



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**LÍMITE ENTRE LA ESTAFA Y EL
INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL:
DIFERENCIA PROBATORIA**

Autora:

Renata Carolina Pesantez Pérez

Director:

Dr. Pablo Leoncio Galarza

Cuenca – Ecuador

2023

DEDICATORIA

Si tienes la opción de tener la razón,
o ser gentil, elige la gentileza.

- **Anónimo.**

A mi familia, por haberme forjado como la persona que soy hoy en día, muchos de mis logros, incluido este se lo debo a ustedes. De manera especial a mi mamá, María Augusta, en quien tengo el ejemplo en el que me quiero reflejar por sus infinitas virtudes y su gran corazón, que cada día me hacen admirarla más.

AGRADECIMIENTO

A mi familia, por acompañarme siempre, por enseñarme sobre la unión y ser un pilar fundamental en mi vida

A mis abuelitos, Juan y Dorila, por su apoyo incondicional, por siempre tenerme presente en cada una de sus oraciones, y tener una palabra de apoyo.

A mis hermanos, José David y Anthony por su amor y paciencia, por compartir la vida conmigo, y estar siempre en las buenas y aún más en las malas.

A mi compañero de aventuras, Juan José, quien ha sido mi apoyo incondicional a lo largo de este camino.

A mi mejor amiga, Daniela, por haber estado conmigo siempre brindándome su amistad y confianza.

A la Universidad del Azuay, a mis profesores por sus enseñanzas y el aprendizaje brindado, de manera especial agradezco infinitamente al Dr. Pablo Galarza quien más allá de enseñarme sobre la profesión, me ha brindado su apoyo y sobre todo me ha enseñado sobre la calidad humana que se debe tener para ejercer la misma.

RESUMEN:

La estafa y el incumplimiento contractual, son dos figuras jurídicas las cuales se encuentran reguladas en la legislación ecuatoriana, cada una en la rama del derecho a la que pertenecen. Se contempla para cada una de ellas, los requisitos y el procedimiento que debe seguirse, sin embargo, en la práctica, existe una confusión al diferenciar estas dos figuras. El presente trabajo de titulación, inicia con un análisis del origen del tipo penal estafa, su concepto, y regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, un análisis de los elementos constitutivos del mismo. Adicionalmente, será necesario el establecer el concepto, procedimiento y elementos del incumplimiento contractual, de forma que se pueda establecer el límite que diferencia al delito de estafa del incumplimiento contractual; para lo cual, se realizará un análisis profundo del elemento dolo, el cual viene implícito en la acción de engañar.

Palabras Clave: Dolo, Engaño, Estafa, Incumplimiento contractual, Límite.

ABSTRACT:

The fraud and contractual default are two legal figures which are regulated in Ecuadorian legislation, in each branch of law to which they belong. For each one, the law contemplates the requirements and the procedure to be followed, however, in practice, there is confusion when differentiating these two figures. This degree work began with an analysis of the origin of the criminal type of fraud, its concept and regulation in the Ecuadorian legal system, and an analysis of the constituent elements of the same. Additionally, it was necessary to establish the concept, procedure and elements of breach of contract, in order to establish the limit that differentiates the crime of fraud from breach of contract; for which, an in-depth analysis of the element of fraud, which is implicit in the action of deceiving, was conducted.

Key Words: Contract, Contract default, fraud, limit.



ÍNDICE

Índice de contenido

Introducción	1
1. Capítulo 1: La estafa	2
1.1 Definición	3
1.2 Antecedentes históricos	4
1.3 Elementos constitutivos del tipo penal estafa	5
1.3.1 Elementos objetivos	6
A. Sujeto activo	6
B. Sujeto pasivo	6
C. Verbo rector	6
D. Medio	7
E. Bien jurídico protegido	7
F. Pena	8
1.3.2 Elementos objetivos específicos	8
A. Fraude o engaño	9
B. Error	9
C. Disposición patrimonial	10
1.3.3 Elementos subjetivos	11
1.4 Regulación de la estafa en el Código Orgánico Integral Penal	12
Conclusiones	16
2. Capítulo 2: Incumplimiento contractual	18
2.1 Contrato: definiciones y elementos que lo componen	18
2.2 Contrato: obligación contractual y su objeto	20
2.3 El incumplimiento: definición y tipos de incumplimiento	21
2.4 Tipos de incumplimiento	23
2.5 Efectos del incumplimiento: protección del acreedor afectado	26

A. Condición resolutoria tacita	26
B. Acción de cumplimiento forzoso	28
2.6 Dolo civil: tratamiento en la legislación ecuatoriana	28
Conclusiones	31
3. Capítulo 3: Puntos de referencia probatoria para establecer la diferencia entre la estafa y el incumplimiento contractual	32
3.1 Límite que los diferencia	33
3.2 Dolo	35
3.2.1 Definición y elementos que lo componen	35
A. Elemento cognitivo	37
B. Elemento volitivo	37
3.2.2 Tipos de dolo	37
A. Dolo civil	38
B. Dolo penal	39
3.2.3 Tratamiento en el tipo penal estafa	40
3.3 Análisis de resoluciones judiciales en torno al problema planteado	42
A. Caso 1	45
B. Caso 2	49
Conclusiones	52

INTRODUCCIÓN

El derecho penal y el derecho civil son ramas diferentes en esencia. Por un lado, tenemos al derecho penal, el cual hace referencia a aquella rama del derecho que estudia determinadas normas jurídicas y sus consecuencias, relacionadas a cierta conducta humana, que la vamos a conocer como delito. Por otro lado, tenemos al derecho civil el cual se refiere al conjunto de normas que regulan las relaciones privadas de los ciudadanos de un Estado.

Ambas ramas del derecho a pesar de ser opuestas, presentan figuras jurídicas que pueden llegar a confundirse, tal es el caso, del tipo penal estafa y el incumplimiento contractual. Las cuales recaen sobre un bien jurídico específico, la propiedad, misma que se encuentra reconocido a nivel constitucional como un derecho del cual deben gozar todos los ciudadanos. En consecuencia, de lo manifestado, podemos decir que no existe como tal una regulación expresa que nos permita diferenciarlo.

El principal objetivo del presente trabajo de titulación es establecer el límite entre la estafa y el incumplimiento contractual, analizando a profundidad cada una de estas figuras jurídicas, su origen, concepto, elementos constitutivos, tratamiento y especialmente los puntos de diferencia probatoria que los diferencia.

En el capítulo I, se analizará sobre el tipo penal estafa, estableciendo previamente algunos conceptos necesarios para un mejor entendimiento, su origen, definición, para llegar a determinar los elementos constitutivos de la estafa y establecer cómo este delito se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El capítulo II se destinará al estudio del incumplimiento contractual, para lo cual se estudiará al contrato, en lo que respecta la obligación contractual y su objeto, además, será necesario conocer como tal a la figura del incumplimiento su concepto y tipos, para posteriormente analizar los efectos que causa el mismo, y continuar con un análisis del dolo civil.

Finalmente, en el capítulo III se estudiará el los puntos de referencia probatoria, para establecer la diferencia entre la estafa y el incumplimiento contractual, para lo cual se empezará estableciendo el límite entre estas figuras, posteriormente un análisis del

dolo, como elemento diferenciador. Para concluir, se realizará un breve análisis de resoluciones judiciales en torno al problema planteado.

CAPÍTULO I

LA ESTAFA

Antes de iniciar el estudio del origen del tipo penal estafa, delito que incide de forma directa en la sociedad afectando al bien jurídico propiedad, es necesario conceptualizar y establecer sus características. Un delito es un comportamiento que, ya sea por propia voluntad o por imprudencia, resulta contrario a lo establecido por la ley; por lo tanto, implica una violación de las normas vigentes, lo que hace que merezca un castigo o pena. Un delito está constituido por cuatro elementos: acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, esta sería la estructura para que una conducta humana sea esta de acción u omisión, sea considerada como delito.

Por otra parte, la propiedad, entendida como el derecho que faculta a su titular, usar, gozar y disponer de un bien sujetándose al ordenamiento jurídico, es un derecho del que gozan todos los ciudadanos; la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Constituyente - EC, 2008, R.O. 449), la reconoce en su artículo 321: “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental”. Este derecho ha sido violentado en varias ocasiones, es por eso que, el Estado ha buscado formas de impedir que siga esta vulneración; ya que como se observa en la norma antes transcrita, es obligación del Estado reconocer y garantizar la propiedad, lo que se refleja en el Código Orgánico Integral Penal (ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014, R.O.S 180), el mismo que dedica todo un capítulo a los delitos contra la propiedad, otorgándole así al Estado un mayor control y facultando al uso del poder punitivo.

La estafa es uno de los delitos que se encuentra regulado dentro del Derecho a la Propiedad (Libro Primero, capítulo Cuarto, Infracciones en particular, Sección Novena), lo que se castiga en este tipo penal no es el engaño, sino el daño patrimonial que provoca. Establecer el origen de la estafa resulta algo difuso, sin embargo, podemos referir a él desde el momento que el hombre pudo poseer un bien, otro lo codició y buscó tenerlo mediante el engaño, es decir, la propiedad y la estafa fueron apareciendo de forma conjunta. (ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014)

En el desarrollo del presente capítulo, se establecerá en primer lugar, algunas definiciones dadas por ciertos doctrinarios, continuando con los antecedentes históricos; en segundo lugar, su origen, para llegar a determinar los elementos constitutivos de la estafa; y, finalmente, establecer cómo este delito se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

1.1 Definición

El tipo penal de estafa con sus variantes y modalidades, permite estudiar y entender, cómo el derecho penal se ha visto en la necesidad de adaptarse a la constante evolución de la sociedad. Además, se comprende, cómo desde su origen el engaño fue constituido como el medio idóneo para inducir a error a un tercero y así aprovecharse patrimonialmente, mismo que estaba moral y jurídicamente sancionado en la mayoría de legislaciones del mundo. Es fundamental estudiar los conceptos que se han planteado en torno a este tipo penal, resulta complejo el establecer una sola definición, pues en general resulta difícil delimitar con claridad al tipo penal, por lo que han sido varias las definiciones que la doctrina establece.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua (2014) establece que estafa es la acción de estafar; etimológicamente proviene del italiano *staffa* que significa estribo. Originalmente, estafa significaba pedir algo "prestado", sin la intención de devolverlo. Por otra parte Cabanellas, (2003), en el Diccionario Jurídico Elemental, lo define como, el delito en que se consigue un lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o el abuso de confianza. Toda defraudación hecha a otro y no legítimamente suyo. Apoderamiento de lo ajeno con aparente consentimiento del dueño sorprendido en su buena fe, pedir con ánimo de no pagar, cobrar dos veces, negar el pago recibido, entre otras formas concretas.

Zavala Baquerizo (2006) expresa: “es un delito por el cual una persona mediante fraude y con ánimo de apropiación, induce a otra a entregarle unas cosas de su propiedad o de propiedad de otra.” Así mismo, Merkel (1889) expresa que el delito de estafa se caracteriza por el hecho de obtener valores patrimoniales ajenos de manera ilegal, sin pagar por ellos y engañando a la persona de la que se está apropiando. Por su parte, Soler (1996) considera como estafa una disposición patrimonial dañosa tomada a través de trucos engañosos con el propósito de obtener un beneficio injusto debido a un error determinado.

En definitiva, todos los autores mencionados coinciden en que se trata de un delito mediante el cual en primer momento una persona mediante fraude, cualquiera sea la manera en la que este se vea reflejado, induce a error a otra, con el fin de causarle un perjuicio patrimonial, a la vez que este se beneficia del mismo. Es importante mencionar, que se trata de una serie concatenada de acciones para que se cumpla con la conducta, de faltar una de estas, no nos encontraríamos frente al tipo penal estafa.

1.2 Antecedentes históricos

En palabras de Zamora Pierce (1992), este delito se ha encontrado contemplado en la Ley Babilónica, el Avesta Persa, el Libro del profeta Amos, el Corán, entre otros, los cuales contemplaban penas severas, incluso la muerte. También, en otras legislaciones se preveía a la estafa, por ejemplo, en el Código de Hammurabi en el año 1750 a.C. se encontraban ya contempladas sanciones para conductas consideradas como defraudaciones y estafas. Otro ejemplo se encuentra expuesto en las Leyes de Manú, en estas se prescribe que la venta de objetos ajenos o la sustitución de productos de baja calidad por otros de mayor valor es considerada un delito. Esto incluye la oferta de granos dañados como si fueran de buena calidad, cristal de roca como si fuera piedra preciosa, hilo de algodón como si fuera seda, entre otros. Es importante tener en cuenta que el engaño y la falta de transparencia en las transacciones comerciales son considerados actos ilícitos en estas leyes.

Sin embargo, no solo existían estos, en el Derecho Romano se establecía también un castigo si es que se encontraban frente a un fraude. El Derecho Romano, aportó con grandes pensamientos en el derecho, si bien fue más en el área civil, también tuvo aportes en el área penal y desarrolla correctamente al tipo penal estafa, y lo divide en tres etapas Cremades (2009):

1. La primera de ellas es denominada estelionato, sobre esta etapa Mommsen (1999), explica que anteriormente era conocido como *falsum*, todas aquellas conductas que se adecúan a la falsedad o estafa, y estas debían ser sancionadas. El problema se presentaba toda vez que, resultaba ambiguo establecer si aquella conducta era realizada con dolo; en este sentido; en palabras de Labeón (Citado por Zamora Pierce, 1992), era realizada con astucia, falacia o maquinación con el objeto de engañar, burlar y alucinar a otros.

Dentro de esta etapa, encontramos a Donna (2001) quien divide la etapa en tres figuras:

- “Crimen Furti: Engloba cualquier forma de atentado en contra del patrimonio ajeno, sobre todo el cometido mediante fraude.
- Crimen Falsi: Atenta tanto al patrimonio como a la fe pública por medio de la modificación de la verdad.
- Crimen Estelionato: Lesiones patrimoniales fraudulentas que se encontraba entre la falsedad y el hurto, exigía dolo y se consumaba con daño patrimonial”.

La última figura, es la base del delito estafa, pues, si bien esta no estaba tipificada sí se castigaba según el criterio del juzgador pues no existía norma expresa.

2. En la Edad Media, en general, no existieron muchos cambios respecto a la tipificación de este delito. Es importante mencionar que se crea un nuevo *falsum*, el cual incluía los casos de fraude patrimonial; seguía considerándose al estelionato, aunque con carácter subsidiario. No hay mayor evolución durante esta etapa por el contrario sigue manteniendo conceptos anteriormente dados como el dolo y la falsedad.

3. La tercera etapa se encuentra constituida por la legislación moderna; el autor Zamora Pierce (1992), señala que a principios del siglo XIX, se llevó a cabo una importante separación en el ámbito del derecho penal. Hasta ese momento, el fraude, entendido como el delito que consiste en obtener un beneficio ilícito a través de engaño o abuso de confianza, se había considerado parte de las falsedades, que se entendían como aquellos actos encaminados a falsear la verdad con el fin de dañar la fe pública. Sin embargo, se llegó a la conclusión de que el fraude debía ser considerado un delito independiente, ya que su objetivo principal es dañar el patrimonio de la víctima y no necesariamente falsear la verdad. Por lo tanto, se decidió separar el fraude como delito contra el patrimonio, dejando a las falsedades como aquellos actos encaminados a proteger la fe pública. Esta separación tuvo un impacto significativo en la legislación penal de la época y sentó las bases para el tratamiento del fraude en el derecho penal moderno.

Es decir, el delito por primera vez se regula de forma autónoma; empieza aparecer en las diversas legislaciones como la francesa, alemana, entre otros

ordenamientos jurídicos europeos, hasta llegar a América Latina. En estas etapas, se mostraba ya una figura consolidada, con los principales elementos que debía tener y que se mantiene hasta la actualidad, por tal motivo se revisará en el siguiente punto sus elementos constitutivos.

