



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

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

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

Magistrado ponente 

**SP11839-2017**

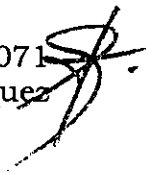
**Radicación N° 44071.**

Aprobado acta No. 245.

Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

**A S U N T O**

La Sala resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado **Gonzaga Tabares Velásquez** contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali el 28 de febrero de 2014, que confirmó la dictada por el Juzgado Doce Penal del Circuito de esa misma ciudad el 15 de julio



de 2013, mediante la cual lo condenó como autor responsable del delito de Estafa.

## **A N T E C E D E N T E S**

### **1. Fácticos**

Los hechos fueron narrados en la sentencia de segunda instancia de la forma como sigue:

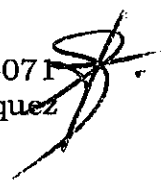
*«El día jueves 2 de diciembre de 2004, la señora María Fernanda Millán Vásquez jugó \$5.000 al número 0650 de la lotería nacional de Caquetá, a través del chance de la empresa UNO-A EU de Cali de propiedad del señor GONZAGA TABARES VELÁSQUEZ, quien le negó el pago del premio de \$22.500.000 a la ganadora, a pesar de haber acertado las 4 cifras del chance, aduciendo que el sorteo de la lotería nacional efectuado en Florencia – Caquetá, fue irregular o fraudulento».*

### **2. Procesales**

El 27 de febrero de 2006<sup>1</sup> en la Fiscalía 38 seccional de la Unidad Segunda de Delitos contra el Patrimonio Económico de la ciudad de Santiago de Cali, se dispuso la apertura de la instrucción en contra de los hermanos Carlos Andrés, María del Pilar y **Gonzaga Tabares Velásquez**, ordenándose su vinculación mediante diligencia de indagatoria.

---

<sup>1</sup> A folio 84, cuaderno No. 1.



Debido a su incomparecencia, fueron vinculados a la actuación mediante declaratoria de persona ausente con resolución de fecha 13 de julio de 2006<sup>2</sup>; y, una vez cerrada la investigación<sup>3</sup>, el 11 de febrero de 2008 se profirió resolución de acusación<sup>4</sup> en su contra en calidad de coautores del delito de Estafa.

En este punto debe resaltarse que mediante resolución de fecha 18 de marzo de 2005<sup>5</sup> se admitió la demanda de parte civil presentada a nombre de la señora María Fernanda Millán Vásquez.

Ejecutoriada la anterior decisión, le correspondió el adelantamiento de la etapa del juicio al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santiago de Cali, el cual, mediante decisión de fecha 17 de febrero de 2010<sup>6</sup> decretó la nulidad de todo lo actuado, a partir de la resolución que declaró personas ausentes a los procesados.

De regreso la actuación a la Fiscalía General de la Nación, el 12 de septiembre de 2011 María del Pilar<sup>7</sup> y **Gonzaga Tabares Velásquez**<sup>8</sup> fueron vinculados al proceso mediante diligencia de indagatoria, ocurriendo lo propio con

---

<sup>2</sup> A folio 94, cuaderno No. 1.

<sup>3</sup> A folio 103, Ib.

<sup>4</sup> A folios 112 a 117, Ib.

<sup>5</sup> A folio 14, cuaderno Parte Civil.

<sup>6</sup> A folios 160 a 170, Ib.

<sup>7</sup> A folios 193 a 196, Ib.

<sup>8</sup> A folios 198 a 200, Ib.

Carlos Andrés Tabares Velásquez, el 20 de enero de 2012<sup>9</sup>. A todos se les atribuyó la comisión del delito de Estafa, resolviendo su situación jurídica mediante resolución adiada 9 de febrero de 2012<sup>10</sup>, en la que se impuso a los tres vinculados medida de aseguramiento no privativa de la libertad; decisión que, impugnada, fue revocada parcialmente por el superior, en el sentido de no imponer medida alguna<sup>11</sup>.

Una vez cerrada la investigación<sup>12</sup>, mediante resolución de fecha 27 de diciembre de 2012, la Fiscalía 80 seccional de la Unidad de Delitos contra el Patrimonio Económico, la Fe Pública y otras garantías acusó a María del Pilar, Carlos Andrés y Gonzaga Tabares Velásquez, como coautores del delito de Estafa agravada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 246 y 267, numeral 1º, de la Ley 599 de 2000.

