sala confirmó la decisión del tribunal de juicio y sostuvo que el hecho juzgado constituía el delito de estelionato.

Si bien esta sentencia tampoco cuenta con un relato de hechos probados del texto, se desprende que el tribunal sancionó al acusado porque cedió acciones a los ofendidos sin solicitar autorización que debía y sin informar a la entidad financiera que las tenía en

depósito, específicamente se le reprocha no realizar las gestiones oportunas para que se produjera el cambio de dueño, ya que tal comportamiento afectó el derecho de los ofendidos sobre las acciones.

El negocio que identifica la Sala en la resolución como la base de la relación jurídica entre las partes es la cesión de derechos sobre las acciones, el cual se ve afectado por el comportamiento omisivo posterior del acusado que impide a los cesionarios disfrutar de los derechos adquiridos sobre los certificados accionarios.

El reclamo y las consideraciones de la Sala en este caso concreto se refieren a la validez de la cesión, la parte (acusado) alega que el negocio es ineficaz porque falta una solemnidad exigida por ley, concretamente la establecida en el artículo 687 del Código de Comercio, relativa a la doble intestación.

Después de hacer un repaso por las normas comerciales; resoluciones de la Sección Segunda del Tribunal Superior Civil de San José y Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y doctrina de la Sala Tercera, se concluye que el acto celebrado fue suficiente para hacer surgir a la vida jurídica derechos a favor de los ofendidos, porque las formalidades que la legislación comercial exige en cuanto a la cesión de acciones son para efectos de oponibilidad ante terceros, el acto celebrado entre las partes se admite como válido aunque no cumpla con todas las formalidades.

Esta sentencia destaca por tres razones: la relación contractual entre las partes tiene como base una cesión de derechos, la interpretación sobre validez y eficacia del convenio se decanta por una posición menos rígida y la conducta lesiva en la que incurre el acusado es omisiva.

En esta resolución como en las anteriores la Sala concuerda con el tribunal de juicio en la existencia de un delito y reafirma esta posición acudiendo a una interpretación amplia sobre las transacciones efectuadas bajo las normas del derecho mercantil.

También pertenece a este grupo el Fallo número 566-2008. Este voto se dicta con motivo de un recurso de revisión incoado por la defensa, en el que se plantea la inexistencia del delito de estelionato.

Aunque el voto tampoco cuenta con un resumen detallado de los hechos probados del texto, se deduce con meridiana claridad que el hecho en esencia por el que se encontró al acusado responsable de estelionato, tiene como base lo dispuesto en una sentencia por el tribunal laboral. De acuerdo con esa sentencia, el acusado tenía la obligación de pagar extremos laborales al ofendido y para eludir el pago de dicha obligación fingió la muerte del animal sobre el que había recaído el embargo. Con dicho comportamiento afectó el debido cumplimiento de la obligación en perjuicio directo del ofendido.

El reclamo de la parte (acusado) señala que el tipo penal exige un acuerdo y no un mandato judicial como existió en el caso concreto. La Sala desestima el reclamo y confirma la decisión del tribunal de juicio, al considerar que entre las partes hubo una obligación jurídica (cuyo origen es una sentencia) y el acusado realizó actos destinados a eludir su cumplimiento.

El negocio jurídico que en principio debe ser la fuente de la obligación, conforme los términos estudiados, ni siquiera es traído a colación. En esta decisión la Sala emancipa la obligación de la relación contractual y a partir de una lectura parcial de los elementos que integran el tipo penal, presenta sus conclusiones.

Un análisis integral de los hechos lleva a considerar sin espacio a dudas que la conducta del acusado tenía matices dolosos de carácter defraudatorio, empero, tal situación nunca podría autorizar la sanción por el delito de estelionato en la modalidad de comentario, si el hecho no satisface también el filtro de tipicidad.

Esta sentencia defiende una interpretación sobre el origen de la obligación o el derecho que tampoco coincide con la interpretación de las categorías del tipo penal vigentes, conforme a estas categorías la obligación o el derecho que se ve afectado tiene su origen en una relación contractual, que se ha establecido de forma previa entre las partes.

2) Segundo grupo de sentencias

El segundo grupo está integrado por las siguientes resoluciones: 413-1995, 567-2004, 591-2005, 408-2005, 1391-2007, 591-2008, 924-2010 y 719-2011.

En estos fallos la Sala descarta la existencia del delito (estelionato, inciso segundo), porque el cuadro fáctico no cumple con los requisitos de tipicidad. La importancia de esos votos, como explicará, descansa en las razones que brinda la Sala para tomar la decisión.

El primero de los votos es el 413-1995. Conforme los hechos acreditados en juicio, el acusado no presentó ante el perito un bien que tenía en custodia cuando el juez se lo ordenó. El bien a que se refiere este caso estaba en posesión del acusado en virtud de un embargo. La Sala al igual que el tribunal de juicio califican los hechos atípicos.

La Sala explica que si bien el delito de estelionato contemplado en el inciso segundo señala que incurre en el ilícito quien torne litigioso, imposible o incierto un derecho o una obligación, es necesario que ese derecho u obligación haya sido acordado por un precio o como garantía.

Además, refiere que la correcta interpretación de los elementos del tipo compele a entender que ese derecho u obligación es fruto de un convenio entre el ofendido y acusado, lo cual se extraña en el caso concreto, porque si bien es cierto existió un convenio entre las partes, en virtud del cual el acusado adquirió un bien, el comportamiento omisivo de este en el proceso judicial en nada afectó los derechos surgidos en esa relación contractual.

El comportamiento omisivo del acusado se produce en un escenario diferente, específicamente en el proceso de cobro que el ofendido presenta para reclamar el pago del crédito.

Más que la decisión de la Sala de confirmar la resolución del *a quo* en el sentido de descartar la existencia del delito, lo que interesa resaltar es el criterio atinado de la Sala, que exige un vínculo directo entre el derecho afectado y la relación contractual establecida entre las partes de forma inicial.

En el mismo marco de interpretación del negocio, se encuentra el Fallo 567-2004, en el que la Sala descarta el delito porque el inmueble vinculado al hecho no era negociable, en ese caso la acusada dispuso de un bien, pero necesitaba una autorización del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo para hacerlo. Por esa razón, la segunda venta que hizo no pudo afectar los derechos transferidos en la primera.

En el caso la Sala advierte que la atipicidad se produce porque el negocio celebrado entre acusado y ofendido es completamente nulo, pues el bien no era negociable sin la autorización respectiva. Para justificar la decisión, como en pocas oportunidades, trae a colación un criterio jurisprudencial de la Sala Primera respecto a los traspasos sujetos a aprobación del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo.

Cabe insistir en que la declaratoria de atipicidad no significa que la conducta del acusado no sea reprochable o que no haya causado un perjuicio a la otra parte, únicamente significa que la conducta no encuadra en la hipótesis que prevé la norma.

Otra de las sentencias que forma parte del segundo grupo es la número 591-2005. De acuerdo con los hechos referidos en la resolución, en lo fundamental se atribuye al acusado que en convenio de divorcio se comprometió a traspasar un bien inmueble a su hija cuando cumpliera la mayoría de edad, no obstante luego desconoció el compromiso y enajenó el inmueble. Se le acusa también de haber inducido a error a su cónyuge, porque él no era el único titular del bien, su pareja era copropietaria.

La Sala hace un examen minucioso del convenio y de la obligación que surgió. A partir de este concluye –*grosso modo*– que nunca se pactó por precio o como garantía algún derecho sobre el inmueble y que la promesa o compromiso futuro de traspasar el bien adquirido a su hija en el convenio de divorcio era contrario a la ley, de conformidad con el numeral 269 del Código Civil.

En este caso el proceder del acusado fue evidentemente lesivo. Pero, lo que se acordó en el convenio de divorcio fue una promesa y el delito de estelionato en la modalidad del inciso segundo no admite la promesa como presupuesto. Asimismo, tampoco consiente las obligaciones que no se deriven de un contrato traslativo de dominio o aquellas donde la obligación no se haya pactado como correlativa al ejercicio de una garantía.

En una línea de pensamiento de corte similar está el Voto el 408-2005. Según este, el tribunal de juicio juzgó al acusado y lo encontró responsable del delito de estelionato. Los hechos en este caso se resumen de la siguiente forma:

Los acusados (A y B) simularon una compraventa para excluir un bien de la lista de bienes gananciales y, de esa forma, perjudicar a C (la esposa de A). Empero, la escritura en la que se hizo constar dicho negocio no se inscribió. Posteriormente el acusado (A) y su esposa (C) se reconciliaron. Tiempo después la esposa (C) del acusado (A) falleció, por lo que este decidió inscribir la escritura otorgada años antes, para distraer el bien del sucesorio. Con este modo de proceder el acusado (A) afectó los derechos del ofendido sobre los bienes de la sucesión.

Al conocer la gestión recursiva, la Sala hace una cita de doctrina argentina sobre las cualidades del delito *desbaratamiento de derechos acordados*, la cual se diferencia del ilícito que contempla el Código Penal vigente en dos o tres palabras. A partir de esta cita de doctrina, señala que los hechos no se adecuan a las exigencias típicas del delito, al nunca haber existido un negocio entre las partes, esto es entre acusado (A) y el ofendido (en proceso sucesorio).

En este caso la Sala reconoce una vez más que el proceder del o los acusados pudo poner en estado de incerteza el derecho del ofendido, pero subraya que no basta ese resultado lesivo para admitir la configuración del ilícito.

También debe considerarse aquí la Sentencia 1391-2007. Los hechos que fueron examinados se resumen así: el ofendido permitió a los acusados vivir en un lote. Los acusados acudieron ante un notario y cedieron a un tercero el derecho de posesión y mejoras. Como la propiedad en realidad era parte de un inmueble del Instituto de Desarrollo Agrario, el tercero formaliza su derecho y el Instituto de Desarrollo Agrario finalmente le adjudica el terreno.

Quien recurre en este caso es el ofendido, el tribunal de juicio decidió absolver a los acusados. Alega la parte que los hechos sí debían considerarse típicos, porque el traspaso que hicieron los acusados tornó litigioso el bien.

Al conocer la Sala el reclamo por estelionato, explica que si bien es cierto el delito, implica tornar litigioso el derecho sobre un bien; es necesario que se cumplan unas condiciones específicas que no se presentan en el caso concreto.

Forma parte de este conjunto el Voto 591-2008, el cual sigue un camino similar al anterior. De acuerdo con los datos que suministra la resolución en ese caso, el tribunal de juicio juzgó al acusado y lo encontró responsable del delito de estelionato, debido a que entró en posesión de un vehículo robado que tenía las características individualizantes del automotor propiedad del ofendido.

En este caso la Sala no descarta la sanción del acusado. Lo que hace es explicar por qué razón quien figuró inicialmente como ofendido, no podía serlo. Indica la Sala que el propietario del vehículo nunca perdió la posesión sobre el automotor y tampoco estableció un vínculo con el acusado, motivo por el cual no podía entenderse configurado un delito en ese escenario en concreto. No existió entre el acusado y el ofendido una relación contractual.

Con este criterio la Sala reafirma la necesidad de contar con un negocio válido, eficaz, oneroso y traslativo de derechos.

Valga aclarar que en este caso la Sala varió la calificación al delito de estafa, inicialmente considerado, pero no en relación con el propietario del vehículo, sino en cuanto al sujeto que adquirió el vehículo “duplicado”, al ser fue él quien realmente se vio engañado.

Destaca esta resolución la indicación expresa de un “precedente”, la Resolución 1391-2007. El extracto que invoca la Sala en la Resolución 591-2008 de ese precedente hace alusión a la necesidad de contar con condiciones específicas, que van más allá del mero tornar litigioso, incierto o imposible el derecho o el cumplimiento de la obligación.

Lo fundamental de esta resolución es que reconoce una vez más la necesidad de contar con un negocio entre las partes y tiene presente el criterio vertido en forma previa.

Adicionalmente, está el Voto 924-2010. En este la Sala conoce el reclamo de la parte acusada, la cual aduce que tribunal de juicio hizo una lectura parcial del tipo penal y a partir

de ella juzgó los hechos como estelionato. La Sala admite el reclamo y varía la calificación jurídica por el delito de falsedad ideológica y uso de documento falso.

De acuerdo con lo referido en la resolución, la acusada donó un bien inmueble de su propiedad a su hija, la ofendida. Luego aprovechó que la inscripción no se consolidó por la falta de pago de tributos y de un plano visado por la Municipalidad, para volver a donar la propiedad, oportunidad en la que sí se inscribió el bien.

Al enfrentarse a este escenario, lo primero que puntualiza la Sala es la necesidad de que el negocio sea oneroso, para eso hace un repaso breve por las cualidades típicas e indica que el derecho debe haber sido adquirido por un precio; con este argumento descarta la tipicidad, aun cuando entiende que el negocio es válido y eficaz.

El último fallo de este grupo de Sentencias es el 719-2011. En esa sentencia el negocio que vincula a las partes es una promesa de compraventa, la cual fue desatendida por el promitente, quien decidió vender la propiedad antes de que se cumpliera el plazo que tenía el optante para cancelar el precio.

La discusión en ese caso versa sobre los efectos jurídicos del negocio. La parte que recurre considera que el contrato generó derechos. La Sala se detiene a estudiar el reclamo y explica que ese negocio (promesa de venta) no genera la disposición de derechos sobre la propiedad.

Este punto es de especial interés, porque de forma certera la Sala va más allá de la validez o eficacia del negocio celebrado y hace hincapié en la capacidad del convenio para transmitir derechos sobre la propiedad inmueble.