1.3 Elementos constitutivos del tipo penal estafa

Como todo tipo penal, la estafa requiere de ciertos elementos necesarios para que la conducta que se realice, sea esta de acción u omisión, encaje correctamente en lo expresado en la norma y de esta manera pueda ser considerada como delito. Es importante, mencionar que, así como hay características que comparten todos los delitos, siempre van a existir requisitos especiales que seguir, pues no serán los mismos requisitos para un abuso de confianza, que, para una estafa, a pesar de que ambos son delitos contra la propiedad.

Con los conceptos antes referidos, podemos hablar de la estafa, como aquella conducta delictiva que tiene por objeto apropiarse o beneficiarse de la propiedad de un tercero, esto mediante el engaño, el cual puede verse manifestado en diversas situaciones, como causa de este, se le induce a error al otro, logrando que se le entregue algo de su patrimonio o de un tercero. Es importante mencionar, que los elementos constitutivos del tipo penal estafa devienen de su propio concepto, los cuales se encuentran divididos en dos grupos: elementos objetivos y elementos subjetivos.

1.3.1 Elementos objetivos

Los elementos objetivos son presupuestos necesarios para acreditar la existencia de los distintos delitos, aquí tenemos al sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, medio, bien jurídico protegido y la pena. A continuación, se realiza una breve referencia de cada uno de ellos:

A. Sujeto activo

Es el autor, es decir es quien realiza la conducta que se encuentra prohibida en la ley; conforme se desarrolla el proceso es conocido como investigado, procesado o culpable. Según el delito que se trate, se establecen características que se deben cumplir para ser el sujeto activo, sin embargo, el delito de estafa, no requiere ningún calificativo

en especial. La principal función del mismo será la de inducir a error, esto mediante el engaño, recordemos que la simple mentira no se configura como engaño.

B. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es la persona engañada o un tercero contra quien se produce la lesión patrimonial (Balmaceda Hoyos, 2011). En la estafa, si bien no se requiere determinada característica para ser víctima, es necesario que sea capaz de actuar por su propia voluntad, a pesar de que esta se encuentre viciada por el engaño. Si el sujeto pasivo no realiza la disposición patrimonial no podríamos referir al delito de estafa; la disposición puede ser de un bien propio o de un tercero, lo medular es que lo realice por su propia voluntad.

C. Verbo rector

El verbo rector constituye el núcleo de la acción; es penalmente relevante pues según la interpretación que se le otorgue se puede administrar justicia correctamente. Hace referencia aquella conducta prohibida por la ley. En el tipo penal estafa, el verbo rector es inducir, siendo específicos inducir a error. Según el DRAE (2014), inducir hace referencia a 'Incitar [a alguien] a algo', 'causar o provocar indirectamente [algo]' y 'extraer [un principio general o una conclusión] a partir de hechos o datos particulares'. Esto como una generalidad de lo que significa, en la presente entenderemos al verbo rector inducir como aquella acción u omisión producida por el engaño, que lleva a un tercero a caer en un error.

D. Medio

Refiere al cúmulo de circunstancias en las que puede verse representado el verbo rector. En el tipo penal la estafa puede tener varios medios de cometimiento del delito, sin embargo, analizaremos dos de ellos, que son los que contempla la legislación ecuatoriana, estos son: la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos. De la simple lectura es notorio a que hacen referencia, sin embargo, para un mejor entendimiento se ha planteado un caso práctico para cada uno de estos:

1. Simulación de hechos falsos: Compra o intercambio de artículos en internet. Toda vez que puede darse que X publique fotografías de cierto

artículo, el cual no existe o no tiene las características que se especifican, y otra persona lo adquiere porque se ve inducida a un error, de conocer la verdad seguramente no lo adquiere.

2. Deformación u ocultamiento de hechos verdaderos: Refiere a la falsa representación de una realidad concreta. Por ejemplo, el poner en venta un objeto el cual sabemos se encuentra defectuoso, sin embargo, en ningún momento se menciona sobre el error.

E. Bien jurídico protegido

Es el derecho que el legislador ha seleccionado para protegerlo mediante una norma penal. La importancia del bien jurídico constituye el desarrollo del principio de mínima intervención del Estado, el cual selecciona como bienes jurídicos los más relevantes para el derecho penal y que las otras ramas del derecho han fracasado en proteger. La estafa se encuentra regulada entre aquellos delitos contra la propiedad; que tiene una íntima relación con el patrimonio.

Sobre el patrimonio, Villar (1997) plantea tres conceptos:

● **Concepto jurídico:** parte de una idea civilista, en la cual el patrimonio estaría compuesto por el conjunto de derechos subjetivos patrimoniales de los que es titular una persona.

● **Concepto económico:** se traspa desde el derecho subjetivo sobre la cosa afectada al análisis en torno a las facultades de enajenación en tanto éstas sean valubles económicamente. De esta forma, quedan fuera del ámbito de protección todos los objetos que no tienen valor económico, aun cuando se encuentren resguardados bajo un derecho subjetivo.

● **Concepto mixto jurídico-económico:** el patrimonio corresponde a la suma de los valores económicos de una persona bajo la protección del ordenamiento jurídico.

Lo medular, es comprender cómo se viola este bien jurídico en el delito de estafa, la afección se da toda vez que para que se configure el tipo penal, es necesario que exista la disposición patrimonial, independientemente del bien de que se trate; incluso no es necesario que se trate de un bien propio, pudiendo ser el de un tercero sobre el cual se ha

causado este perjuicio patrimonial. La estafa se consume en el momento en que se toma la disposición patrimonial perjudicial. (Soler, 1996)

F. Pena

Hace referencia a la sanción que se prevé para cada conducta delictiva siempre que esta se ajuste a un tipo penal establecido en la norma. En el caso de la estafa la pena privativa de libertad, puede ser de 5 a 7 años, incluso aumentar según las agravantes o atenuarse según la situación que se presente. (ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014)

1.3.2 Elementos objetivos específicos

El tipo penal estafa, requiere de tres elementos fundamentales: fraude o engaño, error y disposición patrimonial perjudicial; mismos que deben estar vinculados por una relación de causalidad. El modus operandi, necesita en primer lugar un sujeto activo, el cual por el tipo de delito no requiere ningún calificativo o condición específica, su función principal será la de engañar e inducir de esta manera a error al sujeto pasivo, quien es el titular del patrimonio que va a sufrir el perjuicio ocasionando de esta manera la disposición patrimonial.(ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014)

A continuación, se presenta un análisis de cada uno:

A. Fraude o engaño

El engaño es el principal elemento de este tipo penal pues será el punto de partida. De acuerdo con Finzi (1961), es indudable que el engaño es el elemento fundamental de la estafa. Este es el factor que le da forma y lo diferencia de otras formas de agresión al derecho patrimonial. Por ello, al momento de analizar el tipo penal estafa, es fundamental tener en cuenta que el engaño es lo que le da su propia identidad a este delito y lo diferencia de otros tipos penales, Entonces, cabe preguntarse ¿Qué es el engaño? Oneca (1958), se refiere al mismo como la simulación o disminución capaz de inducir a error a una o varias personas. De lo mencionado, se puede colegir que el engaño hará referencia a la falta de verdad en lo que se dice o se hace.

Respecto de este elemento, debemos manifestar que es el que diferencia al tipo penal estafa de cualquier otro delito contra la propiedad. La conducta de engañar, realizada de forma correcta se ve reflejada en los resultados que se tiene en relación a los

otros elementos, es decir, si la conducta engañosa es exitosa se realizará la disposición patrimonial.

En concordancia MUÑOZ CONDE (2002) establece que es necesario destacar que para que exista estafa, la acción engañosa debe ser la causa del error de la víctima. Debe existir una relación de causalidad entre ambos. Es decir, el engaño debe ser la causa adecuada para producir error en la persona de la víctima. Sin esta relación de causalidad, no podría hablarse de estafa. Lo que quiere decir que el engaño debe ser suficiente para causar error en el sujeto pasivo, a tal grado que produzca la entrega de un bien patrimonial.

La doctrina española, establece que no es lo mismo la mentira que el engaño; este último será el género, mientras que la mentira será la especie. El engaño es relevante si es capaz de producir error en el otro y a la vez inducirlo a realizar un acto de disposición patrimonial. La simple mentira no llega a constituirse como engaño, pues de ser así, cualquier incumplimiento por una mentira fuera estafa y no es así como funciona.

B. Error

El segundo elemento esencial es el error Bacigalupo Saggese et al. (2019), se refieren al mismo como un conocimiento viciado de la realidad, por lo tanto, este afecta directamente al estado psicológico del sujeto pasivo, toda vez que, por el engaño se realiza la entrega de cierto bien ocasionado así el perjuicio patrimonial.

El error hace referencia a la contradicción entre la representación subjetiva y la realidad objetiva. Así mismo, es importante establecer que existe dos tipos de error: propio e impropio. El primero refiere a aquella creencia equivocada que se tiene de la realidad, mientras que el segundo refiere a un desconocimiento de un dato. A la final, ambos se configuran como error.

La importancia de este elemento, recae justamente en que es el nexo entre los elementos esto debido a que, por un lado, es el resultado de la acción de engañar, primer elemento de la estafa y, por otro lado, es la causa para que se produzca la disposición patrimonial, cumpliendo otro de los requisitos de la estafa. Además, sin este elemento es imposible que se configure el tipo penal estafa, pues si no existe error no habrá motivo para disponer patrimonialmente, por lo tanto, no se produciría el delito.

Este tipo penal a diferencia de otros delitos contra la propiedad establece que la disposición patrimonial debe darse de forma voluntaria, por lo tanto, el sujeto pasivo debe

comprender la conducta que está realizando y ser la consecuencia directa y precisa del engaño.

C. Disposición patrimonial

La disposición patrimonial es básicamente el resultado que exige el tipo penal estafa a través del mismo se causa el perjuicio. Por otra parte Valle (1987, p.134) lo define como “aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error, que conlleva de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero.” No se hace referencia al perjuicio patrimonial como elemento, en razón de que es necesario que exista la voluntad del sujeto engañado de entregar el bien, caso contrario no estaríamos frente a una estafa.

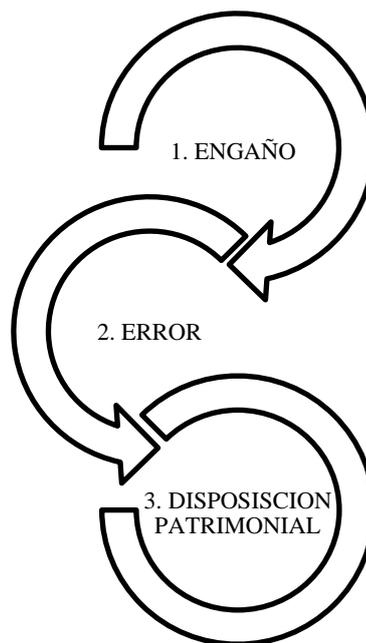
Así mismo Bajo Fernández (2004) establece que es esencial que la persona que ha sufrido el engaño sea quien realice la disposición, sin embargo, el acto de disposición puede causar daño patrimonial propio o ajeno, por lo que no necesariamente la persona que ha dispuesto de sus bienes de manera equivocada y la que finalmente sufre el perjuicio deben ser la misma.

Es importante mencionar, que la disposición puede verse reflejada de distintas maneras, es decir, puede darse mediante la entrega consentida de un bien, de cualquier especie que este sea, así como también mediante la prestación de un servicio. Siguiendo esta línea, también se produce por omisión, por ejemplo, el renunciar a un crédito por acción del engañador.

En conclusión, estos elementos especiales del tipo penal deben ir encadenados, en el siguiente cuadro, se muestra la forma en la que se constituye la estafa:

Figura 1

Elementos especiales del tipo penal estafa



Nota: Esta figura muestra como deben seguirse los elementos objetivos del tipo penal.

1.3.2 Elementos subjetivos

El elemento subjetivo del tipo es el dolo; pues no puede concebirse este delito de otra forma. Sobre lo mencionado (Gutiérrez, 1991,) señala que la estafa es un delito necesariamente doloso debido a su naturaleza intencional. Esto se debe no solo al elemento subjetivo de obtener un beneficio injusto, sino también al hecho de que el engaño es un elemento fundamental e indispensable para la configuración de esta figura penal, y que incluye un componente subjetivo esencial. Por lo tanto, no es posible hablar de estafa por imprudencia ni de estafa con dolo eventual.

Sobre esta cuestión lo analizaremos con mayor profundidad en el capítulo tercero, sin embargo, previo a ese análisis, es necesario definir al dolo mismo que se deriva del griego *dóloc*, que significa engaño, artificio, astucia, fraude, malicia.

Bacigalupo Saggese et al. (2019. p23) definen al dolo como “el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo penal”; del mismo modo Zaffaroni (1986, p.258) sobre el dolo establece: “es una voluntad determinada que, como cualquier voluntad, presupone un conocimiento determinado”. En otras palabras, el dolo refiere a la voluntad de realizar determinada conducta conociendo que la misma trae consigo consecuencias jurídicas. De

las definiciones dadas con anterioridad, tenemos que los elementos del dolo son el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de realización.

1.4 Regulación de la estafa en el Código Orgánico Integral Penal

Previo a establecer la regulación de la estafa en el Código Orgánico Integral Penal ASAMBLEA NACIONAL - EC (2014), es necesario comprender como fue considerada en un primer momento en la legislación ecuatoriana. Desde un primer momento, se lo consideró como un delito independiente, sin embargo, es de mencionar que con los años ha evolucionado, de tal forma que actualmente no puede ser confundido con ningún otro delito.

El delito de estafa encontramos tipificado por primera vez en el Código Penal Congreso Nacional (1971, R.O.S. 147, 22 de enero), ley formada por leyes españolas conjuntamente con las leyes de Indias, confundía a la estafa con otros delitos. Posteriormente, con ciertas reformas en el Código Penal actualmente derogado en el Capítulo V, título X, establecía “Estafas y otras defraudaciones”, en el artículo 563, definió a la estafa:

El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, 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.

El Código Penal Congreso Nacional (1971) preveía una serie de maneras en las que se podía configurar la estafa, siempre manteniendo implícito los elementos que se deben cumplir para encontrarnos frente a este tipo penal. De la norma obtenemos que las acciones u omisiones debían ser producto del fraude y como consecuencia inmediata se

producía un perjuicio patrimonial; se establecía en su mayoría sobre las defraudaciones, lo cual hemos de considerar como el género, ya que la estafa es la especie.

En el año 2014, con la aparición del Código Orgánico Integral Penal se tipifica a la estafa como la conocemos en la actualidad. Se encuentra tipificado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, mismo que reza:

Artículo 186.- Estafa. - La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014)

A continuación, se presenta un cuadro informativo de los elementos constitutivos del tipo penal estafa acorde a su regulación en la legislación ecuatoriana actual:

Figura 2

Elementos constitutivos del tipo penal estafa

ELEMENTO	EN EL TIPO PENAL
Sujeto Activo	Cualquier persona física, no requiere ser calificado. (GENÉRICO)
Sujeto Pasivo	Cualquier persona, no requiere ser calificado. Es la persona que sufre el perjuicio. (GENÉRICO)
Elemento Subjetivo	Dolo: Para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona.
Verbo Rector	Inducir a error
Bien jurídico protegido	Propiedad - patrimonio

Medios	Simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos.
Objeto Material	Un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera.
Pena	Privativa de libertad de cinco a siete años.

