



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

“TEORÍA GENERAL DEL DELITO DE ESTAFA.”

**Tesina previa a la Obtención del
título de Especialista Superior en
Derecho Penal.**

AUTOR:

JUAN CARLOS SALAZAR ICAZA

DIRECTOR:

GUSTAVO ABOSO.

**CUENCA – ECUADOR.
2008**

DEDICATORIA.

Luego de culminar un camino debemos mirar hacia atrás y fijar nuestra mirada en todas aquellas personas que caminaron silenciosamente junto a nosotros, alentándonos en cada momento, por lo que, dedico el presente trabajo a mis padres Eduardo y Cecilia; y, a mi hermano Pablo.

AGRADECIMIENTO.

Agradezco a la Universidad del Azuay, mi segunda casa, por permitirme continuar mis estudios, formándome como mejor profesional y persona. GRACIAS.

Agradezco además a mi profesor y amigo Gustavo Aboso, por la sabia dirección del presente trabajo.

INTRODUCCIÓN.

El derecho penal, genéricamente hablando, estudia aquella trilogía formada por el delito, el delincuente, y las consecuencias de la conducta típica, siendo su misión la de proteger valores fundamentales de una sociedad determinada en un momento histórico también determinado.

Doctrinariamente la conducta delictiva admite clasificaciones, para nuestro estudio reviste importancia aquellos tipos penales que intentan tutelar a la propiedad como derecho reconocido por el Estado. Variadas son las formas mediante las cuales se puede vulnerar el derecho a la propiedad, empero, existe básicamente una que difiere de las demás en virtud de la astucia con la que se comete, en este supuesto el individuo actúa prevalido de su conocimiento frente a las personas, esgrimiendo mentiras y ardid idóneos a fin de engañar al titular del derecho de dominio y de esta manera permitir el correspondiente desapoderamiento, sin que medie violencias o amenazas. Consecuencia de lo manifestado podemos decir que el delito de estafa, constituye una infracción que adquiere trascendentales dimensiones en una sociedad capitalista como la nuestra.

El objetivo fundamental del presente trabajo monográfico es generar una verdadera teoría del ilícito antes referido, analizando sus elementos constitutivos, tanto objetivos cuanto subjetivos, sin dejar de lado aspectos jurisprudenciales, los que nos permitirán ponderar aún mas la razón de ser del tipo penal del Art. 563 del Código Penal Ecuatoriano.

CAPÍTULO I
EL DERECHO PENAL Y LOS DELITOS EN PARTICULAR.

CAPITULO I.

EL DERECHO PENAL Y LOS DELITOS EN PARTICULAR.

1.1.- IDEAS PRELIMINARES.-

Sin bien el título del presente trabajo bibliográfico hace relación a la “Teoría General del Delito de Estafa”, resulta imprescindible dedicar un capítulo al análisis del derecho penal en general y una breve referencia a los delitos en particular; recalamos, el tema escogido para el desarrollo del trabajo pertenece al Derecho Penal Especial, mas para la comprensión del delito de estafa, debemos referirnos brevemente al delito como expresión genérica, esto es como un fenómeno social y jurídico, deveniente de la acción humana, la misma que supone un ejercicio final no causal, pues el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias y fines próximos de sus actos o de sus omisiones, y de esta manera poner en riesgo bienes jurídicos determinados, idea última de difícil conceptualización, empero, será imperioso revisemos su contenido dogmático.

Con este antecedente podemos, de manera apriorística, decir que el primer capítulo del trabajo nos enriquecerá con ideas generales que permitirán la comprensión del tema medular cual es formar una verdadera teoría general del delito de estafa.

1.2.- EL DERECHO PENAL.-

Previo a revisar apreciaciones conceptuales del derecho penal, conviene recordar la enseñanza del profesor Wolfgang Naucke respecto a la labor de los profesionales que dedicamos nuestro trabajo a tan interesante rama del derecho: “La función de los penalistas –y de los juristas en general- es decidir casos, habría que decir, más precisamente, conflictos, o sea, colisiones de derechos entre ciudadanos. Función de los penalistas es, entonces, decidir, si

en un conflicto, en una colisión de derechos entre los ciudadanos, se ha cometido un ilícito punible”¹

Partamos de la idea que el derecho en general es un conjunto de normas y principios generales que regulan la vida de los seres humanos dentro de una sociedad jurídicamente organizada cual es el Estado, idea que posteriormente dará luz a la precisión de Estado de Derecho, lo cual hace necesario que en un momento de nuestra formación acudamos a una clasificación esquemática y ciertamente académica de esta institución que hemos decidido llamar derecho, en tal virtud, encontramos tres esferas básicas: Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Social. El primero, que es el que interesa para el presente estudio, supone: “. . .aquel que se encarga de las relaciones que surgen entre el Estado, los demás Estados, los Órganos del Estado y los particulares con aquellos”², dentro de éste encontramos al Derecho Penal, máxime disciplina que regula aquella trilogía conformada por el delito, el delincuente, y los efectos del delito.

Con las apreciaciones anteriores, podemos abordar el tema propuesto, recordando las enseñanzas del profesor Maurach cuando nos dice: “El derecho penal es aquel conjunto de normas jurídicas que une ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada, cual es el delito. La consecuencia jurídica de mayor trascendencia es la pena, en todos los casos, ella afecta exclusivamente al autor de un delito que ha actuado culpablemente. Además de la pena el derecho dispone de medidas preventivas. . . condicionadas por la peligrosidad del autor, no por su culpabilidad; si el autor peligroso ha actuado culpablemente, el efecto de las medidas es complementario al de la pena; si al contrario, el autor es incapaz de actuar culpablemente, las medidas reemplazan a la pena”³

¹ NAUCKE, Wolfgang; “Derecho Penal”; Editorial ASTREA; 10ª Edición; Traducción Leonardo Germán Brond; Ciudad de Buenos Aires; 2006; pág. 1.

² COELLO GARCÍA, Hernán; “Epítome del Título Preliminar del Código Civil, y sus Principales Relaciones con la Legislación Ecuatoriana”; Universidad del Azuay; Cuenca; 1995; pág. 14

³ MAURACH, Reinhart y otro; “Derecho Penal Parte General” Tomo I; ASTREA; 7ª Edición; Traducción Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson; Buenos Aires; 1994; pág. 4

Del concepto antes referido, es lógico colegir, que dentro de la disciplina del derecho penal encontramos una amplia temática, lo que vuelve valedero el criterio del padre del finalismo Hans Welzel: “La denominación “Derecho Penal” ha resultado demasiado restringida para la materia tratada en el C. P., (...) pues junto a las penas el C. P. regula también las medidas de seguridad y corrección. Fundamento de la pena es el delito, esto es, la acción u omisión intolerable para la comunidad jurídica a causa de su reprobabilidad ético-social. Fundamento jurídico de las medidas de seguridad y corrección es la peligrosidad criminal del autor manifestada en la perpetración de delitos. Del derecho penal queda excluido el Derecho de las llamadas penas no-criminales”⁴

Con la idea clara de lo que entendemos por derecho penal, corresponde revisemos conceptos referentes a la misión de esta interesante rama jurídica, para posteriormente centrarnos en el estudio del delito.

1.3.- MISIÓN E IMPORTANCIA DEL DERECHO PENAL.-

Gramaticalmente misión supone la facultad que se confiere a algún ser para lograr un objetivo determinado, de ello deviene la importancia del mismo, esa es la razón de analizar dos tópicos complementarios bajo el mismo acápite.

De lo manifestado en el título anterior no tendremos duda de afirmar que el derecho penal es parte del ordenamiento jurídico y que sus esfuerzos se encaminan a determinar los elementos de la acción delictiva, imponiéndole a la misma penas o medidas de seguridad, o inclusive ambas como lo considera Maurach en su citado concepto, consecuentemente, la finalidad de esta ciencia es desarrollar, entender y explicar el contenido de sus reglas en una realidad fáctica determinada, pues la ciencia penal es una disciplina netamente práctica, tanto así que, a más de servir a la administración de justicia, constituye una verdadera teoría del comportamiento humano bien sea justo o injusto, de esta forma podemos visualizar como la filosofía nutre al derecho penal.

⁴ WELZEL, Hans; “Derecho Penal Alemán”; Editorial Jurídica de Chile; 12ª Edición; Traducción Juan Bustos y Sergio Yáñez; pág. 30.

El derecho penal está llamado a proteger valores elementales de una sociedad y evitar que estos valores puedan ser dañados, siendo necesario referirnos a que la conducta del ser humano puede ser analizada desde una perspectiva bifronte, pues puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina o al sentido de la actividad como tal, a fin de analizar el valor de resultado y el valor del acto, no cometeremos un error al decir que ambas formas de valor son importantes para el derecho penal, pues éste en primer orden está llamado a proteger ciertos valores vitales de la vida en comunidad, por lo que concordamos con el profesor Welzel al sostener que: “La misión central del Derecho Penal reside, pues, en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente”⁵; mas, si bien el fin del derecho penal es proteger estos valores, en otras palabras bienes jurídicos, la primigenia finalidad será la protección misma de la persona humana, por ello el primer objetivo de la norma tiene un contenido ontológico, consecuentemente tenemos una herramienta de protección al ser humano como tal y a todas aquellas realidades necesarias en la vida en sociedad –bienes jurídicos-, por lo que, la misión más profunda del derecho penal suele decirse es de naturaleza social y de un carácter completamente positivo.

Para poder concluir con las ideas esbozadas con anterioridad es necesario conceptualicemos al bien jurídico, siendo este un principio, bien, característica, hecho, circunstancia, de vital trascendencia en una comunidad o del individuo propiamente dicho, por tanto se encuentra jurídicamente protegido por la norma positiva dentro de un Estado de Derecho; empero, es posible encontrar múltiples bienes jurídicos, los mismos que en un momento dado pueden entrar en conflicto, es por ello que la suma de los mismos no conforman una masa desproporcionada y no armónica, sino un orden social perfecto, es por ello que la significación de bien jurídico en un caso

⁵ WELZEL, Hans; Ibidem; pág 12

determinado debe ser analizado no solo en relación al contexto del asunto sino en conexión con todo el orden social.

1.4.- EL DELITO.-

De lo manifestado no quedará la menor duda que el delito constituye la primordial preocupación del derecho penal, por lo mismo, es necesario realicemos una reflexión al respecto, la misma que, por las razones expuestas en el pasado deberá ser sumamente breve y concreta a fin de solventar cualquier duda al respecto y en el futuro analizar con solvencia la parte medular del presente trabajo.

1.4.1.- EL DELITO COMO FENÓMENO SOCIAL.-

Al respecto surge una duda: ¿Qué es sociedad?, el diccionario la define como: "Reunión mayor o menor de personas, familias, pueblos o naciones. Agrupación natural o pactada de personas, que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida."⁶, sin embargo, aquella definición aun no nos complace para el tema motivo de análisis, pues deberemos analizar principios propios de ciencia política para poder entender al delito como un fenómeno social.

Las teorías contractualistas de Hobbes y de Rousseau, sin bien son contradictorias entre si, tiene punto de unión, el principal es el hecho de que el hombre para poder encontrar su felicidad celebra un contrato con sus semejantes, independientemente de que su naturaleza sea mala o buena, en su orden según los referidos autores, celebrado el contrato, y formada la sociedad ésta tendrá reglas que se cumplirán coercitivamente, las mismas que tienden a un fin específico: la convivencia pacífica de los integrantes; para el

⁶ Microsoft® Encarta® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

segundo de los referidos doctrinarios, el hombre renuncia a una parte de su libertad y se somete al imperio de la sociedad, empero este sacrificio no es desinteresado, lo admite a cambio de la garantía que le ofrece la sociedad organizada de mantener ciertos valores, entre ellos los derecho individuales inalienables, el orden público, la seguridad colectiva, etc.

Sobre el tema, motivo actual de estudio, gran importancia tiene Beccaría, pues sus teorías sirvieron de base para la conceptualización de un ordenamiento jurídico humanista, quien se preocupó principalmente de corregir el exceso de las penas y arbitrariedad en su aplicación. Beccaría parte de la filosofía de Rousseau, y concluye que, vista la necesidad de reunión entre los hombres, encontramos entre ellos acciones opuestas al bien público, de ellas deviene el delito como tal.

En virtud de lo expuesto el delito supone un fenómeno de etiología y consecuencia social, pues se produce solo gracias a la convivencia del hombre en sociedad y además sus efectos causarán daño a toda la unidad política y jurídicamente organizada de individuos, independientemente que la acción delictiva tenga por víctima a tal o cual persona, pues, ante ello todos temeremos ser parte fatal de aquella circunstancia.

