

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

Trabajo de fin de carrera titulado:
**“ANÁLISIS FÁCTICO-OBJETIVO AL ELEMENTO ENGAÑO
DENTRO DE LA ESTAFA EN ECUADOR”**

Realizado por:
CARLOS EDUARDO CARRASCO YÉPEZ

Director del proyecto:
AB. DAVID RIVAS VINUEZA

Profesores lectores del proyecto:
DR. GABRIEL GALÁN MELO
DR. FERNANDO POLO ELMIR

Como requisito para la obtención del título de:

**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

Quito, 08 de octubre del 2014

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, CARLOS EDUARDO CARRASCO YÉPEZ, con cédula de identidad # 172294047-3, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado a calificación profesional; y, que ha 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, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

CARLOS EDUARDO CARRASCO YÉPEZ
C.C.N: 172294047-3

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación titulado:

**“ANÁLISIS FÁCTICO-OBJETIVO AL ELEMENTO ENGAÑO
DENTRO DE LA ESTAFA EN ECUADOR”**

Realizado por:
CARLOS EDUARDO CARRASCO YÉPEZ

Como Requisito para la Obtención del Título de:
**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

Ha Sido dirigido por el profesor
AB. DAVID RIVAS VINUEZA

Quien considera que constituye un trabajo original de su autor

**AB. DAVID RIVAS VINUEZA
DIRECTOR**

LOS PROFESORES INFORMANTES

Los Profesores Informantes:

DR. GABRIEL GALÁN MELO

DR. FERNANDO POLO ELMIR

Después de revisar el trabajo presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante
el tribunal examinador

Dr. Gabriel Galán Melo

Dr. Fernando Polo Elmir

Quito, 08 de octubre de 2014

DEDICATORIA

Mi tesis y carrera de grado está dedicada a mis padres y hermana, quienes han sido mi apoyo y cuyas directrices hicieron posible la culminación de mis estudios universitarios.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento va dirigido a mis padres, hermana, tía Mariana, amigos y compañeros de trabajo, por su invaluable aporte y apoyo para el logro de este importante objetivo.

Además, un gran agradecimiento especial a mi director de tesis, Ab. David Rivas Vinuesa, quien con paciencia y sabiduría supo revisar y corregir esta investigación.

ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDO

<u>RESUMEN.....</u>	<u>1</u>
<u>ABSTRACT.....</u>	<u>2</u>
<u>INTRODUCCIÓN.....</u>	<u>3</u>
CAPÍTULO I. LA CONDUCTA TÍPICA SUBJETIVA ENGAÑO EN EL DELITO DE ESTAFA	
Concepto de engaño, delimitación típica y construcción dogmática.....	10
La inducción al engaño, postura de las teorías doctrinarias respecto de la conducta lesiva.....	23
El engaño en el tipo penal estafa previsto en el Código Penal Ecuatoriano derogado y en el Código Orgánico Integral Penal.....	26
Planteamiento de consecuencias y avances en el Ecuador.....	30
CAPÍTULO II. TIPICIDAD OBJETIVA EN EL DELITO DE ESTAFA	
El acto de disposición patrimonial.....	33
Construcción típica objetiva del delito estafa (Sujeto activo, Sujeto pasivo, y Titular del bien jurídico protegido).....	48
CAPÍTULO III. EL DOLO EN EL DELITO DE ESTAFA	
<u>La estafa como delito necesariamente doloso.....</u>	<u>61</u>
<u>El error de tipo en la estafa.....</u>	<u>65</u>
<u>El dolo eventual en la estafa.....</u>	<u>68</u>
<u>Conclusiones y postura personal.....</u>	<u>73</u>
<u>Bibliografía.....</u>	<u>75</u>

RESUMEN

Nuestra Constitución en su artículo 321 contempla que el derecho a la propiedad está garantizada, siempre y cuando se cumplan las condiciones que la normativa nacional regula actualmente. El Estado ha creado mediante el derecho penal la forma de cuidar que este bien jurídico no sea vulnerado, el mismo que se encuentra plasmado en el Código Penal anterior y actualmente en el Código Orgánico Integral Penal; y, en este último, reunido en la “Sección Novena de los Delitos Contra el Derecho a la Propiedad”, específicamente en el Artículo 186, describiendo un delito que esta actualizado con la modernidad de nuestra sociedad, en el que los elementos básicos de este se conforman de la siguiente manera: engaño, error y disposición patrimonial, siempre y cuando exista relación de causalidad entre los elementos antes mencionados; pues, el sujeto activo que es la persona que estafa, debe armar un escenario lleno de artimañas, entiéndase por artimañas las diferentes modalidades que existen enumerados en el artículo estudiado, de forma tan idónea que origine un engaño que haga recaer en error al sujeto pasivo, que es la víctima, provocándole de esta manera disponer de su patrimonio a favor de la primera persona, causando como consecuencia un verdadero daño lesivo en la estabilidad económica de la persona. Como este delito es eminentemente doloso, es así que la persona tiene firme decisión de desenvolverse con la intención de cometer el delito. Por lo que, la presente investigación se encargará de recoger y analizar el elemento engaño, dentro de lo que corresponde a su limitación para así procurar mejorar la administración de justicia por parte de Fiscales, Jueces de Garantías Penales y Abogados, que deberán conocer de mejor manera el engaño, ya que es el elemento esencial de la estafa.

ABSTRACT

The Ecuadorian Constitution in the article 321 explains that the right of property is guaranteed, but this right depends on the proper application of the terms and conditions of the national ruling law of property. The Ecuadorian state created according to the national criminal law, the protection of the right of property, specially the no vulnerability of this right. This statement has been in the former criminal law code, and it is actually on the new Organic comprehensive criminal Code. The definite criminal law code has a specific chapter dedicated to the right of property, called section ninth: crimes against the right of property. The article 186, describes a property crime according to the modern Ecuadorian society, in which the basic elements of the mentioned crime are: fraud, error and patrimonial disposition, however the criminal action takes place only if there is casualties between the basic elements mentioned before; this is because the active subject is the person that commits the fraud, he has to perform the different basic elements from the article 186 perfectly to stage the fraud and cause that the passive subject believes it. The crime has to make the passive subject believe the framing plus he has to pass or dispose his own property (patrimony) in favor of the active subject. In consequence this action should cause an economic difficulty and stability to the passive subject. This mention crime is obviously intentional, because the active subject has the firm and clear decision of compel a crime. It is for this crime, that this dissertation will investigate and analyze the element of fraud, and its limitations. This investigation will help improve the administration of justice in behalf of the district attorney, the criminal guaranties justices and lawyers, because it is crucial to know and manage properly the essential element of the fraud.

INTRODUCCIÓN

Al momento de referirse al delito de Estafa en la legislación ecuatoriana vigente, debemos previamente conocer que este tipo penal se diferencia de sus similares que afectan a la propiedad, por su característica forma de apropiación del bien, siendo en este delito la utilización de artimañas, para hacer caer en error al sujeto pasivo y finalizar apropiándose de la cosa, sin emplear en ningún momento la violencia en sí.

El Código Penal ecuatoriano, actualmente derogado por el Código Orgánico Integral Penal, que sirvió de base para este estudio contiene al delito de estafa así:

“Art. ... (563).-Estafa.- El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos o de falsas calidades, y empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.”;

Y, el Código Orgánico Integral Penal publicado recientemente, contiene a la estafa en los siguientes términos:

“Artículo 186.- 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 sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La pena máxima se aplicará a la persona que:

- 1. Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito, pago o similares, cuando ella sea alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario.*
- 2. Defraude mediante el uso de dispositivos electrónicos que alteren, modifiquen, clonen o dupliquen los dispositivos originales de un cajero automático para capturar, almacenar, copias o reproducir información de tarjetas de crédito, débito, pago o similares.*
- 3. Entregue certificación falsa sobre las operaciones o inversiones que realice la persona jurídica.*
- 4. Induzca a la compra o venta pública de valores por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.*
- 5. Efectúe cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor.*

La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La estafa cometida a través de una institución del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera mediante el empleo de fondos públicos o de la Seguridad Social, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La persona que emita boletos o entradas para eventos en escenarios públicos o de concentración masiva por sobre el número del aforo autorizado por la autoridad pública competente, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a noventa días.”

Se puede observar que en el Código Integral Penal, se enumeran taxativamente, nuevas formas de posibles estafas que tienen directa relación con el desarrollo de la sociedad moderna, como lo es en la defraudación por medios electrónicos y tarjetas de débito y crédito;

refiriendo de manera parecida el mismo concepto de estafa anterior, pero con nuevas modalidades más específicas y formando una estafa agravada.

En nuestra normativa, tanto en el Código Penal (actualmente derogado) y en el Código Orgánico Integral Penal, podemos encontrar grandes diferencias del delito estudiado con los otros delitos que perjudican el patrimonio, las mismas que son: en el caso del robo existe violencia de por medio, para apropiarse de la cosa ajena, por ejemplo el hecho de que A haya amenazado con una arma de fuego a B obligándola entregar su automóvil; en el hurto, el dueño del bien pierde la propiedad sin que se percate del hecho, por ejemplo cuando A sustrae su teléfono celular aprovechando que B está distraído; en el abigeato la característica especial es la sustracción de un animal de su lugar de conservación de una forma violenta o similar al hurto; en el abuso de confianza por la predisposición de A de entregar a B su patrimonio y esperar de regreso la cosa íntegra o un símil sin que esto suceda; pero la estafa se diferencia de todas las anteriores por no utilizar la violencia, pero apropiándose del bien ajeno con maniobras inteligentes, astucia, de la distracción, ingenuidad o estado de indefensión de la víctima dueña o poseionaria de la cosa, manejando el engaño como un instrumento para hacerse entregar el patrimonio.

Dentro del derecho comparado, el delito estafa ecuatoriano puede cotejarse con sus similares de otros países, en sus semejanzas y múltiples diferencias en la forma de desarrollarlo, incluyendo el factor violencia como medio para conseguir la inducción al error y confusión posterior, pena establecida y la tentativa.

A fin de analizar los ingredientes intrínsecos de cada normativa, podemos tomar como ejemplo, el Código Penal Alemán que nos ofrece al delito Estafa en su artículo 263, encontrando en el mismo un desarrollo significativo logrando especificar formas de estafa que incluyen lo referente a fraude dentro de los seguros, que inmiscuye el factor violencia como medio de engaño, forma que no tiene relación en nuestra normativa penal; la alta pena de privación de libertad, que en el Código Penal derogado y Código Orgánico Integral Penal no se desarrolla de la misma manera; la tentativa y el ejercicio del delito en banda.

La redacción del delito en estudio reza a continuación de la siguiente manera:

“§ 263. Estafa

(1) Quien con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídico, perjudique el patrimonio de otro por medio de simulación de falsos hechos, suscite o mantenga un error, la desfiguración o la supresión de hechos verídicos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(2) La tentativa es punible.

(3) En casos especialmente graves, el castigo será de pena privativa de la libertad de uno hasta diez años. Un caso especialmente grave se presenta cuando el autor

1. actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se ha asociado para la comisión continuada de falsificación de documentos o estafa,

2. ocasione una pérdida patrimonial de grandes dimensiones o actúe con el propósito de conducir a un gran número de personas al peligro de la pérdida de activos mediante la comisión continuada de estafa,

3. conduzca a una persona a necesidad económica,

4. abuse de sus competencias, de su posición como titular de cargo, o

5. simule una contingencia de seguro después de haber puesto fuego él u otro con este fin a una cosa de significativo valor o haberla destruido total o parcialmente por incendio o haber hecho hundir o naufragar un buque

(4) El § 243 inciso 2, así como los §§. 247 y 248 a rigen en lo pertinente.

(5) Con pena privativa de la libertad de un año hasta diez años, en casos menos graves con pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años, será castigado quien cometa profesionalmente la estafa como miembro de una banda que

se ha asociado para la comisión continuada de hechos punibles según los §§ 263 hasta 264 o 267 hasta 269.

(6) El tribunal puede ordenar la sujeción a vigilancia de autoridad (§ 68 inciso 1)

(7) Deben aplicarse los §§ 43 a y 73 d, cuando el autor actúe como miembro de una banda que se ha asociado para la comisión continuada de hechos punibles según los §§ 263 hasta 264 o 267 hasta 269.” (Codigo Penal Alemán, 2012).

Partiendo de la diferencia en la redacción articulada de los dos códigos podemos observar que la construcción dogmática ha influenciado al legislador alemán a individualizar conductas a efectos de delimitar al delito. Igualmente conteniendo como novedoso que la tentativa es punible, situación que no sucede en la normativa ecuatoriana.

Situación sui generis se puede observar en el numeral quinto del delito de estafa Alemán, el mismo que me permito transcribir, “5. *Simule una contingencia de seguro después de haber puesto fuego él u otro con este fin a una cosa de significativo valor o haberla destruido total o parcialmente por incendio o haber hecho hundir o naufragar un buque.*”, encontrando que en el ámbito de los seguros en la República Alemana, se podría investigar a una persona que con la finalidad de actuar fraudulentamente con una compañía de seguros, simulando un hecho atribuible a tercero o a la naturaleza, destruya, hunda, haga naufragar o cometa incendio sobre el bien asegurado que necesariamente debe tener un alto costo comercial.

Si bien es cierto, que en el Código Penal derogado y en el COIP se protege a la persona que es víctima de un acto fraudulento, consiguiendo alegar una conducta parecida, ser adecuada e investigada como estafa, el código penal alemán en su parte respectiva, señala de mejor manera y más detallada esta posible conducta, especificando claramente, incluyendo al factor violencia solamente como un medio para conseguir el engaño, sin en ningún momento afectar de forma violenta al sujeto pasivo, que en este caso es una persona jurídica.

Varios doctrinarios han querido definir el delito de estafa, y entre ellos Antón Oneca lo ha conceptualizado así: *"la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno,*

que determinando un error en una o varias personas las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero" (Oneca, 1957, Pág. 70).

Ricardo Núñez también la define como: *"la defraudación sufrida por una persona a causa del fraude de que el autor hizo víctima a ella o a un tercero"* (Núñez, 1959, pág. 285).

Mientras tanto Soler la concibe así: *"disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, determinado por los ardides de alguien que tendía a obtener con ellos un beneficio indebido"* (Soler, 1973, pág. 346).

Para Gladys Romero la estafa es: *"un engaño causante de un error, que motiva una disposición patrimonial que provoca un daño patrimonial"* (Romero, 1998, pág. 113).

Según Molinario-Aguirre Obarrio, *"es pretender la obtención ilegítima de un derecho patrimonial ajeno, con perjuicio para la víctima, que lo entrega o concede voluntariamente, inducida a error, por empleo de ardides o maquinaciones aptas a ese efecto"* (Obarrio, 1996, pág. 335)

El doctrinario Conrado Finzi, define a la estafa de la siguiente manera: *"consiste en procurar para sí mismo o a otro un provecho injusto con daño ajeno, mediante engaño"* (Finzi, 1961, pág. 34).

Siguiendo el delito de estafa tipificado en nuestra legislación y la doctrina precedente, puedo extraer el siguiente concepto, el mismo que consiste en que la estafa es la disposición patrimonial causada a una persona mediante engaños, en la que el sujeto activo hace caer en un error inminente a fin de que el sujeto pasivo se confunda. Dejando así manifiesto que los elementos del delito son el engaño o ardid, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio y ánimo de lucro.

Al referirse a los elementos del delito estafa, Politoff/Matus/Ramírez señalan que los elementos de la estafa son: *"i) El engaño (acción de engañar); ii) El error que ese engaño produce en la víctima (efecto de engañar); iii) La disposición patrimonial (acto que genera*

el perjuicio) que provoca el autor del delito mediante su engaño, y iv) El perjuicio patrimonial (pérdida propiamente tal) que sufre una persona.” (Politoff/Matus/Ramírez, 2004, Pág. 418).

Partiendo de esta premisa, podemos observar que el engaño es parte esencial del delito de estafa, porque con la utilización de este tipo de situaciones mentirosas perspicaces derivan en un desmedro del patrimonio de la víctima, configurándose así el delito a investigarse.

Al respecto, Alfredo Etcheberry lo argumenta de esta manera *“estos elementos objetivos se encuentran entre sí ligados por una relación de causalidad”* (Etcheberry, 1998, Pág. 392). Por lo que creo necesario estudiar a profundidad el elemento engaño como parte esencial, debido a que si se logra identificar un engaño adecuado, se podrá encontrar un delito de estafa fuerte que abarque solamente a conductas predispuestas a engañar y causar un verdadero daño de interés patrimonial, dejando de lado las que no contravengan de sobremanera el orden de la sociedad, por lo que me permitiré desarrollar a continuación.

CAPÍTULO I. LA CONDUCTA TÍPICA SUBJETIVA ENGAÑO EN EL DELITO DE ESTAFA

CONCEPTO DE ENGAÑO, DELIMITACIÓN TÍPICA Y CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA

El Código Penal derogado y Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, en lo pertinente al delito de estafa, no establecen un concepto exacto del elemento engaño, por lo que la doctrina se ha encargado de aportar algunas definiciones sobre este elemento.

Concepto de engaño.- En palabras de Antón Oneca podríamos decir que la estafa consiste en *"la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero"* (Oneca, 1958, Pág. 70).

Al respecto Conrado Finzi, *"la estafa consiste en procurar para sí mismo o a otro un provecho injusto con daño ajeno, mediante engaño. Por ende, los elementos de la estafa son: el engaño y el daño"* (Finzi, 1961, Pág. 34).

Siguiendo estos conceptos el engaño, sería el elemento fundamental de la estafa, pues sin este no se podría configurar el mencionado delito, diferenciándolo totalmente de los demás delitos que afectan a la propiedad, siendo característica fundamental del mismo en relación a la agresión al patrimonio de la víctima.

