



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
CARRERA DERECHO**

**TRABAJO DE TITULACION PARA LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO**

**TÍTULO: ANÁLISIS DEL DELITO DE ESTAFA EN EL CÓDIGO
ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.**

CASO: “BILLETES NEGROS”.

AUTOR: DAVID ALEJANDRO RODRÍGUEZ SOTOMAYOR.

QUITO, JULIO 2018.

CESION DE DERECHOS

DECLARACION JURAMENTADA Yo, DAVID ALEJANDRO RODRÍGUEZ SOTOMAYOR declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento. A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK ECUADOR, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....

DAVID ALEJANDRO RODRÍGUEZ SOTOMAYOR

CI: 17117534109

AGRADECIMIENTOS

Agradezco en especial a mi madre la Dra. Silvia Marisol Sotomayor Pérez ya que siempre ha sido mi amiga, mi inspiración, mi guía, y sobre todo mi modelo a seguir. A mis profesores que han sido una guía, y gracias a ellos supe creer en mi de igual forma que ellos creyeron en mí. Y por último a mi familia, mi novia, mis hermanos, mi padre, mi padrastro, mis abuelos y primos que siempre me han apoyado en este camino que ha sido muy largo, por el cual he tenido que superar adversidades, pero que al final mereció la pena.

RESUMEN

El presente trabajo investigativo, realizare un breve estudio del delito de Estafa, su tipificación, sus elementos y su aplicación en los casos de los llamados “billetes negros”, para lo cual analizare las sentencias de fecha 27 de enero del 2017, Juicio Nro. 17282-2016-02113 André Tafogho, Tribunal de Garantías Penales de Pincha y la sentencia de fecha 11 de enero del 2018, Juicio Nro. 17282-2016-02113. André Tafogho, Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha.

El análisis de este trabajo se centra en el delito de Estafa, y para analizar si es o no aplicable dentro en los casos mencionados, se trata de buscar el tipo penal que corresponde a estos casos, así como analizar el objeto y la causa dentro de los mismos, y si estos merecen protección o no dentro de la jurisdicción Penal Nacional.

ÍNDICE

Tema: ANÁLISIS DEL DELITO DE ESTAFA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. CASO: “BILLETES NEGROS”.

Introducción.....	8
1. Capítulo I: La Estafa.....	9
1.1.- Generalidades.....	9
1.1.1. Partes que intervienen.....	9
a. Sujeto pasivo.....	9
b. Sujeto activo	10
1.2.- Tipicidad	10
1.2.1. El tipo penal	11
1.2.2. Elementos	12
a. Tipicidad objetiva	12
b. Tipicidad subjetiva.....	12
1.2.3. Tipicidad objetiva	13
1.2.4. Elementos objetivos de la estafa	13
a. La simulación de hechos falsos o la deformación	13
u ocultamiento de hechos verdaderos	
b. Induzca a error a otra	15
c. Que el sujeto pasivo o víctima realice un acto que perjudique	16
su patrimonio o el de una tercera persona	
d. Beneficio ilegítimo para sí mismo o un tercero	17
1.2.5. El perjuicio	18
1.2.6. Provecho ilícito	18
1.2.7. Provecho indebido o ilícito a un tercero	18
1.2.8. Bien jurídico protegido	19
1.2.9. Tipicidad Subjetiva	19
1.3. Antijuridicidad	20
1.4. Culpabilidad	20
1.5. Tentativa	21
1.6. Consumación	22
2. Capítulo II: Objeto ilícito y causa ilícita y responsabilidad de las partes	24
2.1.- Nulidad de los actos	24
2.2.- En las relaciones de Derecho civil y Mercantil	25
2.2.1. Objeto ilícito y Causa ilícita	25
2.3.- En el Derecho Penal, los casos de billetes negros	26
2.3.1. Análisis de en estafa con objeto ilícito en el derecho comparado	27
2.3.2. Responsabilidad de la víctima en la dogmática de estafa	29
3. Capítulo III: El caso de los “Billetes Negros”	33
3.1. Análisis del caso concreto de estafa con “billetes negros”	37
3.1.1. Sujeto Activo	38
3.1.2. Sujeto Pasivo	38
3.1.3. Atenuantes	38
3.1.4. Agravantes	38

3.1.5. Posición jurídica del sujeto activo	39
3.1.6. Bien jurídico protegido	39
3.1.7. Pena impuesta	39
3.2. Resumen de los hechos de primera instancia	39
3.3. Relato del proceso y Análisis del proceso dentro de la Primera Instancia	40
3.3.1. Sentencia Tribunal de Garantías Penales De Pichincha	41
3.3.2. Resolución mayoritaria	41
3.3.3. Ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía	41
3.4. De La Prueba Testimonial de la Fiscalía	41
3.4.1. Testimonio de Fabian Humberto Ante Manzano	42
3.4.2. Testimonio de Pablo Lutuala Manzano	43
3.4.3. Testimonio de Tnte. Marco Soria	43
3.4.4. Testimonio de Cb. Christian Trávez	43
3.4.5. Testimonio del Perito Franklin Nieto	44
3.4.6. Testimonio del Cb. Ángel Carvajal	44
3.4.7. Testimonio del Perito Marco Altamirano	44
3.4.8. Testimonio de la Perito Roció Villa	44
3.4.9. Testimonio del Perito Fausto Vásconez	45
3.4.10. Testimonio del Cb. Henry Aguirre	45
3.4.11. Prueba documental	45
3.5. Ejerció de la defensa técnica y aporte de pruebas André Tafogho Thierry	45
3.5.1. Testimonio del sujeto activo André Tafogho Thierry	46
3.5.2. Prueba de descargo del sujeto activo	46
3.5.3. Testimonio del Sr. Luis Arcesio Alemán	46
3.5.4. Testimonio del Sr. Geovanny Iván Morillo Hurtado	47
3.5.5. Testimonio de la Sra. Cinthia Daniela Vera Ayala	47
3.5.6. Testimonio de Andrea Carolina Flores Richards	47
3.5.7. Prueba Documental	48
3.6. Alegatos de clausura	48
3.6.1. Fiscalía	48
3.6.2. Defensa	49
3.7. Análisis de la Argumentación del Tribunal	49
3.8. Determinación del Elemento Objetivo dentro de la Categoría Dogmática en el caso ..	50
3.9. Análisis del objeto dentro del proceso	50
3.10. Determinación del Verbo rector	51
3.11. Tipo subjetivo. - conciencia y voluntad	51
3.12. Voto salvado	52
3.12.1. Análisis del voto salvado	53
3.12.2. Marco Jurídico del objeto ilícito y causa ilícita	55
3.13. Apelación	57
3.14. Análisis de la tipicidad de la conducta	58
3.14.1. El objeto	59
3.14.2. Verbo rector	59
3.14.3. Tipo subjetivo	59
3.15. Antijuridicidad	60
3.15.1. Antijuridicidad Material	60

3.15.2. Antijuridicidad Formal	60
3.16. Culpabilidad	60
3.17. Tentativa	61
3.18. ¿Se vulneran principios del Derecho penal?	62
4. Conclusiones y recomendaciones	64
Fuentes bibliográficas	69
Glosario	71

Introducción

En el presente trabajo investigativo realizo un análisis del delito de Estafa, su tipicidad, el objeto ilícito, la causa ilícita, y la responsabilidad que pudiera existir en los casos llamados “billetes negros”.

Se investigará en consecuencia el delito de Estafa y su aplicación en un caso real nacional.

Se realizará un análisis comparativo sobre del objeto ilícito y causa ilícita dentro de los actos contractuales y la nulidad que estos acarrear dentro de materia Civil y Penal.

Con este trabajo pretendo investigar la tipicidad de los casos de supuesta Estafa por “billetes negros”, para determinar si existe o no el verbo rector y si se cumple con principios de mínima intervención penal, principio pro-reo y proporcionalidad de la pena.

- Analizare el objeto ilícito y causa ilícita, y si merecen protección dentro del sistema normativo nacional, para ser más específico dentro de los supuestos del delito de Estafa.
- Analizare los grados de responsabilidad de los implicados dentro de los casos de estudio, tanto de los sujetos activos, pasivos, las supuestas víctimas y el procesado o sentenciado.

Capítulo I

Estafa

1.1.- Generalidades

Para poder llegar a cumplir con los objetivos planteados dentro del presente trabajo, debemos analizar primero los elementos constitutivos de un delito y la infracción penal las que se están definidas por nuestra legislación:

“Infracción Penal: La conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Artículo 19 del Código Orgánico Integral Penal). En concordancia con él con el concepto de delito que establece: Delito, es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable; solo en la medida que se cumplan estos presupuestos en su integridad, se puede hablar de delito y de responsabilidad. (Tribunal de Garantías Penales de Pincha, 2017, p. 38)

Tanto la infracción penal como el delito marcan los parámetros que necesariamente deben ser analizados para poder hablar del tipo penal de Estafa, así mismo la responsabilidad que esta puede acarrear sobre una persona o personas, como los grados de responsabilidad que pudieran existir con las personas implicadas (sujeto activo y sujeto pasivo) su calidad dentro de un proceso penal por el delito de estafa, para esto debemos analizar la tipicidad, antijuricidad, y si existe o no culpabilidad dentro de los supuestos de estafa.

1.1.1. Partes que intervienen

En cuanto a las partes que intervienen, en el injusto penal de estafa pueden interactuar varias personas, pero para que se configure la misma deben existir por lo menos dos:

- a. **Sujeto activo:** es el agente o actor del delito de Estafa puede ser cualquier persona natural. No se exige cualidad, condición o calidad especial. Este puede actuar solo o por medio de más personas, de ahí se desprenden los grados de responsabilidad de la Estafa, así como los agravantes que pudieren inducir en la pena del agente del delito, esto se analizará con

más detenimiento en el capítulo final, pero cabe mencionarlo para una mejor comprensión de este capítulo.

- b. **Sujeto pasivo:** también llamado víctima, de la misma manera que el anterior puede ser cualquier persona, solamente basta que exista un perjuicio económico o patrimonial por parte del agente.

“En tal sentido, podemos afirmar de modo categórico que, si bien es cierto que entre el engaño del actor y el desprendimiento perjudicial de la víctima debe existir un nexo de causalidad, también es verdad que nada exige que la misma víctima del embaucamiento lo sea también del daño económico, pudiendo ser un tercero”. (Salinas Siccha, 2015, p. 1145)

De igual manera la víctima del delito en este sentido puede no desprenderse en favor del agente del delito, si no en favor de un tercero lo cual se analizara más adelante en el presente capítulo.

1.2.- Tipicidad

La tipicidad es entendida como una descripción que hace el legislador dentro de la normativa penal, es decir es adecuar una acción u omisión en la norma penal. El tipo penal en contraste con la tipicidad es esa adecuación a un hecho específico, el mismo que se adecua en forma de delito dentro de la normativa penal, el cual no solamente establece los requisitos necesarios para que este se configure si no también la sanción en el caso de su cometimiento.

“Tipicidad. - Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes. Art. 38. COIP”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 38)

“La tipicidad, es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal, por imperativo del principio de legalidad, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales; esa adecuación a la descripción de la norma o del tipo, le corresponde exclusivamente al Juez, por ello no hay que confundir la tipicidad con el tipo penal, porque éste, por el contrario tiene una triple función a saber: Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente

relevantes; una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente; y una función motivadora general, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos serán prohibidos y espera que la conminación penal o la amenaza de sanción contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida siendo consecuentemente factible el análisis del hecho atribuido o acusado”. (Tribunal de Garantías Penales de Pincha, 2017, p. 38)

El Ecuador dentro de su normativa tipifica a la Estafa como un delito el mismo que se encuentra establecido en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal.

“Estafa. - La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionado con pena de libertad de cinco a siete años Art.186.- COIP”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 82)

Para hablar de lo que es el delito de Estafa debemos ir a sus orígenes, la doctrina en general nos dice que el delito de Estafa tiene sus orígenes en el Derecho Romano, el mismo que lo estableció en aquel sistema el “crimen stellionatus” como un hecho punible en el cual se obtiene provecho indebido a causa del engaño. De igual forma se tiene como aceptado que fue el Código Penal español de 1822 el que utilizó por primera vez el rotulo de Estafa para “denominar a conductas por las cuales el autor, por medio del engaño o cualquier otro acto fraudulento, hace que la víctima le entregue en forma voluntaria parte o el total de su patrimonio”. (Salinas Siccha, 2015, p. 1133).

1.2.1. El Tipo Penal

Como se mencionó en líneas anteriores el delito de Estafa se encuentra tipificado en el Ecuador el dentro del Código Orgánico Integral Penal en su artículo 186, el cual nos da los elementos que se necesitan para que se pueda configurar el tipo penal de Estafa.

1.2.2. Elementos:

- a. **Tipicidad objetiva:** Es aquella que se establece según el Art. 186 del Código Orgánico Integral Penal, cuando la estafa se configura:

“Estafa. - La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera (...)” (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 82)
De esta se desprenden los elemento o componentes del tipo penal, los cuales deben darse de forma sucesiva y en su totalidad de lo contrario no se daría el delito de Estafa, y podría quedar en grado de tentativa.
- b. **Tipicidad subjetiva:** al ser una conducta que requiere necesariamente el actuar doloso de la persona, agente o sujeto activo del delito, no es posible la comisión culposa de este tipo penal adicional al dolo se requiere necesariamente otro elemento subjetivo del tipo que es el ánimo de obtener un beneficio en perjuicio de la víctima.

