



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

***“Los Delitos De Estafa Y Otras Defraudaciones En La
Legislación Penal Ecuatoriana”***

**Trabajo de Graduación Previo a la Obtención del Título de
“Abogado de los Tribunales de Justicia de la República”**

AUTOR: TANIA EUGENIA RUIZ ARÍZAGA

DIRECTOR: Dr. JOSE SERRANO GONZALEZ

CUENCA – ECUADOR

2007

DEDICATORIA

Con inmenso amor a los dos seres que son parte fundamental e indispensable en mi vida “Mis Padres” quienes cada día de mi vida han estado junto a mí; apoyándome, guiándome, ayudándome y brindándome siempre las fuerzas que he necesitado cuando he estado desvalida y sin ánimo, es por ello y mucho más que hoy les dedico el presente Trabajo y que Dios los bendiga.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar a Dios por el Don de la Vida; de manera especial a mis queridos Padres por su esfuerzo, dedicación y apoyo incondicional que todos los días me han brindado, para hacer mis sueños realidad; a toda mi familia; a mi Profesor Dr. José SerranoG. por su asesoría en el Presente Trabajo; a la Dra. Alexandra Maldonado, Dra. Rocío Polo, Dr. Mateo Ríos y Dr. Julio Inga, por el apoyo recibido; a Geovanny Vera por su apoyo incondicional; a mis amigas y amigos que de una u otra forma han aportado con su granito de arena para la realización del presente Trabajo. Mil Gracias.

INDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice de Contenidos	iv
Resumen	vii
Abstract	viii
Introducción	1
Capítulo I: Los Delitos de Estafa en el Código Penal Ecuatoriano	4
1.- Historia	4
1.1.A.- Los Sistemas Legislativos en el tratamiento de la Estafa	6
2.- Conceptos	8
3.- Estafa	10
3.1.- El bien jurídico protegido	10
3.2.- Elementos Constitutivos de la Estafa	11
3.2.1.- Ánimo de Apropiación	12
3.2.2.- La cosa ajena	13
3.2.3.- El Dolo	15
3.2.4.- El medio fraudulento	16
3.2.4.A.- El error.....	19
3.2.5.- La entrega	20
3.2.6.- Sujetos del Delito	21
3.2.6.1.- Sujeto Activo del Delito	21
3.2.6.2.- Sujeto Pasivo del Delito	21
3.3.- El objeto del delito de Estafa	22
3.3.1.- Fondos	22
3.3.2.- Muebles	22
3.3.3.- Obligaciones	23
3.3.6.- Finiquitos	24
3.3.7.- Recibos	25
3.4.- Medios empleados para cometer el delito de Estafa	25

3.4.1.- Usar nombre falso	25
3.4.2.- Falsas calidades	27
3.4.3.- Manejos Fraudulentos	28
3.4.3.1.- Creer en falsas empresas	28
3.4.3.2.- De un poder	28
3.4.3.3.- De un crédito	28
3.4.3.4.- Infundir la esperanza o temor u otro acontecimiento quimérico	29
3.5.- El delito de estafa en el caso de Migraciones Ilegales	30
3.6.- Penas Aplicables	32
3.6.1.- En el caso de Estafa	32
3.6.2.- En el caso de Migraciones Ilegales	32
Capítulo II: El Delito de Abuso de Confianza en el Código Penal Ecuatoriano	34
1.- Antecedentes	34
1.2.- Conceptos	37
2.- El Abuso de Confianza	38
2.1.- Elementos Constitutivos	38
2.1.1.- Cosa mueble ajena	38
2.1.1.1.- Efectos	38
2.1.1.2.- Dinero, billetes, finiquitos, obligaciones	40
2.1.1.3.- Mercancías	40
2.2.1.- Apropiación o uso indebido	40
2.2.1.1.- El Dolo	40
2.2.1.2.- La Distracción	41
2.2.1.3.- La Disipación	43
2.2.1.4.- El perjuicio ajeno	46
2.2.1.5.- La entrega de la cosa	48
2.3.1.- Título no traslativo de dominio	50
2.3.1.1.- La Prenda	53
2.3.1.2.- El Depósito	57
2.3.1.3.- El Usufructo	59
2.4.- Abusos Especiales	61
2.4.1.- Disposición Fraudulenta de cosa ajena	61
2.4.2.- Disposición indebida de bienes prendados	64
2.5.- Abuso de un menor para suscripción de documentos	68

Capítulo III: Otras Defraudaciones en el Código Penal	71
3.- Defraudaciones	71
3.1.- Antecedentes	71
3.2.- Conceptos	71
3.3.- Engaño al comprador respecto de la calidad y cantidad de las cosas	72
3.4.- Falsificación de bebidas y comestibles	76
3.5.- Comerciantes de productos falsificados	78
3.6.- Ocultación de cosas robadas	79
3.7.- Disposición arbitraria de bienes adquiridos con reserva de dominio	83
Capítulo IV: Conclusiones y Recomendaciones	86
4.1.- Conclusiones	86
4.2.- Recomendaciones	92
Bibliografía	94

RESUMEN

El derecho a la propiedad muchas veces ha sido violentado por los individuos, por lo tanto, el Estado ha creado formas para que dicho derecho no se lo vulnere; es por ello que nuestra Legislación Penal tiene un Título que se refiere a los delitos contra la propiedad; y dentro del mismo consta el capítulo de “De las Estafas y Otras Defraudaciones” pues no olvidemos que el bien jurídico protegido dentro de dicho título es la propiedad; es por ello que, el contenido del presente trabajos será tanto los delitos de estafa, así como el abuso de confianza y otras defraudaciones que están dentro del Código Penal Ecuatoriano; pues no olvidemos que el delito de estafa es aquel en donde el sujeto activo induce a error a la víctima para hacerse entregar una cosa determinada, utilizando el ardid o engaño; en cuanto al abuso de confianza debemos mencionar que el agente disipa o distrae el bien; ya que el sujeto pasivo entrega una cosa para que se haga un uso o empleo determinado o en su caso para que se le restituya en un tiempo determinado y el sujeto activo no cumple ni con el uso ni con la devolución y es ahí cuando el delito se consuma; en cuanto a las defraudaciones se consuma cuando el agente actúa con fraude ya sea engañando, falsificando o desnaturalizando la cosa; pero en todos estos tipos penales el agente al apropiarse de la cosa que no es suya incrementa su patrimonio de una forma ilícita; pues éstos delitos son estructuralmente dolosos, es así que el agente actúa con dolo y con la intención de cometer el delito.

Por lo expuesto, el objetivo del tema es investigar a ciencia clara como se comete cada uno de éstos ilícitos, cuales son los elementos del mismo, como se configura el tipo penal y como se consuman los delitos que estudiamos y de esa forma saber cuando una conducta se considera estafa, abuso de confianza o defraudación para no confundir con otros delitos contra la propiedad, por lo que concluimos diciendo que el presente trabajo no hace otra cosa que dar a conocer los delitos de estafa y otras defraudaciones que se dan en nuestro medio, las diferentes formas de cometerlas, las sanciones a las conductas ilícitas, dando de esa forma un conocimiento profundo y preciso de cada uno de estos tipos penales.

ABSTRACT

The right to the property often has been abused to by the individuals, therefore, the State has created forms so that this right is not harmed; it is for that reason that our Penal Legislation has a Title that talks about to the crimes against the property; and within itself consists the capitulate of "Of the Swindles and Other Frauds" then we do not forget that the protected legally protected interest within this title is the property; it is for the reason that, the content of the present work will be as much the crimens of swindle, as well as the breach of trust and other frauds that are within the Ecuadorian Penal Code; then we do not forget that the swindle crime is that in where the subject assets induce to error the victim to be made give a determined thing, using the scheme or deceit; as far as the breach of trust we must mention that the agent dissipates or distracts the good, since the passive subject gives a thing so that a use or certain use become or in its case so that the subject assets are restituted to him in a certain time and it fulfills neither with the use nor the return and is there when the agent acts with fraud or deceiving, falsifying or denaturing the thing; but in all these penal types the agent when taking control of the thing that is not hers increases his patrimony of an illicit form; then these crimes are structurally fraudulent, is so the agent acts with fraud and the intention to commit the crime.

By the exposed thing, the objective of the subject is to investigate to clear science as one of these illicit ones is committed each, as are the elements of he himself, as the penal type is formed and as the crimes are consumed that we studied and of that form to know when a conduct considers swindle, breach of trust or fraud not to confuse with other crimes against the property, reason why concluded saying that the present work does not make another thing that to present the crimes swindle and other frauds that occur in our means, the different forms to commit them, the sanctions to the illicit conducts, giving of that form a deep knowledge and precise of each one of these penal types.

INTRODUCCIÓN

Por las diversas formas de evolución de la sociedad, nuestro ordenamiento jurídico cada día ha ido cambiando, haciendo así necesario la creación de sistemas legislativos apropiados para la regulación de la conducta humana; por lo tanto, el Estado con su carácter punitivo a través de la Ley Penal que es la que se encarga de sancionar los actos humanos que contravienen a dicho ordenamiento y de esa forma hacer posible la convivencia social, es por ello que, la sociedad al estar supeditada a un ordenamiento, a unas leyes; hace posible que cada ser humano entienda que el fin del Estado no es la felicidad individual, sino al contrario la felicidad colectiva la misma que se realiza cuando cada uno de nosotros acatamos las leyes, es decir, cuando respetamos los derechos de los demás.

En efecto, el Derecho Penal es una de las ramas del Derecho Público Interno, pues todo delito implica una relación de derecho, entre el delincuente y el poder público cuya misión es perseguirle y penarle. Por lo tanto, el Derecho Penal como ciencia que es, se encarga del estudio de las leyes penales, las penas que se aplican cuando un individuo delinque y al delincuente.

De lo expuesto es que todos los ordenamientos jurídicos aplican el principio “Nullum crimen, nulla poena sine lege”, en el que toda conducta antijurídica debe estar claramente establecida y tipificada dentro de un cuerpo legal, para que la misma sea aplicada en caso de que un sujeto contravenga con el orden establecido; ya sea a través de la privación de la libertad o en su caso imponiéndole una multa.

De lo dicho cabe mencionar que el delito se lo define como todo acto, ilícito, culpable, punible que es sancionado por la Ley. Etimológicamente la palabra delito proviene del latín “delictum”, expresión de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena, quebrantamiento de una Ley imperativa; por lo tanto dentro del presente trabajo investigaremos, examinaremos y estudiaremos los diferentes delitos de Estafa y otras Defraudaciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico los mismos que son penados con la imposición de una pena privativa de la libertad y otra pecuniaria.

Por otra parte, al hablar de la propiedad debemos en primer término tener presente que se hace referencia de manera fundamental al patrimonio; en consecuencia la propiedad, o mejor dicho el derecho de propiedad, se encuentra reconocido en nuestra Carta Fundamental, La Constitución Política del Estado; en su Art. 30 y por el estudio que damos a este bien jurídico protegido –la propiedad– veremos de manera más detallada el tema de “Las Estafas y Otras Defraudaciones en Nuestra Legislación Penal Ecuatoriana” tema éste que encierra las figuras delictivas de cómo el sujeto activo del delito se vale de engaño, abuso de confianza, fraude, etc., para realizar su objetivo, el mismo que es el apoderamiento de una cosa de quien no es dueño y menos aún su poseedor, puesto que cada figura delictiva que va a ser objeto de estudio dentro del capítulo “De las Estafas y Otras Defraudaciones” dichos actos ilícitos tienen sus características propias, las mismas que serán analizadas en cada uno de los diferentes capítulos del presente Trabajo Monográfico.

El tema seleccionado no hace otra cosa que describir de manera clara y precisa los delitos que pueden realizarse ya sea por estafa, abuso de confianza u otras defraudaciones, estableciendo dentro de cada uno de ellos, los elementos del tipo penal, las características propias de cada tipo, la forma de consumarse y la sanción que lleva implícita cada uno de los ilícitos que vamos a desarrollar en el tema seleccionado; de lo dicho, se colige que hoy en día se han visto varios casos de estafa, de defraudaciones haciéndose que dichos delitos sean en la vida cotidiana comunes como son otros que también atentan a la propiedad como el hurto, el robo, la extorsión, etc., por lo tanto, el fin del tema seleccionado a más de dar una forma clara de cada uno de ellos, permitirá analizar las formas y “modos operandis” del sujeto activo, como se consuma el mismo y en fin cada uno de los ardides que se forman para llegar a cada tipo penal.

Como veremos cada uno de los ilícitos que encierran los delitos de Estafa y otras defraudaciones son de índole doloso, pues el agente actúa con la intención de causar un daño a su víctima, daño que se manifiesta a través de la disminución que sufre el sujeto pasivo en su patrimonio, pues la víctima es afectada en su propiedad –bien jurídico protegido– por lo que veremos cada uno de los actos del agente para llegar a su objetivo, el mismo que es el apoderamiento de una cosa que no es suya y de esa forma acrecentar su patrimonio.

Dentro de los objetivos que damos dentro del presente estudio es profundizar más a cerca de los Delitos de Estafa y Otras Defraudaciones, es así que dentro del presente trabajo damos las formas en las que se vale el sujeto activo para delinquir y hacerse de ese modo dueño de una cosa que obviamente no le pertenece y la adquiere por el uso de diversos manejos fraudulentos, ardidés, engaños, abusos, fraudes, etc.; por lo tanto, el tema seleccionado se indagará e investigará la problemática que a veces se da cuando se confunden las figuras delictivas, es por ello que el trabajo llevará a quien haga uso de él, que de manera clara pueda saber que un ilícito es de determinado tipo y no confundirlo con uno parecido.

Los delitos de Estafa y Otras Defraudaciones busca además lograr un estudio y análisis que anteriormente no se ha dado en nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y poder de esta forma poner en práctica los conocimientos académicos adquiridos en la aulas universitarias; aporte que se hará tanto en el ámbito jurídico, investigativo, profesional y por supuesto en el ámbito de la realidad social, pues estos delitos hoy en día se han vuelto muy comunes y el sujeto activo del mismo se ha valido de muchas maniobras para llegar al fin propuesto por éste.

En consecuencia, cada uno de los ilícitos permitirá analizar y profundizar su estudio; tomando como referencia nuestra Ley Penal y otros textos legales, los cuales ayudaran a dar una mayor claridad de tema en cuestión; para lo cual realizaremos análisis legales y sociales que trae envuelto los delitos que vamos a estudiar; para este efecto, utilizaremos el método Inductivo pues se llevará a cabo el estudio de los tipos penales en relación a cada uno los elementos constitutivos que conforman los mismos. Por otra parte, se utilizará también el método Analítico porque se hará las respectivas indagaciones y averiguaciones de los delitos de Estafa y otras Defraudaciones, para lo cual al final del presente Trabajo Monográfico se realizaran las respectivas conclusiones y recomendaciones.

De lo dicho, lo que haremos en el presente trabajo es conocer los delitos de estafa y otras defraudaciones, investigando cada tipo penal, haciendo un análisis del mismo y de esa forma dar al lector una idea clara de lo que debe entenderse por cada uno de estos ilícitos.

CAPÍTULO I

LOS DELITOS DE ESTAFA EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO

1.- Historia

Desde la antigüedad, el fraude fue castigado no solo por el Derecho Romano, de donde, en principio, proviene como figura de los Derechos modernos, sino que también se encontraba legislado en otros países. La Ley babilónica de Hammurabi (S. XX A. C.), el Avesta Persa, el libro del profeta Amós, el Corán, el Código de Manú, tenían penas severas; en algunas de estas legislaciones, la de muerte.

En el Derecho Romano, el delito de estafa carece de sustantividad. Por un lado, dentro del concepto del "furtum" se incluye tanto la apropiación indebida, como la sustracción de cosas y las violaciones de la posesión logradas mediante astucia y engaño, entre las que se señala el hecho de hacerse entregar dinero simulándose acreedor. Por otra parte, el "falsum" encierra una noción genérica bastante homogénea en torno a la idea de engaño (fallere), dentro de la cual se comprenden las más diversas variedades de delitos que presentan el elemento común del engaño como procedimiento, sea que se trate de un testimonio, que con ello se lesione el derecho de propiedad o la fe pública, sea que se trate de un medio circunstancial o un delito concurrente. Por último, el "Stellionatus", que aparece en el segundo Siglo de la era cristiana, comprende las lesiones patrimoniales fraudulentas no previstas anteriormente. A esta imprecisión responde su nombre, tomado de un reptil que adquiere varios matices de color cuando se halla expuesto a la luz solar; los españoles lo denominaron salamanquesa.

Los casos que entraban en el estelionato eran los de vender o permutar una cosa ya obligada a otro, transferir la cosa ya donada al hijo, entregar prendas ajenas. Pero en todo caso el estelionato tenía un carácter patrimonial, y por ende privado, de manera que era menos severamente penado que el crimen.

El objeto del delito, era el patrimonio se consumaba con el efectivo daño patrimonial. La tentativa era impune y se exigía un elemento subjetivo del dolo, dirigido a la lesión del patrimonio.

En la Edad Media la doctrina creó un nuevo “falsum”, en el que se incluyeron casos de fraude patrimonial. El estelionato tuvo carácter subsidiario, de modo que el estelionato medieval, debido a esta confusión de figuras, resultó ser algo distinto a la estafa romana y a la actual. Los elementos eran determinados con dificultad por la doctrina y el objeto de discusión era el dolo, la modificación de la verdad y el daño.

En Las Partidas se asimila el engaño al dolo, y si bien expresan que el engaño es múltiple “pues es una palabra general que cae sobre muchos yerros que los omes fasen que no han nomes señalados” –con lo que se asimila así al estelionato romano– hace especial hincapié en que principalmente de dos maneras se puede presentar el engaño, esto es, por el uso de palabras artera o engañosas, o por medio del silencio engañoso o las palabras encubiertas, por lo que se aceptaba así el engaño por omisión. En la mencionada Partida se señalaban algunas formas como se puede manifestarse el engaño, sin perjuicio que, acepten Las Partidas que el hombre puede ser capaz de aparentar infinitas formas para engañar a sus semejantes.

Es la ciencia alemana la que diferencia el fraude de la falsedad. Feuerbach y Wachter definen la falsedad en el siglo XIX, y en 1820 y 1837 Cucumus aclara el concepto de fraude: “Objeto de fraude no era, según él, el patrimonio en sentido económico, de la víctima, sino la facultad intelectual de ella; para la falsedad no era necesaria la producción del daño, encontrándose el fundamento racional de su incriminación en la lesión de un derecho social, la fe pública. (FINZE, CONRADO, La Estafa y otras defraudaciones, Pág.15)

Con el tiempo se fijó el estelionato romano diferenciándose de la falsedad. La diferenciación era con el hurto, de modo que se empezó, posteriormente a conceptualizarlo adecuadamente como “una lesión patrimonial ocasionada a otro con fraude”. De este modo, según Carrara, si bien el estelionato tiene las características del hurto y de la falsedad, no es ni hurto, verdaderamente, porque la posesión de la cosa se logra con el consentimiento del dueño, ni la falsedad verdadera, porque la modificación de la verdad es especialmente ideológica.¹

¹ SIGUENZA BRAVO, MARCO, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Pág. 236

En nuestro medio, la estafa desde el primer Código Penal –el de 1837– tuvo un lugar independiente aunque su redacción confundía la estafa propiamente dicha con otros tipos de engaño, lo cual era explicable, pues aún no se había delimitado en forma más o menos precisa el delito de estafa. Con posterioridad nuestra legislación penal fue poco a poco afinando el concepto de estafa hasta el momento actual en que se encuentra incorporado en el Art. 563 del Código Penal, vigente desde 1971.²

1.1.A.- Los Sistemas legislativos en el tratamiento de la estafa.- El legislador ha seguido a través de los tiempos y en los diversos lugares, varios sistemas para tratar la estafa, pero se pueden traducir a tres sistemas, los mismos que son: el sistema francés, austriaco y mixto.

Desde la ley de julio de 1971, el legislador francés adoptó el sistema casuístico para referirse al fraude como elemento objetivo del delito de estada. Así, en el Art. 450 del Código Penal Francés de 1810, se lee: “Cualquiera que por medio de falsos nombres, o de falsas calidades, de un poder o de un crédito imaginario, o para hacer nacer la esperanza o el temor de un suceso, de una accidente o de cualquier otro acontecimiento quimérico, se hiciere entregar o hubiere intentado que la entreguen o remitan fondos, muebles u obligaciones, billetes, promesas, recibos o descargos, y hubiere por alguno de esos medios, estafado o intente estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro, será penado con prisión de un año por lo menos y de cinco años a lo más, y de una multa de cincuenta francos al menos, y de tres mil francos, a lo más”.

Por lo tanto, el legislador francés trató de encerrar en su fórmula el mayor número de modos fraudulentos de actuar, lo que permitió que quedara fuera de la concepción legal de estafa (escroquerie) una serie de conductas fraudulentas que, como bien decía Las Partidas, era imposible de prever por la agilidad del hombre para inventar todos los días nuevas maneras de perjudicar fraudulentamente el patrimonio ajeno. Este sistema, lo siguió el Código Penal español de 1822, como también lo siguió el código Penal belga de 1867.

El Código Penal austriaco de 1852, al decir de Alberto Arteaga Sánchez, fue el primero que adoptó el sistema general para considerar la estafa, al expresar en

² ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 91

el Art. 197: “El que mediante maniobras fraudulenta o promesas, induce a un tercero en error o de este modo explota el error o la ignorancia de éste, con el propósito de causar daño a los bienes u otros derechos, ya fueren del Estado, de un Municipio, o de cualquier otra persona, comete una estafa, haya obrado por interés, o por pasión, con objeto de favorecer a alguien violando la ley, o bien movido por otro móvil cualquiera”. Como vemos de lo anterior se puede decir que este sistema se generaliza pues cualquier “maniobra fraudulenta” que provoque el error en la víctima que lleve a que la misma se desapodere de bienes materiales u otros derechos, constituye el delito de estafa y permite la imposición de una pena.

Para Mezguer considera que la fórmula del Código Penal austriaco antes indicado contiene “un vago concepto de estafa”, no se puede negar que dicho Código Penal fue el antecedente del Código Penal alemán de 1871, el cual en el Art. 263 sigue la sistematización del austriaco, pudiendo afirmarse que el actual Art. 263 mantiene ese mismo sistema al decir: “El que con intención de procurar a sí mismo o a un tercero un provecho patrimonial antijurídico, perjudique el patrimonio de otro haciendo surgir o manteniendo un error mediante la apariencia de hechos falsos o de la deformación o supresión de hechos verdaderos, será castigado por estafa así como la pérdida de los hechos cívicos honoríficos”.

El mismo sistema general en la definición de estafa sigue el Código Penal italiano de 1930, el cual en el Art. 640 dice: “EL que, induciendo a error a alguna persona por medio de artificios o engaños, obtenga para sí o para otros un provecho injusto con perjuicio ajeno, será castigado con reclusión de seis meses a tres años y con multa de quinientos a diez mil libras”.

Finalmente, otra legislaciones, considerando necesario hacer la relación casuística de las diversas maneras como se puede manifestar el fraude en la estafa, concluyen acogiendo una fórmula general y amplia, con lo que dicho casuismo queda reducido a una mera enumeración ejemplarizadora, pues toda aquellas conductas fraudulentas que no pueden ser adecuadas a las diversas enumeradas casuísticamente, quedan aprehendidas por la fórmula general. Es ese sistema el adoptado por nuestro Código Penal.

En el Código Penal ecuatoriano de 1837 se seguía el sistema francés, pues se hacía una relación casuística de las formas como se podía manifestar el fraude (Art. 556). Posteriormente, en el Código Penal de 1871, en el Art. 535, se cambia el sistema y se adopta el mixto, que es el que mantiene nuestro actual Código Penal, en el Art. 563, y que dice: “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”.