La autora Gladys Romero, manifiesta que *"El engaño constituye la esencia del delito de estafa, pues ofrece una ilimitada variedad de ejemplos que son fruto del ingenio de la picaresca que se da en la vida real"* (Romero, 2007, Pág. 19).

El Diccionario de la Lengua Castellana del Dr. Rodolfo Oroz, define el engaño como *"acción y efecto de engañar"*, y por engañar se entiende, en primer lugar, *dar a la mentira apariencia de verdad*, y en segundo término, *inducir a otro a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes o fingidas* (Oroz, 1989, pág. 274).

El ardid también se encuentra como un punto central de la estafa, es así que de acuerdo al Dr. Eugenio Cuello el ardid es aquella que “indica la utilización de maniobras o artificios destinados a engañar” (Cuello Colón, 1952, pág. 491).

Por lo que el ardid es todo artificio o medio empleado mañosamente para simular un hecho falso o disimular uno verdadero, es el caso en el que el agente disfraza la verdad para así utilizar el engaño y hacer que el sujeto pasivo se desprenda de su patrimonio.

El engaño es también definido por Laura Damianovich “*como una simulación o disimulación de sucesos y situaciones de hecho, materiales y psicológicos, con las que se logra que una persona siga en error, o como falta de verdad en lo que se piensa y se dice o se hace creer con la finalidad de producir e inducir al acto de disposición patrimonial*” (Damianovich de Cerredo, 2000, pág. 397).

Por lo que, se puede apreciar que al delito estafa se lo asocia inmediatamente con la palabra engaño, siendo incluso asociado por el lenguaje ordinario como sinónimo de un perjuicio económico, puesto que tiene implicaciones en lo concerniente a lo patrimonial.

Al revisar el Art. 563 del Código Penal derogado, podemos observar que el legislador conceptualiza al engaño como la inducción de error de una persona a otra con el fin de apropiarse lesivamente de su patrimonio, procediendo seguido a esto con la casuística necesaria a fin de cumplir con el acto.

A pesar de la existencia del error y la disposición patrimonial perjudicial, sin el elemento engaño o ardid, por consiguiente no habría delito. El sujeto activo, quien estafa, tendría que ocupar el engaño para menoscabar la propiedad del sujeto pasivo que recaería en un error al ser víctima de la estafa. Sin el engaño el sujeto activo no podría utilizar un medio para convencer al sujeto pasivo a hacerse entregar patrimonio de este.

La doctrina ha recogido tres conceptos de engaño:

1. El concepto pre jurídico de *engaño* nos conduce a su sentido usual más extenso: “*cualquier falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer*” (Quintano Ripolles, 1978, pág. 590).

Según este concepto se recogen dos perspectivas del engaño que son la activa y pasiva. La perspectiva activa es la falta de verdad en lo que se dice o se hace creer, demostrando así falsedad con efecto hacia el exterior. La perspectiva pasiva, es la consecuencia de un engaño activo eficaz, que produce que el receptor del mismo construya mentalmente una discordancia entre la realidad y el conocimiento equivocado de la realidad, o error, que desencadena una falta de verdad en lo que se piensa.

En virtud de lo expuesto, es improcedente confundir el engaño y error, puesto que el legislador según el delito de estafa vigente, solamente actúa sobre el comportamiento del sujeto activo, ya que el engaño es fungido únicamente por el sujeto activo con total independencia de las artimañas que utilice para confundir al sujeto pasivo y de las falsas creencias que éste construya en su mente por el error al que es inducido. Además, el acto que realice el sujeto pasivo a fin de evitar el engaño nunca alterará el carácter falso de la conducta del sujeto activo.

En el caso de incluirse el error en el engaño, se llegaría al absurdo de desvalorar en el tipo la conducta del sujeto activo solo en función de la diligencia o negligencia de la víctima, derivando en que la motivación estaría dirigida a la víctima por el sujeto activo no recibiría otra motivación que la de desplegar el engaño sobre los más crédulos, en lugar de hacerlo sobre los listos.

2. Sobre el contenido del engaño que interesa para la consideración de la estafa, se puede observar que existe en la doctrina una distinción de criterios en las que se contraponen dos: que el engaño típico en la estafa versa tanto sobre hechos como sobre juicios de valor.

Al entender hechos, se considera a los percibibles por los sentidos, que se hallan en el tiempo y en el espacio, perteneciendo al presente o al pasado, como lo son (sucesos, situaciones, relaciones, propiedades, cualidades etc). En la estafa que versa en hechos, se

ejemplifican los hechos y se concluye en ocasiones, en una fórmula de interpretación extensiva, como al indicar “valiéndose de cualquier otro engaño semejante”.

Al contrario, juicio de valor se entiende como una aparente opinión superficial de la cosa que puede contener la afirmación de un hecho, como por ejemplo, el manifestar que se trate de "un auto muy veloz" o del “mejor auto del mundo”, situación que acarrea que la persona ponga apreciación personal del bien sobre su identidad, es difícil saber si es pura opinión, o presupone la realidad de unos hechos, como podrían ser más apto para desarrollar una mejor y mayor velocidad de todos los modelos que están disponibles en el comercio.

Si la conducta engañosa sobre un juicio de valor o un hecho es suficiente para producir error a otra persona y esta despojarse de su patrimonio, podría ser estafa, para que en el desarrollo de la investigación se discrimine si esta conducta produciría efectos relevantes en el derecho penal. Los artificios ocupados no son trascendentes en el caso de que el error haya nacido en el sujeto pasivo.

3. Al momento de determinar la forma de manifestar el engaño, según el Código Penal anterior y el Código Orgánico Integral Penal, se ha precisado que el sujeto activo necesariamente debe desplegar un montaje, artificio o ardid que refleje una actividad constructiva, que disfrace la mentira y la dote de credibilidad.

En este caso se encuentra el criterio limitado, en el que el engaño como elemento fundamental, exige la existencia de una especial maquinación, revistiéndolo de una entidad a fin de provocar el error.

Naciendo así la teoría de la *mise en scène*. Para la autora Gladys Romero “*la teoría de la mise en scène tiene su origen en el Código Penal Francés, que al tipificar la estafa utiliza –entre otras – las expresiones maniobras fraudulentas*” (Romero, 2007, Pág. 167).

Encontrándose que la teoría del *mise en scène*, tiene como principal finalidad subsumir al engaño como hechos que fueron positivamente realizados con maniobras fraudulentas, trasladadas a hechos mentirosos, presentando un sujeto activo de mayor impacto en la

sociedad, puesto que la víctima queda mayormente desprovista de defensa al momento de subsumirse en la construcción engañadora.

Francesco Carrara da un ejemplo en el que se puede básicamente encontrar la aplicación de esta teoría, cuando *“una anciana disfrazada de mujer de altos recursos, con joyas falsificadas y vestimenta de seda, hace creer a la víctima que puede adivinar los números de lotería, dando a entender que su aparente riqueza es fruto de sus continuas ganancias con la lotería”* (Finzi, 1961, pág. 39).

También existente, está la simple mentira que puede causar el error en otra persona y por consiguiente perfeccionar la estafa con la disminución del patrimonio, sin necesidad de la actividad constructiva tendiente al engaño, provocando igualmente el error y disminución patrimonial en la víctima, sin importar que hayan existido medios refinados o simples para acceder a la credulidad de ella.

El autor español Bajo Fernández, *“a efecto de encuadrar la simple mentira como una modalidad de engaño típico exige que ésta (la simple mentira) al menos vaya acompañada de una maquinación o maniobra fraudulenta que pueda por si misma producir el error y la consiguiente disposición patrimonial”* (Bajo Fernández, 1993, Pág. 168).

Al otro lado se encuentra el criterio amplio, indica que no es necesario que haya un despliegue, actividad fraudulenta exterior o mentira, pues es suficiente que la conducta induzca al error a la víctima, y esta sea idónea, provocando un engaño no fácilmente verificable. Esta teoría se considera más adecuada, ya que no se exigen mayores requisitos para que el engaño surta relevante y se configure el delito.

Delimitación típica del engaño.- Desde la premisa de que el engaño, no es sino la falta de verdad en lo que se piensa (engaño pasivo o error fruto del engaño activo), se dice o se hace creer (engaño activo), se puede tener la certeza de que los engaños pasivos están excluidos del tipo, ya que como se explicó anteriormente, a estos no se puede dirigir la prohibición. Siguiendo esta premisa, no serán típicos los engaños que no se refieran al comportamiento del sujeto activo (a quien se dirige la motivación), con proyección hacia el exterior (pues el

derecho penal no puede actuar sobre los pensamientos y sentimientos mientras estos no se exterioricen como una actuación típica); por lo que, el engaño pasivo nunca será típico.

Al referirse de que si son típicos o no los engaños que consisten en juicios de valor, o únicamente los referidos a hechos; si son típicas las simples mentiras que no van arropadas de cierta actividad constructiva, o si han de excluirse los engaños por omisión, no se puede resolver en ningún momento si no existe el debido análisis de las exigencias del tipo. La estafa en el Ecuador se encuentra, tanto en el Código Penal derogado recientemente y en el Código Orgánico Integral Penal, establecido su alcance, evidenciando que debe haber cierta actividad constructiva para poder configurarse una forma de delito.

González Rus se manifiesta así: *“Siempre ha sido una constante de la interpretación doctrinal y jurisprudencial la idea de que la ley penal no puede ser instrumento utilizado para reprimir todos los fraudes, que abusan de la buena fe de otros por lo que no todo engaño puede ser constitutivo de estafa”* (González Rus, 1996, pág. 659).

A partir de lo indicado por González Rus, el engaño debe ser limitado, al ser tan amplio, por el concepto mismo de estafa, encuadrándolo estrictamente en lo concerniente a ataques al patrimonio que cuantitativamente y cualitativamente sean graves, en razón al principio de mínima intervención que rige al derecho penal, buscando un engaño relevante.

Según Conde Pumpido, *“deben considerarse penalmente relevantes aquellos engaños, cualquier que sea su mecanismo o forma de manifestarse, que se revisten de credibilidad por desarrollarse en un ámbito que el uso social estima está dominado por la buena fe, de modo que el sujeto pasivo tiene derecho a confiar en la veracidad de las manifestaciones de la otra parte”* (Conde Pumpido, 1999, pág. 52).

En base a esto, para que la estafa exista, su elemento engaño debe directamente afectar a la buena fe, presupuesto que se presume en la sociedad, para que a partir de esta vulneración, provocar un daño en las costumbres vigentes.

Los usos y las costumbres, son limitaciones que dan al engaño, bases para que manifestaciones de la sociedad como el elogio excesivo a un producto o exageración en la

bondad de lo vendido o dado, den al sujeto pasivo desconfianza y no se acepte totalmente la buena fe en el negocio, puesto que son exposiciones que son comunes en la sociedad, dentro de determinados grupos sociales.

Construcción dogmática.- El delito se construye dogmáticamente, mediante acto, tipicidad, anti juricidad y culpabilidad, y son componentes esenciales, que sin ellos no podría existir un delito pesquisable por la función judicial.

ACTO

El poder punitivo del estado está limitado por el derecho penal, el mismo que a su vez, está en estricta garantía y velación de los derechos humanos en virtud de ser un Estado de Derechos y Justicia, tal como manifiesta y de conformidad con la Constitución. Por consiguiente, la facultad de castigar está a cargo de la función judicial, bajo preceptos legales y convenios internacionales.

La ley sanciona acciones humanas en las que se puede adecuar una conducta a una figura legal, así se encuadra el acto con la norma jurídica.

El acto, en sentido penal, es una exteriorización de una conducta propia del ser humano, que al salir de los límites del pensamiento se convierten en conductas que pueden ser castigadas. Nadie puede ser castigado por sus pensamientos ya que se encuentran dentro del ámbito ideal de los deseos y dejan de ser punibles pues no engendran responsabilidad penal.

La conducta exterior puede asumir una forma positiva (hacer algo que la ley prohíbe), que es la "acción" propiamente dicha; o una forma negativa (dejar de hacer lo que la ley ordena), que es la omisión. Las acciones positivas y negativas son siempre punibles.

Las acciones externas, se adecuan en conductas que están contenidas en figuras delictivas, actos que contravienen lo lícito.

Se desprende que el acto es humano, porque es una acción que proviene del hombre o mujer, ya que es el único sujeto activo del delito. Es voluntario, porque se desenvuelve dentro de la libertad del individuo, porque el sujeto activo ha tenido la posibilidad y facultad de optar por realizar un acto o no.

La conducta exterior, sea positiva o negativa, devenga de un humano y sea voluntaria, debe causar un evento o efecto, que modifique el mundo exterior, creando en ese momento un resultado que puede considerarse punible si está dentro de lo anti jurídico. Existen autores que sostienen que hay delitos que no producen resultado alguno, fundamentando en que en los delitos de peligro no existe tal resultado material o físico, y que éstos se dan solamente en los delitos de daño o lesión. Sin embargo en los delitos de peligro si existe una modificación en el mundo exterior (resultado), encontrando que si hay algo nuevo que no existía antes, que es la situación de peligro, o sea la probabilidad de que se actualice un resultado dañoso próximo.

Así se establece, que en todos los delitos existe un resultado, aun cuando en ciertos delitos puede faltar una consecuencia material/físico (en los delitos de peligro no hay muerte o destrucción), siempre la realización de estos delitos crea algo nuevo y modifica el espacio.

El acto se rige por el principio de materialidad, que manifiesta que para configurarse delito debe necesariamente existir un acto humano, un comportamiento, una conducta; resaltando que, no hay conducta humana sin participación interior del agente en lo que hace y deja de hacer (omisión).

Según Fontán Balestra, dentro de este contexto indica: *“el a la acción o conducta como el movimiento corporal voluntario, que mediante una relación causal produce una modificación del mundo exterior perceptible de ser apreciado por los sentidos, que se denominan resultados”* (Fontán Balestra, 1961).

Para que exista acto deben configurarse varios requisitos como lo son:

- **Voluntad:** el sujeto activo, por su propio medio (libre arbitrio) o por influencia de un tercero (autoría mediata), realiza una conducta que desencadena efectos en la sociedad. El sujeto activo engaña al pasivo desenvolviéndose de manera libre con ánimo de ejecutar un una determinada conducta a fin de plasmar su intención. Sin voluntad del sujeto activo no podría existir acto.

- **Resultado:** consiste en la modificación del mundo exterior perceptible de ser apreciado por medio de los sentidos humanos. Este tiene que ser inteligible, puesto que sin un resultado no cabría la relación causal. El engaño debe causar un efecto, que podría llevar a producir error en la otra parte.
- **Relación causal:** es el nexo o vínculo entre el movimiento corporal y el resultado. La conducta exterior, positiva o negativa (hace o dejar de hacer), humana (realizada por una persona) y voluntaria (libre), debe estar vinculada causalmente al cambio en el mundo exterior perceptible, al resultado, evento o efecto; es decir, el cambio externo debe ser causado por la conducta exterior.

En este sentido es claro afirmar que el acto punible dentro de la estafa deberá reunir ciertos requisitos propios del acto en especial la caracterización de actos preparatorios conducentes a la realización del tipo, en este sentido la fase interna será mucho más desarrollada que en el resto de tipos penales, en este sentido claramente afirma Frister *“Únicamente surgen dificultades de delimitación en el acto respecto de la cuestión de si y en qué medida deben ser considerados una acción los movimientos corporales inconscientes”* (Frister, 2011, pág. 102), razón por la cual es fácil distinguir que el concepto de acción será mucho más extenso y completo en lo que a la acción lesiva del tipo estafa respecta.

TIPICIDAD

Francisco Muñoz Conde, la define como: *“La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal”* (Muñoz Conde, Francisco y García, Mercedes, 2004, pág. 251).

Se dice que un acto es típico, cuando se puede encuadrar o ajustar perfectamente en el tipo específico, cuando lo sucedido es idéntico al tipificado como delito en la ley penal. Es decir, cuando se encuadra a la perfección en algún molde delictivo en alguna figura delictiva. Si no hay concordancia entre el hecho y la descripción legal del delito, hay falta o ausencia de tipicidad; consecuentemente el acto es impune.

La Corte Constitucional de la República de Colombia, en su sentencia No. C 301/11 se manifiesta de la siguiente forma: *“Si bien se ha reconocido el amplio margen de configuración de que goza el legislador para la fijación de las conductas penales típicas, dicha atribución debe ceñirse a las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad, que sirven como herramienta de protección de los derechos fundamentales que se pueden ver vulnerados en ejercicio del poder punitivo del Estado, pero ello no significa que el legislador no pueda emplear diversas técnicas para la configuración normativa del delito, con las cuales sea posible incluir en el precepto las diferentes y complejas modalidades con que pueden actuar los individuos para desplegar conductas penalmente reprochables”* (Henaó Pérez, 2014).

Por lo que, en relación directa a la tipicidad, se encuentra el principio de legalidad, en el que la Ley es la única fuente propia y verdadera de Derecho Penal, podemos desarrollar a base de esa premisa lo consecuente.

Se deriva del principio *“nullum crimen, nulla poena sine lege”* (principio de legalidad) esto es, la garantía de que sólo las conductas contemplados previamente en la ley (norma vigente) como delitos podrán ser penados. Nace de la Ley y se encuentra establecido en nuestra Constitución, específicamente en el artículo 76, numeral 3 que dice *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El principio de determinación o de tipicidad *“nullum crimen, nulla poena sine lex certa”*, la determinación se refiere a la descripción exhaustiva de las conductas y su pena a través de la tipificación correspondiente.

Mientras que el principio de prohibición de retro-actividad *“nullum crimen, nulla poena sine lex praevia”*, indispensable complemento de la tipicidad es la prohibición de retro-actividad con la cual aparece unido el principio de legalidad. El delito debe ser escrito, cierto y previo.