Para continuar con el presente análisis desprenderé los elementos antes mencionados, los cuales dan la calidad de responsable a una persona por el cometimiento de un acto delictivo, en este caso el delito de Estafa, de igual forma separaré los elementos, las personas, sus grados de responsabilidad o su calidad dentro del supuesto de Estafa.

1.2.3. Tipicidad objetiva

Para que se dé el injusto de Estafa deben concurrir ciertos componentes o elementos de manera sucesiva los cuales son;

- a) Primero la simulación de hechos falsos, deformación u ocultamiento de hechos verdaderos por parte del agente o sujeto activo;

- b) Se exige que a consecuencia de la simulación de hechos falsos u ocultamiento de hechos verdaderos se haya inducido o servido para inducir a error al sujeto pasivo;
- c) Este error debe provocar la víctima de forma voluntaria y en perjuicio de ella se desprenda del total de o de parte de su patrimonio y lo entregue al agente en su propio beneficio ilegítimo o de un tercero;
- d) Como consecuencia de este desprendimiento voluntario del patrimonio total o parcial causado por el error que el agente provocó en la víctima, el sujeto pasivo debe obtener un beneficio ilegítimo para sí mismo o un tercero.

1.2.4. Elementos objetivos de la estafa

De la definición que la normativa penal vigente nos da del injusto penal de Estafa se desprenden los elementos o componentes los mismos que deben seguir el siguiente orden secuencial;

1. Simulación de hechos falsos, deformación u ocultamiento de hechos verdaderos por parte del agente o sujeto activo;
2. Induzca a error a otra;
3. Con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera;
4. Para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona.

“Estos elementos deben concurrir secuencialmente, de modo que el engaño idóneo o eficaz precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocada por el agente del delito y proyectado sobre la víctima, (...) debe provocar un error en el sujeto pasivo, viciando su voluntad, cimentada sobre la base de dar por ciertos los hechos mendaces, simulados por el agente del delito. Todo ello provoca el asentimiento a un desprendimiento patrimonial que se materializa con el desplazamiento de los bienes o intereses económicos de parte de la víctima, sufriendo así una disminución de sus bienes o intereses al patrimonio del agente o a poder de un tercero, quienes se aprovechan o enriquecen indebidamente”.(Salinas Siccha, 2015, p. 1134)

a.- La simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos:

El primer elemento para que se configure o se consume el tipo penal de Estafa es que, siempre debe mediar necesariamente, la artimaña, el arbitrio falso, el encubrimiento de la verdad, y/o la simulación de hechos reales, en este primer elemento lo que importa es el actuar del agente que, mediante mecanismos como la simulación de los hechos falsos, deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induce a un error que hace que la víctima se desprenda de su patrimonio.

“De este modo, el primer elemento que se verifica en una conducta catalogada de estafa lo constituye el uso del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta por parte del autor o sujeto activo. Los términos utilizados por el legislador en el tipo penal, al tener la única finalidad de falsear la realidad, dan a entender que han sido utilizados para ejemplificar el tipo de fraude que se requiere para hacer caer en error a la víctima. Los fraudes o mecanismos fraudulentos utilizados por el agente para lograr sus objetivos muy bien pueden ser el engaño, la astucia, el ardid, así como el artificio, el truco, embuste argucia, el infundio, etc. Por lo tanto, aquí interesa el mecanismo por el cual el agente, con el fin de sacar provecho, haciendo que el mismo agraviado le entregue sus bienes, falsea la realidad o, mejor dicho, le presenta una realidad distinta a la real.”
(Salinas Siccha, 2015, p. 1138)

En el primer elemento lo importante no es como se llega a inducir el error en la víctima, ya que como se desprende de la doctrina y de la norma legal vigente, abarca varios supuestos como son la simulación de hechos falsos, la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, los cuales tiene el objetivo de inducir a la víctima a error o mantenerlo en este, pero este error no debe ser cual quiere error, sino que debe ser como los españoles lo llaman “engaño bastante” el cual necesariamente debe ser idóneo y/o suficiente para que mediante los actos que el sujeto activo realiza, la víctima de forma voluntaria inducido por el error en el cual se encuentra se

desprenda de sus bienes o de parte de ellos en beneficio del sujeto activo o un tercero. (Salinas Siccha, 2015, p. 1134)

“Es decir, suficiente idóneo para producir el error e inducir al sujeto pasivo a desprenderse de parte o el total de su patrimonio. El operador jurídico, al momento de calificar la conducta, deberá verificar si el mecanismo fraudulento utilizado por el estafador fue idóneo, relevante y suficiente para propiciar que su víctima caiga o se mantendrá en error. El acto fraudulento deberá ser lo suficiente mente idóneo y capaz de vencer las normales previsiones de la víctima. Corresponde al operador jurídico hacer tal calificación, pues en la realidad concreta, por las especiales circunstancias de tiempo, modo, ambiente social y lugar en que ocurren y por las especiales aptitudes intelectuales de la víctima, los casos varían de uno a otro. No hay casos idénticos, pero si pueden haber parecidos”(Salinas Siccha, 2015, p. 1143)

De esta forma el primer elemento siendo suficientemente adecuado para causar en la víctima causa en ella un error suficiente el mismo que ahora es el segundo elemento del injusto legal de estafa.

b.- Induzca a error a otra:

Para poder continuar con el segundo elemento de injusto legal de estafa debemos establecer con claridad que es el error, el autor peruano Ramiro Salinas lo define como: “Error es la falsa representación de la realidad concreta. Una falsa apreciación de los hechos. Una representación que no corresponde a la realidad de las cosas. Una desviación de la verdad. Un juicio falso de las cosas. O un falso conocimiento de la realidad”.(Salinas Siccha, 2015, p. 1143)

Una vez determinado con claridad el error se debe revisar si este tiene o no relevancia en el delito de Estafa, para esto debe haber sido realizado por el agente o sujeto activo, quien realice la acción fraudulenta que lleve al error. Este error debe surgir inmediatamente a

consecuencia del acto fraudulento. Si no hay acción fraudulenta de parte del sujeto activo, es imposible que exista error y mucho menos estafa.

“La falsa representación de una realidad concreta por parte del agraviado debe haber sido consecuencia inmediata del acto fraudulento exteriorizado por el agente.”

Hay que tener en cuenta que, si el error no es cometido por el agente mediante el fraude provocado por el primer elemento, y es generado como consecuencia de la ignorancia o negligencia de las personas, no es posible que exista Estafa.

c.- Que el sujeto pasivo o víctima realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera persona:

Como tercer elemento luego de verificado el error que se produce por medio de los actos fraudulentos del sujeto activo, que inducen al engaño de la víctima, se verifica si este error originó que esta se desprenda de su patrimonio total o parcial en su perjuicio o el de un tercero.

Es así como el autor Salinas Siccha, establece con claridad algo importante en este tercer elemento que es la disposición patrimonial la cual “es el acto por el cual el agraviado se desprende o saca de la esfera de su dominio parte o el total de su patrimonio y lo desplaza y entrega voluntariamente al agente”. (Salinas Siccha, 2015, p. 1143)

La disposición patrimonial que realiza el agraviado es de forma voluntaria, una voluntad obviamente viciada por el acto fraudulento que causa el error en el cual la víctima fue inducida por parte del agente, de esta forma el elemento perjuicio por disposición patrimonial es fundamental en el injusto penal de Estafa.

“Pues si no hay desprendimiento o, mejor dicho, entrega de bienes (muebles o inmuebles), derechos reales o de crédito de parte de la víctima al agente, así este

haya actuado engañosamente y provocado un error evidente el delito de estafa no se configura”. (Salinas Siccha, 2015, p. 1142)

Como es lógico, el hecho que la víctima se desprenda de su patrimonio o de una parte de él, origina automáticamente un perjuicio en esta, esto es, una disminución económica de su patrimonio. “No hay desprendimiento patrimonial sin perjuicio para el que lo hace. Y menos habrá perjuicio sin desprendimiento patrimonial por parte de la víctima. El agente al provocar el error con su actuar fraudulento, busca perjudicar a la víctima haciéndole que se desprenda de su patrimonio y se lo entregue a su favor o de un tercero”.(Salinas Siccha, 2015, p. 1143)

Entrega del bien a un tercero

La consecuencia del error provocado por el agente a la víctima mediante el uso de medios fraudulentos provoca en si el desprendimiento patrimonial en perjuicio de la víctima o un tercero, en el caso de ser a favor de un tercero se configura lo que la doctrina llama “Estafa en triangulo”, la misma que se da cuando el autor engaña a una persona con la finalidad de que esta entregue el bien a un tercero.

“En estos casos el propietario del bien será el perjudicado y el sujeto pasivo, siendo que el engaño se constituirá dentro de un debido proceso en testigo de excepción de la forma como actuó el agente y logro el desprendimiento patrimonial en favor de una tercera persona”. (Salinas Siccha, 2015, p. 1144)

d.- Beneficio ilegítimo para sí mismo o un tercero

Como ultimo componente, se debe verificar por parte del juzgador, que efectivamente como resultado de los actos fraudulentos provocados por el agente a la víctima, este haya incurrido en error el mismo que provocó que se dé un desprendimiento económico y/o patrimonial en perjuicio de la víctima a favor de sujeto activo o un tercero, el cual se denomina por la doctrina como provecho ilícito. Este provecho es el fin último que busca

el agente del delito de Estafa, si no se llega a dar el mismo la Estafa no se configuraría y quedaría en grado de tentativa.

1.2.5. El perjuicio

Este origina en el sujeto pasivo un desprendimiento o desplazamiento de sus bienes a la esfera del dominio del agente o en su defecto de un tercero, originando en este, al entrar en posesión de aquellos bienes y disponerlos como este crea, del cual se obtiene el provecho ilícito.

1.2.6. Provecho ilícito

Como se mencionó en líneas anteriores el fin último del agente es la disposición de lo entregado por el sujeto pasivo, esta disposición de los bienes es consecuencia del hecho concreto de la entrega que hace el sujeto pasivo al agente o un tercero, el mismo que se da como resultado de los actos fraudulentos del agente hacia la víctima, la disposición de estos bienes constituye el provecho ilícito. Es ilícito o indebido, puesto que no le corresponde. Es un provecho que normalmente no hubiese logrado, y que no debe tener causa justificadora. (Salinas Siccha, 2015, p. 1144)

1.2.7. Provecho indebido o ilícito a un tercero

La consecuencia del error provocado por el agente a la víctima mediante el uso de medios fraudulentos provoca en si el desprendimiento patrimonial en perjuicio de la víctima o un tercero, en el caso de ser a favor de un tercero se configura lo que la doctrina llama “Estafa en triangulo”, la misma que se da cuando el autor engaña a una persona con la finalidad de que esta entregue el bien a un tercero.

“En estos casos el propietario del bien será el perjudicado y el sujeto pasivo, siendo que el engaño se constituirá dentro de un debido proceso en testigo de excepción de la forma como actuó el agente y logro el desprendimiento patrimonial en favor de una tercera persona”. (Salinas Siccha, 2015, p. 1144)

1.2.8. Bien jurídico protegido

Es indudable que lo que pretendía el legislador al adecuar el tipo penal de Estafa en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 186, era proteger el patrimonio de las personas, puesto que como se desprende del análisis realizado al injusto Penal de Estafa el fin último del agente es el desprendimiento patrimonial en perjuicio de la víctima. De esto se concluye con claridad que el bien protegido aquí es el patrimonio del sujeto pasivo, mismo que se pretende proteger tipificándolo, y sancionándolo de darse los elementos que constituyen el delito de estafa.

1.2.9. Tipicidad Subjetiva

Como se puede concluir del análisis de todos los elementos objetivos del injusto penal de estafa, para que se dé su cometimiento necesariamente debe existir dolo de parte del sujeto activo, es decir debe existir la intención de causar daño a la otra persona.

“Dolo. - Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”. Artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 39)

Es imposible que la comisión de este delito sea culposa, ya que el agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos típicos objetivos con la finalidad de obtener un provecho ilícito. Esta última intención conduce a sostener que, aparte del dolo, en el actuar del agente se exige la presencia de otro elemento subjetivo que viene a constituir el ánimo de lucro. Este elemento aparece de modo implícito en el tipo penal.

Si no existiera ese ánimo de lucrar u obtener un beneficio indebido para sí mismo o un tercero proveniente de los actos del agente, no ese podría configurar el delito, así en la conducta se verifique la consecuencia de algún acto fraudulento, del error, del perjuicio ocasionado por el

desprendimiento patrimonial. El ánimo de obtener un beneficio patrimonio o económico al final guía u orienta el actuar del agente y, por ello, se convierte en un elemento subjetivo adicional al dolo. Si este elemento subjetivo adicional no se verifica en determinada conducta, el delito en hermenéutica no se configura. (Salinas Siccha, 2015, p. 1145)

1.3. Antijuridicidad

La Antijuridicidad como determina el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 29 “Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 39)

Como se desprende tanto de los elementos objetivos como el elemento implícito subjetivo del injusto penal de Estafa, si se cumplen estos el bien jurídico es decir el patrimonio de la persona agraviada se ve perjudicado, por consiguiente, la conducta típica del delito de estafa es antijurídica.