En este caso la Sala confirma la decisión del *a quo* en cuanto rechazó la posibilidad de calificarlos los hechos como estelionato y reafirma con su criterio el pensamiento vigente en cuanto a la necesidad de contar con un negocio oneroso y traslativo de dominio como base de la relación jurídica establecida entre las partes.

3) Tercer grupo de sentencias

El tercer grupo de sentencias contiene una base fáctica y jurídica distinta a la referida: 605-1996, 1062-1997, 1126-1999, 37-2005, 568-2005, 1374-2010 y 563-2011. En estos fallos a diferencia de los referidos en los apartados anteriores la Sala estima que la conducta si constituye estelionato, pero los temas que aborda en cada resolución son diversos.

La primera es la Sentencia 605-1996. De acuerdo con los hechos que se tuvieron por demostrados, el acusado entregó dos prendas al ofendido como garantía de un préstamo, pero un año después, debido al temor del ofendido, otorgó una garantía adicional, una hipoteca. Cuando el ofendido intentó hacer efectiva la garantía, vio afectado su derecho porque el inmueble no le pertenecía al acusado.

Los hechos mencionados fueron calificados como estelionato en la modalidad del inciso segundo. La Sala consideró que la conducta del acusado afectó el derecho real de garantía y la posibilidad de hacer efectivo el cobro.

En el caso aludido la Sala no examina en detalle los presupuestos del ilícito ni las etapas, se limita a señalar que el acreedor vio severamente afectado su derecho por las acciones del deudor.

Esta omisión es relevante a efectos de tipicidad, en todos los casos es necesario identificar las etapas del delito: el negocio válido y eficaz en que se funda la relación entre las partes y el acto posterior con el que se afectan los derechos.

Otro de los fallos considerados en el tercer grupo es el 1062-1997. En este la Sala exhibe la necesidad de contar con un negocio jurídico y pone cuidado especial en los requisitos de la compraventa. La parte recurrente sostiene que solo existió una promesa de venta. Después de revisar la relación contractual la Sala desestima el reclamo y concluye que se trata de una compraventa perfecta.

El punto en controversia es de relevancia en dos sentidos, en primer lugar porque le permite a la Sala puntualizar los requisitos del negocio y, en segundo lugar, porque deja en evidencia la necesidad de que convenio permita transferir un derecho sobre un bien.

Luego está la Sentencia número 1126-1999, en la cual el tribunal de casación se refiere específicamente a la validez del negocio, cuando explica que la falta de escritura pública no es requisito indispensable del traspaso del vehículo.

Aunque en este caso la atención se dirige al negocio como tal, el criterio que exterioriza la Sala no solo considera que el negocio sea válido y eficaz, también, respeta los demás requisitos que establece la norma penal. La misma lógica sigue el Voto número 37-2005, al reconocer la existencia de ese negocio válido y eficaz en el pacto de retroventa suscrito por las partes.

Una sentencia que se aparta por completo del pensamiento seguido por la Sala en este grupo de resoluciones se desarrolla en la Resolución 568-2005. En esta sentencia el tribunal superior examina una cantidad importante de reclamos por aspectos procesales y relativos a la acción civil resarcitoria. Además, conoce de un reclamo en particular por la calificación de los hechos.

De acuerdo con la sentencia, el tribunal de juicio sancionó por el delito de estelionato al notario que confeccionó los instrumentos jurídicos en los que se estableció el primer convenio y el acto posterior que afectó la obligación acordada.

Alega quien recurre que no es posible sancionar al notario porque de acuerdo con la norma, el sujeto activo debe ser contratante en el negocio, debe considerarse que no era el notario el que se obligaba en el convenio y el acusado se limitó como profesional a recoger la voluntad de las partes en el convenio. Invoca como respaldo de sus argumentos un “precedente” de la Sala, la Sentencia 413-1995, en la que se estableció que el sujeto activo debe ser parte en el negocio.

Para mayor claridad, se debe considerar el hecho por el que fue encontrado responsable el acusado. Según refiere la sentencia, el acusado (notario) conocía que sobre la propiedad pesaba una hipoteca no cancelada a favor de un tercero y a pesar de eso confeccionó la escritura que le permitió al obligado enajenar el bien. Se reclama su participación en coautoría porque el instrumento era necesario para disponer del bien.

La Sala cree en el caso concreto que debe variar el criterio, porque el tipo penal no contiene un delito especial propio y de seguir considerando que solo quien forma parte del negocio podría incurrir en el delito, se exige al tipo penal un elemento que no establece.

El cambio de posición le permitió a la Sala mantener la condena decretada por el *a quo*. El criterio pasó por alto que la Sentencia 413-1995 no es una resolución aislada y a esa fecha (2005) existía una interpretación clara y definida sobre el negocio jurídico y las razones por las que era forzoso hacer esa interpretación del tipo penal en relación con el sujeto activo.

También se toma en cuenta la Resolución número 1374-2010, de acuerdo con la descripción de los hechos que refiere esta sentencia el acusado (A) otorgó hipoteca de primer grado sobre bien al ofendido (B), la cual el notario (C) –también acusado- no inscribió, debido a esto el acusado (A) aprovechó y volvió a otorgar hipoteca de primer grado sobre el bien.

Con ocasión de los hechos referidos y el reclamo presentado por el acusado (A), la Sala examina el fallo y descarta la posibilidad de calificarlos como estafa por la inexistencia de engaño.

La Sala juzga que el cuadro fáctico contiene los requisitos del estelionato en la modalidad de comentario y hace énfasis en la necesidad insoslayable de contar con el negocio válido y eficaz entre las partes.

Este voto cita a modo de precedente el Fallo 408-2005. El extracto que se trae a colación en este fallo (1374-2010) contiene una cita de doctrina argentina, en la que se explican las etapas del delito.

La última de las sentencias del tercer grupo es la Resolución 563-2011. En esta sentencia la Sala confirma el criterio del tribunal de juicio, en cuanto a la calificación de los hechos como estelionato.

De acuerdo con la resolución acusada y ofendida aportaron capital para la compra de una propiedad, la cual fue efectivamente adquirida por la sociedad que representaba la primera, quien prometió a la ofendida realizar las gestiones necesarias para que pudiera adquirir la

condición de socia, lo cual no hizo. Luego, aprovechando su posición como representante de la sociedad, vendió el inmueble.

Por tales hechos se encontró responsable a la acusada del delito de estelionato. En este caso en particular, la Sala no se detiene a examinar minuciosamente el negocio base del delito, únicamente señaló de forma sucinta la necesidad de contar con un negocio previo entre autor y víctima.

De esa consideración se sigue que la Sala interpreta como negocio válido y eficaz base del ilícito el convenio suscrito por la acusada en representación de la sociedad (adquiere finca), pues no existe o al menos no se refiere en la resolución a ningún otro convenio entre acusada y ofendida.

El delito en la modalidad del inciso segundo exige, como tantas veces ha mencionado, una relación contractual entre acusado y ofendido, la cual no se aprecia en el caso concreto, al menos si se parte de los datos suministrados por la resolución.

La imposibilidad de identificar el convenio entre las partes debe -en tesis de principio- ser suficiente para descartar la tipicidad del ilícito, aunque es necesario admitir que una lectura más completa del hecho obliga reconocer la existencia de un fraude.

En esta sentencia la Sala ensancha la figura penal, para afirmar que el comportamiento encuadra en la tipicidad del estelionato.

4) Balance de jurisprudencia

No existe en la legislación ni en la costumbre jurídico penal costarricense una asimilación del precedente en los términos que expone el profesor López Medina. Por esa razón –en principio- no cabe hacer un examen de las sentencias que dicta la Sala Tercera a partir de las técnicas de interpretación del precedente que propone el profesor colombiano.

No obstante, tal como se refiere en el acápite de la metodología la doctrina del precedente a la que alude el autor parte de un valor relativo del precedente. Esto quiere decir que existe

un deber de respetar el precedente, pero ese deber no es absoluto y puede ser desplazado cuando se brinde una justificación razonable.

Siguiendo esa idea, el profesor López señala los argumentos legítimos e ilegítimos, que estima pueden invocarse como justificación para atender el precedente o dejarlo de lado. En el primer grupo considera: obediencia al precedente (disanalogía fáctica), distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, y, el cambio de jurisprudencia, mientras que en el segundo grupo abarca: negación del valor general normativo de la jurisprudencia y desobediencia frente a la jurisprudencia.

Lo anterior significa que en un escenario ideal, una vez definida en una resolución la forma de resolver un punto jurídico, el órgano judicial podría apartarse de ese criterio solo acudiendo a los argumentos legítimos.

Por esa razón, pese a las consideraciones expuestas en relación al precedente en el espacio jurídico penal nacional, resulta valioso revisar –en la medida de lo posible– el comportamiento de la jurisprudencia.

En este orden de ideas, debe indicarse que ninguna de las resoluciones que integran el primer grupo: 361-1993, 463-1993, 688-1993, 566-2008 alcanza las características necesarias para convertirse en precedente.

Los cuatro fallos versan sobre el negocio jurídico, pero todos tratan aspectos diferentes.

En el caso del primer voto, se extiende la tipicidad hasta las obligaciones surgidas de una promesa de venta, en el segundo fallo se tiene al vendedor como ofendido y al comprador como acusado. En el tercero se sanciona un comportamiento omisivo y en el último voto se admite como fuente de la obligación una sentencia judicial.

Los criterios externados por la Sala en estos votos no se vuelven a traer a colación, en lo sucesivo, la vigencia de la posición asumida se agotó con la decisión en cada fallo.

En el segundo grupo de sentencias, integrado por los votos: 413-1995, 567-2004, 591-2005, 408-2005, 591-2008, 924-2010 y 719-2011, tampoco es posible identificar un precedente.

La particularidad de estas resoluciones, como explicó en acápite anterior, radica en todas se descarta la calificación por el delito de estelionato.

En primer lugar, está la Sentencia 413-1995. En esta se descarta la tipicidad porque los derechos afectados no surgieron de la relación contractual establecida entre acusado y ofendido.

En la segunda, la Resolución 567-2004, la Sala desecha la calificación por estelionato, porque el bien objeto del negocio no era negociable y, por ende, el convenio celebrado entre las partes no podía ser válido ni eficaz.

En tercer lugar, la Resolución 591-2005. En este caso la Sala no admitió la calificación por estelionato porque no existía un negocio traslativo de dominio, valido y eficaz entre las partes.

En cuarto lugar, la Sentencia 408-2005. En ese voto la Sala descarta la calificación y hace hincapié en la falta del convenio jurídico valido y eficaz. Lo mismo ocurre, en el Fallo 591-2008, en el que reitera la necesidad de que exista un convenio previo entre las partes.

En sexto lugar, el Fallo 924-2010. Este desecha la existencia del delito de estelionato porque el negocio celebrado por las partes no fue oneroso.

En sétimo lugar, se encuentra la Resolución 719-2011. En esta sentencia la Sala explica que la promesa de venta no tiene la cualidad de transmitir derechos y por esa razón no cabe la posibilidad de configurar el delito.

En estos casos la Sala y el mismo tribunal de juicio extraña la presencia de uno o varios elementos del tipo penal, por eso juzga que la conducta no puede calificarse como delito. Los hechos y los defectos que se acusan en los fallos difieren sustancialmente, pese a que todos están vinculados con el negocio jurídico, los derechos y las obligaciones que emanan de este.

Ninguna de las resoluciones podría elevarse a la condición de precedente, porque la fórmula fáctica que tienen es diferente. Es cierto que varias de esas resoluciones coinciden en el tema jurídico, por ejemplo, los votos 591-2005, 408-2005, el 591-2008 y 719-2011

plantean la necesidad de contar con un convenio valido y eficaz. No obstante, los hechos que contienen estas sentencias son diferentes.

Para hacer extensivo el criterio jurídico de una resolución a otra (precedente), es necesario que exista identidad o al menos semejanza en los hechos.

El tercer grupo de resoluciones está conformado por los siguientes votos: 605-1996, 1062-1997, 1126-1999, 37-2005, 568-2005, 1374-2010 y 563-2011.

A diferencia de las resoluciones presentadas en los párrafos que anteceden, en estas la Sala estima que la conducta debe considerarse estelionato.

El primero es el Voto 605-1996. En este no se identifican con claridad las dos etapas del ilícito, pero se reconoce que la conducta del acusado le impidió al ofendido hacer efectiva la garantía que tenía a su favor.

El segundo es el Fallo 1062-1997, el cual a diferencia del anterior, identifica con meridiana claridad las dos etapas del delito y establece que el comportamiento del acusado afectó los derechos otorgados al ofendido.

El tercero es el Voto 1126-1999. Esta sentencia pone énfasis en aspectos relativos a la validez del negocio y a partir de estos juzga el comportamiento del acusado como estelionato.

En un sentido similar está el cuarto fallo, el número 73-2005. En esa resolución se admite la calificación por estelionato. Se identifica el pacto de retroventa suscrito por las partes como el negocio válido y eficaz que estableció la relación jurídica entre las partes.

En otra dirección está el quinto voto, el número 568-2005. En este la Sala confirma la existencia del delito, considera que cualquier persona puede tornar litigioso, imposible o incierto el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación, pues el tipo penal no contiene un delito especial propio.

El fallo indicado se trae a colación a pesar de que no versa directamente sobre el negocio jurídico porque la decisión la Sala deja sin valor el criterio del negocio jurídico previo como elemento definidor de la conducta punible.

Si el autor del delito no debe ser quien ha pactado el derecho, entonces no será necesario que exista un negocio previo válido y eficaz entre las partes.