Por otro lado el principio de interdicción de la analogía “*nullum crimen, nulla poena sino lege stricta*”, tiene vinculación con el de legalidad, y presupone la supremacía rigurosa de la ley, debiendo esta ser estricta.

Fontán Balestra sintetiza diciendo que “*es la característica que tiene la conducta en virtud de poder ser encuadrada en el tipo penal, a través del juicio de tipicidad, que significa la posibilidad de comprobar que reúne esos requisitos objetivos y se enmarca en los mismos*” (Von Liszt, Tratado de Derecho Penal, 1927, pág. 146).

Dentro de los elementos característicos del tipo estarán dos elementos valorativos que serán los que configurarán este tipo delictual ellos serán el engaño y la inducción al error.

Para que exista tipicidad objetiva en la estafa deberán reunirse tres elementos, el primero es el ardid o engaño, así Antón Oneca dice que el engaño es la capacidad para inducir al error a una o más personas.

El segundo elemento es el error, este deberá versar respecto del sujeto pasivo o víctima, aquel error del cual el sujeto activo se vale para cometer el ilícito, Pérez Manzano lo define como un conocimiento viciado de la realidad, Conde Pumpido Ferreiro lo conceptualiza como la presencia de una falsa representación de la realidad producto del engaño, por último Donna lo caracteriza como una contradicción entre la representación subjetiva y la realidad objetiva, este error es comprobable en el caso que nos corresponde.

El último elemento de la tipicidad objetiva viene a ser la relación entre el engaño y el error, en palabras de Donna, el engaño deberá inducir al error, serán un antes y un después de la tipicidad objetiva, para esto el engaño deberá ser lo suficientemente idóneo para hacer caer a la víctima en el error, sin que la simple mentira pueda configurar el engaño, dando lugar a la negligencia de la víctima, por tanto en el caso que nos ocupa no ha sido posible establecer este nexo causal, ya que al no existir ardid el error no puede subsistir por si solo como elemento del tipo.

ANTI JURIDICIDAD

Este principio “*nullum crimen, nulla poena sine injuria*”, llamado también del bien jurídico, establece la vigencia de los principios expuestos, garantizando posibles excesos del sistema punitivo de un Estado.

Sintetizándose en que no hay delito sin ofensa, como lesión o peligro, del bien jurídicamente protegido.

Necesariamente, debe existir una norma que prohíba la conducta de un daño al bien protegido.

Fontán Balestra indica, que “*se trata de la contradicción entre la conducta típica y el ordenamiento jurídico, concebido como un sistema. La misma es probada por vía negativa, es decir averiguando si ocurre alguna causa de justificación (legítima defensa), debiendo probarse los supuestos objetivos de la misma*” (Von Liszt, Tratado de Derecho Penal, 1927, pág. 147).

La antijuridicidad dentro del tipo penal estafa, siguiendo los argumentos antecedentes vendrá dada por la antijuridicidad formal y material, pues por tratarse de un delito de resultado requiere que se configure tanto el desvalor de acto como el desvalor de resultado.

Esther Hava García, dentro de su ensayo “Desvalor de Acción y Desvalor de Resultado”, se manifiesta así: “*El contenido material de la antijuridicidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (**desvalor de resultado**) es antijurídica, sino solo aquélla que se deriva de una acción (u omisión) desaprobada por el ordenamiento jurídico (**desvalor de acción**)*” (Hava García, 2014).

Al referirme con desvalor de acto y desvalor de resultado dentro de la estafa, me subsumo en que debe reunirse la concomitancia del desvalor de acción como el de resultado, pues debe haber una afectación al bien jurídico y que a su vez también necesariamente se debe ir en contra del ordenamiento establecido.

CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad "*nullum crimen, nulla poena sine culpa*", básicamente establece que sin culpabilidad no hay delito. Para esto, según lo antes indicado, se deriva que no hay delito si éste no es manifestación libre (consciente) y racional de un ser humano.

Es el conjunto de presupuestos que fundamentan la responsabilidad personal de una conducta antijurídica (contradictoria a lo establecido por el cuerpo normativo penal).

Por lo expuesto, es la reprochabilidad que hace una persona capaz a lo típico y antijurídico, que evidencia con su conducta (acto) una disposición anímica concreta, existiendo la obligación de él de actuar de una forma diferente, y que el derecho penal en sí está en obligado de exigir una actitud distinta a la que se realizó en determinado caso.

Como indica Stratenwerth "*el hecho que el individuo tenga que responder por su hacer u omitir como persona, es una de las reglas fundamentales de nuestro orden social*" (Von Liszt, Tratado de Derecho Penal, 1927, pág. 148).

Bajo todos estos preceptos, se puede apreciar que para que exista el delito de estafa, deben concurrir varios elementos que son esenciales. El engaño en sí, nace de una persona capaz, que es libre de desenvolver su intención de provocar el error y por consiguiente apropiarse del bien.

Esta conducta está enmarcada en la norma, pues existe un delito que persigue el ilícito que es de apropiarse de un bien ajeno de otra persona utilizando medios engañosos.

En base a lo dicho, existiendo un menoscabo en el patrimonio de la otra persona, se evidencia claramente que el bien jurídico protegido que es la propiedad ha sido dañado, siendo este tutelado por la norma constitucional y por la ley penal sustantiva.

Y, por último que la persona que engaña actúe de manera libre y consciente de que está violando lo calificado con típico, anti jurídico, conociendo que podía haber actuado de otra

manera sin hacerlo, aprovechándose del error que recayó la víctima y por consiguiente configurándose el delito fin.

El juicio de culpabilidad requerirá exactamente los mismos elementos que el resto de tipos penales, conociendo si la ilicitud de la conducta no puede ser disminuida a causa de un error de prohibición directo (sobre el alcance de la norma) o indirecto (sobre las causas de justificación).

La inducción al engaño, postura de las teorías doctrinarias respecto de la conducta lesiva.

La inducción al engaño.- La conducta engañosa idónea, tiene como fin macro social afectar la buena fe colectiva, lo que versa en que necesariamente debe también ir acompañada de un menoscabo patrimonial por parte del individuo.

La autora María Luz Gutiérrez se manifiesta así: *“Desde la perspectiva patrimonial, la que ha prevalecido, diríamos que la conducta engañosa descrita contiene un peligro implícito para el patrimonio, pero solo se completa íntegramente el desvalor contenido en el tipo, cuando el riesgo se materializa en el resultado a imputar: la lesión de patrimonio”* (Gutiérrez, 1991, pág. 369).

A partir de lo expuesto, se entiende que lo prohibido no es el empleo de engaños idóneos para generar error, sino cuando inducen a actos de disposición patrimonial lesivos; dando así, como resultado que el engaño además de idóneo debe ser inductor del traspaso patrimonial dañoso.

El autor González Rus, hace notar que la importancia del término *“induciéndole, empleado por el legislador, puede ser decisiva a la hora de precisar la relevancia del engaño”* (Gutiérrez, 1991, pág. 370).

Deduca el mismo penalista, que debe existir una serie de consecuencias respecto al engaño típico en la estafa. Apunta, en tal sentido, el relevante papel que en este delito corresponde a la víctima (inducido), por cuya acción se ocasiona la disminución patrimonial

llegando a considerar equiparables a la autoría mediata, los supuestos en que la lesión se produce en el patrimonio de un tercero.

Pero, además, en el citada expresión legal, encuentra González Rus información sobre dos notas adicionales del engaño típico en la estafa: habrá de ser “directo y eficaz” conocidos requisitos de la inducción penal: directo, por ser precisamente una relación personal, aunque se establezca de forma anónima, entre el engañador (sujeto activo) y el engañado (sujeto pasivo), de tal modo que se cree en el último la decisión de realizar el acto de disposición que previamente no existía.

Y eficaz, en el sentido de necesitar de una entidad suficiente como para que pueda ser conectada causalmente con la voluntad del individuo, lo que equivale realmente a que sea bastante.

A partir de la fórmula anterior, se deduce que debe existir un nexo entre el engaño típico (delimitado por su idoneidad para producir error en otro, como el concepto premisa de un comienzo) y el resultado lesivo.

El delito de estafa eminentemente es de resultado, por lo que a continuación procederé a ocuparme, sobre qué relación debe constar para que el resultado exigido por el tipo pueda imputarse al autor como producto de su acción.

El resultado en la consumación de la estafa, es el perjuicio patrimonial; y, en virtud de esta premisa, se ha planteado que la cuestión relativa al nexo que había de concurrir entre acción y resultado, para poder imputar al autor, se puede observar lo siguiente.

Teoría de la Adecuación: Concebida en un inicio como una teoría causal (teoría de la causalidad adecuada), al momento de tratar de delimitar la responsabilidad jurídico-penalmente relevante dentro de la causalidad, mediante como lo llama Gutiérrez Luz, ciertas restricciones a la causalidad natural física.

Según Enrique Gimbernat Ordeig, *“No es causa del resultado toda condición sin la que no se hubiera producido el mismo, sino solo la que ordinariamente lo produce según la*

experiencia general: la condición ha de ser adecuada al resultado, y solo lo son aquellas condiciones típicamente apropiadas para producir el resultado” (Ordeig Gimbernat, 2007).

Al respecto, Muñoz Conde dice que “el que el engaño sea causa adecuada para producir error, es una cuestión que debe resolverse en atención a las diversas circunstancias concurrentes” (Valle Muñiz, 1987, pág. 153).

Refiriéndose que para producir normalmente un resultado el engaño debe necesariamente ser adecuado. Por lo que Valle Muñiz, en base a lo manifestado, indica que “la delimitación típica del engaño debe realizarse, no desde el terreno de la causalidad, sino desde la nueva teoría de la imputación objetiva” (Valle Muñiz, 1987, pág. 163).

Según Francesco Donna los tres elementos del tipo objetivo “*deben darse en el orden descripto y vincularse por una relación de causalidad -o si se prefiere de imputación objetiva-, de modo tal que sea el fraude desplegado por el sujeto activo el que haya generado error en la víctima y ésta, en base a dicho error, realice una disposición patrimonial perjudicial” (Donna, 2001, Pág. 273).*

De acuerdo a la tesis de la imputación objetiva, la relación que mantiene el sujeto activo y pasivo, respecto al patrimonio, aumenta la peligrosidad de exposición de esto en base del escenario donde se está desarrollando el acto, pudiendo causar que el engaño surta efecto fácilmente y se induzca al error; siendo lo contrario cuando el ámbito de desarrollo es privado y no representa un peligro bastante, deducida de la esencia de la norma penal, siendo esta la única en restringir típicamente la conducta; en otras palabras, solamente es objetivamente imputable un resultado que haya sido causado por la acción humana, específicamente cuando esa acción haya creado un peligro desaprobado dentro de la esfera de lo jurídico.

Para la delimitación del engaño, el resultado lesivo ha de ser imputable jurídicamente, no a cualquier engaño, sino al peligro que haya efectivamente causado un error en la víctima. Concluyendo que engaño idóneo es el único que puede ser protegido por el derecho penal y que el mero peligro ocasionado es suficiente para que exista imputación objetiva.

Al hablar de conductas aprobadas y toleradas, se encuentra que no se considerará engaño a todo tipo de costumbres sociales que supuestamente tienen como fin engañar y

menoscabar el patrimonio de alguna persona, puesto que el sujeto pasivo es consciente de que puede caer una de estas artimañas.

El engaño en el tipo penal estafa previsto en el Sistema Penal Ecuatoriano

A lo largo de la historia el delito de estafa ha evolucionado de gran manera, pues en el siglo XVI la estafa era considerada únicamente como una falta leve no agravada (incluso en ocasiones perdonada por ser mera travesura); hasta que, en el siglo XVII, por influencia de las guerras y colonización, al existir desplazamientos de población y generación de pobreza, se hizo imperioso normar este delito por cuanto las mentiras de los timadores y embaucadores se desplegaban en grandes proporciones y contribuían al “hurto”, llamado así en aquellos tiempos, de valiosos patrimonios.

En el Ecuador, la estafa se ha estructurado de algunas formas mediante avanzan los años, modificándose por consideraciones políticas y sociológicas del momento, abarcando al engaño de maneras similares, pese a leves re direccionamientos.

Para analizar el engaño dentro de la estafa, tal como se encuentra en este momento coyuntural del país, me subsumiré a lo expuesto en el Código Penal derogado recientemente y al Código Orgánico Integral Penal, este último que entrará en vigencia partir del presente año.

El Código Penal derogado en meses anteriores en su artículo **563** versa en lo siguiente: *“El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América. Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que*

cometiere el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos. La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales” (Código Penal, 2013).

Se puede observar que al comienzo del artículo precedente, se indica que una persona que tiene el ánimo “dolo”, de hacer caer a otra persona en un error idóneo con la finalidad de apropiarse del patrimonio de esta, definiendo el legislador como engaño a “...*haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad...*”, incluso generalizando muchas otras conductas similares utilizando la palabra “...o cualquier otro acontecimiento quimérico...”, imbricando la asociación de otros hechos engañosos que pueden ser interpretados de acuerdo a nuevas formas de cometimiento de un delito

Cuando se establece “...o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad...”, el engaño debe repercutir en la confianza y credulidad, llevando a que se deba crear una falsa realidad, irrumpiendo el nivel de confianza de la persona, haciendo que el individuo llegue a ceder su buena fe y caer en un error, que es el de suponer que el sujeto activo actúa sobre hechos verídicos, que en conclusión derivan en fatídicos momentos para apropiarse de la propiedad, que en muchos casos es básica en su supervivencia.

La simple mentira y la maniobra fraudulenta están presentes, puesto que se disfraza al hecho real por otro ficticio que no corresponde al existente, armando una serie de artificios a fin de constituir un escenario que influenciará a la víctima de tal manera que confiará en esta y entregará el bien a esa persona sin conocer que está perdiendo su patrimonio.

El engaño de este artículo mantiene concordancia con conductas que pueden ocurrir, englobándolas solamente a la realidad del tiempo en el que fue creado, sin apreciar nuevas conductas que pueden aparecer con el desarrollo de la tecnología y la sociedad, que cada día más se vuelve proclive a crear escenarios en los que la delincuencia puede atacar, derivando a que el sujeto activo pueda ya no solo desenvolver el engaño directamente en presencia de la víctima, sino también ahora ya por medios tecnológicos, en los que se promueve una mayor

técnica en crear el artificio y hacerlo parecido a la verdad a fin de que sea creíble y provoque el error.

Después de casi dos años de debate en la Asamblea Nacional, se logró conformar un cuerpo normativo que se espera esté a la altura de las exigencias, publicándose con registro oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014, naciendo así el Código Orgánico Integral Penal (COIP), tipificando al delito de estafa de la siguiente manera:

Art. 186.- 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 sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La pena máxima se aplicará a la persona que:

1. Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito, pago o similares, cuando ella sea alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario.

2. Defraude mediante el uso de dispositivos electrónicos que alteren, modifiquen, clonen o dupliquen los dispositivos originales de un cajero automático para capturar, almacenar, copias o reproducir información de tarjetas de crédito, débito, pago o similares.

3. Entregue certificación falsa sobre las operaciones o inversiones que realice la persona jurídica.

4. Induzca a la compra o venta pública de valores por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.

5. *Efectúe cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor.*

La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La estafa cometida a través de una institución del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera mediante el empleo de fondos públicos o de la Seguridad Social, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La persona que emita boletos o entradas para eventos en escenarios públicos o de concentración masiva por sobre el número del aforo autorizado por la autoridad pública competente, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a noventa días” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

El elemento engaño, como componente básico de este delito, se lo puede apreciar en el artículo que antecede de la siguiente manera específicamente en dos de sus partes: en “...mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra”; y, en los cinco numerales siguientes que taxativamente indica modalidades en las que se puede canalizar el engaño con el propósito de conducir al error idóneo.

Se encuentra que el engaño no solamente está la simple mentira y alteración de un escenario, sino también en la generación de nuevas situaciones, que dejan de ser generales y limitan el actuar del sujeto activo a determinados hechos que solo pueden configurarse con influencia de artificios calificados, como lo son tarjeta de créditos, negocios de entretenimiento e instrumentos de negocio.

El asambleísta al agravar la pena, *“La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años”* (Código Orgánico Integral Penal, 2014), se puede observar que se consideró que por convertirse en un hecho que daña considerablemente a la sociedad y merece de mayor atención, se pide un castigo mayor, en comparación a la conducta que perjudico en menor proporción a la víctima y por consiguiente a la sociedad, tratando de frenar de manera preventiva las estafas masivas a las que últimamente la sociedad ecuatoriana ha estado acostumbrada.

El estafador que prepara una mayor artimaña, disfrazándola de más artificios, buscando un engaño que pueda ser cada vez más difícil de ser detectado por la sociedad.

Al incluir como engaño también a la intermediación en el sistema financiero nacional o economía popular y solidaria o seguridad social, se deriva que al estar involucrado dinero público, este se convierte en un caso de conmoción social y de directo interés del Estado como tal, el perjuicio patrimonial crece y se discurre que el bien jurídico protegido ha sido gravemente lesionado y merece de una pena ejemplar, que en este caso es de cinco a siete años de privación de la libertad.

Considerándose así, mayor especificación de un engaño que puede ser desarrollado con mejor fineza, que el de otro timador común que puede llegar a usar la simple mentira y no desenvolver escenarios artificiales más sofisticados en su conducta.

Planteamiento de consecuencias y avances en el Ecuador

La estafa desde el primer Código Penal, el del año 1837, confundió claramente el engaño con otros delitos, delimitándose posteriormente conforme se conformaban nuevas reformas, pasando por el Código Penal derogado recientemente, incorporado en el Art. 563 del Código Penal, vigente desde 1971 hasta el 10 de agosto del presente año.