En este sentido, se ha establecido varias modalidades dentro del mismo tipo penal procurando abarcar la mayor cantidad de conductas nocivas. Lo cual es evidente al analizar el medio por el cual se realiza; la norma establece en términos generales; de forma que cualquier conducta que se ajuste a esta pueda caer en el tipo penal. A pesar de esto, en el desarrollo del artículo 186 del COIP, ASAMBLEA NACIONAL - EC (2014), encontramos situaciones específicas frente a una estafa y que incluso el legislador establece el aplicar el máximo de la pena, estos son cinco y se detallan a continuación:

La pena máxima se aplicará a la persona que:

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

Así mismo, el tipo penal prevé situaciones en las cuales se agrava o se atenúa; por lo tanto, establece una sanción diferente según sea el caso. En el primero, la pena privativa de libertad será de siete a diez años, mientras que, en el segundo, la privación de libertad será de treinta a noventa días.

AGRAVADA

En cuanto a la sancionabilidad de esta conducta, se establece que la persona que cause daño a más de dos personas o cuyo perjuicio sea igual o mayor a 50 salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de 7 a 10 años. Además, se establece una pena especialmente grave para aquellos casos en los que la estafa sea cometida a través de una institución del Sistema Financiero Nacional, o de la Economía Popular y Solidaria, sea este mediante el uso de fondos públicos o de la Seguridad Social, ya que se considera que estos casos implican una mayor gravedad y un mayor riesgo para la sociedad.

Es importante destacar que, al momento de analizar la tipificación y sancionabilidad del delito de estafa, es fundamental tener en cuenta la intención del sujeto y el elemento objetivo del engaño, ya que son estos los factores que adecuan el acto al tipo y lo diferencian de otras formas de agresión al patrimonio. Asimismo, es necesario tener en cuenta la magnitud del perjuicio causado y el contexto en el que se ha cometido el delito, ya que esto puede influir en la gravedad de la pena aplicada. (ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014)

ATENUADA

En el caso de que una persona venda boletos o entradas para eventos en espacios públicos o en lugares donde se espera una gran cantidad de personas, y el número de boletos o entradas supera el aforo autorizado por la autoridad competente, se le impondrá una pena privativa de libertad de treinta a noventa días. (ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014)

Ahora bien, la doctrina reconoce como elementos constitutivos del tipo penal de estafa: el engaño, el error y la disposición del bien. Estos se identifican claramente en la legislación ecuatoriana en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal ASAMBLEA NACIONAL - EC (2014), mismo que establece el engaño como “la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos”, respecto al segundo elemento, el error, cuando la norma manda que se “induzca a error a otra”, y sobre la disposición de bien ajeno, “realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera”. Es necesario que se cumplan estos tres elementos, ya que son esenciales para que se configure la estafa; estos deben mantener una relación de

causalidad lo que requiere a que el engaño debe ser el motivo para que se produzca el daño patrimonial.

Primeramente, el engaño es el elemento que va a diferenciar a la estafa de otros tipos penales, como el abuso de confianza o el hurto, por lo que, al momento de realizar la defensa en un proceso penal, es necesario, que la prueba recaiga sobre todo en demostrar este, que no es más que la falta de verdad en lo que se piensa, se dice, se hace o no se hace creer. Debe demostrarse como idóneo, por ejemplo, el sujeto pasivo debe creer incondicionalmente en el sujeto activo de manera que se motive a actuar de manera que pone a disposición su patrimonio por un error al que fue inducido mediante engaño.

El segundo elemento que debe cumplirse es el error; entendido como aquella expresión, opinión o conducta que una persona considera verdadera pero que en realidad es falsa o desacertada, en otras palabras, es una representación incorrecta de la realidad. En este caso en específico, el sujeto pasivo debe verse motivado en el engaño del sujeto activo para caer en el error. En general, no se establece los casos en los que se ve inmerso en el error, sin embargo, la doctrina considera que el simple hecho de que una persona actúe en base a las falacias de otra porque las interpretó como verdaderas, es considerado como error, el ejemplo más claro es el dar limosna, pues muchas de la ocasiones simplemente vemos una persona que aparentemente está enferma o que vive en condiciones de precariedad, y entregamos algo de nuestro dinero, sin ni siquiera saber cuál es la condición real de ese sujeto. Lo que nos lleva a concluir, que la acción de engañar, tiene como consecuencia inmediata el inducir al error.

Como tercer y último elemento fundamental para el tipo penal estafa, tenemos la disposición patrimonial. Es importante mencionar, que a pesar de que los dos elementos anteriores sucedan, si no existe disposición patrimonial, no se puede dar el tipo penal estafa. Este elemento refiere a la consecuencia directa de engañar e inducir al error, pues toda vez que esto ha sucedido el sujeto pasivo dispone de su patrimonio, ya sea con la prestación de un servicio, entrega de una cosa o por omisión, perjudicando de esta manera su patrimonio.

En suma, la legislación ecuatoriana en el Código Orgánico Integral Penal ASAMBLEA NACIONAL - EC (2014), tipifica adecuadamente al tipo penal estafa, toda vez que se identifican claramente los elementos que la doctrina establece, estos son: el engaño, error y disposición patrimonial. Este tipo penal, tiene una esencia dolosa, no se

lo podría concebir de forma culposa, debido a que requiere el engaño y el ánimo de beneficiarse del patrimonio de una tercera persona, por lo que, también será fundamental que el dolo se demuestre en el momento del engaño, más no posterior a la disposición patrimonial. Este delito atenta principalmente al patrimonio, entendiendo, pero al mismo no solo desde un concepto económico, si no de forma amplia, incluyendo diversos componentes, materiales, inmateriales, bienes muebles o inmuebles, entre otros.

Conclusiones

El análisis que merece este tipo penal resulta extenso; en líneas anteriores se ha pretendido aportar con lo más importante sobre el mismo, desde sus primeras nociones en el mundo, hasta cómo esta figura es tratada en la legislación ecuatoriana, pasando por su definición según varios autores y los elementos que permiten que una conducta sea considerada como estafa. Partiendo de esta idea, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. El delito hace referencia a aquella conducta que pudiera ser de acción u omisión y a su vez se configura como típica, antijurídica y culpable.
2. El tipo penal de estafa ha evolucionado según el avance de la sociedad reflejando el deber del Estado de precautelar los derechos de las personas ante determinadas conductas moral y jurídicamente reprochables. El mismo tiene su origen desde la antigüedad, lo cual nos lleva a conocer que no es un delito moderno.
3. El bien jurídico que lesiona la estafa es el patrimonio, entendido como el conjunto de "derechos patrimoniales" de una persona. Si no existe perjuicio patrimonial, no existe lesión al patrimonio, por lo tanto, no estaríamos frente a una estafa. Sin embargo, merece recalcar que no basta con el perjuicio patrimonial, si no, es necesario que exista el engaño. En la estafa, la cosa es entregada voluntariamente por el sujeto, pero con una voluntad viciada, por el error sufrido por el engaño provocando así la disposición patrimonial.
4. La estafa tiene elementos constitutivos, tanto objetivos como subjetivos. Los elementos objetivos principales son: engaño, error, disposición patrimonial. El elemento subjetivo, esencial es el dolo.

5. La conducta descrita en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, ajusta plenamente la estafa de forma autónoma y diferencia claramente los elementos que se deben cumplir para estar frente a este tipo penal.

CAPÍTULO II

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

El mundo se maneja por relaciones entre particulares lo que permite el desarrollo de diversas actividades económicas y sociales, estas relaciones requieren ser reguladas para que se pueda alcanzar los objetivos con seguridad; para lo cual se prevé normas y principios que regulen y pongan límites. El instrumento más importante para establecer las relaciones jurídicas, es el contrato. Lo lógico es que al tratarse de un acuerdo entre las partes este llegue a ejecutarse en las condiciones convenidas, sin embargo, no siempre sucede así, por esta razón se prevé la figura del incumplimiento contractual para tener conocimiento de cómo actuar frente a una situación así. Todo acto jurídico tiene siempre un contenido patrimonial.

La diversidad de contratos hace que estos se constituyan como los instrumentos jurídicos mediante los cuales las personas pueden satisfacer sus diferentes necesidades económicas, de ahí su importancia en la sociedad actual. Esta es una de las maneras de mantener la paz dentro del ordenamiento jurídico, sin embargo, existen ocasiones en las que las prestaciones establecidas no llegan a cumplirse, o se cumplen parcialmente, por lo que, es necesario que exista una regulación sobre el incumplimiento contractual, que nos permita mantener la seguridad jurídica. Existen diferentes corrientes doctrinarias que analizan la esencia del incumplimiento atendiendo a la obligación que se ha incumplido y el tratamiento que establece para cada ordenamiento jurídico.

En el desarrollo del presente capítulo se tratará sobre la figura del incumplimiento contractual estableciendo en primer lugar, algunas definiciones dadas por doctrinarios sobre el contrato, pues resulta necesario conocer al mismo, para entender al incumplimiento contractual, ya que nace como una de las consecuencias del contrato. Continuando con los elementos que componen al mismo, con un énfasis especial en la obligación contractual. En tercer lugar, el incumplimiento contractual para determinar cómo influye esta figura, los tipos de incumplimiento y los efectos que genera; y, finalmente establecer el dolo civil, en lo que respecta a su regulación en la legislación ecuatoriana.

2.1 Contrato: definiciones y elementos que lo componen

El Código Civil ecuatoriano, Asamblea Nacional (2015, R.O.S 506 de 22 de mayo) contempla en su Libro Cuarto a las Obligaciones y los Contratos, el cual muestra cuáles son los elementos necesarios para establecer y desarrollar sus relaciones jurídicas en un marco de seguridad, lo que nos permite cumplir con lo establecido en la norma suprema; esto es la existencia de normas previas, claras, publicas, y aplicadas por la autoridad competente. De acuerdo al mismo, el contrato hace referencia a aquel acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

Etimológicamente, contrato proviene del latín *contractus*, lo que significa contraeré (lo contraído), la literalidad de su significado nos da a conocer que se trata de una situación que tiene un efecto inmediato según se realice o no cierta acción. (DRAE, 2014) En palabras del autor mexicano Reyes (2004), contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear o transferir entre si derechos y obligaciones. Por su parte, Ossorio (2006, p.172) en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, define al contrato como el “Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.” De lo mencionado, se establece que no hay contrato por el simple hecho de que una persona realice una prestación a favor de otra, si no, es necesario que se acuerde previamente.

De los conceptos mencionados, concluimos que el contrato es un acto jurídico que requiere de dos o más personas que concurren a la realización de un negocio en el que se encuentran interesadas. Para un mejor entendimiento, es necesario establecer a que refiere cuando se establece que es un acto jurídico, el cual tiene como característica principal que se trata de un acto realizado con voluntad que tiene como consecuencia un efecto jurídico que puede verse reflejado en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones.

El contrato requiere del cumplimiento de ciertos elementos para ser considerado como válido, el artículo 1460 del Código Civil establece que estos son: de esencia, de naturaleza y puramente accidentales. Son de esencia, ya que sin estos no se produciría efecto alguno, la doctrina coincide en que estos elementos son cuatro, mismos que deben cumplirse de forma esencial, estos son: capacidad, que no es más que la aptitud de una persona de tener derechos y obligaciones, se encuentra ligado a la edad y capacidad de entendimiento, en otras palabras, consiste en poder obligarse por sí misma y sin autorización de una tercera persona, otro de los elementos es el consentimiento, que no

es más que la aceptación que existe por las partes para dar, hacer o no hacer alguna cosa. Se requiere, además, que exista un objeto lícito, es decir, que sea jurídicamente válido. Además, es necesario que tenga una causa lícita, refiere, a que la motivación de realizar el contrato este dentro del margen lo permitido. Son de naturaleza, las que no siendo esenciales se entiende que pertenecen a él sin que exista una cláusula especial. Finalmente, son puramente accidentales, cuando se les agrega por medio de una cláusula especial. En resumen, todo contrato, tiene elementos esenciales, sin los cuales no hay efecto, naturales, los cuales se entiende que están a pesar de no contar por escrito y los accidentales que requiere ser agregados mediante una cláusula especial. (Asamblea Nacional, 2015)

2.2 Contrato: obligación contractual y su objeto

Habiéndose establecido de manera general los elementos del contrato, procedemos a tratar dos de ellos a profundidad, ya que estos se encuentran íntimamente relacionados a la obligación contractual, estos son: objeto y causa lícita. Considerando, que necesariamente el contrato depende de la voluntad de las partes, es necesario analizar cuál es el fin de realizarlo y a si mismo entender la causa de la obligación que se genera. Lo principal, es conocer a que hace referencia la obligación, el Código Civil, establece que esta nace por un concurso real de voluntades de dos o más personas. Desde el punto de vista filosófico denomínese obligación al deber jurídico, normativamente establecido, de realizar u omitir determinado acto y a cuyo incumplimiento por parte del obligado, es imputada, como consecuencia, una sanción coactiva, es decir, un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada (*Enciclopedia jurídica OMEBA.*, 1974). Las obligaciones, tienen varias fuentes, sin embargo, solo una de ellas es objeto de estudio en este trabajo, el contrato, así mismo puede ser: consensual, solemne, temporal, indefinido, unilateral, bilateral, imperfecto, gratuito, oneroso, principal y accesorio. (Asamblea Nacional, 2015)

Como se mencionó anteriormente es necesario analizar dos de los elementos del contrato para entender su obligación contractual. A continuación, el objeto, este tiene algunas acepciones, por un lado, se lo comprende como la prestación que debe realizarse, y por el otro lado, se trata de los derechos y obligaciones que el acto crea, modifica o extingue. Para Solar (1992) el objeto lícito es el reconocido por la ley, que lo protege y ampara. *A contrario sensu*, el objeto ilícito es aquel que no se conforma con la ley, o bien,

el que infringe la ley, el orden público o las buenas costumbres. Por otro lado, como ya se mencionó previamente la causa es un requisito para la eficacia de los contratos.

Para Domat (1844) la causa de la obligación es el propósito directo e inmediato que persigue el deudor al obligarse y que se encuentra determinado por el tipo de contrato que se celebra. La causa dependerá del tipo de contrato que se celebre, pues si se trata de un contrato unilateral solo creará una obligación a una de las partes, si es bilateral esta obligación será para ambas partes, y así con cada tipo, lo que nos lleva a concluir que la obligación contractual, irradia de la mano del tipo de contrato que se celebre, sin embargo, es de recalcar que sin importar cuál sea el contrato la causa debe ser lícita, es decir, estar en conformidad con lo establecido en la ley y las buenas costumbres. Así mismo, no solo se entenderá por causa el resultado al que se lleve si no también lo que motiva a las partes a la celebración de determinado contrato, por lo tanto, la causa será lícita cuando tanto los móviles como el resultado lo sean. Si un contrato tiene una causa ilícita, el Código Civil lo sanciona con nulidad absoluta, esto en conformidad a lo establecido en el artículo 1698 *ibídem*, de aquí la importancia que desde el inicio se cumpla de forma correcta con este elemento esencial del contrato. (Asamblea Nacional, 2015)

En general, contrato hace referencia a aquel instrumento mediante el cual una parte se obliga con otra, por lo que, la obligación contractual, dependerá básicamente del tipo de contrato, lo que le motive a realizar y el resultado que se obtenga. El mismo, tiene por finalidad crear un efecto jurídico, que se genera por una prestación, sea esta de dar, hacer o no hacer. El contrato se cumple de acuerdo a lo pactado por ambas partes, esto con fundamento en el Código Civil en el artículo 1562.

Art. 1562.- Ejecución de buena fe: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por ley o costumbre, pertenecen a ella. (Asamblea Nacional, 2015)

Sin embargo, no siempre se cumplen con las cláusulas pactadas por las partes, encontrándonos frente a un incumplimiento contractual, figura que trataremos a detalle en el siguiente punto del presente capítulo.