De las ideas expuestas, decimos que el delito resulta todo acto que ofende al orden ético exigiendo como consecuencia la imposición de una pena determinada; al respecto es oportuno el criterio del profesor Franz Exner, cuando, respecto al delito, sostiene: “los hechos contrarios al bien común a los que corresponde una idéntica actitud contraria a ese bien (. . .) delito es un concepto jurídicamente valorizado y jurídicamente delimitado”⁷

No cometeremos un error al sostener que la ciencia penal, y en sí el Código de la materia llega a ser una suerte del trasunto de un código moral, pues, esta disciplina traduce los conceptos éticos de bien y mal, producto del criterio social imperante, en tal virtud el delito, como nos indica José Ingenieros,

⁷ EXNER, Franz; “Biología Criminal”, Bosch; Casa Editorial Barcelona 1957. Pág. 39-40.

es:”. . .una trasgresión de las limitaciones impuestas por la sociedad al individuo en la lucha por la existencia.”⁸, reconociendo además que: “las variaciones estructurales de las sociedades corresponde a las variaciones de la mentalidad colectiva, al perfeccionamiento evolutivo de la función. Estos diversos grados de estructura y de mentalidad están representados por diferentes instituciones y costumbres”⁹

1.4.2.- DEFINICIÓN FORMAL Y MATERIAL DEL DELITO.-

Entendido al delito como un fenómeno social, es nuestro deber estudiarlo a la luz de la dogmática jurídico penal, siendo imperioso precisar que cada tratadista del derecho motivo de análisis ha procurado elaborar su propia definición de delito, siendo importante recordar que han existido definiciones formales y materiales del hecho delictivo, revisemos cada una de ellas:

1.4.2.1.- DEFINICIÓN FORMAL.-

Como se refiere el tratadista ecuatoriano Ernesto Alban: “Son aquellas que conciben el delito como el acto legalmente punible”¹⁰, esto es, es delito el acto que la ley tipifica y lo sanciona con una pena; para algún sector de la doctrina la presente conceptualización constituye una verdadera tautología, mas es nuestro Código Penal, en su Art. 10, el que dispone: “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar.”

Resulta imperioso manifestar que no debemos confundir la definición formal del delito con la definición formal de derecho penal, aunque ambas tienen puntos comunes de conexión, siendo necesario puntualizar principios relativos a este último, y es así que Roxin sostiene: “ El derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de

⁸ INGENIEROS, José; CRIMINOLOGÍA; Editorial Hemisferio; 1953; Buenos Aires; pág. 27.

⁹ INGENIEROS, José; Ibidem; pág. 25.

¹⁰ ALBÁN, Ernesto; “Teoría General del Delito”; Régimen Penal Ecuatoriano; Ediciones Legales; pág. 71.

seguridad y corrección. . .Pena y medida son por lo tanto el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico penales, lo que significa que el derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones –pues esto lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos- sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.”¹¹

Respecto de la definición formal de delito y de derecho penal podemos sostener que no tienen la posibilidad de penetrar en el fondo mismo tanto del hecho delictivo cuanto de la ciencia penal propiamente dicha, por lo que es necesario revisar aquellas definiciones reales o materiales de los referidos temas.

1.4.2.2.- DEFINICIONES REALES O MATERIALES.-

Con el inconveniente de las anteriores, tenemos las definiciones reales o materiales, que pretenden descubrir las calidades internas del hecho delictivo como tal, determinando como debe ser una conducta para ser inculpada, y las consideraciones necesarias de dicho acto para que esté recogido por la ley penal, estableciendo por consiguiente, un precepto sancionado con la amenaza de la imposición de una pena, variante que debe preocupar tanto al estudioso del derecho cuanto al órgano legislativo de un Estado determinado, pues éste es el que en último término decide que conductas son delitos.

Para muchos tratadistas, el Código Penal es una suerte de trasunto de un Código Moral, esto es, responde a la moralidad media de un pueblo, es por ello que Ernesto Albán cuando nos da una definición material de delito nos dice: “. . .aquel acto que ofende gravemente al orden ético-cultural de una sociedad determinada en un momento determinado y que, por tanto, merece una sanción.”¹²

¹¹ ROXIN, Cláus; “Derecho Penal Parte General” Tomo 1; Editorial CIVITAS S.A., 2ª Edición; Traducida por Diego Manuel Luzón Peña; 1997; pág. 51.

¹² ALBAN, Ernesto; Op. Cit. pág. 72

De la misma manera como lo hicimos en el acápite anterior no es prudente confundir el concepto material de delito con el concepto material de derecho penal, mas, nuevamente afirmaremos que aquellas tienen variados puntos de conexión, pues parten de la misma base; sobre éste último, el propio maestro Claus Roxin nos enseña: “El derecho del legislador a establecer penas, el *ius puniendi*, se desprende del art. 74 No 1 GG, pues la atribución que de allí se hace del Derecho penal al campo de la legislación concurrente permite reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a penar. Pero con ello aún no se ha dicho nada sobre como tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla. Esta es la cuestión acerca del concepto material de delito, es decir de la cualidad en cuanto a contenido de la actuación punible. Mientras que, mediante el concepto formal de delito, que se discute en los primeros párrafos de este libro, la conducta punible solo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho Penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por lo tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio politicocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho Penal, que aquí se entiende como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”. Sin embargo, hay que pretender penetrar por toda una jungla de cuestiones polémicas antes de poder unir un sentido seguro y suficientemente claro a esa afirmación”¹³

1.4.3.- ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DELITO.-

Las teorías modernas del derecho penal intentan dejar de lado la discusión entre definiciones formales y materiales o reales, y tienden a determinar de manera apriorística los aspectos identificadores del delito como tal, intentando forjar una noción que agrupe todos esos elementos, vistos desde una concepción desde cierto punto holística, pues supone que el delito

¹³ ROXIN, Claus; Op. Cit. pág. 51-52.

es una realidad jurídica absolutamente diferenciada de otros actos ilícitos; y, la suma de sus elementos nos da como resultado una distinta realidad: el hecho delictivo.

Con las ideas antes referidas, se trata de elaborar un concepto que analice los caracteres de cualquier delito, mas, todos los ilícitos penales deberán tener los mismos caracteres para ser tales, a cada característica corresponde contenidos diversos, si falta una de ellas no puede existir delito.

Desde el punto de vista histórico es importante resaltar que Beccaria aportó con elementos fundamentales para la apreciación conceptual de la actualidad, además Carrara coadyuvó con varias reflexiones a fin de establecer la naturaleza jurídica del delito, sin embargo, son las escuelas alemanas del siglo XX las que fueron perfilando el definitivo concepto, entre los más destacados autores tenemos a Von Liszt, Beling, Mayer, Mezger, entre otros, quienes establecieron cuatro elementos constitutivos del delito, es decir, éste constituye un: ACTO, TÍPICO, ANTIJURÍDICO, CULPABLE, la consecuencia de los cuatro presupuestos será la punibilidad, idea última que no se la considera como elemento estructural del delito.

Cada elemento del ilícito tiene su contenido dogmático, tema que no profundizaremos por ser tarea alejada al objetivo primordial de este trabajo, labor que demandaría un verdadero estudio de tesis, sin embargo podemos concordar con el profesor Edgardo Donna quien pondera la libertad de la acción dentro del delito y así: “el problema de la libertad cruza toda la teoría del delito, de manera que en todos sus niveles habrá que exigirse esa imputación a una acción libre.”¹⁴

1.5.- CLASIFICACIÓN DEL DELITO.-

Clasificar supone disponer por clases un tema determinado para su ulterior estudio; respecto al delito varias son las clasificaciones que la doctrina y

¹⁴ DONNA, Edgardo Alberto; “Derecho Penal Parte General”; Rubinzal – Culzoni; 2006; pág. 55

las legislaciones han dado. En razón del tiempo intentaremos ser del todo lacónicos al momento de analizarlas, aclarando que serán estudiadas simplemente las más importantes.

Así tenemos que, en el derecho comparado, por la GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN, han existido dos fórmulas, un sistema tripartito que clasifica al ilícito penal en crímenes, delitos y contravenciones; y, un sistema bipartito que los ordena en delitos y contravenciones, éste último es el que sigue el ordenamiento penal ecuatoriano cuando el Art. 10 del Código de la materia dispone: “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena.”

Por la ACCIÓN PARA PERSEGUIRLOS, tenemos que los ilícitos, desde el punto de vista procesal, pueden ser de tres clases según lo previsto en el Código Adjetivo Penal; esto es, delitos de acción pública de instancia oficial, cuando el ejercicio de la acción corresponde exclusivamente al Ministerio Público, en general todos los delitos pertenecen a esta clase; tenemos además delitos de acción pública de instancia particular, que si bien corresponde el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público, éste solo puede actuar previa denuncia del ofendido; y, de acción privada, cuando el ejercicio le corresponde únicamente al ofendido mediante querella.

Por el MOMENTO DEL DESCUBRIMIENTO, podemos referir que los delitos son flagrantes y no flagrantes, los primeros cuando se comete en presencia de una o más personas –flagrancia propia-, o cuando se los descubre inmediatamente después de su comisión y el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido –flagrancia asimilada-; y, los delitos no flagrantes cuando el ilícito no se comete en presencia de otras personas ni el autor es aprehendido inmediatamente después.

Además podemos analizar el hecho delictivo por la ESTRUCTURA MISMA DEL ACTO, y así tenemos delitos simples y delitos complejos, aquellos

cuando la ejecución del delito constituye un solo hecho que afecta a un solo bien jurídico verbigracia el homicidio a la vida; y, éstos cuando su ejecución supone varios hecho simultáneos y/o sucesivos, que ha su vez producen daños a varios bienes jurídicos, pero la norma lo unifica como un solo ilícito por ejemplo robo con muerte dando lugar al latrocinio.

Podemos analizar además a las infracciones penales POR LA FORMA EN QUE SE PRODUCE EL RESULTADO, y tenemos delitos formales o de simple actividad, cuando su ejecución exige un acto que a su vez incluye el mismo resultado, verbigracia la injuria; y, por otra parte tenemos aquellos delitos que exigen que el acto humano produzca un resultado simultáneo o posterior, mas éste resulta ser perfectamente diferenciable de la acción misma, pues produce un cambio material en el mundo exterior, por ello se los llama delitos materiales.

Tenemos también, por la DURACIÓN DEL MOMENTO CONSUMATIVO: delitos instantáneos cuando el acto típico del ilícito se consume en un solo momento relativamente breve, por ejemplo el homicidio se consume el instante en el que la víctima muere, sin importar que el proceso de preparación o de ejecución misma haya sido prolongado. Constituyen delitos permanentes aquellos en los que la consumación perdura en el tiempo por un lapso largo en el cual, además, perdura la lesión al bien jurídico protegido, verbigracia el plagio cuya consumación dura el tiempo que dure la privación de la libertad. Los ilícitos serán continuados cuando, como nos indica Ernesto Albán, “. . .se integran con varios actos ocurridos a lo largo del tiempo, cada uno de los cuales constituye por sí solo un delito, sin embargo, debido a una ficción jurídica, se considera a todos los actos en conjunto como un solo delito. Supongamos el cajero, durante varios meses o años, dispone ilícitamente de los dineros entregados a su custodia” ¹⁵. Existen además delitos habituales, cuando se componen de varios actos realizados a lo largo del tiempo, sin embargo cada uno de ellos por si solo no es delito –esto lo diferencia de los

¹⁵ ALBÁN, Ernesto; Op. Cit. pág. 87.

continuados-, solo la suma de todos ellos configura una conducta delictiva; por ejemplo la habitualidad para el delito de usura.

Los delitos penales por sus EFECTOS, pueden ser, de daño cuando se produce lesión a un bien jurídico determinado; y, de peligro cuando la lesión jurídica supone una amenaza general que pone en riesgo bienes jurídicos, por ejemplo en los delitos contra la salud pública.

Por la ACCIÓN DEL AGENTE, los ilícitos pueden ser de acción o de omisión, clasificación compleja pues los unos suponen un acto positivo que lesiona bienes jurídicos o los pone en peligro, mientras los segundos una inacción cuando la ley impone al sujeto activo la obligación jurídica de actuar, éstos a su vez pueden subdividirse en delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia o comisión por omisión.

Finalmente tenemos que los delitos pueden clasificarse en razón del BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, de esta manera, y tal cual lo hace nuestro Código Penal, los ilícitos pueden ordenarse en tantas categorías cuantos sean los bienes jurídicos penalmente protegidos.

1.5.1.- IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN EN RELACIÓN AL DELITO DE ESTAFA.-

La estafa es de aquellos ilícitos que el código lo clasifica dentro de los delitos, y a su vez considera que el bien jurídico que protege es la propiedad, procesalmente constituye una infracción de aquellas que el Código de Procedimiento considera de acción pública de instancia particular, producen un resultado posterior al acto, pueden ser instantáneos o continuados –por ejemplo en el abuso de confianza de quien se encuentra encargado de la entrega del producto terminado en una empresa determinada, sin embargo distrae esos bienes para su beneficio-, son delitos de daño; finalmente sostenemos que aunque la doctrina ha manifestado unánimemente el hecho de que la estafa es un delito de acción, existe ardua discusión respecto a la forma omisiva, tema sobre el que volveremos con todo detenimiento en el futuro.