Nuestro Código Penal, hace una extensa relación de las maneras como se puede manifestar en la realidad el fraude, pero concluye con una fórmula general que rompe la limitación impuesta al principio por el casuismo, al decir “o para abusar de otra manera de la confianza o credulidad”, dentro de cuya amplísima fórmula encierra todas aquellas conductas que inciden en el aprovechamiento de una confianza, en la inducción al error, o en el aprovechamiento del mismo. (Zavala Baquerizo Jorge. Delitos Contra la Propiedad. Tomo II. Pág. 98)

2.- Conceptos

Antón Oneca expresa que la estafa “es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia de la cual es un perjuicio en su patrimonio o de un tercero”.

Luis Carlos Pérez: La precisa en el campo sociológico de la siguiente manera: “Se infiere nítidamente que la esencia de la estafa es el aprovechamiento indebido de bienes ajenos, mediante artificios o engaños para obtenerlos. La estafa no es hoy exclusivamente el premio de la viveza de unos y el castigo de la ingenuidad de otros, y no todas las veces nace del contacto personal entre el trapisondista y el desposeído. Excepcionalmente es el truco del hambreado. Es un delito calculado, prospectado, que se sale del local del tendero y va al salón del gerente. Ya no es, como cuando se llamaba estelionato, creación de la miseria, sino más bien de la opulencia. No se apoya en palabras, sino también

en hechos jurídicos. No se dirige solo al rustico, sino al experto y al letrado. No reviste la simplicidad de las milagrerías ni del paquete chileno, sino que gana abstracción en los mercados de capitales en las sociedades y en los títulos representativos de valores.

Mezgez Edmund: “Es un perjuicio ocasionado mediante engaño al patrimonio, con intención de enriquecimiento”.

Jiménez Huerta, Mariano,: “La verdadera esencia antijurídica del delito de fraude radica en los engaños, ardidés, artificios y maquinaciones de que se vale el sujeto activo para sumergir en un error a otro y determinarlo a realizar un acto de disposición patrimonial”.

Merkel, Adolfo, dice “La estafa consiste en la apropiación ilegítima de valores patrimoniales ajenos, de un modo gratuito y por medio de engaño”.

Sebastián Soler: “La disposición patrimonial perjudicial tomada por un error determinado mediante ardidés tendientes a obtener un beneficio indebido”.

Molinario, Alfredo J. “Obtención ilegítima de un bien patrimonial ajeno, con perjuicio de la víctima, que lo entrega voluntariamente, inducida en error, por el empleo de ardidés o maquinaciones aptas para el efecto”.

Arteaga Sánchez, expresa que la estafa “es la conducta engañosa determinante de un error en otra persona, del cual deriva un provecho injusto para el estafador y un correlativo daño patrimonial ajeno”.

En definitiva lo que los autores antes mencionados quieren decir, es que, la estafa es un delito por el cual una persona mediante fraude (engaño, o abuso de confianza), y con ánimo de apropiación, induce a otra a entregarle una cosa de su propiedad o de propiedad de un tercero.

3.- Estafa

Según nuestro Código Penal en el Art. 563 define a la Estafa así: “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.

La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales”.

Del concepto que trae nuestra legislación penal, es necesario profundizar y detallar como y de que manera se comete el delito de estafa, para ello haremos un estudio de cada uno de los elementos del tipo, comenzando con el bien jurídico protegido y luego cada uno de los elementos constitutivos; y en fin, como y de que forma se comete el delito que estamos analizando, para de esta forma saber a detalle como se configura y consume el mismo, y en fin como nuestra ley penal sanciona dicho ilícito.

3.1.- El bien jurídico protegido

El delito objeto de estudio ofende a un bien jurídico especialmente protegido, cual es la propiedad.

Por lo que consideramos necesario transcribir lo que al respecto manifiesta nuestra Ley Suprema, La Constitución Política del Estado, al respecto, en su Art. 30 dice “La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía...”

En base a la disposición antes transcrita, observamos que el Estado tiene la obligación de reconocer y garantizar la propiedad en cualquiera de sus formas, es por ello que, quien no respeta dicha disposición y no la acata correctamente, contraviene con el orden establecido y que el Estado a través de sus órganos de control y por su poder punitivo puede sancionar a quien delinque y desobedece dicha disposición.

Debemos destacar que en el delito de estafa, la propiedad es lesionada en forma diversa a la de los otros delitos contra la propiedad (hurto, robo, abigeato,

extorsión), pues en la estafa la entrega de la cosa se la hace por parte de la víctima, aunque, dicha entrega consentida esta viciada por el error, vicio que enerva el “factum”, consistente en que la tradición de la cosa la hace la víctima al agente, hecho éste que diferencia fundamentalmente a los delitos antes mencionados de la estafa.

Según Mezger “el bien jurídico protegido por la estafa es el patrimonio y el mantenimiento de la verdad y de la buena fe en el tráfico patrimonial”, y al reconocer que la teoría dominante es aquella que considera que solo “el patrimonio” constituye el bien jurídico protegido por la ley penal que trata de la estafa, pretende explicar la razón por la cual considera que, además del indicado patrimonio, también es necesario considerar lesionado el bien jurídico del respeto a la verdad, diciendo: “La circunstancia decisiva para considerar como bien jurídico de la estafa esos dos elementos es la siguiente: la mención del “patrimonio”, como único bien jurídico protegido en la estafa haría incurrir en errores acerca de la exacta caracterización de la estafa y se perdería, por lo tanto la posibilidad de diferenciarla de otros delitos contra el patrimonio.

Respetando el criterio del autor, cabe manifestar que para el estudio que estamos dando, al ser el delito de estafa un delito que lesiona la propiedad, estamos de acuerdo con el primer criterio, el cual reconoce que el bien jurídico protegido es el propiedad, en cuanto a lo que tiene que ver con el mantenimiento de la verdad, diríamos al respecto, que para nuestro estudio la simple mentira no va a constituir un elemento esencial del tipo, porque el tipo tiene características que le son propias las mismas que serán examinadas más adelante.

Por lo que concluimos que el bien jurídico protegido en la estafa es el patrimonio, pues como se explico anteriormente, lo que hace la víctima es entregar una cosa de su propiedad, inducido por el error, por el engaño del agente, en lo que se puede ver claramente que el sujeto pasivo ha entregado algo perteneciente a éste, el mismo que tiene un valor económico y por lo tanto, menoscaba el patrimonio de la víctima, es decir su propiedad.

3.2.- Elementos constitutivos de la Estafa

La definición dada por Zavala Baquerizo en cuanto a la estafa se refiere diciendo “es un delito por el cual una persona mediante fraude y con ánimo de apropiación, induce a otra a entregarle una cosa de su propiedad o de propiedad

de otra” Del concepto antes mencionado hemos tratado de encerrar en el concepto los elementos constitutivos de la estafa exigidos por el Art. 563 de nuestro Código Penal, tomando en consideración los elementos subjetivos (dolo y ánimo de apropiación) y los elementos objetivos (Fraude y entrega de la cosa); por lo que en seguida pasaremos a analizar cada uno de estos elementos.

3.2.1.- Ánimo de apropiación

El Art. 563 del Código Penal Ecuatoriano comienza diciendo “el que, con propósito de apropiarse” se refiere a un elemento subjetivo, ya que nace de la persona que ejecuta las maniobras fraudulentas tendientes a hacerse entregar una cosa ajena, y por lo mismo consuma el delito de estafa, es decir que el agente tiene el ánimo de apropiarse de la cosa, la intención de que dicho objeto le sea entregado mediante el error de la víctima para de ese modo acrecentar su patrimonio ilícitamente.

De la frase antes mencionada, nuestra legislación lo que quiere destacar, es que no solamente la acción ejecutiva del agente tiende a lesionar la propiedad ajena, sino que, además, si el ánimo especial de dicha acción ejecutiva no tiene por finalidad apropiarse de la cosa, es decir, hacerla ingresar en el patrimonio del autor, el delito de estafa no se consuma, aunque se reúnan los demás elementos del tipo. Porque bien puede suceder que una persona ejecuta maniobras fraudulentas para que se le entregue una cosa a fin de usar de ella y luego devolverla, no comete el delito de estafa, pues, el fraude no ha tenido por finalidad desapoderar al paciente de la cosa, ni correlativamente, ingresarla en el patrimonio del autor, sino la de usar la cosa, pero con ánimo de restituirla, después de haberla usado.

Pérez Borja al respecto, considera que el elemento subjetivo que estudiamos constituye “dolo especial” exigido por la ley penal para conformar la estafa, y es así que expresa “El elemento moral del delito, está en las palabras: con el propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro; este es el dolo especial que se requiere tanto para el robo como para el abuso de confianza y la estafa”. Por otra parte, al respecto, este criterio no se comparte pues, otros autores consideran que no se trata de un “dolo especial” o “específico”, sino que se trata de un elemento subjetivo independiente del dolo y que está constituido por el móvil del agente que estructura su voluntad consiente de engañar.

En tanto que el engaño es el medio que ha escogido el agente para que, por el error provocado en el paciente, éste entregue la cosa de la cual el agente quiere y tiene el propósito de apropiarse. Por lo tanto, para que el delito se entienda consumado basta que el engaño se practiquen y exista el propósito de apropiarse de una cosa que le es entregada al agente en base al error que el sujeto activo induce a la víctima.

Carrara hace una distinción entre los fines perseguidos por el agente, y expresa “el enriquecimiento del delincuente es el fin último del acto, el objeto ideológico, es decir, el fin último de provecho propio a que tiende el agente”; en tanto que “el fin inmediato del agente es inducir a otro a que se despoje de algo que es propio...”, tanto la una como la otra finalidad deben ser previas a la maniobra fraudulenta, pues, si se realiza ésta es para que la víctima, llevada al error, entregue la cosa para que el agente pueda apropiarse de ella y de esa forma acrecentar su patrimonio ilícitamente, en consecuencia de que la víctima sufra un menoscabo en su patrimonio al ser inducido al error.

Por regla general se debe entender que si el agente quiere apropiarse de una cosa, que no es de su propiedad, es decir, que debe ser ajena (dice el Art. 563) perteneciente a otro. Concluimos diciendo que el propósito de apropiarse, siendo un elemento subjetivo del tipo, está de acuerdo con la protección del bien jurídico de la propiedad que es lo que pretende proteger el Estado.

3.2.2.- La cosa ajena

Es el elemento objetivo del tipo el que la cosa que entrega el paciente sea “perteneciente a otro”, es decir, que esta exigencia ratifica o complementa la existencia psicológica anterior, esto es, que por ser ajena la cosa, es que el agente tiene el ánimo de apropiación. Mientras la cosa no sea ajena, es decir, si la cosa es propia –parcial o totalmente– no cabe hablar de ánimo de apropiación, y por lo tanto, tampoco de estafa.

Por otra parte, se ha dicho que el delito de estafa sólo puede tener por objeto cosas muebles. En efecto, de la lectura del Art. 563 –que enuncia las cosas que pueden ser objeto del delito de estafa– se puede concluir que en efecto, sólo las cosas muebles pueden constituir el indicado objeto. Pero lo dicho no excluye la posibilidad de que la estafa se refiera de manera indirecta a los bienes inmuebles. Así, el agente que mediante las maniobras fraudulentas hace

suscribir una escritura de compraventa de una finca con ánimo de apropiarse de la misma, es evidente que ha cometido el delito de estafa, pues se ha hecho entregar un título de propiedad, con lo que no sólo es que ha aumentado antijurídicamente su patrimonio, sino que ha lesionado correlativamente el patrimonio de la víctima.

Según Pérez Borja, por el hecho de que la ley penal indique de manera concreta cuales son las cosas pertenecientes a otro que pueden ser objeto del delito de estafa (“fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos”) debe entenderse “excluida la estafa cuyo objeto sean bienes inmuebles”. Estaríamos de acuerdo con el criterio del autor antes nombrado si en verdad la entrega de la cosa inmueble se hiciera como se lo hace de las cosas muebles es decir de mano a mano; pues tal entrega sería físicamente imposible; pero al respecto, en el caso de bienes inmuebles el propietario del mismo puede caer en las maniobras fraudulentas del agente y consumarse este delito cuando el agente al realizar sus maniobras fraudulentas induce a error al paciente haciéndole suscribir un documento en este caso sería el notarial en donde el sujeto pasivo transfiere la propiedad a favor del agente. De lo que concluimos que la cosa inmueble puede ser objeto indirecto del delito de estafa, porque la entrega no es del inmueble en sí, sino al contrario el título que se entrega a través del error de la víctima que hizo que suscriba el mismo.

Por lo expuesto, es necesario aclarar si es que la ley penal en el Art. 563 exige que la víctima sea la propietaria de la cosa entregada al agente mediante el engaño, o si puede ser la propietaria una persona distinta a la que fue víctima del fraude. Por lo tanto, desde el momento en que la ley sólo exige que la cosa no sea de propiedad del agente, es indiferente, para la consumación del delito, que la cosa entregada sea de propiedad del que la entrega, o de propiedad de una tercera persona.

Tampoco interesa para la consumación del delito de estafa, si es que el agente estaba autorizado para entregar la cosa, es decir, si tenía las facultades dispositivas o no las tenía, pues lo que importa es sólo el hecho de que la entrega se realizó mediante el fraude y con fines de apropiación; y si el que entregó la cosa lo hizo sin tener la facultad legal para hacer tal entrega, dicha arbitrariedad del engañado no enerva la consumación del delito de estafa.

3.2.3.- El dolo

En el delito de estafa se debe considerar el dolo, que es elemento subjetivo del tipo, la esencia de la estafa radica en que el agente actúa con la intención de engañar a la víctima para lograr que ésta disponga del bien del cual se desea apropiarse el agente.

La voluntad del autor va dirigida a ejecutar el engaño o fraude. Esto es, que el agente tiene la voluntad de engañar y lo hace con la conciencia de que dichos actos son fraudulentos. Es por eso que la estafa es un delito esencialmente doloso, excluyendo la conducta culposa, es decir, aquella en que el comportamiento finalista tiende a un fin irrelevante para el derecho penal, pero cumplido con imprudencia. La estafa, exige que el agente tenga la voluntad conscientemente dirigida al fraude, a sabiendas de que la actuación fraudulenta es antijurídica y dirigida a lesionar la propiedad del paciente y de ese modo hacerse entregar una cosa para acrecentar su patrimonio de manera injusta.

Cabe aclarar que nuestro Código Civil al referirse a las obligaciones expresa que la voluntad o el consentimiento puede estar viciado por “error, fuerza y dolo”, de donde surge la duda de saber si éste dolo es el mismo que el que menciona el Código Penal, en este caso el Código Civil asume el concepto de dolo como sinónimo de engaño, que es, una especie de fraude; por lo tanto, el engaño, como manifestación de fraude, no es ni civil ni penal: es simplemente engaño; y cuando el engaño se presenta en las estipulaciones de carácter civil, puede ser el mismo engaño que se presenta en la comisión del delito de estafa, pues ni la ley civil, ni la ley penal, han dado al engaño características especiales para que opere sólo en el campo civil en ciertos casos, o sólo en el campo penal, en otros; por ejemplo si mediante engaño se hizo suscribir una obligación y se reúnen los demás elementos del tipo, se habrá consumado el delito de estafa; sin que la iniciación del proceso penal pueda impedir u obstaculizar que se inicie el proceso civil para la resolución del contrato, suscrito en engaño; y, así se pone en claro que el mismo engaño puede dar lugar tanto al ejercicio de la acción penal, como la de la acción civil, pues la una no excluye a la otra.³

³ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 117.

3.2.4.- El medio fraudulento

En nuestra legislación penal, se hace una distinción entre “nombres falsos”, “falsas calidades” y “manejos fraudulentos”, a decir de Zavala Baquerizo dicha distinción no es exacta, pues los dos primeros constituyen “manejos fraudulentos”, en uno y otro caso la maniobra (“el manejo”) constituye un acto fraudulento tendente a provocar el error en la víctima.

Por otra parte el Prof. Pérez Borja quien esta de acuerdo con la opinión anterior, al manifestar que debe entenderse por manejos fraudulentos e incluye dentro de ellos el nombre falso y la falsa calidad y en su obra manifiesta: “En el robo hay la sustracción; en el abuso de confianza, la entrega voluntaria que hace el dueño de la cosa; en la estafa, la entrega, pero ésta tiene lugar por el empleo de manejos fraudulentos, los que son la causa determinante de la entrega. Estos medios son: Uso de falsos nombres o falsas calidades”, es por ello que el autor mencionado considera que la maniobra fraudulenta encierra dentro de sí tanto el nombre falso como la falsa calidad.

Sin dejar de lado la opinión de Carrara quien al referirse a la conducta decisiva del agente, expresa que “el fin inmediato del agente es inducir a otro a que se despoje de algo propio; el resultado o evento en que consiste la consumación del delito es la entrega de ese objeto, obtenido mediante fraude al propietario engañado; consiste en haber engañado, no en haber empleado engaños”.

Por lo tanto, la importancia que tiene el elemento objetivo del fraude en la consumación de la estafa, el agente no sólo debe haber hecho uso de engaño, lo que importa para los efectos de la consumación, es que dicho fraude hubiere inducido a error al paciente, en forma tal que logre que el mismo se desapodere de la cosa que es de su propiedad.

La doctrina no ha sido unánime al tratar de determinar la idoneidad del medio fraudulento, es por ello que se discute si cualquier “manejo fraudulento”, como lo establece nuestra Ley sustantiva, es capaz de consumir la estafa; o si es necesario que esa conducta simuladora o disimuladora tenga alguna característica especial.

Por lo dicho, examinaremos cual es el significado que se da en nuestra ley penal.

El Art. 563 del Código Penal expresa que la estafa se puede consumir “ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos” y como anteriormente se dijo que el uso de nombres falsos y de falsas calidades constituyen manejos fraudulentos, es por ello, que nuestra legislación lo que exige es que exista realmente una maquinación, una maniobra dirigida a provocar el error en la víctima, y ésta maquinación debe ser capaz de provocar dicho error.

Por otra parte, no hay que dejar de lado que la mentira es una deformación o alteración de la verdad que hace una persona mentirosa a sabiendas de que no es verdad lo que afirma; miente la persona que conscientemente, la niega o la distorsiona, o, en su defecto, sabiendo que el hecho no existe, lo afirma como real. En nuestro medio se ha tomado a la simple mentira como el forjamiento de un hecho sin que vaya acompañado de algún otro elemento objetivo, es incapaz por sí solo de conformar un “manejo fraudulento” al que se refiere la Ley Penal sustantiva, con lo que se explica que es necesario para la configuración de la estafa de la presencia del “manejo o maquinación”⁴

Por lo expuesto, diversas teorías, se han elaborado para tratar de explicar en que momento se debe considerar que el fraude es idóneo, y en que otro momento no lo es. Los franceses han sido seguidores de la teoría de la “mise en scene”, dentro de esto los franceses sostenían que el fraude no debe consistir en simples palabras mentirosas, sino que para haber delito se requiere algo material, una especie de aparato escénico, de “mise en scene”, un hecho externo, o la intervención de una tercera persona que de crédito a las palabras que usa el agente para inducir al error al paciente.

De lo dicho Carrara dice que es necesario distinguir entre mentira y artificio, explicando que el primero no puede, de por sí, constituir delito, por cuanto “ninguno debe creer fácilmente las palabras ajenas”; en tanto que el artificio exige algo más que las palabras, por más convincentes que éstas puedan ser, “si fuera de las palabras mentirosas no se efectúa algo que compruebe las afirmaciones falsas; y si el artificio logra su intento, tendrá también las condiciones subjetivas para constituir el delito”.

⁴ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 120.

Al respecto, Soler opina, que la teoría de la “mise en scene” ha sido mal interpretada en ocasiones, cuando se pretende exigir que el acto del agente vaya acompañado de “gran aparatosidad”, cuando lo correcto según Soler, es que el fraude se objetivice a través de “un hecho exterior”, por lo que considera exagerado el uso de la frase “mise en scene” que, en verdad, hace surgir la idea de un verdadero acto teatral como necesario para que la víctima escogida caiga en el error.⁵

Además, se debe recordar que los romanos exigían la gran astucia (“magna et evidens calliditas”) para la consumación del estelionato; lo cual fue seguido por los prácticos, quienes consideraban que el fraude debería haber sido de tal naturaleza como para “engañar a un sensato padre de familia”.

Zavala Baquerizo dice que es necesario considerar que el medio fraudulento puede manifestarse desde la simple mentira hasta la aparatosa representación objetiva que engañe al más perspicaz.

Nuestra legislación habla en forma general de los “manejos fraudulentos” y esto manifiesta que no puede constituirse la estafa por la simple omisión; y cualquier manifestación objetiva vaya o no acompañada de una aparatosa presentación fraudulenta puede consumir el delito de estafa.

En efecto, opina el autor citado, que no puede constituir la estafa por la simple omisión, de “lege lata”, por cuanto el Art. 563 exige una conducta positiva, fáctica; un hacer que lleve dentro de sí la intención fraudulenta, por lo tanto, el silencio no puede constituir un medio fraudulento capaz de consumir la estafa. Cuando decimos que el silencio no es capaz de consumir la estafa, quiere decir el “solo silencio”, pues cuando dicho silencio va acompañado de algún acto que puede inducir a error a la víctima, entonces la estafa se puede consumir.

No hay que olvidar, que la estafa se puede consumir cuando el agente hace uso de cualquier manifestación objetiva fraudulenta, es indudable que una mentira es una manifestación objetiva de carácter fraudulento en ciertas ocasiones, y se ha dicho también que cuando esa mentira no va acompañada de algún otro acto

⁵ SOLER, SEBASTIÁN, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Pág. 334.

que le refuerce no podría constituir el delito de estafa y aquí hacemos algunas reflexiones.

Por algún tiempo se pensó que sólo el hecho manifiestamente engañoso, el medio capaz de inducir a error a un hombre sagaz, es el que podía consumir el delito de estafa. Luego se pensó que tal criterio era insostenible, pues, las personas que más protección legal requerían eran aquellas que no estaban dotadas de suma inteligencia. Aún más, se expresó, que el estafador, por lo general, estudia previamente a su víctima y sabe cuál es capaz de aceptar una mentira, y cuál no lo es, se buscaba a aquellas personas en donde la ingenuidad, la simpleza y la credulidad son rasgos dominantes.

De lo expuesto, para la consumación del delito de estafa es indiferente quien haya sido la víctima del mismo; lo que interesa es que se hayan cumplido con las exigencias objetivas y subjetivas del tipo en la conducta del agente, sin tomar en consideración la relación directa o indirecta con el paciente del delito.

Zavala Baquerizo concluye diciendo que la idoneidad del medio se refleja en cada caso concreto, a través de la consumación o de la no consumación del delito; si el manejo fraudulento provocó el error en la víctima, quién se perjudicó en su patrimonio como consecuencia de dicho error, entonces es evidente que el medio utilizado por el agente fue idóneo para esa víctima.

Nuestra legislación penal, no exige una intensidad especial y calificada del fraude para que pueda considerarse idóneo como elemento objetivo de la estafa; pues basta que el fraude se manifieste objetivamente en forma tal que induzca a error a la víctima, para que sea idóneo como elemento objetivo del delito. En consecuencia, lo que interesa a la ley penal es que por parte del agente exista el fraude capaz de provocar en la víctima un error determinante del desapoderamiento de la cosa de la cual el agente desea apoderarse.

Para aclarar lo expuesto es necesario que hablemos en forma general a cerca del error, el cual en seguida lo analizaremos.

3.2.4.A.- El error

Como se dijo anteriormente que entre el fraude y la entrega de la cosa debe existir un elemento psíquico que no radica en el agente sino en la víctima;

elemento que está constituido por el error en que el paciente es colocado mediante la conducta fraudulenta del agente. Elemento subjetivo fundamental del delito de estafa es el error de la víctima, ya que es precisamente este error el que causa el desapoderamiento de la cosa y su correlativa entrega al agente.