2.3 El incumplimiento: definición y tipos de incumplimiento

Para que exista incumplimiento contractual, es necesario, la previa celebración de un contrato entre dos o más partes. Lo común, es que las obligaciones se cumplan tal como las partes se han obligado al momento de realizar el contrato, tal como establece el aforismo *pacta sunt servanda*, es decir, lo pactado obliga, mismo que se encuentra consagrado en el Código Civil, el cual establece que todo contrato es ley para las partes, y no puede ser invalidado a menos que exista mutuo consentimiento o una causa legal. Los contratos tienen varias formas de extinguirse, la más conocida es el cumplimiento o pago, en otras palabras, las partes cumplen con lo pactado previamente en el contrato y como consecuencia lógica, se extingue el contrato. (Asamblea Nacional, 2015)

Ahora bien, lo común y natural es justamente el cumplimiento del contrato, es decir que de buena fe las partes cumplen recíprocamente con lo pactado, encontrándonos frente a un contrato válido, sin embargo, la legislación ecuatoriana, plantea la figura del incumplimiento contractual, que a pesar de no ser lo óptimo, es una situación a la cual nos enfrentamos en el diario vivir, y es de interés trascendental analizar en el presente trabajo investigativo. Para el autor Laneri (2016, p. 489) sostiene de manera correcta que “el incumplimiento es aquella situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle consecuencias de su conducta.” Es importante, rescatar que el autor refiere a una actividad culpable del obligado, en otras palabras, tiene como elemento fundamental la culpa, lo que induce a pensar, que fuerza mayor o caso fortuito no es incumplimiento, pues estos al ser imprevisibles e imposibles de resistir, no tienen la voluntad de una persona de por medio. Así mismo, establece que, como consecuencia de la actividad culpable, se genera una insatisfacción en el trabajo que debía realizarse, toda vez, que existe una contradicción entre la conducta realizada y lo previamente acordado en el contrato. El artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano se refiere únicamente al incumplimiento como el supuesto “de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”. (Asamblea Nacional, 2015)

De lo anotado en líneas anteriores, resulta complicado establecer un concepto de incumplimiento, pues el Código Civil no es claro al definir al mismo. De manera general, podemos definir al mismo como la falta de cumplimiento, sin embargo, esta definición no sería completa en términos jurídicos Pizarro et al. (1999) sobre el incumplimiento, menciona que el incumplimiento, en un sentido amplio, se produce cuando el deudor no

se comporta de la manera debida. Solo el cumplimiento exacto de la prestación puede ser considerado cumplimiento. Por lo tanto, tanto la falta de cumplimiento total de la prestación como el cumplimiento parcial deben ser considerados incumplimiento en un sentido amplio. El incumplimiento se define como el "comportamiento opuesto al cumplimiento, y por lo tanto la falta de ejecución o la ejecución inexacta de la prestación". Este concepto resulta óptimo para el estudio de esta figura jurídica en el presente trabajo.

La culpa y el dolo son dos figuras distintas que pueden dar lugar al incumplimiento contractual. En el desarrollo de este capítulo se tratará la figura del dolo, por lo que, en este momento cabe definir a la culpa, en palabras de Planiol & Ripert (2005) la culpa es un concepto jurídico que se refiere a la falta de cumplimiento involuntario de las obligaciones por parte del deudor. En otras palabras, la culpa se produce cuando el deudor no cumple con sus obligaciones de manera intencional, sino que se deba a una falta de cuidado o de atención. Por lo tanto, incurre en culpa, quien ha actuado con negligencia u omitido la ejecución de lo que se ha obligado. El Código Civil, en el artículo 29, establece las clases de culpa, encontramos así tres clases de culpa: grave, cuando se maneja un negocio ajeno con poca prudencia; leve que es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; y, levísimo, que refiere a la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. (Asamblea Nacional, 2015)

La principal diferencia entre estas figuras jurídicas radica en lo ya mencionado en líneas anteriores. El dolo, se caracteriza por la presencia de la mala fe, esto es la actitud engañosa que existe y que a consecuencia de esta otra persona es perjudicada, en otras palabras, existe una actuación ilegítima y desleal. En un primer momento, se supone que todos los negocios jurídicos deben ser realizados de buena fe, tanto es así, que nuestra legislación prevé que todo acto y contrato deben ser realizados de buena fe. A diferencia de la culpa que no hay esta voluntad de causar daño si no mas bien se trata de una clase de negligencia o descuido, el cual incluso puede no causarse en la voluntad de las partes contratantes si no de un tercero. Es fundamental el conocer esta diferencia, pues el incumplimiento puede verse reflejado tanto en el dolo como en la culpa, y básicamente el análisis de esta diferencia, es la que va a permitirnos diferencia cual es la causa que ocasiono el incumplimiento contractual y de esta manera tener mas claro respecto del engaño en el tipo penal estado.

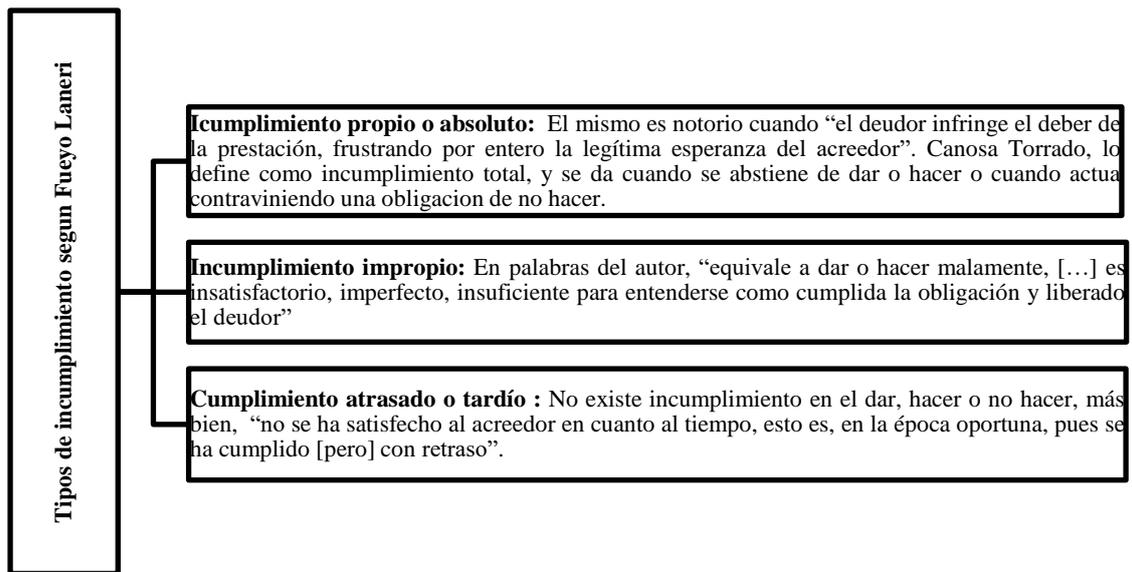
2.4 Tipos de incumplimiento

Una vez estudiada la figura del incumplimiento, es necesario, mencionar que no existe una única clasificación de los tipos de incumplimiento, y, este trabajo no pretende estudiar cada uno de ellos, sin embargo, para un mejor entendimiento es necesario hacer alusión a algunas de las clasificaciones establecidas por la doctrina.

En primer lugar, tenemos los tipos de incumplimiento según Laneri (2016):

Figura 3

Tipo de incumplimiento



Fuente: Autor Fueyo Laneri(2016)

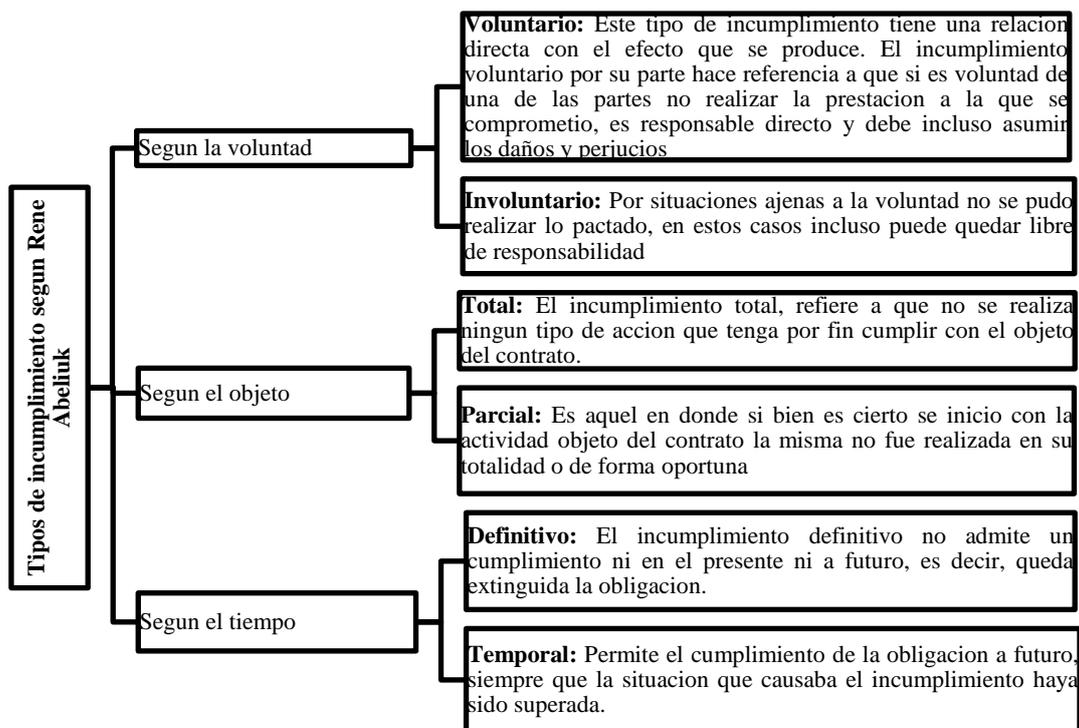
Acorde a la clasificación establecida en el cuadro anterior, se obtiene que existen grados de incumplimiento, siendo el primero, el más trascendente, toda vez, que en este caso no existe ningún tipo de intención de cumplir con lo que se obligó en un principio, por ejemplo, un obrero que no ejecuta la obra que se le ha sido encargada. Respecto al segundo, se trata de un incumplimiento parcial, este puede verse inmerso en diversas situaciones, como cuando se entrega una obra de arte la cual está incompleta o tiene defectos. El tercer tipo que establece el autor, no es como tal un incumplimiento, incluso Zea (1983), establece que más bien sería un tipo de mora antes que incumplimiento, sin embargo, si lo estudiamos, desde el retraso, igual existe una actividad culpable que genera un efecto jurídico. De lo expuesto, tenemos que el incumplimiento puede verse representado en un sin número de maneras, tanto es así, que incluso al cumplimiento tardío se lo clasifica como incumplimiento, cuando no debería ser considerado como tal,

pues a la final el resultado es el cumplimiento, aunque el mismo sea tardío, pero no existe incumplimiento como para ser clasificado como un tipo del mismo.

En segundo lugar, tenemos la clasificación planteada por (Abeliuk, 1971), quien manifiesta: El incumplimiento admite varias clasificaciones según el estudio que se requiera, las más importantes se detalla a continuación:

Figura 4

Tipos de incumplimiento



Fuente: Basado en Rene Abeliuk (1971)

Acorde a la clasificación brindada por Rene Abeliuk, concluimos que la misma incluso llega a ser más acertada que la manifestada en líneas anteriores por el tratadista Fueyo Laneri. Toda vez que en este caso en las seis clasificaciones si existe un incumplimiento, es decir, es evidente la falta de realización en la actividad encomendada, ya sea esta de dar, hacer o no hacer. Por lo cual, está más clasificación se acerca de mejor manera a la realidad de la figura del incumplimiento contractual. Es importante puntualizar sobre esta clasificación pues la misma realiza una consideración tanto aquellas situaciones imprevistas como son la fuerza mayor o el caso fortuito, como al voluntario, en donde existe la intención de dañar, en otras palabras, se evidencia la presencia del dolo, elemento importante dentro del presente trabajo de investigación, ya

que el mismo juega un papel fundamental al momento de determinar si ha existido incumplimiento.

Si bien es cierto, el Código Civil Ecuatoriano, no contempla tipos de incumplimiento, por lo que, en un inicio se piensa que en todo caso se debe proceder de la misma manera, sin embargo, para eso justamente esta la doctrina, en la cual es necesario respaldarse, de forma que se pueda actuar correctamente frente a un incumplimiento. Es importante recordar, que esta figura del incumplimiento, es una excepción, pues lo común es que se cumpla lo pactado. de forma que no se deje una relación jurídica insatisfecha y se cumpla con su objetivo final, que es el dar, hacer o no hacer alguna cosa.

2.5 Efectos del incumplimiento: protección del acreedor afectado

El incumplimiento contractual, en palabras sencillas, refiere a la falta de realización en lo previamente acordado entre las partes, por lo que, resulta lógico que, si no se cumple con el contrato, se tenga un efecto de índole jurídico, que no es más que la reacción del derecho en contra del obligado culpable Para Laneri (2016) el derecho, siempre va buscar proteger a las partes, en este caso, se prevé justamente una salida para el acreedor afectado. Se encuentran consagradas en el Código Civil ecuatoriano, y estas son: condición resolutoria tácita y acción de cumplimiento forzoso. Estas, ante un incumplimiento van a permitir a las partes el cumplimiento forzoso del contrato como tal o la resolución del contrato. (Asamblea Nacional, 2015)

A. Condición resolutoria tácita

Esta la encontramos regulada de forma expresa en el artículo 1505 del Código Civil Ecuatoriana, el cual establece:

Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o *la resolución* o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. (énfasis añadido) (Asamblea Nacional, 2015)

Analizando el artículo mencionado corroboramos que se le da una facultad especial a las partes, la cual no es necesario mencionar en el contrato, si no, por el contrario, se sobreentiende que todos los contratos cuentan con esta cláusula por expreso mandato de la ley. Esta facultad, consiste en la resolución del contrato más un derecho a ser

indemnizado por los perjuicios causados. Carlos Ducci (2005), define a la condición resolutoria tácita como “una condición subentendida por la ley y que consiste en la resolución del contrato bilateral por el incumplimiento de la obligación por una de las partes”. Ruiz (1986) por su parte establece que la acción resolutoria es una opción que está disponible para el contratante que ha cumplido con sus obligaciones o ha estado dispuesto a hacerlo. Esta opción le permite demandar judicialmente la terminación del contrato en el caso de que el otro contratante se encuentre en mora de cumplir con sus obligaciones. La resolución del contrato es una medida que se puede tomar cuando una de las partes no cumple con sus obligaciones contractuales y puede ser utilizada como una forma de proteger los derechos e intereses del contratante cumplidor.

Esta acción de resolución, tiene un único fin el cual es justamente extinguir los efectos del contrato, es por eso, que se discute en qué tipo de incumplimiento cabe el uso de esta acción, considerando, además, que para hacer uso de la misma la doctrina establece que deben cumplirse dos requisitos específicos, estos son: “primero, que el deudor se encuentre constituido en mora y, segundo, que el acreedor haya cumplido con sus obligaciones o se encuentre presto a cumplirlas.”(Asamblea Nacional, 2015)

En relación a los requisitos, el primero establece que se encuentre en mora, entendiéndose por esta como “la falta de cumplimiento total o parcial de las prestaciones a las que el deudor se ve obligado a partir del momento en que estas son exigibles.” (Asamblea Nacional, 2015) El artículo 1567, prevé los casos en los que se encuentra en mora el deudor de forma clara, estos son:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;
- 2.- Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.(Asamblea Nacional, 2015)

En segundo lugar, tenemos que el acreedor haya cumplido con sus obligaciones o se encuentre presto a cumplirlas, la misma no requiere mayor explicación, simplemente, depende de la voluntad que tenga el acreedor para dar, hacer o no hacer lo previamente establecido en el contrato.