CAPITULO II
EL DELITO DE ESTAFA.
CONSIDERACIONES GENERALES

CAPÍTULO II.

2. EL DELITO DE ESTAFA.

CONSIDERACIONES GENERALES.

2.1.- IDEAS PRELIMINARES.-

En el pasado hablamos del derecho penal como parte del ordenamiento jurídico dentro de un Estado de Derecho, entendido aquel como el "...conjunto de normas jurídicas que une ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada cual es el delito"¹⁶, nos referimos además de manera sucinta y lacónica a una clasificación del delito, por el momento nos interesa saber que el delito de estafa es de aquellos que protege la propiedad como bien jurídico, aunque algunos autores añadan a éste otros conceptos, referencia que la haremos en el futuro.

Ahora bien, si el delito de estafa es una figura tendente a tutelar el bien jurídico propiedad, nos preguntamos ¿Qué le diferencia del robo o el hurto?, al respecto es interesante recordar el criterio del maestro ecuatoriano Jorge Zabala Baquerizo, quien sostiene: "En el hurto, en el robo, en el abigeato, en la extorsión se observa un actuar burdo o grotesco por parte del agente. El que hurta una cosa lo hace aprovechando el estado de indefensión en que el dueño o el poseedor ha dejado la cosa que se sustrae. El que roba ejecuta dicha sustracción luego de haber puesto en práctica amenazas, o ejecutado violencias contra la persona del dueño, o de cualquier otra persona, o hubiera ejercido fuerza en las cosas. El abigeo sustrae un animal de clase especial, conformando un hurto o un robo; y, finalmente, el extorsionador intimida a la víctima, y en algunos casos la violenta, para que le entregue; etc., la cosa pretendida. Pero el estafador es el inteligente de los infractores contra la

¹⁶ MAURACH, Reinhart; "Derecho Penal" Parte General, Tomo I, Editorial ASTREA, 7ma Edición; Traducción por Jorge Bofill Genzsck y Enrique Aimone Gibson; Ciudad de Buenos Aires; 1994; pág. 4

propiedad. . .”¹⁷. De la cita del profesor Zabala, apriorísticamente, esto es, sin analizar aún en detalle el tipo penal del Art. 563 del Código Penal, podemos decir que el sujeto activo del ilícito no hace uso de los medios “grotescos” – para ocupar la misma terminología del autor-, no se aprovecha de la indefensión en la que se encuentra el bien, su arma primordial es la inteligencia, se acerca a la víctima blandiendo el ardid, aprovechándose de la confianza ganada o de la credulidad del sujeto pasivo, en tal virtud, gracias a su astucia se hace entregar un bien con el propósito de apropiación. Sobre todos estos temas puntualizaremos en detalle en el futuro.

2.2.- HISTORIA.-

Para muchos, la estafa es el prototipo del un delito propio de una sociedad capitalista, empero, ello no quiere decir que no existió defraudaciones en la antigüedad.

No resulta correcto afirmar, como algunos lo hacen, que el origen del delito de estafa lo encontramos en la legislación romana, al respecto, es importante anotar el criterio del Dr. Calixto Montenegro, quien sostiene: “Este delito ha sido reprimido desde muy antiguo como es dable constatarlo, por la Ley Babilónica, el Avesta Persa, el Libro del profeta Amos, El Corán y los Códigos de Manú. . .”¹⁸; empero no podemos negar que en la normativa romana encontró asidero el desarrollo de los delitos de fraude, verbigracia, el *crimen stellionatus*, voz derivada del “*stellion*”, con la cual se conocía el reptil de colores cambiantes, según su voluntad y las condiciones climáticas.

El *crimen stellionatus* surge con la finalidad de penar las conductas fraudulentas que no podían encasillarse ni dentro del *furtum* ni tampoco dentro del *crimen falsi* (robos y falsedades). Es digno de observación que como no estaba precisada de manera clara la naturaleza del delito que comentamos, correspondía al pretor determinar si la conducta del justiciable debía o no ser

¹⁷ ZABALA BAQUERIZO, Jorge; Delitos Contra la Propiedad; Tomo II; EDINO; Ecuador; 1988; pág. 87.

¹⁸ MONTENEGRO, Calixto; Curso de Derecho Penal Especial; Tomo II.; Ediciones Librería del Profesional; Bogotá; 1978; págs. 217

objeto de un procedimiento especial y de un análisis así mismo especial diferente a los dos ilícitos señalados, además al ser un delito contra el patrimonio y en sí de carácter privado no se había señalado una condena específica, consecuentemente era el Juzgador quien imponía la pena a su criterio; particular que se mantuvo también en Las Partidas, en las que al igual que en el caso anterior no se fijaba una pena en particular, empero se deja al libre criterio del Juez el imponerla sin embargo se tomaba en cuenta tanto la personalidad del acusado como la del acusador, además debemos resaltar que en Las Partidas se asimila el engaño al dolo.

En la Edad Media aparece la fundamental obra de Carrara, quien define al ilícito como la lesión patrimonial causada a otro con fraude, el Dr. Montenegro analiza el criterio de Carrara y sostiene: “Para el autor, esa figura participa del hurto y de la falsedad, pues hay una lesión injusta a la propiedad ajena y el empleo del engaño y de la mentira, aunque no es ni lo uno ni lo otro, en virtud de lograrse la posesión de la cosa con el consentidito del titular, fuera de que la mutación en la verdad, en la estafa es mucho más ideológica que material”¹⁹. Respecto del desarrollo del delito de estafa en la Edad Media, el profesor Conrado Finzi nos dice: “al crear la doctrina un nuevo *falsum*, en el cual también se incluyeron los casos de fraude patrimonial, del cual el *estelionato* pasó a ser un delito subsidiario, se confundieron las dos figuras y el *estelionato* medieval se diferencia profundamente del romano y de la estafa actual”²⁰; sería con posterioridad, en virtud de que se fueron deslindando ciertos conceptos, para que en el siglo XIX se produzca una separación entre el fraude y la falsedad.

En una revisión histórica del delito de estafa, no podemos dejar de lado la ley de 16-22 de julio de 1791, precedente del Art. 405 del Código Penal Francés 1810, que dispone: “Los que, por dolo o por medio de falsos nombres o de falsas empresas, o de un crédito imaginario, o de esperanzas, o de temores quiméricos, hubieren abusado de la credulidad de cualquier persona, y estafado la totalidad o una parte de su fortuna, serán perseguidos por los

¹⁹ MONTENEGRO, Calixto; Ibidem; pág. 217.

²⁰ CONRADO FINZI; La Estafa y otros fraudes

tribunales del distrito; y si la estafa es probada, el tribunal del distrito, después de haber condenado por las restituciones y los intereses provenientes de los daños, está autorizado a condenar por vía de policía correccional, a una multa que no podrá exceder de cinco mil libras, y a prisión que no podrá exceder de dos años.” La referida disposición constituye una precisión del delito de estafa y declara conceptualmente su independencia de otros tipos penales del fraude.

2.3.- REGULACIÓN DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.-

Desde los albores de la norma sustantiva penal del Ecuador, la estafa encontró un lugar independiente, sin embargo es necesario referirnos a que su redacción a través de los años se ha ido puliendo, a fin de no confundir la estafa con otros tipos de defraudaciones; y es así que el actual Art. 563 reza: “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.”

La referida disposición se encuentra dentro del Capítulo V, del título X que comprende “Estafas y otras defraudaciones”, siendo necesario realizar puntualizaciones respecto al fraude, pues la propia estafa es un delito que goza de esta característica, concepto que, sin perder tiempo en divagaciones sin sentido y concordando con el Dr. Zabala Baquerizo, evitando cometer el error de confundir el fraude con el dolo, y estos con la defraudación diremos

que: “El fraude es un modo de actuar, el engaño o el abuso de confianza fácticamente realizado; en tanto que el dolo es la intención de actuar de manera determinada a fin de provocar un resultado típico; es el acto dirigido hacia un fin concreto que es relevante para el derecho penal. . .la defraudación es el acto ejecutado con fraude en perjuicio de otro. De esta manera enlazamos con la manera de actuar (fraude) otro elemento objetivo (perjuicio) que incide en el patrimonio de la víctima. También de esta manera alcanzamos el género próximo de todas las figuras delictivas que se encuentran comprendidas dentro del epígrafe “De las estafas y otras defraudaciones”, es decir que dichas figuras siempre comprenderán estos dos elementos objetivos: un actuar fraudulento y un perjuicio consiguiente a ese actuar fraudulento.”²¹

Respecto al término defraudaciones como genérico para abarcar una serie de delitos que tienen un denominador común, Muñoz Conde emite su criterio, manifestando lo siguiente: “En ellos lo fundamental es el engaño, bien ocupando el papel rector de la acción, como ocurre con la estafa, o bien siendo algo derivado de la acción y no esencial a ella, como ocurre en la apropiación indebida. . . En todos estos delitos el bien jurídico protegido tiene primordialmente un carácter patrimonial, pudiéndoseles considerar, por tanto, como delitos contra el patrimonio, si bien, al mismo tiempo, pueden tener una relevancia socioeconómica. . .”²²

De lo manifestado en el presente acápite, podemos concluir que las defraudaciones son el género y la estafa es una de sus especies, esto es, entre las defraudaciones encontramos un tipo penal especial cual es el que lo analizaremos en detalle a lo largo del presente trabajo, siendo necesario terminar manifestando nuestra conformidad con el criterio de la profesora Laura Damianovich, cuando analiza el tema referente a las defraudaciones, y entre ellas a la estafa: “. . .es nota común a todos los delitos previstos en el capítulo el hecho de que la prestación patrimonial que constituye el perjuicio sea

²¹ ZABALA BAQUERIZO, Jorge. Op. Cit. págs. 93 a 94

²² MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal Parte Especial; Décimo Tercera edición; Tirant Blanch; Valencia 2001; pág. 401.

obtenida sin violencia por el despliegue de medios y de modos de actividad que, ora responden a un plan inicialmente doloso, ora a un designio doloso sobreviviente en el transcurso de un negocio jurídico cuyo signo inicial fue la licitud y hasta la buena fe de ambos contratantes”²³

2.4.- SISTEMAS LEGISLATIVOS EN EL TRATAMIENTO DEL DELITO DE ESTAFA.-

Continuando con el desarrollo del segundo capítulo del trabajo, corresponde, dentro de las consideraciones generales del delito de estafa, revisemos los distintos sistemas legislativos en el tratamiento del ilícito estudiado, para posteriormente enmarcar a la regulación ecuatoriana en uno de ellos.

De esta manera, podemos decir que existen tres sistemas legislativos en el tratamiento del delito de estafa completamente diferenciados; estos son:

- Sistema francés o casuístico,
- Sistema austriaco o general.
- Sistema mixto.

Revisemos con algún detalle cada uno de ellos.

2.4.2.- SISTEMA FRANCÉS.

La normativa francesa referente al delito de estafa, desde sus inicios, conforme la disposición transcrita en el pasado, optó por un tratamiento casuístico para de esta manera referirse al fraude como variante o elemento objetivo del delito que estudiamos; consecuentemente podemos decir que el legislador francés trató de encerrar en su tipo penal el mayor número de modos fraudulentos posibles del actuar. El riesgo en este tipo de sistemas es el hecho de que varias conductas en sí fraudulentas queden fuera de la regulación, no pudiendo ser perseguidas, pues como es sabido en materia penal se encuentra

²³ DAMIANOVICH DE CERREDO. , Laura; Delitos contra la Propiedad; Editorial Universidad Buenos Aires; 1988, pág. 223.

prohibida la interpretación extensiva, riesgo que encuentra dimensiones desproporcionadas cuando reflexionamos sobre la habilidad y agilidad del hombre para inventar todos los días nuevas y diferentes maneras de estafar.

El Art. 405 del Código Penal Francés de 1810 dispone: “Cualquiera que por medio de falsos nombres, o de falsas calidades, de un poder o de un crédito imaginario, o para hacer nacer la esperanza o el temor de un suceso, de un accidente o de cualquier otro acontecimiento quimérico, se hiciere entregar o hubiera intentado que la entreguen o remitan fondos, muebles u obligaciones, billetes, promesas, recibos o descargos, y hubiere por alguno de esos medios, estafado o intentado estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro, será penado con prisión de un año por lo menos y de cinco años por lo más, y de una multa de cincuenta francos al menos, y de tres mil francos, a lo más.”

Esta tendencia fue seguida por la legislación penal de varios países, verbigracia el Código Penal Español de 1822 y el Belga de 1867

2.4.2.- SISTEMA AUSTRIACO.-

Es el Código Penal de Austria de 1852 es el primero en adoptar el sistema general para regular la estafa, su Art. 197 manifestó: “El que mediante maniobras fraudulentas o promesas, induce a un tercero en error o de este modo explota el error o la ignorancia de éste con el propósito de causar daño a los bienes u otros derechos, ya fueren del Estado, de un Municipio, o de cualquier otra persona, comente una estafa, haya obrado por interés, o por pasión, con objeto de favorecer a alguien violando la ley, o bien movido por otro móvil cualquiera”

Como vemos se elimina el riesgoso casuismo al señalar los modos de actuar del agente, en relación al sistema anteriormente revisado, generalizando de tal manera que cualesquier maniobra fraudulenta, dadas las características del tipo puede dar lugar a un delito de estafa.