Por lo tanto, debe hacerse una diferenciación entre la ignorancia y el error; el que no conoce, ignora; el que conoce, pero su conocimiento no está de acuerdo con la realidad o con la verdad, se encuentra en el error. La ignorancia, es un desconocimiento. El error implica un conocimiento falso, pero es un conocimiento. El error mira a la inteligencia y, por lo tanto, cuando ésta se encuentra viciada influye en la decisión del sujeto, en su voluntad y lo hace ejecutar un acto que, sin ese error, no lo hubiera ejecutado.⁶

La estafa exige para su estructura el error de la víctima. Los manejos fraudulentos del agente deben conducir al paciente al error, deben hacerlo conocer falsamente la realidad; deben hacerle creer lo que no existe, o hacerle creer de manera diferente de lo que realmente existe, es por esto que el Art. 563 expresa que los manejos fraudulentos deben estar dirigidos a “hacer creer” a la víctima ciertos hechos que son evidentemente falsos con la finalidad que el paciente se desapodere de la cosa deseada por el ofensor, por lo expuesto es necesario de que el agente induzca a error al paciente para que la estafa se vea configurada, y la entrega se de, y es así como el patrimonio del agente crece ilegalmente.

3.2.5.- La entrega

Nuestra legislación penal, exige para la consumación del delito que estudiamos que la víctima hubiere hecho entrega de la cosa deseada por el agente, como consecuencia del error que éste la indujo mediante los manejos fraudulentos.

Sabemos que el delito de estafa es un delito de daño, daño que debe perpetrarse en la propiedad ajena; y se sabe que el daño, para nuestra legislación, se produce en el momento que se ha hecho la entrega de la cosa en beneficio del agente, es decir, que para nuestra ley penal el daño está dado por la mencionada entrega, por lo que, hecha la entrega está causado el perjuicio y, por ende, el beneficio propuesto por el agente se ha realizado, por lo tanto,

⁶ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 150.

existe la disminución del patrimonio del paciente y en consecuencia hay el lucro ilícito del sujeto activo.

3.2.6. Sujetos del Delito

3.2.6.1.- Sujeto Activo del Delito

En la estafa cualquier persona puede ser sujeto activo del delito, por lo general, no existe problema en el análisis de este extremo de la estafa. Sin embargo, puede suceder que una persona sea la que induzca a error a la víctima, y otra diversa aquella que se aprovecha de la cosa obtenida mediante el uso de manejos fraudulentos, pues de acuerdo con el Código Penal italiano, el autor de fraude puede realizar éste para obtener un provecho personal o “para otros”, en cuyo caso es indiferente para la ley penal que el agente actúe por sí mismo, o actúe a nombre de otro o para otro.

Dentro de nuestra realidad sustantiva penal es necesario considerar que, de acuerdo al Art. 563, el sujeto activo puede ser cualquiera que teniendo el propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, ejecuta algún fraude para que la cosa sea entregada, sin que le interese a la ley si la cosa será utilizada o aprovechada por el autor o por una tercera persona. Lo que interesa es que quien ejecute la maniobra fraudulenta tenga el ánimo de apropiación, aunque haya resuelto –luego de apropiarse de la cosa– regalarla, destruirla o prestarla, etc.

3.2.6.2.- Sujeto Pasivo del Delito

De igual manera, sujeto pasivo del delito objeto de estudio puede ser cualquier persona; pero debemos diferenciar entre el sujeto pasivo que hace la entrega de la cosa debido al engaño y la persona que resulta lesionada con el delito.

Puede suceder que una persona sea mera tenedora de la cosa y es víctima del fraude puesto en ejecución por el autor, motivo por el cual entrega la cosa al mismo. En este caso el tenedor ha sido la víctima de la estafa en cuanto fue el que sufrió la acción fraudulenta del agente; en tanto que el propietario ha sido el que sufrió el perjuicio material, económico. El ofendido es la persona estafada, el agraviado la persona perjudicada.

3.3.- El objeto del delito de Estafa

3.3.1.- Fondos

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, debe entenderse por fondo, en su acepción mas lata, “el caudal o conjunto de bienes que posee una persona o comunidad”. En su sentido un poco más restringido se debe entender por fondo “los caudales, dinero, papel moneda, etc., perteneciente al tesoro público o al haber de un negociante”; y, finalmente, particularizando aún más el contenido, se debe entender que fondo es “cualquier porción de dinero”.

De lo expuesto el Art. 563 al hablar de “fondos” se refiere exclusivamente al dinero, pues en lo que respecta a los otros bienes económicos quedan incluidos dentro de las demás cosas, particularmente cuando se hace uso de la palabra “muebles”, concepto éste que comprende la mayor parte de bienes económicos, inclusive el dinero, los títulos y más papeles fiduciarios.

Por lo dicho es que nos parece redundante que el Código Penal haga especial referencia a otras cosa que bien podían haber quedado comprendidas dentro del concepto de mueble, como son los “fondos”. Sin embargo, entendemos que con tal expresión se ha querido recalcar de una manera especial que la estafa puede tener como objeto –y como objeto principal– el dinero que, indudablemente, es el móvil que inspira la conducta del estafador y que, por lo tanto, se convierte así en la causa eficiente y en la causa final de la maniobra fraudulenta, ya que mediante el uso de esas maniobras fraudulentas es en donde se procura obtener un crecimiento injusto de su patrimonio.

3.3.2.- Muebles

Es necesario hacer mención el Art. 604 del Código Civil Ecuatoriano, el mismo que expresa que debe entenderse por muebles todas aquellas cosas que “pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los animales, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”.

Al decir de Soler, en el Derecho Penal el concepto de cosa mueble sigue el criterio vulgar, común, es decir, que se considera cosa mueble todo aquello que pueda movilizarse, por lo cual se diferencia de la concepción civil sobre la cosa mueble, pues muchas veces el derecho civil considera inmueble, -ya por

radicación, ya por destinación, ya por accesión— ciertas cosas que el derecho penal considera muebles, sin ninguna otra diferencia; por lo tanto, el delito de estafa puede tener por objeto los bienes muebles los mismos que son los que se pueden entregar de mano a mano, de sujeto pasivo a sujeto activo.

3.3.3.- Obligaciones

Este concepto solo se lo puede entender en función del derecho civil, y por éste sabemos que la obligación puede nacer de la ley, o del contrato, o de un hecho personal.

Las obligaciones nacen de un contrato cuando dos o más persona se comprometen en dar, hacer o no hacer una cosa. Surge la obligación de un hecho personal cuando una persona se compromete a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Es indudable que nuestro Código Penal en el Art. 563 se refiere de manera expresa a esas obligaciones civiles que, ya surgidas del contrato, ya de la manifestación de la voluntad, pueden haberse constituido como consecuencia de maniobras fraudulentas ejecutadas por quien resulte beneficiario por dicha obligación.

Según Escriche, la obligación es un “vínculo de derecho que nos constituye en la necesidad de dar o hacer alguna cosa”, y como bien se sabe para que esto tenga validez jurídica es necesario que la misma no este viciada ni por error, ni por fuerza, ni por dolo.

Es necesario expresar que la maniobra fraudulenta que incide en la voluntad de la víctima provoca en ésta la entrega de la cosa que, se refiere al hecho de que incita al paciente a suscribir y entregar una obligación. No se puede dudar que lo que la ley penal quiere decir es que el agente provoca en la víctima el error ya para que contrate o ya para que se comprometa unilateralmente en beneficio del agente, surgiendo así la obligación de la víctima que le causa daño a su patrimonio.

De lo expuesto se concluye, que bien puede el sujeto pasivo del delito ser inducido al error para que entregue un título por el cual pierde todo o parte de un inmueble de su propiedad; o lo grava en forma tal que, sin el error, no lo hubiera

gravado. Es posible que la estafa provoque el desapoderamiento indirecto de un inmueble. En el caso de la estafa, el agente logra por medio de engaño al paciente, que éste suscriba y entregue un título por el cual el engañado pierde la propiedad del inmueble o el usufructo del mismo. Lo que entrega el engañado es el título en donde consta la obligación de dar o hacer.

También entran dentro del amplio concepto de “obligaciones” al que hace referencia el Art. 563, los títulos de crédito, es decir, aquellos por los cuales una persona se obliga a transmitir a su acreedor un valor determinado que, por lo general, tiene por objeto una cantidad de dinero. Un pagaré, una letra de cambio y cualquier documento semejante entran dentro del concepto de “títulos de crédito” los mismos que son aquellos que generan una obligación del deudor frente al acreedor.

Por lo expuesto, cuando el agente, mediante el fraude, se hace entregar un título de crédito, comete el delito de estafa, pues dicho documento comprende una obligación exigible por el agente frente al deudor. No importa si el título de crédito está suscrito a nombre del agente, o de una tercera persona; lo que importa es que la obligación inherente en dicho título de crédito, obtenido mediante fraude, constituye una disminución del patrimonio del deudor. Por el solo hecho de entregar el título de crédito surge un aumento en el pasivo del obligado y, correlativamente, un aumento en el activo del beneficiario; y esto es suficiente para poder señalar que se ha causado una lesión en el patrimonio del deudor, ya que el aumento del pasivo significa una disminución del activo lo que, en definitiva, afecta la propiedad del deudor.⁷

De acuerdo con nuestra legislación, no interesa si el agente logra hacer efectiva la obligación; para que se entienda consumado el delito de estafa basta que, el título de crédito haya sido obtenido mediante fraude, sin el cual jamás hubiera obligado el paciente.

3.3.4.- Finiquitos

El finiquito, constituye la cancelación de una cuenta que hace a favor de un administrador quien le encarga esa administración. En general se debe entender por finiquito toda cancelación de cualquier cuenta que hace una

⁷ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 113.

persona ante quien se rinde dicha cuenta a favor de quien esta obligado a rendirla.

Por otra parte, el finiquito puede ser total o parcial; siendo el primero aquél que se refiere a todas las cuentas, a las cuentas generales, por lo que la persona que las rinde queda exonerada de toda obligación o de cualquier cargo. El finiquito parcial es aquel que se refiere solo a una parte de la cuenta general, por lo que queda pendiente la responsabilidad del que está obligado a rendir la cuenta, en relación con aquella parte de la misma no comprendida dentro del finiquito parcial.

Por lo tanto, el finiquito es un documento por el cual una persona se declara satisfecha de las cuentas que le ha rendido la persona que estaba obligada, por cualquier concepto, a hacerla. Por lo tanto, cuando el agente, mediante maniobras fraudulentas se hace entregar un finiquito a favor de ella, o de un tercero, comete el delito de estafa.

3.3.5.- Recibos

El recibo es el documento en el cual se hace constar por parte de quien lo otorga, haberse hecho cargo de alguna cosa, especialmente dinero. La diferencia entre el recibo y el finiquito radica en que el primero la víctima declara la recepción de una cosa; por el segundo, la víctima cancela una obligación del agente o de un tercero. Entonces, si el agente, mediante fraude, se hace entregar un recibo de la víctima, comete el delito de estafa.

3.4.- Medios empleados para cometer el Delito de Estafa

3.4.1.- Usar nombre falso

El “nombre falso” como medio fraudulento está suponiendo necesariamente la existencia de un nombre verdadero, es decir, que existe un hecho real, cual es el verdadero nombre de la persona que hace uso de nombre diferente, el cual se usa, precisamente, para provocar el error en la víctima, usando el nombre falso como un manejo fraudulento.

Por nombre falso debe entenderse aquel que no le pertenece al que lo usa en un momento determinado, también se debe considerar que si una persona es conocida por un nombre, que no es el suyo, es decir, con el cual está inscrito en

el registro civil, y hace uso del nombre por el cual es generalmente conocido, realmente no ha hecho uso de nombre falso, nombre exigido por la ley penal en el Art. 563, es por ello que debemos estudiar la simulación como elemento básico de aquella maniobra fraudulenta exigida por la ley para la consumación de la estafa.⁸

La simulación esta dada por hacer creer lo que no se es, de manera general, simula aquél que aparece con un nombre que no le pertenece; pero no siempre tal uso de un nombre que no le pertenece puede constituir simulación, pues en ciertas ocasiones el uso del verdadero nombre puede constituir la maniobra fraudulenta que induzca a error a la víctima. Por lo tanto, la frase “nombre falso” es muy relativa, y debe ser manejada con cuidado ya que, muchas veces el uso de un nombre que no le pertenece no alcanza a constituir el elemento objetivo que estudiamos sino que, al contrario, el uso de nombre verdadero puede ser idóneo para consumir el delito de estafa. (Zavala Baquerizo Jorge. Delitos Contra la Propiedad. Tomo II. Pág. 137)

Cuando la ley penal se refiere al “nombre falso” lo que quiere decir fundamentalmente es que el agente debe hacer uso de un nombre diverso al que realmente tiene, o por el cual es generalmente conocido. No importa si el nombre pertenece a una tercera persona, es decir, que es indiferente para la estafa que el agente usurpe el nombre o suponga un nombre, o lo invente; y en ciertos casos excepcionales, use su propio nombre con el cual no es generalmente conocido; y en este punto se debe tener mucho cuidado para no confundir la estafa con la falsedad .

Por lo dicho, el profesor Pérez Borja, expresa que el uso de falso nombre o de falsa calidad “puede hacerse verbalmente o por escrito. El uso de falso nombre o falsa calidad puede constituir una estafa o una falsedad punible. Si el uso de un nombre falso o de una falsa calidad se ha hecho verbalmente, se verifica una estafa; pero si se la ha hecho por escrito, puede haber una falsedad o una estafa”, esta opinión se fundamenta en la legislación y doctrina francesa. Para los autores franceses el uso de un falso nombre por escrito puede constituir “el crimen de falsedad cuando el acto en el que consta puede producir una

⁸ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 137.

obligación cualquiera o causar un perjuicio a otro, o cuando éste acto recaiga sobre un hecho que este acto estaba destinado a comprobar.

De tal diferenciación se debe tomar en consideración que todas esas conductas están previstas como atentatorias al bien jurídico de la fe pública, los mismos que son delitos más bien de daño, pues es suficiente que se falsifique el documento, público o privado, o que se haga uso de dichos documentos a sabiendas de que es falso, cualquiera que fuere la finalidad del uso, para que se entienda violentada la fe pública.

Para el presente estudio, lo que adquiere importancia en la estafa, es cuando se trata de una falsificación con fines de engaño, esto es, cuando el que falsifica lo hace con la intención de crear un medio engañoso capaz de inducir a error a la víctima, estado psicológico necesario para que la misma se desapodere de la cosa que pretende el agente con ánimo de apropiación.

A mas de esto, es necesario diferenciar la falsedad material de la falsedad ideológica. La primera es aquella que se ejecuta sobre un documento original, genuino. La segunda es aquella en la que el agente forja, crea el documento que, por lo tanto, jamás será genuino, ni auténtico.

Entonces lo que exige nuestra ley penal para la configuración del delito de estafa es la existencia de una maniobra fraudulenta, maniobra que se puede materializar por muchas maneras y no exclusivamente por el uso de documentos falsos.

3.4.2.- Falsas calidades

Se entiende por “falsas calidades” una especie de simulación por la cual el agente se presenta ante la víctima con una condición, título o posición que realmente no tiene.

La falsa calidad del agente debe ser determinante para el surgimiento del error en el paciente, a fin de que éste se desapodere de la cosa pretendida por el agente. Si el error surge en la víctima por otra causa, independientemente de la simulación realizada por el autor, éste no puede ser acusado de haber cometido el delito de estafa, pues la relación de fraude-error-entrega debe ser directa y sucesiva, es decir, que el fraude debe ser la causa directa del error y éste la

causa directa de la entrega de la cosa. Si ésta relación directa y sucesiva no se presenta, el delito de estafa no se puede consumir.⁹

3.4.3- Manejos Fraudulentos

Nuestra legislación, expresa que las maniobras fraudulentas deben tener por finalidad hacer creer en “la existencia de falsas empresas, de un poder, o crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico...” por lo que decimos que éstos son solo meros ejemplos que ilustran la descripción típica, haciendo objetivo los casos que pueden considerarse como ejemplos de manejos fraudulentos de que se vale el agente para inducir a error a la víctima; manejos que estudiamos a continuación.

3.4.3.1.- Creer en falsas empresas

Las falsas empresas pueden ser de dos clases, aquellas que no existen realmente, que son puramente imaginarias, y aquellas que existen realmente, pero diferentes a la descripción y a los informes verdaderos. En ambos casos puede consumarse la estafa, pues cuando la ley penal se refiere a las falsas empresas no está limitando la falsedad al solo hecho de la inexistencia material de la empresa, sino que una empresa puede ser falsa también cuando existiendo en realidad, se encuentra hace mucho tiempo inoperante; inactiva; o que, estando activa, presenta un balance negativo, que refleja solo pérdidas y esta al borde de la quiebra.

3.4.3.2.- De un Poder

La ley penal se refiere a un poder imaginario, es decir, a un poder que realmente no se tiene y que, pese a que el agente tiene conciencia de que carece del poder que simula, hace creer a la víctima en la existencia de dicho poder, es por eso que el poder al que se refiere el agente debe ser supuesto, imaginario, es decir, que no existe.

3.4.3.3.- De un crédito

Dentro de esto hacemos mención a la maniobra fraudulenta consistente en un crédito imaginario, el mismo que es el de entregar un cheque sin provisión de fondos, aquí hacemos la siguiente consideración, el delito de girar un cheque sin

⁹ GOMEZ, EUSEBIO, Tratado de Derecho Penal, Tomo III.

provisión de fondos es un delito contra la fe pública, y no contra la propiedad. El solo hecho de entregar un cheque sin provisión de fondos, es decir, de ponerlo en circulación, constituye delito siendo indiferente para la ley penal si es que la circulación del cheque mencionado causó o no algún daño, es pues este delito, un delito de peligro.

Pero si el agente, a sabiendas de que el cheque no tiene fondos, se hace entregar, por ejemplo mercaderías o dinero, es indudable que ha cometido una estafa, pues la víctima creyó en que el girador, o el que entrega el cheque, era una persona que tenía fondos a los que se refería el cheque, pues como bien se sabe que el cheque es una orden de pago y, en consecuencia quien ordena por escrito a un tercero para que pague una cantidad de dinero, hace creer que en poder del tercero tiene los fondos que deben pagarse, o tiene el suficiente crédito para que el tercero pague a nombre del que ordena, por ello se dice que la entrega de cheque sin provisión de fondos consume el delito de estafa, al igual que la entrega de un cheque en cuenta cerrada ya que la misma esta inactiva y el agente al girar un cheque en cuenta cerrada comete el delito pues hace creer a la víctima en la existencia de un crédito que realmente no existe, pues el agente en un primer momento cierra, cancela la cuenta corriente de determinado banco, y luego entrega un cheque a sabiendas de que su cuenta esta cerrada y voluntaria, consiente e intencionalmente gira el cheque a cambio de mercaderías u otros objetos, realiza un manejo fraudulento, pues el agente cree que existen tales fondos, de lo cual en un momento determinado, al acercarse a la ventanilla del banco para cobrar dicho cheque se sorprende al verse estafado ya sea por la insuficiencia de fondos o por la cuenta corriente cerrada.

3.4.3.4.- Infundir la esperanza o temor, u otro acontecimiento quimérico

Además el Art. 563 habla de maniobras fraudulentas a los delitos que tienen por finalidad “infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente o cualquier otro acontecimiento quimérico”, es decir, que el fraude, tiene por finalidad estimular determinados sentimientos o pasiones, de la víctima, para que ella, seducida o atemorizada, según sea el caso, entregue la cosa de la que desea apropiarse el agente. Infundir esperanza es sembrar en el ánimo del paciente una expectativa de mejorar una situación material o moral.

Cabe mencionar que tanto en lo que se refiere a la esperanza, como a los temores que haga nacer el agente en la víctima, los mismos tienen que ser quiméricos, es decir, que no sean posibles de realización por voluntad de quien ofrece la esperanza o quien infunde el temor.

3.5.- El delito de Estafa en el caso de Migraciones Ilegales

Es necesario partir del hecho de que el nuestra ley penal en el Art. 563 inciso segundo dice: “La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales”.

Es por ello que, antes de hacer el estudio correspondiente se debe dejar claro que, el delito de tráfico ilegal de migrantes está regulado en un capítulo aparte, dentro del Título V del Código Penal, Capítulo XII, pero lo que aquí interesa es, como se realiza la estafa dentro del caso de las migraciones ilegales, es decir como se comete el fraude a estas personas.

Por lo tanto, el delito de estafa puede producirse en cualquier momento del proceso migratorio y en una diversidad de situaciones; sin embargo, son dos las que los emigrantes o sus familiares consideran más frecuentemente como estafa: 1.- el incumplimiento de la promesa de emprender el viaje después que el dinero ha sido entregado, y 2.- el no haber llegado al país destino.

En el primer caso la estafa aparece, como un hecho evidente, y detrás de este hecho encontramos redes de usureros y de estafadores que se hacen pasar por coyotes con la intención de apropiarse de los bienes de los potenciales emigrantes.

En el segundo caso requiere un análisis más profundo porque en él se pueden conjugar una diversidad de posibilidades que no siempre son una irrefutable señal de estafa, ya que se da el caso en que existen coyotes que a pesar de haber acordado llevar a los emigrantes al país destino, no pudieron cumplir este ofrecimiento porque fueron descubiertos por los controles de seguridad, falló algún contacto, sucedió un imprevisto, o porque cumplir con lo ofrecido suponía arriesgar su propia vida o la de los emigrantes.

Podemos concluir que los estafadores, en el caso del tráfico ilegal de migrantes, son personas que se hacen pasar como coyotes con el fin de estafar –hacerse

entregar dinero— a la gente que quiere migrar. Para ello, los llamados “coyotes” ofrecen visas a Estados Unidos u otros países, o pasaportes presuntamente verdaderos, sin tener autoridad legal —ejecutan medios fraudulentos para hacer creer— y a cambio, reciben dinero para un viaje que nunca se realiza, o que intencionalmente truncan una vez iniciado. En estos casos, las personas que creyeron en ellos, no sólo pierden su dinero, sino también sus bienes que muchas veces son hipotecados por la deuda.

Por lo expuesto, es necesario hacer una pequeña consideración, a decir del legalista Miguel Arias, “el emigrante: víctima y cómplice”; entonces se dice que tendemos a asociar al emigrante con la víctima que sufre todo tipo de estafas y los coyotes con los delincuentes que las perpetran. El autor mencionado hace las siguientes consideraciones:

- El emigrante sabe que con un mecanismo legal no es posible obtener su salida del país, entonces busca a una persona que, al margen de la ley, comete delitos a cambio de dinero. Si el emigrante logró llegar a su destino a través de estos mecanismos ilegales, está agradecido con estas personas, pero si por determinadas circunstancias no lo consigue, lo acusa y exige que se lo sancione.
- El emigrante contrata a usureros que comenten delitos, ya que el interés que cobran está al margen de la ley, es un verdadero atraco, y sin embargo, el emigrante acepta y lo paga, y acepta también poner en riesgo sus propiedades y bienes, y muchas veces firmando documentos en blanco.
- El emigrante se involucra en el cometimiento de ilícitos. Se presta para cambiarse de identidad, para portar cédulas y pasaportes con datos de otras personas, lleva visas falsas y otros documentos alterado; y después muchos declaran ante la justicia que no sabían que estaban viajando con visa falsa, pero de acuerdo con la ley están haciendo uso doloso de un instrumento público.

Estos antecedentes, llevan a reflexionar acerca de la condición victimizante atribuida al emigrante realmente lo ayuda, o contribuye a mantenerlo en esa situación de víctima, sin permitirle asumir su nivel de corresponsabilidad.