La conducta típica objetiva y subjetiva será antijuridica también si es que no concurren alguna causa de justificación. Habrá antijuridicidad cuando el sujeto activo o agente con su conducta obtenga un beneficio patrimonial para él o para un tercero, el mismo que no le correspondía.

Existen causas que excluyen la antijuridicidad y se encuentran normadas en el Código Orgánico Integral Penal en su Artículo 30 “Causas de exclusión de la antijuridicidad. - No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 39)

1.4. Culpabilidad

La culpa como determina el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 27 se da cuando “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 39)

Una vez que ha verificado que la conducta es típica y antijurídica, corresponde al juzgador el verificar si el procesado por el delito de estafa es imputable, es decir, si se le puede atribuir la responsabilidad penal por la conducta desarrollada. La ley penal establece con suma claridad las causas de inculpabilidad, las mismas que se encuentran tipificadas en el artículo 35 del Código Orgánico Integral Penal “Causa de inculpabilidad. - No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado”. (Artículo 35 del COIP). y el artículo 39 de la misma normativa penal que establece “Artículo 38.- Personas menores de dieciocho años. - Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”. (Artículo 38 COIP). Por consiguiente, las personas que sufran de un trastorno mental debidamente comprobado y los menores de edad son las excepciones a la culpabilidad, en virtud de lo que establece la ley. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, pp. 40-41)

De lo que se desprende del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, para que una persona pueda ser culpable del delito de Estafa deben cumplirse tanto los elementos objetivos como subjetivos, así mismo se debe verificar que el procesado pueda ser imputable del cometimiento del delito de estafa. También se debe verificar si el agente tuvo oportunidad o no de conducirse de acuerdo con la ley y no cometer el delito.

1.5. Tentativa

Al ser un delito de resultado y de actos sucesivos es factible que la conducta del agente quede en grado de tentativa. Si el actuar del sujeto activo fue realizado con pleno conocimiento, encaminado a ocasionar un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo, mediante actos fraudulentos, y este es interrumpido por cualquier factor ya sea de su autoría o un tercero, y no completara la finalidad que es la disposición indebida de los bienes patrimoniales de la víctima el delito no se configuraría, pero si quedara en grado de tentativa.

De ser el caso la norma legal penal ecuatoriana nos establece con suma precisión que es tentativa, en este caso de ser verificados los elementos constitutivos, pero no llegado al fin, la pena será establecida como establece la ley.

“Tentativa. - Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito. En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado Artículo 39 COIP”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 41)

1.6. Consumación

Por el contrario, cuando todos los elementos analizados en el presente capítulo, se verifican y se llega al fin que es la disposición del total o de una parte de los bienes ya sean muebles o inmuebles, de crédito o de cualquier índole económico de la víctima, obteniendo un beneficio indebido para el agente o un tercero, el delito de Estafa quedaría consumado.

“El delito de estafa se perfecciona o consume en el mismo momento en que el agente obtiene el provecho económico indebido. Esto es, se consume una vez que el sujeto activo incrementa su patrimonio con los bienes o servicios recibidos de parte de su víctima. El incremento patrimonial se puede traducir en la posesión de los bienes o en el producto de estos al ser dispuestos” (Salinas Siccha, 2015, p. 1147)

Cabe mencionar que el agente puede actuar por sí mismo o por medio de una o varias personas, en este caso además de ser un agravante establecido por la norma penal, los grados de responsabilidad serán los que la norma indique según los hechos o el caso, de esto se tratará más a fondo en el análisis de los casos planteados en los capítulos siguientes.

Capítulo II

Objeto ilícito y causa ilícita y responsabilidad de las partes

De acuerdo con las normas civiles, no puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura libertad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público Art. 1483.- Código Civil. (La Comisión de Legislación y Codificación, 2016, p. 346)

2.1.- Nulidad de los actos

En el Ecuador dentro de su normativa civil, establece que los actos que recaigan sobre un objeto ilícito o causa ilícita, producen la nulidad de estos:

“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas Código Civil. - Art. 1698”.

(La Comisión de Legislación y Codificación, 2016, p. 397)

“Nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años”. Código Civil. - Art. 1699. (La Comisión de Legislación y Codificación, 2016, p. 397)

La nulidad en este sentido trae consigo la no existencia del acto o negocio jurídico, de esta manera pierde la protección que el derecho le otorga a los actos que recaigan sobre un objeto o causa ilícitos, ya que contraviene al derecho ecuatoriano, la inexistencia de acto acarrea a su vez la imposibilidad de producir efectos jurídicos.

2.2.- En las relaciones de Derecho Civil y Mercantil

La Estafa en prestaciones ilícitas excluye la tipicidad, el bien jurídico que se protege, al prever la Estafa como infracción penal es la propiedad; lo que aquí se ha manifestado, necesariamente debo efectuar un breve análisis sobre los negocios jurídicos que son regulados por el derecho civil.

De esta manera, el artículo 1461 del Código Civil establece que para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que el negocio recaiga sobre un “objeto lícito”, esto es, que el contenido sobre el que recae el negocio jurídico no debe estar prohibido por la ley; en este sentido, el artículo 1478 *ibídem* aclara que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano; ahora bien, el efecto de un negocio jurídico celebrado con un “objeto ilícito” es la nulidad absoluta del mismo. (Código Civil. - Art. 1698).

En consecuencia, esta nulidad absoluta no puede ser subsanada por ninguna circunstancia. (Código Civil. - Art. 1699). Esto como se mencionó en líneas anteriores conlleva a su inexistencia y a la incapacidad de producir cualquier clase de efecto jurídico, lo que incluye la imposibilidad de exigir su cumplimiento.

2.2.1. Objeto ilícito y Causa ilícita.

Cuando hablamos de objeto y causa nos referimos a los motivos y los bienes móvil de un contrato, cabe mencionar que nuestra normativa es clara al respecto, ya que cuando las negociaciones recaen sobre un objeto ilícito o causa ilícita, estos son nulos y su nulidad es absoluta, por lo cual no puede ser subsanada.

Al respecto el código civil en sus artículos 1698 y 1699 nos habla de la nulidad absoluta, así mismo en los artículos 1461 y 1478 *ibídem* no establece con claridad cuando recae sobre un objeto ilícito.

De esta manera el legislador pretende no otorgar protección jurídica a cualquier negociación que recaiga o tenga como finalidad un ilícito. En el caso de los “billetes negros”, precisamente los supuestos “negocios” recaen sobre un ilícito y tienen como finalidad una causa ilícita, por consiguiente, no deben gozar de la protección jurídica de la cual gozan los negocios jurídicos que, a diferencia de los casos de “billetes negros”, si recaen sobre un objeto lícito y tiene como finalidad una causa lícita.

2.3.- En el Derecho Penal, los casos de billetes negros.

En el caso de los billetes negros, sin lugar a duda, el objeto sobre el que recaía la negociación es ilícito; situación que se logra al extraer del artículo 306 del Código Orgánico Integral Penal, que tipifica y sanciona lo siguiente:

“Falsificación de moneda y otros documentos. - La persona que falsifique, fabrique o adultere moneda de curso legal nacional o extranjera, ponga en circulación o use fraudulentamente efecto oficial regulado por el Estado, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años Art. 306 COIP”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 119)

Lo que se pretende aquí resulta relevante para el análisis, puesto que bajo las circunstancias expuestas “los supuestos defraudados” carecerían de cualquier clase de acción civil para exigir la satisfacción del “contrato” ya que este contrato es nulo de pleno derecho; y, por ende, no se puede pretender tutelar esta clase de situación por parte del Derecho Penal que, además que debe ser coincidente con las finalidades del Derecho Privado; sobre todo, se debe regir por el Principio de Mínima Intervención, el cual se encuentra establecido en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que refiere que la mínima intervención Penal “constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”.

“Principio de mínima intervención. - La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales. Artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 27)

Entonces, si el legislador ha vedado expresamente la tutela civil del patrimonio, cuando existe objeto ilícito en el negocio jurídico cuyo cumplimiento se pretende; más aún, debe entenderse que por el Principio de Mínima Intervención al que alude, el derecho penal tampoco puede asumir dentro de su esfera de protección esta clase de situaciones; vuelvo a recalcar que, el Derecho Penal únicamente puede ser aplicado cuando otros Sistemas de Control Social no hayan otorgado una respuesta satisfactoria, lo cual es expuesto textualmente por la Normativa legal ecuatoriana en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal; pero, no por esto, se debe proteger, supletoriamente, los casos en los que el legislador, en ramas no penales haya excluido la tutela estatal.

En otras palabras, en el juicio de valoración penal no puede pasarse por alto que la clase de “negocio” sobre el que recae el supuesto objeto del delito es decir la supuesta Estafa en casos de “los billetes negros”, es ilícito; y, que ni siquiera se considera existente ante el Derecho Civil, lo que se considera un punto de análisis trascendente al estudiar la tipicidad de la acción, por cuanto si el ordenamiento privado no otorga tutela a un determinado patrimonio, resultaría ilógico y contradictorio que el Derecho Penal si lo ofrezca.

2.3.1 Análisis de en estafa con objeto ilícito en el derecho comparado.

Como conclusión en el Derecho Penal, en vista que, en esta materia, la Corte Nacional de Justicia, según mi investigación, no ha desarrollado Jurisprudencia al respecto, vale traer a colación la sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el numero 421-2015 del 21 de marzo

del 2017, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la cual resolvió:

“VIGÉSIMO PRIMERO: En base a lo señalado, respecto a la Estafa en actos ilícitos, se puede afirmar que es justamente el supuesto del caso concreto.

El alcalde de la Municipalidad de Vitor aceptó de manera voluntaria realizar una disposición patrimonial a favor de la encausada Aizacorbe Delgado -actual recurrente- con el fin de que ésta evite la auditoria Municipal. Es decir, realizó un pago en contra prestación a que se evite que una entidad del Estado realice sus funciones conforme a la ley. En este sentido, se pretendió la ejecución de la denominada estafa de actos ilícitos.

VIGÉSIMO SEGUNDO: En este entender, la conducta realizada por la recurrente resulta atípica: pues como se concluyó en apartados precedentes, la denominada estafa de actos ilícitos no amerita protección jurídica, al menos no bajo supuesto típico de estafa. Ya que la disposición patrimonial que se ejerce – o en el supuesto concreto se iba a ejercer- obedece a una acción voluntaria intrínsecamente ilícita del sujeto pasivo, que expuso a su patrimonio a un riesgo no tutelado por la norma penal- ni civil, pues el objeto del negocio que se pretendía era ilícito”. (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2017)

Por consiguiente en los casos de estafa que tenga como objeto o causa ilícita, no ameritan protección jurídica, por lo menos no por el injusto penal de Estafa, ya que en estos casos la disposición patrimonial de los bienes de la supuesta víctima se daría como consecuencia de su propia voluntad la misma que viene de obtener un beneficio de un acto ilícito, el cual es el que pone en riesgo el patrimonio del sujeto pasivo, este riesgo cabe recalcar, es causado no solo de forma voluntaria por parte de la supuesta víctima ya que con completo conocimiento y voluntad de cometer un acto ilegal, ilegítimo, y antijurídico este pone en riesgo por sí mismo su patrimonio, cual no tiene protección civil, ni mucho menos penal, pues como se menciona líneas atrás este objeto del negocio que se pretendía es ilícito.

2.3.2. Responsabilidad de la víctima en la dogmática de estafa

El delito de Estafa es un tipo penal difícil de analizar y existen varias posiciones doctrinarias al respecto, pero para enfocar la Estafa en los “billetes negros” que es tema de este estudio debo mencionar que no toda acción u omisión que encamina a que otra persona disponga de su patrimonio es razón suficiente para determinar la responsabilidad penal del sujeto activo, ya que existen parámetros mínimos que se deben tomar en cuenta, basando mi análisis en la “Teoría de la Imputación Objetiva” en donde se establece que es deber del sujeto pasivo o víctima el tener una precaución mínima antes de disponer de su patrimonio, por lo que es importante citar al autor Jakobs quien manifiesta:

“En concreto, se debe poner especialmente de relieve que algunas de ellas resaltan la idea clave de que un análisis correcto del comportamiento típico del delito de estafa debe partir de la premisa de que la víctima es responsable de su acto de disposición patrimonial, salvo que se encuentre un fundamento para desplazar la responsabilidad del autor. En el desarrollo de esta idea de la autorresponsabilidad destacan, por una parte, algunas propuestas de tipo estructural que definen la estafa como un delito de autolesión o bien como autoría mediata tipificada, y, por otra, otras que se esfuerzan en buscar criterios materiales para dotar de contenido a la idea de autorresponsabilidad”. (Montealegre Lynett & Jakobs, 2003, p. 457)

Para mejor entender la responsabilidad de disposición recae sobre el sujeto pasivo, a no ser que esta responsabilidad se le pueda atribuir al autor, sin embargo, en los casos de supuesta Estafa por “billetes negros”, el sujeto pasivo es totalmente consciente de que el negocio por el cual este se desprende de su posesión patrimonial recae en un objeto ilícito y una causa ilícita, por consiguiente, es consciente que su actuar doloso va encaminado a perjudicar un bien jurídico, en este caso, recae sin lugar a dudas la responsabilidad que tiene su libre disposición patrimonial en el sujeto pasivo. Que aun siendo consciente y libre para actuar pone en riesgo su patrimonio, para

obtener un beneficio ilegítimo, del cual puede perder lo que dispone de esta forma y virtud del principio general de derecho nadie puede beneficiarse de su propia culpa o dolo.