Este sistema también es seguido en varias legislaciones penales como la italiana.

2.4.3.- SISTEMAS MIXTOS.-

Existen legislaciones que gozan de cierta mixtura en relación a los dos sistemas revisados anteriormente, esto es, se considera necesaria la relación casuística de las maneras como se puede verificar los medios fraudulentos en la estafa, empero concluye el tipo acogiendo una fórmula general, de tal manera que lo anterior queda como un simple enunciado a manera de ejemplo.

El sistema mixto ha sido acogido en varias legislaciones penales, reconocido además a nivel de Latinoamérica, verbigracia Venezuela y Brasil.

2.4.3.1.- EL SISTEMA ECUATORIANO EN LA ACTUALIDAD RESPONDE A UN TIPO MIXTO.-

Si revisamos brevemente la historia del tipo penal de la estafa en el Ecuador, veremos que la normativa penal de 1837 seguía el sistema casuístico francés para posteriormente en 1871 adoptar el sistema mixto que es el que se mantiene en la redacción del Art. 563 del Código Penal, que cumple de manera cabal con las ideas dogmáticas de dicho sistema.²⁴

²⁴Art. 563.- 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 utilizado 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.

2.5.- DEFINICIONES DEL DELITO DE ESTAFA.-

Una de las operaciones mentales más complejas resulta la elaboración de definiciones, pues éstas suponen la delimitación clara y exacta de las cualidades comunes y distintivas que pertenecen a un concepto, consecuentemente la definición solo, y exclusivamente, debe contener lo definido, cumpliendo las reglas lógicas del género próximo y la diferencia específica; respecto de definiciones es valedero el criterio del Dr. Alejandro Serrano Aguilar: "Definición es una operación por medio de la cual se concretan los rasgos esenciales de lo que se define y, al mismo tiempo, la diferencia de todos los que le son perecidos"²⁵

Varias han sido las definiciones que ha dado la doctrina al respecto, algunas de ellas acertadas otras criticables, por su parte el Código Penal no define la Estafa sino delimita el tipo penal, describiendo los elementos objetivos y subjetivos del ilícito, de su análisis podemos nosotros tener una idea ya de un concepto.

Para el diccionario de la Real Academia de la Lengua, Estafa sostiene que es la acción de estafar, es por ello que debemos mirar este segundo término para entenderlo, y así tenemos: "Estafar.- Pedir o sacar dineros o cosas de valor con artificios y engaños y con el ánimo de no pagar."²⁶, estos artificios suponen el empleo del ingenio, es por ello que la palabra artificio proviene del latín *artificium*, de *ars* (arte) y *facere* (hacer).

Con los antecedentes expuestos, esto es con lo prescrito en el Art. 563 del C. Penal y las ideas manifestadas por la Real Academia de la Lengua, podemos concluir sin temor a cometer un equívoco que el concepto más claro, correcto y aplicable en la legislación ecuatoriana de estafa es el que nos da Antón Oncea, citado por Muñoz Conde: "la conducta engañosa, con ánimo de lucro, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les

²⁵ SERRANO AGUILAR, Alejandro; "Texto de Lógica Jurídica" Universidad del Azuay; 2003; pág. 23.

²⁶ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Vigésima Edición; Madrid 1984; Tomo III, pág. 601.

induce a realizar un acto de disposición consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”²⁷, de esta definición podemos encontrar los elementos esenciales comunes a toda estafa, variantes que nos permitirán completar la teoría general de este delito, particular sobre el que volveremos en el siguiente capítulo.

2.6.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LOS SUJETOS DEL ILÍCITO.

Partamos de la afirmación que los bienes jurídicos están tutelados por todo el derecho, esto es, merecen protección del derecho constitucional, internacional, civil, laboral, administrativo, tributario; etcétera; ahora bien, la conceptualización de bien jurídico adquiere importancia en materia penal, pues constituye el núcleo mismo de su razón de ser, es por ello que el profesor Zaffaroni sostiene: “La ley penal se limita a seleccionar algunas conductas que los lesionan y a tipificarlas. En modo alguno con ello los protege o tutela. Aunque la ley penal no existiese, los bienes jurídicos seguirán siendo tales...El bien jurídico es un concepto lógicamente necesario del que no se puede prescindir, pues con su renuncia desaparece todo sentido en la prohibición”²⁸

No cometeremos un error al afirmar que el bien jurídico protegido por el delito de estafa es la propiedad, aunque, con fundado criterio, doctrinarios como Muñoz Conde, sostienen que: “Al mismo tiempo, la estafa lesiona la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico”²⁹. De la misma manera el profesor ecuatoriano Jorge Zabala al respecto nos dice: “. . .el bien jurídico protegido es la propiedad; sin que lo dicho signifique que dejemos de reconocer que también se puede considerar que la libertad de decisión se encuentra lesionada.”³⁰

La propiedad, como bien jurídico protegido, en el delito de estafa se lesiona de forma diferente que en los otros delitos contra la propiedad, por las

²⁷ MUÑOZ CONDE, op. cit. pág. 405.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; “Manual de Derecho Penal” Parte General; Editorial EDITAR; Buenos Aires; 2006; pág. 372 -373

²⁹ MUÑOZ CONDE. Op Cit. pág. 404.

³⁰ ZABALA BAQUERIZO, Jorge; Op. Cit; pág. 99.

razones expresadas al inicio del presente capítulo, pues en tan particular delito la entrega de la cosa se la hace por parte de la propia víctima, empero esa entrega adolece de un evidente vicio cual es el error en el que se encuentra ésta en virtud del ardid esgrimido por el agresor, particular que lo diferencia además de la extorsión, pues si bien en ella la entrega la hace la víctima el vicio del consentimiento que sufre constituye fuerza moral o física.

Revisado, brevemente el bien jurídico protegido en el delito de estafa, resta por analizar los sujetos, tanto activo cuanto pasivo del ilícito; y tenemos que en la estafa el sujeto activo no es calificado, es decir, puede ser cualquier persona, que según nuestra legislación, teniendo propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, ejecuta algún tipo de fraude –por ello la importancia de éste término-, para que la cosa sea entregada, en tal virtud, no le interesa a la norma si dicho bien será utilizado y/o aprovechado por el sujeto activo de la infracción o por un tercero, consecuentemente lo importante es que quien realice la conducta, es decir, conjugue el verbo rector, tenga dentro de su fuero interno la intención de apropiación, sin que sea relevante lo que valla a hacer con la cosa en lo posterior.

Respecto al sujeto pasivo, cualquiera puede serlo, empero es importante la puntualización realizada por Zabala Baquerizo: “. . .pero debemos diferenciar entre el sujeto pasivo que hace la entrega de la cosa debido al engaño o el abuso de confianza y la persona que resulta lesionada. En efecto, puede suceder que una persona sea mera tenedora de la cosa y es víctima del fraude puesto en ejecución por el autor, motivo por el cual entrega la cosa al mismo. No se puede dudar que en este caso el tenedor ha sido la víctima de la estafa en cuanto fue el que sufrió la acción fraudulenta del agente; en tanto que el propietario ha sido el que sufrió el perjuicio material, económico. Se presenta así el caso del ofendido y del agraviado con el delito. El ofendido es la persona estafada; el agraviado la persona perjudicada”³¹

³¹ ZABALA BAQUERIZO, Jorge. Ibidem, pág. 101.

2.7.- CRITERIOS SOBRE LA LLAMADA MISE EN SCÈNE Y EL ARDID.

Si bien en el siguiente capítulo revisaremos los elementos constitutivos del delito de estafa, entre los que destaca el error, y dentro del Art. 563 del C. Penal los llamados medios fraudulentos, es necesario que previo a dicho estudio entendamos la importancia del ardid en la estafa y de la llamada *mise en scène*.

Existe discusión doctrinaria respecto a que el empleo de cualquier ardid o engaño resulte suficiente o no para configurar el delito de estafa, es decir para algunos cualquier engaño es suficiente –analizando claro esta la personalidad del sujeto pasivo de la relación delictual-, para otros el medio fraudulento debe ser idóneo, e inclusive debe existir una puesta en escena de la mentira como tal para que podamos hablar de estafa; revisemos algunos criterios doctrinarios de tratadistas citados por el Dr. Humberto Barrera Domínguez:³²

- Eugenio Cuello Calón.- “La existencia de un engaño exige una ilusión, es decir, consiste en utilizar el error provocado o mantenido por el agente en la persona engañada. Pero no todo engaño es bastante para constituir este elemento del delito; es menester una exhibición de hechos falsos, una desfiguración o una supresión de hechos verdaderos.”
- Alfredo Molinaro.- “De acuerdo con nuestra legislación – argentina-, el empleo de cualquier ardid o engaño no es suficiente para configurar el delito de estafa; es necesario que el ardid o el engaño sea apto para producir el efecto buscado. Y he aquí traído, como de la mano, el grave problema relativo a la idoneidad del ardid, que ha dado lugar a tantas controversias doctrinarias”

³² Todas las citas doctrinarias que haremos referencia son recogidas de la siguiente obra: BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto; Delitos Contra Los Intereses Económicos Particulares; Editorial Jurídica RADAR. Bogotá; 1986; pág. 207 a 228

- Gutiérrez Ansola, respecto a la idoneidad o no del ardid.- “Tal distinción es sutil y es innecesario entrar en mayores explicaciones, por cuanto el hecho, si fue suficiente para determinar a otro a caer en el engaño, indica su idoneidad aun cuando la víctima sea intelectualmente superior al estafador”
- Sebastián Soler.- “Sin error no hay estafa, así como no la hay sin ardid, aún cuando mediante alguna maniobra se logre un beneficio indebido. El que mediante una moneda falsa u otro medio ingenioso logra sacar de un aparato automático de venta el artículo que éste contiene, no comete estafa, sin hurto, porque aún cuando exista maniobra, no existe ninguna mente errada” “Para constituir el ardid, se requiere el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadero y determinante”
- José Irureta Goyena.- “Sostener que solamente es sancionable el fraude cuando la víctima se halla exenta de toda incuria, equivale jurídicamente a sustentar que corresponde admitir estafa únicamente en casos extremos de previsión imposible, cuando el engaño reviste una grande y hábil sutileza.”
- Carlos Bernaqui Jáuregui.- “Oliveri hace notar que las más célebres estafas se han verificado sin el concurso exterior de esas maniobras artificiosas, con ausencia de la puesta en escena de los elementos persuadidores. En Francia, cuna de este punto de vista teatral, autores de relieve empiezan a descubrir sus vacíos doctrinarios y a penetrarse de la conveniencia de ampliar la noción de estafa.

Como vemos existe discusión doctrinaria al respecto, ahora bien varias preguntas nos invaden: ¿Es necesaria la puesta en escena para configurar el delito de estafa? ¿La simple mentira constituye ardid idóneo?, ¿El silencio puede asimilarse a la mentira y constituir en un momento dado idóneo medio de engaño?; es preciso que tomemos un posicionamiento referente al tema planteado, empero para ello consideramos necesario primeramente conocer que es lo que ha dicho la jurisprudencia sobre el tema motivo de análisis.