En esa sentencia la Sala dice cambiar la posición vertida en el Voto 413-1995, en cuanto a la necesidad de que el sujeto que participa como agente haya acordado un derecho sobre un bien a favor del sujeto pasivo.

Además, está el Voto 1374-2010. En este se trae a colación una cita del Voto 408-2005, con la que explica justamente la existencia de dos etapas en el delito. Tema en el que la Sala pone especial atención al presentar sus consideraciones.

Por último, se encuentra el Fallo 563-2011. En esta resolución la Sala admite la tipicidad por estelionato sin hacer mayores consideraciones sobre el negocio, a pesar de que reconoce que es necesario para la tipicidad.

Los hechos que recoge cada una de las resoluciones señaladas en los párrafos que anteceden son diferentes. Por esa razón no es posible identificar –estricto sentido- un precedente. Una sentencia que sin mandarlo expresamente hubiera sentado una interpretación particular de una o varias de las categorías del delito.

Si bien existen varias resoluciones con interpretaciones controversiales sobre la figura, ninguna de ellas tuvo eco en otros fallos.

Varias sentencias del tercer grupo tratan el mismo tema jurídico, el negocio jurídico. El problema que persiste radica en que los escenarios en los que se enmarcan esas consideraciones jurídicas son muy diversos.

No existen elementos que permitan afirmar que tales resoluciones pueden ser precedentes; esto es, con valor normativo para servir como regla en la decisión de otros casos.

Ahora bien, desde una perspectiva menos rigurosa del precedente podría decirse que el Voto 413-1995 (segundo grupo) constituye un precedente en las resoluciones vinculadas al inciso segundo. A partir de ese voto, la Sala revisa aspectos puntuales del negocio y rechaza la posibilidad de considerar típica de estelionato la conducta cuando esos elementos no están presentes.

Está claro que la jurisprudencia penal no es vinculante. La forma en la que se resuelve un caso no puede condicionar o decidir cómo han de resolverse los casos en el futuro. Sin embargo, es innegable que esta juega un papel decisivo en la interpretación de las normas y categorías jurídicas.

I.VII. Conclusión general

Este trabajo se avocó al estudio del estelionato, en la modalidad delictiva del inciso primero y segundo, de conformidad con los objetivos planteados.

En el primer capítulo fueron presentados los antecedentes históricos de ambos incisos. En el caso del inciso primero se expuso el origen y formación de la norma en el derecho romano, así como los cambios que sufrió en el proceso de codificación costarricense.

Desde el comienzo la norma tuvo como norte la prohibición de dar en garantía bienes gravados como si fueran libres, pues el interés primordial era dotar al acreedor de un espectro de protección más amplio, de ahí que se admitían como presupuesto de la norma conductas muy variadas.

Con el paso del tiempo y las transformaciones que sufrió la figura, la hipótesis delictiva pasó de ser el género a ser la especie y así se consolidó en la legislación como un tipo o modalidad de estafa.

También se identificaron los antecedentes vinculados al inciso segundo, los cuales se rastrearon en el derecho argentino bajo el *nomen iures* de desbaratamiento de derechos acordados. La norma surgió en ese ordenamiento como respuesta a los problemas suscitados por la utilización del boleto de compraventa y la adquisición de bienes en propiedad horizontal.

Las reformas legales impulsadas por las autoridades nacionales importaron la norma y la incluyeron en el inciso segundo del estelionato.

Conforme al objetivo número dos en el capítulo segundo, fue examinada la tipicidad de los incisos de comentario. A partir de ese estudio se revisó la interpretación de las categorías a la luz de la doctrina vigente y se enunciaron los principales problemas que presenta su aplicación.

En términos generales, se concluye que el inciso primero contiene un mandato, la obligación de decir la verdad, mientras que el inciso segundo una prohibición, la de llevar a cabo un acto sobre los mismos bienes que ha contratado en forma previa. En el primer caso,

se protege al acreedor antes de concurrir con su voluntad en el negocio y, en el segundo, se busca resguardar el derecho o la obligación que ya ha sido pactado.

Finalmente, en el tercer capítulo se presentó un análisis de las resoluciones dictadas por la Sala Tercera en relación con los dos incisos. A partir de ese examen se constata que en las sentencias vinculadas al inciso primero el tema convocado de forma reiterada es la negligencia del ofendido, como argumento para excluir la tipicidad.

Luego de examinar las consideraciones de la Sala con el diseño metodológico propuesto por el Dr. López Medina, se comprobó que la Sala ha mantenido durante años una posición tajante respecto al tema, afirmando en todos los casos que la conducta negligente del ofendido no puede desplazar el comportamiento delictivo, que se achaca al sujeto activo.

Por su parte, en el inciso segundo el tema que más atenciones captó fue el negocio jurídico, por el que se establece la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo. A diferencia del inciso primero, en el que el tópico estaba claramente definido, en este los aspectos discutidos fueron muy variados.

Del estudio se desprende que uno de los puntos de consenso de la jurisprudencia es la necesidad de contar con un negocio jurídico que vincule a las partes de forma previa. Es indispensable determinar esa relación jurídica para admitir la comisión del delito.

El desarrollo del tercer capítulo presentó dificultades particulares. Las resoluciones dictadas por la Sala Tercera carecen en general de una enunciación clara de los hechos que el *ad quo* tuvo por demostrados, por lo que en muchas ocasiones era necesario inferir a partir de la narración de la sentencia los hechos juzgados. Además, en el caso específico del inciso segundo, las resoluciones -en general- no contienen una determinación clara y precisa de los presupuestos del ilícito que se aplican al caso concreto.

Por último, resulta necesario advertir que se logró corroborar la hipótesis del trabajo, en tanto se consiguió estudiar las categorías del delito (en sus dos incisos) y plantear algunos de los problemas que supone la interpretación. Además, en cuanto a la jurisprudencia, se examinaron las consideraciones jurídicas de las resoluciones en relación a los hechos concretos a los que fueron aplicados.

Bibliografía

Normativa

Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949”. Sinalevi, accesado 1 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=95479&strTipM=FN

Asamblea Legislativa. “Ley 8837: Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal del 3 de mayo de 2010”. Sinalevi, accesado 1 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=68077&strTipM=FN

Asamblea Legislativa. “Ley 4573: Código Penal del 04 de mayo de 1970”. Sinalevi, accesado 30 junio, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=98548&strTipM=TC

Asamblea Legislativa. “Ley 7594: Código Procesal Penal del 10 de abril de 1996”. Sinalevi, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=96385&strTipM=FN

Asamblea Legislativa. “Ley 7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional del 11 de octubre de 1989”. Sinalevi, accesado 31 julio, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=VS

Asamblea Legislativa. “Ley 6227: Ley General de la Administración Pública del 2 de mayo de 1978”. Sinalevi, accesado 31 julio, 2015 http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=13231&nValor3=90116&strTipM=FN

Asamblea Legislativa. “Ley 8508: Código Procesal Contencioso Administrativo del 28 de abril de 2006”. Sinalevi, accesado 31 julio, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=57436&nValor3=96119&strTipM=VS

Asamblea Legislativa de Costa Rica. “Ley 6726: Reforma Código Penal y de Procedimientos Penales del 10 de marzo de 1982”. Sinalevi, accesado 20 julio, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=485&nValor3=515&strTipM=FN

Asamblea Legislativa. “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”. Sinalevi, accesado 20 julio, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=FN

Asamblea Legislativa. “Ley 3284: Código de Comercio del 30 de abril de 1964”. Sinalevi, accesado 20 julio, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=89980&strTipM=VA

Asamblea Legislativa. “Ley 7732: Ley Reguladora del Mercado de Valores del 17 de diciembre de 1997”. Sinalevi, accesado el 11 de setiembre de 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=29302&nValor3=0&strTipM=TC

Asamblea Legislativa. “Ley 5: Ley de Almacenes Generales de Depósito del 5 de octubre de 1934”. Sinalevi, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=8185&nValor3=86568&strTipM=FN

Asamblea Legislativa. “Ley 9246: Ley de Garantías Mobiliarias del 7 de mayo de 2014”. Sinalevi, accesado setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=77300&nValor3=96801&strTipM=FN

Cámara de Diputados de la Nación: Congreso Nacional, Argentina. “Acta de la 60ª reunión, 29ª sesión ordinaria (especial) del 2 de setiembre de 1964; debate de la Ley 16648”. accesado 20 julio, 2015, <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/adebates.htm>

Cortes de España. “Código Penal español del 8 de junio 1822”, Imprenta Nacional en Madrid 9 de junio de 1822. accesado 20 agosto, 2015, <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf> Reproducción fotográfica del original que pertenece al fondo bibliográfico de la Biblioteca General de la Universidad de Sevilla.

Congreso de la nación argentina. “Ley 11 179: Código Penal de la nación argentina del 21 de diciembre de 1984”. Infojus, accesado 20 julio, 2015, <http://www.infojus.gob.ar/11179-nacional-codigo-penal-Ins0002677-1984-12-21/123456789-0abc-defg-g77-62000scanyel>

El Gran Consejo Nacional de la República De Costa Rica, “Código Penal de la República de Costa Rica del 27 de abril de 1880”. Sinalevi. accesado 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=7306&nValor3=96758&strTipM=TC

Jefe Supremo del Estado de Costa Rica. “Código General del Estado del 30 de julio de 1841”. Imprenta del Estado, Costa Rica (1841).

Junta Administrativa del Registro Nacional. “Reglamento Operativo del Sistema de Garantías Mobiliarias del 9 de abril de 2015”. Sinalevi, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=79225&nValor3=100122&strTipM=TC

Senado y Cámara de Diputados de la nación argentina. “Ley 340: Código Civil de la Nación del 25 de setiembre de 1869”. Infoleg, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_sancionley340.htm

Senado y Cámara de Diputados. “Ley 26994: Código Civil y Comercial de la Nación del 1 de octubre de 2014”. Infojus, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.infojus.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

Presidente Constitucional de la República de Costa Rica. “Ley 15: Código Penal de 1918 del 30 de noviembre de 1918”. Sinalevi, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=77202&nValor3=96630&strTipM=TC

Presidente de la nación argentina. Ley No. 17567 del 6 de diciembre de 1967. Boletín Oficial número 21353, año LXXVI (12 de enero de 1968).

Poder Legislativo Nacional. Ley No. 20 509 del 27 de mayo de 1973: Pérdida de eficacia de las disposiciones por las que se hayan creado o modificado delitos o penas de delitos ya existentes y que no hayan emanado del Congreso Nacional. Boletín Oficial número 2952 (28 de mayo de 1973).

Libros

Albaladejo García. Derecho Civil I Introducción y parte general, decimoséptima ed, España, Madrid: Edisofer S.L, 2006.

Baudrid Carrillo, Luis. La Propiedad. San José, Costa Rica: Juricentro, 1983.

Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de los bienes, 7ma edición. San José, Costa Rica: Juricentro, 2001.

Bernard Mainar, Rafael. Derecho Romano: curso de derecho privado romano. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, 2006. accesado 6 julio, 2015, <https://books.google.co.cr/books?id=txvGS5FJPP0C&pg=PA438&dq=Actio+pignoraticia+contraria&hl=es&sa=X&ei=YdvSU5fYKfXNsQSs34GgCg#v=onepage&q=Actio%20pignoraticia%20contraria&f=false>

Castillo González, Francisco. El delito de estafa, 2da ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2013.

Castillo González, Francisco. El delito de estafa. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, 2001.

Comparato, Fernando y Rafael Julián, “Acciones típicas de desbaratamiento”. En Temas de Derecho Penal Argentino, aspectos de la parte general del Derecho Penal, Parte Especial del Código Penal, Leyes Penales Especiales. Coordinado por Alexis Leonel Simaz. Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2006.

Creus Monti, Carlos. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo I, 6ta ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1997.

Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo II-B. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001.

Figari, Ruben Enrique. Casuística penal: doctrina y jurisprudencia. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999. accesado 20 julio, 2015, <https://books.google.es/books?id=In8XVG5zgs0C&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

Hormazabal Malaree, Hernan. Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal, 2da ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Conosur Ltda, 1992.

Jiménez González, Edwin Esteban y Omar Vargas Rojas. Nuevo régimen de impugnación de la sentencia penal. Heredia, Costa Rica: Escuela Judicial, 2011.

López Medina, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, 2da ed. Bogotá, Colombia: Legis, 2006.

Manavella Caballero, Carlos. Conceptos jurídicos fundamentales. San José, Costa Rica: IVSTTIA, 2007

Theodor Mommsen, Christian Matthias. Derecho penal romano. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1991.

Prats Cuevas, Joaquim. Didáctica de la geografía, la historia y otras C. Sociales. España, Barcelona: Ed. Graó, 2011.

Padilla Sahagún, Gumesindo. Derecho romano, 4ta ed. D.F, México: McGRAW-Hill/Interamericana Editores, 2008. accesado 6 julio, 2015, http://www.academia.edu/8830782/185310384-Derecho-Romano-Gumesindo-Padilla-Sahagun_1_

Poggeto, Pablo Martín, “Algunas cuestiones sobre defraudaciones especiales”. En *Temas de Derecho Penal Argentino, aspectos de la parte general del Derecho Penal, Parte Especial del Código Penal, Leyes Penales Especiales*. Coordinado por Alexis Leonel Simaz. Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2006.

Roxin, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*, traducido por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, España: Editorial Reus, 1998.

Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia*. D.F, México: Ed. Porrúa. S.A, 1985.