De igual forma el autor manifiesta que deben descartarse planteamientos normativos recientes que proponen un concepto del comportamiento típico de la estafa como infracción de un deber de veracidad.

“En principio, la víctima es responsable de su acto de disposición y entienden que la razón normativa del desplazamiento de la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima al autor es la infracción de los deberes de veracidad de este último”. (Montealegre Lynett & Jakobs, 2003, p. 458)

Es importante destacar que el autor es claro con que la responsabilidad recae en un primer momento en la víctima la cual debe tener un cuidado adecuado de su patrimonio, es decir debe ser cuidadoso en lo que va a disponer, ya que como es lógico si no se guarda esta discrecionalidad al momento de disponer de su patrimonio, puede existir una pérdida.

De igual forma cabe destacar que en la doctrina que estudia el delito de Estafa, se destaca la idea de que para que haya desplazamiento de responsabilidad así el autor del delito por el desplazamiento del patrimonio a su favor cuenta mucho el deber que tiene este de entregar información veraz, para que se configure el error en la víctima.

En este caso en concreto, los supuestos de Estafa que recaen en casos de los “billetes negros”, y basándose en la premisa de que la ley penal se presume es conocida por todos, las personas son conscientes que la falsificación o duplicación de dinero, así como las reuniones para planificar o maquinar actos delictivos como es el caso del presente análisis son claramente ilícitos, van en contra de la norma expresa, y por consiguiente, atentan bienes jurídicos protegidos por la ley penal y así mismo violentan derechos de terceros.

Para el Profesor Nuria Pastor, al cual cito textualmente “Una de las cuestiones más relevantes y complejas de la dogmática del delito de Estafa es la definición de los límites del comportamiento no permitido, es decir, establecer cuándo el comportamiento del autor constituye una agresión típica del patrimonio ajeno mediante la instrumentalización de la víctima y cuándo, en cambio, es una manifestación de la habilidad negocial penalmente permitida en el marco de las relaciones económicas”.(Reyna Alfaro & Beristáin, 2003, pp. 357-358)

Para el autor Nuria, existe un enfoque en el cual la víctima también puede ser responsable de su acto de disposición y que entiende, por tanto que la tarea que la dogmática de tiene pendiente es la de establecer los límites entre el ámbito de la responsabilidad de la víctima y el ámbito de responsabilidad del autor respecto al acto de disposición patrimonial perjudicial.

Nuria explica que: “En el marco del pensamiento victimodogmático existen algunos planteamientos que abonan el reconocimiento de un ámbito de responsabilidad de la víctima de estafa. El principio victimo dogmático, según el cual el principio de *ultima ratio* significa que cuando la víctima no merece y necesita protección, el Estado no debe intervenir, ha fracasado como construcción dirigida a abordar específicamente la problemática de la víctima”. (Reyna Alfaro & Beristáin, 2003, p. 362)

Es aquí donde la victimología que habla el autor Nuria aporta un cambio de perspectiva de la concepción de la víctima en la dogmática del delito Estafa, la cual ya no se contempla como objeto sobre el que se proyecta el comportamiento del autor del delito, si no como persona que puede contribuir a la configuración del delito y que, incluso puede ser responsable del mismo.

Si la víctima es consciente de los actos que se llevan a cabo, y más aún si este actúa para facilitar el cometimiento de un ilícito, como es el caso del presente análisis, la víctima, en consecuencia no merece protección alguna, ya que esta es parte de la planificación del cometimiento de actos delictivos, de igual forma actúa para obtener un beneficio ilegítimo, ilegal y que en definitiva no

merece protección, sino más bien debería ser procesado por sus actos que cabe redundar recaen sobre un objeto ilícito y tienen una finalidad ilícita.

Capítulo III

El caso de “los billetes negros”

En la actualidad en diversas partes del mundo los actos delictivos, fraudulentos, engañosos, timos u otras modalidades que utiliza la delincuencia organizada para lograr obtener beneficios realizando actividades que van en contra de la moral, las buenas costumbres y aún más en contra de la ley, se vuelven cada vez más frecuentes y lo que es peor más complejos, creando nuevas modalidades de cometer actos ilícitos, el problema en el que se encuentran todos los países en los cuales se realizan dichos actos es que la velocidad con la cual se maquinan este tipo de actos, llegando a obtener impunidad muchas veces, ya que la legislación no va a la misma velocidad con la que se crean estos nuevos métodos delictivos, es decir no se encuentran plasmados dentro de una normativa legal penal que tipifique este tipo de actos para que puedan ser juzgados y sancionados como delitos.

La modalidad de “los billetes negros” viene de países del continente africano, es mas en naciones europeas este tipo de modalidad toma el nombre de “billetes tintados” o “timo nigeriano”. En el Ecuador es un nuevo tipo de modalidad, que en la actualidad ha sido encausado como fraude o estafa, el cual consiste en buscar personas y proponerles el clonar su dinero, es decir falsificar el dinero que ellos tienen, realizan esta “actividad” dentro de unas cajas supuestamente especiales, con materiales de gran valor y de difícil acceso, lo cual es totalmente falso ya que son simples cajas que contienen en el interior ciertos elementos con algodón y luces blancas. (BBA, 2015)

Para la supuesta clonación de los billetes usan papel bond normal, el cual esta recortado en forma de billetes de circulación legal, para dar la idea de que es papel especial, utilizan ciertos líquidos que de igual forma hacen pensar a las personas que involucran como líquidos especiales que no son más que yodo y ácido ascórbico, que al cabo de una cierta cantidad de tiempo, el mismo que

depende de la persona que realiza el acto y la cantidad de dinero que se utiliza tardará de 2 a 24 horas en duplicar el dinero entregado o invertido para la supuesta falsificación de dinero.

Todos los elementos instrumentos y objetos que utilizan las personas que han sido procesadas por realización de esta actividad en el Ecuador han sido verificados mediante pericias realizadas por expertos químicos y documentólogos entre otros, los cuales mediante métodos científicos comprueban que no son más que objetos comunes y corrientes.

Los casos que existen de supuestas estafas por medio de los “billetes negros” son casi idénticos solo tienen pequeñas diferencias que varían de según la circunstancia propias de cada víctima o país en el que se realiza, pero las constantes son siempre los billetes tinturados con yodo, los insumos químicos comunes y la misma metodología ya explicada.

La negociación comienza con la búsqueda de personas que puedan ser posibles inversionistas de un supuesto “negocio lucrativo” y una vez encontradas la persona o personas a quienes van a proponerles el “negocio” de duplicado y/o falsificación de dinero, los ofertantes en su mayoría nativos de África, de países como Nigeria o Camerún, como es el caso de las resoluciones que voy analizar en el presente trabajo, invierten cierta cantidad de dinero que dependiendo de la cantidad de personas o el volumen de dinero que estas prestan para la duplicar o triplicar la cantidad entregada, el modo de operar de estas personas involucra varias reuniones con las supuestas víctimas.

Luego de estas primeras reuniones en las cuales simulan la duplicación del dinero, entregan más dinero del que invierten, el cual es dinero real que los sujetos activos de esta actividad dan de su propio capital para poder convencer a las personas, las cuales por avaricia entregan más dinero parte de su patrimonio para financiar nuevamente esta actividad, misma que tiene la intención de

cometer el delito de falsificación, ya que facilitan la materia prima (dinero de circulación legal de denominaciones altas de 20, 50, o 100 dólares) con el fin de que se falsifique más dinero o se duplique el mismo y obtener una ganancia que en este caso si sería ilegal ya que en el Ecuador se encuentra tipificado dentro de la normativa nacional en el Código Orgánico Integral Penal artículo 306, ya que la duplicación o falsificación de dinero está penada y emisión de dinero solamente puede ser realizada por entidades gubernamentales autorizadas.

¿Como funciona esta duplicación de dinero? Se introduce el dinero real de las personas en las cajas de cartón que ellos mismos elaboran, no muy grandes, forradas de papel aluminio, un foco con electricidad, conectan las misma, la preparan adentro con algodón, ingresan los papeles cortados con anterioridad, también ponen los billetes reales, pintan los billetes con yodo, ponen harina o talco, y es con esta implementación de los químicos que se explican son caros y especiales, los mismos que reaccionan a la luz, y luego de un tiempo, los sacan, los lavan con ácido ascórbico y los papeles especiales dicen duplicarán el dinero invertido.

Luego del proceso al que somete el estafador a los billetes entregados por la supuesta víctima de Estafa, ésta verifica la veracidad del acto ya que el sujeto activo entrega al sujeto pasivo dinero de curso legal (ojo que previamente tenían guardado más que el dinero entregado), es decir si el sujeto pasivo entrega mil dólares, el sujeto activo luego del procedimiento entrega dos mil dólares que es producto de la duplicidad de dinero. Es parte del trabajo como los sujetos activos que generalmente son sujetos de nacionalidades africanas, que en este caso es camerunés, invierten dinero propio de ellos a fin de convencer a su víctima, es decir hay varias reuniones entre los sujetos de esta operación, en la primera el sujeto pasivo entrega dinero de curso legal y sale ganando el doble o triple de lo que invirtió.

En una segunda o tercera reunión, que es pedida por el mismo sujeto pasivo que quiere ganar más dinero fácil, y quiere duplicar o triplicar su patrimonio, y es ahí que por avaricia el sujeto pasivo entrega al sujeto activo más dinero para volver a ganar dinero duplicado, siempre con la intención de beneficiarse el mismo, y es por eso que los billetes negros tienen inmerso dolo por parte del sujeto pasivo, y nadie puede beneficiarse de su propio dolo, ni puede el Estado tutelar el bien jurídico protegido si tiene inmerso una causa ilícita u objeto ilícito.

Una vez que ha terminado el proceso, lo que tienen frente de sus ojos los negociantes es dinero de curso real, y es de esta manera que sucede una simulación de duplicación del dinero y con esta acción enganchan a las personas que son conscientes de que se realizó un ilícito ya que se creó nuevo dinero o mejor dicho se duplicó el dinero que ellos invirtieron.

Se debe considerar que frente a la ley penal hay una presunción de derechos que la ley penal es conocida por todos, y los ciudadanos sabemos que solo los entes gubernamentales poseen papel moneda y con respaldo del oro de un país y bajo estrictos procedimientos, solo las autoridades gubernamentales pueden emitir billetes de curso legal.

El modo de operación de los antisociales es entregar una cantidad de dinero que ya fue duplicado al sujeto pasivo y éste debe reinvertir el dinero obtenido como ganancia y más dinero de su propio peculio, pero en esta segunda vez que realizan el acto las personas que son timadas deben invertir más ya que se les informa que los papeles y los químicos utilizados son sumamente caros, aquí es donde las personas que en un inicio son parte del supuesto duplicado son engañadas en la segunda vez que se realiza el acto de duplicación.

Los duplicadores de dinero no invierten o introducen su dinero para dar la simulación de duplicado si no que toman el dinero de las mismas personas y solamente introducen los líquidos especiales

que por la experiencia y los fallos estudiados son cosas comunes y corrientes, no ilegales y de fácil obtención en cualquier tienda o farmacia y que son: yodo, talco, algodón, las famosas máquinas de duplicar el dinero son solo cartón forrado de aluminio, con alambre, una boquilla, focos, y utilizan las hojas de papel bond cortados en rectángulos del tamaño de un billete de curso legal y la manera de falsificar los billetes es introducir estas hojas cortadas que además son copias simples de billetes de la denominación que hayan solicitado previamente al sujeto pasivo, las cuales introducen hábilmente dentro de la “maquina “con los supuestos líquidos, cierran la caja y les dicen a las personas que no la abran por nada del mundo durante un tiempo determinado, como lo comente en líneas anteriores eso dependerá de la cantidad de dinero a ser supuestamente duplicado, advirtiéndoles de que si abren la caja la exposición a la luz natural o artificial podría dañar todos los billetes, luego de esto abandonan el sitio donde se estaba realizando la operación de duplicado de dinero que generalmente son cuartos de hotel, y dejan a las personas esperando. Una vez transcurrido el tiempo indicado por los duplicadores, las personas se preocupan puesto que estos no regresan y abren las cajas encontrándose con papeles negros los mismos que son los ahora llamados “billetes negros”.

3.1. Análisis caso concreto de Estafa con “billetes negros”. Juicio Nro. 17282-2016-02113. Sentenciado André Tafogho Thierry

En este estudio del delito de estafa con “billetes negros” voy a identificar los sujetos que intervinieron en el cometimiento de esta infracción, analizar una sentencia concreta donde existe sentencia condenatoria con base a testimonios contradictorios, prueba introducida legalmente pero con inconsistencias en su fondo, además se tratará el voto salvado que da una perspectiva diferente a este tipo penal concreto, ya que no se puede condenar a una persona si existe una causa u objeto ilícito, puesto que el objeto del Derecho penal es la Tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica

de los ciudadanos, y a pesar de que no se está juzgando la acción del sujeto pasivo tampoco se lo puede tutelar si conscientemente trato de realizar otro tipo penal como es la falsificación de billetes, convirtiéndose con este acto en sujeto activo de otra infracción que sería conexas a la principal.