2.7.1.- REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES AL RESPECTO.-

Respecto a la idoneidad o no del ardid, a la *mise en scène*, la jurisprudencia ecuatoriana ha manifestado varios criterios, para lo cual resulta importante revisar los siguientes fallos en sus pertinentes partes:

- “uno de los elementos característicos del delito de estafa consiste en el engaño, en el ardid que una persona emplea para hacerse entregar una cosa perteneciente a otra, con el propósito de apropiarse”³³
- En el pasado sostuvimos que el estafador es el inteligente de los infractores contra la propiedad, en tal virtud: “...no hace ni de la intimidación ni de la violencia, ni de la fuerza en las cosas; se acerca a la víctima encontrándose armado de inteligencia, engaño, aprovechando de la credulidad, blandiendo cualquier ardid necesario para lograr su cometido: la apropiación, poniendo en juego su vivaz astucia y el consecuente conocimiento que éste tenga sobre las personas”³⁴
- “La estafa tiene un proceso sucesivo de hechos que guardan entre sí una relación causal: primero, el empleo de medios fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, o para abusar de otro modo de la credulidad del ofendido en el negocio que se

³³ 18-II-35; GACETA JUDICIAL; Serie V, No. 117, pág. 2849

³⁴ GACETA JUDICIAL Serie XVI, No. 10; año 1997.

propone; surge luego en la víctima un error determinante; y por último, ella hace la disposición patrimonial en provecho del responsable. Por lo tanto manejos fraudulentos, entrega voluntaria de la cosa, perjuicio del engaño y provecho ilegítimo del agente son los elementos necesarios para tipificar la estafa. Tales presupuestos se hallan previstos en el Art. 563 del Código Penal”³⁵

De lo brevemente expuesto, y por lo estudiado a lo largo del trabajo, concluiremos que el ardid supone más que las simples palabras para convertirse en un artificio idóneo para estafar, necesita la puesta en práctica del aparato escénico, empero, y solo por excepción, dadas las circunstancias del caso, la simple mentira puede constituirse en ardid idóneo, la mentira indudablemente puede ser una de las formas del engaño; esta puede ser dicha en forma tal que valla orientado de manera sutil a la víctima y dirigiendo su inteligencia hacia el fin perseguido por el agente; por lo que conviene revisar algunas jurisprudencias que ilustren el tema analizado:

- El giro de cheque en cuenta cerrada puede ser considerado una simple mentira, sin embargo dada la confianza en un documento bancario como es un cheque, dicho engaño puede ser ardid idóneo para la consumación del delito de estafa; así lo considera la jurisprudencia ecuatoriana cuando: “el formulario del cheque pasó a convertirse en un medio fraudulento para cometer estafa, entregándose en pago por la compra de insumos al acusador particular, con lo que se demuestra que el cheque girado en cuenta cerrada, sirvió de medio para hacerse entregar bienes, constituyéndose así el delito de estafa, que es un delito contra la propiedad compuesto esencialmente por dos elementos engaño y apropiación”³⁶
- Bien, una simple mentira cuando no reúne las características apropiadas, en un caso que tampoco presta mayor dificultad para la consumación de un engaño, no es un medio idóneo para lograr conceptualizar la estafa, verbigracia, es el caso de aquel que sin escritura pública promete la venta

³⁵ 15-V-64; GACETA JUDICIAL; Serie X, No. 4; pág. 2354-2355

³⁶ GACETA JUDICIAL; XVII; Serie 8; Año. 2002; pág. 2446

de un inmueble a un individuo pero lo termina vendiendo a un tercero, es conocido por todos que la única forma de adquirir el dominio de un inmueble es mediante la correspondiente escritura y su inscripción, consecuentemente, la promesa de venta deberá cumplir ciertas formalidades, que si no las tiene lo único que traería como consecuencia es una obligación natural, al respecto la Corte ha manifestado: “Como disponen los Arts. 1597, numeral primero, y 1767, inciso segundo del Código Civil, los contratos que contengan promesa de venta o bien transferencia de dominio de un predio, para que surtan efectos legales deben otorgarse mediante escritura pública. La convención verbal referida a un derecho real genera obligaciones naturales, que como preceptúa el inciso segundo del Art. 1513 ibídem, no confiere derecho para exigir su cumplimiento. Según el último inciso de la antes citada norma sustantiva, si se paga voluntariamente, por quien tiene la libre administración de sus bienes, ni siquiera procede reclamar la restitución de lo pagado. Si, como aparece en el presente caso el negocio se dio entre Segundo Amador Maza Salinas y Carlos Delfín Lalangui Muñoz fue un acuerdo verbal de promesa de compra venta de un predio urbano, contrato que genera obligaciones naturales, el Tribunal incurrió en error de derecho al declarar en la sentencia que se encuentra comprobada la existencia de la infracción, sin que, por las razones que quedan expresadas aparezca las circunstancias constitutivas del delito....”³⁷ (pues a nadie se le ocurre que puede adquirir un inmueble bajo estas características.)

- En los dos casos anteriores analizamos, uno en el que la simple mentira podía causar el error y configurar el delito de estafa; y otro en el que no bastaba la mentira dada la caracterización del caso; finalmente, intentemos analizar uno donde el artificio es puesto en escena el mismo que no ofrece mayor dificultad en la valoración de la idoneidad del ardid: “La Jueza Tercera de lo Penal del Azuay dicta auto de incoación contra Marisol Delgado López, por cuanto la denuncia y acusación particular presentada por Pablo Alberto Vázquez, y el informe policial No. 758-PJ-CP-6, de fecha

³⁷ Resolución No. 437-2001; Juicio 413-1999. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

11 de mayo de 2000, aparece que el día 27 de marzo del 2000, el acusador Pablo Vázquez, ha llegado hasta la casa de habitación de la señora Marisol Delgado López, ubicada en la Av. Héroes de Verdeloma y Mariano Cueva de la ciudad de Cuenca, en donde la sindicada ha manifestado que podía llevarlo a los Estados Unidos de Norteamérica, haciéndole pasar por un estudiante de artes plásticas, por lo que había solicitado para obtener la visa, se le entregue tres mil quinientos dólares americanos como entrega de pago total de siete mil dólares, más una copia de la cédula de identidad, y dos fotos tamaño pasaporte. El 22 de abril del mismo año procede al acusador particular ha cancelar el anticipo en el domicilio de la acusada, y posteriormente, el 27 de abril como habían acordado, a eso de las 14h45 en el sector del Cajas procedieron a embarcarse en un vehículo de la cooperativa San Luís, en compañía de otro que iba a realizar el viaje, Señor Andrés Leonardo Pacurucu Torres, con destino a la ciudad de Guayaquil, llegando ese mismo día a eso de las 18h30, siendo hospedados en el Hotel Los Andes. Dice el acusador particular que ha preguntado por varias ocasiones acerca de su visa, respondiendo la Señora Marisol Delgado que a eso de las 21h00 tenían que llamarle para firmar los documentos, sin que esa llamada se haya efectuado, mas bien durante la estadía de esa noche les había brindado unos jugos la Señora Marisol Delgado y luego de haberlo ingerido se ha quedado profundamente dormido despertándose a eso de las 11h00 del día siguiente, y sin encontrar a la Señora en dicho lugar, por lo cual procedió a regresarse a la ciudad de Cuenca ha buscarla sin encontrarla. Que luego por las averiguaciones emprendidas, han ubicado a la ciudadana en un domicilio por el sector de Miraflores. . El Tribunal Penal examina en forma minuciosa la prueba instrumental y testifical que corre de autos y de su análisis, fluye la certeza de la responsabilidad de la procesada, en cuanto al hacerse entregar dinero, con el ánimo de apropiarse del mismo, abusando de la confianza y de la credulidad y empleando manejos fraudulentos, como es el convencer de la posibilidad de obtener una visa legal para el ingreso a Estados Unidos de Norteamérica sin cumplir con lo ofrecido, ni devolver la totalidad del dinero recibido.”³⁸ Es

³⁸ GACETA JUDICIAL Serie. XVII; No. 13; Año 2003; pág. 4271-4272.

evidente que en este caso el sujeto activo del delito de estafa Señora Delgado, blandiendo su ardid, puso en escena todo el engaño a tal punto que viajó a Guayaquil con los ofendidos.

Sobre los temas tratados en el presente acápite volveremos en el siguiente capítulo.

CAPITULO III.
ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ESTAFA.

CAPÍTULO III

3.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ESTAFA.

3.1.- IDEAS INTRODUCTORIAS.-

Continuando con el desarrollo de la presente tesina, corresponde analizar los elementos constitutivos del delito de estafa, ahora bien, el objetivo primario fue el realizar una teoría general del ilícito motivo de investigación, consecuentemente para lograr tan ansiado fin debimos, en el pasado, analizar al derecho penal frente al delito, la estructura de éste y su relación con aquel concepto, para, posteriormente en el segundo capítulo comenzar el estudio del delito de estafa, revisando su historia, sus definiciones, el bien jurídico que protege el tipo penal en cuestión, los sujetos de la infracción y concluimos con análisis jurisprudenciales relativos a la llamada *mise en scène* y al ardid.

Actualmente, para la reflexión acerca de los elementos constitutivos del delito de estafa, dividiremos el presente capítulo en dos partes diferenciadas sin mayor problema, una primera en donde revisaremos estas variantes como elementos esenciales comunes al delito de estafa desde el punto de vista conceptual y universal, para posteriormente estudiar en detalle los elementos previstos en el Art. 563 del C. Penal Ecuatoriano.

Sobre el final comentaremos las reformas de fechas 17 de abril de 2002 y la de 6 de diciembre de 2002, que hacen relación a la estafa cometida por medios electrónicos o telemáticos y la defraudación relacionada a migrantes respectivamente.

3.2.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO DE ESTAFA SEGÚN EL CONCEPTO DE ANTÓN ONECA.

En el pasado ponderamos el concepto de estafa que nos brinda Antón Oneca, el mismo que lo trascibimos nuevamente: “la conducta engañosa, con ánimo de lucro, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias

personas, les induce a realizar un acto de disposición consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”, de esta definición podemos encontrar los elementos esenciales comunes a toda estafa, variantes que nos permitirán completar la teoría general de este delito; los referidos elementos son objetivos y subjetivos, comencemos por los objetivos, los mismos que son:

- El Engaño;
- El Error;
- La Disposición Patrimonial; y,
- El Perjuicio.

EL ENGAÑO consiste, básicamente en una verdadera disimulación o simulación, con la característica de poder ser capaz e idónea para inducir al siguiente elemento, esto es al ERROR el mismo que supone “la desconformidad entre lo verdadero y lo que se cree verdadero. . .”³⁹, es decir, consecuencia de la acción engañosa se ha causado en la víctima una suposición alejada de la realidad pero que el sujeto pasivo de la infracción considera como verdadera, entre estos dos elementos debe existir una relación de causalidad, es por ello tan discutida la posibilidad de que se consume una estafa por omisión, particular sobre el que volveremos en su oportuno momento, el que el engaño sea o no idóneo debe ser analizado en el contexto del hecho tal como lo manifestamos en el capítulo anterior cuando revisábamos el concepto del ardid.

El engañado, como resultado del error debe realizar una DISPOSICIÓN PATRIMONIAL de un bien, en el futuro discutiremos si pueden ser bienes muebles y/o inmuebles o solo éstos o solo aquéllos, en la estafa la entrega la realiza el mismo sujeto pasivo de la infracción a diferencia de los otros delitos contra la propiedad, aunque en algunos también lo puede hacer éste pero bajo violencias o amenazas, en la estafa se realiza la entrega voluntariamente, empero la voluntad esta viciada por el error, particular que necesariamente nos remitirá a la Teoría General del Negocio Jurídico, tema que lo revisaremos someramente por no corresponder a nuestro estudio.

³⁹ COELLO GARCÍA, Hernán; Teoría General del Negocio Jurídico; Universidad del Azuay; Cuenca - Ecuador. 2006; pág. 69.

Finalmente la disposición patrimonial debe causar un PERJUICIO ECONÓMICO (aunque este elemento sea discutido por la doctrina), en el engañado o en un tercero, pues en el pasado habíamos manifestado que debemos diferenciar entre el sujeto pasivo que hace la entrega de la cosa debido al engaño y la persona que resulta lesionada; pues bien puede acontecer que una persona sea mera tenedora de la cosa y es víctima del fraude puesto en ejecución por el autor, motivo por el cual entrega la cosa al mismo, en tanto que el propietario ha sido el que sufrió el perjuicio material, económico, es el caso del ofendido y del agraviado que lo revisamos en el punto 2.6 del capítulo segundo del presente trabajo.

Siendo estos los elementos objetivos del concepto de estafa, debemos mirar la parte subjetiva del tipo, en el que encontramos a dos variantes:

- El ánimo de lucro; y,
- El dolo.

Sobre estos dos conceptos volveremos con todo el detalle en el futuro, sin embargo resulta interesante consultar al profesor Muñoz Conde al respecto: “Correlativamente al perjuicio suele producirse un provecho para el autor del engaño o para un tercero. Por esto la estafa está dentro de los delitos patrimoniales llamados de enriquecimiento. Este provecho debe ser la finalidad del autor al cometer el delito, por lo que es de extraordinaria importancia para la caracterización de la tipicidad, pues ésta, como en otros delitos patrimoniales, requiere un elemento subjetivo específico, el ánimo de lucro. Dentro del tipo subjetivo se requiere, además, el dolo no siendo posible la comisión imprudente, dada la exigencia del ánimo de lucro. Este dolo debe abarcar o referirse a los elementos objetivos, es decir, al engaño, al error, a la disposición patrimonial y a la causación de un perjuicio”⁴⁰

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit., Pág. 413.

3.3.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO DE ESTAFA CONSIGNADOS EN EL ART. 563 DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.-

Previo al estudio de los elementos del tipo penal del Art. 563, esto es la estafa, es necesario transcribir nuevamente la citada norma:

Art. 563.- 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 utilizado 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.

Del tipo podemos decir que son cuatro los elementos necesarios que deben concurrir en la realización del ilícito y estos son:

- Ánimo de Apropiación;
- La Cosa Ajena (Fondos, Obligaciones, Finiquitos, Recibos)
- El Dolo y El Medio Fraudulento;
- El Error y la Entrega; y,
- La Pena.