La etapa de la causa le correspondió adelantarla al Juzgado Doce Penal del Circuito de Santiago de Cali, el cual, una vez agotada la audiencia preparatoria y la vista pública, el 15 de julio de 2013 profirió sentencia<sup>13</sup> por cuyo medio condenó a **Gonzaga Tabares Velásquez** a las penas principales de 30 meses de prisión y multa equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la

---

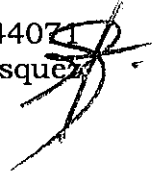
<sup>9</sup> A folios 260 a 262, Ib.

<sup>10</sup> A folios 263 a 273, Ib.

<sup>11</sup> A folios 329 a 340, cuaderno No. 2

<sup>12</sup> A folio 342, Ib.

<sup>13</sup> A folios 479 a 515, Ib.



accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, al hallarlo autor penalmente responsable del delito de Estafa; y absolvió a los otros acusados.

Impugnada esa decisión por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali la confirmó en su integridad con fallo del 28 de febrero de 2014<sup>14</sup>, providencia contra la cual el mismo profesional del derecho interpuso recurso extraordinario de casación, alegando oportunamente el respectivo libelo<sup>15</sup>.

Admitida la demanda<sup>16</sup> por la Corte al estar ajustada a las exigencias previstas en el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, se recibió el concepto<sup>17</sup> de la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, por tanto, se procede a adoptar la decisión de fondo que en derecho corresponda.

## **LA DEMANDA**

### **Único cargo:**

Al amparo de la causal tercera de casación consagrada en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el censor denuncia

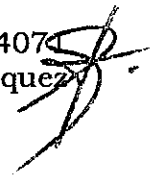
---

<sup>14</sup> A folios 576 a 590, cuaderno No. 2.

<sup>15</sup> A folios 609 a 621, Ib.

<sup>16</sup> A folio 5, cuaderno de la Corte.

<sup>17</sup> A folios 7 a 14, Ib.



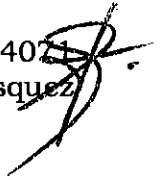
que la sentencia de segunda instancia se dictó en un juicio viciado de nulidad, toda vez que la acción penal había prescrito en la etapa de la instrucción, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 83 y 84 del Código Penal.

Al respecto, manifiesta que la acción penal se extinguió por prescripción en la fase de la investigación, pues el delito por el cual se condenó al procesado fue el de Estafa descrito en el artículo 246 de la Ley 599 de 2000, el cual tiene una pena máxima de 8 años, por tanto, como la resolución de acusación quedó en firme el 5 de marzo de 2013, de esto se sigue que entre la fecha de los hechos – 6 de diciembre de 2004- y dicha pieza procesal transcurrió un tiempo superior a la sanción extrema posible.

Así las cosas, pide casar la sentencia y que se extinga la acción penal por prescripción.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La delegada inicialmente asegura que si bien el procesado fue acusado como autor del delito de Estafa agravada, de conformidad con lo establecido en los artículos 246 y 267 numeral 1° de la Ley 599 de 2000, lo cierto es que fue condenado por ese reato sin la causal de agravación por la que se produjo acusación, lo que significa que dicha circunstancia *no puede hacer parte del cómputo general inherente*



*al establecimiento o no de la prescripción de la acción penal en la etapa del juicio», atendiendo amplia jurisprudencia de esta Corte.*

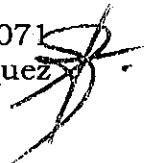
Así, la actuación procesal informa que los hechos tuvieron ocurrencia el 4 de diciembre de 2004; que el delito de estafa tiene una pena máxima de 8 años; y que la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 5 de marzo de 2013; lo que significa que para esa fecha ya habían transcurrido 8 años y 2 meses, por lo que estaba consolidado el fenómeno jurídico de la prescripción, razón por la cual solicita se case la sentencia, se declare la extinción de la acción penal por prescripción y se disponga la cesación del procedimiento a favor del acusado.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. La imputación que debe tenerse en cuenta para calcular el término de la prescripción de la acción penal.**

Sobre el tema que aquí se analiza, la Sala ha sostenido de manera reiterada que (CSJ SP, 9 de abril de 1999, rad. 13165; CSJ SP, 26 de enero de 2006):

*La calificación sumarial impartida en la resolución de acusación no obstante su carácter provisorio se convierte en ley del proceso, pues es el hito fundamental a partir del cual el Estado garantiza al acusado el derecho de defensa y se desarrolla la actividad defensiva durante el debate del juicio, pero a la vez está sujeta a*