3.1.1 Identificación de los sujetos procesales para enmarcar dentro del estudio del proceso que se está analizando

Antes de iniciar con la narración de los hechos de las sentencias en estudio, realizare una breve identificación de los sujetos procesales, de agravantes o atenuantes, la posición jurídica de ambas partes procesales, el bien jurídico y la pena impuesta en ambos casos, para poder dar una breve introducción del estudio que se trata de realizar:

3.1.1. Sujeto Activo: el procesado y sentenciado por el delito de estafa en los casos analizados es el señor André Tafogho Thierry de nacionalidad camerunés.

3.1.2.- Sujeto Pasivo: en los casos motivo del presente estudio existen dos; el señor Fabian Humberto Ante Manzano como víctima directa, y Pablo Lutwana como víctima indirecta.

3.1.3.- Atenuantes: las cuales se encuentran establecidas en el artículo 45 del Código Integral Penal, y que en los casos de análisis no fueron aplicadas.

3.1.4.- Agravantes: de igual forma no existieron en este proceso, ya que no se solicitaron por parte de fiscalía, y no se demostró la existencia de una segunda persona legalmente, y la conducta no se agravó de acuerdo con lo que dispone el artículo 47 del Código Integral Penal.

3.1.5.- Posición jurídica del sujeto activo: en este proceso fue la de negar los hechos y conocer a los sujetos pasivos, o haber de alguna manera adecuado su conducta de manera que sea contraria al derecho.

3.1.6.- Bien jurídico protegido: Como se verifica de la sección novena del COIP, en la cual establece los delitos en contra del derecho a la propiedad, se verifica que artículo 186 del cuerpo normativo antes mencionado protege el patrimonio y la propiedad las personas. Al ser un caso que trata del delito de estafa el bien jurídico que se pretende proteger en los casos en cuestión es la propiedad de los sujetos pasivos y presuntas víctimas.

3.1.7.- Pena impuesta: En virtud al artículo 186 del COIP da una pena privativa de libertad de cinco a siete años, en este caso concreto se le condena en concordancia con lo establecido en el artículo 42 N.- 1 literal a) a André Tafogho Thierry a cinco años de privación de libertad, ya que no se han demostrado atenuantes para disminuir el condena ni agravantes para aumentarla, de igual forma se le impone el pago de seis mil dólares en calidad reparación integral para las dos víctimas, y la cancelación de 12 salarios mínimos.

3.2. Resumen de los hechos de Primera Instancia

El 13 de abril del 2016, André Tafogho, quien supuestamente cometió el delito de estafa en contra de los señores Fabian Humberto Ante Manzano y Pablo Lutuala Manzano, a quien les propuso un “negocio” aparentemente lucrativo e intercambiaron números de teléfono, y es en estas circunstancia que se encontraron en el hotel Rick’s en la calle Jerónimo Carrión y Reina Victoria, en compañía de otra persona extranjera de nombre Nelson y al cual la fiscalía no pudo encontrar y fue quien recibió el dinero. Tafogho André Thierry se quedó dentro del inmueble hablando del negocio lucrativo, y las víctimas se dieron cuenta del engaño y fue cuando pidieron ayuda a la

Policía ofreciendo demostrar que los hechos se enmarcaron en el delito de estafa conforme el artículo 186 del Código Integral Penal y que el señor Tafogho André Thierry actuó en calidad de autor según el artículo 42 del mismo cuerpo legal.

Fue condenado en primera instancia por el Tribunal de Garantías Penales de con sede en la parroquia Ñaquito, del Distrito Metropolitano de Quito Provincia del Pichincha, mediante sentencia dictada el 27 de enero de 2017, en la que se acepta la teoría del caso de la acusación pública, declarándole responsable, en calidad de autor directo del delito tipificado y sancionado en el artículo 186, del Código Orgánico Integral Penal en concordancia con el artículo 42.1 literal del mismo cuerpo legal, imponiéndose la pena de cinco años de privación de la libertad; además, de la condena al pago una multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general. Como reparación integral, se fija el pago de seis mil dólares de los Estados Unidos de Norte América (\$6000).

Existió voto salvado por parte del Dr. Vladimir Gonzalo Alberto Jhayya Flor, confirma el estado de inocencia de Tafogho André Thierry.

La sentencia de primer nivel fue impugnada por Tafogho André Thierry, a través de la figura de la apelación, sin conseguir que se revea la decisión de condena, al haberse desechado el mentado recurso en el fallo del proceso signado con el número 17282-2016-02113, Tribunal de Garantías Penales de Pincha 27 de enero de 2017.

3.3. Relato del proceso y Análisis del proceso dentro de la Primera Instancia

A continuación, se relatará de forma resumida el caso bajo análisis, enfatizando aspectos como: los resúmenes de los hechos del caso, análisis de las pruebas de cargo y descargo, la resolución mayoritaria y el voto salvado.

3.3.1. Sentencia de Primera Instancia Tribunal de Garantías Penales de Pichincha

En el presente caso el Tribunal de Garantías Penales de Pincha por voto de mayoría declara la culpabilidad del señor André Tafogho y con voto salvado de ratificación de estado de inocencia en la sentencia de fecha 27 de enero del año 2017, las 14:44:00.

3.3.2 Resolución mayoritaria

En sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pincha en contra de André Tafogho Thierry, asume que se comprobó conforme a derecho las categorías dogmáticas del tipo penal Estafa, e identifican todos y cada uno de los elementos normativos de la siguiente manera:

3.3.3 Ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía

La Teoría del Caso que presenta Fiscalía, informa que André Tafogho Thierry se hizo entregar la cantidad de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América el día 13 de abril del 2016, en la habitación 409 del Hotel Rick´s en compañía de Nelson persona que no pudo ser capturada y quien se llevó el dinero, y que este dinero fue obtenido por las víctimas Fabian Humberto Ante y Pablo Lutuala de la venta de un vehículo Aveo de propiedad del primero y que Tafogho se comunicaba con Pablo insistiéndole en que consiga dinero para un “negocio lucrativo” que es duplicar moneda de curso legal y dijo que probara que André Tafogho Thierry es autor del delito tipificado en el artículo 186 del Código Integral Penal en concordancia con el artículo 42 numeral a del mismo cuerpo legal.

3.4. De la Prueba Testimonial de la Fiscalía

Conforme lo establece el artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo establecido en el artículo 411 y siguientes del Código Integral Penal, el titular

de la acción penal es el Fiscal, por ende, en la etapa de juicio corresponde a este probar su teoría del caso y el porqué de su acusación, para lo cual debe hacer uso de lo que manifiesta el procedimiento establecido, los principios del debido proceso determinados en la Carta magna artículos 75 y 76.

La prueba en material penal es material e inmaterial y el COIP en el artículo 498 la clasifica en prueba testimonial, pericial y documental, con este preámbulo desarrollo un resumen de la prueba aportada por Fiscalía haciendo notar las contradicciones e inconsistencias en cada una de ellas.

3.4.1. Testimonio de Fabian Humberto Ante Manzano

Quien es el sujeto pasivo en este proceso, en resumen expresa haber vendido un carro Aveo 2010, obtenido 5.000 dólares de la cuenta de su esposa en el Banco del Pichincha, cabe mencionar que ni fiscalía, ni las supuestas víctimas pudieron comprobar la materialidad de bien jurídico protegido ni el nexo causal con el procesado, puesto que nunca entregaron comprobantes de la venta del automóvil ni la existencia del mismo, de igual manera jamás se pudo verificar la existencia del dinero puesto que no se entregó ningún comprobante de retiro ni movimiento de cuentas bancarias que avalen la existencia del mismo, de igual manera al procesado jamás se le encontró en posesión de dicha cantidad de dinero.

El día 13 de abril del 2016, Fabian Ante acudió en compañía de su primo Pablo Lutuala, quien le invito a invertir en un “negocio lucrativo” de hacer dinero con Nelson y Tafogho, informando que Pablo y Nelson se conocían de antemano, ese día 13 de abril alquilaron por horas la habitación 409, entrego el dinero a Nelson para que duplique el mismo, declaro que les entregaron un paquete sellado con supuestos billetes que debían ser sumergidos en agua por dos o tres horas, que Nelson

salió a buscar un líquido que había faltado, dejando a Tafogho con ellos, que abrieron el paquete y se dieron cuenta del engaño por lo que llamaron a la policía quien les ayudo a detener a Tafogho.

3.4.2. Testimonio de Pablo Lutuala Manzano

Se lo considera sujeto pasivo y víctima indirecta, quien expresa que es taxista, que realizo una carrera en su taxi el día 5 de abril del 2016 a un señor de nombre Nelson para hacerle una carrera, y este tenía una fajo de dinero y le invito a ganar dinero, que intercambiaron sus números telefónicos, propone a su primo invertir en el negocio de duplicar dinero, acude a la cita con Nelson el día 13 de abril del 2016 en el hotel Rick's con su primo Fabian Humberto Ante Manzano, quien entregó este dinero a Tafogho y éste a su vez dio a Nelson en la habitación 409 del hotel, que Nelson se llevó el dinero y salió a ver unos líquidos, que ellos se quedaron con Tafogho esperando y que se dieron cuenta del engaño al abrir el paquete, por lo que buscaron a la policía e hicieron detener a Tafogho André.

3.4.3. Testimonio de Agente Aprehensor Teniente de Policía Marco Vinicio Soria Moncayo

El 13 de abril del 2016 aprehende a André Tafogho en las calles Carrión y Reina Victoria por denuncia de Ante Fabian y Lutuala Pablo quienes horas antes habían entregado (\$5000) cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, registró la habitación 409 y no encontró nada, tampoco había registro de hospedaje de los denunciantes, aunque ellos adujeron que alquilaron la habitación temporalmente.

3.4.4 Testimonio del Cabo Primero de Policía Christian Javier Trávez

Aprehende a André Tafogho por denuncia de Fabian Ante y Pablo Lutuala a las 17:30 aproximadamente del 13 de abril del 2016 en las afueras del hotel Rick's y manifiesta haberlo encontrado en posesión de un bolso que contenía cartón de aluminio, cinta adhesiva, funda de

harina, papeles negros cortados en forma rectangular y otras evidencias más, que recibió por orden del ECU 911.

3.4.5. Testimonio del Perito Tecnólogo Franklin Gustavo Nieto Campaña

Perito documentólogo hizo la experticia documentológica de fragmentos de papel ingresados con cadena de custodia 2016-833, no hubo reacción a luces fluorescentes, realizo un alcance a esta experticia y visualizó 14 soportes de papel con denominación de 20 dólares que corresponden a billetes auténticos para circulación en total eran 34 paquetes dentro de los cuales existían 10 a 15 soportes de papel rectangular en forma de billetes.

3.4.6. Testimonio del Señor Cabo Primero de Policía Ángel Dorindo Carvajal Gordillo

Trabaja en Unidad de Delitos Flagrantes recibió en la bodega bolso de cuero con varios papeles en forma rectangular, tubos de ensayo, documentos, no recibió dinero de evidencia y fue signada la cadena de custodia con Sur DMQ-049437.

3.4.7. Testimonio del Perito Sargento Segundo de Policía Marco Salomón Altamirano Gallardo

Pericia de Reconocimiento y Avaluó de evidencias físicas entre los que están tres teléfonos, los describe, más los soportes de papel en forma rectangular, el valor de la evidencia es de quinientos dólares de los Estados Unidos de América (\$500) aproximadamente.

3.4.8. Testimonio de La Perito Rocio De Los Ángeles Villa Cují

Perito química farmacéutica analiza los papeles recortados en forma rectangular, las evidencias son papel común, talco, yodo, ácido ascórbico, y en relación con las evidencias que dicen ser billetes de 20 de dólares; indica que se necesita pericia documentológica.

3.4.9. Testimonio del Perito Sargento De Policía Fausto Edison Vásconez Torres

Perito de Audio Video y Afines, extrae la información de los tres teléfonos celulares y manifestó que en teléfono marca Nokia en el registro 197 estaba registrado DIPITA con número 0980747186, contacto 278 registrado como Jorge M Topeli N.- 0998033813, y que había mensajes enviados el día 14 de abril del 2016 las 4.43:40 enviados desde el numero 0967569518 cuyo texto decía “Por favor ayúdame tengo un trabajo, que no terminé en el Hotel Rick’s, mi jefe, me cogí con el producto ven rápido allá termina el trabajo, por favor sube amigo” manifiesta que se puede manipular las horas y día en los celulares.

3.4.10. Testimonio del Señor Cabo Primero de Policía Henry Roberto Aguirre Tituaña

Quien realiza el reconocimiento del lugar de los hechos en el hotel Rick’s, registró y revisó la habitación 409, receiptó solo las versiones de los denunciantes e investigo los antecedentes que fueron negativos y calidad migratoria de André Tafogho Thierry.

Es importante indicar que se habla de cuatro números diferentes de cadena de custodia 2016-833, 1388, y 1833, además de la cadena de custodia SUR DMQ-49437.

3.4.11. Prueba documental

Certificado biométrico, vigencia de visado de André Tafogho Thierry, que a efectos para conseguir agravantes o atenuantes no tienen relevancia excepto para identificar biométricamente con datos exactos al sujeto activo de la infracción.

3.5. Ejercicio de la defensa técnica y aporte de pruebas de André Tafogho Thierry

Para el ejercicio pleno de la acción penal es indispensable que el acusado cuente con el patrocinio de un abogado de su confianza según lo dispone el artículo 76 N.-7 literales a, b, c, de la

Constitución como garantías constitucionales en concordancia con lo dispuesto en el artículo 75 ibidem, cumpliendo especialmente con los principios fundamentales del Derecho penal como son la oralidad, legalidad, inmediación, contradicción, lealtad procesal, dispositivo y de congruencia.