De lo expuesto, se puede apreciar que la estafa en el caso de las migraciones, el delito se configura cuando una persona llevada por el afán de salir de un país

para llegar a otro en busca de una vida mejor entrega dinero o suscribe algún documento con el propósito de que los llamados coyotes los lleven y cuando esto no se da cometen el delito de estafa, cabe precisar que, el error surge cuando el agente realiza los medios fraudulentos –falsifica visas, cédulas u otros documentos– haciendo creer en un viaje que no se da, y que la víctima esperando que dicho viaje se efectúe entregan dinero u otros bienes, disminuyendo así su patrimonio, y cuando quieren recuperar el dinero entregado simplemente el estafador desaparece, ya que hay que recalcar que el coyote casi nunca da sus verdaderos nombres y hace uso de falsas calidades y de un poder que realmente no tiene, entonces vemos que el delito de estafa en el caso de migrantes en nuestro medio se da con gran magnitud, pues el sujeto pasivo es inducido a creer que realmente va a llegar al país destino cuando en realidad nunca se da el viaje.

3.6.- Penas Aplicables

3.6.1.- En casos de Estafa

Como bien dice el Art. 563 del Código Penal, en el caso del delito de Estafa, “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”. La reforma que se hizo a este Art., es que anteriormente era considerada en nuestra legislación una multa en sucres, es decir de cincuenta a mil sucres, y, en la reforma se estableció que la multa sea quintuplicada en los montos mínimos y máximos, reforma hecha en el Registro Oficial N° 621 del 07 de agosto del 2002.

En el caso de la estafa contenida dentro del primer inciso la Ley la sanciona con prisión, cabe manifestar que dentro de lo que establece el Código de Procedimiento Penal al ser la estafa un delito de acción pública de instancia particular cabe dentro de esta la conversión que no es otra cosa que el ofendido desiste de su denuncia cuando el agente o sujeto activo del delito cancela su obligación.

3.6.2.- En caso de Migraciones Ilegales

A este respecto el inciso segundo del Art. 563 dice claramente “La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales”.

Hay que mencionar que este inciso fue agregado en el Registro Oficial N° 716 del 02 de diciembre del 2002; pues anteriormente este inciso no era considerado en el Art. 563.

Se agrega esto para establecer una pena a aquellas personas que mediante manejos fraudulentos hacen creer en un viaje que como se dijo anteriormente no se da; aclarando que cuando se trata de casos de migraciones ilegales la ley se ha visto más severa que en el caso de la estafa utilizando otros medios pues aquí la pena es de reclusión mientras que en el caso de la estafa realizada por otros medios la ley se refiere simplemente a prisión.

CAPÍTULO II

EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO

1.- Antecedentes

Para comenzar con el presente estudio, es necesario aclarar que el delito objeto de estudio –Abuso de Confianza– ha sido denominado doctrinalmente como “apropiación indebida” y partiendo de esto daremos unos breves antecedentes.

Así, si bien la noción de hurto resulta contemporánea con el concepto de propiedad, la figura del abuso de confianza exigió un gran desarrollo de la idea de dominio y de sus relaciones correspondientes. Por ello esta conducta no se encuentra aislada del *furtum* en la legislación penal de la Roma antigua y menos en los códigos de Hammurabi y de Manú.

“Las XII Tablas preveían dos casos de apropiación indebida, la apropiación de los bienes del pupilo por parte del tutor, y la apropiación de las cosas dadas en depósito”. “Los casos se ampliaron y el concepto comenzó a aclararse cuando, merced a la labor de los pretores y de los jurisconsultos, en especial en la época de Justiniano, el derecho romano incorporó al *furtum* la apropiación de mandatario y del socio, y creó los casos de apropiación de cosa perdida y habida por error”.¹⁰

Por otra parte, la evolución histórica por lo que ha cruzado el delito objeto de estudio, ha partido como se dijo anteriormente desde el concepto de *Furtum* hasta la ley francesa de 1791, en donde éste adquiere su verdadera fisonomía y autonomía. Por lo dicho es necesario traer a nuestro estudio la Ley Francesa del 25 de septiembre de 1791, en el que texto legal de ese entonces Art. 29 dice: “Quien fuera culpable de haber distraído en su provecho, o disipado... lesionado, o destruido de cualquier manera efectos, mercaderías, dineros, títulos de propiedad u otras que contenga obligación o descargo, y cualquier otra propiedad mueble que le hayan sido confiadas gratuitamente, con cargo de

¹⁰ ZIGUENZA BRAVO, MARCO, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Pág. 227

restituir o de entregar, será penado con degradación cívica”. Este artículo sufrió sucesivas reformas, y luego fue aceptado en el código penal francés de 1810 como uno de los delitos de abuso de confianza (“l’abus de confiance”).

Actualmente el Art. 408 del Código Penal Francés dice “La ley declara culpable de abuso de confianza al que hubiere distraído o disipado, en perjuicio de su propietario, poseedor o tenedor, efectos, dineros, mercancías, billetes, finiquitos o cualquier otro escrito conteniendo obligación o descargo que le hubiere sido entregado a título de alquiler, depósito, mandato, finanzas, comodato, o por su trabajo asalariado o no, con la obligación de restituir, o volver a presentar, o de hacer un uso o empleo determinado”.

Al respecto, nuestra legislación penal en el Art. 560 dice “El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos o escritos de cualquier especie, que contengan obligaciones o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica” (Código Penal Ecuatoriano)

Observamos pues que la redacción de nuestro código penal es muy parecida al código penal francés, del cual inicialmente fue copiado, con la diferencia de que nuestra ley penal ha suprimido la enumeración de los títulos; es decir; como el agente recibió la cosa de la cual después distrae o disipa, configurando así el delito de abuso de confianza, cuestión que luego analizaremos.

Por lo enunciado, es necesario recordar que la apropiación indebida se encontraba confundida con el hurto, por lo que anteriormente era considerada una especie de hurto, es así como el Art. 545, comprendido en la Sección Segunda (“De los hurtos”) del Capítulo I (“De los robos y hurtos”) del Título Segundo (“De los delitos contra las propiedades”) de la Parte Segunda (“Delitos contra los particulares”); del Código Penal de 1837 se lee: “Los que negaren haber recibido, y retuvieren la cosa que se les prestó, alquiló, empeñó o depositó, con ánimo de quedarse con ella, los que retuvieren la cosa ajena que se hubiese hallado, sabiendo quien es su dueño, o pasando cuarenta y ocho horas sin anunciar al público el hallazgo o dar cuenta de él a la autoridad local, y los que reciban como suya, una cosa que saben que no les pertenece ni se les

debe; serán castigados con una multa igual al valor de la cosa, a más de su restitución, y de los perjuicios que el dueño, poseedor o tenedor hubiese recibido por su falta”. La disposición citada mezcla una serie de conductas, incluyendo la referida a la apropiación indebida (“Los que negaren haber recibido, y retuvieren la cosa que se les prestó, alquiló empeñó o depositó, con ánimo de quedarse con ella...”).

El Código Penal de 1837 sufrió una serie de reformas en los años 1847, 1851, 1854, 1867, 1868 y 1871 hasta que, en la administración de García Moreno se editó el Código Penal de 1871, en donde se observa el delito de apropiación indebida independizado del delito de hurto, habiendo sido incorporado no sólo en un artículo aparte –el 530– sino en una Sección también autónoma –la Sección II– del Capítulo II del Libro II, y a cuya indicada Sección se le puso el epígrafe “De los abusos de confianza”, siguiendo el modelo español. Esta Sección correspondía, al Capítulo II que se le denominó “De los fraudes”, que incluía también la Sección III intitulada “De la estafa y del engaño”.

Es así que el Código Penal de 1871 sufrió reformas en los años 1877 y 1885, hasta que se dictó el Código Penal de 1890, el cual en su Art. 529 mantiene la misma redacción del año 1871 y sigue manteniendo la misma autonomía, pues seguía comprendiéndose dentro del Capítulo “De los fraudes”. Las principales reformas a este Código Penal, fueron hechas en 1897, 1900 y 1902.

En la presidencia de Eloy Alfaro, el 18 de abril de 1906, se edita un nuevo Código Penal, en lo que se observa: a) Se crea un Título –X– con el epígrafe “De los crímenes y delitos contra las propiedades”; y, b) Se refunden en un solo Capítulo –el III– los “Crímenes y delitos” que antes se encontraban separados en Secciones, bajo el largo epígrafe de “De los fraudes, abusos de confianza, engaños y estafa, y de la ocultación de objetos obtenidos mediante una infracción”. Con las principales reformas hechas al Código Penal de 1906, en los años, 1907, 1911, 1913, 1919, 1921, 1924, 1926, 1927 y 1935, se edita el nuevo Código Penal en el año de 1938, en donde se reforma el sistema utilizado en el Código Penal de 1906, en relación con los delitos contra la propiedad, y se anota que el Título X, bajo el epígrafe “De los delitos contra la propiedad” se ubica el Capítulo V –De las estafas y otras defraudaciones– dentro del cual se incluye el delito de apropiación indebida, de estafa, etc., manteniendo el primero de los indicados, la misma redacción en el Art. 537, de la cual ya no se volverá a

separar en las sucesivas ediciones del Código Penal correspondientes a los años 1953 (Art. 537) y 1960 (Art. 536), las que, no son más que repeticiones de la edición de 1938, como lo es la actual vigente en el Código Penal de 1971.

1.2.- Conceptos

El abuso de confianza, llamado en otras legislaciones apropiación indebida, “es el apoderamiento o empleo fraudulento de muebles ajenos confiados al agente con el encargo de restituirlos”.

La apropiación indebida consiste en apropiarse, no entregar o no restituir a su debido tiempo cosas, muebles, dinero o valores ajenos, que tuviera bajo su poder o custodia por un título que produzca obligación de entregar o devolver, en perjuicio de otro.

Francesco Carrara dice “Definimos al abuso de confianza como la apropiación dolosa de una cosa ajena, que se ha recibido del propietario mediante una convención que no transfiere el dominio, y para un uso determinado”.

Jiménez Huerta Mariano, al respecto del abuso de confianza dice “consiste en la antijurídica apropiación que el sujeto activo hace de la cosa mueble ajena que obra en su poder por habersele transmitido la tenencia, abusando de la confianza en él depositada. Trasciende de la anterior síntesis conceptual que la esencia del delito radica en la apropiación indebida del objeto material sobre el cual recae la conducta típica, y que el abuso de confianza no es otra cosa que una circunstancia que el agente aprovecha para realizar la apropiación”.

El abuso de confianza es el medio engañoso que el autor emplea para lograr un acto dispositivo de propiedad, en los tipos de abuso de confianza se pacta sobre bienes por un título que supone un trato que en sí mismo esta exento de engaño.¹¹

El abuso de confianza es un delito en el que el delincuente abusa de la confianza depositada por la víctima, uno de los abusos de confianza más comunes es la apropiación indebida de bienes, aprovechando que la víctima le concede el uso o la tenencia de dicho bien.

¹¹ FONTAN BALESTRA, CARLOS, Tratado de Derecho Penal, Tomo VI, Pág. 123

Eduardo López Betancourt dice “el delito de abuso de confianza se puede definir como la apropiación para sí o para otro, de un bien mueble del que se tenga la posesión, mas no el dominio; en perjuicio del legítimo usufructuario o propietario del propio bien”.¹²

2.- El Abuso de Confianza

El Art. 560 del Código Penal dice “El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieran sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica”.

2.1.- Elementos Constitutivos

Del artículo antes transcrito veremos en seguida los elementos que constituyen el tipo penal que vamos a estudiar en el presente capítulo.

2.1.1.- Cosa mueble ajena

Del texto del Art. 560, manifiesta claramente que el objeto material en el delito de apropiación indebida o abuso de confianza es la cosa mueble. La acción ejecutiva del agente en esta clase de delitos debe estar dirigida a la apropiación de una cosa mueble que le ha sido entregada bajo la condición de restituirla o de hacer de ella un uso o empleo determinado. Es por ello que dicho artículo lo que hace es enumerar las cosas que pueden ser objetos del delito de abuso de confianza las mismas que son: efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos o escritos de cualquier especie que contengan obligación o descargo, como así dice el artículo que estudiamos.

Por lo expuesto, cabe analizar las cosas que pueden ser objeto de delito analizado, por lo que, en seguida comenzaremos con el estudio que al respecto se debe.

2.1.1.1.- Efectos

En primer lugar, deben considerarse efectos “todos los documentos que son susceptibles de estimación pecuniaria y que signifiquen un valor negociable”.

¹² LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO, Delitos En Particular, Tomo I, Pág. 281.

Por otra parte, Soler manifiesta “son los valores, títulos, y documentos cuya retención importe para su titular un perjuicio”; y el Diccionario de la Real Academia Española expresa que dentro de la palabra efectos están, “artículo de comercio”, “documento o valor mercantil”, cabe manifestar que lo que la ley penal quiere decir cuando menciona efectos dentro de su contenido legal, lo hace no solo en el sentido comercial o mercantil, sino también a los documentos que se los puede incluir dentro de “los escritos de cualquier especie que contengan obligación o descargo”, es por ello que cuando la ley penal se refiere a efectos, a lo que se refiere en general es a las cosas muebles, las mismas que tienen en sí un valor económico, las mismas que pueden tener una obligación o un descargo para quien los tiene. (Zavala Baquerizo Jorge, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 214).

Por lo expuesto, es necesario dilucidar algunos problemas que acarrearán dentro de este contexto; el primero es cuando el agente tiene la cosa por habérsela entregado voluntariamente y sin vicio en su consentimiento el dueño, poseedor o tenedor de la cosa, lo cual lo diferencia de manera tal de otros ilícitos como el hurto en el que el agente sustrae la cosa, en la estafa –como ya se estudió– el agente induce a error a la víctima; y en la apropiación indebida –objeto de estudio– el agente es el legítimo tenedor de la cosa, a título precario, es decir, que ha recibido la cosa a título no translaticio de dominio, como mero tenedor, ya sea para hacer un uso o empleo determinado y luego de ello restituir o devolver al dueño.

Por lo tanto, cuando el tenedor de la cosa decide invertir el título no translaticio de dominio con el cual tiene la cosa en su poder, y se convierte en dueño –gozar, usar y disponer– y luego de ello, dispone la misma o la guarda para sí se consuma el delito de abuso de confianza o apropiación indebida; y dentro de esto traemos un caso claro de apropiación indebida, por ejemplo en el arrendamiento, en el cual, el arrendador entrega el inmueble con todos los enseres al arrendatario, y éste dispone arbitrariamente de las cosas muebles comprendidas dentro del arriendo, se puede observar que el agente comete el delito de apropiación indebida, por cuanto este ha transformado subjetivamente el título de mera tenencia, en posesión, teniendo la cosa con ánimo de señor y dueño, y ha decidido disponer de las cosas dadas en arrendamiento sin que verdaderamente lo sea, sino que lo hace de una manera fraudulenta, invirtiendo el título.

2.1.1.1.2.- Dinero, billetes, finiquitos, obligaciones

En cuanto a este tema como ya se lo trató de manera específica dentro del capítulo de la estafa, para los efectos que importen dentro del presente capítulo, nos remitiremos al capítulo anterior.

2.1.1.1.3.- Mercancías

Se entiende por mercancía cualquier cosa que pueda ser objeto de trato comercial, o que pueda ser objeto de negociación civil. Por lo que, se considera mercancía a los productos agrícolas, industriales o comerciales. Es mercancía la unidad o cientos de toneladas, lo que caracteriza a la mercancía es el hecho de que puede ser objeto de negociación, pero especificando que esta expresión solo a las cosas muebles que son objeto de apropiación indebida. (Zavala Baquerizo Jorge, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 219)

Será mercancía tanto el producto industrial como el agrícola cuando ha sido cosechado, puede serlo, también la cosa que una persona vende, empeña, presta o alquila, sin que sea necesario que los sujetos de las diversas relaciones sean comerciantes, sino que también puede serlo cualquier persona.

2.2.1.- Apropiación o uso indebido

2.2.1.1.- El dolo

El Art. 560 comienza diciendo “el que fraudulentamente...” sin que al hacer uso de esta frase la ley haya querido exigir que para la consumación del delito el agente debe hacer uso del fraude, sin el cual no se comete el delito en estudio. En efecto, el concepto de “fraudulentamente” está tomado en sentido de intencionalidad. El fraude es un modo de actuar, un medio de ejecución que se manifiesta objetivamente a través del engaño o del abuso de confianza. Es decir, que el agente conoce a ciencia cierta que la cosa que se entrega para un empleo o uso determinado no es de su propiedad; sino, que le es entregado a título no translaticio de dominio, y conociendo el agente actúa voluntaria e intencionalmente invirtiendo el título de mera tenencia a posesión, actúa como dueño, por lo tanto, el agente actúa maliciosamente, dolosamente.

La ley penal en el Art. 560 expresa que el agente debe actuar fraudulentamente para distraer o disipar, indica que el acto de distraer o disipar debe ser ejecutado

intencionalmente, conciente de la ilicitud de la conducta, esto es, que lo que la ley exige es que el acto de distraer o de disipar sea ejecutado maliciosamente, dolosamente, es decir, con la voluntad de procurar el resultado deseado (distraer o disipar), y con la representación de lo injusto del acto, ya que el agente sabe que la cosa que distrae o disipa no es propia y que no tiene facultades legales para dicha distracción o disipación.

2.2.1.2.- La distracción

De lo dicho anteriormente, la intención del agente debe estar dirigida a distraer la cosa que le fuere entregada. A decir de Zavala Baquerizo, “Distraer equivale a malversar, esto es, al hecho de destinar la cosa a un fin distinto de aquél al cual debía destinársela”. Por lo tanto, el agente que recibe la cosa para hacer de ella un uso determinado y en lugar de hacer el uso autorizado por la víctima, destina la cosa dada a otro fin, ejecuta un acto de distracción o malversación al que se refiere el Art. 560 del Código Penal.

Haciendo una breve aclaración al respecto, se debe decir que el mero uso indebido de la cosa no es capaz de consumar el delito de apropiación indebida, el mero aprovechamiento o uso de la cosa, sin que el mismo entrañe un acto de dominio, no es capaz de conformar el delito de abuso de confianza. Para que se configure el delito de abuso de confianza o apropiación indebida, es necesario que en la distracción se demuestre el ánimo de apropiación que lleve el agente a distraer la cosa, es decir el actuar del agente como dueño y señor. Por lo tanto, para la consumación de este tipo penal, es necesario que el agente o sujeto activo cambie el título de la tenencia, pues de mero tenedor se convierte en poseedor, haciendo de la cosa lo que él quiere y al mismo tiempo irrespetando el derecho de quien es su legítimo dueño.

Es necesario para que la distracción constituya el delito de abuso de confianza o apropiación indebida, la exteriorización del agente, es decir, que el agente debe actuar como si fuera dueño de la cosa; para luego de esa apropiación distraerla, y de esa forma malversarla en su provecho o de un tercero, ya que la distracción a la que hace referencia es al hecho de que el agente no da a la cosa el uso o el empleo determinado; sino, al contrario actúa como poseedor –ánimo de señor y dueño– y es por este cambio del título que comete el delito de abuso de confianza. Por lo tanto, traemos un claro ejemplo en donde se invierte el título de mera tenencia, así tenemos que, quien vende la cosa que la recibió bajo

contrato de prenda, ha malversado la cosa, pues la finalidad de la tenencia del acreedor prendario era sólo garantizar el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor prendario, pero no tenía facultades para disponer de la cosa en ninguna forma, y al vender la prenda, el agente ha ejecutado un acto de propietario, sin serlo, y es ese ánimo de apropiación la que sanciona el Art. 560 de nuestra legislación penal.

Carrara, al respecto manifiesta “El elemento de apropiación incluye, por necesidad jurídica, la intención de apropiarse. La apropiación... debe resultar del hecho externo que constituye jurídicamente acto de dominio, y de la intención de apropiarse de una cosa”. (CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal, Tomo VI)”

Es por ello, que distrae, quien actúa como dueño y señor de una cosa que fue dada para cierto uso o empleo y que la misma debe ser restituida a su dueño legítimo; la distracción como se dijo acarrea la malversación de la cosa y tal malversación se da cuando se cambia el título de la tenencia, pues de mero tenedor que es el agente se convierte en dueño y es así que consume el delito de apropiación indebida.

Por otra parte, aunque el agente tenga la intención de restituir la cosa para devolverla al dueño o hacer el uso debido, si la distrae esta actuando como dueño, y por este hecho el ánimo de apropiación va inherente en el acto de distracción. Distrae quien invierte el título con que tiene la cosa y la destina a un fin distinto de aquél por el cual le fue entregada.

El que distrae la cosa lo hace acompañado de un elemento subjetivo, esto es, debe tener la intención de invertir el título, y si tal intención es lo que hace distraer la cosa, existe el ánimo de apropiación, aunque junto con este ánimo tenga el deseo de recuperar la cosa para darle el uso prefijado por su dueño. La intención de recuperar la cosa no se opone al “animus rem sibi habendi” pues en el momento en el que el agente resuelve distraer la cosa, en ese momento se ha invertido el título y ha resuelto ejecutar un acto que solo puede ejecutar su verdadero dueño. La intención de recuperar la cosa distraída no excluye el

ánimo de apropiación que impulsó al agente a hacer suya la cosa que luego distrae y espera recuperar.¹³

Por lo que concluimos diciendo que el agente al distraer la cosa como acto previo es necesario que en primer lugar se apodere de la cosa; es decir, que cambie el título, por lo que de mero tenedor se transforma en poseedor de la cosa que es dada para hacerse un uso o empleo determinado, pues la víctima del delito la entregó para que se realice dicho uso o empleo; por lo tanto, el agente adquiere la cosa ilícitamente, invirtiendo el título para luego aprovecharse de ella distraendo la cosa, es decir malversándola y de esa forma obteniendo un provecho injusto.

2.2.1.3.- La disipación

La disipación equivale a malgastar. Es por ello que la ley penal ha querido significar cualquier otro acto que ejecute el agente para privar de la propiedad a quien le confió la cosa como mero tenedor. De lo dicho, se infiere que, nuestra ley penal en su Art. 560 hace referencia a la persona que malgasta la cosa que fue entregada por la víctima pero con cargo de restitución y el agente al hacer tal disipación o al malgastar la cosa no puede cumplir con su obligación de restitución.¹⁴

La ley penal en el Art. 560, hace uso de la conjunción disyuntiva “o” para separar conceptos “distraer” y “disipar” está indicando que se trata de dos situaciones fácticas diversas, que mantienen su singularidad en vista de las características que cada una de ellas presenta. En este caso la ley penal al hablar de disipación encierra en el concepto cualquier otro abuso que el tenedor hubiera hecho de la cosa, es decir, malgastar, vender, donar; de manera tal que violente la obligación del tenedor de restituir la cosa entregada. Por lo que decimos que el que distrae no puede cumplir con la obligación de dar a la cosa el fin previsto; y el que disipa no puede cumplir con la obligación de restituir. (ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 191).

Zavala Baquerizo manifiesta “que es necesario el uso de un término capaz de abarcar todas las conductas generadoras de la apropiación indebida, y este término que comprende a estas dos conductas distracción y disipación es el de

¹³ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 190.

¹⁴ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 191.