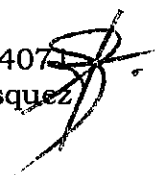
*las resultas de éste, materializadas en la sentencia de las instancias.*

*Esta, cuando es condenatoria y se pronuncia bajo los parámetros del debido proceso y concordante con la resolución acusatoria, es el único pronunciamiento judicial dentro de la fase ordinaria del proceso con categoría de definitividad en la imputación penal, sea que la mantenga en los mismos términos de la acusación fiscal o que le introduzca variaciones de menor compromiso penal, de donde se colige que es el tipo penal contemplado en el fallo de las instancias con las circunstancias específicas declaradas, el que establece el término de la prescripción de la acción penal.*

En el mismo sentido, en la decisión CSJ SP, 4 de mayo de 2006, rad. 24894, la Sala indicó que si, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sala, la calificación impartida en la resolución acusatoria, no obstante su naturaleza provisional, adquiere la categoría de ley del proceso en cuanto que es a partir de su proferimiento cuando el procesado obtiene la certeza acerca del cargo o cargos de los cuales debe defenderse en desarrollo del debate en el juicio -derecho fundamental que el Estado está en la obligación de garantizar-, tal actividad defensiva sólo se materializa con la declaración judicial pertinente contenida en la sentencia dictada en las instancias.

De ahí que es la imputación penal hecha en los fallos de instancia con carácter definitivo, ya sea porque guarde correspondencia con el pliego de cargos, ora porque implique degradación de la responsabilidad penal, la que permite establecer el término prescriptivo de la acción



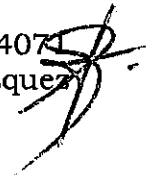


penal. (CSJ SP981-2017, rad. 46327; CSJ SP2902-2016, rad. 46801; CSJ AP3826-2015, rad. 46115).

Las anteriores precisiones le permiten a la Corte establecer que en este caso al calificar el mérito probatorio del sumario **Gonzaga Tabares Velásquez** fue acusado como coautor del delito de Estafa agravada, conforme lo dispuesto en los artículos 246 y 267 numeral 1° de la Ley 599 de 2000.

Sin embargo, el juzgador al momento de proferir sentencia de condena lo hizo por el delito de Estafa, sin la causal de agravación punitiva enrostrada en la acusación por no encontrarla demostrada, imponiéndole como penas principales 30 meses de prisión y multa en cuantía equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, concediéndole la suspensión condicional de la ejecución de la pena; decisión que apelada por la defensa, fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali mediante fallo adiado 28 de febrero de 2014.

En consecuencia, la calificación jurídica definitiva plasmada en el fallo, además de ser el referente y determinante para la punibilidad, también lo ha de ser para los términos de prescripción de la acción penal.



Con la anterior claridad, corresponde ahora determinar la naturaleza del delito de Estafa —que es el único por el que se procede en este asunto — y a raíz de ello estudiar el cargo planteado en la demanda.

## **2. Análisis jurisprudencial acerca del delito de Estafa en los juegos de suerte y azar**

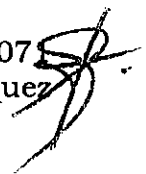
Desde antaño la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión proferida el 16 de septiembre de 1976<sup>18</sup>, se pronunció sobre el delito de Estafa en juegos de suerte y azar.

En esa ocasión la situación fáctica se contraía a que una ciudadana compró una boleta de una rifa cuyo premio era una cabaña ubicada en la ciudad de Santa Marta; habiendo resultado ganadora del sorteo, el bien a rifar jamás le fue entregado, como quiera que no era de propiedad del vendedor del juego.

Oportunidad en la que la Corporación señaló lo siguiente: (i) La cuantía de la Estafa lo es el valor del premio no pagado, pues desde el momento en que hay un ganador, lo que era una mera expectativa se convierte en un derecho concreto; y (ii) El perjuicio económico consiste en toda lesión patrimonial ya sea porque se produzca una disminución del patrimonio, o bien porque se deja de

---

<sup>18</sup> Gaceta judicial Tomo CLII No. 2393, págs. 623 – 629.



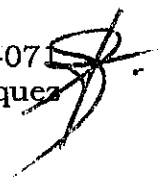
percibir un acrecimiento o aumento del mismo que, de no presentarse el engaño, hubiera tenido lugar.