Dentro de este marco la defensa técnica utiliza prueba testimonial y material como son documentos de acuerdo con las reglas de los artículo 498 y siguientes del COIP.

3.5.1. Testimonio del sujeto activo André Tafogho Thierry

Quien declara y manifiesta no conocer a los denunciantes, que llego al hotel Rick´s a las 17:20 se registró en la habitación 306 y minutos más tarde salió a la calle a encontrarse con un amigo siendo detenido por la policía por ser denunciado por el delito de Estafa, que fue al hotel porque tenía cita con un amigo y horas antes peleó con su conviviente, que pasó con ella todo el día hasta las 16:30 en su domicilio ubicado en Miraflores. André manifiesta que solo tenía al momento de su detención dos teléfonos: uno marca Samsung y un iPhone. Pero de la transcripción de los testimonios de los peritos se habla de diferentes cadenas de custodia y de la existencia de tres teléfonos, el teléfono Nokia color rojo, teléfono extra el cual no sabe de dónde salió y es en este en el cual salen mensajes con un día de posterioridad a los sucesos del presente caso.

3.5.2. Prueba de descargo del sujeto activo

La defensa Técnica de André Tafogho Thierry mantiene su teoría del caso, de que el sujeto activo no conocía antes de la detención a los sujetos pasivos, y que ingreso al hotel minutos antes de su detención y pretende probarlo con los testimonios del administrador del hotel, la recepcionista y su conviviente.

3.5.3. Testimonio del señor Luis Arcesio Alemán

Administrador del hotel Rick's manifiesta que a las 17:30 aproximadamente tres personas detuvieron a André Tafogho Thierry quien se había hospedado minutos antes en la habitación 306, que no funcionan las cámaras de seguridad de hotel, y que permitió que revisaran la habitación 409 donde supuestamente los denunciantes decían que se cometió una estafa pero que al registro no se encontró nada.

3.5.4. Testimonio del señor Geovanny Iván Morillo Hurtado

Quien no aporta nada en relación con el delito investigado y testifica acerca de la honorabilidad y trabajo de comerciante de André Tafogho Thierry.

3.5.5. Testimonio de la señora Cinthia Daniela Vera Ayala

Quien informa que André Tafogho es su conviviente y estuvo todo el día 13 de abril del 2016 en su domicilio ubicado en Miraflores, que aproximadamente a las 16:30 abandono su conviviente el hogar porque ella le reclamó que recibía muchas llamadas a las cuales no respondía, André Tafogho salió con un bolso pequeño negro.

3.5.6. Testimonio de Andrea Carolina Flores Richards

Recepcionista del hotel manifiesta que no se hospedaron los señores Ante y Lutuala, que si se registró en la habitación 306 André Tafogho Thierry a las 17:00 aproximadamente pagando 25 dólares en efectivo y que lo registró con una tarjeta que el presento de nombre Joel, que la habitación 409 estaba alquilada según el registro a Julio Sotomayor, colaboraron con la investigación y abrieron las habitaciones para que registren pero no encontraron nada novedoso, que observo la detención de Tafogho quien no opuso resistencia y que escuchó que hablaban de un delito de estafa.

3.5.7. Prueba Documental

Certificados que prueban la no peligrosidad de Tafogho, que para efectos de atenuar la pena debía ser rechazada toda vez que no aporta y deviene a ser impertinente.

3.6. Alegatos de clausura

Precluida la etapa de presentación de prueba corresponde a los sujetos procesales: Fiscalía y Defensa Técnica explicar al Tribunal de qué manera lograron probar la teoría del caso planteada, en base a que pruebas, y si estas fueron suficientes para lograr el objetivo planteado.

3.6.1 Fiscalía

El fiscal basa su alegación en que probó el delito de Estafa con los testimonios de las victimas Ante y Lutuala, quienes entregaron a Nelson la cantidad de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (\$5000), creyendo en su ofrecimiento de duplicar dinero, así también que, el Policía Cristian aprehendió a Tafogho, las victimas aducen que Tafogho era quien oferto el negocio y se quedó en el Hotel Rick's, al Sr. André Tafogho se le encontraron como evidencias papel negro, y líquidos.

Que es raro que en hotel no hubiera cámaras, no hubiera registro en la habitación 409 y que ahora se dice que si había registro, que el Teniente inspecciono los cuartos y reviso el registro y que hay engaño por parte de los personeros del hotel, que los teléfonos que le incautaron a André Tafogho Thierry tenía en los contactos el teléfono de la víctima, que Tafogho se aprovechó de la rusticidad de los denunciantes y que es culpable del delito de estafa por lo que se debe declarar su culpabilidad y se debe obligar a devolver los cinco mil dólares (\$5000) más dos mil dólares (\$2000) por daños inmateriales.

3.6.2. Defensa

Solicito que se ratifique el estado de inocencia de Tafogho toda vez que el 13 de abril los denunciantes entregaron al medio día los cinco mil dólares a Nelson en la habitación 409 y que al ser taxistas tienen que ser por lo menos bachilleres, que los denunciantes están incurriendo en el delito de enriquecimiento ilícito privado que no se ha determinado el aspecto objetivo ni subjetivo.

3.7. Análisis de la Argumentación Del Tribunal

En cuanto al análisis que realizan los miembros del Tribunal de la sentencia que estoy tomando como la premisa para mi estudio, debo referirme en primer lugar en la manera como argumenta el juez pluripersonal y es así que en primer lugar se hace un análisis de la dogmática que se utilizara para tomar la decisión de romper con la presunción de inocencia del cual cada ciudadano sea nacional o extranjero esta investido al momento de someterse a una audiencia de juzgamiento, analizando la tipicidad, formulación oficial de cargos, intimación de los mismos, no autoincriminación, publicidad, debido proceso, en donde se debe respetar la jurisdicción y competencia, el derecho a una defensa técnica y a que se imparta una justicia pronta sin dilaciones, e imparcial.

El juez pluripersonal hace referencia a Eugenio Raúl Zaffaroni (Dogmática Penal del tercer milenio de Ara Editores, Perú 2008 pág. 329), a propósito de tratar el tema de finalismo-causalismo en su artículo “que queda del finalismo en Latinoamérica” en la obra de varios autores coordinado por Constante Carlos Avalos Rodriguez y Alejandro Emilio Quispe Villanueva, el Derecho Penal que no respeta el mundo puede construirse como una técnica aséptica para resolver casos concretos, que permita a los jueces pasar impávidos por sobre los datos más terríficos de la sociedad.

La ventana al realismo que abrieron las estructuras lógico-reales impide este autismo tecnocrático. El mundo existe, tiene ordenes, puede construirse la teoría penal con el objetivo político que se quiera, pero esas órdenes deben respetarse, el ser del mundo debe respetarse. De lo contrario el Derecho Penal pierde toda la eficacia para los fines políticos manifiestos sin perjuicio de que se tenga para los latentes, que prohíbe mencionar, porque los relega un mundo extraño al jurídico y con el cual no se admite contaminación. (Tribunal de Garantías Penales de Pincha, 2017)

En este fallo se respetaron los sistemas dispositivos del Derecho Penal Ecuatoriano como son la oralidad, se hace un recuento de cómo debe introducirse la prueba en el juicio, informando que el juez es el órgano jurisdiccional competente que debe velar por que se cumplan los principios de legalidad, oralidad, inmediación, dispositivo, contradicción, independencia, concentración, proporcionalidad, oficiosidad, publicidad, economía procesal, eficacia, eficiencia, efectividad, ética, verdad procesal y lealtad procesal de acuerdo con establecido en la Constitución de la Republica en sus artículos 75, 76, 77, 167, 168, 169.

3.8. Determinación del Elemento Objetivo dentro de la Categoría Dogmática en el caso

Con relación a la categoría dogmática del Tipo de delito desglosar el elemento objetivo determinando el sujeto activo en persona de André Tafogho como autor directo del delito de estafa porque según el Tribunal se probó durante el juicio oral público y contradictorio que André Tafogho actuó con la conciencia y voluntad para lo cual utilizó una tercera persona para hacerse entregar dinero de los sujetos pasivos como personas naturales y que determinan son Fabian Ante Manzano y Pablo Lutuana Manzano, concluyendo que es autoría directa por su acción directa e inmediata

3.9. Análisis del objeto dentro del proceso

Como se mencionó en líneas anteriores, en el presente caso el objeto o bien jurídico que se pretende proteger es el patrimonio de las personas, en el presente es la cantidad de cinco mil Dólares de los Estados Unidos de Norte América (\$5000) pertenecientes a la supuesta víctima el señor Ante, que como ya se mencionó en líneas precedentes, tanto fiscalía como las víctimas no pudieron comprobar la existencia material de esta cantidad monetaria.

Si no se pudo comprobar la existencia física de este dinero, ¿cómo se puede hablar de un desprendimiento de este en favor del sujeto activo? La respuesta a esto es simple no se puede hablar de estafa sin comprobar la materialidad del bien jurídico que se pretende proteger, fiscalía no puede solamente con las declaraciones de los sujetos pasivos, dar por sentado que ese dinero existió, por consiguiente, sin esta comprobación no se puede proseguir con los demás requisitos para declarar culpable al procesado.

3.10. Determinación del Verbo rector

De análisis, estudio y la verificación de los hechos sucedidos dentro del proceso penal motivo de estudio del presente trabajo investigativo puede concluir que el verbo rector es; el hacerse entregar el dinero, así mismo se puede verificar que es un delito de acción, en este caso como se menciona en el sub capítulo anterior, no se pudo comprobar la existencia del bien, por consiguiente, no se adecuar las actuaciones del procesado al tipo penal.

Mucho menos se puede comprobar que el señor André Tafogho, se haya hecho entregar por medio de actos fraudulentos la cantidad de dinero que las supuestas víctimas, pretenden hacer creer que perdieron. Por consiguiente, el verbo rector que es hacer se entregar dinero o bienes patrimoniales, pues simplemente no se cumple.

3.11. Tipo subjetivo. - conciencia y voluntad

Como última parte de este análisis, se tratará de verificar que el sujeto activo de este caso actuó con dolo, que sus acciones fueron encaminadas para perjudicar a las supuestas víctimas, que este realizó actos previos y encaminados en que los presuntos afectados se desprendieran a favor del sujeto activo y con perjuicio a ellos de una cantidad determinada de dinero o bienes.

Nuevamente no se puede comprobar que las actuaciones del procesado y sentencia en los casos presentes haya actuado de forma dolosa, ni mucho menos que haya realizado actos preparatorios y encaminados al fin que tiene la estafa que el desprendimiento patrimonial de las víctimas, pues no se puede comprobar en un inicio que haya existido ese dinero o por lo menos el bien que es el automóvil que supuestamente vendieron.

Dentro del proceso, más allá de haber varias incongruencias las mismas que comprueban la inocencia del señor Tafogho, existen situaciones en las cuales, como es el caso del presente trabajo investigativo, el actuar de las víctimas recae sobre un negocio que tiene como finalidad un acto delictivo, por consiguiente no merece protección jurídica, es más las supuestas víctimas, a sabiendas que su actuar está prohibido por nuestra legislación, realizaron actos encaminados al cometimiento de un delito, que causado por su propio dolo los perjudicó a ellos mismos.

Para concluir el señor Tafogho, no actuó con dolo y mucho menos voluntad de causar daño a los presuntos perjudicados, simplemente estuvo en el lugar y el momento menos indicado.

3.12. Voto salvado

Voto salvado por parte del Dr. Vladimir Gonzalo Alberto Jhayya Flor, quien luego de las consideraciones y fundamentación acertadamente confirma el estado de inocencia Tafogho André Thierry. Juicio Nro. 17282-2016-02113. André Tafogho.

Es menester Referirme al voto salvado en general hace una copia de la sentencia de mayoría en relación con los considerandos primero al quinto, y es en su considerando sexto que hace un análisis de:

- Delito.
- Funciones del Juez.
- Ley penal.
- Análisis de la conducta, verbo rector y objeto ilícito.
- Marco jurídico del objeto ilícito y causa ilícita.
- Teoría de la imputación objetiva.

Para luego del análisis de lo antes establecido, ratificar el estado de inocencia del sujeto activo del señor Tafogho.

3.12.1 Análisis del voto salvado:

El Dr. Jhayya para hacer su análisis de porqué la conducta de Tafogho no se enmarca en el delito de estafa realiza un análisis del marco jurídico en el artículo 18 del COIP como conducta típica antijurídica y culpable y menciona cuáles son las funciones de un juez:

- **Función seleccionadora:** determinando cual acción u omisión debe estudiarse
- **Función garantista:** determinando que comportamiento es penalmente relevante
- **Función motivadora:** motivando porque una acción u omisión es prohibida y merece una sanción.