Ahora bien, con esto claro, es importante establecer el efecto que genera. En palabras, de Laneri (2016) la relación contractual se disolverá, por tanto, como si no hubiera nacido o no hubiera sido perfeccionada. Como resultado obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato y que antes hubieran sido dadas, con sus frutos, y, recíprocamente, del precio con sus intereses. De lo expuesto, se comprende que genera un efecto *inter partes*, es decir, ambas partes deben restituir lo que recibieron en virtud del acto o contrato que se ha resuelto, en consecuencia, es retroactivo, toda vez que las cosas vuelven al estado anterior de la realización del contrato. Adicionalmente, opera únicamente si es declarada judicialmente, por lo tanto, no puede darse por el simple derecho.

B. Acción de cumplimiento forzoso

El incumplimiento de la obligación le abre al acreedor la vía de la ejecución forzosa, misma que consiste en imponer de forma obligatoria a una persona el cumplimiento de una serie de deberes que no cumplió. Es importante, reconocer que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. Y no ser así, el deudor es responsable de daños y perjuicios causados. Básicamente, esta figura busca el cumplimiento de la obligación que se comprometió a realizar desde el primer momento a fin de que la relación jurídica quede totalmente satisfecha. “La ejecución forzosa es el instrumento previsto por la ley para la realización del interés del acreedor que ha quedado insatisfecho por el incumplimiento del deudor”(Larenz, 2002 p. 27 y 28)

Los contratos se realizan justamente para ser cumplidos, puede ser de manera voluntaria o por realización coactiva. Es importante, que para que se aplique la acción de cumplimiento forzoso, se cumpla mínimamente con un requisito, el cual, es que la parte contraria haya cumplido con su parte del contrato. El Código Civil, lo contempla en el artículo 1505, en donde se establece la condición resolutoria de no cumplir una de las partes con lo pactada.(Asamblea Nacional, 2015)

2.6 Dolo civil: tratamiento en la legislación ecuatoriana

Antes de iniciar con el dolo civil, es necesario referirnos al consentimiento, toda vez que para la perfección de los contratos es necesario el consentimiento, entendido en términos generales como el acto de voluntad, por el cual se quiere, admite o tolera algo. En términos jurídicos, hace referencia a un acuerdo de voluntades que implica la

existencia de un interés jurídico; en el caso particular del contrato, ese interés consiste en la creación o transmisión de derechos reales o personales. Lo cual hay que tener en cuenta respecto al tema de investigación puesto que en la estafa la entrega que hace el sujeto pasivo al sujeto activo siempre es consentida. En esta misma línea, el consentimiento se define como la aceptación mutua entre dos o más personas en relación con la creación o modificación de derechos y obligaciones. Es de mencionar que no todas las personas tienen de consentimiento, es por eso, que la ley clasifica a los incapaces, tanto en absolutos como relativos. Y se presenta ciertas condiciones para que un tercero pueda actuar en su nombre, esto nos lleva, a que para poder prestar consentimiento es necesario tener suficiente capacidad de entendimiento y por ende al momento de obrar. El consentimiento se considera un requisito esencial para la formalización de contratos. El artículo 1467 del Código Civil, establece casos en los cuales nos encontramos frente a un vicio del consentimiento: “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.” (Asamblea Nacional, 2015) Lo que esto nos quiere decir, es que de encontrarse frente a uno de estos casos simplemente se entenderá como si no existiera consentimiento. Partiendo de esta idea, procedemos a conocer la figura del dolo civil con más detalle.

Dolo proviene del latín *dolus* o del griego *doloa*, en su acepción general, aceptada tanto por el Derecho Civil como por el Derecho Penal, significa la preordenación de un comportamiento en daño de alguien. (DRAE, 2014) En Derecho Civil, se puede entender de diversas maneras al dolo, como un elemento de incumplimiento, como factor de atribución de responsabilidad civil extracontractual por acto ilícito o como vicio de la voluntad. El presente trabajo investigativo tiene como fin el estudio del primero de los mencionados. Desde este punto, se comprende como dolo a la intención deliberada de inejecución de la prestación debida, en otras palabras, se refiere a la voluntad de una de las partes de no realizar lo previamente estipulado en el contrato, puede darse que no exista la intención de dañar, sin embargo, basta con que se realice la acción u omisión que tenga como consecuencia el incumplimiento para poder referirnos al dolo. El artículo 29 último inciso del Código Civil, establece: el dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. (Asamblea Nacional, 2015) Por su parte, el tratadista Jose Antonio Alvarez Caperochipi (2010) define al dolo en los siguientes términos: Se dice que hay dolo en un contrato cuando una de las partes utiliza tácticas engañosas para inducir a la otra a celebrar un acuerdo que de otra manera no habría

firmado. Estas tácticas pueden incluir el uso de palabras o maquinaciones insidiosas para engañar al otro contratante y persuadirlo a firmar el contrato. El dolo es una forma de fraude y puede ser utilizado por un contratante para obtener ventaja en el acuerdo a expensas del otro”.

Es de mencionar, que, a diferencia de la doctrina en ninguna ley ecuatoriana, se establece al dolo como un elemento que debe darse para encontrarnos frente a un incumplimiento contractual, sin embargo, su presencia sí resulta esencial, incluso al momento de establecer los daños y perjuicios ocasionados, para lo cual, el código civil sí dispone su regularización. En este sentido, el dolo puede llevar un sin número de acepciones según lo que se estudie, relacionado al dolo como elemento del incumplimiento contractual, tenemos al tratadista Rodríguez (1998), mismo que sostiene que: Cuando un deudor no cumple con sus obligaciones de manera intencional y con el objetivo de perjudicar a su acreedor, se dice que hay dolo o fraude. Esto significa que el deudor no está incumpliendo sus obligaciones por negligencia o descuido, sino que lo hace de manera intencional y con el propósito de causar daño. La doctrina legal hace referencia a esta situación como dolo o fraude. Es claro, que el actuar con dolo busca causar un perjuicio el cual puede o no ser económico, lo general, es que lo sea, esto como una consecuencia directa la intención de causar daño.

Sobre la regulación del dolo en la legislación ecuatoriana debemos partir del Libro IV Título XII, mismo que en el artículo 1562 manifiesta: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por ley o costumbre, pertenecen a ella”. (Asamblea Nacional, 2015) La importancia de este artículo recae en la acción de ejecutarse de buena fe, toda vez que si no se cumple puede ser porque no se realizó de la manera prevista, lo que nos permite hablar como consecuencia directa del dolo. Como ya se mencionó es líneas anteriores, para el Código Civil, el dolo, no es más que la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Ahora bien, cabe preguntarnos ¿existe alguna manera de probar que una persona actuó dolosamente? El mismo Código, trae la respuesta en el artículo 1475: “prueba del dolo. el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse”.(Asamblea Nacional, 2015) Con esta regulación, nos queda, aun la duda de quién es el que debe probar, para lo cual recurrimos a la teoría de la prueba, desde este

punto si es el acreedor quien alegada que el deudor ha actuado con dolo, pues la carga de la prueba recae sobre él, toda vez que es quien alegado el hecho en un primer momento.

El artículo 1474 (Asamblea Nacional, 2015) establece en qué casos el dolo vicia el consentimiento: El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo. Es de mencionar, que no es fácil determinar si ha existido o no dolo, sin embargo, esta situación será de análisis en el siguiente capítulo de este trabajo de investigación, considerando además que no en todos los casos se debe probar, si no que existen algunos en los que simplemente se presumirá que hay dolo, estos se encuentran previstos en la ley.

Así mismo, la Ley prevé los efectos del dolo, en el artículo 1574 inciso 1, clases de perjuicios. Responsabilidad del deudor: “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento”. (Asamblea Nacional, 2015) Lo que nos da como consecuencia, que el primer efecto del dolo tiene una relación directa no solo sobre la acción u omisión realizada, sino también sobre los daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento. Al respecto, el Dr. Morales (1995 p. 54) afirma: “El dolo agrava la responsabilidad del deudor haciéndolo responsable de todos los daños que resultan al acreedor aún de los que no se previeron o no pudieron preverse al tiempo de celebrar el contrato”. Otro de los efectos, tiene relación cuando se ha hecho por dos o más personas, en este caso existirá responsabilidad solidaria, y deben responder en igual manera, es decir, que van a responder de igual manera que el obligado principal. Por otra parte, tenemos a la condonación del dolo, en el artículo 1481, “condonación del dolo: el pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale”. (Asamblea Nacional, 2015) Se tiene como regla general, que en ningún contrato deberá constar una cláusula en la que quien incumpla no se haga responsable de su acción, lo que nos quiere decir, que, aunque exista esta estipulación, de todas maneras deberá responder. En otras

palabras, el dolo que aún no se ha producido y se sobreentiende que se producirá en un futuro, no puede ser perdonado o condonado, pues quedaría a la libre voluntad del deudor de cumplir o no con la obligación, dejándonos en inseguridad.

Todo lo mencionado, respecto al dolo en materia civil, sin embargo, hemos de mencionar que también en materia penal existe la figura del dolo, la cual en este caso es considerado como la conducta a través de la cual se realiza u omite una acción con conocimiento y plena voluntad de que se está infringiendo la ley. La principal diferencia esta justamente en el resultado que va a causar, toda vez que de un lado nos encontramos frente a una conducta penal mientras que por el otro una figura civil. Además, de que para que exista el dolo penal, será absolutamente necesario que tenga conocimiento pleno de los elementos del tipo penal.

Conclusiones

El estudio que merece la figura del incumplimiento contractual, implica en un primer momento el estudio del contrato como tal, para un posterior entendimiento del incumplimiento contractual. En líneas anteriores, se ha buscado aportar lo esencial para comprender como esta figura ha sido evaluada en la legislación ecuatoriana y por la doctrina. De lo mencionado, se llega a las siguientes conclusiones:

1. El contrato, es un acto que se ha realizado por muchos años como una manera de obligarse a algo, se crea una fuerza vinculante obligatoria entre las partes, una vez estipuladas las cláusulas, aparentemente se nos brinda seguridad jurídica, esto partiendo del aforismo “*pacta sunt servanda*” o lo pactado obliga.
2. El incumplimiento de una obligación corresponde a la no realización de la prestación debida por parte del deudor al acreedor, y tal incumplimiento puede verse inmerso en varios casos.
3. El incumplimiento contractual tiene efectos jurídicos, mismos que están previstos en el ordenamiento jurídico y otorga al acreedor un derecho potestativo, es decir, que está en sus manos el efecto que se provoque. El Código Civil, prevé tanto a la acción resolutoria tacita como a la acción de cumplimiento forzoso.
4. Es importante el estudio del dolo como un elemento del incumplimiento contractual, toda vez que es la única manera en la cual podemos conocer la verdadera intención o causa del resultado.

CAPÍTULO III

PUNTOS DE REFERENCIA PROBATORIA PARA ESTABLECER LA DIFERENCIA ENTRE LA ESTAFA Y EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

El derecho penal y el derecho civil son dos ramas del derecho totalmente opuestas, sin embargo, existen figuras jurídicas las cuales pueden causar confusión al momento de establecer el tratamiento que se debe seguir, puede darse que los elementos a cumplirse son similares, como sucede con el delito de estafa y el incumplimiento contractual, lo que puede provocar que el derecho civil deje impune una conducta delictiva, o por el otro lado, una situación civil sea sancionada como delito. Esto significa un problema no solo para quienes se ven involucrados dentro del proceso, si no en general para los juzgadores, quienes pueden tener una duda razonable al momento de emitir una resolución. Esta falta de claridad provoca que se confunda la materia y por ende el procedimiento a seguir, por ejemplo, puede haberse iniciado toda una investigación por Fiscalía General del Estado para concluir que en realidad se trata de un incumplimiento contractual.

Es un reto el encontrar el argumento o alegato exacto que nos lleve a diferenciar estas figuras jurídicas, el presente capítulo justamente está desarrollado con el fin de encontrar el límite de diferencia en relación a estas. Este problema, no surge recientemente, por el contrario, podemos aludir el comienzo a la existencia de dos ramas de derecho, que tenían por fin regular una conducta que afecta directamente al patrimonio, claro que, cada una a su manera. Las personas acuden al derecho en busca de respuestas, y estas ramas permitieron tener dos, ante una situación que puede prestarse para confusiones, y que, de no ser detectado a tiempo puede tener consecuencias graves toda vez que en el ámbito penal esto termina en una pérdida de libertad, mientras que, en lo civil un incumplimiento que conlleva una nulidad y a su vez pago por daños y perjuicios. Se supone, que el derecho penal se rige bajo un principio de mínima intervención penal, lo cual, hace referencia a que en último momento; cuando otras ramas del derecho no han podido dar solución, se acude a esta, sin embargo, muchas personas por ejercer mayor presión ante la otra parte, optan por esta vía, en lugar de en primera instancia encontrar una solución en la vía civil. La importancia de reconocer el límite entre la estafa y el incumplimiento contractual, recae justamente en las consecuencias que se llegaría a tener, en el caso de no ir por la vía adecuada desde el primer momento, esto de la mano del desgaste procesal que se produciría.

3.1 Límite que los diferencia

En el desarrollo del capítulo primero y segundo, se trató de manera individualizada tanto al tipo penal estafa como al incumplimiento contractual, en razón, de que resulta necesario el conocer estas figuras, para conocer su esencia, como se presenta en la actualidad, y encontrar sus principales diferencias, la más notoria es respecto al efecto que se causa, ya que, por un lado, tendríamos un proceso civil y por otro, uno penal. Importante reconocer desde el principio, que la mayoría de personas, acuden directo a la vía penal, como una forma de ejercer presión en la contraparte, y así lograr el cumplimiento de la obligación, lo cual tiene como resultado un desgaste procesal, y una violación al principio de mínima intervención penal. Desde un principio se planteó como objetivo del presente trabajo de investigación, el establecer el límite que diferencia a la estafa del incumplimiento contractual. Este tema, no ha sido de discusión actual, sin embargo, autores como Zamora Pierce (1992) manifiesta que: “hablar de defraudación contractual parece contradictorio. Pues, algo civilmente lícito, como el contrato, difícilmente puede ser reprochado por la normativa penal”. A pesar, de esto en realidad en la práctica encontramos una dificultad tremenda al momento de limitar a cada una de estas figuras. Lopez & Porte (2005) señalan que ha sido complicado para juristas y doctrinarios encontrar la diferencia ontológica entre el dolo civil y el dolo penal.

En el capítulo primero se concluyó en que la estafa refiere a un delito a través del cual una persona mediante fraude, induce a error a otra, a fin de causarle un perjuicio patrimonial, del propio concepto se establecen cuáles son los elementos esenciales para la realización de este tipo penal, los cuales deben darse de manera concurrída, siendo el principal de estos el engaño, sin este elemento no podemos hablar de estafa, es por esto, que al momento de anunciar y practicar la prueba, la misma debe recaer fundamentalmente en demostrar que la acción se ha realizado en base al engaño, es decir, que el autor ha tenido la intención de causar el daño, a diferencia de lo que sucede en el incumplimiento contractual, en donde no existe el ánimo de causar un perjuicio patrimonial. Por ejemplo, puede darse que, en la celebración de contrato de compraventa, se tenga un previo conocimiento de que el inmueble no me pertenece y aun conocimiento esta situación, decido celebrar el contrato, evidentemente usando mecanismos para obtener una disposición patrimonial, sabiendo plenamente que es imposible cumplir con la prestación que me comprometí. Diferente es que, en el mismo caso planteado anteriormente, luego de la celebración del contrato, decido no cumplir con la obligación,

en esta situación, definitivamente no estaríamos frente al tipo penal estafa, si no, ante un incumplimiento contractual. Es necesario, mencionar que cada caso es diferente, por lo tanto, en cada situación resulta fundamental el análisis completo del caso en concreto, para de esta manera, conocer cuáles fueron las circunstancias y así determinar si se cumple o no con el requisito elemental de la estafa, el engaño.