3.3.1.- ÁNIMO DE APROPIACIÓN.-

El Art. 563 del C. Penal, en su redacción, comienza haciendo referencia al elemento subjetivo del tipo penal en análisis, al decir: “El que, con propósito de apropiarse. . .”, consecuentemente es el sujeto activo de la infracción quien, con este elemento, ejecuta las maniobras fraudulentas con el solo objetivo de que el sujeto pasivo le entregue una cosa ajena –elemento objetivo que lo revisaremos en su momento-, por lo expuesto comenzaremos concluyendo que es el ánimo de apropiación el móvil que debe orientar la conducta de quien conjuga el verbo rector.

Con la frase “con ánimo de apropiarse”, podemos afirmar además que el infractor no solo con su acción tiende a lesionar la propiedad ajena, sino también que si dicho acto no tiene como objetivo “la apropiación” el delito de estafa desaparece; por lo que, para un sector de la doctrina este elemento constituye un verdadero dolo especial, particular con el que discrepa el profesor Zabala Baquerizo al decir: “. . .diferimos de tal criterio, pues no es que se trata de un dolo especial o específico, como otros autores lo llaman, sino que se trata de un elemento subjetivo independiente del dolo y que está constituido por el móvil del agente que estructura su voluntad consiente de engañar”⁴¹, criterio acertado pues, como lo manifestamos hace un momento, si el “ánimo de apropiación” desaparece, se desvirtúa el delito de estafa empero la conducta sigue siendo dolosa, verbigracia quien mediante medios fraudulentos se hace entregar un vehículo con la finalidad de cometer un ilícito con el mismo y luego lo devuelve a su propietario.

El elemento subjetivo que ahora lo analizamos es concordante con el bien jurídico protegido cual es la propiedad; ahora bien, si el agente desea apropiarse de algo mediante medios fraudulentos, se entiende que ese algo es ajeno, particular que lo recoge el Art. 563 del C. Penal, idea que nos lleva a analizar el siguiente elemento, esto es, la cosa ajena.

⁴¹ ZABALA BAQUERIZO, Jorge; Op. Cit. pág. 104.

3.3.2.- LA COSA AJENA.-

Hablamos primeramente de una cosa, lo que nos lleva a analizar brevemente el concepto privado, es así que el Art. 583 del C. Civil nos dice: “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales” al respecto diremos que no hay unanimidad de criterios para distinguir las cosas de los bienes, unos creen que son sinónimos otros no; por lo que, para no perdernos en discusiones que por la naturaleza de nuestro estudio no nos pertenecen, empero son necesarias para el entendimiento de una teoría general del delito de estafa, resolveremos el conflicto con el sabio criterio del profesor Arturo Alessandri Rodríguez: “Conforme a una opinión doctrinaria, cosas son solo las entidades materiales, las que constituyen una parte separada de la materia circundante. . . Según otro juicio, cosa no es solamente lo que forma parte del mundo exterior y sensible, es decir una entidad material o corporal, sino también todo aquello que tiene vida en el mundo del espíritu y que se percibe, no por los sentidos, sino con la inteligencia, o sea, la entidad inmaterial o incorporeal, como los inventos o las ideas que se trasuntan en las obras artísticas o técnicas. Bienes serían las cosas materiales o inmateriales susceptibles de prestar utilidad al hombre y ser objeto de derecho o, en otros términos susceptibles de apropiación efectiva o virtual por los sujetos de derecho. Por la utilidad se entiende la aptitud de una cosa para satisfacer una necesidad del individuo o un interés cualquiera de éste, sea económico o no”⁴², una vez revisadas las dos teorías, el referido maestro concluye: “Pero las cosas para ser bienes no solo deben ser útiles, sino también susceptibles de apropiación. . . Nuestro código Civil no define los bienes, como lo hace, por ejemplo el Código Civil Italiano, según el cual, los bienes son las cosas que pueden constituir objeto de derechos. Bello limitóse a decir que: los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales”⁴³

⁴² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; Derecho Civil; Los Bienes y los Derechos Reales; Tomo I; Santiago Chile; 1987; pág. 7.

⁴³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; Ibidem; pág. 7.

Con el criterio anterior, refiriéndonos al elemento objetivo del tipo penal en estudio, “cosa ajena”, vemos que el bien objeto del delito debe ser ajeno esto es perteneciente a otra persona distinta al estafador, este elemento se complementa con el anterior, pues sin la cosa no es ajena, no cabría decir que existe ánimo de apropiación.

Surge otra interrogante dentro del estudio ¿Son exclusivamente objeto de estafa las cosas muebles?, apriorísticamente podemos decir que de manera directa el delito de estafa tiene como objetivo bienes muebles, mas de manera indirecta también puede afectar a inmuebles, al respecto es claro el criterio del Dr. Jorge Zavala Baquerizo: “Se ha dicho que la estafa es un delito que sólo puede tener por objeto cosas muebles. En efecto, de la lectura del Art. 563 – que enuncia las cosas que pueden ser objeto del delito de estafa- se debe concluir que en efecto, solo las cosas muebles pueden constituir el indicado objeto. Pero lo dicho no excluye la posibilidad de que la estafa se refiera de manera indirecta a los bienes inmuebles”⁴⁴. Visualicemos la idea con un ejemplo; el estafador A mediante maniobras fraudulentas –elemento conocido por nosotros- hace que B suscriba a su favor una escritura de compraventa de una casa perteneciente a éste, la acción fue ejecutada con el ánimo de apropiarse de dicho bien, el delito de estafa se ha consumado, pues A se hizo entregar un título traslativo de dominio afectando de manera indirecta al inmueble en cuestión, además la entrega del título y su ulterior inscripción afecta evidentemente el patrimonio del sujeto pasivo de la relación delictual.

La disposición penal ecuatoriana realiza una exhaustiva enumeración de los objetos del delito de estafa, y así reza: “fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos”; pese a manifestar nuestro desacuerdo con la redacción del Art. 563 en este aspecto, pues bien todos aquellos objetos encajan claramente en el concepto de cosa ajena, resulta necesario revisemos de manera lacónica los referidos términos a manera de glosario:

⁴⁴ ZABALA BAQUERIZO, Jorge; Op. Cit. 108.

- **FONDOS.-** Son varias las acepciones de la palabra fondo, la que a nuestro estudio le interesa es aquella que hace relación a una porción de dinero.
- **OBLIGACIONES.-** Civilmente, obligación es “un vínculo jurídico que coloca a una determinada persona en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, respecto de otra, también determinada”⁴⁵, las obligaciones pueden nacer del contrato, del cuasicontrato, del delito, del cuasidelito y de la ley. La norma penal cuando se refiere a “Obligaciones” hace relación a aquellas civiles que han surgido del contrato o de la voluntad unilateral de una de las partes, las mismas que pueden haberse constituido como evidente resultado de maniobras fraudulentas ejecutadas por el beneficiario de la misma. Esto es, el agente provoca en la víctima un error para que esta se obligue, elemento que también provoca un vicio en el consentimiento, y civilmente hablando la nulidad relativa del negocio jurídico en cuestión, ello no quiere decir que la acción penal y la nulidad sean excluyentes, bien se pueden proponer ambas, particular sobre el que volveremos al momento de revisar el error.

Finalmente diremos que entran también dentro del concepto de obligación los títulos de crédito, es decir aquellos documentos cambiarios que contienen una obligación literal y autónoma.

- **FINIQUITOS.-** A breves rasgos, el finiquito es la cancelación de una cuenta pendiente, consecuentemente éste puede ser total o parcial.
- **RECIBOS.-** Deviene en un instrumento en el que se verifica, haciendo constar, el hecho de hacerse cargo de alguna cosa, la diferencia con el anterior radica fundamentalmente en que en el

⁴⁵ ALESSANDRI, Arturo; Op. Cit.

recibo es la víctima la que cancela una obligación del agente o de un tercero mientras que en el finiquito la víctima declara la recepción de una cosa.

3.3.3 DOLO Y MEDIO FRAUDULENTO.-

Previo a analizar el concepto dolo aplicado al delito de estafa, citaremos la introducción al mencionado tema que la realiza el profesor Muñoz Conde en su Teoría General del Delito: “El ámbito subjetivo del tipo del injusto de los delitos dolosos esta constituido por el dolo. El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito”⁴⁶, por su parte el padre del finalismo sostiene: “. . . sólo el concepto de la acción finalista y no el concepto de la acción causal puede suministrar la base óptima de la doctrina de lo injusto. El dolo, cuyo carácter de elemento configurador objetivo de la acción lo puso de manifiesto la doctrina de la acción finalista, es un elemento esencial del concepto de lo injusto”⁴⁷.

Con las ideas generales anteriores y la ponderación realizada por Welzel, podemos decir que el dolo constituye, como lo reconoce el código penal, en el Art. 14, el designio de causar daño, siendo intencional, cuyo objetivo es producir un daño previsto y querido, revisemos la redacción de la mencionada norma:

La infracción dolosa que es aquella en que hay el designio de causar daño, es:

Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y;

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; Teoría General del Delito; Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia; 1990; pág. 55.

⁴⁷ WELZEL, Hans; Op. Cit. pág. 91.

Preterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente.

Ahora bien, en referencia a la estafa, el corazón del ilícito hace relación a la conducta dolosa del agente, actúa con la intención de engañar o de abusar de la confianza del sujeto pasivo, para que éste disponga de un bien patrimonial el mismo que aquel desea apropiarse, consecuentemente concluimos que la voluntad del estafador es ejecutar el fraude, con conciencia de que su conducta es fraudulenta, de tal suerte si no existe esta conciencia, es decir si excluimos al dolo el ilícito desaparece, verbigracia quien seguro de sus habilidades sobrenaturales cobra una suma de dinero para curar a un enfermo de cáncer terminal.

Hasta el momento ha quedado claro el dolo en la estafa, ahora bien, en lo que respecta al medio fraudulento sabemos que la redacción del Art. 563 del C. Penal Ecuatoriano puede resultar incluso enredada, más si la observamos con detenimiento es evidente que el tipo hace una evidente diferencia entre el medio fraudulento y el fin de dicho medio. Si bien es cierto que corresponde analicemos al fraude dentro del delito de estafa, debemos recordar que gran parte del tema fue tratado en el capítulo segundo del presente trabajo, de tal suerte que, para todo lo relativo al ardid, su idoneidad y la llamada *mise en scène*, nos remitiremos a los conceptos expuestos en el pasado.

La referida disposición hace referencia a los posibles medios fraudulentos de los que se puede valer el estafador, y dice: “nombres falsos”; “falsas calidades”; y, “manejos fraudulentos”, todos estos con el único objetivo de hacer caer en el error a la víctima, empero no podemos dejar de mencionar que el concepto de “medios fraudulentos” es el género dentro del cual se comprenden tanto los nombres falsos cuanto las falsas calidades.,

En este momento del estudio, recalamos, inexorablemente una interrogante: ¿El medio fraudulento es capaz para consumar la estafa o es necesario que la conducta simuladora tenga características especiales como la

llamada *misse en scène*?. Recordemos que el tema doctrinariamente no tiene una solución absoluta, existe quienes consideran que el engaño o ardid necesita de la puesta en práctica del aparato escénico para que el agente caiga en el error; otros autores sostienen que la simple mentira puede constituir ardid idóneo, variantes analizadas en el capítulo segundo del trabajo y cotejadas con las correspondientes opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, nosotros pensamos que el medio fraudulento va desde la simple mentira hasta la grosera maquinación, empero deberemos analizar el contexto del hecho y al sujeto pasivo de la infracción para poder determinar si el ardid fue o no idóneo, recordemos lo manifestado en el pasado: “De lo brevemente expuesto, y por lo estudiado a lo largo del trabajo, concluiremos que el ardid supone más que las simples palabras para convertirse en un artificio idóneo para estafar, necesita la puesta en práctica del aparato escénico, empero, y solo por excepción, dadas las circunstancias del caso, la simple mentira puede constituirse en ardid idóneo, la mentira indudablemente puede ser una de las formas del engaño; esta puede ser dicha en forma tal que valla orientado de manera sutil a la víctima y dirigiendo su inteligencia hacia el fin perseguido por el agente. . .”⁴⁸

El engaño puede vislumbrarse con la finalidad de ganarse la confianza de la víctima para luego abusar de ella; sin embargo en otros casos, éste puede manifestarse de manera pura y simple; existen además circunstancias en las que sin el engaño se puede abusar de la confianza del agraviado; verbigracia el comensal que entra al restaurante sin dinero, se sirve la comida y no paga. De lo dicho resulta importante recordar las enseñanzas del profesor Zabala :”...las diferencias que hemos hecho anteriormente entre el engaño y el abuso de confianza, se fundamentan en el hecho de que en ciertas conductas fraudulentas el rasgo más característico es el engaño y no el abuso de confianza; y en otras, dicho rasgo es el abuso de confianza y no el engaño. Pero siempre, tenemos para nosotros que con la conducta fraudulenta hay, o mucho de engaño y poco de abuso de confianza; o bastante de éste y un poco de aquel; o, en fin, por lo general, hay de lo uno y de lo otro en dosis más o menos equiparadas.”⁴⁹

⁴⁸ TESINA CAPÍTULO II

⁴⁹ ZABALA BAQUERIZO, Jorge; Op. Cit. pág. 130.