El tratadista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, en relación al Código Penal se manifiesta de la siguiente forma: *“hace una extensa relación de las maneras como se puede manifestar en la realidad el fraude, pero concluye con una fórmula general que rompe la limitación*

impuesta al principio por el casuismo, al decir “o para abusar de otra manera de la confianza o credulidad”, dentro de cuya amplísima fórmula encierra todas aquellas conductas que inciden en el aprovechamiento de una confianza, en la inducción al error, o en el aprovechamiento del mismo” (Zabala Baquerizo, 1992, pág. 98).

Siguiendo este sistema casuístico francés, el delito de estafa se mantiene con la misma estructura, incluso en el vigente Código Orgánico Integral Penal COIP, encontrando un tipo penal de estafa que evidencia algunas características:

En primer lugar para mí no es un avance, es un tipo mal redactado y sin ninguna sistematicidad, lo que se evidencia al momento de introducir varias conductas que no constituyen propiamente estafa, como el tema de la emisión de boletos en espectáculos públicos.

El tipo penal de la estafa, al igual que el Código Penal (1971) constituye un tipo doloso activo, que se caracteriza por tener dentro de la parte subjetiva del tipo dolo, situación que determina específicamente la necesidad de demostrar el dolo directo del sujeto activo. Pero la parte subjetiva del tipo, no solo nos presenta como requisito el “dolo” debido a que dicho dolo debe tener una finalidad determinada que se refleja cuando el legislador señala “para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona”, por ello, para que la parte subjetiva del tipo se configure debe demostrarse que la conducta fue dolosa en beneficio del sujeto pasivo u otra persona.

Con relación a la “conducta” (dolosa), es necesario que se incurra en: 1) Una simulación de hechos falsos; o, 2) la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos. Ambas conductas deben producir una consecuencia de “inducir un error”¹ en el sujeto pasivo, por ello el engaño se configura el momento de inducir el error al sujeto pasivo mediante cualquiera de las dos conductas indicadas, con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial (para el sujeto activo o para un tercero) en perjuicio del patrimonio del sujeto

¹ **engañar.**

(Del lat. vulg. **ingannāre*, burlar).

1. tr. Dar a la mentira apariencia de verdad.

2. tr. Inducir a alguien a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas. [...] <http://lema.rae.es/drae/?val=enga%C3%B1o>

pasivo (si no hay perjuicio no hay estafa). El engaño se configura al momento de inducir al error en el sujeto pasivo.

Con respecto a los demás elementos que presenta el tipo en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5, constituyen modalidades de la estafa que sólo influyen en la cuantificación de la pena, no son conductas independientes, por ello deberá cumplirse también cada uno de los elementos del tipo genérico.

El último inciso (emitir boletos o entradas a eventos en escenarios públicos) parece ser un tipo penal independiente que nada tiene que ver con la estafa y que no necesita engaño ni ninguna de las condiciones de la estafa.

A fin de continuar con el análisis con respecto al engaño y sus elementos, podemos continuar con la tipicidad objetiva de la estafa.

CAPÍTULO II. TIPICIDAD OBJETIVA EN EL DELITO DE ESTAFA

EL ACTO DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL

Dentro de la Estafa, al hacer efecto el engaño y recaer en error, la víctima necesariamente debe realizar un acto de disposición patrimonial, en consecuencia de la afectación al bien jurídico protegido.

Para el autor Valle Muñiz, el acto de disposición patrimonial se define así: *“aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error, que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero”* (Valle Muñiz, 1987, pág. 214).

Partiendo de este concepto, se puede evidenciar que la víctima se lesiona, en consecuencia de la conducta del sujeto pasivo, pues ella con su propia voluntad y conciencia (afectada) daña su patrimonio, diferenciándose así la estafa de otros delitos que afectan igualmente el patrimonio, pues en este el sujeto pasivo hace una contribución especial de su bien jurídico protegido.

En cuanto al acto de disposición, Bajo Fernández dice lo siguiente, *“Es imprescindible que la disposición sea analizada por la misma persona que sufrió el engaño, pero –en cambio- el acto de disposición puede generar un perjuicio patrimonial propio o ajeno, de modo que no necesariamente debe coincidir la identidad de quien dispone movido por error, y quien en definitiva resulta perjudicado”* (Bajo Fernández , Pérez Manzano, & Suárez González, 1993, pág. 283).

El acto de disposición puede derivar en la entrega o en gravar un objeto material, como también la prestación de un servicio. Por ejemplo, hacer mediante engaños, serie de artimañas, una persona confunda a un profesional o artesano para que preste sus servicios, haciéndolo caer en error y no cubrir el pago de su trabajo mediante falsas ofertas.

El servicio profesional implica la prestación de un comportamiento que debe ser retribuido con un valor económico, o un simple comportamiento que debe a la entrega pecuniaria valiosa, acto jurídico de transferencia de la propiedad o de renuncia a ella, en definitiva de cualquier bien mueble, inmueble o derecho. Situación que es discutible, puesto que se estaría entrando en el ámbito civil y laboral, más aun al existir un convenio entre las partes, con incluso en ocasiones registro y protocolización del contrato de trabajo. Esta premisa no tiene asentamiento jurídico en nuestra legislación pues, en virtud del principio de oportunidad, se debe buscar una salida eficiente procurando no utilizar el derecho penal que es de ultima ratio.

Siguiendo lo concerniente a la disposición patrimonial, se crea una nueva relación jurídica en virtud de la cosa, pues el sujeto activo del delito se vuelve el nuevo posesionario del bien, existiendo la transmisión, modificación o extinción de un derecho preexistente.

Dentro de la transmisión, el traspaso del derecho de un bien de una persona (sujeto pasivo) a otra (sujeto activo), sucede por medio de la derivación de este, traslativamente a otro patrimonio, con la debida voluntad por parte del antiguo titular, insertándose en el esfera patrimonial de su nuevo dueño.

La modificación del derecho subjetivo es todo cambio o alteración que éste experimente durante su vida en su estructura o contenido. Puede tener lugar por disposición de la ley o por voluntad de los sujetos, como en el caso de la estafa que existe una convención de partes, dando así una posible modificación. Puede existir modificación en el caso de que el bien pasa a ser titular de dos personas, cambiando la esencia que fue en un comienzo.

Mientras que la extinción del derecho es su desaparición absoluta, dejando de existir totalmente en el ámbito jurídico. Diferente a este concepto es el de pérdida, que consiste en la desaparición del derecho para su titular actual, a pesar de esto, pérdida y extinción pueden coincidir de la siguiente manera, como por ejemplo: la destrucción de una cosa o prescripción de un crédito. En el delito de estafa, existe la terminación del derecho sobre la cosa, el momento en el cual el sujeto pasivo pierde ese derecho, desapareciendo de su patrimonio la cosa, apareciendo consecuentemente el derecho en el correspondiente del sujeto activo.

Continuando con lo pertinente en relación al bien y la titularidad de este en el presente delito, persiste la estafa, a pesar de que el sujeto pasivo del bien no sea el titular del bien, en el caso del mero tenedor de la cosa, como es en el caso del ejemplo de Bajo Fernández (*el sirviente que entrega al autor de estafa, enviado fingido de su amo, la cosa que en su nombre le es pedida*) (Bajo Fernández , Pérez Manzano, & Suárez González, 1993, pág. 284).

La disposición patrimonial puede existir en varios casos, como lo son al omitir y simplemente consentir el apoderamiento de la cosa.

La omisión, consiste en que el engañado o sujeto pasivo, dentro de su capacidad deja de percibir o renuncia a un crédito por acción del engañador, subsumiéndose en creer no se debe exigir la obligación y que se deja pasar esta por un artificio que la hace como cumplida. El ejemplo más claro que el tratadista Conde-Pumpido realiza es: “*puede cometer estafa quien hace creer al acreedor, con un falso recibo o cuenta, haber abonado la totalidad del*

crédito, renunciando por ello aquel a reclamar la diferencia o perjudicando el efecto ejecutivo al título” (Conde Pumpido, 1999, pág. 86).

El simple consentimiento al apoderamiento de la cosa, consiste en que el sujeto pasivo motivado por un engaño idóneo, que lo hace recaer en error, produzca que ese engaño sea el medio perfecto que derive en que la cosa sea más fácil de disponerse al sujeto activo. Esta disposición patrimonial se diferencia del hurto y robo, ya que existe el consentimiento y voluntad del sujeto pasivo de simplificar la apropiación de la cosa, situación que no sucede en el hurto y robo, pues ahí no existe la anuencia de entregar el bien y por consiguiente afectarse el patrimonio.

El momento en el que el sujeto pasivo tiene conocimiento de que existe engaño pero surge la disposición patrimonial, no existiría delito, puesto que el error no existió y por consiguiente él no dispuso del bien bajo influencia de este, habiéndolo pero por otras causas ajenas a un artificio o mentira.

Para esto Conde Pumpido Ferreiro, *“dentro de la doctrina se concluye con este ejemplo sintetizando lo antes mencionado, cuando un mendigo se hace entregar una limosna o algún objeto de valor exagerando su situación de ruina o pobreza, que en ocasiones puede ser ficticia, originándose la disposición mas no el error, ya que la persona entrega el bien por caridad o solidaridad, a sabiendas que puede ser engañada esperando que probablemente sea verdad lo que observa”* (Conde Pumpido, 1999, pág. 77).

Siguiendo este concepto, la cura por medios alternativos y mágicos, lleva consigo que la persona que accede como presunta víctima a recibir beneficio de esta, tiene confianza y convicción cultural que la misma lo va a curar y que surtirá efectos reales. El “curador” simplemente tendrá que cubrir con lo solicitado por la persona requirente, sin necesidad de engaño, puesto que la víctima está completamente segura, comprometiéndose al mismo momento que acepta la intervención de un supuesto sanador. No existe engaño ni error, porque la víctima al someterse y requerir los falsos servicios, recae de antemano de manera equivocada. Al no existir un nexo causal entre el engaño y error, no puede configurarse la estafa.

El tratadista González Rus al respecto indica que “*si el sujeto resulta verdaderamente engañado y ello provoca la disposición patrimonial, hay estafa*” (González Rus, 1996, pág. 669).

Bajo este precepto, los ejemplos de los magos y adivinos vuelven a ser susceptibles de una posible interpretación más limitada, argumentando que estas personas pueden aprovecharse de sus supuestas habilidades haciendo recaer en error a público que en el caso de curanderos puede estar desesperada o incluso haya recurrido como última salida el tratamiento de un “*shaman*” o curandero, lucrando de su estado de salud y obteniendo la disposición patrimonial. Todo esto debe obrar en razón de que la persona presunta víctima no actúe de forma negligente, configurándose así el engaño y error para la posterior disposición patrimonial.

Para que exista disposición patrimonial, el engaño debe recaer sobre la persona titular del bien o en un ajeno, siempre que haya disminución del patrimonio. La generación del error en el sujeto pasivo, provocará así la disposición del bien que no siempre tiene la autorización de entregarlo. Al referirse a un ajeno, se puede identificar a la persona que no es titular del bien, pero lo posee por un encargo o porque por voluntad del titular puede usar o disponer el bien.

Cuando el perjudicado es un tercero, necesariamente con el engañado (persona que dispone) debe existir un nexo especial, como lo es estar legitimado o autorizado a realizar determinados actos que puedan provocar la alteración en el patrimonio del dueño del bien.

El nexo especial puede ser:

- Contractual (mandatario, administrador, depositario, etc.), que tiene relación a que el engañado y el tercero, hayan convenido en una manera de tenencia del bien ratificando con voluntad condiciones de gestión de este,
- Legal (representante legal), en relación que tienen las partes de disponer el bien bajo el mandato de una sentencia o la ley.

En virtud de lo expuesto, necesariamente debe existir dicha legitimación, puesto que al contrario no habría estafa. Al no configurarse el nexo especial, concurriría un delito contra el patrimonio diferente al que se está analizando, como lo es el robo o hurto.

Gladys Romero, al respecto dice que *“la cuestión consiste en determinar qué vinculación deberá existir entre el que dispone y el patrimonio ajeno lesionado. Lo que supone que el engañado tenga una autorización autónoma para disponer sobre el patrimonio afectado por un acto y que se encuentre en la situación de hacerlo”*(Romero, 1998, pág. 236).

La víctima del delito (sujeto pasivo), siempre es la persona que sufre la disminución en su patrimonio; siendo el engañado el sujeto pasivo de la acción mas no del delito.

El patrimonio es todo el conjunto de bienes y derechos que gozan de una protección jurídica y que son apreciables económicamente, pues pueden ser negociados dentro de lo establecido por la ley y buenas costumbres. Así, el perjuicio deriva en cualquier tipo de cosas (bienes y créditos), también derechos reales, incluyéndose a los personales e intelectuales, que radica en la tenencia y posesión, e incluso sobre las expectativas que son las ganancias futuras que puede llegar a tener una persona en su patrimonio.

El autor argentino Donna Edgardo dice que *“por ello, el perjuicio es una disminución del valor económico del patrimonio del sujeto pasivo, consecuencia de un ataque fraudulento a uno o varios elementos que lo integran”*(Donna, 2001, pág. 329).

Partiendo del acto en el que se afecta al patrimonio del sujeto pasivo; y, con el fin de determinar si existe un perjuicio, debe compararse el estado del patrimonio del sujeto antes y después de la disposición causada por el error, partiendo de que solamente se tomaría como perjuicio al que resulta del daño actual del engañado, no del que podría venir posteriormente.

Como el delito de estafa es un delito de resultado, no cabe hablar de que exista un “peligro” en la conducta de sujeto activo, pues el patrimonio no llega a afectarse por el mero peligro, ya que en este delito debe ejecutarse un perjuicio en el bien jurídico protegido, transformándolo en una disposición. Para Ricardo Núñez, *“la estafa es un delito de daño efectivo, y no de peligro de daño. Exige una disposición privativa de una propiedad, y no sólo una disposición que pueda producir esa privación”* (Núñez, 1959, pág. 287).

Igualmente al momento de referirse con la entrega de un documento o suscripción de alguno de ellos con medios engañosos, salvo que con la ejecución de la disposición ya implique la pérdida patrimonial, que pueda acarrear una disposición de la cosa, este podrá únicamente surtir un efecto dañoso cuando se lo de uso y por consiguiente suceda la disminución del patrimonio de la otra persona.

Soler, con respecto de la apropiación del documento de crédito expone el siguiente ejemplo: *"El que obtiene fraudulentamente un documento en el cual conste el crédito del engañado contra un tercero, sin duda que ha cometido estafa, porque la víctima tenía no sólo la propiedad del crédito, sino también la de la prueba y de ambas cosas ha sido despojado. En cambio, la fraudulenta obtención de una promesa de pago (un pagaré) no consume en sí misma la estafa, toda vez que para la efectiva producción del perjuicio sea necesario inducir en error a alguien mediante ese documento, que no es nada más que un falso medio de prueba. La maniobra puede presentarse allí desdoblada; pero mientras no se produzca la prestación (no solamente la involuntaria promesa de hacerla) no está consumado el perjuicio"* (Soler, 1973, pág. 371).

Para que se configure el perjuicio al apropiarse de documentos de crédito, con el fin de que exista estafa, se debe despojar a la víctima de su propiedad de crédito y del medio de prueba correspondiente a la mencionada obligación.

Por su lado la restitución del bien, cuando ha existido la disposición del bien, posterior engaño y estafa, al pretender sanar o reparar el perjuicio causado, no se excluye que se haya cometido un perjuicio al bien jurídico, concurriendo nuevos efectos que están adentro del ámbito civil, con la finalidad de indemnizar el daño.

Dentro del perjuicio patrimonial, corresponde hacer algunas aclaraciones, a efectos de concretar este punto.

La valoración subjetiva: La primera aclaración se presenta efectivamente cuando el acto de disposición patrimonial sucede en consecuencia de un engaño, existiendo la novedad de que la víctima recibe como contraprestación de su entrega, un resultado económicamente

apreciable que puede ser satisfactorio y que se presume supuestamente justo desde un punto de vista relativo, pues no puede ser similar, pero del mismo valor.

Para este efecto, Edgardo Donna construye el siguiente ejemplo: *“Supongamos que el sujeto engañado compra un collar creyendo que las joyas son originales, o una obra de arte pensando que se halla firmada por un artista conocido, pero en realidad está pagando el precio justo de mercado para la clase de producto que efectivamente adquiere”* (Donna, 2001, pág. 331).

En virtud de que la estafa corresponde a un delito contra el patrimonio, mas no a los que resguardan la "lealtad comercial" o la "buena fe en los negocios", se excluye a este tipo de conductas, puesto que a pesar de que se está engañando al supuesto sujeto pasivo, este con la disposición no afecta su patrimonio, puesto que recibe como una contraprestación algo que no era lo que esperaba pero de similar valor apreciable en comparación a lo requerido.

En el caso de la estafa por venta y compra de obras de arte falsificadas,

Un ejemplo perfecto de esta valoración, es cuando una persona que necesita un terno azul con determinadas características, paga su precio y recibe del dueño del local comercial, un terno de color negro con las mismas características que había solicitado en un comienzo, solo que de un color diferente, pero del mismo valor económico que el azul, excluyendo a la estafa ya que no existe perjuicio, porque el valor patrimonial desembolsado no fue sujeto de un aprecio negativo al patrimonio.

Otro ejemplo en el que se valora subjetivamente el resultado, es en el caso de que una persona venda a otra persona un cuadro que para él tiene un alto costo económico, vendiéndolo a un precio bajo a otra persona que por medios engañosos hizo rebajar el costo del bien argumentando situaciones como lo podría ser que el cuadro tendría un destino benéfico, siendo todo lo contrario pues el bien sería para él mismo; a pesar de todo esto, el bien fue vendido a un precio “bajo”, que en definitiva sería justo pues el cuadro no costaba tan alto como lo consideraba el vendedor.