El delito de estafa, como lo encontramos tipificado establece la presencia necesaria de ciertos elementos tanto objetivos como subjetivos, lo que nos quiere decir que sin estos en realidad no se cumpliría con el tipo penal. Dentro de los elementos objetivos que necesariamente deben concurrir tenemos especialmente tres: engaño, error y disposición patrimonial. Por otro lado, el elemento subjetivo es el dolo, toda vez, que el delito de estafa únicamente puede ser de tipo doloso, no cabe que sea calificado como un delito culposo. Es común que se confunda a la estafa con el incumplimiento, a mi criterio el principal criterio diferenciador es el dolo mismo que se ve representado al momento de realizar el engaño, en este caso en específico el dolo se da en un primer momento, es decir, que existe previamente ya la intención de cometer el delito, a diferencia del incumplimiento contractual, en donde el dolo puede darse como una consecuencia de determinada acción, aunque no se descarta la posibilidad de un dolo antecedente en el incumplimiento contractual. Es imposible que el dolo se vea reflejado posteriormente en el delito de estafa, en este caso, definitivamente estaríamos frente a un incumplimiento contractual. Pues se ha establecido ya que es necesario exista un nexo causal, que permita la secuencia de los elementos especiales del delito estafa. En el tipo penal estafa, el dolo es inicial, es decir, que el mismo debe ser previo al perjuicio patrimonial.

Bien, hasta el momento conocemos que el engaño y el dolo son los principales elementos diferenciadores entre estas dos figuras, si bien, dolo y engaño no son sinónimos. El dolo es justamente la motivación para realizar la conducta engañosa, por lo tanto, podemos establecer que se ve reflejado como una consecuencia el dolo en el engaño. Lo complicado en este punto, es establecer la suficiencia del engaño, pues no basta con una simple mentira, si no que el mismo debe ser considerado como suficiente, idóneo, relevante y causal. El engaño se configura como el elemento principal, el cual lo entenderemos como el medio a través del cual se vicia el consentimiento de la víctima, a través de una deformación de la realidad u ocultamiento de los hechos. En definitiva, el engaño debe ser suficiente al fin de que por este se produzca la disposición patrimonial, por lo que resulta fundamental la existencia del nexo causal entre estos.

Ahora bien, el conflicto ocurre toda vez que el engaño puede existir tanto en la vía civil como en la vía penal, por ejemplo, en derecho civil al celebrar un contrato y si cumple con otros elementos del tipo penal, se constituirá como un delito, sin embargo, es importante mencionar, que si existe un delito por un lado el cual será tratado por la vía penal, esto no impide que a la par se lleve un proceso civil, es decir, no son excluyentes entre sí. Es importante determinar que existe dolo tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil, por lo que, será fundamental a más de encontrar la figura del dolo; conocer cuál es el nexa causal entre estos. De manera que se pueda verificar que confluyan todos los elementos tanto objetivo como subjetivos del tipo penal, lo que nos lleva necesariamente a un análisis exhaustivo de la estafa, toda vez que si no se cumple uno de los elementos estaremos frente a un incumplimiento contractual, y no solo si es que no se cumple uno de los elementos, sino también en el caso de que no se den en el orden establecido tanto en la norma como en la doctrina.

Otro punto, diferenciador lo encontramos en el mismo contrato, el cual contiene determinadas cláusulas, dentro de las cuales, puedes existir cláusulas que resulten maliciosas, y, por lo tanto, como consecuencia una de las partes puede verse perjudicadas. Sin embargo, si este contrato cuenta con los principales elementos para su validez, es decir, que exista consentimiento, capacidad, objeto y causa lícita, no podremos establecer que se trata de una estafa, pues esta previamente acordado las condiciones en las que se está dando la celebración del contrato, por lo tanto, no existe engaño, y la vía correcta sería la civil. Es distinto, cuando el contrato es utilizado como un mecanismo para engañar a la víctima y se utiliza el mismo como medio para inducirlo a error y de esa manera obtener la disposición patrimonial, en este caso si estamos frente a un tipo penal.

En resumen, delimitar a la estafa y el incumplimiento contractual es un reto, y si bien, se busca proteger principios como el de mínima intervención penal, no por esto, vamos a permitir que un elemento civil, como es el contrato, se convierta en el medio o mecanismo para afectar al patrimonio de otros.

3.2 Dolo

3.2.1 Definición

De acuerdo a lo tratado en el punto anterior de este mismo capítulo, hemos obtenido que la principal y mayor diferencia entre estas figuras del derecho, radica justamente en

uno de los elementos principales del tipo penal, es decir, el engaño, el cual en otras palabras no es más que la disminución o simulación que puede producir un error, por lo cual, el mismo tendrá una relación directa con el dolo, de ahí la importancia de estudiar el mismo a profundidad, de manera que el conocimiento sobre este elemento, sea sencillo de diferenciar frente a qué situación nos encontramos, si una de tipo civil o penal, con lo que lograremos que las consecuencias obtenidas sean las óptimas, y no que una situación civil sea penada, o por el otro lado, un hecho penal sea dejado en la impunidad.

Es importante determinar que en todo tipo penal vamos a encontrar elementos tanto objetivos como subjetivos, respecto a los elementos subjetivos, estos básicamente son aquellos comportamientos consistentes en una acción u omisión que dependen de la conciencia y voluntad de la persona que los realiza. El elemento más importante del tipo subjetivo, es justamente el dolo. Partiendo de esta idea, es necesario conocer a profundidad este elemento, el dolo es el conocimiento y voluntad de la realización del tipo penal, es decir, que la persona que realiza una acción u omisión con dolo, es consciente de lo que hace y de la razón que lo motiva a realizar. Mommsen (1999 p 167) establece que se puede hablar de esta acepción del dolo en sentido amplio y en sentido estricto. En sentido amplio, el dolo implica “todos los actos contrarios a la ley, ejecutados conscientemente, incluso los practicados con violencia [...]” En este último sentido, agrega que se extiende tanto a lo civil como a lo penal. En sentido estricto, se lo utiliza como un elemento subjetivo del delito que involucra voluntad y excluye a la violencia (*vis*); señala que en Roma se entendía por esto a “[...] los actos contrarios a la ley, ejecutados conscientemente, pero sin violencia [...]”. Si bien este autor, en sentido estricto solo se refiere a la rama penal, es necesario, mencionar que en el dolo en materia civil se lo considerara como la deliberada voluntad de no cumplir, Arangui Ruiz (1986) lo define como un comportamiento malintencionado por parte de una de las partes involucradas en un negocio jurídico bilateral, en el que se utilizan engaños o astucias para hacer que la otra parte cometa un error y aprovecharse de ello.

Entonces, al referirnos al dolo haremos alusión a la realización de una acción que cause un daño a otro, esta se ejecuta en pleno conocimiento de las consecuencias, este concepto esta aceptado tanto por el derecho civil como por el derecho penal. Así mismo, el Código Civil Ecuatoriano en su artículo 29 en su último inciso lo define como la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro,(Asamblea Nacional, 2015) por su parte, el Código Orgánico Integral Penal, sobre el dolo en el artículo 26

establecía que actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño, definición que resulta limitada, si partimos de que no se mencionan los elementos del dolo, sobre todo el que corresponde al elemento cognitivo. Actualmente y con la reforma del artículo 26, se establece que actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta. (ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014) No basta con estas regulaciones, por lo que, es necesario recurrir a la doctrina, en palabras de Welzel (1987 p. 95) “dolo en sentido técnico penal, es solo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito”.

El dolo tiene elementos que se deben cumplir, el primero es que la persona debe tener el conocimiento de que su acción se configura como un delito, es decir, tiene un elemento cognitivo y, en segundo lugar, la voluntad de realizar tal acción, elemento volitivo. A continuación, una breve referencia a cada uno de estos:

A. **Elemento cognitivo:** Para que se cumpla este elemento, es necesario que el autor tenga previo conocimiento de que su acción se configura como un tipo penal, por ejemplo, en el delito estafa, es fundamental que sepa que su acción de engañar, hará que la víctima caiga en error, y así se obtendrá un beneficio patrimonial. Importante recalcar, que el conocimiento debe ser actual, es decir, al momento de ejecutar la acción u omisión, así mismo, no es necesario que se tenga conocimiento de todo con la misma intensidad.

B. **Elemento volitivo:** Se requiere que se tenga la voluntad para obrar o no de cierta manera. En otras palabras, aun conociendo que se trata de un delito, decido cometerlo siendo totalmente consciente de es penado.

En definitiva, es necesario que X conozca las circunstancias objetivas del tipo penal (elemento cognitivo) y así realice determinada acción para conseguir mi meta (elemento volitivo). Importante mencionar, que el dolo es el elemento que más causa confusión, al momento de establecer la naturaleza jurídica de ciertas situaciones que se ven día a día entre particulares, lo que notoriamente es un problema, tanto para los abogados, jueces y fiscales.

3.2.2 Tipos de dolo

En líneas anteriores se definió al dolo como aquella acción que toma como base a la conciencia y voluntad, obteniendo como resultado un perjuicio en una tercera persona.

Es fundamental, conocer que existen tipos de dolo, de un lado encontraremos al dolo civil, y del otro lado, el dolo penal.

A. Dolo civil

En el desarrollo del segundo capítulo se analizó a la figura del dolo desde el ámbito civil, por lo que en este punto únicamente haremos una breve referencia a este. El dolo, tiene su punto de partida en el consentimiento, que no es más que el poder celebrar actos o contratos con una manifestación propia de la voluntad, la relación de esta con el dolo, recae en que el consentimiento puede verse viciado si es que se ha actuado con dolo, y la consecuencia inmediata sería que el acto o contrato no llegan a tener validez. El dolo en el ámbito civil, puede ser entendido de diversas maneras, las cuales se exponen a continuación:

A. Elemento de incumplimiento

Desde este punto de vista, el dolo hace referencia a la intención deliberada de inejecución de la prestación debida. Es decir, se encuentra ligada a la voluntad, sin embargo, no solo requiere de voluntad, sino que también debe ser consciente de que su actuar va a tener una consecuencia inmediata. Este tipo de dolo, tiene una relación estrecha con el dolo como vicio de voluntad. Pues ambos, tratan sobre si determinado comportamiento ha sido realizado de buena o de mala fe. En este caso, no es necesario que el resultado sea dañino, sino que basta con que una primera conducta, sea de acción u omisión haya tenido por objeto no cumplir con lo previamente acordado.

B. Factor de atribución de responsabilidad civil extracontractual

Como primer punto, debemos considerar que en este caso el dolo es considerado como un presupuesto necesario para que pueda existir responsabilidad civil extracontractual, es eso a lo que se refiere justamente con factor de atribución. En la responsabilidad civil extracontractual, sabemos que, si bien se produce un daño, no es suficiente solo con esto, sino que es necesario la parte subjetiva, es decir, un responsable del daño, quien pudo actuar con dolo o culpa. El dolo es un requisito fundamental para poder establecer la consecuencia, la cual será respecto de los daños y perjuicios ocasionados y sobre la imputación de responsabilidad.

C. Vicio de voluntad

En primer lugar, es de mencionar que en este caso el dolo deviene del consentimiento, que no es más que la voluntad expresa que una persona otorga para la celebración de un acto o contrato. El consentimiento, además es uno de los requisitos esenciales para la validez de un contrato, sin este se produciría nulidad. Además, es de mencionar que no todas las personas pueden brindar su consentimiento, para ellas se prevé la posibilidad de que lo hagan a través de un representante legal, que será básicamente una persona que es capaz ante la ley. El consentimiento en algunas ocasiones puede verse viciado, y cuando esto sucede simplemente se lo considera como si nunca hubiese existido el mismo. Acorde al Código Civil, el consentimiento puede verse viciado en tres situaciones, esto es error, fuerza y dolo. (Asamblea Nacional, 2015). El dolo, se ve reflejado como vicio de voluntad, cuando existe un comportamiento fraudulento, el cual tiene como resultado que una tercera persona se ve inmersa en un error, el cual es provocado justamente por este comportamiento que hemos venido mencionando. Es importante, mencionar que en este caso si existe consentimiento, sin embargo, el mismo se encuentra viciado. Se puede generar dos efectos básicamente, el primero hace referencia a la declaración de nulidad y el segundo respecto de los daños y perjuicios.

Finalmente, es importante establecer que toda actuación dolosa, va a tener como bien causa un perjuicio, el cual generalmente se va a ver reflejado en un daño patrimonial, de aquí, que se suele confundir con el dolo en materia penal, el cual claramente es diferente sobre todo por las consecuencias que puede llegar a causar, sin perjuicio, de que incluso los elementos que lo componen son diferentes, en materia penal los mismos buscan ser más precisos y exactos, solicitando al menos un conocimiento mínimo de los elementos del tipo penal, esta puede ser una situación que complique determinar el dolo, por la dificultad que implica el establecer como alguien podría o no conocer, sin embargo, por ejemplo, si se comete una estafa a través de un medio electrónico y su autor es un técnico en computación, indudablemente nos encontraremos frente a un dolo penal.

D. Dolo penal

La figura del dolo ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo, sin embargo, desde el primer momento se mantuvo como uno de los elementos del tipo penal. En el COIP, en el artículo 26 se define al dolo correctamente, pues se establece que la persona que conoce los elementos objetivos del tipo penal y ejecuta voluntariamente determinada conducta, está actuando con dolo. Por lo tanto, el dolo es fundamental en la teoría general del delito y por sobre todo en el tipo subjetivo.

Es importante, establecer los tipos de dolo penal, mismos que van a variar según la intensidad en la que se presenten los elementos del dolo: volitivo y cognitivo. La doctrina y la ley ecuatoriana establece que son tres, mismos que se analizan a continuación:

- **Dolo directo de primer grado:** En este caso la persona que realiza la acción u omisión, que se va a configurar como delito, busca justamente ese resultado. Es decir, que el autor quiere estafar, y estafa, encontrando el medio adecuado para hacerlo, por lo tanto, podemos establecer que existe la intención o el propósito de cumplir con determinado objetivo desde el primer momento. En el dolo directo, se evidencia claramente el cumplimiento de los elementos tanto del cognitivo en el que conoce la conducta que va a realizar, y el volitivo que es lo que busca realizar.

- **Dolo directo de segundo grado:** Estamos frente a este tipo de dolo, cuando el autor busca determinado resultado, pero para este debe cumplir con otras conductas penalmente relevantes que, si bien no son el objetivo final, deben cumplirse necesariamente para poder llegar al resultado original.

- **Dolo eventual:** En la doctrina también se lo conoce como dolo condicionado, en palabras sencillas, este tipo de dolo se produce cuando el autor sabe que su conducta puede desencadenar en un delito, y aun conociendo esta probabilidad, decide ejecutarlo y una vez que se produce lo único que queda, es aceptarlo. En el dolo eventual, si bien se tiene el elemento cognitivo, identificar el elemento volitivo resulta complicado, toda vez que no se busca tal resultado, si no es una consecuencia de otra conducta.

3.2.3 Tratamiento en el tipo penal estafa

Cuando tratamos al tipo penal estafa es importante reconocer que únicamente se lo puede concebir de manera dolosa. Previamente se estableció que el dolo requiere de dos elementos: cognitivo y volitivo, para que se puede considerar que se actuó con dolo. En la estafa, estos se hacen presente al exigirle al autor que tenga tanto conocimiento como voluntad de engañar y causar el perjuicio patrimonial, además de que, se encuentra motivado por el ánimo de lucro. La legislación ecuatoriana, únicamente concibe a este delito de forma dolosa, no cabe la culpa, lo que nos quiere decir, que en realidad no resulta tan sencillo determinar si se actuó con conocimiento y voluntad, o si estamos frente a un error, con lo que se podría excluir el dolo. Por ejemplo, se puede dar que X da en venta una obra de arte la cual el cree es original, sin embargo, no es más que una imitación, como se actuaría en este caso, si como se mencionó la ley no establece forma alguna de

concebir al delito de forma culposa. El dolo debe ser probado, sin embargo, el ser un elemento subjetivo resulta bastante complicado saber a ciencia cierta, para lo cual se propone usar “‘indicadores objetivos’”, que supone una presunción de que actuó o no con dolo, lo cual afecta sin duda al principio de culpabilidad. Según Muñoz Conde (2002) menciona que el comportamiento engañoso a de proyectarse hacia los elementos del tipo objetivo, hacia el error del engañado, hacia la disposición patrimonial y el perjuicio, para la obtención del lucro deseado. Este elemento intelectual debe ser coexistente y no subsecuente, pues no cabría que el dolo sea posterior, porque la conducta reconduciría al ámbito del Derecho Civil.