“disposición” pues tanto dispone de la cosa el que distrae, como el que disipa. Este sería un termino superior que comprenda a los dos anteriores, y por ser más amplio que ellos sea capaz de abarcar todas las posibilidades de apropiación indebida, es que cuando el agente se niega a devolver la cosa, sin que la haya distraído o disipado, también comete el delito de apropiación indebida, sin que constituya ese acto ni una malversación, ni un malgaste de la cosa, pero sí una disposición arbitraria de la cosa”. (Zavala Baquerizo Jorge, Delitos contra la propiedad Tomo II, Pág. 192)

Estamos de acuerdo con lo que expone el autor antes citado, pues para que nuestra ley penal tenga mas precisión es necesario que encerremos en una sola palabra tanto los actos de distracción como los de disipación, pues ambas acarrean una forma de disposición; pues como se ha visto en líneas anteriores, quien disipa o distrae, realiza actos de disposición pues en la primera se malversa la cosa haciendo un uso diferente para el cual fue entregado y en el segundo se malgasta cuando no se restituye la cosa; es por ello que, quien dispone de la cosa, ya sea distrayendo o disipando la misma, lo hace invirtiendo el título, pues el título con la que se entrega la cosa para un uso o empleo determinado no es translaticio de dominio, sino simplemente se le entrega en virtud de la mera tenencia, pero el agente al invertir el título de mera tenencia realiza actos de disposición como si fuera su poseedor o su dueño. Por lo tanto, cuando en el Art. 560 dice distraer o disipar, hace mención a la forma como el sujeto activo del delito puede afectar a la propiedad de la persona que entrega las cosas para que se hagan un uso o empleo determinado o para ser restituidas luego; es decir, la disposición que hace el sujeto activo ilícitamente de la cosa, esta conducta es la que sanciona nuestra ley penal.

Por otra parte, hay que mencionar cuales son las cosas que puedan ser dispuestas por el agente en el delito de apropiación indebida, si necesariamente deben ser cosas fungibles y consumibles; o si es posible también la apropiación de cosas no fungibles o no consumibles. Al respecto nuestro Código Civil, en el Art. 612, dice las cosas fungibles son “aquellas que no pueden hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan”, entonces aquellas cosas fungibles consumibles, que han sido entregadas al agente y que este ha dispuesto, en cualquier forma, son objeto del delito de apropiación indebida, si es que ese acto de disposición ha significado el uso de la cosa. Cuando el agente dispone de la cosa fungible y consumible, haciendo uso de ella, que le ha

sido entregada para restituirla o para hacer de ella un uso diverso al que ha hecho el agente, comete el delito de apropiación indebida, pues ha destruido la cosa, entendiendo por tal destrucción el hacerla inútil para el fin que estaba destinada originalmente.

A más de ello, hay que mencionar que la cosa se pueden consumir no sólo por destrucción sino también por transformación o alteración, por ejemplo un collar de perlas que luego el agente desmonta las perlas para convertirlas en un brazalete, ha transformado la cosa recibida y la ha convertido en otra distinta, mediante un acto que fue precedido por el “animus ren sibi habendi”.

No debemos confundir el ánimo de usar con el ánimo de apropiación, pues el que hace uso transitorio de una cosa, aunque no esté autorizado para ello, no comete delito de abuso de confianza, porque en este caso la persona que usa la cosa, no invierte el título, pues conoce a ciencia clara que la cosa no le pertenece, pero no usa la cosa como dueño y señor; sino, al contrario reconoce la propiedad ajena, es por eso que en este caso no se configura el tipo penal que estudiamos; pero si el agente utiliza una cosa fungible consumible, que se destruye o transforma en el primer uso, se debe presumir el “animus rem sibi habendi” pues el agente está consiente de la imposibilidad de restituir la cosa entregada, pues como dijimos anteriormente las cosas fungibles se destruyen en su primer uso, por lo que, el agente para hacer tal uso, en primer lugar se apropio de la cosa que le fue entregada con cargo de restitución.

Pues bien, cuando las cosas fungibles consumibles es de fácil sustitución por otra de igual calidad y cantidad, entonces, si bien existió el ánimo de apropiación de la cosa que fue entregada, el agente esta conciente que, llegado el momento debido, estaba en posibilidad de restituir con una cosa de igual cantidad y calidad que la que le había sido entregada, en este caso subsiste el ánimo de usar pero no el de apropiarse, ya que el fácil reemplazo de la cosa usada por otra, enerva o agota el “animus rem sibi habendi” que está insito en la ley penal cuando se habla de distraer o disipar, pero si al contrario la cosa no es de fácil reemplazo por otra de igual calidad o cantidad, decimos que si opera el delito de apropiación indebida, pues el agente se ve en la imposibilidad de devolver la misma cosa que le fue entregada con cargo de restituirla; ya sea que la cosa tenía características propias que hacen que la cosa sea única e irremplazable.

Es necesario dentro del este análisis que tratemos el tema de lo que algunos autores llaman el “ánimo de apropiación condicionado”, pues puede suceder que la persona que ha recibido la cosa a título precario, por cualquier razón, la vende con pacto de retroventa, o la empeña, o la alquila, con el propósito de recuperar la cosa en el momento en que está obligado a hacer la entrega, o hacer de ella el uso que debía hacer, en este caso existe el ánimo de apropiación en el agente, pues para vender, empeñar o alquilar la cosa, previamente debió transformar subjetivamente su situación jurídica de mero tenedor a poseedor (ánimo de señor y dueño), si el agente recupera oportunamente la cosa, si bien hubo intención de apropiación, el cumplimiento de la condición, impidió la consumación del delito por falta de perjuicio; pero si al contrario, por cualquier razón el agente no puede recuperar la cosa para cumplir con el encargo y restituirla, el delito se consuma, por cuanto el incumplimiento de la condición permite la eficacia del ánimo de apropiación con el perjuicio consiguiente.¹⁵

2.2.1.4.- El perjuicio ajeno

El Art. 560 expresa que la acción constitutiva de la distracción o de la disipación deben ser “en perjuicio de otro”, el perjuicio debe ser causado a una persona distinta a la del agente, sin que importe si tal perjuicio lo recibe el que le entregó la cosa al agente o cualquier otra persona.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por perjuicio de otro? Nuestro Código Civil muchas veces equipara las palabras “daño” y “perjuicio”, es así que el Art. 2241 expresa “el que ha cometido un delito o cuasi delito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización”, y por otra parte el Art. 2244 ibidem dice “si un delito o cuasi delito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito...”.

Entonces, es indudable que dañar y perjudicar no pueden ser consideradas como palabras sinónimas, pues la primera se refiere al acto de dañar, a la acción que provoca un detrimento en un bien concreto, en una persona o en una cosa; mientras que perjudicar es la consecuencia del acto de dañar, es decir, el menoscabo o disminución personal o patrimonial resultante del daño. Así, destruir una cosa ajena es un acto dañoso, independiente del perjuicio

¹⁵ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 195.

económico o moral que de tal acto pueda derivarse para el propietario, perjuicio que puede manifestarse en diferentes formas. (Zavala Baquerizo Jorge, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 197).

Aguiar, dice que dentro del campo del derecho “la palabra daño se referirá a la pérdida directamente sufrida; y la de perjuicio a la de una ganancia o de una utilidad que se esperaba. El primero constituirá lo que los romanos consideraban “damnum emergens” y el segundo denominado “lucrum cessans”. (HENOCH D. AGUIAR, Hechos y Actos Jurídicos, Tomo IV).

De lo dicho del autor antes mencionado se ha ocupado nuestra ley Civil en el Art. 1599 se refiere “la indemnización de perjuicios” “comprende el daño emergente y el lucro cesante” entendiéndose al primero como es perjuicio realmente causado, y el segundo, la ganancia o la utilidad que se esperaba obtener con el bien que fuera destruido.

Pues bien; tanto la ley civil como la penal, habla de perjuicio que no es otra cosa que el menoscabo económico que ha sufrido una persona como consecuencia de algún hecho, positivo o negativo, de otra persona; pero, lo que importa dentro de nuestro estudio es que en el Art. 560 se refiere al “perjuicio ajeno”, está señalando el menoscabo económico que la distracción o la disipación de la cosa le ha causado al dueño de la misma. Aunque sin dejar de lado también que el perjuicio del que habla el Art. 560 es de que el perjuicio comprende las consecuencias económicas que pudieron haber beneficiado a la víctima si la cosa hubiera sido usada en la forma como ella dispuso, en el caso de la compra de valores fiduciarios por ejemplo.

En el derecho penal es necesario aclarar que el perjuicio debe ser entendido como una condición objetiva de punibilidad o en su caso un elemento del tipo; las condiciones objetivas de punibilidad; son los presupuestos procesales; mientras que los elementos del tipo se los considera necesarios para la consumación del delito. Ahora bien, en el caso de la apropiación indebida o abuso de confianza el perjuicio ajeno es un elemento del tipo pues como se dijo anteriormente es necesario para la consumación del delito analizado, y si esto llegara a faltar no existe el delito, no se consuma porque la conducta no llegó a provocar el perjuicio ajeno, que debe ser para la apropiación indebida un elemento objetivo, necesario para la consumación.

En la apropiación indebida, al ser este delito contra la propiedad, la disipación o distracción debe causar el perjuicio ajeno pues de no ser así el delito no se consuma, pues como ya se ha dicho es de la esencia de la naturaleza del delito que afecte a la propiedad ajena; es decir, que cause un perjuicio al sujeto pasivo de delito; que lesione la propiedad, pues como bien se sabe el bien jurídico protegido dentro de los delitos contra la propiedad, es el patrimonio, y si no existe el perjuicio de otro; es decir el menoscabo en el patrimonio mal podríamos hablar de abuso de confianza o apropiación indebida.

Por lo expuesto, decimos que el sujeto pasivo del delito de abuso de confianza o apropiación indebida, puede ser cualquier persona, y dentro de estas personas pueden estar aquellas que actúan a nombre del dueño; es decir, que quien sufre la lesión en el patrimonio es considerado el sujeto pasivo del delito; pues el sujeto pasivo que será el propietario es el que sufre el perjuicio cuando el sujeto activo distrae o disipa, pues lo que dice el Art. 560 es en “perjuicio de otro” es por ello que el propietario será ese “otro” quien sufre la lesión en su patrimonio, quien se ve afectado por la distracción o disipación del sujeto activo del delito.

Por otra parte, quien puede causar el perjuicio es cualquier persona a quien se le haya entregado la cosa con la condición de restituirla o de hacer de ella un uso o empleo determinado, y que la distrae o disipa; por lo tanto, el sujeto activo es la persona que no hace el uso o empleo fijado para la cosa o si al contrario no la devuelve al dueño, haciendo actos de usar, gozar y disponer la cosa como si fuera el propio dueño, cuando en realidad no lo es, sino el sujeto activo es simplemente un mero tenedor.

2.2.1.5.- La entrega de la cosa

Al respecto, el Art. 560 expresa que la cosa debe haber sido entregada al agente “con la condición” de restituirla o hacer de ella un uso o empleo determinado. Es por ello que, la cosa debe ser entregada al agente, pues el delito de apropiación indebida no puede consumarse si es que el agente no ha tenido previamente poder sobre la cosa, es decir, que la entrega de la cosa es un presupuesto necesario para la consumación del delito de abuso de confianza. Pues la entrega es un acto previo, porque el sujeto pasivo en principio entrega la cosa para que el agente realice un uso o empleo determinado o en su caso, con cargo de restitución, y el delito se configura cuando el agente no da el uso o empleo o

cuando no restituye la cosa que le fue entregada; es decir, cuando distrae o disipa la cosa.

Dentro de la entrega, ésta tiene dos características esenciales, que son: que sea hecha de manera voluntaria y sin vicio de consentimiento; y, que sea hecha a título precario, no translativo de dominio, de manera inmediata analizaremos la primera de éstas dos características fundamentales, y la segunda como elemento del tipo penal.

- Que la entrega sea hecha de manera voluntaria y sin vicio de consentimiento.

Dentro del delito materia de análisis, es la víctima la que sin vicio alguno en su consentimiento, de manera libre y voluntaria, entrega la cosa al agente, quien la recibe a título precario, es decir, que el delito de apropiación indebida sólo puede tener lugar cuando el agente no ha recibido la cosa a título translativo de dominio, pues en tal caso no se configura el tipo.

Entonces, la entrega de la cosa al agente, es un presupuesto necesario del tipo penal, como así lo establece el Art. 560 del Código Penal, pues el agente recibe la cosa de quien la encarga –víctima– para hacer de la cosa un uso o empleo determinado, o en su caso para que la restituya a su dueño. Es por ello que, la finalidad con la que se entrega la cosa al agente es lo que demuestra que la misma no transmite el dominio, y que el agente debe cumplir con una obligación la cual es recibir, hacer un uso determinado y restituirla luego.

Cuando en el Art. 560 del Código Penal, habla de que la cosa le hubiera sido entregada al agente, se está refiriendo a la entrega efectiva, es decir, a la recepción por parte del sujeto activo del delito. La recepción de la cosa significa además de la entrega de la cosa, la transferencia de los poderes, de vigilancia, de custodia, pero no se ha transferido el poder de señor y dueño, es decir, la posesión, por esto el agente sabe que la cosa está en su poder como mero tenedor, reconociendo el dominio ajeno.

Ahora, el Art. 560 manifiesta claramente que las cosas deben haber sido entregadas al agente “con la condición de restituirlas, o de hacer de ellas un uso o empleo determinados”, esto se convierte en la obligación del agente a la

restitución de la cosa o hacer de ella un uso o empleo determinado y el agente aprovechando que la misma esta bajo su custodia y cuidado dispone de ella cambiando el título de mero tenedor a poseedor, es ahí cuando el delito se encuentra configurado, y consumado cuando el agente dispone de la cosa como ya se dijo en líneas anteriores cuando distrae o disipa.

La obligación del mero tenedor de restituir la cosa es una obligación condicional, pues, cumplido el plazo dentro del cual el agente debe usarla, debe restituir la cosa a quien la entregó, a mas de esto, la obligación es resolutoria, pues una vez cumplida la condición del plazo se extingue el derecho del deudor y por ende surge la obligación de restituir.

Cuando la Ley Penal, dice en el Art. 560 “darle un uso o empleo determinado” se esta refiriendo a un mandato que realiza el sujeto pasivo al sujeto activo del delito, pues cuando el sujeto activo no cumple con la obligación de dar a la cosa un uso o empleo determinado se consume el delito, pues quien recibe la cosa lo hace como mero tenedor, y no como dueño; por lo que, no puede realizar otros actos que los que surgen del mandato, es decir, dar a la cosa el uso o empleo determinado; y es esta conducta la que sanciona nuestra legislación penal, y que da al sujeto pasivo del delito el derecho de presentar una denuncia ante los órganos competentes del Estado, quienes protegen los derechos de las personas.

2.3.1.- Título no traslativo de dominio

Dentro de uno de los elementos del tipo está, que sea hecha a título precario, no traslativo de dominio, a continuación haremos un breve análisis de este elemento.

Pues bien, decimos que el agente es tenedor de la cosa, y cabe la aclaración de que éste es su tenedor legítimo, pues dentro del delito objeto de análisis no se podría hablar de tenedor ilegítimo porque en este último estaríamos refiriéndonos de manera concreta al hurto y no al abuso de confianza que es lo que al respecto importa, decimos ha recibido la cosa de manera legítima o sea como mero tenedor.

Al respecto, tomamos en consideración el concepto de mera tenencia que nos da nuestra legislación civil, la misma que en el Art. 748 manifiesta: “se llama

mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestrado, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenecen. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo el dominio ajeno”

Del artículo mencionado podemos a más del concepto de mera tenencia, conocer cuales son los títulos legítimos, como puede el agente del delito de apropiación indebida recibir la cosa, reconociendo el dominio ajeno –saber que no se es dueño– y obligándose a restituirla.

Por otra parte, cabe precisar dentro de este tema que, aquí surge una relación jurídica, entre la persona que recibe la cosa –sujeto activo– y la personas que entrega la cosa –sujeto pasivo–. Dentro de esta relación jurídica hay por una parte, la persona que tiene el derecho personal, subjetivo, de exigir la restitución, o que se haga el uso o empleo prefijado, y por otra parte, la obligación de restituir la cosa o de hacer un uso o empleo convenido. Existe pues el derecho y la obligación de restituir o de hacer el uso prefijado por las partes.

Cabe manifestar que esta relación no siempre surge por la simple entrega, pues en algunas ocasiones, ya por la naturaleza de la cosa, ya por el uso que se le deba dar a la cosa, se entiende que la cosa se la hizo a título translaticio de dominio, y que, por ende, la obligación del que recibió la cosa puede quedar limitada o a la entrega de una indemnización, o a la entrega de una cosa equivalente en cantidad y calidad. Aquí podemos mencionar por ejemplo, el caso del préstamo de consumo de una cantidad de dinero, es evidente que tiene derecho a que se le restituya la cantidad prestada, pero no tiene derecho a que se le devuelvan las misma monedas o billetes, pues el que recibió el dinero se hizo dueño de él y, en consecuencia, pudo disponerlo de acuerdo a su voluntad. Si vencido el plazo el deudor no paga, no se puede afirmar que se ha cometido el delito de apropiación indebida, porque el dinero del préstamo fue entregado a título translaticio de dominio. Diferente sería el caso de que una persona entrega una cantidad de dinero para que el agente haga de él un uso determinado o específico, o para que lo haga llegar a otra persona, y en este caso no recibe el dinero a título translaticio de dominio, sino a título precario,

como mero tenedor para que cumpla una finalidad específica con el mismo, que no es usarlo o gastarlo.

Entonces, en la apropiación indebida el que recibe la cosa lo hace a título precario, como mero tenedor, es decir, que tiene la cosa a nombre y en lugar de otra persona –dueño–, y no con el ánimo de señor y dueño, es decir no es poseedor, pues al recibir la cosa tiene específicamente que restituirlo o darle un uso o empleo determinado de acuerdo a lo que se pacto en el contrato.

La tenencia como bien sabemos se diferencia de la posesión pues en la tenencia se carece del elemento subjetivo, el mismo que es el ánimo de señor y dueño; lo cual si existe en la posesión, se diferencia además de la mera portación en que en ningún momento el dueño pierde el control, la custodia y el poder sobre la cosa porque es entregada al portador momentáneamente, es decir para cierto momento. En el caso del poseedor no se puede configurar el delito materia de estudio pues el poseedor tiene la cosa como dueño, y por lo mismo no se puede apropiar de algo que ya es propio; en el caso del portador, porque el propietario no entregó la cosa independizándola de su custodia, sino que lo hizo simplemente para que la porte, que la tenga de manera accidental y bajo el control del propio dueño; en donde si se configura el delito es en la mera tenencia pues el agente tiene la cosa con un título precario, no translaticio de dominio sino; al contrario, debe reconocer que la cosa entregada es de otra persona, reconocer la propiedad ajena, y es cuando el mero tenedor no reconoce esa propiedad de otro cuando el delito se configura; pues, el mero tenedor invierte el título a posesión, lesionando así la propiedad.

Por consiguiente, dentro de este tema, es necesario establecer si es que la entrega se la hizo como tradición no tendríamos problema alguno pues como bien se sabe la tradición es un modo de adquirir el dominio tema que para nuestro estudio no interesa; la entrega en el abuso de confianza o apropiación indebida es como mero tenedor; no como dueño, sino en lugar y a nombre de él; es decir que el mero tenedor sabe que la cosa que tiene no es suya, porque reconoce la propiedad de otro y que la misma le fue dada para hacer un uso o empleo determinado o con cargo de restituirla, de acuerdo a las cláusulas de un contrato; y si el agente no cumple con esta obligación comete el delito que estamos estudiando.

Hay que recordar el Código Francés, el mismo que al hablar de abuso de confianza, hace una enumeración de los contratos que originan la tenencia con cargo de devolución y que, al ser incumplidos, provocan la consumación del delito de apropiación indebida. Mientras que nuestro Código Penal, no sigue el sistema anterior francés, por lo que traemos el comentario de Zavala Baquerizo quien menciona los contratos en donde se pueden provocar el delito objeto de análisis.¹⁶

Cabe aclarar que quedan excluidos los contratos que constituyen o transfieren el dominio como la ocupación, la accesión y la prescripción (constitutivos), la venta la permuta, la donación entre vivos (translativos) según lo manifiesta el Art. 737 del Código Civil.

En líneas anteriores, se transcribió el Art. 748, el mismo que habla de la mera tenencia y se conoció cuales son los títulos legítimos; por lo que a continuación haremos mención a algunos de dichos títulos.

2.3.1.1.- La Prenda

Según nuestro Código Civil en el Art. 2310 define diciendo: “Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario”. Luego el Art. 2312 ibidem dice “este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor” y el siguiente manifiesta “no se puede empeñar una cosa, sino por persona que tenga facultad para enajenarla”.

Entonces, la prenda es un contrato accesorio; solo puede constituirse sobre una cosa mueble; la esencia de este contrato se encuentra en el hecho de la entrega al acreedor prendario y que solo el que tiene poder de disposición sobre la cosa que se empeña es el que puede entregar la prenda de una cosa mueble.

Por lo tanto, una vez que el deudor que dio la cosa en prenda paga el crédito, el acreedor prendario está en la obligación de restituir la prenda al deudor; pues así lo establece el Art. 2327 que dice “Satisfecho el crédito totalmente, deberá restituirse la prenda”, además el Art. 2329 dice “esta obligado a restituir la

¹⁶ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 226 y s.s.

prenda con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo. Si la prenda ha dado frutos, podrá imputarlos al pago de la deuda, dando cuenta de ellos y respondiendo del sobrante”, aunque sin dejar de lado el Art. 2321 que manifiesta “El tenedor no puede servirse de la prenda, sin consentimiento del dueño. Bajo este respecto sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario”; a lo que el Art. 2322 dice “si el acreedor abusa de ella, perderá su derecho de prenda, y el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada”, y también el Art. 2323 expresa que entre el acreedor y el deudor no podrá “estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios aquí señalados”.

Por lo dicho anteriormente se puede resumir: que el acreedor prendario asume la custodia y la vigilancia de la prenda; que el acreedor prendario queda obligado a la restitución de la cosa como dice claramente la ley civil; que el acreedor prendario no puede usar, ni abusar, ni disponer de la cosa dada en prenda. Por otro lado; no importa hablar de la “prenda impropia” por la que la cosa dada en prenda queda en poder del deudor prendario, pues no importa en el delito de apropiación indebida la conducta del dueño que retiene en su provecho la cosa que ha constituido en prenda y de la cual conservaba la posesión, de la cual jamás se había despojado. Lo que a nuestro estudio corresponde examinar es la “prenda propia” es decir de aquella por la cual la cosa queda en poder del acreedor prendario a quien se la entregó el dueño, para los efectos del Art. 560 del Código Penal.

De lo expuesto, decimos que el acreedor prendario es el titular de un derecho real de prenda, en su calidad de mero tenedor de la cosa constituida en prenda, quedando obligado a restituirla una vez que se hubiere satisfecho, en cualquier forma, la obligación asumida de manera principal por el deudor; o se hubiere cumplido las condiciones legales para que el deudor pueda reclamar la restitución. El contrato de prenda es la causa por la cual el agente recibe y retiene legítimamente en su poder la cosa; pero esa causa no transfiere el dominio de la prenda, por la cual, por ser un título precario, el acreedor prendario queda obligado a la restitución de la cosa en el momento en el que la ley civil lo establece.

Por lo tanto, cuando el acreedor prendario dispone de la cosa, en perjuicio del deudor prendario, comete el delito de apropiación indebida tipificado en el Art.

560 del Código Penal, por lo que el acreedor prendario sólo debe tener y conservar la cosa, a esto se limita su derecho como tenedor y su obligación como acreedor prendario; por lo que tiene que esperar que transcurra el tiempo señalado en el contrato principal para que el deudor cumpla con su obligación; y si transcurrido el tiempo, el deudor no cumple con su obligación, el acreedor no puede hacerse dueño de la prenda, sino que debe recurrir al titular del órgano jurisdiccional civil para que proceda a la subasta de la prenda, de acuerdo con las reglas establecidas en la ley civil.

Entonces, en ningún caso el acreedor prendario queda facultado para disponer de la prenda de manera arbitraria, ni antes ni después del incumplimiento por parte del deudor de la obligación principal, lo que la ley pretende es proteger al deudor de la voracidad del acreedor, pues antiguamente, el acreedor exigía una prenda que supere mucho el valor de la obligación principal a sabiendas que el deudor no podría cumplir y de esta forma quedándose el acreedor con el bien.