Ruthers, Bernd. *Teoría del Derecho: Concepto, validez y aplicación del derecho*, traducido por Minor Salas. D.F, México: Ubijus, 2009.

Rodríguez Vega, Eugenio. *Costa Rica en el Siglo XX: tomo III*. San José, Costa Rica: UNED, 2004. accesado 20 julio, 2015, https://books.google.co.cr/books?id=dMmYAf0fB7gC&pg=PA51&lpg=PA51&dq=el+codigo+penal+de+1942+en+Costa+Rica&source=bl&ots=oJrLfpI5WT&sig=1h79OdOO5Fm6sBTeakajRIJq370&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=el%20codigo%20penal%20de%201942%20en%20Costa%20Rica&f=false

Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica*, 2da ed corregida. Santo Domingo de Heredia, Costa Rica: Ediciones Chico, 2008.

Torrealba Navas, Federico. *Lecciones de contratos*. San José, Costa Rica: ISOLMA, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2005.

Zeledón Zeledón, Ricardo. En busca de un nuevo concepto de propiedad. San José, Costa Rica: Juricentro, 1983.

Tesis

Meza Villalobos, José Andrés. “La aplicación de las instituciones de la Contratación Privada a los contratos de la Administración Pública”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2010.

Reyes Mónico, Carlos Humberto. “Estelionato”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1980.

Revistas

Antillón Montealegre, Walter, “La legislación penal en Costa Rica”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, No. 14 (1997): 26-38, accesado julio 6, 2015, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17098.pdf>

Calderón Villegas, Juan Jacobo, “La reconstrucción jurisprudencial como estrategia para la adquisición de competencias de investigación en un curso de constitucionalización del derecho privado”, *Red Innova Cesal*, (2011): 1-13, accesado julio 20, 2015, http://www.innovacesal.org/innova_public/archivos/publica/area05_tema02/156/archivos/DOI_HCS_01_2011.pdf

Candil Jiménez, Francisco, “En torno al furtum possessionis”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 33, No. 2, (1980): 387-422, accesado julio 6, 2015, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46168>

Crespo Mora, María Carmen, “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *Revista para el Análisis del Derecho*, (2013): 3-45, accesado julio 20, 2015, <http://www.indret.com/pdf/971.pdf>

Fernández Barquero, María Eva, “Procedimiento civil romano”, *Repositorio Institucional de la Universidad de Granada*, (2013): 1-20, accesado julio 6, 2015, <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/27353/1/PROCEDIMIENTO%20CIVIL%20ROMANO.pdf>

Figari, Rubén Enrique. “Bases doctrinales y jurisprudenciales del estelionato” (2013), accesado el 20 de julio de 2015, <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/bases.htm>

Figari, Rubén Enrique. “Perfiles de la figura de desbaratamiento de derechos acordados (art. 173 inc. 11º del C. P.)”, en Rubén Figari / Derecho Penal, 5 de julio de 2010, accesado julio 20, 2015, <http://www.rubenfigari.com.ar/perfiles-de-la-figura-de-desbaratamiento-de-derechos-acordados-art-173-inc-11%C2%BA-del-c-p/>

Granados, Mónica. “Historia de los sistemas punitivos en la Costa Rica del siglo XIX: la historia como rescate de una identidad despedazada”. *Revista ILANUD al día*, No. 23-24, Vol. 9-10 (1989): 95-126.

González Domínguez, María del Refugio, “Génesis y evolución de la prenda y la hipoteca en el derecho romano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 40 enero-abril (1981): 145-169, accesado julio 6, 2015, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/40/art/art5.pdf>

Luverá, Miguel Ángel, “Sistemas de constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles en Latinoamérica”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: Panel Encuentro Internacional de Derecho Notarial, Registral y Catastral* (2009):1-6, accesado el 20 de julio de 2015,

http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/sistemas-de-constitucion-y-transmision-de-derechos/at_download/file

Mendoza Garrido, Juan Miguel, “La delincuencia a fines de la edad media. Un balance historiográfico”, *Revista Historia. Instituciones. Documentos*, No. 20 (1993): 231-259, accesado julio 6, 2015, <http://institucional.us.es/revistas/historia/20/11%20mendoza%20garrido.pdf>

Moncayo Rodríguez, Socorro, “El delito de falsedad en el Derecho Romano”, *Revista Letras Jurídicas*, No. 2 julio-diciembre (2000):1-8, accesado julio 6, 2015, <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/2/moncayo2.pdf>

Mentxaka Elexpe, Rosa “Stellionatus”, *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, Vol. XXX (1988): 277-335, accesado julio 6, 2015, <http://www.academia.edu/1023618/Stellionatus>

Murillo Arias, Mauro, “Carácter Vinculante de los criterios de la Sala Constitucional”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 105 (2004): 157-161, accesado julio 31, 2015, <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13351/12623>

Pereira Alvite, Silvina B. “Boleto de compraventa: ¿Es el contrato de compraventa?, Naturaleza jurídica, entrega de la posesión, la correcta utilización de la reserva”, *Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires*, 40ª Convención Notarial (2013): 1-21, accesado julio 20, 2015, https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/40convencion/trabajos/Contratos_Pereira_Alvite.pdf

Porras Arboledas, Pedro Andrés, “La documentación del derecho de propiedad y el delito de estelionato: Castilla, Siglos XV-XVIII”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, Volumen extraordinario (2004): 249-278, accesado julio 6, 2015, <http://revistas.ucm.es/index.php/CUHD/article/view/CUHD0404330249A/19694>

Robles Velasco, Luis Mariano, “El artículo 1862 del Código Civil Español y el delito de stellionatus en la conventio pignoris”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario del Colegio Nacional de Registradores de la propiedad*, Vol. LXXXI, No. 688, marzo-abril (2005): 513-522, accesado 6 de julio, 2015, <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/24076/1/Art.%201862%20Y%20DELITO%20STELLIONATUS%20RCDI.pdf>

Robles Velasco, Luis Mariano, “Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria: el problema de la pluralidad de créditos en el derecho griego antiguo”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario del Colegio Nacional de Registradores de la propiedad*, No. 670 de mayo-junio (1997): 775-798, accesado julio 6, 2015, <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/24074/1/RCDI%201996ORIGEN%20PLURALIDAD%20D%20GRIEGO.pdf>

Robles Velasco, Luis Mariano, “La práctica comercial marítima y su influencia en las formas de garantía”, *El derecho comercial, de Roma al derecho moderno, IX Congreso Internacional, XII Iberoamericano de Derecho Romano: Las Palmas de Gran Canaria, 1, 2 y 3 de febrero de 2006*, Vol. II, (2007): 795-806, accesado julio 6, 2015, http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LuisMarianoRoblesVelasco.pdf

Romero Pérez, Jorge Enrique, “Algunas notas acerca del Código Penal de Costa Rica”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 38 (1979):321-370, accesado julio 20, 2015, <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/15563>

Spolansky, Norberto Eduardo, “El delito de desbaratamiento de derechos acordados”, *Revista de Derecho Penal*, No. 1 (2000), 311-332, accesado julio 20, 2015, <http://www.rubinzal.com.ar/libros/estafas-y-otras-defraudaciones--i/2391/>

Tenorio Godínez, Lázaro, “El acto jurídico, elemento, ineficacia y su confirmación”, *Anales de Jurisprudencia*, No. 233 julio-setiembre (1998): 187-234, accesado setiembre 11, 2015, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/233/pr/pr6.pdf>

Vidal Olivares, Álvaro R., “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil: una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, No. 1, Vol. 34 (2007): 41-59, accesado julio 20, 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100004

Ventura, Gabriel B, “El boleto de compraventa”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, (sf): 1-16, accesado julio 20, 2015, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-boleto-de-compraventa>

Zamora Pierce, Jesús, “El fraude: Historia de la legislación sobre el fraude”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 178-179-180 julio – diciembre (1991): 171-176, accesado julio 6, 2015, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/178/dtr/dtr10.pdf>

Jurisprudencia argentina

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. “Voto del 18 de mayo de 1982”. Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-martinez-defraudacion-estelionato-estafa-boleto-compraventa-fa82061331-1982-05-18/123456789-133-1602-8ots-eupmocsollaf>

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. “Voto del 15 de febrero de 1983”. Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/estafa-estelionato-compraventa-inmobiliaria-boleto-compraventa-sug0001958/123456789-0abc-defg8591-000gsoiramus>

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. “Voto del 2 de febrero de 1984”. Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/estafa-estelionato-compraventa-inmobiliaria-hipoteca-embargo-boleto-compraventa-escrituracion-sug0000035/123456789-0abc-defg5300-000gsoiramus>

Cámara de Apelaciones en lo Penal de La Plata, Buenos Aires. “Voto del 23 de agosto de 1984”. Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/defraudacion-estelionato-sub0400029/123456789-0abc-defg9200-040bsoiramus>

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. “Voto del 26 de noviembre de 1987”. Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/boleto-compraventa-prueba-sub2202260/123456789-0abc-defg0622-022bsoiramus>

Cámara de Apelaciones en lo Penal de La Plata, Buenos Aires. “Voto del 21 de junio de 1988”. Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/defraudacion-estelionato-sub0450401/123456789-0abc-defg1040-540bsoiramus>

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Córdoba. “Voto del 28 de diciembre de 1976”. Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/defraudacion-desbaratamiento-derechos-acordados-sur0006521/123456789-0abc-defg1256-000rsoiramus>

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. “Voto 6 de diciembre de 1984”. Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/desbaratamiento-derechos-acordados-compraventa-inmobiliaria-boleto-compraventa-escrituracion-simulacion-sug0000292/123456789-0abc-defg2920-000gsoiramus>

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. “Voto 23 de marzo de 1995”. Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/desbaratamiento-derechos-acordados-compraventa-inmobiliaria-boleto-compraventa-sug0010514/123456789-0abc-defg4150-100gsoiramus>

Cámara Nacional de Casación Penal de la Capital Federal. “Voto del 14 de diciembre de 1995”. Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/desbaratamiento-derechos-acordados-boleto-compraventa-su33000365/123456789-0abc-defg5630-0033soiramus>

Cámara Federal de Casación Penal. “Voto del 17 de mayo de 2001”. Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/desbaratamiento-derechos-acordados-su33017679/123456789-0abc-defg9767-1033soiramus>

Jurisprudencia costarricense

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad, voto 013774-04 del 1 de diciembre de 2004, expediente 04-009925-0007-CO, 14:45 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 400-1991 del 31 de julio de 1991, expediente 91-000400-0006-PE, 15:25 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 233-1992 del 11 de junio de 1992, expediente 92-000118-0006-PE, 8:30 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 210-1993 del 21 de mayo de 1993, expediente 93-000058-0006-PE, 9:10 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 289-1993 del 14 de junio de 1993, expediente 93-000086-0006-PE, 10:30 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 539-1993 del 30 de setiembre de 1993, expediente 93-000529-0006-PE, 10:05 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 710-1995 del 1 de diciembre de 1995, expediente 95-000669-0006-PE, 9:05 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 254-1997 del 14 de marzo de 1997, expediente 97-000041-0006-PE, 9:35 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 247-2000 del 3 de marzo de 2000, expediente 97-200392-0416-PE, 9:55 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 905-2002 del 13 de setiembre de 2002, expediente 99 -000057-0510-PE, 9:38 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 361-1993 del 2 de julio de 1993, expediente 92-000688-0006-PE, 9:30 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 463-1993 del 20 de agosto de 1993, expediente 93-000352-0006-PE, 14:45 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 688-1993 del 6 de diciembre de 1993, expediente 92-000484-0006-PE, 9:50 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 413-1995 del 14 de julio de 1995, expediente, 95-000262-0006-PE, 10:15 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 605-1996 del 18 de octubre de 1996, expediente 96-000623-0006-PE, 9:30 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1062-1997 del 30 de setiembre de 1997, expediente 97-000755-0006-PE, 16:05 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1126-1999 del 3 de setiembre de 1999, expediente 97-000056-0460-PE, 9:58 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 567-2004 del 21 de mayo de 2004, expediente 99-200421-0305-PE, 11:21 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 37-2005 del 28 de enero de 2005, expediente 00-002894-0042-PE, 10:30 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 591-2005 del 17 de junio de 2005, expediente 01-200579-0431-PE, 8:45 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 408-2005 del 13 de mayo de 2005, expediente 96-001007-0199-PE, 11:00 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 568-2005 del 3 de junio de 2005, expediente 97-001470-0343-PE, 10:45 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1391-2007 del 29 de noviembre de 2007, expediente 03-201654-0431-PE, 16:40 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 591-2008 del 23 de mayo de 2008, expediente 01-002332-0647-PE, 11:05 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 566-2008 del 23 de mayo de 2008, expediente 06-000185-0006-PE, 9:38 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 487-2010 del 28 de mayo de 2010, 02-003759-0647-PE, 9:41 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 924-2010 del 27 de agosto de 2010, expediente 04-000323-0567-PE, 11:30 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1374-2010 del 30 de noviembre de 2010, expediente 03-005206-0647-PE, 17:00 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 563-2011 del 20 de mayo de 2011, expediente 07-000058-0412-PE, 11:13 horas.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 710-2011 del 7 de junio de 2011, expediente 07-000950-0647-PE, 10:04 horas.

Diccionarios en línea

Enciclopedia Jurídica. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>, consultada en julio de 2015.

Diccionario de la Real Academia Española. <http://www.rae.es/rae.html>, consultado en julio de 2015.