La estafa, requiere necesariamente que el autor sea consciente de que su objetivo es engañar, para lo cual escoge el medio a través del cual lo va a realizar, el mismo artículo 186 del COIP (ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014) establece que puede ser: mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos. Por lo que, el sujeto activo, escoge una de estas formas, y a través de una conducta sea de acción u omisión logra su cometido, que es engañar al sujeto pasivo, induciéndole a error. Lo que nos lleva a concluir que no se concibe en todos los tipos de dolo, si no, únicamente cuando se trata del dolo directo. Esto porque especialmente en este delito no basta con el conocimiento de los elementos del tipo o la voluntad de realizar determinada conducta, si no, que además se debe actuar con el objetivo de obtener una disposición patrimonial, lo cual tiene íntima relación con el ánimo de lucro.

En el delito estafa, se exige como resultado la disposición patrimonial, para lo cual, es necesario que el autor tenga pleno conocimiento y voluntad de tener determinado resultado, toda vez, que en este tipo de delito es necesario la presencia secuencial de tres elementos, por lo tanto, únicamente nos encontraríamos frente a un dolo directo de primer grado. Es importante, que exista esta intención de obtener el ánimo de lucro, incluso aquí recae una gran diferencia, toda vez que si no hay intención en realidad estaríamos frente a una figura civil. Para que existe responsabilidad penal, es necesario que la intención que se va a ver reflejado en el engaño, sea grave, es decir que afecte tanto a intereses individuales como colectivos.

En definitiva, el dolo es el elemento subjetivo esencial en la estafa, y quien actúa teniendo conocimiento y conciencia de obtener determinado bien, actúa dolosamente y consume así el tipo penal. Es fundamental que el sujeto activo actúe con voluntad y conocimiento de que su conducta, sea esta de acción u omisión se encuentra tipificada

como un delito. La estafa es un delito en el cual encontramos al dolo de manera directa, tanto en el engaño como en el error. Pues de la misma normativa, encontramos cuáles son los medios mediante el cual se comete el delito, además debe conocer cuáles son las formas de darse el engaño, para que él mismo sea suficiente, pues no todo engaño va a lograr provocar el error en la víctima. Siguiendo con esta idea, el error es la consecuencia inmediata producida por el dolo, pues el autor tiene la intención de lograr esta falsa representación de la realidad.

3. 3 Análisis de resoluciones judiciales en torno al problema planteado

Previo al análisis de resoluciones judiciales de la estafa frente al incumplimiento contractual, es necesario, hacer una referencia al proceso penal, de manera que sea sencillo en lo posterior comprender el desarrollo de cada caso en específico. El proceso penal es un procedimiento jurídico, el mismo tiene por objeto establecer jurídicamente una afeción, teniendo en consideración las garantías establecidas en la norma suprema y el debido proceso. Por lo que, dentro de sus principales funciones, tenemos: comprobar existencia acto u omisión que sea un delito; establecer los responsables; asegurar la comparecencia del procesado y de terceros; reparación de la víctima; asegurar todos los elementos probatorios necesario; condenar a la persona responsable o absolverla. Es importante mencionar, que el proceso penal ha ido evolucionando con los años, desde un sistema inquisitivo, pasando por uno adquisitivo, mixto. A partir del año 2001, en el Ecuador, tenemos un proceso penal que en su esencia es acusatorio, oral y público.

Así mismo, dentro del proceso penal, vamos a encontrar diferentes etapas, la primera de estas en una fase pre-procesal, la cual se ha denominado como investigación o indagación previa, por el otro lado, se tiene una etapa procesal que inicia con la instrucción fiscal, etapa evaluatoria y preparatoria de juicio, etapa de juicio, de impugnaciones y finalmente una etapa de ejecución, las dos últimas mencionadas se encuentran en discusión sobre si pertenecen o no al proceso penal.

Ahora bien, cómo se mencionó tenemos una fase pre-procesal, es decir, que es anterior al proceso. Esta fase se la denomina como de indagación previa, la misma está a cargo de Fiscalía General del Estado, y puede dar inicio con una denuncia, un informe de supervisión o una providencia judicial. Esta etapa es de fundamental importancia, toda vez que aquí es donde el fiscal en conjunto con los sujetos procesales se encargará de

buscar y obtener todos los elementos de convicción tanto de cargo como de descargo, así mismo determinará a las personas responsables, la existencia de un daño a un bien jurídico protegido, todo esto con el fin de decidir si seguir a la siguiente etapa, a través de una formulación de cargos. La indagación previa, tiene el carácter de reservada, de manera que prevalezca el principio de inocencia y no se filtre ningún tipo de información. El tiempo de duración de la indagación previa, depende de la pena del prevista en el tipo penal, si la misma es menor a cinco años, durará un año, sin embargo, si la pena es mayor a cinco años, durará dos años. La siguiente etapa, es la primera del proceso penal como tal, es la instrucción fiscal, la misma inicia con la audiencia de formulación de cargos, es básicamente una etapa de investigación, en la cual, se siguen buscando elementos de convicción tanto de cargo como de descargo. Como regla general tenemos que la misma dura 90 días, como excepciones, en los procesos de tránsito dura 45 días y en caso de flagrancia 30 días, pudiendo extenderse por 30 días más en cada caso, eso solo si dentro del proceso existiere una reformulación de cargos o una vinculación de una tercera persona al proceso. (ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014) Esta etapa puede concluir en tres diferentes maneras, estas son: 1. Cumplimiento del plazo establecido en la ley, 2. Por decisión fiscal, 3. Por orden o disposición judicial. Al cierre de la instrucción fiscal, nos vemos frente a tres posibles soluciones, la primera de estas es que se solicita la juez se continúe con la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, siempre que el fiscal vaya a realizar su acusación, es decir, fiscalía presenta su dictamen acusatorio, siempre que haya encontrado elementos suficientes para llegar a una siguiente etapa, la segunda, es que el fiscal presenta un dictamen abstentivo, cuando considera no tiene sustento para acusar, y en tercer y último lugar, tenemos un dictamen mixto, generalmente sucede ante la presencia de varios procesados, se puede realizar acusación en contra de algunas y no de todos.

Como segunda etapa dentro del proceso penal tenemos a la evaluatoria y preparatoria de juicio, importante mencionar, que si no existe acusación fiscal no podemos llegar a esta, por lo tanto, esta etapa tendrá como base el dictamen acusatorio por parte de fiscalía. Es una etapa corta, toda vez que se sustancia en una única audiencia, la cual lleva el mismo nombre que la etapa. El objetivo específico durante esta etapa es el evaluar si el caso tiene la posibilidad de ser sustanciado ante el tribunal penal, y de ser así bajo qué condiciones se va a llevar a cabo, sin embargo, se presentan objetivos generales, como que es una etapa de conciliación, de ordenamiento, saneamiento,

inmediación y comunicación, incluso es abreviadora ya que se van a delimitar los puntos a debatirse posteriormente en el juicio. En líneas anteriores, se mencionó que se desarrolla en una única audiencia, en la cual de manera imprescindible deberá asistir fiscalía general del estado y la defensa técnica del procesado, durante esta audiencia en primer lugar tenemos una fase de saneamiento, seguida de la sustentación del dictamen acusatorio, para llegar a la decisión del juez, quien tiene dos opciones: la primera de sobreseimiento, la misma sucede cuando no existen elementos de convicción suficientes que respalde la existencia del delito o sobre la responsabilidad del procesado, como es lógico, esta decisión está sujeta a recurso de apelación, y como segunda opción, tenemos el auto de llamamiento a juicio, cuando el juez considera hay los suficientes elementos para ir a la siguiente etapa, el juicio. Esta etapa que sigue es denominada como de juicio, en este caso, el tribunal es pluripersonal, es decir, son tres jueces los que están a cargo de resolver. Es necesario, recalcar que debe existir acusación fiscal, sin esta no puede darse esta etapa. Se sustancia en una única audiencia, la cual se caracteriza por la oralidad, los sujetos procesales dan a conocer al juez su teoría del caso, práctica de sus pruebas y sus alegatos, para finalmente conocer la decisión del tribunal, la cual en un primer momento se da a conocer de forma oral, en donde, deberá referirse a los hechos que se están juzgando, como se determinó la infracción y la culpabilidad de la persona, además el grado de participación, por lo tanto, esta etapa termina con una sentencia ya de forma escrita, la cual deberá estar debidamente motivada. (ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014)

Es importante, además hacer referencia brevemente a la prueba, la cual no es más que, el elemento material, documental o testimonial que da convencimiento al juez sobre la existencia de la infracción y la autoría, en otras palabras, es el dato o presupuesto que sirve para demostrar la verdad o falsedad de una proposición fáctica. Doctrinariamente, tenemos tres criterios, el objetivo, en el cual la prueba es todo medio que lleve al juzgador al conocimiento de los hechos. El subjetivo, en el cual la prueba es el grado de convencimiento que adquiere el juzgador en base a la práctica probatoria. Y el mixto, el cual condensa ambos conceptos, obteniendo como resultado que es lo que lleva al juez al conocimiento de los hechos y sobre todo al convencimiento de los mismos, para lograr las finalidades del proceso. El momento procesal oportuno para anunciar la prueba en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, y la práctica de esta, se realiza en la audiencia de juicio. Existen varios criterios de valoración de la prueba, el sistema

ecuatoriano se ajusta a lo establecido en el artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal

Criterios de valoración: La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales. La demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.(ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014)

La finalidad de la actividad probatorio es lograr que, a través del debate contradictorio, oral y público, se exterioricen las pruebas, a su vez que estas sean contrastadas por la contraparte, y valoradas por el juzgador para llegar a la convicción sobre la veracidad de las tesis planteadas.

Lo mencionado en líneas anteriores nos permitirá comprender de mejor manera las resoluciones judiciales expuestas a continuación:

A. Caso 1

Figura 5

Incumplimiento contrato de compraventa vs estafa

INCUMPLIMIENTO CONTRATO DE COMPRAVENTA VS ESTAFA	
Narración del hecho materia de controversia	La ciudadana BEA P, en el año 2013, tomó contacto con MCZI y CPCCC, quienes le ofrecieron en venta un departamento. Ellos le habían indicado planos de construcción y otros documentos, mientras la víctima entregaba varias sumas de dinero para la reserva del inmueble y para posteriormente suscribir la escritura de transferencia de dominio. Las entregas de dinero se realizaron desde el 18 de junio de 2013 hasta el 26 de enero de 2015. Al haber entregado la suma de 99.362,90 dólares, la víctima empieza con la preocupación y empieza a solicitar y requerir de los procesados, que se firmen las escrituras de transferencia de dominio del inmueble adquirido. Ante estos hechos, en fecha 17 de abril de 2017 acuden a la Notaría y realizan la suscripción de una escritura de promesa de compra venta del inmueble que le había sido ofertado en venta a la víctima. Se hace constar en la escritura que el costo total del inmueble sería de 110.500 dólares. Consta en la escritura de promesa de compra venta que ya se habría recibido por parte de los vendedores y hoy procesados la cantidad de 99.362,90 y que el faltante de 11.137,10 dólares se entregarían en el plazo de 4 meses, esto en agosto del dos mil diecisiete, fecha en la que debían haberse firmado las escrituras definitivas. Posterior a la firma de la promesa de compra venta del inmueble, la víctima llega a tener conocimiento de que en fecha 06 de octubre de 2015, los hoy denunciados habían constituido en el mismo inmueble, una hipoteca abierta y prohibición de enajenar a favor del Banco de Pichincha.

El cuadro presentado con anterioridad contiene un breve resumen de los hechos fundamentales dentro del proceso, a continuación, realizaremos un análisis sobre este caso con mayor detalle. Una vez finalizada la fase pre-procesal, se continuo con la primera etapa, instrucción fiscal, misma que inicio con la audiencia de formulación de cargos en contra de MCZI y CPCCC, por considerarlos autores directos del delito de estafa tipificado y sancionado en el Art. 186 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, se establece un tiempo de instrucción fiscal de noventa días y como medida cautelar se dicta la prohibición de salida del país. Transcurrido el tiempo de la instrucción durante la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio, se dicta el sobreseimiento, el cual es el primer aspecto que merece un análisis, el cual se realizara de manera global, toda vez que en las posteriores etapas, es decir, en la etapa tanto de juicio como en apelación, se resuelve la inocencia de los procesados, basándose en la misma teoría del caso, sin embargo, posterior al auto de sobreseimiento, y toda vez, que el mismo ha sido apelado, concluyendo el juez que es necesario llegar a la etapa de juicio, es importante, el análisis de esta resolución contraria a las obtenidas en las demás instancias. Bien, con lo mencionado, tenemos entonces en un primer momento, las resoluciones que ratifican la inocencia de los procesados, toda vez, que se trata de un incumplimiento contractual mas no de una estafa como se quiere pretender establecer.

Continuando, con la idea anterior, como teoría del caso, justificando que se trata de un incumplimiento contractual, la defensa de los procesados plantea, en primer lugar, que la conducta, es decir, los hechos, en realidad no se ajustan al tipo penal establecido en la norma, el cual se encuentra consagrado en el artículo 186 del COIP, el cual en el inciso primero establece:

Artículo 186.- Estafa. - La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.(ASAMBLEA NACIONAL - EC, 2014)

Partiendo de la normativa, y de los hechos mencionados con anterioridad, encontramos que en realidad no existe uno de los elementos fundamentales del tipo penal

estafa, el engaño o ardid. Recordemos, que para que se pueda constituir este delito, debe cumplirse una serie de elementos de manera concatenada, en otras palabras, para que exista la estafa debemos partir del engaño, mismo que a su vez produce una segunda consecuencia el cual se refleja en el error en la víctima, ya que si este paso no sucede, en realidad no se podría verificar los elementos objetivos del tipo penal, finalmente, este error, debe causar un acto de disposición patrimonial. De esto, concluimos que existe un elemento fundamental el cual es el dolo, el cual se ve reflejado tanto al momento de engañar como al ánimo de lucro. Reflejando esto, en el caso práctico, se observa que se trata de dos personas que tenían una relación de confianza, a raíz de esta, se ofrece en venta un inmueble, el cual se iba a empezar con la construcción, para lo cual la señora compradora desembolsa parte de su dinero, es importante, recalcar que se la señora daba el dinero, y el inmueble se construía, por lo tanto, la señora estaba en plena conciencia de que su dinero estaba siendo utilizado para la construcción, luego de un tiempo la señora preocupada porque no le entregaban las escrituras, empieza a insistir, con lo que se realiza una promesa de compraventa para su tranquilidad, pues siempre, fue intención de los vendedores entregar el inmueble, tanto es así, que le permiten a la señora estar en posesión del bien. Posteriormente, la señora se da cuenta que el inmueble se encontraba hipotecado y por esa razón no le daban las escrituras oficiales de la compraventa.