Posteriormente analizó la Corte un caso en donde el procesado utilizó propaganda y boletas que mandó a imprimir con leyendas que carecían de veracidad, en las que anunciaba una rifa de valiosos premios, induciendo en error a numerosas personas para que le compraran boletas; y luego, cuando dos de ellas resultaron favorecidas, se negó a pagar el premio aduciendo haber aplazado su rifa y avisado oportunamente tal cancelación.

Así, en la decisión emitida el 24 de febrero de 1994, dentro del proceso identificado con el radicado 8355<sup>19</sup>, se indicó lo siguiente: *(i)* Las maniobras engañosas del procesado se efectuaron para inducir en error a todas y cada una de las personas a quienes les logró vender boleta para su rifa, como quiera que por razón de los artificios que en cada boleta y volante de propaganda incluyó y que le daban visos de seriedad a la rifa, fue que cada comprador se desprendió voluntariamente del valor de la boleta menguando su propio patrimonio y aumentando ilícitamente el del empresario de rifas, que sin escatimar medio alguno, esquilmó a quienes le creyeron; *(ii)* Existen tantos delitos de Estafa, como personas que adquirieron la boleta del sorteo; y *(iii)* Respecto de las personas que no salieron favorecidas con el sorteo, la cuantía de la estafa lo

---

<sup>19</sup> Gaceta judicial Tomo CCXXX, Vol. 1, No. 2469, págs. 498 – 511.



es por el valor de la boleta adquirida; pero, con relación a los ganadores, la cuantía es la del objeto ofrecido como premio, porque desde ese momento ingresó al peculio del ganador y además por ser la boleta premiada título negociable por quienes desconocen el fraude.

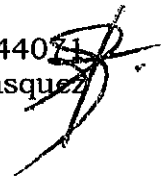
No obstante lo anterior, la Sala al resolver una colisión negativa de competencia en el proceso radicado 9420 del 5 de julio de 1994<sup>20</sup>, señaló que los sujetos pasivos del delito de Estafa son aquellas personas que resulten ganadores del sorteo y no todos aquellos que adquirieron un comprobante, boleta, billete, etc. En consecuencia, la cuantía del delito será el valor ofrecido como premio y nunca la suma recaudada de cada uno o de la totalidad de los participantes en el juego; pues, respecto de ellos no existe el desconocimiento de una expectativa sino su cumplimiento.

Ante esta disparidad de criterios, sea esta la oportunidad para que la Corte analice la modalidad del delito de Estafa en los juegos de suerte y azar descrita en el inciso 1° del artículo 246 del Código Penal, pues, es esta la conducta por la que **Gonzaga Tabares Velásquez** fue condenado por los jueces de instancia.

La anterior salvedad es pertinente, como quiera que en el inciso 2° de la norma en cita se describe el delito de estafa en una modalidad distinta, esto es, cuando el sujeto

---

<sup>20</sup> Gaceta judicial Tomo CCXXXIII, Vol. 1, No. 2472, págs. 14 – 26.



activo «en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado»; reato que exige que el responsable acabe con el azar, como elemento connatural de las rifas, juegos y loterías, y engañosamente predetermine un resultado. (CSJ SP 8 de febrero de 2001, rad. 13839).

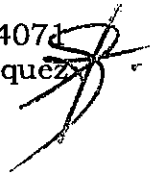
Para tales fines, resulta del todo pertinente traer a colación la decisión emitida por esta Sala en CSJ SP3233-2017, rad. 48279, oportunidad en la que se analizó en extenso el delito de Estafa indicado lo siguiente:

*«Desde antaño y en reiteradas ocasiones la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en torno a los elementos que agotan el punible de estafa. Así por ejemplo, en CSJ SP, 4 may. 2005, rad. 19139, se citó una decisión del año 1972, en la que se precisó:*

*“Es esencial para la comisión del delito de estafa que el provecho ilícito con el correspondiente perjuicio de otro sea obtenido por medio de artificios o engaños que induzcan a la víctima en el error. En reciente providencia la Corte ha precisado los siguientes elementos como estructurales del delito de estafa: **“a) Despliegue de un artificio o engaño dirigido a suscitar error en la víctima; b) Error o juicio falso de quien sufre el engaño, determinado por el ardid; c) Obtención, por ese medio, de un provecho ilícito; d) Perjuicio correlativo de otro, y e) Sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto que refluye en daño patrimonial ajeno”.***

(...)