Anexos

Anexo I

Consideraciones generales sobre el valor de la jurisprudencia en la legislación costarricense

El término jurisprudencia posee diversos significados en el contexto judicial y académico. Un sector de la doctrina se inclina por un significado amplio y admite como jurisprudencia todas las resoluciones dictadas por los órganos judiciales, otros apuestan por una noción más restringida y solo aceptan como jurisprudencia las resoluciones reiteradas emitidas por los tribunales de casación, esto es por los tribunales que conocen en última instancia un asunto.

La doctrina nacional se inclina por la segunda posición y sostiene que: “La jurisprudencia no es cualquier resolución judicial, sino solamente aquellos pronunciamientos reiterados que provengan de las Salas de Casación o de la Corte Plena”²⁶¹.

La segunda postura ha permeado la historia legislativa y judicial en muchos ordenamientos, que en forma expresa han establecido como exigencia la reiteración del criterio en dos, tres y hasta cinco resoluciones.

Cuando el criterio jurídico en relación con un hecho es reiterado en los fallos del tribunal de casación y cumple con la exigencia particular que dispone el ordenamiento se convierte en jurisprudencia.

Este concepto jurídico alberga relevancia porque tiene un peso específico en el ordenamiento jurídico, constituye una fuente de secundaria o auxiliar del derecho. Las fuentes secundarias gozan de una condición subsidiaria, pues la normativa autoriza su aplicación solo en ausencia de fuentes primarias.

²⁶¹ Edwin Esteban Jiménez González y Omar Vargas Rojas, Nuevo régimen de impugnación de la sentencia penal (Heredia, Costa Rica: Escuela Judicial, 2011), 151.

De acuerdo con el profesor López, en los sistemas jurídicos de América Latina de formación neoromanista, francófila y positivista, la jurisprudencia se considera una fuente secundaria o auxiliar del derecho, en consecuencia solo opera en casos de silencio de la fuente primaria²⁶².

Esto significa que los jueces –inferiores- pueden acudir a los criterios vertidos en las resoluciones de los tribunales de casación cuando la ley no les brinde orientación sobre un punto particular, pero no están obligados a considerarlos. Esa es la regla general de la noción de jurisprudencia. Sin embargo, debe advertirse que su aplicación en las diferentes ramas del derecho está condicionada por las normas.

Como corolario de lo expuesto se tiene que en el ordenamiento jurídico costarricense no es posible encontrar una definición precisa de lo que debe entenderse por jurisprudencia, como sí es factible en otros ordenamientos; no obstante, existen normas que de forma un tanto tímida establecen parámetros en cuanto al valor que ha de reconocerse a la jurisprudencia en diversas competencias.

Aunado a esto, es necesario reconocer que litigantes y operadores del derecho en general reconocen autoridad a las resoluciones que emiten los tribunales superiores, en unos casos porque ofrecen criterios sobre temas poco escudriñados por la doctrina y otros, que son los más, porque dejan ver la interpretación vigente de las normas.

Para contar con un panorama más completo a continuación se expondrá un breve repaso por las áreas en las que se cuenta con alguna disposición relativa al valor de la jurisprudencia.

a) Civil

El primer cuerpo normativo en el que se puede encontrar una referencia directa a la jurisprudencia es el texto civil. De acuerdo con el artículo 1 del Código Civil, las fuentes escritas a las que debe acudir el juez para resolver las controversias que conoce son la Constitución, los tratados internacionales aprobados y la ley. Además, establece que podrá recurrir a la costumbre, los usos y los principios generales de derecho como fuentes no escritas, estas le permitirán interpretar, delimitar e integrar el ordenamiento.

²⁶² Véase: López Medina, 3.

Por su parte, en el capítulo II del mismo título se encuentra el artículo 9, según el cual:

La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Esta norma es relativamente nueva en el ordenamiento, fue incorporada como parte de la reforma al título preliminar del Código Civil mediante Ley 7020 del 6 de enero de 1986. Su inclusión evidencia un cambio de perspectiva significativo en la consideración de la jurisprudencia, empero, el valor que le reconoce al derecho jurisprudencial es todavía muy limitado, al carecer de fuerza vinculante y de acuerdo con la letra de la norma no puede atribuírsele un efecto jurídico procesal más allá del mero carácter informador.

Adicionalmente, debe prestarse atención a la frase “de modo reiterado”, porque si bien remite a la reiteración de criterios, no establece ni sugiere si basta con dos, tres o cuatro fallos en el mismo sentido y este aspecto es fundamental para dictaminar si un criterio jurisprudencial puede alcanzar la condición de jurisprudencia, si se parte de un criterio restringido.

A pesar de las imprecisiones de la norma, jueces y litigantes invocan con frecuencia la “jurisprudencia” de tribunales superiores, para justificar posiciones en unos casos y defenderlas en otros, aunque tal hecho no significa que se admita o reconozca –en estricto sentido- un valor significativo a la jurisprudencia civil, pues lo que en realidad prevalece es un uso retórico.

b) Constitucional

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia nace en 1989 con la Ley de la Jurisdicción Constitucional y la reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Carta Magna. De la mano de esta institución, la ley y las reformas, llega al espacio jurisdiccional

la justicia constitucional, con el propósito de salvaguardar el derecho de la constitución y una perspectiva novedosa sobre el valor de la jurisprudencia.

La novedad aludida se hace evidente en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cuyo texto establece: “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”²⁶³.

De acuerdo con la norma la totalidad de la justicia costarricense queda sometida a los precedentes y la jurisprudencia constitucional²⁶⁴. Desde luego, la afirmación del autor conoce múltiples matices, la misma Sala Constitucional ha ido delimitando los alcances del artículo de comentario, sin restar valor a las resoluciones que dicta, pero procurando restringir el alcance de la norma.

A salvo de las delimitaciones aludidas queda la Sala, que no se encuentra atada o vinculada por sus precedentes. Aunque tal salvedad no es una bondad para el sistema al favorecer resoluciones contradictorias por cambios de criterio que el Tribunal Constitucional no advierte de forma expresa.

El artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se refiere a la jurisprudencia y a los precedentes, por lo cual cabe afirmar que se trata de categorías distintas. De ahí que Murillo ofrezca definición para ambas, según él jurisprudencia “es el criterio reiterado de los jueces de última instancia”, mientras que precedente es el criterio “sentado en un caso concreto”²⁶⁵.

Cuando la doctrina y la jurisprudencia hablan de criterio jurídico no se refieren a la respuesta jurídica específica, sino a la estructura lógica y argumentativa que sirvió de

²⁶³ Asamblea Legislativa, “Ley 7135: Ley de la Jurisdicción Constitucional del 11 de octubre de 1989”: 13, Sinalevi, accesado 31 de julio de 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=VS

²⁶⁴ Jiménez González, Vargas Rojas, Nuevo régimen de impugnación de la sentencia penal, 152.

²⁶⁵ Mauro Murillo Arias, “Carácter Vinculante de los criterios de la Sala Constitucional”, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 105 (2004): párr. 5, accesado julio 31, 2015, <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13351/12623>.

parámetro para la resolución del asunto, mejor conocida como *ratio decidendi*, la razón para decidir el caso.

Esta idea se corresponde con percepción de la Sala Constitucional, que ha definido la jurisprudencia como “la regla no escrita extraída por generalización de los fallos dictados sobre un punto que tiene alcance general y no se confunde con una sentencia ni con un conjunto de sentencias”²⁶⁶.

Otro punto que precisa traer a colación es la aparente claridad que ofrece el artículo 13, pues la determinación del precedente o jurisprudencia convoca diversos problemas en el quehacer jurídico que ponen en entredicho tal claridad. Sobre todo porque la Sala Constitucional normalmente no enuncia de forma expresa en las resoluciones el criterio jurídico y para reclamar la vinculatoriedad de la resolución o resoluciones es necesario indicar el criterio jurídico que respalda el precedente o la jurisprudencia. Determinar el criterio jurídico que se eleva en la condición de jurisprudencia o de precedente requiere un ejercicio que va más allá de la lectura de sentencias con hechos similares.

En resumen, el pensamiento jurídico plasmado en cada una de las resoluciones dictadas por la Sala Constitucional vincula *erga omnes*, aunque se resuelvan posiciones fácticas y jurídicas muy distintas, pues lo que interesa no son las características específicas del caso concreto, sino las condiciones generales que provocaron la decisión.

c) Contenciosa

En relación con la materia contenciosa, es posible mencionar normas tanto de la Ley General de la Administración Pública como del Código Procesal Contencioso Administrativo.

²⁶⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad, voto 013774-04 del 1 de diciembre de 2004”, expediente 04-009925-0007-CO.

La primera, la Ley N° 6227 de 1978, como el texto civil consideran la jurisprudencia como una fuente de derecho. El artículo 7 de dicha ley establece:

1. Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.
2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.
3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior²⁶⁷.

La base de esta norma estriba en lo siguiente:

- a) Reconoce su condición como norma no escrita.
- b) Enuncia la función.
- d) Define los efectos de su aplicación.
- e) Establece con claridad los supuestos en los que cabe acudir a ella.

Por su parte, el artículo 8 de la ley de comentario indica que el ordenamiento administrativo “se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias”²⁶⁸. En el mismo sentido el numeral siguiente (artículo 9) establece en su inciso segundo que en “caso de integración por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios”²⁶⁹.

Por último, precisa traer a colación el artículo 13, según el cual la Administración está sujeta tanto a las normas escritas como a las no escritas.

²⁶⁷ Asamblea Legislativa, “Ley 6227: Ley General de la Administración Pública del 2 de mayo de 1978”: 7, Sinalevi, accesado 31 julio, 2015 http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=13231&nValor3=90116&strTipM=FN

²⁶⁸ Ibid, 8.

²⁶⁹ Asamblea Legislativa, “Ley 6227: Ley General de la Administración Pública del 2 de mayo de 1978”: 9.

De las normas referidas destaca la contenida en el artículo 9, no solo porque establece el orden de aplicación de las normas no escritas, sino también reconoce la existencia de lagunas en el ordenamiento y aunque tal hecho parece ser una verdad de Perogrullo, lo cierto es que un reconocimiento expreso de tal falencia se evidencia una evolución en el derecho administrativo que se extraña en otras ramas del derecho público.

Llama la atención que la reforma introducida al título preliminar del Código Civil vigente es posterior a la Ley General de la Administración Pública y pese a ello las normas establecidas en el último texto no se plasmaron en el texto civil.

Ahora bien, la novedad que recogen las normas antes citadas solo resulta superada por las disposiciones que incorporó el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, el cual entró en vigencia en enero de 2008, debido a que dicho texto determina en el capítulo I del título IX un proceso especial completamente novedoso en el espacio jurídico costarricense para la extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros.

De acuerdo con el numeral 185 de ese texto:

- 1) Los efectos de la jurisprudencia contenida al menos en dos fallos de casación, ya sean del Tribunal o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que haya reconocido una situación jurídica, podrán extenderse y adaptarse a otras personas, mediante los mecanismos y procedimientos regulados por el presente capítulo, siempre que en lo pretendido exista igualdad de objeto y causa con lo ya fallado.
- 2) La solicitud deberá dirigirse a la administración demandada, en forma razonada, con la obligada referencia o fotocopia de las sentencias, dentro del plazo de un año, a partir de la firmeza del segundo fallo en el mismo sentido. Si transcurren quince días hábiles sin que se notifique resolución alguna o cuando la administración deniegue la solicitud de modo expreso podrá acudir, sin más trámite ante el tribunal de casación de lo contencioso-administrativo o ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; según corresponda²⁷⁰.

²⁷⁰ Asamblea Legislativa, “Ley 8508: Código Procesal Contencioso Administrativo del 28 de abril de 2006”, 185, Sinalevi, accesado 31 julio, 2015,

Además, el artículo 187 del mismo cuerpo normativo establece: “La solicitud será denegada, cuando exista jurisprudencia contradictoria o no exista igualdad de objeto y causa”²⁷¹. Mientras que el numeral 188 dispone: “la Sala Primera y el Tribunal de Casación podrán modificar sus criterios jurisprudenciales, mediante resolución debidamente motivada, con efectos hacia futuro”²⁷².

En tres artículos el Código Contencioso recoge la normativa más reciente sobre *jurisprudencia* en el contexto nacional. En ninguna otra materia se cuenta con un procedimiento de adaptación de la jurisprudencia a terceros y aunque el texto no define qué ha de entenderse por jurisprudencia de forma indirecta, señala los requisitos para que el procedimiento pueda hacer extensivo el alcance del criterio jurídico, requiere como mínimo dos fallos en el mismo sentido, así como la correspondencia entre objeto y causa con el asunto al que se pretende extender los efectos.

Los fallos susceptibles de ser considerados en este proceso son los que provienen de los órganos que resuelven recursos de casación, o sea el tribunal de casación y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Este requisito deja ver el interés del legislador en promover la unificación de criterios, cualidad propia del recurso de casación.

Este proceso representa un adelanto, en el interés por reconocer un rol más significativo a la jurisprudencia en el ámbito nacional.

d) Penal

En la legislación penal no es posible encontrar normas que reconozcan algún valor a las resoluciones dictadas en esta competencia. El derecho penal, a diferencia de otras materias, cuenta con una pirámide de fuentes normativas muy restringida, las fuentes a las que puede

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=57436&nValor3=96119&strTipM=VS

²⁷¹ Asamblea Legislativa, “Ley 8508: Código Procesal Contencioso Administrativo del 28 de abril de 2006”, 187.

²⁷² Ibid, 188.

acudir el juez penal son la ley y la Constitución, aunque lo relativo a los delitos y las penas se encuentra exclusivamente en normas con rango de ley, por la reserva legal existente al respecto.