El precio justo pagado; en relación al ejemplo anterior, haría que se excluya la estafa, debido a que al existir un pago equivalente al costo real del bien, no se configuraría un supuesto perjuicio.

El valor de las cosas no es apreciable de la misma forma para todas las personas, evidenciando así una limitación a este criterio; por lo que, se ha derivado a que en el fondo, se tome en cuenta el valor comercial de las cosas, señalando un elemento estandarizador para poder efectivizar este criterio.

Según los ejemplos antecedentes, se excluye a la estafa, por no existir un perjuicio patrimonial, habiendo incluso un engaño y error en la persona, pero no un daño a la economía de esta, ya que recibe incluso algo del mismo valor apreciable económicamente.

El criterio de valoración subjetiva, se basa exclusivamente en un concepto económico del patrimonio, sin tomar en cuenta la finalidad existente en el engaño por parte del sujeto activo, desplazando su verdadera intención, puesto a que si la víctima hubiera sabido que no se le va a entregar lo requerido, no hubiera dispuesto su patrimonio a fin de adquirir ese bien erróneo.

Conde Pumpido Ferreiro con relación a lo antes dicho se manifiesta así: *“se debe tomar en cuenta la finalidad patrimonial buscada por el titular, que si se ve frustrada, producirá perjuicio”* (Conde Pumpido, 1999, pág. 94).

En virtud de lo expuesto, se podría decir que la persona al no recibir la cosa que se requirió con determinadas características pactadas en un negocio jurídico establecido, llega a sufrir un perjuicio patrimonial, totalmente independiente del valor que recibiría y fuera equivalente.

Según los Códigos Penal derogado y Orgánico Integral Penal, no establecen en los correspondientes artículos de la estafa lo relativo a la valoración subjetiva, puesto que no hacen relación directa con la defraudación de la cosa en virtud de su calidad, sustancia o cantidad dentro del convenio o contrato o de un título obligatorio, obligando a que estas conductas no lleguen a configurar un perjuicio patrimonial y por consiguiente un delito. El código penal alemán, tampoco establece en la redacción del artículo 263, correspondiente a

la estafa, un criterio en relación a lo estudiado como valoración subjetiva, dejando de lado esta circunstancia, que podría ser propia de la conducta, sin ser punible.

Debe considerarse perjuicio patrimonial la pérdida de expectativas o ganancias futuras:

Dentro del bien jurídico, con la concepción de patrimonio, partimos de que las expectativas también son parte del patrimonio y pueden ser susceptibles de ser perjudicadas por ser parte del objeto del delito.

Para todo esto deben reunirse ciertas condiciones específicas:

La primera condición es que el origen debe tener base a una situación que se encuentre normada. Las ganancias provenientes de un negocio y la clientela, son parte de ella.

Bajo Fernández y Pérez Manzano, dicen que: "*los lucros o ganancias correspondientes a la entrega de una cosa o prestación de algún servicio*", *pues si tales lucros se frustran se produce un perjuicio al desaparecer tal valor económico del patrimonio. Debe tenerse en cuenta que "entregada la cosa por el comerciante o prestado el servicio por el profesional se anota el importe contablemente en una partida de deudores en el activo, y al cancelar la anotación con cargo a pérdidas y ganancias a consecuencia del impago se produce la disminución patrimonial"* (Bajo Fernández , Pérez Manzano, & Suárez González, 1993, pág. 278).

El comerciante o profesional que no recibe la contraprestación económica correspondiente por el negocio o servicio, tienen un perjuicio patrimonial, por no ingresar lo económico percivable en su contabilidad, provocando una disminución apreciable en sus activos.

Gladys Romero, expresa que "*la clientela sólida y estable de un comerciante o profesional tiene un valor en el mercado, y por tanto, su sustracción con engaño puede constituir delito de estafa*" (Romero, 1998, pág. 351).

A pesar de que las personas tenemos derecho por optar por adquirir cosas y servicios de cualquier proveedor o profesional, según Romero por engaños distraer a los clientes y hacerlos evitar ir a otro proveedor, puede configurar estafa, teoría que es controvertida puesto que nuestra sociedad y estamento jurídico garantiza la libre empresa y competencia entre

ellas, siempre que no sea desleal. La competencia desleal en nuestro país está regulada por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la misma que actualmente se encarga de este tipo de práctica, recayendo en sanciones leves administrativas, que no llegan a afectar el ámbito penal que como sabemos es de última ratio.

Siguiendo lo que se estaba tratando, también se incluyen obviamente todos los ingresos que conciernen del ejercicio de acciones judiciales como indemnizaciones, ejecución de créditos, etc.

Y la segunda condición, es que debe haber certeza sobre la probabilidad de que estas se puedan efectuar; por lo que, las meras esperanzas o proyectos que sus resultados no puedan afirmarse con seguridad, no pueden incluirse.

Con respecto a lo anterior, Conde-Pumpido Ferreiro, dice que: *“se debe diferenciar las "esperanzas" y las "expectativas". Si el beneficio esperado depende de algún alea incierto, como la herencia futura o las ganancias del juego, no cabe valorar su ausencia como perjuicio. Pero si se trata de expectativas ciertas, en las que lo único aleatorio es el cuándo o momento de su producción, la defraudación que afecte a esas expectativas originará un perjuicio e integrará una estafa”* (Conde Pumpido, 1999, pág. 94).

No cabe incluir como estafa, a las esperanzas o expectativas que son inciertas, porque la disminución del patrimonio a causa de estas no produciría perjuicio, ya que son derivadas de un hecho que no puede asegurarse en su materialización.

Bienes obtenidos ilícitamente: Existe el problema en que si existe estafa sobre bienes que han sido adquiridos por la víctima por medios ilícitos. Claramente los bienes que fueron adquiridos por alguien por medios ilícitos, no se encuentran dentro del patrimonio, puesto que llegaron a este de una manera contraria a la que la normativa regula y exige.

El tratadista Edgardo Donna, se plantea una interrogante que abarca de manera completa el tema, que es ¿existe estafa si mediante engaño se despoja al ladrón de la cosa robada?

A fin de responder la pregunta, tendré de realizar las siguientes consideraciones, que son:

Primero, en relación al sujeto pasivo del delito, se debe determinar quién lo es, el titular del bien (víctima del robo); o, el poseedor actual de la cosa (ladrón), para lo cual no cabe la teoría de que el titular del bien sea el sujeto pasivo puesto que él ya fue despojado de la cosa, su patrimonio legítimo ya fue dañado y por medios totalmente diferentes a la esencia del delito que se está estudiando; por lo que, se concluiría que el perjudicado es el poseedor de la cosa.

Valle Muñiz, plantea lo siguiente: *“podría pensarse que el tenedor que adquirió el bien ilícitamente goza de protección, pues su tenencia precaria es amparada por el ordenamiento jurídico, desde que sólo puede ser privado de ella mediante procedimientos lícitos”* (Valle Muñiz, 1987, pág. 253).

Partiendo de que la base del bien jurídico, en este caso el patrimonio, parte de la legitimidad de su contenido; por lo que, al ser un contenido ilícito, estos bienes no tienen protección jurídica, ni dominio y tampoco valor ante el comercio. Por lo expuesto, no existiría un perjuicio en el supuesto patrimonio del ladrón si este es víctima de un engaño que culmine en la disposición del bien, ya que el bien nunca ingresó de forma legal al patrimonio, dejando sin base jurídica a éste para reclamar.

Frank Zieschang afirma que, *“allí, donde de acuerdo a las decisiones valorativas fundamentales de la Constitución no pueden ampararse más a los bienes que a una persona, el Derecho Penal no debe cerrar de cierto modo los ojos y afirmar contrariamente a ello, el supuesto típico del daño patrimonial”* (Zieschang, 2000, pág. 21).

La persona siempre estará superpuesta a los bienes pertenecientes a un patrimonio, para lo cual como conclusión se establece que para el delito de estafa, es muy irrelevante si el sujeto activo es el autor del hecho punible, pues los bienes objeto del engaño son de importancia, ya que se estaría disponiendo bienes que son ilícitos; y, que como se manifestó anteriormente están fuera del comercio.

Negocios con causa ilícita: Partamos de la definición típica que dice que el negocio jurídico es el acto del hombre encaminado a lograr fines lícitos y por ello se encuentra bajo la [tutela](#) de la ley.

Por lo que se entiende descabellado saber que el ordenamiento jurídico de un país, llegue a tutelar a quienes se desenvuelven y ejecutan maniobras con fines ilícitos; pues, parte de la doctrina considera que esto no debe suceder y otra que si debe suceder.

La doctrina que sostiene que no se debe tutelar este tipo de prácticas se manifiesta argumentando que cuando el engaño se comete dentro de un negocio ilícito no podría afirmarse la existencia de una estafa.

El tratadista Antón Oneca ejemplifica esta posición así: *“citando los famosos ejemplos de la hechicera que vende una bebida inocua como veneno para cometer un crimen, o quien para obtener la recompensa afirma en falso haber matado al enemigo.”*

Sería imposible pensar de que la persona que mandó a matar a una persona (sujeto pasivo), fue estafada por el sicario (sujeto activo). Pues existen todos los elementos, pero no es negocio lícito, por el cual se pueda reclamar, la finalidad no está en el marco de la legalidad y voluntad sana de las partes.

He logrado establecer dos argumentos en contra del reconocimiento de estafa en base a lo expuesto, que son:

1. El Código Civil Ecuatoriano, establece que los contratos que son realizados sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno de contraprestación o efecto alguno, por lo cual no nace un derecho jurídico a que las partes puedan requerir su cumplimiento. Ante esta premisa, al no existir una causa lícita, que se encuentre en el ámbito que regula la norma, no podría existir perjuicio y daño al patrimonio, porque el negocio celebrado entre el autor y la víctima tiene causa ilícita y no existe.
2. Con respecto al conocimiento del sujeto pasivo, este conoce la ilicitud del acto, derivando a que en cierta forma realice una contraprestación a sabiendas y con riesgo de que en un supuesto lo pactado no llegue a surtir y que no tenga potestad alguna de acceder a un medio de reclamar jurídicamente al autor por lo suscitado.

Mientras que el autor Valle Muñoz señala que: *“...el sujeto engañado en el seno de un negocio con causa ilícita, a lo sumo puede ser consciente del mayor o menor riesgo que corre su patrimonio (dada la naturaleza del vínculo), pero nunca si se afirman el resto de*

elementos típicos del efectivo perjuicio económico que engendra su acto dispositivo” (Valle Muñiz, 1987, pág. 253).

En directa relación a lo anteriormente dicho, por otro lado a mi apreciación y de la doctrina están los que aceptan la prosecución de actos en los que con engaños se cometan daños en el patrimonio de personas que pactan negocios fuera de lo lícito, alegando que en Códigos Penales, como en el Argentino se castiga expresamente ciertas formas de estafa cometidas a través de la propuesta de un acto ilícito:

“Art. 173.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: ... 10.- el que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos” (Código Penal Argentino, 2013).

En el que claramente se puede observar que se acepta una estafa en contra de la persona que aun en un acto que no es permitido, llega a provocar el acto dispositivo a raíz de un engaño a aquellos jueces u otros empleados públicos, situación que no sucede en el Ecuador, siendo incluso la tentativa de concusión delito pesquisable por el Estado. Sería inconcebible que un funcionario público o juez, se sienta ofendido por la conducta y se acerque a la Fiscalía a denunciar lo sucedido. Esta novedad en la normativa argentina no encuentra similitud contemplada en el Código Penal ni en el próximo a entrar en vigencia, evidenciando así que nuestra legislación está apegada a tutelar la buena fe en los actos jurídicos, a pesar de que exista un verdadero daño al patrimonio de la sociedad.

Por otra parte, al analizar el bien jurídico, en virtud de lo visto, debemos determinar la posibilidad que existe de que la cosa (ilícito) en la que recae el ilícito, pertenece o no al patrimonio concerniente al sujeto pasivo del delito, siguiendo una pertenencia enmarcada en los valores fundamentales de la normativa pertinente. A partir de esto se desprenden dos situaciones que se deben aclarar:

a) La disposición patrimonial de bienes que se encuentran legítimamente reconocidos, en otras palabras, bajo la tutela del régimen jurídico, serán susceptibles de ser objetivos dentro del marco engañoso por parte del sujeto activo, existiría estafa. Esto incluso a pesar de que la víctima tenga intenciones claras de realizar conductas que incluso están prohibidas por la ley.

La tratadista Gladys Romero, en contra de la posición de que ante la existencia de negocios ilícitos no existe estafa, dice lo siguiente "*En el caso del falso suministro de medios abortivos, si bien el contrato sería nulo y la víctima carecería de acción civil de reparación, habría perjuicio -y por consiguiente, estafa- en la medida que el sujeto pasivo ha dado buen dinero para una cosa que (objetivamente) vale menos. De este modo, se lesiona la persona en su ámbito económico individual de acción que surge de sus fines personales en cuanto a todo lo que tiene*" (Romero, 1998, pág. 324).

Romero examina y exalta que el daño es esencial en este acto, sin considerar si el bien es perteneciente o no al patrimonio, desplazando también si el fin de la causa era legal, pues el perjuicio determina la existencia del delito.

Siguiendo esta corriente Muñoz Conde, lo ejemplifica así: "*se deben apreciar como estafa los casos en que, por ejemplo, el autor se hace pasar fraudulentamente por un funcionario público y reclama un pago "indebido", aunque la víctima deba responder también por el eventual delito de cohecho en grado de tentativa inidónea*" (Muñoz Conde, Francisco y García, Mercedes, 2004, pág. 368). Claramente se puede apreciar que el engaño y daño patrimonial son puntuales en este análisis, sin tomar en cuenta todavía el origen del bien objeto de la disposición, situándose el derecho penal como instrumento para sancionar la estafa sobre todo, incluso sin contar que el engañador se valga de artimañas basadas en otro delito.

Un ejemplo que sucede de manera repetida en nuestra sociedad, es la de los padres de familia desesperados porque su hijo o hija ingrese a la Escuela de Formación Policial, entrega una cantidad de dinero alta, a sabiendas de que está realizando una gestión que no se encuentra dentro del ámbito legítimo, a una persona quien se hace pasar de influyente, amigo de alguien poderoso o parte de la institución, para que realice las gestiones necesarias para

que el joven se aliste en la escuela incluso omitiendo pruebas y, o requisitos elementales. El engañador recibe el dinero y desaparece, dejando desamparados a los familiares del aspirante, configurándose una estafa según este criterio y exceptuando el delito conforme el criterio antecedente, no podría existir estafa, pues la familia del aspirante expuso peligrosamente su patrimonio al confiar y disponer su dinero.

Por último y con la finalidad de continuar con la idea de estas posiciones, para ilustrar de forma completa esta concepción, el Tribunal Supremo español dentro de la sentencia No. 29-4-61, analizada en la obra de Conde-Pumpido, expone el hecho de que: *“se condenó al médico que, aceptando practicar un aborto, tras el examen realizado a la mujer, ya anestesiada, descubrió que aquél era innecesario, por ser inexistente el supuesto embarazo, pese a lo cual cobró el precio fingiendo haber llevado a cabo el acto abortivo”* (Conde Pumpido, 1999, pág. 93).

b) En contraposición al anterior criterio, cuando la víctima ha proporcionado un objeto (bien) o servicio (prestación), que no está reconocido ni albergado por el ordenamiento jurídico, dentro del acto dispositivo, no existiría la estafa, pues estaría violentándose directrices fundamentales de tutela constitucional.

Al no existir una contraprestación legal por parte de la víctima, que pueda llegar a exigirse de forma lícita, el incumplimiento de la obligación de responder del engañador, provoca que el delito de estafa quede desplazado inmediatamente por haber inexistencia de perjuicio patrimonial.

Según la doctrina española en el caso en que *“el autor acepta fraudulentamente los servicios de una prostituta, sabiendo “de antemano” que no abonará el precio correspondiente, pues la prestación realizada por la víctima (servicios de prostitución) no puede incluirse en el concepto de patrimonio, sin lesionar los valores fundamentales de la Constitución y del sistema jurídico”* (Bajo Fernández, Pérez Manzano, & Suárez González, 1993, pág. 298).

El ejemplo de la prostituta, solo cabe cuando es prohibido legalmente el ejercicio de la prostitución, puesto que puede discutirse el proceso de este en jurisdicciones donde se acepta legal y culturalmente esta ocupación. En el caso de que el ejercicio de la ocupación en

mención sea legalmente ejercida, la víctima podría reclamar este hecho a la autoridad competente y argumentar lo sucedido como una estafa, pues claramente se violentaría el patrimonio que estaba predispuesto a gastar en bien de consumir el servicio

Construcción típica objetiva del delito estafa (Sujeto activo, Sujeto pasivo, y Titular del bien jurídico protegido)

Para que el delito de estafa se configure, deben vincularse dos partes elementales, que son el sujeto activo y sujeto pasivo, acción que buscará el detrimento de un bien jurídico protegido, que es la propiedad.

A continuación me referiré a profundidad sobre lo antes mencionado.

Sujeto Activo.- El sujeto activo, conocido también como agente o hechor, puede ser cualquier persona física que se desenvuelva de acuerdo a lo descrito por el delito, en busca de un desmedro del bien jurídico protegido vinculado al sujeto pasivo. Varios autores se manifiestan en relación al sujeto activo de la siguiente manera:

El autor Enrico Pessina, dice que *“solamente la persona natural puede ser sujeto imputable porque solo en ella se da la unidad de conciencia y voluntad que es la base de la imputabilidad”* (Pessina, 2005).