Partiendo de esto, y, considerando que se realizaron las entregas de dinero, mismas que fueron de manera voluntaria para el proyecto del departamento, por lo tanto, no existe como tal un engaño, al menos no en ese momento, pues incluso los hoy procesados reconocen que recibieron el dinero en la escritura de promesa de compraventa. La hipoteca aparece posterior a la entrega de dinero, entonces en realidad no se cumple con la estructura prevista para el tipo penal estafa, por lo que, a mi criterio a simple vista y con fundamento en la doctrina nos encontramos frente a otra figura, el incumplimiento contractual, mismo que debe ser subsanado en la vía civil, toda vez, que las entregas de dinero tal como de narra en los hechos son previos a la hipoteca, y a la celebración de la promesa de compraventa en donde se reconoce que se recibió el dinero, por lo tanto, si bien existe un incumplimiento en torno a la promesa de compraventa no podemos aludir a que esta se constituye como un delito.

Ahora bien, es de interés de este trabajo además el analizar los medios probatorios utilizados por las partes para la defensa de sus teorías del caso, los mismo se exponen en el cuadro presentado a continuación:

A. Fiscalía y acusación particular

Figura 6

Teoría del caso	Medios Probatorios
Establecen que los hechos se ajustan innegablemente al delito de estafa, toda vez que nunca ha existido la voluntad de dar en venta el inmueble. por lo cual, se ha producido un enorme daño económico a la hoy víctima.	<ul style="list-style-type: none">• Documentos bancarios• Pericia contable.• Acta de entrega• Certificado del registro de la propiedad: consta el registro de la hipoteca• Escritura de promesa de compraventa

B. Defensa de los procesados

Figura 7

Teoría del caso	Medios Probatorios
Se basa fundamentalmente en la inexistencia de la presunta estafa, toda vez que se trata de un conflicto de naturaleza civil.	<ul style="list-style-type: none">• Acta de entrega, establece que el bien existe y que fue entregado a la víctima.• Chats que demuestran una relación de confianza entre las partes procesales.• Escritura de compraventa del inmueble: importante porque en la misma se reconoce que se recibieron los valores, y que hay un saldo pendiente.

Las pruebas aportadas por ambas partes, demuestran que efectivamente el desembolso del dinero fue previo a la existencia de la hipoteca, por lo tanto, no existió engaño para que la señora disponga de su patrimonio hacia los hoy procesados. Ante la falta de convencimiento de la existencia de un delito, debemos tomar otras vías, en este caso se trata de un incumplimiento contractual, toda vez, que ellos desconocían que su situación económica podía cambiar, y se verían obligados a realizar esta hipoteca a favor del banco, por lo tanto, esta situación debe ser resuelta por la vía civil, en conformidad al

artículo 1505 del Código Civil (Asamblea Nacional, 2015) clausula resolutoria tácita, esto si la señora hubiera cumplido también con la totalidad del pago, como no fue así nos encontramos frente a una mora purga mora, misma que debe ser resuelta en la vía civil.

Concluyendo con el análisis del caso, en realidad, se determina que no sigue el debido proceso ni el principio de legalidad, toda vez que el mismo exige que los hechos se adapten con exactitud al tipo penal, en el presente en realidad se demuestra que si bien en un momento existe la figura del engaño, esta es posterior a la disposición patrimonial, por lo tanto, se da de manera aislada, cuando en realidad, para que exista el tipo penal estafa debe darse en el siguiente orden: engaño, error, acto de disposición. Importante mencionar que, desde los pagos hasta el momento de la posesión del bien, no existe ningún tipo de simulación, ocultamiento o deformación de los hechos. En definitiva, si no existe una acción penalmente relevante que haya puesto en peligro o lesionado un bien jurídico que merece protección del derecho penal, no existe delito, pues sin acción no se podría si quiera verificar la presencia de otros elementos, como son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

C. Caso 2

Figura 8

Estafa vs incumplimiento de contrato de arrendamiento

ESTAFA VS INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	
<p>Narración del hecho materia de controversia</p>	<p>El señor WSG, cuya madre es propietaria de un edificio destinado a hotel ubicado en las calles los Sauces y Av. Las Cerezos, de esta ciudad. era administrador del mismo conjuntamente con su hermana J. El 1 de septiembre del 2015, conocieron al señor DNZ, quien quería comprar el hotel, ante la negativa, decide arrendar el mismo.</p> <p>Posteriormente, el señor GDCC, se acercó manifestando que era el administrador de DNZ, y que él iba a realizar negociación, ya que DNZ no pasaba en el país. Se firmó el contrato de arrendamiento en la notaría por 4 años, se iban a cancelar 10.000\$ en efectivo a la firma del contrato, el cual nunca se dio. Se entregaron dos pólizas a favor de los padres, por un valor de 50.000, cada póliza, emitidas por la cooperativa K, estas nunca pudieron ser cobradas por que no tienen respaldo económico, pues eran fraudulentas, previo a la firma del contrato se contactaron con el señor SMMT gerente de la cooperativa, quien les habló sobre la validez de la póliza e incluso mencionó que eran personas pudientes.</p>

Con los hechos mencionados corresponde analizar el caso, en el cual, sin lugar a duda nos encontramos frente al tipo penal estafa. Es indudable que se utilizó el negocio jurídico, con el único fin de engañar a las víctimas. En este punto, cabe preguntarse ¿cómo se relaciona el caso al tipo penal estafa acorde artículo 186 del COIP? en primer lugar, tenemos al engaño o ardid, el mismo es evidente cuando el gerente garantiza que se trata de personas serias, que podían cumplir con la obligación y que tenían el respaldo económico suficiente para cubrir con cualquier obligación. En segundo lugar, se hace visible el error en la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, pues se realiza la entrega de pólizas fraudulentas y nunca haber pagado por el uso del inmueble. Finalmente, tenemos a la disposición patrimonial, el cual se muestra en el hecho que estas personas usaban el inmueble sin cancelar ningún valor por el mismo y al momento de desalojarlo se llevan todos los bienes muebles que el mismo tenía en su interior.

Al igual que en el caso anterior es necesario hacer referencia a los medios probatorios anunciados y practicados por las partes, estos se muestran en el cuadro presentado a continuación:

A. Fiscalía y acusación particular

Figura 9

Teoría del caso	Medios Probatorios
<p>El señor WSG fue estafado por los señores GCC y SMMT, quienes desde un inicio se presentaron como personas pudientes, engañándolo, para que le arrendara el inmueble y así aprovecharse patrimonialmente de él.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Pólizas fraudulentas. • Contrato de arrendamiento. • Prueba testimonial: procesados, víctima, y terceros que conocen del tema. • Certificado del registro de la propiedad de los procesados, mismo que demuestra no poseen bienes. • Certificado biométrico de los procesados. • Resolución de la liquidación de la cooperativa.

B. Defensa de los procesados

Figura 10

Teoría del caso	Medios Probatorios
SMMT: gerente de la cooperativa: Nunca se le entrego bien alguno, por lo tanto, no se ha beneficiado de nada, que es otra víctima del señor GCC.	<ul style="list-style-type: none">• Prueba testimonial.• Compromiso de manejo de pólizas de inversión.
GCC: Que simplemente actuaba como mandatario de DNZ, y no tenía control alguno de la negociación ni lo sucedido. Que hay un incumplimiento de contrato, quien nunca entrego los planos para que el hotel pudiera funcionar.	<ul style="list-style-type: none">• Prueba Testimonial.• Principio de contradicción: a la prueba presentada por fiscalía y la acusación particular.

De la prueba practicada por fiscalía y la acusación particular , se demuestra la infracción con: El contrato de arrendamiento, en donde se establece qué hay obligaciones entre las partes, y se establece la cláusula de pago, misma que no es cumplida, tenemos además el peritaje de Criollo que muestra que las pólizas entregadas no tenían respaldo económico, que la cooperativa en ese momento tenía en capital 2000\$, y se trataba de pólizas fraudulentas , esto sumado al testimonio del señor P funcionario de la SEPS que sostuvo que GC era el dueño de las pólizas, sin embargo, no existían depósitos a plazo fijo, cuentas de ahorro, certificado de aportación, ni los certificados 138 y 150 correspondientes a la póliza.

Por lo que, podemos observar que fiscalía logra cumplir con una de las finalidades de la prueba, que es justamente demostrar la existencia de la infracción, misma que resulta ser indiscutible, aunque pueda llegarse a confundir con un incumplimiento contractual, sin embargo, la prueba presentada para demostrar el delito de estafa, muestra que existe un fraude, un error y una disposición patrimonial, pues el sujeto activo, el señor GC mediante fraude induce a un error a la víctima, al hacerle creer que era una persona pudiente y que tenía fondos para cancelar sus obligaciones induciéndole a un error y perjudicando así su patrimonio.

Respecto a la segunda finalidad de la prueba, está es llevar al convencimiento al juez de la responsabilidad del procesado, fiscalía establece responsabilidad a:

- GC: Fue él quien simulando hechos falsos, indujo a error a la víctima, aquello se muestra con los testimonios de las víctimas, que afirman que en un inicio se presentaron como personas pudientes, que incluso querían comprar el bien, y ante la negativa únicamente lo arrendaron, en el contrato se establecería la forma de pago, misma que nunca llegó a darse, se entregaron pólizas mismas que eran fraudulentas, con la prueba practicada, se logró demostrar que el de forma directa firmó el contrato, las pólizas, las entregó, que en realidad no tiene ningún tipo de bien o respaldo económico, ni siquiera era socio de la cooperativa, simplemente logró que firmen el contrato con el objetivo de engañar a la víctima, así provocar el error, y obtener la disposición patrimonial por medio del uso del inmueble.

- MM: Sabemos que la prueba debe tener un nexo causal, entre la infracción y la persona procesada, en este caso los testimonios de las víctimas en lo medular establecen que previo a la firma del contrato de arriendo, el señor MM estableció que efectivamente las pólizas tenían respaldo y que eran personas pudientes, adicionalmente con la entrega de las pólizas fraudulentas, y con la entrevista realizada previamente provocó un error que provocó un perjuicio en el patrimonio, es de manifestar que si desde un inicio el señor hubiera hablado con la verdad, no se realiza el contrato de arrendamiento y no arriesgaban su patrimonio.

Por lo mencionado, considero que la prueba practicada por fiscalía y la acusación particular, demuestra los elementos que exige el tipo, esto es el engaño, el error y la disposición patrimonial, quebrantando así el estado connatural de inocencia de los procesados.

Conclusiones

Para concluir con el desarrollo del presente trabajo de investigación, se presentan las conclusiones obtenidas, mismas que se encuentran encaminadas a establecer el criterio que limita a la estafa y el incumplimiento contractual. Si bien es cierto, es complicado el establecer este límite, sin embargo, es totalmente necesario no solo para la doctrina si no también en la práctica, tanto para abogados como para los jueces al momento de emitir una resolución.

1. La estafa y el incumplimiento contractual, son figuras jurídicas que comparten características, y que en la práctica son confundidas, de aquí la necesidad de

establecer el límite que las diferencia, de forma que sea posible evitar un desgaste procesal que resulta totalmente innecesario y se pueda seguir por la vía adecuada desde el primer momento.

2. El engaño reflejado en el dolo, es uno de los elementos esenciales para el tipo penal estafa, y no solo eso, si no que se configura el elemento que va a permitir diferenciar el incumplimiento contractual del tipo penal estafa.

3. El engaño, entendido como la falta de la verdad en determinada acción u omisión, que produce un error en la víctima, y, por lo tanto, existe una disposición patrimonial, como consecuencia inmediata. El engaño debe ser suficiente, bastante para hacer incurrir a la víctima en error.

4. El tipo penal estafa es un delito doloso, en el cual el actor actúa con voluntad y consciencia, y se consuma al obtenerse, conseguirse, el provecho injusto con perjuicio de otro. Además, de tener al dolo como elemento subjetivo tiene al ánimo de lucro.

5. El dolo debe ser previo, no se lo admite de forma posterior, lo que nos quiere decir es que resulta necesario la presencia del dolo en primer lugar, si el mismo se produce posterior a la disposición patrimonial no podríamos encontrarnos frente al tipo penal estafa.

Bibliografía

- Abeliuk, R. (s. f.). *De las Obligaciones*. L. Viancos, Ed.
- Asamblea Constituyente - EC. (2008). *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR - CRE*.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Civil*.
- ASAMBLEA NACIONAL - EC. (2014). *CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL - COIP*.
- Bacigalupo Saggese, S., Bajo Fernández, M., Basso, G., Cancio Meliá, M., Díaz-Maroto y Villarejo, J., Fakhouri Gómez, Y., Lascuraín Sánchez, J. A., Maraver Gómez, M., Mendoza Buergo, B., Molina Fernández, F., Peñaranda Ramos, E., Pérez Manzano, M., Pozuelo Pérez, L., & Rodríguez Horcajo, D. (2019). *MANUAL DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL*. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DP-2019-110
- Bajo Fernández. (2004). *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Balmaceda Hoyos, G. (2011). *El perjuicio en el delito de estafa*.
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*.
- Caperochipi, J. A. Á. (2010). *Introducción al derecho*. Comares.
- Congreso Nacional. (1971). *Código Penal*.
- Cremades, A. D.-B. (2009). Garantías Comerciales En Derecho Romano: La garantía de vicios futuros. *Casos prácticos de derecho romano, filología latina e historia, 2009, ISBN 978-84-691-9901-5*, 17. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7805073>
- Domat, J. (1844). *Las leyes civiles en su orden natural*. José Taulá.
- Donna, E. (2001). *Derecho Penal—Parte Especial Tomo II-B*. Editorial Rubinzal Culzoni.
- DRAE. (2014). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 23.^a edición*.
- Ducci, C. (2005). *Derecho Civil*. Jurídica de Chile.
- Enciclopedia jurídica OMEBA*. (1974). Editorial Bibliográfica Argentina.
- FINZI, C. (1961). *La estafa y otras defraudaciones, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales italiano, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia*.
- Gutiérrez, M. L. (s. f.). *Fraude informático y estafa*.
- Laneri, F. F. (2016). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile.
- Larenz, K. (2002). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Editorial Comares.
- Lopez & Porte. (2005). *El delito de Fraude*.
- Merkel, A. (1889). *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. F. Enke.
- Mommsen. (1999). *Derecho Penal Romano* / (2^a ed.). Editorial Temis. <http://www.marcialpons.es/libros/derecho-penal-romano/9788482725048/>
- Morales. (1995). *Teoría General de las obligaciones*. Editores S.A.
- MUÑOZ CONDE, F. (2002). *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Oneca. (1958). «Estafa», *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Tomo IX). Editorial Francisco Seix S.A.
- Ossorio, M. (2006). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas Y Sociales—Edición de Lujo*. Editorial Heliasta.

- Pizarro, R. D., Vallespinos, C. G., & Obeide, A. J. de. (1999). *Instituciones de derecho privado: Obligaciones*. Hammurabi.
- Planiol, M., & Ripert, G. (2005). *Las obligaciones civiles*. Editorial Leyer.
- Reyes, S. T. A. (2004). *Teoría general de las obligaciones*. Editorial Porrúa.
- Rodríguez, A. A., Undurraga, M. S., & H, A. V. (1998). *Tratado de derecho civil: Partes preliminar y general*. Editorial Jurídica de Chile.
- Ruiz, L. P. (1986). *Manual de derecho civil ecuatoriano: Teoría general de las obligaciones*. Víctor Julio Mendiagaño.
- Solar, L. C. (1992). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Jurídica de Chile.
- Soler, S. (1996). *Derecho Penal Argentino; tomo IV*. Editorial Argentina.
- Valle, J. M. (1987). *El delito de estafa*.
- Villar, A. R. (1997). *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: Comentarios a los artículos 234 a 289 del nuevo Código Penal*. Bosch.
- Welzel. (1987). *Derecho Penal Aleman* (Edición Jurídica de Chile).
- ZAFFARONI, E. R. (1986). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial EDITAR.
- Zamora Pierce, J. (1992). *Historia de la legislación sobre el fraude*.
- Zavala Baquerizo. (2006). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Editorial Edino, Ed.).
- Zea, A. V. (1983). *Derecho civil*. Temis.