*Entonces, la inducción en error exige una serie de maquinaciones fraudulentas previas –cuando no se trata de aprovechar el anterior error ajeno- las cuales deben*



*estar plenamente acreditadas. No puede hablarse de estafa en donde no se dé esa condición. Así como tampoco puede hablarse de este delito cuando con posterioridad a la obtención del bien patrimonial, surge el artificio o el engaño tendiente a otros fines". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. feb. 22 de 1972. (Resaltado fuera del texto original)*

*En decisión más reciente<sup>21</sup> se reiteraron los mismos elementos del tipo, precisándose que éstos deben suceder en orden cronológico y guardando una secuencia causal inequívoca hasta la obtención del beneficio patrimonial así: (i) empleo de artificios y engaños sobre la víctima; (ii) que ésta incurra en un error como consecuencia directa de la maniobra engañosa; (iii) como efecto de la treta el afectado voluntariamente se desprenda de su patrimonio o de parte de éste y, (iv) quien desplegó el fraude, logre para sí o para otro, un beneficio económico. La ausencia de alguna de estas características impide la adecuación de un hecho concreto dentro del tipo penal de estafa.*

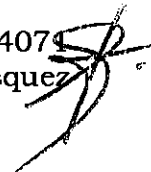
*Valga resaltar que si los actos previos a la obtención del provecho patrimonial no conducen de manera incuestionable y concatenada, uno al otro, o se presentan en un orden distinto al relacionado, o la cadena causal se rompe, trastoca o invierte no podrá hablarse del delito de estafa<sup>22</sup>.*

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

*Se tiene entonces que la imputación objetiva de este delito solo es posible siempre que se despliegue un engaño precedente o concurrente, idóneo para lograr que la víctima caiga en una visión equivocada de la realidad que la lleve a*

<sup>21</sup> CSJ SP 125 oct. 2012, rad. 27460.

<sup>22</sup> CSJ SP, 8 jun 2006. rad. 24729.



*ejecutar un acto dispositivo sobre su patrimonio, generador de un perjuicio para sí y, coetáneamente, de un beneficio de la misma índole para quien la induce en error».*

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

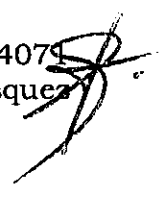
*(...)*

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

*Así lo ha entendido la Corte:*

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

*Es claro que al incumplir lo pactado el contratante realiza un proceder antijurídico en cuanto el contrato el ley de las partes pero dado el carácter subsidiario y de ultima ratio del derecho penal, tales incumplimientos no ingresan en la órbita*



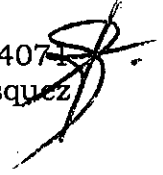
*protectora del ius puniendi del Estado y en ese orden de ideas, no se debe confundir el nexo de causalidad (engaño o inducción en error y provecho ilícito) que se debe dar entre los elementos configuradores de la estafa, con la existente entre el incumplimiento del deudor y el consecuente daño para el acreedor. (CSJ SP, 8 oct 2014, rad. 44504).*

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

Ahora bien, establece el artículo 5° de la Ley 643 de 2001 que son de suerte y azar «aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad»; indicando el parágrafo de la norma en cita que «El contrato de juego de suerte y azar entre el apostador y el operador del juego es de **adhesión, de naturaleza aleatoria**, debidamente reglamentado, cuyo objeto envuelve la expectativa de ganancia o pérdida, dependiendo de la ocurrencia o no de un hecho incierto».

De conformidad con lo expuesto, se comete el delito de estafa cuando se despliega el engaño a través de la celebración del contrato de juego de suerte o azar, induciendo en error a la víctima frente a cualquiera de los elementos del convenio, quien motivada por el error, ejecuta un acto dispositivo sobre su patrimonio, generador



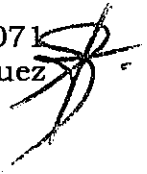


de un perjuicio para sí y, coetáneamente, de un beneficio de la misma índole para quien la induce en error; requiriéndose para ello la existencia del ánimo engañoso y fraudulento sobre alguno de los elementos del contrato, en el momento en que el sujeto pasivo de la conducta se adhiere al compromiso.

Un ejemplo de esta modalidad de estafa se presenta cuando el sujeto activo del delito, mediante engaño, le hace creer a la víctima que de salir favorecido con el sorteo le será entregado el premio ofrecido, a sabiendas de que ello no ocurrirá. Así, logra que la víctima se despoje de su patrimonio y pague el precio convenido, prestación que recibe y que finalmente ingresa a su patrimonio de forma indebida.