La persona natural al ser un ser que tiene la posibilidad única entre los seres vivos, de gozar de la capacidad de conciencia y de discernimiento para realizar u omitir un acto predeterminado, adecuándose a que por su calidad sería siempre el que como sujeto activo se desarrolle en cometimiento de un acto delictuoso.

Bajo esta premisa el sujeto activo en el delito de estafa, es la persona que busca con medios idóneos, siendo el engaño un instrumento, para inducir al error a la víctima o sujeto pasivo, provocando en este último el daño a su patrimonio (bien jurídico protegido), configurándose así la infracción penal.

En contraposición a esta corriente, existen teorías que consideran como sujetos activos de la infracción penal a las personas jurídicas, como la del tratadista ecuatoriano, Dr. Alfonso

Zambrano Pasquel, que al respecto dice: *“Se pretende que en cierto tipo de delitos, como aquellas que tiene que ver con situaciones económicas, mercantiles y en general de negocios, es válido afirmar que las personas jurídicas pueden actuar como sujetos activos, pues el argumento es el de afirmar que son delitos especiales que pueden ser cometidos por las corporaciones, fundaciones, compañías.”*

Según el autor, se podría afirmar que las sanciones para ilícitos cometidos por sociedades (personas jurídicas), pueden recaer en suspensiones de servicio o en una posible desintegración de la personalidad, por medios que se podrían establecer.

El tratadista Sebastián Soler, realiza la siguiente crítica indicando que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos del delito diciendo: "Toda vez que la sociedad es una persona distinta de los socios y su personalidad jurídica consiste en un mero centro imputativo, carente de todo sustrato síquico, resulta indudable que por su naturaleza no es un ente idóneo ni para desplegar acciones que contengan los elementos indispensables para dar base a un delito ni para sentir la coacción de la amenaza penal, ni para sufrir ella misma una pena personal, que no afecte a ningún tercero inocente" (Soler, 1973, pág. 250).

En el caso de la estafa, una persona natural es la única que puede encuadrar en el delito, pues la astucia o ardid que deriva en el engaño, solamente es desarrollado por un individuo que tiene la unidad de conciencia y voluntad. Un representante de la empresa o cualquier otra persona jurídica, puede cometer estafa sobre otra persona natural, más no todo el concierto de socios o partícipes, pues estarían en ese caso efectuando un acto colusorio, que se encuentra fuera del ámbito penal.

Pero si existe participación de un grupo de personas que se juntan con ese propósito, como es el de cometer delitos contra la propiedad (Estafa), puede incurrir según el artículo 370 del COIP o hubiera infringido en el 369 del Código Penal derogado, en una posible Asociación ilícita, que guarde relación a que se esté reuniendo un grupo de personas a fin de estafar a otras, siguiendo los ingredientes del delito y consiguiendo percibir económicamente lo que ellas aporten en virtud del engaño.

Sujeto Pasivo.- Ahora bien, al existir una persona que ocasiona una acción dañosa de un bien jurídico protegido (propiedad), necesariamente tiene que existir otra persona (víctima) que sufre el menoscabo en su patrimonio, este es precisamente el sujeto pasivo.

El autor colombiano Dr. Alfonso Reyes, en relación al sujeto pasivo del delito dice lo siguiente: *“Entiéndase por sujeto pasivo a la persona titular del bien jurídico que el legislador protege en el respectivo tipo legal y que resulta afectada por la conducta del sujeto agente”* (Reyes, 2001, pág. 179).

En el caso de la estafa, el sujeto pasivo es la persona natural que es inducida al error y se desprende de su patrimonio. Cualquier persona puede ser víctima del hecho delictuoso, pues el género, edad, estado civil, condición económica y otras situaciones no inciden en que el engaño proporcionado por el sujeto activo haga efecto.

En nuestro ordenamiento penal, tanto en el Código Orgánico Integral Penal y Código Penal derogado, necesariamente el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico afectado. El Dr. Zavala Baquerizo, al respecto se manifiesta diciendo que el sujeto pasivo es necesariamente el ofendido, que en el caso de los delitos contra la propiedad, es precisamente el titular del derecho de dominio del bien que ha sido objeto del acto ilícito, no obstante, podría también sufrir menoscabo en su derecho de posesionario, al ser despojado del bien, quien hace posesión en él sin tener precisamente el derecho de dominio. Dentro de las diferencias que hace el autor que antecede, se establece que el ofendido es el titular del bien; y, el agraviado su posesionario.

Bien Jurídico.- Según los Códigos Penal derogado y Orgánico Integral Penal, se puede observar que se ubica a la estafa dentro del título de “Delitos Contra la Propiedad”, imbricando al mencionado delito en este, haciendo que a breves rasgos se llegue a la conclusión de que el derecho a la propiedad es el bien jurídico tutelado.

El delito de estafa como tal, castiga el daño patrimonial, más no el engaño, como lo afirma Conrado Finzi, estableciendo que el bien jurídico protegido es el patrimonio de la persona. Siendo este un criterio mantenido por las legislaciones más conocidas dentro del

ámbito del derecho penal. *“La íruffa en Italia, la croquerie en Francia, y en Alemania Betrug, en todas ellas el bien jurídico es la propiedad”* (Finzi, 1961).

El delito de estafa en el Código Penal que se encuentra derogado recientemente, se halla en el Título X, llamado de los Delitos Contra la Propiedad; y, en el COIP en la Sección Novena, denominada Delitos Contra el Derecho a la Propiedad. Conforme se va a estudiar se podrá observar que el derecho a la propiedad no basta, pues el bien jurídico protegido va más allá de su intención al tutelar la pertenencia de un patrimonio en una persona.

Según Valle Muñiz, *“la función de los rótulos que encabezan los distintos tipos penales no es necesariamente la determinación del bien jurídico protegido, sino que por medio de fórmulas abreviadas se intenta individualizar las diferentes conductas previstas, de modo que el título al que se alude desempeña una función meramente ilustrativa”* (Valle Muñiz, 1987, pág. 77).

Por lo que, se demuestra que el llamado título referente donde se encuentra la estafa, no es exactamente el bien jurídico protegido al cual se debe el delito estudiado. Hablar de los “delitos contra la propiedad” no sería lo más apropiado, desde el punto de vista más objetivo en el que si se lesiona una propiedad, solo se estaría afectando lo que corresponde a bienes donde recae el dominio; mientras que, en lo pertinente a los “delitos contra el patrimonio”, se estaría enmarcando a todos los delitos en los que se lesiona o pone en peligro el dominio, posesión sobre una cosa, derecho de crédito e incluso expectativas presentes dentro del ámbito jurídico.

Además en el caso de la estafa, existe una diferenciación contundente, pues en delitos como el hurto o robo se determina una protección a un bien singular, por ejemplo un teléfono celular; mientras que en el delito estudiado, la protección cubre una generalidad que es el patrimonio de la víctima (toda su riqueza).

Siguiendo la misma línea de la concepción anterior, el autor Conde-Pumpido Ferreiro dice que: *“los delitos contra el patrimonio en su conjunto son aquellos que atentan al patrimonio considerado como valor económico y que es perjudicado por la acción delictiva, estimándose como prototipo de ellos la estafa, que es el delito patrimonial por antonomasia, hasta el punto de llegar a afirmarse, no sin exageración, que el concepto de patrimonio nace*

por y para la estafa y se desarrolla a partir de sus exigencias” (Conde Pumpido, 1999, pág. 33).

Se concibe que según esta premisa la protección al patrimonio, enmarca a todos los elementos de este, considerando que al atacar uno de ellos, también se estaría dañando otro elemento que se encuentra vinculado, disminuyendo el valor económico, causando así directamente detrimento en la globalidad del patrimonio.

Existe otra concepción en la que se establece que no alcanza con la lesión de un elemento patrimonial concreto, sino que debe ser el conjunto del patrimonio el que haya sido dañado, la cual es difícil de concretar pues el daño no necesariamente es dirigido siempre a un bien específico.

Conde Pumpido insiste en que: *“no se persigue la protección de la propiedad, ni de la posesión o del título de crédito, sino el resguardo de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío de una persona”* (Conde Pumpido, 1999, pág. 34). Para esto, es necesario que el daño se efectivice en un elemento del patrimonio, que es lo más cerca a la realidad.

Partiendo desde la premisa de que el bien jurídico es el patrimonio, no podría pensarse que la buena fe en el comercio o la lealtad en las operaciones puedan ser bienes jurídicos en el ámbito de la estafa, aunque a lo que González Rus añade que *“uno de los fines político-criminales que llevan al legislador a construir el delito de estafa es el proteger la confianza, la fiabilidad y la credibilidad en el tráfico mercantil”* (González Rus, 1996, pág. 656), estableciendo que solamente se puede asimilar esa afirmación desde el punto de vista criminológico, mas no jurídico, puesto que el elemento engaño previsto en el tipo constituye el medio por el cual se daña al patrimonio de la víctima, derivando en que se ha violentando la buena fe que llegará a determinar la lesión jurídica patrimonial, pero no el objeto de la tutela, ni directa ni indirectamente.

Si la buena fe, en el caso de serlo, sería el bien jurídico protegido, podría consumarse al instante en que el sujeto activo exterioriza el engaño, desplazando totalmente la probabilidad de un acto consiguiente como la disposición patrimonial, resultando una teoría

que carecería de total razón, en virtud de que no habría lógica como delito de estafa, sin respaldo jurídico.

Siguiendo esto el tratadista Bajo Fernández, en relación a la buena fe como bien jurídico mantiene que: "*el entendimiento de la buena fe como bien jurídico protegido en la estafa provoca, a nuestro juicio, resultados insatisfactorios, por ejemplo el adelantamiento de las formas imperfectas de la ejecución, ya que habría que considerar el engaño como resultado típico y no como modalidad de la conducta*" (Bajo Fernández, Pérez Manzano, & Suárez González, 1993, pág. 265).

El tratadista Antón Oneca, en razón a lo antes expuesto se mantenía en que los bienes jurídicos que son afectados en el delito estudiado, "*son el patrimonio y la buena fe, conforme a lo que sostenía Mezger; mientras que, Binding se oponía a la idea, explicando que la buena fe no es un bien jurídico protegido, en virtud de que corresponde al acontecer jurídico que se encuentra retrogrado por el estado en el que se encontraba el delito de estafa, siendo considerado dentro de las falsedades como otro delito similar a este*" (Donna, 2001, pág. 266).

Mientras que, contraria a la posición de Antón Oneca y Mezger, Hafter manifiesta que "*además de la lealtad y buena fe, secundario a los anteriores estaría como bien jurídico protegido, el patrimonio, acercándose de cierta manera a la visión actual*" (Donna, 2001, pág. 266). Concluyendo que la buena fe es un medio más, para que el engaño se plasme en la consecución de la disposición patrimonial, puesto que el delito se consuma en el momento que se disminuye el valor económico patrimonial global del sujeto activo (víctima).

Para determinar la afectación y perjuicio de la estafa, se debe comparar el patrimonio total de la persona, en su estado anterior y posterior al acto de disposición.

Como ejemplo Bajo Fernández, asocia a lo estudiado lo siguiente: "*Supongamos que la estafa recae sobre un objeto cuyo valor resulta inferior al beneficio fiscal que provoca su pérdida. Está claro que en lo inmediato y de manera "directa" se ha ocasionado un perjuicio patrimonial al producir la pérdida de la cosa, y en nada afecta la solución el hecho de que "indirectamente" se haya beneficiado económicamente a la víctima*" (Bajo Fernández, Pérez Manzano, & Suárez González, 1993, pág. 267).

Según el ejemplo planteado, el patrimonio de la víctima se vio menoscabado, porque ya no se encontraba en este el objeto que fue objeto de la estafa, pero esta afectación no causó que haya un detrimento en lo económico, pues el bien guardaba relación con un alto gasto fiscal, “beneficiando” como lo afirma Bajo Fernández “indirectamente” al patrimonio.

De este modo, a fin de tratar al bien jurídico protegido “Patrimonio”, se debe tratar el problema que respecta a su concepto

Se pueden apreciar que en el Derecho Penal existen cuatro posiciones básicas con respecto a su concepto, que son:

1.- **Concepto jurídico de patrimonio:** Conforme esta posición el patrimonio se define como el conjunto de "derechos patrimoniales" de una persona. Siguiendo esta premisa sólo los conocidos derechos subjetivos pueden ser elementos integrantes que puede considerarse elemento integrante del patrimonio.

Para esto, Binding concibe al patrimonio como: "*la suma de los derechos y deberes patrimoniales de una persona*" (Binding, 1969, pág. 237).

Encausando así, a que el patrimonio este enmarcado a una serie de facultades jurídicas inherentes al hombre por razón de naturaleza, contrato u otra causa admisible en derecho, en las que se pueda apreciar en valor económico y pueda caer en desmedro de la persona al momento de su pérdida.

Para Edgardo Donna esta concepción genera tres consecuencias fundamentales:

- No existe estafa cuando el fraude se refiere a un objeto o bien de procedencia ilícita. Está claro que en esos casos, jurídicamente hablando, no existe "derecho" sobre lo defraudado.

Claramente se puede apreciar que no existe daño lesivo en el patrimonio de la víctima, ya que el bien no proviene de un origen legítimo.

- No se podría hablar de delito, tampoco en el caso de que la víctima aún no tuviera un derecho patrimonial adquirido sino sólo una mera "expectativa", en razón de que no estaría en el patrimonio todavía.

Como señala Bajo Fernández, en virtud de esta apreciación, por el caso de la expectativa, señala que: "*hay expectativas de derecho, como, por ejemplo, la clientela, cuya defraudación puede tener un gran significado económico en el mundo mercantil*" (Bajo Fernández, Pérez Manzano, & Suárez González, 1993, pág. 268).

- Por otro lado, en el caso de la pérdida de derechos sobre cosas o bienes, podría constituirse perjuicio patrimonial y por consiguiente estafa, aun incluyendo que se trate también de objetos no que no se pueden valorar económicamente.

- Donna al referirse en este caso, presenta el siguiente ejemplo: "*la servilleta de papel donde el pretendiente expresa en forma de verso sus sentimientos hacia su amada, contiene un valor afectivo reconocido por el Derecho que integrará, para los seguidores de esta teoría, el patrimonio*".

Al respecto Conde-Pumpido Ferreiro, expresa que únicamente importa la lesión de derechos patrimoniales (bienes susceptibles de ser comerciados, evaluados económicamente, pueden ser adquiridos y dispuestos por la persona), de modo que, aunque la cosa careciera de valor económico, o si, en otro supuesto, la contraprestación tuviese un valor económico equivalente, el patrimonio de todas formas se consideraría lesionado; y, al respecto plantea el siguiente ejemplo: "*en la venta, como un supuesto "Stradivarius", de un violín vulgar pero en un precio equivalente al valor intrínseco de tal violín falso.*" (Conde Pumpido, 1999, pág. 36).

En base a lo tratado, según el concepto jurídico, se llega a la conclusión que este puede llegar a ser amplio y restringido, pues en el primero permite el delito de estafa cuando no existe ningún perjuicio patrimonial concreto; y, por el otro, la excluye al dejar de lado los valores no integrados en un derecho subjetivo como las "expectativas".

2.- Concepto económico de patrimonio: Acorde a la óptica en la que se pone en el centro a lo económico, según el tratadista Edgardo Donna, se define al *patrimonio como el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables de una persona, sin importar que se encuentren o no reconocidos jurídicamente como "derechos"* (Donna, 2001, pág. 267).

Esta teoría tiene consecuencias totalmente inversas a la tratada anteriormente, por lo que me permito exponerlas:

- Se sostiene la teoría en la que se incluye dentro de un patrimonio a los bienes o cosas que han sido procedentes de orígenes ilícitos; como por ejemplo, concebir que pueda existir defraudación en el patrimonio de un ladrón que es víctima de un mal reparto del botín a causa de engaños por parte de los demás integrantes de la banda organizada.

Considerar a que un bien o cosa obtenido ilícitamente pueda constituir posteriormente un patrimonio, es inadmisibles pues este seguiría siendo parte del titular del bien, pero encontrándose en stand by, mientras se soluciona el conflicto y regresa a su patrimonio originario.

Bajo este precepto Bajo Fernández afirma: "*al incluir siempre en el concepto de patrimonio la cosa poseída antijurídicamente, se da una amplitud excesiva al delito de estafa*" (Bajo Fernández, Pérez Manzano, & Suárez González, 1993, pág. 268).

- Las expectativas también forman parte del patrimonio, siempre que cumpla con el requisito esencial que es el tener un valor económico determinado, aunque todavía no puedan considerarse desde el punto de vista jurídico como derechos adquiridos.

- La última observación corresponde a que se debe excluir del bien jurídico a las cosas u objetos desprovistos de valor económico, que sólo posean una apreciación afectiva o sentimental.

El valor que corresponde a una cosa u objeto se determina de forma objetiva, sin inmiscuir el juicio de la persona titular del bien. Necesariamente para provocar un perjuicio patrimonial debe existir un acto dañoso que menoscabe la economía de la víctima; y, al engañar y disponer un bien que tiene una estrecha relación sentimental o afectiva, (caso de la servilleta) que no posea valor económico, no se estaría hablando de estafa, pues no se lesiona un derecho reconocido.

Valle Muñiz, ante el gran problema de esta posición, afirma: "*su gran permeabilidad cuando integra en el patrimonio posiciones en el tráfico económico que, susceptibles de valoración, adolecen de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico*" (Valle Muñiz, 1987, pág. 82).

Más allá de lo que explica esta posición, a mi criterio es muy difícil, por no decir imposible, dejar un por un lado los criterios jurídicos y aplicar los económicos, para determinar si el bien es parte de un patrimonio o no lo integra; por lo que, me lleva a concluir que esta posición no tiene una base que pueda ser aplicada como regla general.