El Dr. Jhayya, hace referencia a lo que es ley penal: (el Diccionario Jurídico Espasa, Fundación Tomás Moro; Espasa Calpe S.A. Madrid 2007, indica en la pg. 904)

“Sobre la definición de ley penal que “La ley penal, es la única norma que puede establecer las conductas delictivas y sus penas, cumpliendo una función de garantía de los ciudadanos. La Ley Penal, única fuente capaz de crear delitos y penas, estados peligrosos y medidas de seguridad en la Ley Penal como en toda norma jurídica, existe un precepto o presupuesto y una sanción o consecuencia jurídica”. (Tribunal de Garantías Penales de Pincha, 2017)

Para que una conducta deba ser considerada típica, antijurídica y culpable deben analizarse cada uno de los elementos de la categoría dogmática del tipo, y cada uno debe enmarcarse de manera precisa, analizarlos en el orden secuencial indicado y solo así el Tribunal como Órgano Jurisdiccional puede dar una tutela efectiva de derechos, y si se han cumplido todos y cada uno de las pruebas aportadas dentro del juicio de reproche y si se ha desvanecido la presunción de inocencia de quien con su acción u omisión está siendo juzgado se puede dictar una sentencia condenatoria, caso contrario no.

El Juez hace un análisis de la conducta, el verbo rector y objeto jurídico dentro del proceso en contra de André Tafogho.

- Conducta: estafa tipificada en artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal.
- Verbo rector: entregar dinero para manejo fraudulento.
- Objeto jurídico: es el tema de controversia ya que, al estar el Tribunal en contacto directo con la prueba actuada, conoce y tiene la certeza de que por las versiones de Pablo y Fabian el negocio lucrativo es falsificar dinero o “hacer dinero” como medios de prueba para esta

aseveración se iban a valer de papel cortado en forma rectangular, tintas, y plancha, y los cinco mil dólares entregados.

3.12.2. Marco jurídico del objeto y causa ilícita:

El Dr. Jhayya en lo referente al marco jurídico de que el negocio lucrativo que Pablo Lutuana le indica hacer a Fabian ante por conversaciones previas con Nelson y que Tafogho en la habitación 303 colaboro para hacer dinero es precisamente el “objeto ilícito” de esta “negociación” y es así que debo enmarcar lo que dice al respecto el Código civil vigente y textualmente transcribo, ya que en base a esta normativa se desarrolla el voto salvado que ratifica el estado de inocencia de André Tafogho.

El Art. 1461 del Código Civil, establece que para que una persona se obligue a otra por un acto declaración de voluntad es necesario entre otros requisitos, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.(La Comisión de Legislación y Codificación, 2016, p. 339)

el Art. 1480 ibídem que establece que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio, y de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, haber pactado para realizar o hacer dinero, no puede constituirse en un objeto lícito, el pacto consistió en entregar dinero lícito, con valor de circulación por una cantidad mayor de dinero falso, carente de valor, es decir, aceptando la pedida del dinero.(La Comisión de Legislación y Codificación, 2016, p. 345)

Art. 1699 del Código Civil que determina el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, consideraciones estas por las cuales por las cuales, se concluye que, en el presente caso, el objeto de la transacción tiene precisamente el carácter de ilícito.(La Comisión de Legislación y Codificación, 2016, p. 397)

El Dr. Vladimir Jhayya fundamenta su sentencia en los siguientes presupuestos básicamente:

Primero en la postura de Diana Leonor Alas Tojas quien en su libro “las Estafas en las Prestaciones ilícitas” explica que a pesar de que alguna conductas que aparentemente reúnen los elementos objetivos del delito de estafa, al momento de resolver se debe tomar en cuenta que el

sujeto pasivo dispone de su patrimonio a su propio riesgo, y que este servirá para un propositivo ilícito o contrario al Derecho, problema que también se estudia en la Teoría de la Imputación Objetiva en el capítulo de Protección de la Norma y la Auto puesta en Peligro, que es un tema de debate ya desde el tiempo de Francisco Carrara cuya postura fue, que el Estado no debe tutelar a quienes actúan disponiendo de su patrimonio para un fin ilícito, partiendo de la premisa que en la estafa necesariamente debe haber dos voluntades: la de la persona que va disponer de su patrimonio, y quien engaña para obtener el beneficio como sujeto activo cuya acción engañosa debe hacer que el sujeto pasivo realice la acción de disposición con su voluntad viciada por el error, creándose un negocio entre estos dos, y es lo que se conoce como Delito de doble voluntad. Segundo toma en cuenta la Victimología Dogmática y el criterio de Roxin con su propuesta de una serie de criterios normativos como son:

- a) la disminución del riesgo,
- b) la creación de un riesgo jurídico penalmente relevante o no permitido,
- c) aumento del riesgo permitido,
- d) esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma.

Con lo que resuelve el tema de porque el Objeto o Bien Jurídico protegido no es de aquellos que protege del Derecho como es este caso que lo que quería hacerse al entregar el dinero de curso legal era duplicarlo o falsificarlo por lo que este negocio jurídico o “negotia turpis” entre sujeto activo y pasivo no entra en el ámbito de protección de la norma, e incluso con su teoría niega la imputación objetiva en el delito de estafa porque la acción del autor no ha lesionado el bien jurídico protegido, y que el resultado de este engaño o negocio no es el que el Derecho Penal protege, por

ser la propia víctima quien actúa bajo su propio riesgo, sabiendo que debe tener un mínimo de precaución y o autoprotección. A pesar de que se en los testimonios se habla de entrega de dinero no se ha demostrado la preexistencia ni la materialidad de la infracción.

El Dr. Jhayya se refiere al caso concreto en el cual habla de la supuesta entrega del dinero al Sr.

Tafogho menciona lo siguiente y cito:

“ En el caso específico| y concreto hacerse entregar mediante manejos fraudulentos, fondos que no se han justificado en la especie, pues conforme a o analizado está en entredicho la licitud del llamado “negocio” sin que con nivel y grado de certeza pueda imputarse la conducta en la disposición del art 186 del Código Penal por la existencia de los denominados institutos de la imputación objetiva, concretamente, al haberse superado el riesgo permitido, y al estar la acción desprovista de la tutela de la normal penal, ...no se puede imputar objetivamente a André Tafogho, toda vez que el error no ha sido causa del comportamiento engañoso, sino que ha sido propiciado por los propios agraviados”(Tribunal de Garantías Penales de Pincha, 2017)

El voto salvado del Dr. Jhayya concluye en la ratificación del Estado de inocencia del procesado.

Normativa que sustenta la inocencia de André Tafogho se encuentra tipificada en:

- Constitución de la República del Ecuador en los artículos: 76 numeral 2.
- Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano Art. 9.2.
- Carta Internacional de los Derechos Humanos Art. 11.1.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 14.2.
- Convención Americana de Derechos Humanos Art. 8.2.

3.13. Apelación

Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, Juicio Nro. 17282-2016-02113. André Tafogho. Segunda Instancia. - Resultado de la audiencia oral publica y contradictoria por haberse interpuesto recurso de apelación a la sentencia condenatoria dictada en contra de André Tafogho.

Sentencia de fecha 11 de enero del 2018. Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha

Ponencia de la defensa: interpuesto el Recurso de Apelación a la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha que condena a André Tafogho por encontrarle culpable de ser autor del delito tipificado en el artículo 186 en concordancia con el artículo 42 numeral 1 literal a del COIP a la pena privativa de libertad de cinco años, por hacerse entregar con engaños la cantidad de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (\$5000), mermando el Patrimonio de Fabian Ante como víctima directa y de Pablo Lutuala víctima indirecta (quien no entrego ningún objeto, dinero o bien) por lo que no se debería considerar como víctima sino más bien como testigo a la apreciación de quien hace este estudio.

Se manifiesta que se debe tomar en cuenta que para que se condene a una persona por el delito de Estafa se deben cumplir con todas y cada una de las categorías dogmáticas del tipo, y sobre todo se debe tomar en cuenta que no se puede tutelar el derecho al patrimonio de una persona que pretende ser parte de una falsificación de dinero ya que entrega el material en este caso billetes con el único propósito de duplicar el mismo, convirtiendo esta negociación o acuerdo de voluntades entre Nelson, Tafogho, Fabián, y Pablo en una negociación con objeto y causa ilícita. (Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, 2018)

3.14. Análisis de la tipicidad de la conducta

En relación con el Tipo se desglosa el elemento objetivo determinando el Sujeto Activo en persona de André Tafogho como autor directo del delito de estafa porque según el Tribunal se probó

durante el juicio oral público y contradictorio que André Tafogho actuó con la conciencia y voluntad para lo cual utilizó una tercera persona para hacerse entregar dinero de los Sujetos Pasivos como personas naturales y que determinan son Fabián Ante Manzano y Pablo Lutuaña Manzano.

3.14.1. El objeto

En este caso es el apropiamiento de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América que se entregan para duplicarlos y hacer un negocio lucrativo, sin embargo, de ello al estar analizando esta afirmación que hace el Tribunal para condenar a André Tafogho debo informar que al análisis del juez pluripersonal basa en que a quien se está juzgando es a André su conducta, no la conducta de las víctimas y el hecho de ellas hayan entregado dinero para duplicarlo no es tema de discusión.

3.14.2. Verbo rector

Es el de hacerse entregar dinero por medios de actos fraudulentos, es un delito de acción y el Tribunal construye su tesis de culpabilidad en base a los testimonios de Fabian Ante y Pablo Lutuaña, y manifiesta que la declaración de Tafogho no es exculpatoria por los mensajes que recibe, por las evidencias encontradas, y que se encuentra probada esta acción conforme a derecho.

3.14.3. Tipo subjetivo

Conciencia y voluntad por ende dolo en el actuar toda vez que está en tela juicio la acción que realiza André Tafogho quien con conocimiento y voluntad de que su conducta le es prohibida se hace entregar cinco mil dólares para duplicarlos.

Al haberse probado el tipo con sus categorías dogmáticas, pasa a hacer un análisis de la antijuricidad como segundo elemento mismo que se manifiesta por parte de la defensa no se ha

demostrado el desvalor de la acción ni del resultado por lo tanto al ser la conducta de Tafogho típica y antijurídica.

3.15. Antijuridicidad

En la sentencia analizada además se hace un análisis de lo que es la Antijuridicidad que se encuentra tipificada en el artículo 29 del Código integral penal. La antijuridicidad es material y formal.

Para el autor Edgardo Alberto Donna, el cual cita a Roxin: “Una acción antijurídica es formalmente antijurídica, en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales”. (Donna & Barbero, 2006b, p. 17)

3.15.1. Antijuridicidad Material

En el caso concreto de Tafogho se probó la antijuridicidad material con los papeles negros cortados en forma rectangular que produjo un perjuicio y lesión en el bien jurídico patrimonial de Fabian Ante.

“Antijuridicidad. Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código. Artículo 29, COIP”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 39)

3.15.2. Antijuridicidad Formal

La antijuridicidad formal se probó a decir del juez pluripersonal con el engaño realizado a las víctimas utilizando a Nelson, se probó el error al decirle a la víctima que se puede hacer o duplicar dinero, se probó la entrega de los cinco mil dólares y esta entrega da como resultado la merma del patrimonio de la víctima en esta cantidad.

3.16. Culpabilidad

Se debe analizar el tercer elemento que es la culpabilidad que solo tiene dos excepciones relacionadas a la capacidad de comprender o a la imputabilidad que se encuentra normada en el artículo 35 del Código Orgánico Integral Penal; presupuestos que se refieren a que a pesar de que la conducta siendo típica y antijurídica puede la persona no ser imputable como ente del Derecho Penal, por ser incapaz por demencia comprobada o por ser incapaz civilmente como en el caso del menor de edad que está sometido a otra normativa.

Habiéndose probada las categorías dogmáticas el Tribunal pese a las contradicciones que se analizaron y que existen en los testimonios rendidos en la etapa de juicio concluye que André Tafogho Thierry es culpable por haberse probado la existencia del delito por tanto la responsabilidad del mismo como autor del delito tipificado en el artículo 186 del COIP imponiéndole la pena privativa de libertad de cinco años sin considerar agravantes ni atenuantes, pago de reparación integral en seis mil dólares y al pago de la multa de doce salarios básicos unificados del trabajador.

3.17. Tentativa

El delito de Estafa con los billetes negros fue consumado según las sentencias de mayoría que son parte de este proceso, sin embargo, de ello debo tratar un punto que me parece muy importante, y es que a mi criterio personal no configuro el delito de estafa propiamente dicho por las consideraciones expuestas en líneas anteriores y difiero del criterio de los jueces pluripersonales que conocieron este caso concreto.

Considero que no hay estafa propiamente dicho pero que si se debió investigar dos delitos que son conexos a los hechos investigados en los cuales participaron los Señores Fabian Ante, Pablo

Lutuala y André Tafogho que es el delito de Tentativa de Falsificación de Dinero tipificado en artículo 305 del Código Integral Penal en concordancia con el artículo 39 ibidem:

“Artículo 305.- Producción, tenencia y tráfico de instrumentos destinados a la falsificación de moneda.- La persona que produzca, conserve, adquiera o comercialice materias primas o instrumentos destinados a la falsificación, fabricación o alteración de moneda nacional o extranjera, cheques, títulos valores, tarjetas de crédito, débito, pago u otros documentos o dispositivos empleados como medio de pago equivalente a la moneda, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.(Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 118)

“Artículo 39.- Tentativa. - Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito. En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 41)

Si analizamos cual es la acción típica, antijurídica y culposa que con conciencia y voluntad querían realizar tanto el sujeto activo y sujetos activos era precisamente “Hacer dinero” haciendo más sus palabras, y esto se subsume a la acción de crear, como sinónimo de producir, que es uno de los verbos rectores del artículo 305 del COIP, esta es la intención de estas personas, y es ahí que entra el grado de tentativa toda vez que es una acción que no logro verificarse ni podría verificarse por circunstancia ajenas a sus autores, a pesar de que si tenían en la voluntad y la conciencia de querer lograr duplicar el dinero de curso legal, y tenían esta intención que se traduce en el dolo que es parte de la tipicidad.