En este punto, es de vital importancia resaltar que la configuración del delito de estafa exige una sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto que deriva del daño patrimonial ajeno, luego entonces, el artificio o engaño debe configurarse en el momento de la celebración del contrato con el objeto de defraudar, y no con posterioridad a la obtención del bien patrimonial.

En consecuencia, el delito de estafa se consuma en el momento mismo en que el sujeto activo del delito obtiene el provecho ilícito – *cuando la víctima realiza la apuesta o*



*paga el derecho a participar-*, como consecuencia de haber inducido en error al jugador por engaños.

*...el delito de estafa, caracterizado por ser un tipo de resultado, "...se consuma con la obtención del provecho ilícito, por lo que mientras él no se produzca, o no se obtiene una ventaja de contenido patrimonial, no resulta posible afirmar que la conducta típica ha tenido cabal realización, ni por ende, se ha consumado."*<sup>23</sup>

*"Si el bien jurídico protegido es el patrimonio económico, de allí se deriva que el momento de consumación de la estafa solo puede ser aquel en que se materializa la defraudación patrimonial buscada a través de los medios artificiosos o engañosos independientemente del momento en que se produzcan."*<sup>24</sup>

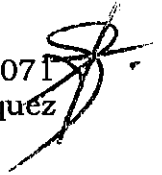
*"...el delito de estafa... es de ejecución instantánea, en la medida en que la infracción se perfecciona en «el lugar en donde el agente incorpora a su haber patrimonial bienes o derechos que hasta ese momento pertenecían a la víctima o a un tercero, y de los cuales el estafado se desprende, no por expresión de su libre voluntad, sino de su distorsionada comprensión de la realidad, situación a la que se llega a través del ardid, el engaño, las palabras o los hechos fingidos»"...*<sup>25</sup> (CSJ AP, 2 Nov. 2006, Rad. 25965).

Por lo anterior, el valor del premio ofrecido en el juego de suerte o azar no tiene incidencia alguna en el recorrido del delito, pues, con independencia de que una persona defraudada gane o no el sorteo, lo cierto es que el reato ya se ha consumado desde el momento mismo en que el timador obtiene el provecho económico indebido, mismo que no debe confundirse con el premio dejado de entregar o

<sup>23</sup> "CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent. del 4 de abril de 2001, rad. N° 10.868."

<sup>24</sup> "CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent. del 18 de mayo de 2001, rad. N° 10.868."

<sup>25</sup> "CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Auto del 27 de junio de 2006, rad. N° 2006."

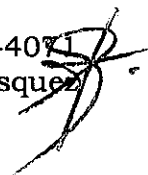


pagar, simplemente porque ello apenas representó parte del ardid para lograr que la persona o personas, en el caso de rifas, se desprendieran del dinero que de inmediato acrecentó ilegalmente el patrimonio del estafador.

En estos eventos, entonces, el no pago del premio es ajeno al iter criminis del delito, en cuanto eventos cronológicos sucesivos necesarios, dado que los actos engañosos, aún si se quiere acudir a cualquier tipo de ficción jurídica, jamás tuvieron como fin eludir el pago del premio, sino obtener de cada jugador una determinada suma de dinero que, en conjunto, constituye el incremento patrimonial ilícito de la persona o personas.

Huelga anotar que una vez obtenido el beneficio patrimonial con afectación de los jugadores, se ha perfeccionado el delito, razón por la cual en ello nada incide que el azar, después, favorezca a determinada persona, como quiera que, es necesario precisar, la maniobra engañosa no se realiza en consideración a esta, individualmente considerada, y apenas constituye una expectativa, para todos los jugadores, la posibilidad de acceder o no al premio.

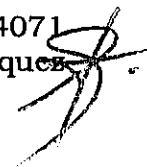
Ahora bien, en aquellos casos en los que no se atribuye al operador algún tipo de comportamiento engañoso con el fin de obtener de los jugadores el pago de la apuesta –esto es, no es posible advertir un dolo anterior al momento



mismo del sorteo-, pero se verifica que una vez cobrado el premio se omite el pago, aún si se engaña a la persona para dilatar la prestación o hacerle creer que será satisfecha, no es posible señalar materializado el delito de estafa, sino, cuando más, el incumplimiento de una obligación civil, entre otras razones, debe destacarse, porque el contrato no tuvo ningún tipo de vicio que lo afectase.