El acreedor prendario es sólo un mero tenedor de la cosa que recibe, no puede hacer uso de la cosa empeñada, pues eso equivaldría a ejercer un derecho que no lo ha adquirido, es decir, del cual no es titular sino simplemente su mero tenedor; y, por ende, el que ejerce una facultad que no le ha sido concedida y que tampoco es su poseedor, comete un abuso y es este abuso al que se refiere la ley civil cuando expresa que en este caso el deudor prendario tiene derecho a solicitar la inmediata restitución de la cosa.

De lo dicho, el Art. 560 del Código Penal, expresa que aquél que distrajere o disipare en perjuicio ajeno una cosa que le hubiere sido entregada con cargo de restitución o de hacer de ella un uso específico, comete el delito de apropiación indebida. Si distraer equivale a malversar y disipar a malgastar y ambas conductas constituyen una disposición arbitraria, es evidente que aquél que usa una cosa que ha sido entregada para que la conserve en garantía de una obligación principal a fin de que, en el supuesto de que no se cumpla con dicha obligación, el acreedor previo al cumplimiento de las formalidades legales, se pueda pagar con el valor de la prenda, y el acreedor distrae, disipa o dispone de cualquier otra manera, de la cosa que le ha sido dada con cargo de restitución, como el que usa la prenda, sin derecho a ello comete el delito de abuso de confianza.

El Art. 560; manifiesta que si el agente distrae o disipa la cosa que le fue entregada con cargo de restitución, el delito se consuma, cuando se hubiere provocado perjuicio a otro. A lo que respecta dentro del contrato de prenda, el delito se ha consumado, aunque el acreedor prendario restituya la prenda en el momento en que le es exigida por el deudor, siempre que el abuso cause un perjuicio objetivamente considerado a otra persona.

Lo que importa dentro de nuestra legislación penal ecuatoriana, es que para la consumación del delito objeto de análisis es la distracción o disipación que se da a la cosa que se entrega como prenda, y no la negativa de parte del acreedor prendario a devolverla y restituirla al deudor prendario en el momento y tiempo requerido por éste; y a consecuencia se da el perjuicio al deudor al hacer la disposición de la cosa que tiene como mero tenedor.

Por otra parte, cabe mencionar que el abuso puede también darse en el caso de que tal abuso se concreta en la falta de cuidado que el acreedor preste a la cosa dada en prenda, corriéndose el riesgo de su destrucción, dentro de este aspecto el Art. 2320 del Código Civil, como una obligación del acreedor es la de “guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responder de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa”; dentro de este precepto cabe la aclaración de que aquí no se consuma el delito de apropiación indebida pues no existe los elementos del tipo, pues para que el delito se de es necesario que el agente distraiga o disipe lo que en el caso anterior es la obligación que tiene el acreedor prendario de cuidar y conservar la cosa, por lo que en este caso se daría la destrucción de la cosa mas no la apropiación de la misma.

Es necesario diferenciar dos momentos en que puede ocurrir que el acreedor prendario disponga arbitrariamente de la prenda, el primero anterior al vencimiento del plazo dentro del cual debe cumplir con la obligación principal y el segundo posterior al vencimiento del indicado plazo.

De lo dicho, si el acreedor prendario vende la cosa antes de que el deudor esté obligado a cumplir lo establecido en el contrato principal, en este caso es indudable que ha cometido el delito de apropiación indebida, pues el acreedor prendario sabía que no podía disponer de ella, la conducta del acreedor al vender la prenda se ajusta al tipo penal del Art. 560, pues existe el perjuicio al

deudor al disponer de la prenda como si fuera propia, pues previamente se apropió de la cosa para luego venderla.

Pero si el acreedor, luego de vencido el plazo dentro del cual debía el deudor cumplir la obligación principal, sin que lo hubiere hecho, resuelve ignorar las disposiciones legales y se apropia de la cosa para pagarse la obligación principal incumplida, también comete el delito de apropiación indebida, pues como se dijo anteriormente la ley civil no faculta al acreedor prendario a invertir el título de mera tenencia en propiedad; puede suceder también que el acreedor prendario venda la cosa por una suma superior al valor de la obligación que debe satisfacer y que una vez recibido el precio, retenga para sí los valores correspondientes a la obligación, conservación y devuelva el saldo al deudor, cabe en este caso también el delito de apropiación indebida de la prenda, pues el acreedor con la venta de la prenda, impidió al deudor obtener su restitución, causándole un perjuicio.

2.3.1.2.- El Depósito

El Depósito es otro contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa a otra persona, pero aclarando que dicha entrega no significa tradición –título translaticio– por lo que se considera necesario transcribir lo que nuestro ordenamiento civil entiende por el contrato antes nombrado, diciendo en el Art. 2143 “Llácese en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie. La cosa depositada se llama también depósito”, el Art. 2144 ibidem dice: “El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario”. Así mismo cabe manifestar que la misma ley civil en el Art. 2147 manifiesta “El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde, y la restituya en especie a voluntad del depositante” y el Art. 2152 dice “por el mero depósito no se confiere al depositario la facultad de usar la cosa depositada sin permiso del depositante”. El Art. 2158 “la restitución es a voluntad del depositante”, y el Art. 2160 “El depositario está obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se le han confiado en depósito, aunque consistan en dinero o cosas fungibles, salvo el caso del Art. 2153”.

De lo dicho se concluye que el depósito es un contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa mueble depositada, que el depositario solo tiene la tenencia

de la cosa y no la posesión, que el fin del depósito es guardar la cosa, que el depositario solo puede hacer uso de la cosa con consentimiento del depositante, que el depósito debe ser restituido por el depositario en el momento en que el depositante lo reclame.

El depositario recibe la cosa depositada para su custodia, con la obligación de restituirla cuando el depositante la exija. Si el depositario distrae o disipa la cosa comete el delito objeto de estudio. Hay que mencionar lo que dice el Art. 2161 del Código Civil el depósito “debe restituirse con todas sus accesiones y frutos” por lo que cabe la inquietud si dentro del abuso de confianza cabe también que se abusen las mejoras, pues cuando el depositario no entrega la cosa que tenía en custodia comete el delito de abuso de confianza, pero a decir de Zavala Baquerizo en cuanto a las mejoras que la cosa obtuvo, si el depositario no devuelve dichas mejoras no comete delito alguno, pues las mejoras surgieron después de la entrega, es decir cuando la cosa estaba en manos del depositario; pues falta el primer elemento del delito de depósito que es la entrega de la cosa, cabe aclarar al respecto, que cuando el depositario se apropia de las mejoras de la cosa entregada como depósito, comete el delito de Hurto tipificado y sancionado en el Art. 571 del Código Penal y no el del Art. 560 de abuso de confianza. Ahora un caso a la inversa del anterior, cuando el depositario entrega las mejoras al depositante, pero retiene maliciosamente el depósito, comete el delito de apropiación indebida.¹⁷

Otra cosa sucede, cuando el depósito es irregular, es decir al que se refiere de dinero. La ley civil establece que el depósito debe ser restituido exactamente el mismo, que la cosa que fue entregada es la que debe ser restituida, salvo el caso del dinero. Por lo tanto, si el depositante entrega al depositario una cantidad de dinero, que el depositario lo ve y lo cuenta, y luego lo guarda en una caja con llave, el depositario tiene que restituir la misma caja con el mismo contenido. El depositante lo que entrega es la caja que contiene el dinero para que la conserve, y no el dinero que contiene la caja. Si el depositario dispone de la caja comete el delito de abuso de confianza o apropiación indebida; pero si rompe la caja para sustraer el dinero, comete el delito de robo pues se da con fuerza en las cosas.

¹⁷ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo II, Pág. 237.

Politoff distingue claramente tres situaciones cuando habla del depósito de dinero: a) entregar el dinero en arca cerrada, cuya llave conserva el depositante; y el depositario fracturando el arca se apropia del dinero comete el delito de robo; b) puede el depositante entregar el dinero al depositario, sin las seguridades antes dichas, y se puede estipular en el contrato de depósito la prohibición de que el depositario use el dinero dado en depósito; dentro de este caso se pueden dar dos sub-situaciones: 1) Si requerido por el depositante para que el depositario haga entrega del dinero, éste en efecto restituye la misma cantidad, no comete el delito de apropiación indebida, pues falta el elemento constitutivo del perjuicio ajeno sin el cual no se consuma el delito; 2) No devuelve el dinero arbitrariamente usado, en este caso, se comete el delito de apropiación indebida; y c) este caso se da cuando el depositario recibe el dinero sin seguridad alguna y sin prohibición para su uso, pues dentro de este caso cabe la presunción que habla el Art. 2153 del Código Civil, si el agente dispone del dinero no comete delito alguno, desde el momento en que se considera que falta de protección especial y de prohibición expresa para el uso, hace presumir que el depositario podía disponer como cosa propia, de dicho depósito. (Politoff Sergio, El delito de apropiación indebida)

Por lo que concluimos, diciendo que el delito de abuso de confianza o apropiación indebida se configura cuando el depositario distrae o disipa; es decir, dispone de la cosa dada en el depósito consuma el delito; pues el depositario es simplemente un mero tenedor de la cosa, y cuando dispone de la misma lo hace cambiando el título por el cual lo tiene, es decir que de mero tenedor se convierte en poseedor perjudicando por ello al depositante quien entregó la cosa para que la guarde y custodie pero con cargo de restitución.

2.3.1.3.- El Usufructo

El Art. 796 del Código Civil define al usufructo “es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad o calidad del mismo genero, o de pagar su valor, si la cosa es fungible”.

De lo dicho, cabe distinguir el usufructo propiamente dicho del cuasi-usufructo, el primero que es aquél en que el usufructuario está en la obligación de devolver al dueño la misma cosa que se usufructúa, si esta no es fungible; y el segundo

aquél que el usufructuario sólo está obligado a devolver al dueño una cosa igual en calidad y cantidad, si la cosa que se usufructúa es fungible.

El delito de apropiación indebida sólo puede constituirse en el usufructo propiamente dicho, pues en el cuasi-usufructo presupone la transmisión del dominio de la cosa a usufructuarse, pues en este último se concede el goce de la cosa con la obligación de devolver otra cosa de igual calidad y cantidad.

Para nuestro estudio lo que importa es el usufructo propiamente dicho, pues el titular de este derecho real está obligado a restituir la cosa, al término del usufructo, a demás en este caso cabe aclarar que cuando se habla del derecho de usufructo lo hacemos de cosas muebles porque en el caso de cosas inmuebles si el usufructuario invierte el título lo que se da es una usurpación. El usufructo como derecho real puede constituirse, por testamento, por la Ley, por donación, venta u otro acto entre vivos o por prescripción, como así lo dice la ley civil; en todo caso, siempre habrá un título que constituya el derecho de usufructo, es decir de gozar de una cosa que pertenece a otra persona, entonces, el usufructuario es sólo un mero tenedor de la cosa que usufructúa.

Por lo tanto, dentro de este contrato existe una persona que es el usufructuario y otra que es el nudo propietario de la cosa, por lo que entre estos hay una relación; el usufructuario como propietario del derecho de usufructo, tiene el derecho de gozar de la cosa, objeto del usufructo, y también el derecho de exigir que se le entregue dicha cosa; y el nudo propietario tiene el derecho a que se le restituya la cosa al término del usufructo. Cuando el usufructuario, no cumple con la obligación de restituir la cosa al término del contrato de usufructo, es ahí en donde el delito de apropiación indebida se consuma y configura, cuando el agente al invertir el título de mera tenencia a posesión, decide distraer o disipar la cosa haciendo de este modo imposible la devolución de la misma, esta conducta es la que sanciona nuestra legislación penal, en el Art. 560, pues el agente usa la cosa pero no la restituye a su dueño.

Al ser el usufructo un contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa, para que el delito de abuso de confianza o apropiación indebida se consuma, es necesario que se entregue la cosa objeto del usufructo, y que el agente, es decir el mero tenedor invierta, cambia el título de mera tenencia a posesión, y por ello

distrae o disipa la cosa entregada; pues es obligación del agente de restituir la cosa al término del contrato de usufructo.

2.4.- Abusos Especiales

2.4.1.- Disposición fraudulenta de cosa ajena

El Art. 571 del Código Penal dice: “Serán reprimidos con prisión de ocho días a dos años y multa de seis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Los que habiendo encontrado una cosa mueble perteneciente a otro, cuyo valor pase de cien sucres, u obteniendo por casualidad su tenencia, la hubieren ocultado o entregado a un tercero, fraudulentamente; y,

Los que habiendo descubierto un tesoro, se hubieren apropiado de él en perjuicio de los que, según la ley, tienen derecho al tesoro”.

Para esclarecer éste estudio es necesario citar los artículos de nuestra legislación civil, la misma que nos ayudará a comprender y a dilucidar todas las dudas y problemas que en este estudio pueden presentarse; es así que el Art. 664 del Código Civil dice “Si se encuentra alguna especie mueble al parecer perdida, deberá ponerse a disposición de su dueño; y no presentándose nadie que pruebe ser suya, se entregará a la autoridad competente, la cual deberá dar aviso del hallazgo..”, también el Art. 666 ibidem manifiesta “La persona que haya omitido las diligencias aquí ordenadas, perderá su porción en favor de la institución a quien correspondiere legalmente; y aun quedará sujeta a la acción de perjuicios, y según las circunstancias, a la pena respectiva”. Por lo tanto, el Art. 571, en el inciso segundo del Código Penal, complementa el texto del Art. 666 del Código Civil.

Pues bien, el objeto jurídico general dentro del delito que analizamos es la propiedad, pero el especial, el concreto esta dado por la apropiación, es decir, por la violación del derecho de restitución de la cosa a su dueño, pues hay que aclarar que el delito no consiste en omitir las obligaciones que acarrea la ley civil, sino en apoderarse de la cosa, es decir, a la apropiación ilícita de la cosa que se encuentra; y es en este momento en donde se consuma el delito de apropiación

de cosa ajena, en el momento en que el agente se “apropia” de la cosa hallada o encontrada.

La persona que encuentra la cosa perdida queda sometida a una obligación legal una que es la entrega de la cosa al dueño, o en su caso a la autoridad competente cuando no se conoce a ciencia exacta quien es el dueño, cuando el agente no realiza esta obligación queda sometido a las responsabilidades civiles y penales que acarrea esta omisión; las misma que son: el pago de perjuicios ocasionados al dueño, pérdida de la porción a que diere derecho cuando se llegue al remate de la cosa cuando transcurrido un año no apareciere dueño alguno, o en su caso a la recompensa que el dueño diere de la misma; y la otra por haberse apropiado de la cosa, ocultándola o entregándole a un tercero fraudulentamente sanciona la ley penal.

En cuanto al objeto del delito, se debe decir que este se refiere a la cosa perdida u olvidada; pues en el Art. 571 se refiere a las cosas que hayan sido “encontradas”, es decir a las cosas perdidas, pero en ningún caso a las cosas abandonadas o que no pertenecen a nadie. El objeto del delito, es de aquellas cosas que el dueño tiene, quien la ha perdido y que desea encontrarla.

Toca analizar que debemos entender por cosa perdida; para Zavala Baquerizo “cosa perdida es aquella en que el dueño se ha visto privado de la posesión, sea por culpa propia, sea por culpa ajena, cuando le ha encargado a un tercero para que la cuide, y que puede ser encontrada por cualquier persona, sea que la busque expresamente, sea que alguien la encuentre de causalidad”.¹⁸

Para Emilio C. Díaz, “por cosas perdidas ha de entenderse las que se hallaren en sitio de uso público y en condiciones tales que hagan presumir con fundamento la realidad de un extravío”.

Maggiore dice “cosa extraviada (“res depertita”) es la que salido de la custodia de su propietario o poseedor, de modo que éste ignore en donde se encuentra”.

De lo dicho, podemos decir que la cosa perdida puede ser mueble, pues la cosa inmueble no se puede extraviar, de lo último cabe manifestar que en el campo

¹⁸ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo III, Pág. 138.

civil se consideran cosas inmuebles a las cosas muebles por accesión o destinación; pero lo que interesa al derecho penal es el concepto natural, ontológico de cosa mueble, es por ello que si una cosa mueble por destinación o por accesión se pierde y el que lo encuentra no cumple con la obligación prevista en el Art. 571 comete el delito descrito; sin olvidar que también comete el delito quien obtenido la tenencia de la cosa por casualidad, la hubiere ocultado, o se la hubiere entregado a otra persona fraudulentamente. Por causalidad se entiende algo inesperado, o las circunstancias que se presentan de manera inesperada e imprevista; es por eso que el Art. 571 sanciona a la persona que llega a tener una cosa mueble ajena por casualidad, la oculta para que el dueño no la pueda recuperar o en su caso entrega a un tercero por cualquier concepto, es este actuar fraudulento que sanciona la ley penal, pues el agente oculta la cosa hallada para que el dueño no la recupere.

El Art. 571 en su inciso segundo, encierra dos situaciones fácticas diferentes, cuando expresa que quien encuentra una cosa mueble ajena la oculta o la traspasa a otro, se refiere al hecho de que se encontró algo que se estaba buscando, y cuando se habla de la tenencia por causalidad está frente a lo que se denomina hallazgo; en ambos casos el Art. 571 sanciona a quien se encuentra o se halla la cosa, si reúne los demás elementos del tipo penal. Este delito es doloso pues el agente tiene la voluntad de apropiarse de la cosa encontrada o hallada sabiendo que es ajena, es decir que el agente tiene la voluntad y la intención de apropiarse de la cosa que halló, perjudicando de esa forma al sujeto pasivo.

Por otra parte, debe aclararse que se entiende por apropiación de la cosa, que no es mas que el apoderamiento de la cosa, así como el “animus rem sibi habendi”, entonces el objeto del delito es la apropiación del hallazgo o de la cosa encontrada, que es el bien jurídico de la propiedad, es por ello que en el Art. 571 este ánimo se manifiesta cuando el agente la oculta o la entrega a un tercero dolosamente, a sabiendas de que no es de su propiedad; aunque también tal apropiación surge cuando el agente dispone de la misma en provecho personal, ingresándolo a su patrimonio y ejerciendo sobre ella los actos de señor y dueño, en conclusión se da la apropiación, cuando se oculta la cosa o cuando se actúa fraudulentamente y el agente no permite que el sujeto pasivo recupere la misma.

El sujeto pasivo del delito que analizamos es aquél que recibe la ofensa por la comisión del delito; es el propietario de la cosa, aunque se extiende a los agraviados de la infracción cuando existen arrendatarios o usufructuarios de las cosas que el agente encuentra o halla. El sujeto pasivo, es la persona que recibe la disminución del patrimonio.

De acuerdo a lo que establece el Art. 571 en su inciso tercero hay que tomar en consideración el concepto de tesoro, Carrara lo define como “un conjunto de cosas preciosas, oculto en un sitio desconocido”; nuestro Código Civil en el Art. 660 dice “se llama tesoro la moneda o joyas, u otros efectos preciosos que, elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño”

Por lo tanto, para lo que a nosotros interesa es saber que la acción material de apropiarse del tesoro sin cumplir con la obligación que señala la ley civil en el Art. 661 que dice “El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá, en partes iguales, entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento...” es decir, que el tesoro se debe dividir en partes iguales entre el que hizo el descubrimiento y el dueño del terreno, y el descubrimiento al que nos referimos es de un hallazgo propio, es decir, debe ser fortuito, entonces si el que halla el tesoro no lo reparte con el dueño del terreno comete el delito de apropiación.

Por otra parte, cuando el tesoro se lo encuentra en tierras baldías, entendidas estas como tierras del Estado, que ubicadas dentro del territorio nacional, carecen de dueño, en este caso quien encuentra un tesoro en una de estas tierras, tiene la obligación de repartirla con el Estado por ser este el dueño del terreno en donde se halló el tesoro el agente, y si éste no cumple con la obligación incurrirá en la pena del Art. 571.

2.4.2.- Disposición indebida de bienes prendados

Lo que importa dentro de este tema es lo que corresponde a la prenda impropia, que es aquella en que la cosa dada en prenda queda en poder del deudor prendario, quien, por ese contrato accesorio, queda obligado a conservar en un lugar prefijado, a cuidar y a proteger lo prendado hasta la cancelación de la obligación principal, a la que accede la prenda.

Hay que mencionar que la constitución de la prenda impropia tuvo como finalidad facilitar la acción económica del deudor prendario, quien de esa manera podía seguir utilizando la cosa prendada en beneficio de la industria o de la faena agrícola a que estaba dedicado.

Debemos aclarar que la hipoteca cabe sobre bienes inmuebles, y la prenda sobre bienes muebles, sin embargo, en la actualidad se sabe que existen hipotecas que se constituyen sobre bienes muebles, como las naves y aeronaves; y prendas que se constituyen sin desplazamiento de tenencia de la cosa prendada; pues como bien se sabe la prenda propia en la que la cosa queda en poder del acreedor prendario, mientras que en la prenda impropia – objeto de nuestro estudio– queda en poder del deudor prendario, el mismo que frente a la prenda tiene varias obligaciones que cumplir.

La prenda especial de comercio, la agrícola e industrial quedan en poder del deudor prendario, quien actúa como mero depositario, pues el titular del derecho de prenda, es el acreedor prendario y la posesión de la cosa le pertenece a él aunque él no detente la cosa, tenencia que la tiene el deudor prendario. Es por ello que el deudor prendario tiene como se dijo varias obligaciones, las cuales son: a) conservar la cosa prendada; b) en un lugar preestablecido en un contrato; c) a no gravarla a favor de terceras personas, sin permiso del acreedor prendario.

Por lo expuesto, dentro de las obligaciones del deudor prendario esta la de conservar la cosa y dentro de esto está la prohibición de enajenar la prenda, así también la prohibición de la remoción de la cosa prendada del lugar preestablecido en el contrato.

El Art. 574 del Código Penal manifiesta: “el deudor que indebidamente remueva o permita que se remuevan del lugar en que se efectúa la explotación industrial o agrícola los objetos dados en prenda industrial o agrícola, o que por su negligencia causare la desaparición o deterioro de los mismos, los cambiare, abandonare o diere en garantía como suyos bienes agrícolas o industriales que no le pertenezcan, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de nueve a cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de Norte América”.

En este primer inciso del Art. 574; dice claramente cuales son las obligaciones del deudor prendario, dentro de la prenda impropia, la misma que es cuidar los objetos empeñados; debiendo responder por ellos en concordancia con lo que manifiesta el Art. 588 del Código de Comercio; así también “queda obligado a no removerlos del lugar en donde se efectúa la explotación agrícola e industrial la cosa empeñada, salvo que se traten de animales, carros, vagones, automóviles u otros objetos semejantes, que puedan removerse temporalmente con propósitos relacionados con las labores de la finca o establecimiento industrial” es lo que dice el Art. 591 del Código de Comercio.

De lo dicho se desprende, que el comportamiento del deudor prendario resulta antijurídico cuando no ha cancelado la obligación principal; comportamiento que esta dado por la remoción que no es otra cosa que trasladar, mudar de un lugar a otro, es romper el “status loci”; y es este acto de remover la cosa prendada lo que la ley penal sanciona; es por esto que en el contrato de prenda agrícola o industrial es necesario que se haga constar de manera clara el lugar en donde va a estar la prenda, es decir en donde se va a hacer la explotación; si el acreedor prendario da su autorización para que mueva la prenda se debe dejar constancia escrita y el lugar en donde se va a ubicar nuevamente la prenda, es por ello que la remoción sin el consentimiento del acreedor prendario es lo que consume el delito en este primer inciso. Sin dejar de lado que también comete este delito si el deudor prendario permite que un tercero remueva la prenda, entendiéndose que es necesario para que se consuma el delito que el deudor prendario haya consentido al tercero para que remueva la cosa prendada.