No obstante la rigidez del derecho penal, en el derecho procesal penal existe una disposición relativa a la jurisprudencia, en la cual se reconoce un valor específico- a las resoluciones de los tribunales superiores. De acuerdo con esa norma, artículo 468 del Código Procesal Penal, uno de los motivos para interponer recurso de casación ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia consiste en alegar “la existencia de precedentes contradictorios dictados por los tribunales de apelación de sentencia, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal”.

La norma citada recoge, además, una definición de precedente: “se entiende por precedente únicamente la interpretación y aplicación de derecho relacionada directamente con el objeto de resolución”. Con esta aclaración en la norma el legislador buscó delimitar las acciones para invocar el motivo.

Lo expuesto sugiere que la jurisprudencia tiene una importancia superlativa en el quehacer jurídico que atañe al espacio penal, lo cual no es precisamente correcto. La relevancia de la jurisprudencia está enmarcada de alguna forma en la patología, el criterio jurisprudencial es fundamental cuando la Sala o el Tribunal de Apelación lo cambia o más exactamente, cuando se advierte una contradicción entre los órganos respecto a la interpretación y aplicación del derecho en relación con el mismo objeto.

Con todo es necesario reconocer que el motivo resuelve un problema frecuente en las resoluciones de los tribunales superiores, el cual es justamente la existencia de sentencias contradictorias, al establecer un mecanismo que permite a la Sala Tercera tomar posición e indicar cuál es el criterio que ha de prevalecer y tal posibilidad es valiosa, si se considera que participa de consolidar el principio de igualdad en la Administración de Justicia.

En cualquier caso, la norma del artículo 468 es coherente con el afán que históricamente persigue el recurso de casación; la uniformidad de criterios y el respeto por el principio de igualdad. Afán que ya evidenciaba el Código de Procedimientos Penales de 1973, pese a que no contemplaba el recurso extraordinario de casación por precedentes contradictorios.

Por último, conviene advertir que la redacción del artículo 468 del Código Procesal Penal es resultado de dos reformas legislativas: la Ley N° 8837 del 3 de mayo de 2010 y la Ley N° 9021 del 3 de enero de 2012. Este aspecto es de importancia porque da cuenta de un cambio legislativo muy reciente, que respeta -si cabe pensarlo así- la posición sobre el valor de la jurisprudencia en este espacio que ha prevalecido en las últimas reformas legales.

Así, aunque no existe en el derecho penal una definición de jurisprudencia ni una norma que la incluya como fuente de derecho, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia controla de forma indirecta los criterios de interpretación y aplicación de las normas penales en virtud del recurso de casación. El inciso segundo del artículo de comentario no solo permite uniformar criterios, al mismo tiempo respeta el principio de igualdad constitucional.

e) Conclusión

Fiel a la tradición continental, el derecho costarricense²⁷³ desconfía de la jurisprudencia y limita sustancialmente su rol en el espacio jurídico. En palabras del profesor López es: “el mensaje implícito es, entonces, que el derecho legislado es superlativamente exitoso en la transmisión de órdenes y reglas precisas y coherentes, y que las texturas abiertas, ambigüedades, indeterminaciones o contradicciones de la ley escrita son excepcionales”²⁷⁴.

²⁷³ Juristas y legisladores.

²⁷⁴ López Medina, 4.

Anexo II

Breves consideraciones sobre el boleto de compraventa en la legislación y la jurisprudencia argentina

El comentario que se expone a continuación sobre el boleto de compraventa tiene como base las normas del Código Civil de la nación argentina que estuvieron vigentes hasta el 31 de julio de 2015, ya que el 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la nación argentina²⁷⁵.

Las citas de doctrina y jurisprudencia que trae a colación también tienen como referente el código derogado.

El nuevo código regula la oponibilidad del boleto de compraventa en dos artículos, los numerales 1170 y 1171²⁷⁶; los textos de estas normas no difieren en lo sustancial del Código Civil anterior. Además, el artículo 1018²⁷⁷ recoge un texto similar al contenido del

²⁷⁵ Senado y Cámara de Diputados de la nación argentina, “Ley 26994, Código Civil y Comercial de la Nación del 1 de octubre de 2014”.

²⁷⁶ Senado y Cámara de Diputados de la nación argentina, “Ley 26994: Código Civil y Comercial de la Nación del 1 de octubre de 2014”, 1170-1171.

Artículo 1170. Boleto de compraventa de inmuebles. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a. el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b. el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c. el boleto tiene fecha cierta; d. la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.

Artículo 1171. Oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra. Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado como mínimo el veinticinco por ciento del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio.

²⁷⁷ Senado y Cámara de Diputados de la nación argentina, “Ley 26994: Código Civil y Comercial de la Nación del 1 de octubre de 2014”: 1018.

artículo 1185 del código anterior²⁷⁸, con lo cual mantiene en buena medida la discusión sobre la naturaleza de este instrumento.

El propósito del comentario es subrayar la interpretación y controversia que se produjo en relación con el boleto, así como la forma en la que condicionó la posición sobre el estelionato y el desbaratamiento de derechos acordados (artículo 173 incisos 9 y 11 del Código Penal de la nación argentina).

De acuerdo con el numeral 1185, antes citado, así como con los artículos 1186 y 1187 del Código Civil de la nación argentina²⁷⁹, el boleto de compraventa es un instrumento privado en virtud del cual las partes adquieren obligaciones de tipo personal, la principal obligación que surge del instrumento es la de otorgar la escritura traslativa de dominio.

La suscripción del boleto no genera un derecho sobre la cosa ni un traslado del dominio del bien, pero sirve para determinar las cualidades de la cosa, así como las condiciones en las que se adquirirá. Por esa razón, la naturaleza jurídica y sus efectos han sido motivo de discusión en la doctrina de esa República.

Artículo 1018.- Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento.

²⁷⁸ Senado y Cámara de Diputados de la nación argentina, “Ley 340: Código Civil de la Nación del 25 de setiembre de 1869”, 1185-1185 bis.

Artículo 1.185. Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.

²⁷⁹ Senado y Cámara de Diputados de la nación argentina, “Ley 340: Código Civil de la Nación del 25 de setiembre de 1869”, 1186-1187.

Art. 1.186. El artículo anterior no tendrá efecto cuando las partes hubiesen declarado en el instrumento particular que el contrato no valdría sin la escritura pública.

Art. 1.187. La obligación de que habla el artículo 1185 será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses.

Ventura explica que la disputa se origina “entre quienes sostienen que el boleto de compraventa inmobiliario es un contrato de compraventa y quienes entienden que se trata de otra figura”²⁸⁰. Los que apoyan la primera tesis aducen que al suscribirse el boleto de compraventa se materializan los elementos del contrato de compraventa, además, que el boleto de compraventa no obliga a celebrar otro contrato porque los términos ya están pactados, la escritura confeccionada en forma posterior es solo una formalidad necesaria para la transmisión del dominio, así concluyen como Pereira:

Ante un boleto de compraventa no deben distinguirse un ante contrato y un contrato definitivo, sino dos etapas de un solo contrato. En el boleto hay objeto, declaración de voluntad, causa, precio, consentimiento, es decir, todo lo necesario para que la compraventa como contrato quede concluido. Cuando se otorga luego el acto notarial, no es porque las partes quieren volver a contratar, es en virtud del inc. 1° del art. 1184. La compraventa como contrato no necesita la escritura pública, pero la transmisión del dominio no puede realizarse sin aquélla²⁸¹.

Por otra parte, están los que afirman como Ventura que el boleto de compraventa es un contrato, pero no un contrato de compraventa, pues las obligaciones que surgen no son propias de ese negocio. Agregan que la obligación de confeccionar escritura contenida en el inciso 1 del artículo 1017²⁸² del Código Civil y Comercial de la nación argentina es una

²⁸⁰ Gabriel B. Ventura, “El boleto de compraventa” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, (sf): sección El problema de la naturaleza jurídica del boleto, párr. 1, accesado julio 20, 2015, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-boleto-de-compraventa>

²⁸¹ Silvina B. Pereira Alvite, “Boleto de compraventa: ¿Es el contrato de compraventa?, Naturaleza jurídica, entrega de la posesión, la correcta utilización de la reserva”, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 40ª Convención Notarial (2013): sección IV. Conclusiones, párr. 1, accesado julio 20, 2015, https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/40convencion/trabajos/Contratos_Pereira_Alvite.pdf

²⁸² Senado y Cámara de Diputados de la nación argentina, “Ley 26994: Código Civil y Comercial de la Nación del 1 de octubre de 2014”, 1018.

Artículo 1017.- Escritura pública. Deben ser otorgados por escritura pública: a. los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa.

formalidad *ad solemnitatem*, por lo que “el incumplimiento de la misma obsta para la plena validez del contrato”²⁸³. Esta posición considera el boleto como un contrato preliminar a la compraventa.

En el derecho costarricense no está regulado el boleto de compraventa, pero una figura negocial cuyos efectos podrían equipararse a este instrumento –según los términos referidos- es el contrato de promesa de venta o promesa recíproca de compra venta, ya que la principal obligación que surge del instrumento argentino como del contrato costarricense es de hacer.

En estrecha relación con la figura de comentario, se encuentra el sistema de transmisión de bienes. El derecho civil argentino requiere para admitir la transmisión y adquisición de derechos reales entre vivos, según explica Luverá, la tradición y el título suficiente conforme lo establece el artículo 2602 del Código Civil de esa República^{284 285}.

El derecho nacional no exige para la transmisión de derechos reales la tradición, salvo el caso de bienes muebles²⁸⁶. Para transmitir derechos reales entre vivos basta el consenso según lo dispone el artículo 480 del Código Civil²⁸⁷.

Además, salvo en supuestos excepcionales establecidos por la ley²⁸⁸, la escritura es un requisito de publicidad, mientras que en el derecho argentino es un requisito de validez del negocio.

²⁸³ Véase: Ventura, “El boleto de compraventa”, sección El problema de la naturaleza jurídica del boleto, párr. 2.

²⁸⁴ Véase: Miguel Ángel Luverá, “Sistemas de constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles en Latinoamérica”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: Panel Encuentro Internacional de Derecho Notarial, Registral y Catastral (2009): sección Introducción, párr. 3, accesado julio 20, 2015, http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/sistemas-de-constitucion-y-transmision-de-derechos/at_download/file

²⁸⁵ El Código Civil de la República Argentina, vigente desde el 1 de enero de 1871, establece como sistema de transmisión de bienes el sistema de título y modo (ver artículo 2602). El nuevo Código Civil y Comercial mantiene el mismo sistema (ver artículo 1892).

²⁸⁶ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”: 481.

²⁸⁷ Asamblea Legislativa, “Ley 63: Código Civil del 28 de setiembre de 1887”: 480.

Los efectos que reconoce el ordenamiento jurídico argentino al boleto coinciden con el sistema de transmisión de bienes que sigue, a saber, el sistema de título y modo.

Las discusiones propiciadas por los representantes de la doctrina sobre la naturaleza jurídica y los efectos del boleto de compraventa no tienen un punto final y como sucede con la mayoría de los desacuerdos de corte jurídico, la discusión ha sido llevada a instancias judiciales, donde las posiciones también se han dividido entre quienes admiten el boleto de compraventa como base del delito y quienes rechazan tal idea.

En relación con el estelionato se discute específicamente si la acción del sujeto que suscribe un boleto de compraventa silenciando la existencia de gravámenes constituye el delito. Sobre ese punto los tribunales superiores de la República Argentina se han pronunciado en reiteradas ocasiones.

A modo de ejemplo considérese:

En 1982 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en sentencia del 18 de mayo de ese año admitió el boleto como base del delito y descartó considerar el instrumento como una promesa de venta²⁸⁹. Luego en sentencias del 15 de febrero de 1983²⁹⁰ y del 2 de febrero de 1984²⁹¹, la misma Cámara (diferentes salas) rechazó la comisión del delito de estelionato cuando se había firmado un boleto de compraventa, por considerar que el boleto contiene

²⁸⁸ Véase: Torrealba Navas, 419.

²⁸⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Argentina, voto del 18 de mayo de 1982: Infojus, accesado 11 setiembre, 2015, <http://www.infojus.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-martinez-defraudacion-estelionato-estafa-boleto-compraventa-fa82061331-1982-05-18/123456789-133-1602-8ots-eupmocsollaf>.

²⁹⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Argentina, voto del 15 de febrero de 1983: Infojus, accesado 11 setiembre, 2015, <http://www.infojus.gob.ar/estafa-estelionato-compraventa-inmobiliaria-boleto-compraventa-sug0001958/123456789-0abc-defg8591-000gsoiramus>.

²⁹¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Argentina, voto del 2 de febrero de 1984: Infojus, accesado 11 setiembre, 2015, <http://www.infojus.gob.ar/estafa-estelionato-compraventa-inmobiliaria-hipoteca-embargo-boleto-compraventa-escrituracion-sug0000035/123456789-0abc-defg5300-000gsoiramus>.

una promesa de venta, no una venta. El mismo criterio sostuvo la Cámara de Apelaciones en lo Penal de La Plata, Buenos Aires, en la sentencia del 23 de agosto de 1984²⁹².

Un cambio de posición se verificó en 1987, cuando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en sentencia del 26 de noviembre admitió la comisión del estelionato cuando se ha firmado un boleto de compraventa²⁹³.

La Cámara de Apelaciones en lo Penal, La Plata, Buenos Aires, respaldó la posición en sentencia del 21 de junio de 1988²⁹⁴.