3.- Concepto mixto o económico-jurídico de patrimonio: Este criterio parece ser el más apropiado para definir el bien jurídico protegido por el delito de estafa, argumentando que el patrimonio es el conjunto de bienes, cosas o derechos apreciables a un valor económico, pero que además de eso, gocen de protección jurídica.

Bajo la misma corriente Welzel afirma "*que el patrimonio de una persona se compone de la suma de valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico*" (Welzel, 1969, pág. 372).

Valle Muñiz por su parte adopta esta teoría señalando que "*sólo el patrimonio entendido en sentido amplio, esto es, como la suma de relaciones jurídico-patrimoniales susceptibles de valoración económica, es apto para aglutinar en su seno los diferentes objetos jurídicos de las figuras delictivas agrupadas en el título*" (Valle Muñiz, 1987, pág. 83), obteniendo así una teoría que es valedera y que logra reunir los presupuestos necesarios a fin de tratar al bien del patrimonio de la persona en el delito de estafa, conduciéndolo por una vía que reúne a lo económico y jurídico, valorando lo más determinante de las dos posiciones.

Conforme a esta posición, se puede obtener un concepto que se enmarca satisfactoriamente, en virtud de que no se extiende demasiado y tampoco es restringido, imbricando los supuestos que presenta el delito estudiado.

Susana Huerta Tocildo afirma en referencia que: *"frente a la concepción jurídica, esta teoría supone la limitación de los bienes patrimoniales a aquellos que poseen un valor económico (estén o no concretados en derechos subjetivos), mientras que, frente a la teoría económica, supone una importante restricción al considerar bienes patrimoniales únicamente a aquellos que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica"* (Romero, 1998, pág. 274).

Al respecto y siguiendo la misma posición Conde-Pumpido Ferreiro se expresa así diciendo que: *"toma de la teoría jurídica la exigencia de que los bienes o valores sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación jurídica, lo que supone una restricción del carácter económico expansivo de la teoría estrictamente económica, y toma de esta última la exigencia de que el derecho subjetivo tenga un valor económico, lo que matiza la concepción estrictamente jurídica de la primera de las teorías expuestas"* (Conde Pumpido, 1999, pág. 38).

Se puede pensar que en la teoría mixta solamente pueden considerarse incluidos en la tutela aquellos bienes, cosas y derechos económicos que se encuentren reconocidos por el ordenamiento jurídico, bajo los preceptos constitucionales que rige el Estado dentro de su aparataje. Para esto se concluiría que el patrimonio contiene solamente bienes, cosas y derechos que se encuentran protegidos por el derecho y demás ordenamiento correspondiente.

Opinión que es compartida por Frank Zieschang, en relación a los fines del tipo penal, en el que establece que sólo pueden pertenecer al concepto de patrimonio *"los bienes de una persona que no se encuentren en oposición con el sistema de valores fundamentales plasmados en la Constitución"* (Zieschang, 2000, pág. 11). Dejando de lado los bienes que no fueron adquiridos lícitamente, constituyendo solamente lo protegido jurídicamente, que no haya afectado un patrimonio previo.

A partir de esta noción se desprende que debe incluirse dentro del patrimonio lo siguiente:

- Las cosas, bienes y créditos con valor económico.
- Los derechos reales, personales e intelectuales.
- La posesión, aunque como veremos más adelante debe quedar al margen cuando fue obtenida ilícitamente.
- Las expectativas (ganancias futuras), aunque en general se exige que tengan una base jurídica preexistente y cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación.

El patrimonio según varios autores debe considerarse, dentro de una teoría más personalista, como una unidad en la que el ser humano tiene relación estrecha garantizando su desarrollo, principalmente reconociendo una finalidad económica; por lo que, Gladys Romero en su estudio afirma lo siguiente: "*lo que caracteriza el concepto personal de patrimonio consiste, sobre todo, en el reconocimiento de la finalidad económica individual y las posibilidades de acción del titular del patrimonio*" (Romero, 1998, pág. 282).

Incluso manteniendo la teoría de que en este tipo de delitos como son los que afectan al patrimonio, no se afecta al patrimonio en sí, sino a la persona titular de los bienes, cosas o derechos. La lesión va dirigida al ámbito económico individual de acción; que se estructura en que se afecta los fines perseguidos y el acto dispositivo

Lleva a que el perjuicio patrimonial en la estafa no resida únicamente en el valor apreciable económicamente del objeto, sino también en el daño que puede existir al momento de truncar la satisfacción de los fines económicos de su propietario, configurándose inmediatamente cuando la víctima frustra cualquier intención de desarrollar una finalidad.

Bajo Fernández afirma que esta tesis ha sido criticada por su falta de utilidad práctica, pues se entiende que todos los problemas que plantea pueden ser resueltos satisfactoriamente con la postura mixta (jurídico-económica), (Bajo Fernández , Pérez Manzano, & Suárez González, 1993, pág. 269), debido a que no se debe determinar solamente el perjuicio patrimonial por lo correspondiente a lo económico, sino también considerando que existe un

engañado con necesidades y fines que en el delito lleva a que estos sean frustrados. A fin de determinar el perjuicio debe existir una valoración objetiva que no se fije solamente en lo que el perjudicado remite, debido a que puede haber una exageración o disminución notoria de lo disminuido por las fallas inherentes al ser humano; por lo que, es recomendable que se valore una cuantía y recabe información veraz en virtud de lo justo y consecuente.

CAPÍTULO III. EL DOLO EN EL DELITO DE ESTAFA

LA ESTAFA COMO DELITO NECESARIAMENTE DOLOSO.

La doctrina en general coincide que la estafa es un delito doloso, en apoyo a esta premisa Gutiérrez (1991) señala:

“Debemos afirmar que la estafa es un delito necesariamente doloso, por razón de su estructura intencional, que la debe, no solo al elemento subjetivo del injusto “ánimo de lucro” sino, ya antes, a la propia noción de engaño (elemento configurador indispensable de la esta figura penal, en cuyo contenido engloba una supra determinación, un componente subjetivo fundamental). Con lo cual, ni es admisible la estafa por imprudencia, ni probablemente... la estafa con dolo eventual” (p.556).

Lo anterior supone reafirmarse en lo que ya se dijera en este trabajo de investigación, respecto del elemento “engaño” en la configuración esencial del elemento subjetivo del tipo penal estafa. Ciertamente, es el engaño el que convierte a la estafa en un delito de estructura intencional (Gutiérrez, 1991, p. 555). Lo que supone descartar la imposibilidad de hablar en la estafa de la imprudencia, que de haberla convertiría a esta figura penal en culposa “y es que, en efecto, antes de llegar al elemento subjetivo ‘ánimo de lucro’ encontramos argumentos previos que excluyen la estafa por imprudencia” (*Ibidem*). En otros términos el elemento engaño configurador de delito de estafa precede al elemento subjetivo: ánimo de lucro.

En el caso ecuatoriano, en el derogado Código Penal en su Art. 563 señala que la conducta del sujeto activo de la estafa debe tener el “*propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro*”, cuya entrega consigue mediante el engaño. Se trata de ánimo de lucro, elemento subjetivo del tipo penal estafa, que está supeditado al elemento objetivo configurador del tipo penal, en el que el engaño como una expresión del dolo es su elemento configurador.

El tratadista Albán (2013) - por las consideraciones anteriores- también está de acuerdo que la estafa es un delito doloso, lo que además ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional (p. 446), la que al referirse a este tipo penal señala como elementos esenciales: “**fraude**, esto es el engaño, falacia, inexactitud consciente; **ánimo doloso**, esto es la intención de perjudicar a otro; y, **perjuicio real** al engañado como efecto del engaño”.² Es decir, al igual que en la doctrina en general el elemento engaño en sus diversas manifestaciones configura el fundamento del tipo penal.

La estafa como delito doloso lleva a que se realice un análisis de la figura del dolo, que como bien se sabe, deriva del griego *dóloc*³, que significa engaño; posteriormente adoptará los significados de artificio, astucia, fraude, malicia.

El dolo está conformado por la conciencia de lo que se quiere (elemento cognitivo) y por la decisión de querer realizarlo (elemento volitivo), estos elementos constituyen el dolo, el dolo pertenece a la acción y a través de ella al tipo penal como afirma Welzel (1956): “*la acción objetiva es la ejecución finalista del dolo. Dolo es el conocimiento y querer la concreción del tipo*” (pp. 73-74). Esta visión finalista además permitiría superar el problema del dolo eventual porque “el dolo del hecho comprende a todo lo que se extiende la voluntad de concreción, es decir no solamente a la meta aspirada, sino también los medios necesarios y las consecuencias secundarias” (*Ibidem*).

² 20-XI-2001 (Resolución No. 448-01, Primera Sala, R.O. 517, de 19-II-2002)

³ Diccionario Etimológico Online. <http://etimologias.dechile.net/?dolo>

Otros autores como Bacigalupo (1970) definen al dolo como “el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo penal”; del mismo modo Cury (1969) señala que el dolo es: “el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado de la voluntad de realizarlo o, al menos por la de aceptar que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria” (p. 47). Para Jescheck (1981) “el dolo significa conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo penal” (p. 398). Por su parte Zaffaroni (1986) dice del dolo: “es una voluntad determinada que, como cualquier voluntad, presupone un conocimiento determinado” (p. 401). Finalmente, el penalista ecuatoriano Zambrano (2008) considera al dolo como: “el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y la voluntad de concreción, o al menos la aceptación de que se produzca el resultado como consecuencia de la actividad voluntaria” (p.67).

Las definiciones precedentes, en general, destacan dos elementos como constitutivos del dolo: el *cognoscitivo* que se refiere al conocimiento de la significación de la acción que se ejecuta. “Importa esto que el autor sepa lo que realmente ejecuta, las consecuencias causales de esa ejecución y las repercusiones del hecho en el mundo exterior” (Zambrano, 2008, p. 67). Para Welzel (1956) “la acción es una creación consciente de la realidad. El dolo de un delito exige, por eso, el conocimiento de todas aquellas características que pertenecen al tipo objetivo del injusto (p. 77). En el caso concreto del delito de estafa, el estafador debe conocer que los bienes que se “hace entregar” son ajenos, que tiene un propietario y lo hace con la conciencia de que dichos actos son fraudulentos. Y, por otro lado, el elemento *volitivo* o voluntario que se cumple con el “querer la realización del tipo”, en el delito de estafa la voluntad del autor va dirigida a ejecutar el engaño con la finalidad de desear lucrar con los objetos o bienes que se ha hecho entregar.

En el caso del elemento volitivo, que es el que permite determinar las clases de dolo, se comparte la idea con Welzel que el dolo comprende a todo lo que se extiende la voluntad de concreción, esto es no sólo los resultados, sino además los medios y las consecuencias de tal querer en el acto típico. “Forman así contenido de la voluntad lo que el sujeto quiere o pretende, lo que se le representa o no como necesario, pero que es de forzosa producción; y por último forma parte de la voluntad lo que el sujeto acepta eventualmente, sea que se

presente como posible o como probable” (Zambrano, 2008, p. 80). Este último autor extiende el ámbito de influencia del elemento volitivo a lo que se conoce como el *dolo eventual*.

La ubicación del dolo como elemento subjetivo del tipo penal corresponde al Finalismo, en tanto en la categoría culpabilidad está el conocimiento de la antijuridicidad que no pertenece al dolo del tipo, sino al juicio de reproche (Welzel, 1956, p. 73). Si esto es así, se debe concluir que perteneciendo al tipo penal estafa, a su elemento subjetivo: el engaño y el ánimo de lucro, es necesariamente un delito doloso. Pero además porque excluye la conducta culposa que es irrelevante para el derecho penal.

Por otro lado, doctrinariamente, se han identificado tres clases principales de dolo: dolo directo o de primer grado, dolo indirecto o de segundo grado y dolo eventual; sin perjuicio de que hay una tendencia a unificar la figura del dolo como un concepto unitario.

Al constituirse el delito de estafa, necesariamente debe comprobarse la existencia del elemento subjetivo dolo, la prueba del dolo conlleva a la existencia de elementos objetivos que permitan al juzgador tener la certeza de que el sujeto activo actuó con conciencia y voluntad del tipo. Si bien es cierto, existe esta tendencia, ejemplificativa de clasificar al dolo y al ser la estafa un delito necesariamente doloso, este se puede presentar en las tres clases mencionadas anteriormente.

Así por ejemplo cuando existe dolo directo, el sujeto activo quiere el resultado, existe un engaño antecedente ⁴con el fin de tener un beneficio lucrativo. Es decir, que el dolo directo en la estafa consiste en querer apoderarse del patrimonio ajeno utilizando el engaño e induciendo al error al sujeto pasivo, y presupone también el conocimiento de que el patrimonio es ajeno.

⁴ Al respecto Dopico, J. (), hace una distinción entre el dolo penal y dolo civil, en su artículo titulado: *Estafa y dolo civil, manifiesta*: El engaño y el correspondiente ánimo engañoso (...) han de surgir inicialmente, a diferencia del dolo civil que tiene carácter *subsequens*.

El dolo indirecto o dolo de consecuencias necesarias⁵, supone por su parte, que el sujeto activo se represente dicho resultado como una “*consecuencia inevitable de la acción, que él admite como autor [...]*” (Figueroa, 2000). En el delito de estafa se presenta esta clase de dolo cuando por ejemplo el sujeto activo mediante el engaño induce al sujeto pasivo a disponer de su patrimonio, con el fin de lucrar de él, y al hacerlo se ven involucradas otras personas que, al mismo tiempo, resultan estafadas.

Y, el dolo eventual, cuando el sujeto activo se “*presenta el resultado como posible*” (Ibídem). En este caso no existe la aceptación de resultado esperado sino queda en una probabilidad. Al respecto Zaffaroni (2001), manifiesta: “*cuando el sujeto se presenta la posibilidad del resultado concomitante y la incluye como tal en la voluntad realizadora*” (p. 417).

Se ha generado un debate sobre la existencia a no del dolo eventual en el delito de estafa, que se lo analizará más adelante.

El error de tipo en la estafa

El error, en términos generales, de acuerdo a Fernández y Pérez (2004) “*es un conocimiento viciado de la realidad. Suele hablarse de un error propio (creencia equivocada de un hecho o dato de la realidad) e impropio (ignorancia o desconocimiento de aquel hecho o dato real*” (p.64). Esta es una conceptualización tradicional del error, pero real.

Corresponde ahora abordar el tema del error de tipo a la luz de las nuevas corrientes del pensamiento contemporáneo penal. Así, sobre el error de tipo Zambrano (2008) señala que: “*se presenta como la negación del dolo*” (p. 74) a continuación expresa: “*Cuando el autor ignora o yerra por conocimiento equivocado de un elemento objetivo del tipo desaparece el dolo y hay ausencia de la tipicidad. Para la subsistencia del dolo el autor debe obrar con conocimiento de los elementos del tipo objetivo, pero si falta el conocimiento,*

⁵ Término utilizado por Eugenio Zaffaroni.

falta también la voluntad de realización del tipo y se excluye el dolo, por error de tipo” (p. 75).

En la doctrina se distinguen si el error es o no vencible, desde luego si se trata del caso del error invencible desaparece el dolo y, desde luego, su adecuación típica. Por el contrario, si el error es vencible respecto de algún punto del hecho típico, tampoco hay dolo, pero se estaría ante la imputación por culpa por la negligencia en la que se habría incurrido, calificándose como culposos el acto, desde luego si está previsto como tal el tipo culposo.

En el caso del delito de estafa, si media un error sobre el conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo más la voluntad de realización, desaparece el dolo y el resultado o la consecuencia será la atipicidad de la conducta.

Así por ejemplo, no existiría dolo de estafa en los siguientes supuestos de hecho:

1. Cuando falta en el agente la conciencia de falsedad en las afirmaciones utilizadas, no hay intención de engañar ni, por ende, dolo de estafa.

2. Cuando tiene conocimiento de que falta a la verdad en lo que dice a otro o le hace creer, pero no tiene intención de inducirle a una disposición patrimonial lesiva (diríamos que aquí el sujeto intenta engañar, pero no completa el dolo de estafa). (Gutiérrez, 1991, pág. 559).

Como se evidencia en estos supuestos mencionados, no existe tanto el elemento volitivo como el cognitivo que configuran el dolo, pues la finalidad de los agentes que realizan la conducta es diferente a la de los que cometen el delito de estafa, donde pretenden disponer del patrimonio ajeno. Al respecto el extracto de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, demuestra con claridad meridiana lo afirmado:

[...] revisado el proceso, no consta la notificación de cierre de cuenta por parte de la Superintendencia de Bancos o el Banco al querellado, en consecuencia no procede los argumentos de la recurrente y aunque en el

informe pericial, suscrito por Arq. Elder Sebastián Jiménez Rengel constante a fs. 38 y 39, se establece que la cuenta corriente número 00-1160855-8, se encontraba cerrada a partir del 29 de agosto de 2008, en el mismo informe no se encuentra adjunto ningún documentos que corrobore sus afirmaciones, según lo dispuesto en el Art.6 del Reglamento de la Ley de Cheques. El giro de un cheque en cuenta cerrada no configura el delito de estafa cuando el girador desconoce el cerramiento de la cuenta, a esto se del debe agregar como elemento esencial que dicho acto incida en un estratagema falaz; los elementos constitutivos de la estafa no han sido demostrados en el juicio materia del recurso, por lo tanto, para el caso que nos ocupa, no se establece la existencia material de la infracción y tampoco se ha comprobado, conforme a derecho, el desprendimiento o perjuicio patrimonial de la recurrente [...] (Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 0128-2010).