La ley penal dentro de este tipo que analizamos no sanciona solamente la acción dolosa del deudor prendario, sino también la culposa, ya que de la negligencia del deudor prendario causare la desaparición o deterioro de la cosa prendada, es por ello que el deudor prendario se obliga a cuidar de manera especial la cosa y mantenerla en el mejor estado para que continúe garantizando la obligación principal.

Por otra parte, el Art. 571 sanciona también al deudor que cambiare la prenda, se refiere a la sustitución que puede hacer el deudor prendario de la cosa que tiene como prenda por otra parecida, es decir, reemplazar la prenda por otra semejante, además la ley habla de abandonar la cosa dada en prenda se refiere a descuidar, desproteger, desamparar la cosa empeñada, y de esa forma pone

en peligro su existencia pues en caso de abandono la cosa prendada puede destruirse o en su caso puede ser hurtada por otra persona.

El segundo inciso del Art. 571 dice “En la misma pena incurrirá el deudor de prenda especial de comercio o de prenda agrícola o industrial que vendiere, donare o diere en prenda a otra persona el objeto constituido en prenda sin la intervención del acreedor, o que no cumpliera dentro del término que le señalare el juez con la exhibición o entrega para la venta al martillo del objeto dado en prenda, lo cambiare del lugar de conservación señalado en el contrato ocasionando perjuicios a la otra parte, o lo destruyere, dañare o menoscabare dolosamente la integridad del mismo sin solucionar el crédito”.

Del mencionado inciso debe en primer lugar aclarar que la prenda especial de comercio solo puede constituirse sobre los artículos que vende el comerciante, para ser pagados mediante concesión de crédito al comprador y esta prenda solo se puede constituir cuando se trata de un comerciante matriculado; aunque sin olvidar también que habla sobre la prenda agrícola o industrial, es así que el deudor prendario no puede vender, donar o dar en prenda a otra persona la cosa empeñada, salvo que el acreedor prendario haya dado su consentimiento, también cabe señalar que para la consumación del delito no basta con la remoción de la cosa dada en prenda; sino, que también es necesario que el traslado de la cosa prendada cause perjuicio al acreedor prendario estableciéndose esta como un elemento constitutivo del tipo; y a más de ello por ser éste un delito contra la propiedad, debe además causar un perjuicio patrimonial.

El inciso tercero del artículo que analizamos dice “Igual sanción se impondrá al deudor que vendiere los frutos de los objetos empeñados en prenda industrial o agrícola a los objetos mismos, sin dar aviso al comprador de la existencia del contrato de prenda”.

En este inciso se sanciona al deudor prendario si es que vende la cosa dada en prenda sin hacerle conocer al comprador de la prenda el gravamen o limitación que tiene la cosa que vende; así como también sanciona al deudor prendario si vende los frutos de la cosa empeñada, sin poner en conocimiento del comprador de dichos frutos, de la existencia del contrato de prenda, y sin dar aviso al acreedor de la predicha venta; cabe mencionar que si la venta se hace de la

cosa objeto de la prenda siendo esta la garantía de la obligación principal su enajenación deja sin dicha garantía al acreedor, pero no sucede esto cuando se venden los frutos pues estos no tienen gravamen alguno aunque si tiene el deudor la prohibición de enajenarlos.

Para finalizar el Art. 574 manifiesta “Estos juicios se iniciarán por orden del juez civil, quien remitirá todo lo actuado al Juez del Crimen para la correspondiente sustanciación del proceso penal. Si hasta rendir la indagatoria se pusiere a disposición del juez la prenda, quedará terminado el juicio penal y se la devolverá al Juez Civil con los antecedentes que envió, para la continuación del remate”.

Este artículo lo que interesa es realizar una acción prejudicial pues como bien dice en el inciso objeto de comentario para que se pueda proseguir la acción penal es requisito que en primer lugar se inicie por orden de juez civil, y luego de la sentencia civil, el juez civil remitir lo actuado para que se inicie la acción penal correspondiente.

2.5.- Abuso de un menor para suscripción de documentos

El Art. 561 del Código Penal dice: “Será reprimido con prisión de tres meses a cinco años con multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que hubiere abusado de las necesidades, debilidades o pasiones de un menor, para hacerle suscribir, en su perjuicio, obligaciones, finiquitos, descargos, libranzas o cualesquiera otros documentos obligatorios, cualquiera que sea la forma en que esta negociación haya sido hecha o disfrazada”.

Esta figura penal exige que el sujeto pasivo sea un menor de edad, es decir aquella persona que no ha cumplido dieciocho años, haciendo la diferenciación entre los menores púberes de los impúberes, quienes como bien se sabe los primeros son aquellos que han cumplido catorce en los hombre y doce en las mujeres hasta los dieciocho años, mientras que los impúberes son los menores de catorce y doce respectivamente, a éstos últimos se consideran incapaces absolutos pues por la edad de los mismos no tienen voluntad ni capacidad para contratar, a diferencia de lo que sucede con los menores púberes quienes pueden realizar ciertos actos a los cuales la ley les concede capacidad; es a estos menores púberes a los que nos vamos a referir en el artículo antes transcrito; aunque sin olvidar que en otras legislaciones como en la italiana

extiende el tipo penal a los que están en estado de enfermedad o deficiencia psíquica; la legislación alemana se refiere a los menores exclusivamente y la redacción del código argentino se refiere a un menor o incapaz declarado o no como tal; es así que las legislaciones antes mencionadas tiene su forma propia de legislar el tipo que comentamos, pues nuestra legislación ecuatoriana como se lee del artículo 561 se refiere a cualquier menor emancipado o no.

En cuanto al sujeto activo del delito que analizamos puede ser cualquier persona pues en la ley penal se utiliza las palabras “el que” no hace mención un sujeto activo determinado, la doctrina no ha sido pacífica en cuanto al sujeto activo del delito, pues algunos tratadistas piensan que el delito puede ser cometido solo por su tutor o curador, o en su defecto por lo padres del menor, lo que interesa es que el sujeto activo –cualquier persona– actúe de acuerdo a la forma en que el tipo penal describe para que se de una conducta antijurídica.

Por otra parte el delito es de tipo doloso pues el sujeto activo se aprovecha de la víctima sabiendo ya de antemano que el sujeto pasivo es un menor y aprovechándose el sujeto activo de las pasiones o necesidades del menor le hace suscribir una obligación que una persona llena de capacidad no lo haría, es por ello que el agente a través del abuso o aprovechándose de las pasiones o necesidades del menor hace que la economía del menor se vea menoscabada al hacer que el sujeto pasivo suscriba una obligación obteniendo el agente un lucro a través del abuso o explotación que se hace al menor.

Por lo expuesto, decimos que el verbo rector del tipo es “abusar” pues lo que el sujeto activo busca es aprovecharse de las debilidades o pasiones del menor que en un momento dado el agente se valdrá de estas necesidades o debilidades para alcanzar un lucro; por ello es que el sujeto activo para alcanzar el acto antijurídico no necesita de manejos fraudulentos como en otros tipos que hemos analizado, sino simplemente el agente conoce a ciencia cierta que la víctima es una persona menor de edad y aprovechándose de que la víctima no esta en las mismas condiciones se aprovecha de su incapacidad para de esa forma obtener el lucro deseado por el agente.

El abuso del que hablamos anteriormente debe ser capaz de causar un perjuicio en el patrimonio de la víctima, pues como bien se sabe lo que se protege dentro de los delitos contra la propiedad, es el patrimonio, es por ello que el agente

debe abusar de las necesidades de las pasiones o debilidades del menor las mismas que deben ser capaces de causar un perjuicio en el patrimonio del menor que es la víctima del delito y como consecuencia de la misma aumentar el peculio del agente.

Lo que el agente quiere es que el menor suscriba “obligaciones, finiquitos, descargos, libranzas o cualesquiera otros documentos obligatorios” esta suscripción constituye la materialidad del delito, pues si no se llega a que el agente obtenga tal suscripción mal podría hablarse del delito que analizamos, porque la ley penal menciona que estas obligaciones deben ser por escrito para que las mismas puedan dar los efectos jurídicos que el agente desea con tal suscripción; la suscripción del documento a de ser voluntaria, es decir, que no debe existir coacción física por parte del agente sobre la víctima, pues el sujeto pasivo debe obligarse voluntariamente, lo que el agente hace es insinuar, sugerir e inspirar a que la víctima atraída por algo suscribe el documento, que el agente lo hace aprovechándose de las necesidades, debilidades o pasiones del sujeto pasivo.

Por lo expuesto, para la consumación del delito basta que el menor –sujeto pasivo– suscriba el documento, y esta suscripción acarrea una disminución en su patrimonio, es decir, un perjuicio en su propiedad mediante la insinuación que hace el agente al menor; pero hay que aclarar que tal consumación se da cuando el menor consiente en la suscripción de la obligación, pero tal consentimiento se expresa a través de la firma y entrega del documento y dichos documentos deben ser capaces de comprometer patrimonialmente al menor.

CAPITULO III

OTRAS DEFRAUDACIONES EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO

3.- Defraudaciones

3.1.- Antecedentes

Podemos decir que el fraude ha tenido una historia y trascendencia, es por ello que el fraude no sólo fue castigado por las leyes de Roma, en la Ley de las XII Tablas, sino también por varios derechos. Previeron disposiciones contra el fraude, por ejemplo La ley de Hamurabi, el Avesta Persa, el libro del Profeta Amós, el Corán, los códigos de Manú que en la Ley 203 dice “No debe venderse ninguna mercadería mezclada con otra como si no estuviera mezclada, ni una mercadería de mala calidad como si fuera buena, ni una mercadería de menor peso que el convenido, ni una cosa alejada, ni una cosa cuyos defectos se han ocultado”; y de Yajnavalkya, en el Derecho Canónico que tenía algunas disposiciones de fraude en donde se imponía la excomunión.

3.2.- Concepto

A decir de Zavala Baquerizo Jorge; “La defraudación es actuar con fraude; y fraude es una conducta que se manifiesta en el mundo fenomenológico a través del engaño y del abuso de confianza”.

Según Jorge Mera Figueroa; “El fraude es el medio o modo de obrar engañoso o abusivo de la confianza de que se vale una persona para obtener un resultado antijurídico”.

Eduardo López Betancourt dice “El fraude consiste en la apropiación ilícita de una cosa o en la obtención de un lucro indebido, utilizando para ello el engaño o el error”.

De los conceptos antes citados, nuestra legislación penal no establece en un solo artículo el tipo de fraude, sino al contrario, establece como se puede manifestar el fraude a través de distintos “modos operandi” del sujeto activo, es así que dentro de este tema, trataremos los fraudes que a nuestro parecer son

los que con más frecuencia se dan en nuestro medio; por lo tanto comenzaremos en seguida el estudio de los ilícitos en cuanto a fraudes se trata.

3.3.- Engaño al comprador respecto de calidad y cantidad de las cosas

Dentro de este tema es necesario e indispensable saber como esta estructurado el delito que vamos a analizar el mismo que se encuentra en los artículos 564 y 565 del Código Penal.

Art. 564 “Será reprimido con prisión de un mes a un año y multa de seis a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América o con una de estas penas solamente, el que hubiere engañado al comprador:

Acerca de la identidad de la cosa vendida, entregando fraudulentamente una cosa distinta del objeto determinado sobre el cual ha versado el contrato; y,

Acerca de la naturaleza u origen de la cosa vendida, entregando una cosa semejante en apariencia a la que se ha comprado o se ha creído comprar”.

Art. 565 “Serán reprimidos con prisión de un mes a un año y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América los que, con manejos fraudulentos, hubiere engañado al comprador acerca de la cantidad de las cosas vendidas”.

En los artículos antes transcritos, como se puede ver tanto en el uno como en el otro es necesario que en primer lugar exista un contrato de compra venta, pues esta clase de fraude se trata de aquellos en los que el agente engaña a cerca de la identidad, de la naturaleza o de la cantidad de las cosas que se venden, y por ello es necesario para que el tipo penal se configure que, como antecedente exista un contrato de compra venta, en el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de la cosa vendida y el comprador se obliga a pagar el precio pactado, por lo tanto al ser éste contrato consensual pues para que sea perfecto se requiere del consentimiento de cada una de las partes contratantes; por lo tanto, en un primer momento existe tal consentimiento y el contrato se reputa perfecto y otro momento en el cual el vendedor debe entregar la cosa, es en ese momento en el que el agente actúa engañando al comprador respecto a la cosa que debe recibir el comprador.

De lo dicho, no se trata de un incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa al comprador, sino que en el momento que debe hacerlo el vendedor, es decir el agente debe realizar algún ardid o engaño para que el comprador crea que está llevando lo que realmente compró; por eso los delitos de los artículos 564 y 565 se consuman en el momento de la entrega; en donde el vendedor ha engañado al comprador acerca de la identidad, naturaleza o peso de las cosas que compra, mediante el uso del engaño, ardid o de otro medio que lleve al comprador a pensar que la cosa que compra es la que realmente entrega el vendedor.

En el Art. 564, dice que el comprador ha sido “engañado” de lo que infiere que lo importante es que ha sufrido un error inducido por el vendedor mediante algún ardid, u otro artificio idóneos para provocar dicho error; es así que la conducta del vendedor debe ser fraudulenta pues engañó al comprador respecto a la cosa que compra. Es por esto, que tanto el Art. 564 como el Art. 565 deben ser interpretados que cuando la ley penal habla en este caso de engaño o manejos fraudulentos no hace otra cosa que decir que el vendedor actúa realizando algún ardid, o abusando de la confianza de la víctima que lleva a comprar o mejor dicho a recibir una cosa que no era idéntica a la que compra o en su caso distinta a la que realmente compra ya sea en su calidad, naturaleza o cantidad.

En los artículos 564 y 565 en lo que al agente del delito se refiere dice: “el que” y “los que” debiendo entender en este tipo penal que el sujeto activo del delito solo puede ser el vendedor, pues como se dijo en líneas anteriores, que como antecedente para que el tipo se configure es necesario que exista un contrato de compra venta, es por eso que el sujeto activo al ser una clase especial solo puede ser cometido por los vendedores ya que éstos son los que están obligados a entregar la cosa que es objeto del contrato de compra venta; en cuanto al sujeto pasivo es el comprador como bien reza de los artículos antes dichos, pues la víctima dentro de estos tipos penales es el comprador que es engañado por el vendedor respecto a la cantidad, calidad o naturaleza de la cosa; por eso es que el comprador es quien recibe la lesión en su patrimonio, porque recibe una cosa inferior a lo que pagó, mientras que el sujeto activo – vendedor– adquiere fraudulentamente un aumento en su patrimonio.

El agente en esta clase de infracciones tiene una calidad especial, que es el ser el vendedor de la cosa, pues en virtud de esto tiene la obligación de entregar la

cosa vendida, entregando la cosa igual a las especificadas en el contrato; por ello es que el fraude del que se habla debe estar dirigido por el vendedor a entregar una cosa diferente, distinta de la que se pacto, o en su caso, semejante en apariencia o disminuida en cantidad; si el fraude fue lo suficientemente idóneo para hacer creer a la víctima que lo que se entregó era lo que se pacto se consuma los delitos que estudiamos; a más de esto, el fraude debe procurar que el paciente caiga en el error, acepte como verdad el engaño y cree que la cosa entregada es la que realmente es la debida por el vendedor; por lo que concluimos diciendo que lo que interesa a la ley penal es que en el momento de entregar la cosa objeto del contrato, el vendedor al realizar los manejos fraudulentos ante el comprador, éste reciba una cosa diferente a la que realmente tenía derecho y por la que pagó el precio, es decir; dicha cosa no era la que en su calidad, cantidad o identidad se pactó en el contrato de compraventa; y por esto es que la ley penal, sanciona la conducta del vendedor al momento de entregar la cosa objeto del contrato.

Cabe manifestar que la entrega fraudulenta puede darse tanto sobre bienes muebles como inmuebles, pues como se dijo anteriormente es necesario que exista un contrato de compraventa, además que el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa que reza del contrato, y el vendedor al entregar una cosa distinta –usando un ardid o engaño– se comete el delito de entrega fraudulenta, la misma que puede versar sobre bienes muebles o sobre inmuebles, pues la cosa que se entrega debe ser distinta en identidad, calidad o cantidad. Lo que debe entenderse que los artículos 564 y 565 hablan de un hecho posterior al contrato de compra venta, que es que se entregue una cosa diversa, distinta a la que se compró.

Los delitos que estudiamos son dolosos pues el agente actúa con intención de causar un perjuicio al paciente, y por lo tanto no se pueden cometer por culpa; es el tipo penal exclusivamente doloso, porque el agente –vendedor– tiene conciencia que la cosa entregada no es la que debía entregar, porque él ha desvirtuado la cosa, ya sea en su calidad, identidad o cantidad, y por lo mismo actúa fraudulentamente delante del comprador haciéndole creer que la cosa que entrega es la que se pacto en el contrato de compraventa; y mediante el uso del ardid o engaño, hace que la víctima caiga en el error y reciba la cosa que cree que fue objeto del contrato. Por lo tanto, existe fraude cuando el vendedor entrega una cosa distinta de la pactada en el contrato de compraventa; pero

además, es necesario que el vendedor se valga de un ardid para engañar al comprador, quien debe guardar cierta diligencia en la recepción de la cosa que ha comprado.

En cuanto a la calidad al decir del Art. 564 segundo inciso, dice que existe engaño cuando éste recae en la naturaleza u origen de la cosa comprada entregando una cosa semejante a la que se ha comprado o creído comprar, por esto es que el vendedor al valerse del ardid o engaño entrega al paciente una cosa parecida o similar a la que creyó comprar o a la que estaba descrita en el contrato de compraventa, se consuma el delito de entrega fraudulenta, porque el vendedor –sujeto activo– entrega una cosa semejante a la que el comprador adquirió mediante el contrato de compraventa, pero que el agente mediante engaño entrega otra semejante.

En lo que a la cantidad se refiere el Art. 565, es necesario aclarar que la cantidad comprende el peso, la medida o el número de cosas.

- El peso se refiere a la acción de la gravedad sobre todas las moléculas de un cuerpo y por el cual este oprime más o menos la superficie en que se apoya, o se necesita mayor o menor fuerza para moverle o equilibrarle. Meza Figueroa en cuanto a la entrega fraudulenta mediante peso, se consuma el delito si es que el vendedor quien actúa dolosa y conscientemente, al momento de hacer la entrega de las cosas compradas por peso, utiliza para pesar dichas cosas una balanza o pesas inexactas, tergiversadas, o irregulares para perjudicar al comprador.
- La medida es la que comprende la cabida, la longitud, la extensión, el volumen y la capacidad de una cosa, esta tiene importancia en la entrega fraudulenta de bienes inmuebles; pues los inmuebles pueden venderse tanto en su cabida cuando expresa las mediadas que contenga o en cuerpo cierto cuando se hace por un precio total sin relación a las extensión del inmueble, pero siempre que se especifiquen los linderos.

En el primer caso se comete el delito que estudiamos cuando el vendedor de un predio al momento de la entrega, de manera fraudulenta hace aparecer la medida completa comprendiendo una zona de un predio que pertenece a su vecino y que el vendedor maliciosamente incorpora en el predio que vende, engañando así al comprador en cuanto a la cantidad,

haciendo de esa forma que el comprador crea que el predio que esta comprando tiene una cabida más grande y de esa forma el agente engaña respecto a la cabida del predio, obteniendo para sí un aumento en su patrimonio injusto; mientras que la víctima pagará el precio por un predio que no era el verdadero

Cuando se vende por cuerpo cierto, el agente hace aparecer otros linderos diferentes de los que son del predio que vende, engañando al comprador acerca de la cantidad, pues el agente lo que hace en este caso es cambiar los mojones o piedras del lugar donde realmente están los linderos para colocarlos en otros lugares para de esa forma engañar al comprador.

Por otra parte dentro de la entrega fraudulenta de cosas inmuebles, cabe aclarar otro caso que es de fundamental importancia, pues el vendedor salvo estipulación en contrario, responde por el saneamiento por evicción y por los vicios redhibitorios; en el caso de la evicción al ser posterior a la entrega no habría una acción penal en contra del vendedor sino las que señala la ley civil; en cuanto a los vicios ocultos si cabría acción penal si es que el vendedor conocía o sabía de la existencia de dichos vicios acerca de la calidad o naturaleza de la cosa y no lo hizo saber al comprador, además el vendedor debe como se dijo para la configuración del tipo penal realizar un ardid que evite que el comprador pueda descubrir el vicio en el momento de la entrega.

3.4.- Falsificación de bebidas o comestibles

El Art. 566 dice “Serán reprimidos con prisión de quince días a tres meses y multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Los que sin estar en el caso del artículo 428, por no existir peligro de alterar la salud de los consumidores, hubieren falsificado o hecho falsificar bebidas o comestibles;

Los que hubieren vendido o hecho vender, pública o privadamente dichos artículos falsificados; y,

Los que por carteles o avisos, impresos o no, o por cualquier otro modo de propaganda, hubieren enseñado o revelado procedimientos para la falsificación de los mencionados artículos”.

Antes de comenzar el análisis respectivo, debemos hacer una aclaración en cuanto al contenido del artículo antes transcrito, a lo que se refiere el artículo anterior es a los delitos que lesionan el patrimonio, pues el fin de ello es proteger de algún acto ilícito al patrimonio; porque el bien jurídico protegido es la propiedad, lo que es diferente de lo que el Art. 428 reza pues éste último tiene como fin proteger la salud pública, es por eso que nosotros en cuanto a la falsificación se trata lo haremos como un delito contra la propiedad, y en este caso como otra defraudación que trae nuestra legislación penal ecuatoriana.

Pues bien, debemos entender por “falsificar” el acto de imitar la verdad; a diferencia de la falsedad que, consiste en el acto de alterar la verdad. Cuando la ley se refiere a la falsificación de un producto bebible o comestible, está señalando concretamente el hecho de que se imite un original preexistente, este es, tanto en forma como en el contenido tienda a parecerse de manera más o menos exacta a otro producto, que ya exista en el mercado. (Zavala Baquerizo Jorge, Delitos contra la propiedad. Tomo III, Pág. 51)

Aclarado el asunto anterior, cabe empezar por decir que el delito de falsificación de bebidas o comestibles es un delito doloso, pues el agente tiene conciencia y voluntad para fabricar productos o en su caso hacer que otro falsifique bebidas o comestibles, que si bien no ponen en riesgo ni peligro la vida –pues estos están dentro del Capítulo X, Título V del Código Penal–, pero si menoscaban el patrimonio del paciente, es decir la propiedad, pues él es quien entrega su dinero a cambio de algo falsificado. Es por esto que el delito es doloso porque el agente tiene la intención de perjudicar en el patrimonio de la víctima.

Nuestra legislación penal lo que sanciona es el hecho de la falsificación ya sea de bebidas o comestibles, pues el delito de nuestro actual estudio se consuma al momento en el que el agente realice o mande a que otro realice tal falsificación, por lo tanto, para nuestra ley penal basta que el agente haya falsificado o hecho falsificar para que el delito se entienda consumado; aunque, por otra parte si es que el agente vende o comercializa o hace vender a un tercero el producto falsificado, pues éste acto es posterior a la falsificación pero no deja de

responder por ese acto posterior pues el inciso tercero del artículo anterior sanciona con la misma pena a quienes “hubieren vendido o hecho vender” ya sea que dicha venta se haga de manera pública o privada; es decir que sea comercializado en una plaza, mercado u otro lugar público, o cuando se venda sin ninguna exhibición es decir privadamente.

En cuanto al inciso cuarto del Art. 566, en este caso sanciona la ley penal a quien por carteles o avisos haga propaganda revelando o enseñando el procedimiento para la falsificación es sancionado con la misma pena que consta en el Art.566 en su primer inciso; es por esto que en este inciso lo que se sanciona es la divulgación de los procedimientos para la falsificación que haga el agente a otros.