3.18. ¿Se vulneran principios del Derecho Penal?

Principio de Derecho Universal Indubio Pro Reo, el cual se encuentra tificado en el artículo 76 numeral 5 como norma, además de ser una Garantía Constitucional toda vez que cuando existe la duda y no se ha probado con certeza un acto como en el caso de André Tafogho se debe aplicar lo

que favorece al reo, pero en este caso se dan por ciertas declaraciones contradictorias que no se han probado conforme a derecho tal como establece la norma, en su artículo 5 numeral 3 del COIP en concordancia con la norma Constitucional, ya que solo se podrá sentenciar a una persona cuando haya la plena certeza de que su acción u omisión sea típica, antijurídica y culpable por tanto merezca una sanción, y esta certeza debe ir más allá de la duda razonable.

Es interesante mencionar que según la Imputación Objetiva no se cumple en el proceso seguido en contra de André Tafogho con el objeto como bien jurídico protegido ya que en este caso es una estafa con objeto y causa ilícita que no puede ser tutelado por el Derecho Penal.

El Principio de Imparcialidad tipificado en el artículo 5 numeral 19 del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, de ello en ninguna de las sentencias de mayoría existe imparcialidad, hay un desbalance a creer, a tergiversar y dar por sentado los testimonios contradictorios de los testigos y sobre todo de las víctimas.

“Artículo 5, numeral 19, COIP. Imparcialidad: la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, se orientará por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la Ley”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 29)

Se puede concluir que varios muchos derechos fueron violentados dentro del presente caso, ya que no se aplicaron varios principios fundamentales, que nuestra constitución así como la norma penal garantizan al procesado André Tafogho.

Principio del derecho a la defensa, constante en el artículo 76, numeral 7, literales a, b, y c de la Constitución de la República del Ecuador. Ya que se lo dejó en indefensión ya que en la etapa de instrucción se pidió varias pruebas, las mismas que fueron negadas por parte de fiscalía, vulnerando el derecho a una defensa justa y en igualdad de condiciones con la contraparte.

4. Conclusiones y recomendaciones

1.- Elementos utilizados para condenar a sujeto activo, los cuales a mi criterio son contradictorios:

En relación con los elementos de valoración que utiliza el Tribunal para fundamentar motivadamente la sentencia que luego del análisis y la ponderación de derecho llevó a la certeza de la culpabilidad de André Tafogho Thierry estos se basan el análisis de las versiones rendidas en el juicio de los denunciados Fabian Ante Manzano y Pablo Lutuala Manzano, a pesar de que estos son contradictorios y no revelan verdad en sus dichos, sin embargo de ello se debe recalcar que al rendir su testimonio Fabian Ante Manzano habla de haber sacado cinco mil dólares del Banco del Pichincha de la cuenta de su esposa sin dar número de cuenta, nombre de la cuenta ahorrista, sin entregar un recibo del banco, un corte del estado de la cuenta, o por un menos la papeleta de retiro, o la matricula o certificado único vehicular que prueben la existencia del Aveo 2010 que vendió para obtener el dinero que posterior a eso entrega a una persona que no conoce, y en la habitación de un hotel que en el cual no se registró y del cual no hay registro de haberse alquilado o ingresado ni solo o peor acompañado.

Fiscalía no solo debió presentar el testimonio de la supuesta víctima sino además la prueba que sustente la preexistencia y la materialidad del dinero que supuestamente fue entregado, existe contradicción cuando habla de haber entregado a Tafogho los cinco mil dólares y Tafogho a su vez entrega el dinero a Nelson, y todo por consejo de su primo Pablo Lutuala, dinero que entrega para hacer dinero, para invertir en un supuesto “negocio lucrativo” del cual no sabía cómo se iba a realizar, habla de un maletín café, de haber recibido el paquete que antes de recibirlo fue metido en agua, luego se desdice y al contrainterrogatorio cambia completamente los hechos, ya que por ejemplo dice desconocer el nombre de la persona con la que Pablo hablo de hacer dinero, y luego

sin conocer este nombre habla directamente de Nelson, como se entiende que de un nombre que dice no conocer. Es decir, existen un sin número de contradicciones y falta de congruencia.

Otro detalle es que habla de la detención de Tafogho en las gradas dentro del hotel, siendo la verdad que André Tafogho fue aprehendido en la calle Carrión y Reina Victoria a metros del hotel Rick's y en base a este testimonio que el Juez Aquo manifiesta que es creíble ya que por el tiempo no se puede dar detalles exactos, dicho por el mismo juez pluripersonal "si el testimonio fuera concordante sería porque fue preparado con anterioridad y eso sería prueba de que no es verdadero", lo cual causa asombro ya que este análisis debería ir de la mano de las otras pruebas actuadas en el proceso tomando en cuenta que el testimonio del ofendido no es prueba por si sola y tiene valor probatorio siempre y cuando se complementa con las otras pruebas evacuadas.

El Testimonio de Pablo Lutuala Manzano, supuesta víctima indirecta (sin embargo no existe esta categoría en victimología) quien a un desconocido, pasajero eventual de su taxi le da su número telefónico para ganar dinero, y con quien tiene conversaciones telefónicas, y que por los testimonios de su primo y de el mismo conocemos que se llama Nelson, a quien el día 13 de abril del 2016 en la habitación 409 del Hotel Rick's entregan cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (\$5.000 dólares), de la misma manera es contradictorio porque en primer término habla que el negocio era con Tafogho según el análisis del Tribunal (no se entiende porque el Tribunal en su análisis asegura que el negocio desde un primer momento es con Tafogho).

Sin embargo del testimonio que se hace referencia se sabe que el negocio y toda la planificación fue con Nelson, Pablo es quien incita a Fabian a conseguir dinero para duplicarlo, es quien realiza apología del delito, y no se pone de acuerdo con Fabian en detalles que no se pueden olvidar del día que ellos fueron timados, Pablo habla que Tafogho intento salir del lugar, que no le dejaron y

le llamaron a la Policía quienes lo aprehendieron, pero a la versión de los agentes aprehensores sabemos que Tafogho fue aprehendido solo en la calle.

Pablo además dice que fueron directamente a la habitación que le habían indicado con anterioridad que es la 303, sin embargo, con su primo dicen que alquilaron la habitación 409 un piso más arriba. Tampoco hay coherencia en relación con las horas en las que se encontró con Nelson y Tafogho con quienes estuvo reunido desde las 12:00, a las 13:00 horas sale Nelson a buscar los líquidos, a las 15:00 horas supuestamente llama a la policía y a esa hora es detenido Tafogho, pero si analizamos lo que manifiestan los agentes aprehensores Christian Trávez y Tnte. Marco Soria llegaron a pasadas las 17:30 y es a esa hora que aprehenden a André.

Se debe tomar en cuenta que las declaraciones de las víctimas son realizadas con juramento, con la advertencia de la gravedad del juramento y las penas de perjurio: sin embargo a pesar de aquello Fabián dice que no sabía cómo era el negocio, pero Pablo le comentó a su primo claramente que Nelson tenía líquidos para fabricar dinero, que le explicó en qué consistía el negocio, e incluso le dijo que se necesitaba dinero real sacado del banco para hacer el otro dinero, además Pablo conoce el número de Nelson y no se entiende porque fiscalía no realiza análisis de las llamadas entrantes y salientes del teléfono que pertenece a Pablo, informe de mensajes, cruce de llamadas entre el número que se conoce es de Nelson, tampoco se solicita celdas de ubicación para determinar si efectivamente Tafogho se encontraba en el hotel Rick´s desde el mediodía del 13 de abril del 2016.

2.- En este proceso existe concurrencia real de infracciones toda vez que la conducta de estas tres personas: Ante, Lutuala y Tafogho quienes, sin presión alguna, por su propia voluntad, se

reunieron en el Hotel Rick con este fin hacer billetes, puede subsumirse al delito Asociación Ilícita tipificado en el artículo 370 del COIP:

“Artículo 370.- Asociación Ilícita. - Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 137)

Para hablar de asociación ilícita la doctrina nos habla que se debe cumplir con requisitos formales como son: Jerarquización que es un delito que debió investigarse a la par para determinar los roles de las personas que intervinieron como sujetos en este proceso, Temporalidad con reuniones previas que si se dieron antes de Ante, Lutuala y Tafogho, y fueron antes la aprehensión del sujeto activo André Tafogho, conciencia y voluntad colectiva de los tres sujetos: e individual de ser parte de esta asociación o reunión para cometer el otro elemento que es tipo de delito a cometerse que en este caso es la Tentativa de Falsificación de billetes.

3.- Fiscalía debe cumplir con su rol de fiscalizador, actuar con imparcialidad y objetividad e investigar todas y cada una de las conductas que se van descubriendo en el trascurso de una instrucción fiscal para que no dejar en indefensión a ninguna persona, se deben buscar tanto las pruebas de cargo y descargo, formular cargos cuando se tenga los elementos e indicios suficientes para garantizar la tutela jurídica y efectiva del Estado.

4.- Como se puede verificar del análisis de los casos del presente estudio, existen varias incongruencias, varios derechos y principios violentados, adicional a eso el objeto sobre el cual recaen las negociaciones hace que sea imposible la protección jurídica del patrimonio que las supuestas víctimas aducen les fue arrebatado, que de igual forma este no ha sido comprobado y

por ende no se puede llegar a una materialización del mismo, por consiguiente no se puede continuar con la protección que los supuestos perjudicados exigen.

5.- Como se pudo verificar dentro este análisis, el Dr. Jhayya realizó un análisis acertado en el presente caso, ya que no solo explico el por qué no se configura el delito de estafa, si no que fundamento de manera adecuada el porqué de esta afirmación, al instruir tanto los elementos de falta de materialidad de la infracción, así como la teoría de la imputabilidad que nos demuestra que no merecen protección jurídica los supuestos de estafa con un objeto ilícito y una causa ilícita.

Bibliografía

- BBA. (2015, octubre 9). El timo de los «billetes tintados» [Corporativa]. Recuperado de <https://www.bbva.com/es/el-timo-de-los-billetes-tintados/>
- Donna, E. A., & Barbero, N. (2006a). *Derecho penal: parte general, Tomo II* (1a ed.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Donna, E. A., & Barbero, N. (2006b). *Derecho penal: parte general, Tomo III* (1a ed.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Ecuador. Leyes y Reglamentos. (2014). *Código orgánico integral penal*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- La Comisión de Legislación y Codificación. (2016). *Código Civil*. Ecuador.
- Montealegre Lynett, E., & Jakobs, G. (Eds.). (2003). *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. T. 2: ...* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho penal: parte general* (8.ed., rev. y puesta al día). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Reyna Alfaro, L. M., & Beristáin, A. (Eds.). (2003). *Derecho, proceso penal y victimología*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha. Sentencia Nro. 17282-2016-02113, No. 17282-2016-02113 (Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha 11 de enero de 2018).
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia Nro. 421-2015 (Corte Suprema de Justicia de Colombia 2017).
- Salinas Siccha, R. (2015). *Delitos contra el patrimonio* (Quinta edición, actualizada y aumentada). Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Tribunal de Garantías Penales de Pincha. Sentencia Nro. 17282-2016-02113, No. 17282-2016-02113 (Tribunal de Garantías Penales de Pincha 27 de enero de 2017).

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2011). *Manual de derecho penal: parte general*.

Buenos Aires: Ediar.

Glosario

1. **Antijuricidad:** “Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido (...)”. Artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 39)
2. **Asociación ilícita:** “Artículo 370.- Asociación Ilícita. - Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años”. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 137)
3. **Causa:** “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato”. Código Civil, Art. 1483. (La Comisión de Legislación y Codificación, 2016, p. 346)
4. **Causa ilícita:** “La prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”. Art. 1483.- Código Civil. (La Comisión de Legislación y Codificación, 2016, p. 346)
5. **Culpabilidad:** “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”. Artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 40)
6. **Delito:** “es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable; solo en la medida que se cumplan estos presupuestos en su integridad, se puede hablar de delito y de responsabilidad”. (Tribunal de Garantías Penales de Pincha, 2017, p. 38)

“Delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena”. (Muñoz Conde & García Arán, 2010, p. 41)
7. **Dolo:** “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”. Artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 39)
“Para que exista dolo, el autor debe ser consciente de los presupuestos de hecho descritos en el tipo penal y además debe conocer que su conducta es antijurídica”. (Donna & Barbero, 2006a, p. 523)
8. **Estafa:** “La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera...” Artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 82)
9. **Infracción Penal:** La conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” Artículo 19 del Código Orgánico Integral Penal. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 38)

10. **Objeto ilícito:** “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”. (Código Civil, Art. 1478).(Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 344)
11. **Pena:** “es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo”.(Muñoz Conde & García Arán, 2010, p. 46)
12. **Tipicidad:** “Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”. Artículo 25 del Código Orgánico Integral Penal. (Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 38)
13. **Tentativa:** “Es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito. En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado”. Artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal.(Ecuador. Leyes y Reglamentos, 2014, p. 41)
14. **Victima:** “La victima puede ser cualquier habitante, al que se le asiste, ante todo, un derecho a la reparación, que la pena nunca debe obstaculizar sino, por el contrario, debe facilitar”. (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2011, p. 775)