Ese incumplimiento de la obligación dará lugar a la interposición de las acciones judiciales correspondientes ante la jurisdicción civil. A este efecto, el inciso 2° del párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 643 de 2001 establece que *«Para las apuestas permanentes los documentos de juego deberán ser presentados al operador para su cobro, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del sorteo; si no son cancelados, dan lugar a acción judicial mediante el proceso verbal de menor y mayor cuantía, indicado en el capítulo primero del título XXIII del Código de Procedimiento Civil. El documento de juego tiene una caducidad judicial de seis (6) meses».*

No es posible, de otro lado, desnaturalizar el delito de estafa a partir de fragmentar lo pagado por cada uno de los jugadores –que en sí mismo puede considerarse ínfimo en determinados casos-, en tanto, el beneficio patrimonial obtenido por el ejecutor del delito, que a la vez perfecciona la ilicitud, lo representa la suma de todos esos pagos individuales.



Es por ello que para establecer la cuantía del delito de Estafa en la modalidad que aquí se estudia, resulta imprescindible recordar el concepto que sobre el delito masa ha plasmado esta Corporación en su jurisprudencia.

Así, en sentencia de casación del 27 de septiembre de 1995, radicado No. 8942, la Sala señaló lo siguiente:

*«Trátese, por tanto, en casos como este, de una acción única con pluralidad de actos ejecutivos, que de suyo excluye la posibilidad del delito continuado, que por definición exige una pluralidad de conductas. Lo que sucede es que al recaer cada uno de los actos ejecutivos que la conforman en diversas personas, esto no significa que se trate de acciones independientes con relevancia jurídico penal, sino que estos son actos ejecutivos de la conducta integralmente considerada, que como única, tipifica una sola acción delictiva con pluralidad de sujetos pasivos, pues no en pocas ocasiones exige la puesta en marcha de una multiplicidad de actos dependientes de los medios utilizados, que naturalística y jurídicamente se toman en necesarios para que la acción final defraudadora pueda consumarse»*

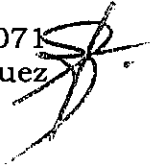
En otra ocasión<sup>26</sup>, señaló igualmente la Sala que el delito masa «se presenta cuando el sujeto activo realiza una pluralidad de actos que genera una multiplicidad de infracciones a un tipo penal, todo lo cual se ejecuta de acuerdo con un plan con el que se pretende afectar el patrimonio económico de un número indeterminado de personas.»,

Y, sobre el delito de estafa en la modalidad de delito masa, la Corte ha señalado lo siguiente:

*« (...) la mentada conducta punible admite la posibilidad de que con la acción timadora resulten plurales sujetos pasivos*

---

<sup>26</sup> CSJ SP, 25 Jul. 2007, Rad. 27383



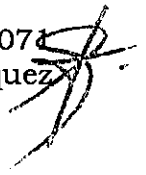
*afectados en su patrimonio, y no excluye la eventualidad de que el sujeto activo de la ilicitud realice múltiples y reiterativos actos tendientes a la obtención de un solo propósito defraudador, que perdura y se materializa en el tiempo con fraccionados logros. Así las cosas, el engaño es único, como único también es el dolo en estos eventos, "porque la materialización de cada acto no disgrega el todo de la acción, en cuanto lo único que cada uno revela es que el sujeto prosigue en su empeño principal y único." -Cfr. Sentencias de septiembre 27/95, Rdo. 8942, M.P. Dídimo Páez Velandia; noviembre 27/96, Rdo. 9308, M.P. Carlos E. Mejía Escobar; diciembre 3/96, Rdo. 8874, M. P. Carlos A. Gálvez Argote; junio 26/99, Rdo. 12.591, M.P. Mario Mantilla Nougués, entre otras. (...)"<sup>27</sup>*

Luego, cuando el sujeto activo del delito concibe una sola acción delictual de estafa, pero ejecuta varios actos dirigidos a la consecución del fin propuesto, en detrimento del ente abstracto único constituido por todas las personas que realizaron la apuesta o que pagaron el derecho a participar en el juego de suerte o azar, deberá entenderse que ello corresponde a un delito masa y la cuantía de la estafa lo será el monto global de todas las apuestas o la suma del precio que pagaron todas las persona por el derecho a participar en el juego.