Estas resoluciones fueron presentadas para ilustrar como las posiciones de la doctrina han encontrado eco en las decisiones judiciales. Eso no significa que en la actualidad se rechace o admita el boleto de compraventa como base del delito. La discusión al respecto no puede afirmarse sellada.

En artículo 217 del Código Penal nacional recoge en el inciso 2 la descripción de un ilícito que se corresponde casi exactamente con el que contiene el inciso 11 del artículo 173 del Código Penal argentino; en el primero la conducta se conoce bajo el *nomen iures* de estelionato y en el segundo bajo el título de desbaratamiento de derechos acordados.

En relación con el desbaratamiento de derechos acordados (artículo 173 inciso 11 del Código Penal argentino), también se ha discutido si el boleto de compraventa puede ser la base contractual que requiere el tipo penal, esto es, si cabe admitir la configuración del ilícito cuando los derechos que se desmejoran provienen de un boleto de compraventa.

Las resoluciones de los tribunales superiores han variado constantemente de criterio, apoyando en unas ocasiones la tesis que admite el boleto de compraventa y rechazándola en

²⁹² Cámara de Apelaciones en lo Penal de La Plata, Buenos Aires, Argentina, voto del 23 de agosto de 1984: Infojus, accesado 11 setiembre, 2015, <http://www.infojus.gob.ar/defraudacion-estelionato-sub0400029/123456789-0abc-defg9200-040bsoiramus>.

²⁹³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Argentina, voto del 26 de noviembre de 1987: Infojus, accesado 11 setiembre, 2015, <http://www.infojus.gob.ar/boleto-compraventa-prueba-sub2202260/123456789-0abc-defg0622-022bsoiramus>.

²⁹⁴ Cámara de Apelaciones en lo Penal de La Plata, Buenos Aires, Argentina, voto del 21 de junio de 1988: Infojus, accesado 11 setiembre, 2015, <http://www.infojus.gob.ar/defraudacion-estelionato-sub0450401/123456789-0abc-defg1040-540bsoiramus>.

otras. Para evidenciarlo, expone algunas de las sentencias de relevancia en relación con el asunto.

La Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba aceptó en sentencia del 28 de diciembre de 1976²⁹⁵ la comisión del delito de desbaratamiento de derechos acordados cuando se frustran derechos del boleto de compraventa. En igual sentido se pronunció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en sentencia del 6 de diciembre de 1984²⁹⁶.

Sin embargo, en 1995 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sostuvo en la resolución del 23 de marzo de 1995 que el derecho que emana del boleto de compraventa es personal no real y el delito en comentario solo alcanza la protección de las obligaciones de dar derechos reales, rechazando así el boleto como base del delito²⁹⁷.

Ese mismo año la Cámara Nacional de Casación Penal de la Capital Federal afirmó en sentencia del 14 de diciembre que el boleto de compra-venta inmobiliario podía constituir válidamente la base contractual exigida por el tipo penal²⁹⁸.

Esa posición también fue asumida por la Cámara Federal de Casación Penal en la sentencia del 17 de mayo de 2001. Según este voto, en esta figura están comprendidos todos los derechos, sean reales o personales²⁹⁹.

²⁹⁵ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Córdoba, Argentina, voto del 28 de diciembre de 1976: Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/defraudacion-desbaratamiento-derechos-acordados-sur0006521/123456789-0abc-defg1256-000rsoiramus>.

²⁹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Argentina, voto 6 de diciembre de 1984, Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/desbaratamiento-derechos-acordados-compraventa-inmobiliaria-boleto-compraventa-escrituracion-simulacion-sug0000292/123456789-0abc-defg2920-000gsoiramus>.

²⁹⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Argentina, voto 23 de marzo de 1995, Infojus, accesado el 11 de setiembre de 2015, <http://www.infojus.gob.ar/desbaratamiento-derechos-acordados-compraventa-inmobiliaria-boleto-compraventa-sug0010514/123456789-0abc-defg4150-100gsoiramus>.

²⁹⁸ Cámara Nacional de Casación Penal de la Capital Federal, Argentina, voto del 14 de diciembre de 1995, Infojus, accesado 11 setiembre, 2015, <http://www.infojus.gob.ar/desbaratamiento-derechos-acordados-boleto-compraventa-su33000365/123456789-0abc-defg5630-0033soiramus>.

El repaso por algunas de las resoluciones que se han dictado en relación con el tema permite apreciar con bastante claridad las posiciones vertidas, aunque no se pueda afirmar que prevalece una u otra postura.

A propósito de estas es necesario mencionar que el Decreto Ley N° 4778 de 1963, al señalar la conducta, se refería expresamente a la acción del sujeto que imposibilitaba la transferencia del dominio después de suscribir un boleto de compraventa. Por tal razón, no resulta extraño que se pretenda proteger al que suscribe este instrumento, sin importar que los derechos que origina sean de tipo personal y no real.

²⁹⁹ Cámara Federal de Casación Penal, Argentina, voto del 17 de mayo de 2001, Infojus, accesado 11 setiembre, 2015, <http://www.infojus.gob.ar/desbaratamiento-derechos-acordados-su33017679/123456789-0abc-defg9767-1033soiramus>.

Anexo III

Nota sobre otras formas de gravamen real en el derecho costarricense

El objetivo de este anexo es revisar otras formas de gravamen que regula el ordenamiento jurídico costarricense y discernir si es viable la comisión del estelionato en la modalidad del inciso 1), esto es, cuando los bienes transados o gravados se encuentran afectados por este tipo de garantías.

a) Prenda sobre anotación en cuenta

De acuerdo con Rojas, una anotación en cuenta puede ser definida “como un registro electrónico a través del cual se representa un título valor”³⁰⁰, se trata en realidad de la representación electrónica del documento mercantil.

Para transmitir los valores representados en anotaciones electrónicas es necesaria la inscripción en el registro contable. Según Rojas esto significa que el traslado de la anotación de un patrimonio a otro se representa mediante “un movimiento contable en el cual se consigna el cambio de titular”³⁰¹, conforme lo establece el artículo 123 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores³⁰².

Así las cosas, la anotación en cuenta no es una garantía real, se trata en realidad de títulos valores incorporados a un sistema electrónico. Pero, sobre los valores anotados en cuenta puede constituirse prenda y en ese caso servir como garantía de un negocio.

³⁰⁰ Anayansy Rojas Chan, “Anotaciones en Cuenta y Desmaterialización del Título Valor”, (Artículo, Ministerio de Hacienda),2.

³⁰¹ Ibid, 3.

³⁰² Asamblea Legislativa, Ley 7732: Ley Reguladora del Mercado de Valores del 17 de diciembre de 1997, Sinalevi: 123, accesado 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=29302&nValor3=0&strTipM=TC

que un bono de prenda es un título representativo de la constitución de un crédito prendario. Es el documento –título valor- en el que se incorpora un derecho real de garantía sobre mercadería depositada en un almacén.

De acuerdo con el numeral 15 de la Ley de Almacenes Generales de Depósito, párrafo 4, los mismos almacenes pueden emitir bonos de prenda, los cuales, como se indicó antes, tienen doble función, al guardar tanto la condición de título valor como de título representativo de mercadería.

De la norma referida se tiene claro que un bien depositado en un almacén fiscal puede ser enajenado y gravado, ya que la transmisión del certificado de depósito conlleva la titularidad sobre la mercadería y es posible establecer un crédito prendario sobre aquella. La cuestión que resta por examinar es si las condiciones en las que se realiza la transacción o se establece el gravamen admiten o son idóneas para la comisión del delito en la modalidad del inciso primero que se estudia.

En ese entendido, el titular del certificado de depósito incurriría en el delito si vende o grava bienes depositados que previamente han sido gravados, sin advertir tal condición.

No es viable la comisión del delito en estos supuestos. El certificado de depósito emitido por un almacén acredita la propiedad de los bienes a los que se refiere, es un título no una garantía real, que al momento de ser transado debe ser entregado al adquirente, pues solo con él podrá acreditar la titularidad del derecho.

El almacén nunca entregará la mercadería a una persona distinta de la que posee el certificado de depósito, de eso se sigue que quien entrega un certificado de depósito con motivo de un negocio o al constituir un crédito prendario queda impedido para llevar a cabo acciones en relación con el bien en el futuro, inhabilitado en ese caso para ocultar la condición del bien a un nuevo comprador o para desmejorar el derecho otorgado.

Ello es posible porque el certificado lo emite un almacén, la información que se consigna en el documento en tesis de principio debe corresponderse con lo depositado en el establecimiento, por lo cual cabe pensar que la información es fidedigna de las condiciones

en que se encuentra el bien, esto es, si existe algún litigio, embargo o gravamen que lo afecte.

Lo mismo sucede si el titular del derecho sobre la mercadería almacenada decide establecer un crédito prendario, debido a que para la validez –no la eficacia- de tal negocio será necesaria la entrega del certificado de depósito con el certificado de prenda. Por esta razón, no es viable el doble gravamen, salvo que se falsificaran los documentos, pero ese no es el caso en estudio.

En todo caso, debe tenerse presente que no concurre la tipicidad del delito ante el endoso de un título, ya que la interpretación coherente de la norma solo permite admitir la cesión, no así el endoso.

En síntesis:

Aun cuando es posible encontrar otras formas de garantía real en la legislación costarricense, lo cierto es que estas cuentan con restricciones que impiden al agente incurrir el tipo penal de estelionato, el gravamen que originan goza de condiciones de privilegio que le sustraen de comportamientos delictivos como el estudiado. De ahí que predominan la prenda y la hipoteca como las garantías reales que por excelencia dan lugar al ilícito.

Anexo IV

Comentario sobre las garantías mobiliarias y su relación con el estelionato

El 20 de mayo de 2014 fue publicada en el alcance 17 de la Gaceta No 95 la Ley de Garantías Mobiliarias, N° 9246, la cual entró en vigencia el 21 de mayo de 2015. Un mes antes, el 9 de abril de 2105 fue publicado en la Gaceta No 68 el Reglamento Operativo de dicho sistema.

El propósito de esta legislación es ampliar las categorías de bienes que pueden ser dados en garantía, creando un régimen unitario y simplificado para la constitución, publicidad, prelación y ejecución de tales garantías, según lo dispone en su artículo primero la ley indicada.

Esta ley define la garantía mobiliaria como un “derecho real preferente conferido al acreedor garantizado sobre los bienes muebles dados en garantía”³⁰⁴ y admite como bienes susceptibles de garantía mobiliaria derechos de propiedad intelectual, inventarios y equipo de personas físicas o jurídicas, cuentas por cobrar, la totalidad de los bienes muebles del deudor (presentes o futuros, materiales o inmateriales susceptibles de valoración pecuniaria), cosechas, entre otros³⁰⁵.

El régimen que establece esta ley representa un cambio drástico en la concepción tradicional de las garantías, así como en algunas de las categorías dogmáticas que informan el derecho civil y comercial; su estudio integral dará como resultado ineludible importantes trabajos de doctrina, pues las reflexiones que suscita son muchas y diversas. Sin embargo, no compete a este trabajo tal estudio. La razón por la que interesan las innovaciones que presenta esta legislación es porque las reglas que contempla podrían afectar o condicionar el comportamiento delictivo que contiene el estelionato en su inciso primero.

³⁰⁴ Asamblea Legislativa, “Ley 9246: Ley de Garantías Mobiliarias del 7 de mayo de 2014”, Sinalevi: 2, acceso 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=77300&nValor3=96801&strTipM=FN

³⁰⁵ Ibid.

La garantía mobiliaria es una garantía que se constituye sobre bienes muebles, como la prenda, la diferencia con esta última estriba en que funciona bajo reglas diferentes. Una de las cuales es la relativa a la publicidad, debido a que la ley de comentario prevé la publicidad de la garantía mobiliaria por medio de un registro de garantías mobiliarias; dicho registro no requiere ningún tipo de calificación³⁰⁶.

El delito contemplado en el inciso primero del artículo 217 del Código Penal acontece cuando el sujeto activo vende o grava un bien litigioso, embargado o gravado sin informarlo al adquirente, de forma que falta a la verdad sobre tales condiciones.

Es necesario examinar la constitución de la garantía mobiliaria, para determinar si ocultar o callar la existencia de una garantía mobiliaria anterior al constituir una garantía nueva que corresponde con la tipicidad penal del estelionato.

Así, la garantía puede constituirla aquel que tenga el derecho de posesión sobre el bien o un derecho a tal posesión, así como el que tenga derecho a transferir el bien, según el artículo 7 y 8 de la ley en comentario³⁰⁷.

³⁰⁶ Junta Administrativa del Registro Nacional, “Reglamento Operativo del Sistema de Garantías Mobiliarias del 9 de abril de 2015”, Sinalevi: 9 inciso f), accesado 11 setiembre, 2015, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=79225&nValor3=100122&strTipM=TC

Artículo 9, inciso f) Incluirá la información sin realizar calificación o verificación. Por no existir validación el Registro Nacional de Costa Rica, se encuentra exento de responsabilidad respecto a los datos consignados por los usuarios solicitantes.

³⁰⁷ Asamblea Legislativa, “Ley 9246: Ley de Garantías Mobiliarias del 7 de mayo de 2014”, 7-8.

Artículo 7.- Posesión y derecho de posesión del deudor garante. Las garantías mobiliarias pueden constituirse por aquella persona física o jurídica que tenga su posesión legítima, o quien tenga un derecho a tal posesión, o el derecho a transferir o transmitir los bienes dados en garantía o, en el caso de bienes incorporales, por quien tenga el derecho a transferir o transmitir estos.