Debemos terminar concluyendo que entre la maniobra fraudulenta (el engaño, el ardid) y el error debe existir una relación de causalidad, de tal manera que el error debe ser resultado de la acción dolosa del estafador, mediante el error llegamos al desapoderamiento del bien objeto del ilícito.

Con sobra de razón en líneas anteriores dijimos que el concepto “medios fraudulentos” es el género; y, el nombre falso y la falsa calidad son especies del mismo, por lo que, una vez revisado aquél corresponde realizar una referencia breve a éstos:

- **NOMBRES FALSOS.**- Partamos del hecho que el nombre es un atributo de la personalidad, se encuentra fuera del comercio, es inalienable e imprescriptible, inmutable (podemos cambiarlo por una sola vez realizando el trámite respectivo en el Registro Civil) y además es obligatorio.

La categoría de nombre falso supone necesariamente la existencia de un nombre verdadero que deseamos evadir con la finalidad de provocar el error en la víctima, realizando una verdadera simulación haciendo creer al otro lo que no es, o con mayor propiedad, quien no es.

Corresponde preguntarnos ¿el uso del verdadero nombre puede constituir la maniobra fraudulenta? Evidentemente que si, verbigracia una persona que es conocido como Pedro Urgiles cuando realmente se llama Diego Maradona –homónimo del gran futbolista-, si se presenta ante un conocido del barrio como Pedro Urgiles y celebra un negocio, aquel no podrá decir que fue estafado porque el contratante ocupó un nombre que no le corresponde; empero, si el mismo Diego Maradona más conocido como Pedro Urgiles se presenta frente a una persona ignorante pero acaudalada manifestando que es la estrella de la selección argentina y le vende su camiseta, la numero 10, por un valor

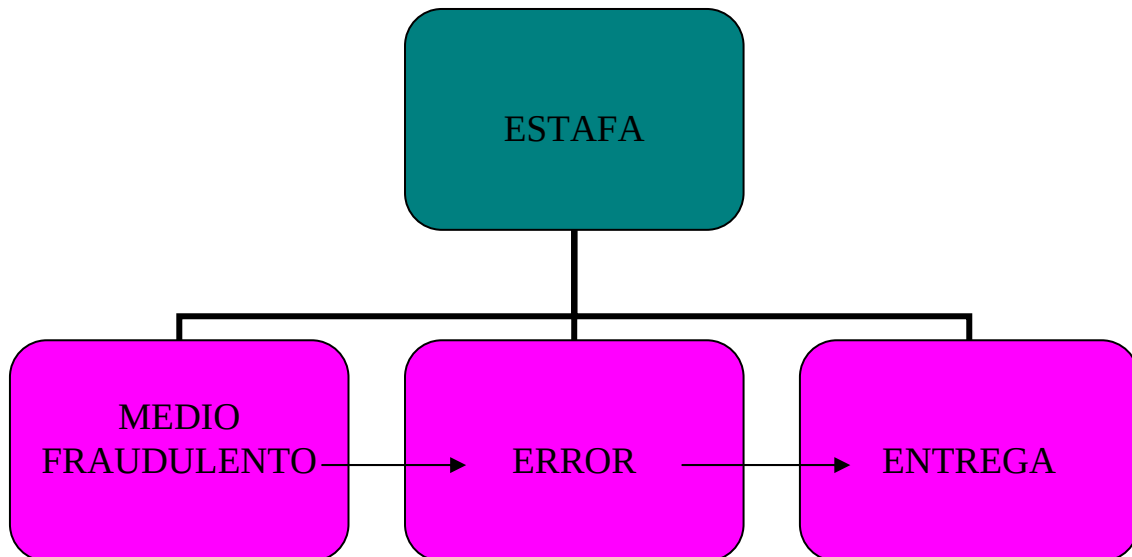
exagerado de dinero, resulta evidente que la utilización de su verdadero nombre fue el ardid ideal e idóneo para consumir el delito en cuestión.

Consecuencia de lo dicho la expresión “nombre falso” resulta relativa.

- **FALSAS CALIDADES.-** Aquí el estafador se presenta con condiciones, títulos, o posiciones que en la realidad no las ostenta, verbigracia el que se dice ser abogado y no lo es, y se hace entregar dinero por sus supuestos clientes para que los represente en determinado proceso. En nuestro medio acontece un hecho conocido, existen personas que haciéndose pasar por abogados atrapan a sus víctimas, cuando éstas desesperadas, una vez que han sufrido el embargo de un inmueble por una deuda, y no ha llegado aún el día del remate, ansiosamente firman, a quien se hace pasar por un profesional del derecho letras de cambio para que éste se presente como tercerista y demore el proceso; lo que sucede en la realidad es que, quien ostentó la falsa calidad de abogado con la tercería cobra su mal fundado crédito, conductas nefastas y detestables por decir lo menos.

3.3.4.- EL ERROR Y LA ENTREGA.-

En el acápite anterior manifestamos que el error se da como consecuencia del ardid, es decir del medio fraudulento, y en base al error se produce la entrega del objeto material del ilícito, esta cadena la explicamos con el siguiente cuadro:



Es decir, entre el fraude (donde se encuentra el dolo de realización) y la entrega debe existir un elemento psicológico en el sujeto pasivo, cual es el error, que, como lo dijimos, no es más que la disconformidad entre lo verdadero y lo que se cree verdadero. Es el error la causa determinante de la entrega y consecuente desapoderamiento.

Entramos aquí en un terreno harto escabroso, ¿Cabe la estafa por omisión?, esto es, el agente debe producir el error en la víctima mediante el medio fraudulento, sin embargo que pasa si la víctima ya se encuentra en un error y de éste se beneficia aquel; la opinión doctrinaria se encuentra dividida, mas, concordamos nuevamente con el profesor Zabala en el sentido que: “Para nosotros, la omisión tendente a mantener en el error a la víctima no es el medio fraudulento al que se refiere la ley penal sustantiva al describir el delito de estafa. Y no lo es, por cuanto, en primer lugar, es necesario que exista una relación causal entre la maniobra fraudulenta y el error de la víctima, esto es, que el error no puede ser sino consecuencia del actuar doloso del agente. Si el sujeto pasivo se encontraba en el error y el activo solo se aprovecha del mismo no existe maniobra fraudulenta alguna de qué acusar al que se aprovechó de la equivocación en que se encontraba precedentemente la víctima. . . Diferente es el caso en el que el agente, por diversos medios directos o indirectos, induce a error a la víctima para luego aprovecharse del mismo”⁵⁰ La cita del tratadista

⁵⁰ ZABALA BAQUERIZO, Jorge; Ibidem, Pág. 135.

ecuatoriano es clara y no necesita comentario alguno para su entendimiento, mas, si bien concordamos con su criterio, escuchemos a un legítimo contradictor de esta teoría, el profesor Soler: “el problema del silencio se resuelve de modo semejante al de la mentira: se requiere que vaya acompañado de un actuar engañoso positivo (*facto concludetia*) o bien que exista el deber jurídico de hablar o decir la verdad...”⁵¹

Se ha discutido si los incapaces pueden ser víctimas de error, sobran los criterios para considerar que sí, pues son aquellas mentes débiles y proclives al engaño a quienes debe proteger la normativa vigente en un Estado de Derecho.

Hemos manifestado que el error encuentra un lugar intermedio entre el ardid y la entrega (desapoderamiento), ahora bien, es imperioso que el error sea la causa para que el ofendido sufra un detrimento patrimonial mediante la entrega del bien.

Previo a revisar las cosas o circunstancias que debe hacer creer el agente a la víctima, nos gustaría revisar el concepto de error también desde el punto de vista de la teoría general del negocio jurídico; pues bien; entendamos que un negocio jurídico es un acto lícito y vinculante, que tiene elementos esenciales comunes y específicos, elementos de la naturaleza; y, elementos accidentales; son elementos esenciales comunes a todo acto y declaración de voluntad la capacidad ; el consentimiento libre de vicio, el objeto lícito y la causa lícita; dentro del consentimiento, es decir del acuerdo de voluntades, éste puede adolecer de vicios, los cuales son: el error, la fuerza y el dolo; siendo el primero la disconformidad entre lo verdadero y lo que se cree verdadero. El error admite clasificaciones que por la naturaleza del presente estudio no compete su análisis, sin embargo es de resaltar que el hecho de existir un consentimiento viciado por error dentro de un negocio jurídico cualquiera provoca la nulidad relativa y la correspondiente acción rescisoria. Con estos antecedentes en un caso de estafa, verbigracia, alguien que a fin de

⁵¹ SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino; tomo IV

hacerse entregar dinero dice ser poseedor de una joya preciosa de carácter exclusiva y la vende por un valor cuantioso, cuando en realidad era simplemente una imitación de insignificante valor, el afectado puede iniciar en vía ordinaria (juicio civil) la acción rescisoria y al mismo tiempo presentar la correspondiente denuncia penal, pues no son variantes excluyentes.

Con esta aclaración, manifestamos que nuestro código penal pone varias circunstancias en las que puede creer el ofendido, recordemos que dentro del tratamiento legislativo al delito de estafa encontrábamos que el sistema ecuatoriano era mixto pues se considera necesaria la relación casuística de las maneras como se puede verificar los medios fraudulentos en la estafa, empero concluye el tipo acogiendo una fórmula general, de tal manera que lo anterior queda como un simple enunciado a manera de ejemplo; de esta manera el Art. 563 en su parte pertinente reza: “. . .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. . .”, consecuentemente el error radica en que la víctima crea en cualquiera de estas circunstancias, como vemos la primera parte del fragmento de la citada disposición realiza una enumeración casuística de las circunstancias en las que puede creer el ofendido, mas, en su última parte y de manera sabia el tipo concluye manifestando que: “o para abusar de otro modo de la confianza o credulidad”, de esta manera consolidamos nuestro criterio al concluir que se trata de un sistema normativo mixto en el tratamiento del delito de estafa.

Recordando el cuadro que ensayamos en el pasado, una vez que se produjo el error, el siguiente paso es el desapoderamiento del bien, que se verifica con la entrega del objeto material del ilícito, entrega que realiza la misma víctima como consecuencia de ese lapsus psíquico de disconformidad entre lo realmente verdadero y lo que se cree verdadero, circunstancia que fue inducida por el sujeto activo de la infracción mediante los medios fraudulentos, de esta manera enlazamos todos los elementos del tipo tendentes a la consumación del mismo, consecuentemente el delito se consuma una vez

verificada la entrega del bien, independientemente de la lesión patrimonial, esto es, el daño está dado por la tradición del objeto pues la misma ya causa perjuicio al ofendido y por lógica consecuencia el beneficio al agresor. Es necesario recordar que bien puede ser una persona la víctima del error y otra la del daño patrimonial, verbigracia alguien que en base al error entrega un bien que no es de su propiedad, presentándose el caso del ofendido y del agraviado en la relación delictual, la misma que fue explicada en el acápite 2.6 del presente estudio.

3.3.5.- LA PENA Y ESTAFAS AGRAVADAS.-

Quien adecúa su conducta al tipo penal del Art. 563 del C. Penal Ecuatoriano será acreedor a una pena de seis meses a cinco años de prisión y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. En relación a la sanción privativa de la libertad debemos comentar que, el mínimo de la escala es inferior al ilícito de abuso de confianza propiamente dicho o apropiación indebida del Art. 560 que establece la prisión de uno a cinco años, diferencia punitiva que no obedece a criterio razonable alguno.

Por otra parte el máximo de la pena para el robo simple (no agravado) y para la extorsión es el mismo que para el ilícito de estafa, cuando a nuestro criterio los antes referidos tipos penales entrañan mayor peligrosidad del agente y causan a la vez mayor conmoción social.

Ahora bien, las reformas de fechas 17 de abril de 2002 y la de 6 de diciembre de 2002, que hacen relación a la estafa cometida por medios electrónicos o telemáticos y la defraudación relacionada a migrantes respectivamente, vinieron a ser variantes que agravan el delito de estafa, más aun cuando el ilícito se refiere a migrantes. De esta manera, el segundo inciso del Art. 563 nos dice: “Será sancionado con el máximo de la penal 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”; mientras que, por su parte el inciso final de la disposición motivo

de análisis, demostrando una realidad social evidente en nuestro medio cual es la migración ilegal –penalizada también en los Arts. 440 A y 440 B- y la posibilidad de aprovecharse de este hecho a fin de estafar nos dice: “La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales”

CONCLUSIONES.

4.- CONCLUSIONES.