Según los hechos motivo de la resolución citada, el procesado desconocía el cierre de su cuenta por lo que gira un cheque como forma de pago de un bien adquirido al agraviado, este desconocimiento o erro de tipo elimina el dolo, en palabras de Zaffaroni (2001) “*el error de tipo elimina el dolo y, como consecuencia ineludible, la tipicidad dolosa de la conducta*” p.410.

Sobre el error de tipo se han planteado algunas teorías, de las cuales la denominada *teoría estricta* es la que a juicio del titular recoge de mejor manera el error de tipo, concibiéndola Zambrano (2008) en los siguientes términos: “*El dolo está ubicado como elemento subjetivo del tipo, el conocimiento actual o potencial del injusto pertenece a la culpabilidad de la que no forma parte el dolo. En el error de tipo se produce la inexistencia del dolo y por ende del tipo, siendo innecesario llegar al juicio de culpabilidad pues esto comporta un desgaste de energía sin justificación alguna*” (p. 77).

Para Vargas (1999) “*El error como elemento del tipo penal de estafa, juega un doble papel: primero, debe ser consecuencia del engaño, segundo, debe motivar la disposición*

*patrimonial perjudicial*⁶. Lo que supone la existencia de una relación de causalidad entre las dos variables de la cita: acción y resultado, de lo que deviene que el error para que tenga relevancia jurídica deberá atacar los elementos del tipo penal, de su configuración típica.

Se debe tener claro que la *“La responsabilidad penal por estafa exige dolo típico; y siendo la estafa un delito de resultado lesivo, este dolo debe abarcar el perjuicio patrimonial”* (Albán, 2012, p. 35) de ahí la relación de causalidad entre la acción y el resultado a que se ha hecho alusión.

El dolo eventual en la estafa

Necesario es que al referirse al dolo eventual en la estafa, en primer lugar, se hagan algunas consideraciones conceptuales sobre este tipo de dolo, lo que permitirá comprenderlo de mejor manera a la hora de relacionarlo con el objeto del estudio: esto es el delito de estafa. Así autores como Welzel lo han denominado con el término “condicionado”, *“es el conocer los elementos objetivos del tipo y aceptar -como forma de querer- la realización del tipo que se le presenta al autor como probable o como posible”* (Zambrano, 2008, p. 85). Se trata de una suerte de dolo limitado, sujeto a un tipo de representación probable o posible.

Zambrano (2008) parafraseando a Jescheck, señala que: *“el dolo eventual significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella. Aparecen como elementos de esta clase de dolo, en forma negativa que no se persigue el resultado ni es segura la producción, abandonándose el agente al curso de las cosas”* (p. 85).

El dolo eventual supone, en consecuencia, tener la conciencia de un peligro real de realización del tipo y que el autor considere como elevada tal posibilidad, sin embargo hay conformidad en el sujeto de que aquello ocurra. Lo que le interesa al autor es conseguir el resultado propuesto en algunos casos; y en otros, el resultado representado no detiene al autor, quien, además, no hace nada por evitarlo.

⁶ Exp. N°2618-98, Lima, 1999, p.304. En: <http://www.monografias.com/trabajos96/delito-estafa/delito->

En muchos casos el dolo eventual puede confundirse con situaciones de culpa; sin embargo la diferencia está en la aceptación que el sujeto hace del resultado probable (Albán, 2013, p. 205). Este mismo autor pone el ejemplo del incendiario que observa como probable que en la casa que incendia estén individuos que podrían morir; esta representación no le impide actuar y efectivamente una persona fallece en el siniestro. Respondería por este suceso con dolo eventual (p. 205).

Se debe además señalar que este tipo de dolo es el que más debates ha generado en la doctrina, así Albán (2013) señala que: *“hay códigos como el nuestro, en que el dolo eventual parecería quedar excluido al definirse el dolo como el designio de causar un daño, y al insistirse en que el resultado debe ser querido y previsto por el agente (Art. 14), lo cual sería aplicable sólo al dolo directo”*⁷ (pp. 205-206).

El Código Penal Tipo para América Latina y algunos códigos de la región estiman que existen conductas dolosas, no solo en el caso de que el sujeto demuestre conocimiento del hecho delictivo y desee su realización, sino también en el evento de aceptar el resultado previniéndole como probable. Albán (2013) señala que en el Código Penal ecuatoriano existirían situaciones que podrían devenir en casos de dolo eventual, puntualizando los contenidos en los artículos 442, 445, 552 inciso final (p.206), además de nuevos tipos como los ambientales y financieros, en los que más que un dolo directo hay un dolo eventual.

Respecto al dolo eventual y si éste cabe aplicarlo al delito de estafa, una sentencia extranjera de la A.P. de Barcelona, Sec.2^a, Ponente, Sr. Grau, de fecha 2.6.2009, no lo admite, “ al entender que el delito de estafa requiere que la persona actúe utilizando un ardid o conducta engañosa que produzca un error en una tercera persona, induciéndole a realizar una disposición que de otro modo no hubiera realizado, por tanto entiende que no puede concurrir el dolo eventual, según se ha definido. Solo podría cometerse el delito existiendo dolo directo (intención de engañar)”.

⁷ Ver Gaceta Judicial Serie VII. No. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia)

Por su parte el Tribunal Supremo Español admite el dolo eventual como medio para poderse cometer el delito de estafa. En este sentido se pronuncia la S.T.S. de 15.2.2005.

“Este tipo de dolo (forma de actuar), es en muchos supuestos de estafa, la única forma de probar su concurrencia, así pudiera existir por ejemplo, en una permuta inmobiliaria de terreno por inmuebles, que no son construidas las viviendas, porque la construcción de los inmuebles solo se podía realizar dedicando todo el dinero de la hipoteca solicitada por el constructor a realizar la construcción (según las explicaciones expuestas en la solicitud del crédito hipotecario o deducibles de la economía de la sociedad), pero sin embargo el constructor dedica parcialmente ese dinero a otros fines de su empresa (existe por tanto dolo eventual, pues aunque no exista la intención de cometer el delito, sabe que dedicando el dinero a otros fines, nace la posibilidad de no poder construir las viviendas referidas)” (Tejedor, 2014, ¶3)⁸.

En la jurisprudencia chilena Balmacena (2011) manifiesta: *“En la lectura de los fallos expuestos se echó de menos un mayor pronunciamiento sobre el dolo. En efecto, si se es consecuente con la trasnochada Teoría de la puesta en escena, no puede darse cabida a la estafa con dolo eventual. Es inconsistente dogmáticamente. En cambio, si determinamos la suficiencia del engaño con el sistema que valoramos preferente, sí podría haber una estafa con dolo eventual”* (pp. 59-85).

A continuación se transcriben dos sentencias extranjeras sobre el dolo eventual en el delito de estafa:

“El dolo, como elemento subjetivo del injusto, puede ser directo o eventual, admitiéndose ambos, pues "la conciencia de que la acción tiene la probabilidad de

⁸ Tejedor, J. (2014). *Estafa*. Barcelona. Recuperado de: www.tejedorhorche.com/2011/09/el-delito-de-estafa-es-posible-su.html.

*engañar no excluye que el autor continúe con ella motivado, precisamente, por la posibilidad de lograr un beneficio patrimonial. Dicho de otra manera: el ánimo de lucro, en sí mismo, no depende de la existencia del dolo directo"*⁹

El *dolo eventual* es suficiente respecto del delito de estafa, y en el caso no cabe duda de la existencia de los elementos de esta forma de dolo, toda vez que los acusados eran conocedores, por lo menos, del riesgo de que los créditos ofrecidos como ya existentes a los perjudicados, mediante la adquisición de los pagarés emitidos, no se llegaran a concretar.¹⁰

De todo lo expuesto se puede concluir que el dolo eventual si puede presentarse en el delito de estafa como se ha visto en los fallos de la jurisprudencia extranjera, y, a nivel nacional, muy bien podría ocurrir fundamentalmente en los casos de estafa de crédito. Sin embargo en la jurisprudencia del Corte Nacional de Justicia, no se evidencia resoluciones que permitan comprender de manera más clara esta forma de dolo.

Al respecto de los delitos de estafa de crédito, la jurisprudencia española ha admitido la estafa con dolo eventual, y ha negado su incompatibilidad con el elemento del ánimo de lucro (vid. STS 23 de abril de 1992, F.D. 24º en Dopico, 2012).

Al contrario, otros tratadistas como Conde- Pumpido (2004) quien manifiesta “*la admisión de dolo eventual es incompatible con la exigencia de ánimo de lucro*” (p.91). Es decir, que ha criterio de este autor en el delito de estafa el dolo es siempre directo pues existe una relación directa entre el engaño y el ánimo de lucro. A este criterio se suma Valle Muñiz: [...] *la admisión del dolo eventual sólo puede servir para incriminar a título de estafa ilícitos*

⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). (2013). *Sentencia de 23 abril 1992RJ\1992\6783* Recuperado de: <http://www.eljurista.cat/wp-content/uploads/2013/04/aqu%C3%AD3.pdf>

¹⁰ Rives, A. (s.f). *El Delito de Estafa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Portico Legal. STS 247/1996, de 3 de abril, Recuperado de: http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=407.

civiles en los que falte la voluntad de ocasionar un perjuicio patrimonial. (Muñiz citado por Donna, p. 91, 2004)

Criterios que no son compartidos, pues como se ha revisado en los casos de estafas crediticias, existe el elemento del perjuicio o apropiación patrimonial, sino que depende de cómo el sujeto activo valore la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido.

CONCLUSIONES Y POSTURA PERSONAL RESPECTO A LA INVESTIGACIÓN

Dentro de la investigación, pude llegar a varias conclusiones que puedo indicar a continuación:

1. El delito de estafa, a través de la historia ha venido convirtiéndose en un delito autónomo, pues desde un comienzo este se vio envuelto en una concentración de varias maniobras engañosas, acortándose conforme pasan los años en un delito que se diferencia de otros delitos que igualmente describen un tipo en el que se sanciona a los actos violatorios a la propiedad.
2. La Constitución establece en su Art. 321, que *“El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008), entendiéndose en virtud del principio de legalidad, que la normativa inferior jerárquicamente a nuestra Constitución, garantizándose el bien jurídico tutelado que es la propiedad, describiendo un delito en el ámbito penal para cuidar, prevenir y sancionar que este sea violentado, todo esto materializado en el Código Orgánico Integral Penal, dando así como resultado un delito de estafa que se encuentra al tenor de la actualidad judicial, cultural, sociológica y tecnológica de nuestro país.
3. Como se puede observar en la investigación, la estafa está directamente relacionada con el patrimonio, que al ser lesionado, imbrica una serie de elementos que repercuten en la sociedad, causando que se deba legislar a fin de conseguir una tipificación que reúna las necesidades de la ciudadanía, abogados y operadores de justicia, para mejorar así el sistema judicial ecuatoriano y castigar los casos de estafa que en verdad estén en el contorno penal.

4. El delito de Estafa en nuestro país ha venido recibiendo varios cambios a lo largo de la historia republicana, siendo los de gran afectación el cambio existente del Código Penal derogado recientemente y Código Orgánico Integral Penal, llegando a considerarse básico dentro del acontecer social en virtud de los altos índices de delincuencia que sufre nuestro país. Por lo que el legislador se ha visto en la necesidad de cambiar la tipificación del delito, actualizarlo y convertirlo en uno que sea más fuerte y abierto a que la ciudadanía esté protegida de incluso las nuevas modalidades existentes por diferentes factores como la delincuencia tecnológica y casos de inmobiliarias.
5. En la estafa, el sujeto activo (engañador) utiliza sus artimañas a fin de inducir al error a personas que en la mayoría de los casos por su ingenuidad, son proclives a que recaigan en un error que posteriormente se transformará en una disposición lesiva de su patrimonio, procediendo a que el sujeto pasivo entregue un bien y de esa forma acrecentar el patrimonio del agente de una manera ilícita.
6. La conducta que la persona desarrolla al momento de cometer el delito de estafa debe ser adecuada e idónea a fin de que exista una disposición patrimonial, existiendo requisitos esenciales que deben relacionarse causalmente, como lo son el engaño, error, derivando en la lesión al bien jurídico tutelado.
7. Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el delito de estafa es utilizado conforme el acontecer nacional, el mismo que creo pertinente deberá ser modificado por la Función Legislativa, quienes dentro de sus deberes deberán incluir como una casuística más en la descripción del mismo, la siguiente parte: “... *conduzca a una persona a necesidad económica...*”, tal cual como reza en el tercer numeral del delito de estafa en su similar Alemán, progresando e circunscribiendo a la gente que fue sujeto pasivo de este ilícito, que verdaderamente al disponer patrimonialmente sus bienes, no pueden recuperar su antigua y posible solvencia.
8. Los operadores de justicia, entendiéndose como aquellos a la Fiscalía y Jueces, deberán considerar que el delito de estafa debe ser investigado después de agotar todas las formas

de acuerdo extra procesal, puesto que no todos los casos se encuentran en el ámbito penal y tampoco contienen un engaño idóneo, que lleve a que la Fiscalía General del Estado desenvuelva todo su contingente en pesquisa de un hecho que no superará incluso la fase de investigación previa.

9. La estafa al ser un delito eminentemente doloso, debe estructurarse a fin de que se compruebe un ánimo de lucro por parte del sujeto activo, derivando en el enriquecimiento a raíz del patrimonio de la víctima, que recayendo en un error dispuso su bien.

10. Por lo que, se podría concluir que la estafa al contener el elemento engaño, limitado con la finalidad de abarcar menos casos y solamente los idóneos, que adecuen conductas verdaderamente de última ratio, debe por medio del legislador tipificarse el delito en mención de la forma más específica y precisa, consiguiendo un delito que solamente describa conductas en las que el engaño sea idóneo, conformando un artículo fuerte y de cierta manera menos abierto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁN Ernesto Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Ediciones Legales S.A., Quito, 2005.
- ONECA ANTON, José, “Estafa”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix S.A., Tomo IX, Barcelona, 1958.
- BACIGALUPO, Enrique, Delitos impropios por omisión. (Con un estudio analítico del tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa), Ediciones Pannedille, Buenos Aires.
- BAQUERIZO Zavala Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Edino, Guayaquil 2006.
- BAJO, Fernández, Manual de derecho penal, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- BARRERA Domínguez, Humberto, Delitos Contra el Patrimonio Económico, Cosmos, Bogotá, 1963.
- BARAHONA BUSTOS, Víctor, *Los elementos del delito de "giro doloso de cheque" y nulidades que pueden afectarlos (recopilación de causales)*, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1962.
- BUOMPADRE, Jorge, Estafas y otras defraudaciones, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires. 2003.
- CABRERA GUIRAO, Jorge; y, CONTRERAS ENOS, Marcos, EL ENGAÑO TÍPICAMENTE RELEVANTE A TÍTULO DE ESTAFA - Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 2008. (http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/cabrera_j2/html/index-frames.html) 23/01/2013.
- CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal - *Parte especial* (Traducción. José J. Ortega Torres), Editorial Temis, Bogotá, 2001.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.

- CÓDIGO PENAL DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.
- Conde-Pumpido, Ferreiro, Estafas, Editorial Tirant Lo Blanch, 1997
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ed. Profesional. Corporación de Estudio y Publicaciones, Quito – Ecuador 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-301-11.htm>), tomado el 06/08/2014.
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal – Parte Especial Tomo II-B*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *IV Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile), Santiago de Chile, 1998.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, Pedro, *Estudios de Derecho Comparado*, Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia, Pudeleco Editores, Quito, 1997.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, “Engaño y víctima en la estafa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Número XXVI, Tomo I): Valparaíso, 1995.
- FINZI, Conrado. *La Estafa y otros Fraudes*, Depalma, Buenos Aires, 1961.
- FRISTER, Helmut, “Derecho Penal, Parte General”, Traducción de la Cuarta Edición Alemana, por Marcelo Sancinetti, Hammurabi, 2011, p. 102 GÁFARO Rojas, Daniel. *La Estafa*, Tesis de grado Universidad Javeriana de Colombia, Bogotá, 1961.
- GUERRERO Vivanco Walter, *Relatos Penales*, Editorial PUDELECO S.A., Quito 2006.
- GUTIERREZ, María Luz, *Fraude informático y estafa: aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos*, Editorial Ministerio de Justicia. Secretaria General Técnica, Madrid, 1991.
- JIMENEZ de Azúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Losada, Buenos Aires, 1964.
- MEZGER, Edmund, *Kriminologie. Ein Studienbuch*, Edit. Beck, Berlín, 1954.

- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- [NUÑEZ, Ricardo](#), Marcos Lerner Editora (en español). *Manual de Derecho Penal Parte Especial* (1999 edición). Córdoba, Argentina. [ISBN 9509426806](#).
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 2002.
- RENDON GAVIRIA, Gustavo, *Derecho Penal Colombiano: Parte Especial - Volumen 1*, Fondo Rotario Judicial, Bogotá, 1964.
- ROMERO N., Gladys. *Delito de Estafa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998.
- ROSSI, Norella Giovanna, *Algunos Aspectos del Delito de Estafa*, Tesis de grado, Bogotá, 1962.
- SOLER, Sebastián. Anteproyecto de código penal del Dr. Sebastián Soler, Edit. Argentina, Buenos Aires, 1956.
- TORRES Chávez Efraín, *Breves Comentarios al Código Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2002.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa. Delimitación jurídico- penal con el fraude civil*, Bosch, Barcelona, 2002.
- VERA Barros, Oscar. *Defraudación de servicios o alimentos*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- YEPEZ TAPIA, Armando, *La investigación científica en derecho*, Editorial Pudeleco, Quito, 2002.
- ZABALA Baquerizo, Jorge. *Delitos Contra la Propiedad*, Edit. Edino, Tomo II, Guayaquil, 1998.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2006.