En consecuencia, en estos casos la cuantía no será el valor del premio prometido, ni el costo que pagó cada persona por la apuesta o por el derecho a participar en el juego, sino el monto total del recaudo, que así se erige en producto del aprovechamiento indebido y, por ende, marca la consumación de la conducta punible.

---

<sup>27</sup> Sentencia de casación, radicación No. 17.358 del 28 de noviembre de 2002.

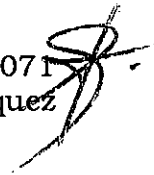


### **3. De la prescripción de la acción penal en el presente asunto**

Precisada la naturaleza del delito de estafa con el fin de determinar cuándo es posible predicar su consumación, en adelante corresponde establecer la época de los hechos que dieron lugar a predicar tal infracción.

Así, la actuación procesal informa que la señora María Fernanda Millán Vásquez, el día 2 de diciembre de 2004 se acercó a las instalaciones de la empresa de apuestas UNO-A EU y jugó \$5.000 al número 0650 de la Lotería Nacional, llevándose a cabo el sorteo ese mismo día en la ciudad de Florencia – Caquetá. Sin embargo, como resultó favorecida, el día 6 de diciembre de ese mismo año se acercó a las instalaciones del operador para reclamar el premio, el cual le fue negado alegando la empresa una presunta irregularidad en el sorteo.

Conforme lo expuesto, el recaudo total del dinero producto del sorteo ofrecido por la empresa UNO-A EU, finalizó minutos antes de la realización del sorteo, mismo que se llevó a cabo el día **2 de diciembre de 2004**, razón por la cual debe concluirse que el provecho ilícito se obtuvo ese día, que se entiende el de consumación del delito, en cuanto, se cubren a satisfacción todas las aristas comportamentales y cronológicas que diseñan el delito de estafa, vale decir, ya ha sido perfeccionado un engaño, este incidió primordialmente en la



entrega de dinero por parte de todos los apostadores y, concomitantemente, dicha entrega acrecentó de manera ilícita el patrimonio del empresario.

En estas condiciones, dada la época en que tuvieron ocurrencia los hechos, el artículo 246 del Código Penal contempla una penalidad de dos (2) a ocho (8) años de prisión.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 ibídem, *«la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad»*.

Con base en lo anterior, como los hechos se consumaron el 2 de diciembre de 2004, la Fiscalía contaba con 8 años a partir de esa fecha, para proferir la resolución de acusación debidamente ejecutoriada; empero, esta solo adquirió firmeza el 5 de marzo de 2013, fecha para la cual la acción penal se encontraba prescrita, fenómeno que se materializó a partir del 2 de diciembre de 2012.

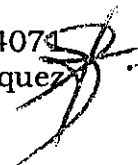
Tal conclusión conduce, como lo ha definido la Sala<sup>28</sup>, a decretar la nulidad de lo actuado, por haber decaído la competencia del estado para investigar y juzgar la conducta, en este caso a partir del 2 de diciembre de 2012, y disponer la cesación del procedimiento.

Con relación a la acción civil derivada de la conducta punible, habida cuenta que la misma fue ejercida al interior

---

<sup>28</sup> CSJ SP, 2 Abr. 2014, Rad. 4127.





de este proceso, también se declarará su extinción por haber operado el fenómeno de la prescripción, al tenor del artículo 98 de la Ley 599 de 2000.

El juez de primera instancia procederá a la cancelación de los compromisos adquiridos por el inculcado en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como levantar las medidas cautelares que hayan sido impuestas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, **administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

## **R E S U E L V E**

**Primero: CASAR** la sentencia del 28 de febrero de 2014 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, con fundamento en el primer cargo formulado en la demanda presentada a nombre de **Gonzaga Tabares Velásquez**, en consecuencia, decretar la nulidad de lo actuado a partir del 2 de diciembre de 2012, y disponer la cesación del procedimiento a su favor, por cuanto la acción penal en relación con el delito de Estafa que se le imputó se extinguió por prescripción.

**Segundo: DECLARAR PRESCRITA** la acción civil derivada del delito de Estafa por el cual se condenó a

**Gonzaga Tabares Velásquez** según las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**Tercero: ORDENAR** al juez de primera instancia proceda a la cancelación de los compromisos adquiridos por el procesado en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, y levantar las medidas cautelares que hayan sido impuestas.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.



**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**



**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**



**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**Nubia Yolanda Nova García**

Secretaria