4.1.- EL DERECHO PENAL CONSTITUYE UNA IMPORTANTE DISCIPLINA JURÍDICA DENTRO DE UN ESTADO DE DERECHO.-

En el pasado ponderamos la importancia del derecho penal, como una rama del derecho público que se ocupa de aquella trilogía formada por el delincuente, el delito, y las consecuencias del delito, constituyendo, consecuentemente, aquel conjunto de normas y principios generales que abrazan ciertas y determinadas consecuencias jurídicas con conductas reprochables cuales son los delitos, imponiendo a la consumación de hechos típicos penas o medidas de seguridad; y, de esta manera proteger bienes jurídicos.

4.2.- EL DELITO, UN FENÓMENO JURÍDICO Y SOCIAL.-

Dogmáticamente podemos conceptualizar al delito como todo acto típico antijurídico, culpable, y consecuencia de ello punible, empero no podemos dejar de lado el hecho que un código penal constituye ciertamente el trasunto de un código moral dentro de una sociedad determinada en un momento así mismo determinado, por lo que, el delito supone un fenómeno de etiología y consecuencia social, pues se produce solo gracias a la convivencia del hombre en sociedad y además sus efectos causarán daño a toda la unidad política y jurídicamente organizada de individuos, independientemente que la acción delictiva tenga por víctima a tal o cual persona, pues, ante ello todos temeremos ser parte fatal de aquella circunstancia.

4.3.- DENTRO DE LA CLASIFICACIÓN QUE ADMITEN LOS DELITOS PODEMOS UBICAR A LA ESTAFA CON LAS SIGUIENTES CARACTERÍSTICAS.-

La estafa es de aquellos ilícitos que el código lo clasifica dentro de los delitos, y a su vez considera que el bien jurídico que protege es la propiedad,

procesalmente constituye una infracción de aquellas que el Código de Procedimiento considera de acción pública de instancia particular, produce un resultado posterior al acto, puede ser instantáneo o continuado, son delitos de daño.

4.4.- EL DELITO DE ESTAFA PODEMOS CONCEPTUALIZARLO.-

Sabemos que definir constituye una operación lógica tendente a limitar un determinado concepto, de esta manera podemos decir, siguiendo a Antón Oncea, citado por Muñoz Conde, que el delito de estafa constituye: “la conducta engañosa, con ánimo de lucro, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”⁵²

4.5.- EL SISTEMA NORMATIVO PARA LA TIPIFICACIÓN DE LA ESTAFA EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO RESPONDE A UNA CONCEPTUALIZACIÓN MIXTA.-

Han existido diferentes sistemas legislativos para el tratamiento del delito de estafa, entre ellos podemos diferenciar el sistema francés o casuístico; el sistema austriaco o general; y, el sistema mixto. Si revisamos brevemente la historia del tipo penal de la estafa en el Ecuador, veremos que la normativa penal de 1837 seguía el sistema casuístico francés para posteriormente en 1871 adoptar el sistema mixto que es el que se mantiene en la redacción del Art. 563 del Código Penal, que cumple de manera cabal con las ideas dogmáticas de dicho sistema.

⁵² MUÑOZ CONDE, op. cit. pág. 405.

4.6.- HAN EXISTIDO VARIOS CRITERIOS SOBRE EL ARDID Y LA LLAMADA MISE EN SCÈNE, EMPERO EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO, NOSOTROS ARRIBAMOS A UNA CONCLUSIÓN RESPECTO AL TEMA:

Existe discusión doctrinaria respecto a que el empleo de cualquier ardid o engaño resulte suficiente o no para configurar el delito de estafa, es decir para algunos cualquier engaño es suficiente –analizando claro esta la personalidad del sujeto pasivo de la relación delictual-, para otros el medio fraudulento debe ser idóneo, e inclusive debe existir una puesta en escena de la mentira como tal para que podamos hablar de estafa. En el presente trabajo analizamos tanto criterios doctrinarios cuanto jurisprudenciales, y llegamos a la conclusión que, el ardid supone más que las simples palabras para convertirse en un artificio idóneo para estafar, necesita la puesta en práctica del aparato escénico, empero, y solo por excepción, dadas las circunstancias del caso, la simple mentira puede constituirse en ardid idóneo

4.7.- EL TIPO PENAL DE ESTAFA TIENE CIERTOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS NECESARIOS.-

Como todo tipo penal, la regulación del Art. 563 del Código Penal Ecuatoriano prevé la existencia de elementos necesarios para que una conducta determinada encaje fielmente en la descripción de la hipótesis prevista en la norma y calificada como delito. Los elementos que establece la citada disposición son: Ánimo de Apropiación; La Cosa Ajena (Fondos, Obligaciones, Finiquitos, Recibos); El Dolo y El Medio Fraudulento; El Error y la Entrega; (realizada la conducta, tendremos imperiosamente la imposición de una pena).

Partes integrantes del tipo penal que tienen su función determinada dentro de la conducta típica, de tal manera que al faltar uno de ellos, no existiría consumación del delito de estafa.

4.8.- ESTAFA RELACIONADA A MIGRANTES CONSTITUYE UN ILÍCITO AGRAVADO.-

Debido a la problemática social de migraciones ilegales, el legislador ha considerado que la conducta de quien se aprovecha, para estafar, de la desesperación del otro a fin de buscar días mejores en el extranjero, constituye un hecho con mayor carga de desvalor, por lo que ha penado con mayor severidad dichas conductas: “La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales”

EXTRACTO EN ESPAÑOL Y ABSTRACT EN INGLES

5.1. EXTRACTO EN ESPAÑOL.

El presente trabajo bibliográfico, previo a la obtención del título de especialista superior en derecho penal, tiene como finalidad el de consolidar una teoría general del delito de estafa.

Con el objetivo descrito en el párrafo anterior, a lo largo de todo el documento, realizamos apreciaciones doctrinarias tendentes a conocer al derecho penal y al delito como uno de los pilares de la antes referida disciplina jurídica, para, posteriormente estudiar a la estafa como un tipo penal en particular, su conceptualización, historia, legislación comparada, y luego referirnos de manera exclusiva al tratamiento normativo previsto en nuestro código penal, esto es en el Art. 563 Ibidem, revisando todos los elementos constitutivos del tipo penal en cuestión.

El trabajo fue ilustrado con criterios doctrinarios y jurisprudenciales, que permiten una comprensión cabal del tema.

5.2. ABSTRACT EN INGLES

The following bibliographic research project, a prerequisite to obtaining the degree of senior specialist in criminal law, is intended to consolidate a general theory of the crime of swindling.

Consistent with the goal described in the paragraph above, throughout this paper we will set forth doctrinaire opinions in order to visualize criminal law and felonies as one the main pillars of the aforementioned legal discipline, to only then, analyze the crime of swindling as a felony offense in particular, its conceptualization, history, comparative legislation, to then refer exclusively to the legislation contemplated in our penal code, that is in article 563 Ibidem, reviewing all the constituent elements of the offense in question.

REFERENCIAS.

6.1. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBÁN, Ernesto; “Teoría General del Delito”; Régimen Penal Ecuatoriano; Ediciones Legales.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; Derecho Civil; Los Bienes y los Derechos Reales; Tomo I; Santiago Chile; 1987
- BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto; Delitos Contra Los Intereses Económicos Particulares; Editorial Jurídica RADAR. Bogotá; 1986.
- COELLO GARCÍA, Hernán; “Epítome del Título Preliminar del Código Civil, y sus Principales Relaciones con la Legislación Ecuatoriana”; Universidad del Azuay; Cuenca; 1995.
- COELLO GARCÍA, Hernán; Teoría General del Negocio Jurídico; Universidad del Azuay; Cuenca - Ecuador. 2006.
- CONRADO FINZI; La Estafa y otros fraudes
- DAMIANOVICH DE CERREDO. , Laura; Delitos contra la Propiedad; Editorial Universidad Buenos Aires; 1988
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Vigésima Edición; Madrid 1984
- DONNA, Edgardo Alberto; “Derecho Penal Parte General”; Rubinzal – Culzoni; 2006
- EXNER, Franz; “Biología Criminal”, Bosch; Casa Editorial Barcelona 1957.
- INGENIEROS, José; CRIMINOLOGÍA; Editorial Hemisferio; 1953; Buenos Aires.
- MAURACH, Reinhart y otro; “Derecho Penal Parte General” Tomo I; ASTREA; 7ª Edición; Traducción Jorge Bofill Genzsck y Enrique Aimone Gibson; Buenos Aires; 1994.
- Microsoft® Encarta® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation.

- MONTENEGRO, Calixto; Curso de Derecho Penal Especial; Tomo II.; Ediciones Librería del Profesional; Bogotá; 1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal Parte Especial; Décimo Tercera edición; Tirant Blanch; Valencia 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; Teoría General del Delito; Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia; 1990.
- NAUCKE, Wolfgang; “Derecho Penal”; Editorial ASTREA; 10ª Edición; Traducción Leonardo Germán Brond; Ciudad de Buenos Aires; 2006.
- ROXIN, Cláus; “Derecho Penal Parte General” Tomo 1; Editorial CIVITAS S.A., 2ª Edición; Traducida por Diego Manuel Luzón Peña.
- SERRANO AGUILAR, Alejandro; “Texto de Lógica Jurídica” Universidad del Azuay; 2003.
- SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino; tomo IV.
- WELZEL, Hans; “Derecho Penal Alemán”; Editorial Jurídica de Chile; 12ª Edición; Traducción Juan Bustos y Sergio Yáñez.
- ZABALA BAQUERIZO, Jorge; Delitos Contra la Propiedad; Tomo II; EDINO; Ecuador; 1988.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; “Manual de Derecho Penal” Parte General; Editorial EDITAR; Buenos Aires; 2006; pág. 372 -373

6.2. GACETAS JUDICIALES Y TEXTOS LEGALES.

- Código Penal Ecuatoriano.
- Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.
- 18-II-35; GACETA JUDICIAL; Serie V, No. 117.
- GACETA JUDICIAL Serie XVI, No. 10; año 1997.
- 15-V-64; GACETA JUDICIAL; Serie X, No. 4.
- GACETA JUDICIAL; XVII; Serie 8; Año. 2002.
- GACETA JUDICIAL Serie. XVII; No. 13; Año 2003; pág. 4271-4272.
- Resolución No. 437-2001; Juicio 413-1999. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

ÍNDICE.

7.- ÍNDICE.

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4

CAPITULO I.

EL DERECHO PENAL Y LOS DELITOS EN PARTICULAR.

1.1.- IDEAS PRELIMINARES.....	6
1.2.- EL DERECHO PENAL.....	6
1.3.- MISIÓN E IMPORTANCIA DEL DERECHO PENAL.....	8
1.4.- EL DELITO.....	10
1.4.1.- EL DELITO COMO FENÓMENO SOCIAL.....	10
1.4.2.- DEFINICIÓN FORMAL Y MATERIAL DEL DELITO.....	12
1.4.2.1.- DEFINICIÓN FORMAL.....	12
1.4.2.2.- DEFINICIONES REALES O MATERIALES.....	13
1.4.3.- ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DELITO.....	14
1.5.- CLASIFICACIÓN DEL DELITO.....	15
1.5.1.- IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN EN RELACIÓN AL DELITO DE ESTAFA.....	18

CAPÍTULO II.

2. EL DELITO DE ESTAFA.

CONSIDERACIONES GENERALES.

2.1.- IDEAS PRELIMINARES.....	20
2.2.- HISTORIA.....	21
2.3.- REGULACIÓN DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.....	23
2.4.- SISTEMAS LEGISLATIVOS EN EL TRATAMIENTO DEL DELITO DE ESTAFA.....	25
2.4.2.- SISTEMA FRANCÉS.....	25

2.4.2.- SISTEMA AUSTRIACO.....	26
2.4.3.- SISTEMAS MIXTOS.....	27
2.4.3.1.- EL SISTEMA ECUATORIANO EN LA ACTUALIDAD RESPONDE A UN TIPO MIXTO.....	27
2.5.- DEFINICIONES DEL DELITO DE ESTAFA.....	28
2.6.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LOS SUJETOS DEL ILÍCITO.....	29
2.7.- CRITERIOS SOBRE LA LLAMADA MISE EN SCÈNE Y EL ARDID.....	31
2.7.1.- REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES AL RESPECTO.....	33

CAPÍTULO III

3.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ESTAFA.

3.1.- IDEAS INTRODUCTORIAS.....	39
3.2.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO DE ESTAFA SEGÚN EL CONCEPTO DE ANTÓN ONECA.....	39
3.3.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO DE ESTAFA CONSIGNADOS EN EL ART. 563 DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.....	42
3.3.1.- ÁNIMO DE APROPIACIÓN.....	43
3.3.2.- LA COSA AJENA.....	44
3.3.3.- DOLO Y MEDIO FRAUDULENTO.....	47
3.3.4.- EL ERROR Y LA ENTREGA.....	51
3.3.5.- LA PENA Y ESTAFAS AGRAVADAS.....	55
CONCLUSIONES.....	57
EXTRACTO EN ESPAÑOL Y ABSTRACT EN INGLES.....	62
REFERENCIAS.....	65
ÍNDICE.....	68