Para efectos de la constitución de garantías mobiliarias sobre bienes muebles que no sean susceptibles de ser inscritos en un registro especial, la posesión del deudor garante del bien dado en garantía equivale a su título y su transferencia al acreedor garantizado constituye la garantía mobiliaria.

Artículo 8.- Inscripción en registro especial. Cuando los bienes dados en garantía estén sujetos a inscripción en un registro especial, dichos bienes podrán ser dados en garantía por las personas mencionadas en el artículo 7 de esta ley y por quien aparezca como titular en dicho registro especial, siempre y cuando los bienes

La garantía de acuerdo con el artículo 6 de la Ley N° 9246, “se constituye mediante contrato escrito entre el deudor garante y el acreedor garantizado, o por disposición de la ley, tales como los derechos de retención de bienes del deudor garante por parte de su transportista, almacenista, hotelero, mecánico y otras retenciones a los efectos de asegurar el pago de la obligación, al igual que por gravámenes judiciales y tributarios”³⁰⁸. Dicha garantía debe inscribirse en el Registro del Sistema de Garantías Mobiliarias para establecer su prelación con respecto a otros acreedores garantizados, según lo dispone el artículo 8 de la ley antes citado y numeral 4 del reglamento³⁰⁹.

Este sistema es un registro electrónico de garantías mobiliarias de acceso público y a diferencia del Registro Público de la Propiedad, no exige ningún tipo de calificación. Desde el momento en que se constituye la garantía, el acreedor garantizado queda autorizado para inscribirla o autorizar a otro para inscribirla.

De acuerdo con el reglamento, la inscripción de los formularios en los que consta la descripción del bien dado en garantía se realizará de forma completamente electrónica. La prelación de las obligaciones será determinada, de acuerdo al artículo 4 del reglamento, por el año, mes, día, hora, minuto y segundo de la inclusión en el sistema.

sobre los que recaiga la garantía sean de los que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la presente ley.

Los registros especiales deberán advertir, de forma clara, que todo bien que pueda otorgarse en garantía mobiliaria también deberá ser consultado y su garantía inscrita en el Sistema de Garantías Mobiliarias. La comunicación entre un registro especial y el Sistema de Garantías Mobiliarias estará regulada en el reglamento del Sistema de Garantías Mobiliarias.

La garantía mobiliaria deberá inscribirse en el Sistema de Garantías Mobiliarias para establecer su prelación con respecto a otros acreedores garantizados.

³⁰⁸ Asamblea Legislativa, Ley 9246: “Ley de Garantías Mobiliarias del 7 de mayo de 2014”, 6.

³⁰⁹ Junta Administrativa del Registro Nacional, “Reglamento Operativo del Sistema de Garantías Mobiliarias del 9 de abril de 2015”, 4.

Adicionalmente, debe advertirse que entre las reformas que introduce la ley, se incluye una modificación –superficial- al artículo 541 del Código de Comercio, relativo a la obligación del deudor que contrae una obligación prendaria de advertir al acreedor sobre la existencia de gravámenes anteriores:

Artículo 541.- El deudor que hubiera contraído una obligación con garantía prendaria no podrá gravar los mismos bienes para garantizar otra deuda, sin advertir en el nuevo contrato que existen el o los gravámenes anteriores. Si el deudor omitiera esa advertencia al constituir la garantía prendaria en el nuevo documento, no expresara que existen otros gravámenes de orden preferente, será considerado reo de estafa y castigado conforme a las disposiciones del Código Penal.

El Registro no inscribirá documento alguno en que se constituya un gravamen de prenda, sin revisar previamente, bajo su responsabilidad, los asientos de inscripción para determinar si existe inscrito o presentado algún contrato anterior sobre los mismos bienes muebles inscribibles. En caso de duda en cuanto a la identificación, el Registro exigirá, antes de practicarse la inscripción, la aclaración necesaria de parte de los contratantes.

Esta norma pone en evidencia el interés del legislador de proteger al acreedor frente a la práctica de establecer múltiples gravámenes sobre un bien.

La reforma que introduce la ley aludida no hace un cambio sustancial en la redacción del artículo, la principal novedad se encuentra en el párrafo segundo, en cuanto establece que el Registro no inscribirá documento en el que se constituya un gravamen sin revisar antes, bajo su responsabilidad, los asientos de inscripción de los bienes inscribibles.

En todo caso, la norma se refiere a la prenda, en ningún momento la Ley de Garantías Mobiliarias hace una advertencia similar, de modo que pueda entenderse que no se inscribirá una garantía mobiliaria cuando se verifique en el contrato que el acreedor garantizado no ha sido advertido sobre garantías mobiliarias preexistentes.

Para la inscripción de la garantía mobiliaria, solo se verifica el cumplimiento de unos determinados requisitos del formulario de inscripción, no se realiza una calificación

propriadamente, por eso la advertencia o no de tales condiciones puede pasar inadvertida en el sistema.

Desde luego, el acreedor puede consultar en el Sistema de Garantías Mobiliarias y de esa forma conocer si existen otras garantías de orden preferente, pero el asunto es que no está obligado a hacerlo. Ninguna norma en la ley le obliga a ello, quien tiene el deber de informar las condiciones del bien sobre el que confiere gravamen es el deudor.

Si el deudor calla u oculta que existe una garantía mobiliaria u otro gravamen en relación con el bien que constituye la garantía mobiliaria a favor del acreedor garantizado, incurre en el delito de estelionato, en la modalidad clásica.

Anexo V

Resumen de los hechos contenidos en las resoluciones vinculadas al inciso 1) del artículo 217 del Código Penal

Estas resoluciones son la base de las consideraciones vertidas en la primera parte del capítulo tercero.

El cuadro no contiene un detalle amplio de los hechos, sino una referencia puntual de la conducta que fue calificada o no como delito de estelionato.

Nº Voto de la Sala Tercera	Hecho
267-1987³¹⁰	El acusado suscribe prenda con ofendido sobre un televisor y equipo de sonido sin advertir la existencia de gravámenes previos.
400-1991	El acusado suscribió prenda con ofendida sobre vehículo, pero ocultó la existencia de un gravamen anterior y no le pagó la deuda.
233-1992	El acusado vendió vehículo al ofendido, sin advertirle que sobre este pesaba un gravamen.
210-1993	El acusado otorgó garantía de segundo grado a ofendido sobre vehículo automotor, pero ocultó la existencia de garantías en primer y segundo grado otorgadas antes. Tampoco advirtió que el vehículo ya había sido adjudicado y pertenecía a un tercero.
289-1993	El acusado vendió vehículo automotor a ofendido, pero ocultó la existencia de un gravamen anterior. La garantía se hizo efectiva y el

³¹⁰ Esta resolución no forma parte del período en estudio, se describe el detalle del hecho porque las sentencias que sí forman parte del estudio la traen a colación en varias oportunidades.

	ofendido perdió el vehículo.
539-1993	El acusado ofreció vender finca libre de gravámenes a ofendido. Luego otorgó hipoteca y al momento de vender no advirtió la hipoteca que existía sobre el bien.
710-1995	El acusado guardó silencio sobre la condición de gravado que tenía el bien al momento del negocio.
254-1997	El acusado vendió bien a ofendido ocultándole que sobre este pesaba un gravamen.
247-2000	El acusado suscribió prenda con ofendido sobre bienes que ya estaban prendados sin advertirlo.
905-2002	El acusado vendió finca a ofendido, sin advertir que sobre esta existía hipoteca.

Anexo VI

Resumen de los hechos contenidos en las resoluciones vinculadas al inciso 2) del artículo 217 del Código Penal

El estudio presentado en la segunda parte del capítulo tercero tiene como base las resoluciones que refiere el cuadro.

El cuadro contiene una referencia puntual del hecho vinculado al inciso segundo del estelionato.

N° Voto de la Sala Tercera	Hecho
361-1993	El acusado suscribió una promesa de venta con el ofendido en relación con un bien y la construcción de una vivienda. Luego vendió la finca, lo cual le impidió cumplir con la obligación acordada respecto al bien.
463-1993	El acusado compró un vehículo, pero lo pagó con un cheque sin fondos, por esa razón el ofendido solicitó la rescisión de la venta. Al momento de la rescisión, el acusado no advirtió al ofendido que el vehículo se encontraba gravado por una colisión.
688-1993	El acusado cedió acciones a los ofendidos sin solicitar la autorización respectiva y sin informar a la entidad financiera que las tenía en depósito. No realizó las gestiones oportunas para que se produjera el cambio de dueño, con lo cual afectó el derecho de los ofendidos sobre las acciones.
413-1995	El acusado no se presentó bien ante un perito cuando tribunal se lo solicitó. Él tenía la custodia del bien, que se encontraba embargado con motivo del proceso de cobro.
605-1996	El acusado obtuvo un crédito del ofendido, como garantía suscribió dos prendas. Tiempo después otorgó una garantía hipotecaria adicional, sin

	embargo, el bien sobre el que se impuso la garantía no le pertenecía. Esa circunstancia impidió al ofendido hacerla efectiva.
1062-1997	El acusado vendió un bien al ofendido (compraventa), recibió varios pagos y luego puso fin unilateralmente al convenio y enajenó el bien.
1126-1999	El acusado vende un vehículo al ofendido, pero no otorga la escritura. Tiempo después el ofendido le solicita la escritura porque desea vender el bien a un tercero, conociendo esa circunstancia el acusado emite letras de cambio, en razón de las cuales se presenta un juicio ejecutivo que impide al ofendido disponer del bien.
567-2004	La acusada conocía que la posesión y mejoras del inmueble (propiedad del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo) habían sido vendidas al ofendido, pese a saberlo admitió el traspaso que hicieron los adjudicatarios del bien a su nombre y el de su esposo. Con este modo de proceder la acusada afectó el derecho de posesión y mejoras que tenía sobre inmueble al ofendido.
37-2005	El acusado suscribió un pacto de retroventa sobre un bien con el ofendido, pero no cumplió con la condición suspensiva para hacer procedente la retroventa, por lo que la propiedad pasó a manos del ofendido. Luego otorgó dos hipotecas y traspasó el inmueble, con lo cual afectó el derecho adquirido por el ofendido
591-2005	En convenio de divorcio el acusado se comprometió a traspasar el bien a su hija cuando cumpliera mayoría de edad. Luego, desconoció el compromiso y vendió la finca. Además, el acusado indujo a error a esposa, pues él no era el único titular del inmueble, su esposa era copropietaria.
408-2005	Los acusados (A y B) simularon una compraventa para excluir un bien de la lista de bienes gananciales y de esa forma perjudicar a C (la esposa de A). La escritura en la que se hizo constar dicho negocio no se inscribió. Tiempo después la esposa (C) del acusado (A) falleció, por lo que este decidió

	<p>inscribir la escritura otorgada años antes, para distraer el bien del sucesorio. Con este modo de proceder, el acusado (A) afectó los derechos del ofendido sobre los bienes de la sucesión.</p>
568-2005	<p>El acusado (notario) otorgó en su protocolo una escritura en la que impuso una hipoteca sobre un bien a favor del ofendido, la cual no presentó al Registro Público para su debida inscripción. Luego otorgó en su protocolo una escritura en la que el mismo bien fue vendido a un tercero. Después de que la venta fue inscrita, acudió al Registro a presentar la hipoteca, la cual el Registro rechazó.</p>
1391-2007	<p>El ofendido permitió a los acusados vivir en un lote. Los acusados acudieron ante un notario y cedieron a un tercero el derecho de posesión y mejoras en relación con el lote. Como la propiedad en realidad era parte de un inmueble del Instituto de Desarrollo Agrario, el tercero formaliza su derecho y el instituto finalmente le adjudicó el terreno.</p>
591-2008	<p>El acusado entró en posesión de un vehículo robado (vehículo gomeleado) que luego vendió.</p>
566-2008	<p>El acusado tenía obligación de pagar extremos laborales al ofendido, conforme lo dispuesto en la sentencia del tribunal laboral. Fingió la muerte de animal sobre la que había recaído el embargo, de forma que afectó el cumplimiento de la obligación.</p>
487-2010	<p>Los acusados (A y B) negocian con el ofendido un préstamo y como garantía le conceden hipoteca sobre un bien que está inscrito en una sociedad, de la cual es apoderado uno de los acusados (B), también se constituyen como fiadores. La escritura de la hipoteca nunca se inscribe. Tiempo después y antes de que el préstamo sea exigible, el acusado (A) vende el inmueble a una sociedad representada por el notario que confeccionó la hipoteca, quien en tal condición impone gravamen que sí inscribe. Conducta con la cual se afectó el derecho del ofendido.</p>

924-2010	La acusada donó un inmueble a su hija (la ofendida), pero tiempo después donó la misma propiedad a otros hijos, sin rescindir previamente la donación. El comportamiento de la acusada afectó los derechos de la ofendida.
1374-2010	El acusado otorgó la hipoteca de primer grado sobre inmueble, luego aprovechó que el notario no presentó el documento ante el Registro y volvió a otorgar hipoteca de primer grado sobre el bien.
563-2011	La acusada y ofendida compraron propiedad, la cual se inscribió a nombre de la sociedad en la que la acusada era apoderada generalísima. La acusada se comprometió a confeccionar los documentos necesarios para que ambas tuvieran acciones en la sociedad, lo cual no hizo. Tiempo después, sin el consentimiento de la ofendida, en su condición de apoderada de la sociedad vendió la propiedad.
719-2011	El acusado suscribió una promesa de compraventa en relación con un inmueble con la ofendida y antes de cumplirse el plazo estipulado para que ella cancelara el precio pactado, vendió la propiedad a un tercero.