En consecuencia, cabe manifestar que el Estado a través de la ley penal lo que anhela es que no se imiten productos para comercializarlos, pues la sanción va para aquellos quienes realizando falsificación ya sea de bebidas o comestibles engañen al comprador respecto de la cosa que en este caso sería una “imitación” a la original entregando un artículo parecido a lo que realmente quiere comprar.

3.5.- Comerciantes de productos falsificados

Al respecto, el Art. 567 dice: “Serán reprimidos con la misma pena, y multa de dieciséis a sesenta dólares de los Estados Unidos de Norte América, los importadores, comisionistas, o receptores de bebidas o comestibles falsificados”.

Podemos decir que este artículo es un complemento del Art. 566 pues del texto del Art. 567 dice claramente que se aplicará la misma pena, o sea, la de quince días a tres meses de prisión para quienes se dediquen a importar, o sean comisionistas o receptores de los productos falsificados, por lo que valga la crítica de que este artículo en vez de ser tal hubiera sido preferible que constara como un inciso más del Art. 566.

Como observamos en el tipo penal del Art. 566 es un delito estrictamente doloso, por lo que el tipo del Art. 567 al referirse casi al mismo tema es de igual naturaleza, es decir, este tipo penal es doloso, pues ahora la persona que va actuar como importador, comisionista o receptor tiene la conciencia de que los productos que recibe son falsificados, pues caso contrario no sería punible la

conducta del importador, comisionista o receptor que no conozca y sepa que los productos que va a importar o vender por comisión provienen de un acto de falsificación.

Por lo dicho, Zavala Baquerizo, dice “comisionista es aquella persona que recibe una mercadería para venderla a nombre de otro y por tal venta recibe una compensación económica llamada premio o comisión”. Es por esto, que si el comisionista conoce que la cosa que se le remite en comisión es falsificada y pese a ello la recibe y la vende, comete el delito tipificado en el Art. 567 del Código Penal.

Zavala Baquerizo expresa “El receptor es aquel que recibe la cosa en consignación de la cual, a diferencia del comisionista, no se hace dueño, y que responde por el consignante por la mercadería por el precio de la cosa dada en consignación y que debe ser vendida”. Por lo tanto, al ser este tipo penal doloso si el receptor o consignatario conoce que la cosa que le consigna es falsificada comete el delito que tipifica el Art. 567.¹⁹

El delito tipificado en el Art. 567, se consuma, en el caso del importador cuando se perfecciona la importación de la mercadería que sabe que es falsificada; en el caso del comisionista cuando se celebra el contrato de comisión, pues el comisionista sabe que el producto objeto de la comisión es falsificado; y cuando se trata del receptor en el momento en que acepta la mercadería que es falsificada; entonces para que el delito se entienda consumado es suficiente que se importe, acepte la comisión o consignación.

3.6.- Ocultación de cosas robadas

El Art. 569 dice “Los que hubieren ocultado, en todo o en parte, las cosas robadas, hurtadas u obtenidas mediante un delito para aprovecharse de ellas, serán reprimidos con prisión de seis meses a cinco años y multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América”.

Antes de empezar el estudio del presente delito, cabe manifestar algunos antecedentes que nos darán una pauta importante para nuestro estudio; para esto diremos que, el delito de nuestro actual estudio es considerado para

¹⁹ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo III, Pág. 52.

muchos en la doctrina como el delito de “receptación real” haciendo referencia lo que nuestra ley penal llama “ocultación de cosas robadas”.

Con lo expuesto, cabe manifestar, que la receptación en sus orígenes estuvo confundido con la participación y el favorecimiento ya sea personal o real; en el Código de Hammurabi se encuentran leyes referidas a la receptación personal por ejemplo la ley 15 dice: “Si un señor auxilia a un esclavo estatal o a una esclava estatal, o a un esclavo de un particular o a una esclava de un particular, a escapar por la puerta de la ciudad, recibirá la muerte”, pero en dicha ley lo que se hace es sancionar el favorecimiento personal; en Grecia se consideraba que la receptación era consecuencia del delito anterior, y por ello se aplicaba la misma pena; mientras que en el derecho romano se sancionaba como delito de receptación a los taberneros que por lucro alojaban a los malhechores dándose de este modo una confusión de lo que era el Favorecimiento personal y real.

Se puede definir el encubrimiento como la conducta dirigida a favorecer al malhechor para que evada la acción de la justicia; o para esconder los instrumentos con que se cometió la infracción, o para que se aproveche del producto del delito; o para beneficio del que oculta las cosas provenientes de la comisión de un delito.²⁰

Entonces, el encubrimiento contiene, el favorecimiento personal que sería el ocultamiento de la persona que comete el delito; el favorecimiento real vendría a ser el ocultamiento de los instrumentos, vestigios de la infracción, y la receptación real sería el ocultamiento de las cosas robadas o las que provienen de un delito anterior pero para la configuración de este tipo es necesario que la ocultación se de con fines de aprovecharse de las mismas como lo veremos mas adelante.

Pues bien, comenzamos estableciendo los elementos subjetivos del tipo penal del delito que estudiamos, diciendo que, el primer elemento subjetivo del delito de ocultación de cosas robadas o de receptación real, es el dolo, pues el agente o sujeto activo del delito tiene conciencia de que las cosas que oculta son provenientes de un delito cometido con anterioridad por otra persona y aún así oculta las cosas; no como una manera generosa de hacer un favor al

²⁰ ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, Delitos Contra la Propiedad, Tomo III, Pág. 64.

delincuente que realizó el delito de donde provienen las cosas; sino, con la intención de aprovecharse de ellas ya sea usándolas para sí o para ponerlas al comercio por un precio tal vez irrisorio. Es decir que el dolo se manifiesta por la voluntad intencional del agente de ocultar las cosas que le son sabidas que provienen de un acto ilícito; es decir, de un delito. Por lo tanto, la persona que oculta las cosas debe saber a ciencia clara de que las cosas que oculta son provenientes de un delito cometido con anterioridad.

Por otro lado, el segundo elemento subjetivo que refiere nuestra legislación penal en el Art. 569, es que, quien oculta las cosas robadas, hurtadas o que provienen de un delito sean “para aprovecharse de ellas” es decir que el segundo elemento subjetivo es que exista el ánimo de quien oculta las cosas de aprovecharse de ellas; pues, caso contrario si simplemente oculta las cosas que conoce que provienen de un delito, sin que exista el ánimo de aprovecharse de ellas no se consuma el tipo penal que estamos analizando, porque para que el mismo se consuma es necesario exista a más del dolo el ánimo de aprovechamiento de las cosas ocultadas, ya que es necesario que, quien oculta las cosas debe aprovecharse de ellas, y dicho aprovechamiento debe ser para el que oculta las cosas, es decir personal y no para terceras personas.

En cuanto al objeto material del delito de recepción real u ocultamiento de cosas robadas, se puede decir con precisión que el objeto de este delito son las cosas muebles, pues como su concepto manifiesta “que son aquellas que se pueden trasladar de un lugar a otro”, es decir, por la movilidad que se pueden hacer a las cosas muebles, éstas son las cosas que pueden ocultarse, pues no cabría la idea tan absurda e ilógica de que las cosas inmuebles puedan ocultarse de la vista de las personas; en conclusión las cosas que son objeto del delito de ocultamiento de cosas robadas, solo pueden ser las cosas muebles.

Del Art. 569 se desprende claramente quienes son los sujetos activos del delito, pues el referido artículo manifiesta que “los que” hace relación a las personas que reciban las cosas para ocultarlas, las mismas que saben ya sea a ciencia cierta o que sospechen que las cosas que ocultan son producto de un delito cometido antes, es por ello que cada una de las personas ya sea que reciban las cosas para ocultarlas en forma total o parcial, en este último caso pueden haber varios sujetos activos pues la persona que comete el delito da a una o varias personas parte de las cosas que provienen del delito y estas personas al

ocultarlas se aprovechan de ellas se consuma el delito, por lo que en este caso hay pluralidad de sujetos activos, es por ello que cuando se inicie el proceso penal habrá un proceso por cada uno de ellos.

A lo que refiere al sujeto pasivo dentro del delito que estudiamos, sería la persona afectada por el delito, es decir la persona de donde provienen las cosas que se ocultan, la víctima en esta clase de delito será la misma persona de donde el primer delincuente sustrae la cosa o comete el delito; y la víctima tendrá el derecho de iniciar un proceso penal en primer lugar contra el primer delincuente que sustrajo la cosa o cometió el delito, y también podrá iniciar uno en contra del receptor o de quien oculta las cosas que provienen de un delito.

Cuando la ley penal se refiere “cosas robadas, hurtadas u obtenidas mediante un delito”, es necesario dilucidar que a lo que se refiere es que las cosas que se ocultan son provenientes de un delito cometido con anterioridad, es decir, la ley penal da una referencia al decir que son provenientes de un robo o de un hurto, pero la ley penal no solo hace única referencia a estos dos delitos; sino, que deja la amplitud de que también pueden ser otros delitos, pues como la misma ley refiere “obtenidas mediante un delito” esto como se puede ver a simple vista se puede tratar, como ya se dijo anteriormente delitos contra la propiedad, o que lesione otros bienes jurídicos; aunque se debe dejar claro que el delito anterior debe ser cometido, es decir, existir el delito anterior como un presupuesto necesario para que el tipo penal se configure.

Por lo expuesto; debemos decir que, lo que la ley sanciona es la ocultación de las cosas que provienen de un delito cometido con anterioridad; es decir que, quien oculta las cosas debe saber a ciencia clara de donde provienen las cosas, aunque esta presunción sea “iuris tamtum” admita prueba en contrario, pues se puede probar que la persona que ocultó las cosas no sabía de donde provenían las mismas, en este caso no se consuma el delito de ocultación de cosas robadas o receptación real, pues como hemos visto para que este delito se configure es necesario la presencia de los elementos subjetivos, el dolo como se dijo anteriormente, pues existe la voluntad y la intención de ocultar las cosas que el agente sabe que son producto de un delito cometido con anterioridad; y a más de ello, el animo de aprovecharse de las cosas ya sea de manera personal, por ejemplo haciéndolo ingresar en el patrimonio del agente, obteniendo beneficios, ventajas o cualquier provecho de las cosas ocultadas.

3.7.- Disposición Arbitraria de bienes adquiridos con reserva de dominio

El Art. 575 del Código Penal dice “El que hubiere comprado bienes muebles con reserva de dominio y celebrare sobre ellos contratos de venta, permuta, arrendamiento o prenda, los sacare del país o los entregare a otras personas sin haber pagado la totalidad del precio, salvo el caso de autorización expresa y escrita del vendedor, será sancionado con prisión de dos meses a tres años.

La misma pena se aplicará al comprador que dolosamente hiciere desaparecer las cosas adquiridas con reserva de dominio, que las deteriorare o destruyere, que alterare las marcas, números, señales, o que por cualquier medio impidiere su identificación. En ambos casos se aplicará lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo anterior.

Quienes dolosamente realicen actos con los cuales obtuvieren beneficios cambiarios o monetarios indebidos, ya sea a través de declaraciones falsas, ya sea de otra forma, serán penados con prisión de tres meses a cuatro años y multa no menor al 50% ni mayor al 200% de los valores indebidamente obtenidos”.

Como se sabe el contrato de compraventa es un contrato consensual, en el cual una persona se obliga a entregar la cosa y la otra a pagar el precio es así como el contrato de compraventa se reputa perfecto; pues bien, el tema que ahora ocupa nuestro estudio es el del contrato de compraventa con reserva de dominio, que es aquel en donde el acreedor se reserva el dominio, es decir en este contrato no opera la tradición, porque el comprador lo que obtiene es simplemente una mera tenencia de la cosa, hasta que el deudor –comprador– cumpla con la obligación de cancelar todo el precio pactado. Por lo tanto, en la venta con reserva de dominio el vendedor no transfiere el dominio de la misma al comprador sino simplemente la tenencia de la cosa; es decir, el goce de la cosa pero no la disposición de la misma ya que esta se dará cuando el comprador cumpla con su obligación.

De lo dicho, se infiere que el contrato con reserva de dominio contiene dos condiciones una positiva y la otra suspensiva; positiva decimos por el hecho de que no existe la tradición de la cosa sino que ésta se da cuando el deudor pague o cumpla con la obligación; y suspensiva porque el derecho del comprador de la adquisición de la cosa queda suspendida hasta que pague el precio de la cosa

objeto del contrato de compraventa con reserva de dominio. Por lo tanto, una vez que el deudor cumpla con la obligación de pagar el precio las condiciones positivas y suspensivas el vendedor pierde el dominio de la cosa la cual pasa inmediatamente al comprador, es decir que el comprador adquiere el derecho de usar, gozar y disponer de ella como dueño y señor.

Este tipo penal es doloso, pues el deudor intencionalmente celebra contratos de venta, permuta, arrendamiento o prenda sobre la cosa de la cual es simplemente su mero tenedor, de la cual solo puede usar o gozar pero nunca disponer hasta el cumplimiento de las obligaciones antes dichas; es por esto, que el delito es doloso porque el agente actúa como si tuviera todas las facultades –usar, gozar y disponer– cuando en realidad simplemente tiene las dos primeras porque la última queda reservada para el acreedor hasta que el deudor cumpla con la obligación, al igual, es dolosa la conducta del deudor que “sacare del país o entregare a otras personas” ya que el deudor sabe que no puede realizar estos actos ya que no tiene la libre disposición de las cosas.

Es así que el delito se consuma cuando el comprador-deudor al saber que no esta autorizado para disponer de las cosa dispone de ellas como si tuviera derecho a ello, sabiendo claramente que solo tiene la mera tenencia, pues cuando existe autorización como exigencia la misma ley penal dice que debe hacerse por escrito y que debe existir la autorización expresa del vendedor-acreedor.

La obligación del comprador es cuidar y mantener la cosa ya que como se dijo anteriormente mientras no cumpla con la condición no se puede reputar dueño de la cosa sino simplemente como un tenedor; por lo tanto, el comprador que destruye, deteriora, menoscaba, desaparece la cosa objeto del contrato de compraventa con reserva de dominio, en forma voluntaria e intencional comete el delito de disposición arbitraria de bienes adquiridos con reserva de dominio; salvo el caso de que estos daños se produzcan por caso fortuito o fuerza mayor, pues en estos casos no son imputables al deudor; aunque sin olvidar también que en caso de negligencia del comprador no se comente el delito; pues, lo que la ley penal sanciona es la intención voluntaria y consiente del agente en dañar o destruir la cosa.

El tercer inciso del Art. 575 fue agregado por la ley N° 122, publicada en el Registro Oficial N° 453 del 17 de Marzo de 1983, la misma que fue reformada el 7 de Mayo de 1992, en el Registro Oficial N° 930. Inciso que nada tiene que ver con nuestro estudio, pues claramente del mismo se desprende que se hace mención a una conducta que afecta a la Administración Pública.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1.- Conclusiones

Dentro de la presente Monografía he sacado las siguientes conclusiones.

- Podemos decir que, el delito de estafa no es reciente; sino que al contrario ha tenido su trascendencia desde la antigüedad; es por ello que dicho ilícito ha sido concebido en un concepto muy amplio pues dentro de la estafa se encerraban todas las maniobras engañosas, en la actualidad vemos que no es así pues existe un tipo penal para el delito de estafa y otros tipos que contienen otras defraudaciones; es decir, que la estafa se ha convertido en un delito autónomo pues cuenta con su propio artículo y una pena establecida.
- En el delito de estafa, el sujeto activo se vale en la mayoría de los casos de la ingenuidad de la persona a quien va a estafar; pues el agente al seleccionar a su víctima lo hace buscando a una persona que no cuenta con mucha inteligencia, porque el agente lo que hace es que el sujeto pasivo del delito llevado por el error que crea el agente haga que entregue un bien y de esa forma acrecentar su patrimonio de una manera ilícita.
- Por otra parte, la estafa hoy en día se ha vuelto un delito de moda, pues el agente del delito crea sus maniobras fraudulentas, sus “modus operandi”, haciendo que el sujeto pasivo caiga en el error y en base a este error entregue una cosa; decimos de moda, pues en la Fiscalía se pueden ver casos en los que la víctima ha entregado ya sean bienes muebles, hacer suscribir un título, dinero –uno de los más comunes–, etc., para que el sujeto activo realice una transacción mercantil, pero al final lo que hace el agente es huir con el bien o dinero recibido perjudicando de esa forma al sujeto pasivo.
- Haciendo una breve comparación con otros delitos que afectan al patrimonio, se dice que el delito de estafa es un delito de inteligencia, de

astucia, a diferencia de lo que sucede con el delito de robo, pues éste último es un delito de fuerza pues en su concepto mismo se ve claramente que para que el mismo se consuma es necesario del uso de la fuerza en las cosas o violencia en las personas; pero en la estafa, no existe tal fuerza ni violencia; el estafador se vale de su inteligencia, de su astucia, para hacer sus maniobras fraudulentas y apropiarse de lo que no le corresponde, induce a error a la víctima y ésta llevada por dicho error entrega la cosa que es querida por el agente.

- La estafa siempre va acompañada de un ardid, es decir de engaño para que el paciente entregue la cosa objeto de estafa, la misma que pueden ser tanto cosas muebles como inmuebles; por lo tanto el agente siempre actúa dolosamente para hacer sus maniobras fraudulentas y así inducir al error a la víctima quien creyendo lo que no es cierto ni verdadero entrega una cosa al agente perjudicándose en su patrimonio.
- Al ser la estafa un delito contra la propiedad, el Estado a través de su poder punitivo ha creado formas de sancionar a quienes valiéndose de actos ilícitos contravengan el ordenamiento penal establecido, es por eso que el bien jurídico protegido es la propiedad, propiedad que es un derecho reconocido en la Constitución y demás leyes, por lo tanto el Estado a través de sus órganos sanciona con prisión y hasta con reclusión a quienes delinquen.
- No hay que olvidar que los delitos de estafa y otras defraudaciones en nuestro país es considerado como un delito de acción pública de instancia particular, la misma que solo procede mediante denuncia del ofendido, salvo el caso de cuando el ofendido es una persona menor de edad en la que el Ministerio Público actúa de oficio; pudiendo en esta clase de delitos terminar con la acción penal a través de la conversión.
- En el caso de las estafas de migraciones podemos decir que en estos delitos de lo que se trata es de defender el bien jurídico protegido dentro de este capítulo cual es la propiedad, es por eso que lo tratamos como un delito contra la propiedad y no como un delito contra las personas, pues éste último consta dentro de otro título y tiene una normativa diferente de la que dimos en el presente trabajo; entonces decimos que en el caso de

los migrantes, lo que hace la víctima es en creer en un viaje por el cual entrega cierta cantidad de dinero o lo que es peor se endeuda o deja hipotecado sus bienes para hacer el “soñado viaje” pues este nunca se da o si se da se estanca porque la persona “coyote” simplemente no cumple con lo ofrecido; pero en estos casos de estafa la ley penal es más severa, pues en estos casos no castiga con una pena de prisión sino con una de reclusión para las personas que actúan engañando en viajes ilegales que jamás se dan.

- En cuanto al objeto material del delito, decimos que puede recaer en bienes muebles pues la entrega a que hace referencia el Art. 563 es la entrega real, la que se da de mano a mano; pero cabe aclarar que dentro de la estafa también puede ser objeto del delito los bienes inmuebles aclarando que dicha entrega no se puede dar obviamente de mano a mano, es por ello que se dice que el delito de estafa cuando se trata de bienes inmuebles no se da de una forma directa; sino al contrario, de una forma indirecta, porque lo que se entrega en esta forma de estafa, al realizarse los manejos fraudulentos el agente lo que busca es apropiarse del bien inmueble, induciendo al error a la víctima para que suscriba un título por el cual se hará dueño de dicho bien inmueble, a través del engaño y error de la víctima suscribe el documento a favor del sujeto activo.
- El delito de abuso de confianza ha sido muy bien denominado por la doctrina como “apropiación indebida” pues en el estudio que dimos acerca de éste tipo penal se pudo ver claramente que el sujeto activo se apropia de un bien entregado por el paciente para que el agente haga un uso o empleo determinado o en su caso para que sea restituido a su dueño; pero el sujeto activo actúa disipando y distrayendo la cosa objeto del delito; realizando así un acto de disposición y como se dijo en el capítulo respectivo invierte el título; pues de mero tenedor de la cosa, se convierte en poseedor, realizando de este modo los actos de señor y dueño de la cosa entregada por la víctima.
- Si bien es cierto que el sujeto pasivo del delito de abuso de confianza entrega el bien al agente para que éste haga un uso o empleo determinado o para restituirlo, vemos claramente que el sujeto pasivo lo

entrega con un título legítimo; pues, el sujeto activo al ser mero tenedor porque actúa en lugar y a nombre del dueño; pero al distraer o disipar el objeto entregado lo hace como si fuera su poseedor o su dueño, entonces el sujeto activo cambia el título por el cual detenta el bien y se vuelve dueño, cometiendo así el delito de apropiación indebida.

- La diferencia fundamental entre el delito de estafa y el de abuso de confianza o apropiación indebida, está dada por la entrega de la cosa; pues en la estafa la entrega la realiza el sujeto pasivo en base al error que crea el agente en la víctima; en cambio, en el delito de abuso de confianza o apropiación indebida la entrega se da basándose en la confianza, o en la celebración de un contrato ya sea de depósito, prenda, usufructo, ya que la víctima entrega el bien al sujeto activo para que lo use o para que lo restituya según sea el caso; y el delito de abuso de confianza se consuma cuando el agente decide distraer o disipar la cosa entregada, cuando decide disponer de dicho objeto como dueño sin serlo.
- Además se debe tener presente que la negativa a restituir la cosa por parte del agente no basta para consumar el delito de abuso de confianza, pues el agente al distraer o disipar, dispone del bien como si fuera su propietario o dueño, mientras que no es así, porque el agente tiene la cosa a título precario; es decir, a título no translaticio de dominio, y cuando el agente decide disponer de la cosa entregada realiza con tal disposición un perjuicio a otro, es decir con la intención consiente y voluntaria de acrecentar su patrimonio de una forma ilícita y de esa forma causar el perjuicio ajeno que no es otra cosa que dañar económicamente a la víctima realizando con dicha disposición una disminución en el patrimonio del paciente.
- El objeto material del delito de abuso de confianza como bien dice en el Art. 560 solo podrían ser los bienes muebles pues solo éstos bienes se pueden entregar, es decir las cosas que se pueden mover de un lugar a otro, porque del estudio que dimos acerca del objeto material dijimos que, al ser el delito de abuso de confianza se basa en la entrega de la cosa al agente para el uso o empleo determinado o para que sea restituido a su dueño, mal podríamos hablar de la entrega de las cosas inmuebles cosa que indudablemente nunca se daría por la simple razón de que éstas

últimas no se pueden mover de un lugar a otro y peor aún ser objeto de entrega para un uso o empleo determinado.

- Cuando nuestra Ley Penal hace referencia a los abusos que se cometen a un menor de edad, se está refiriendo a aquellos quienes pueden suscribir un documento, y como vimos los menores que pueden obligarse mediante la suscripción de un documento son los menores púberes, pues ellos tienen capacidad –según la Ley Civil– para realizar determinados actos y entre ellos están los de suscribir ya sean obligaciones, finiquitos, etc., pero lo que hace el sujeto activo dentro de este ilícito es abusar de las necesidades o pasiones de un menor para de esa forma hacer que el sujeto pasivo suscriba a favor del agente un documento obligatorio.
- Hemos visto varias forma de fraude que se dan, dentro de las cuales está la del engaño al comprador respecto de la calidad, cantidad de las cosas compradas; para que este tipo se configure es necesario que en primer lugar exista un contrato de compraventa, pues en este delito, lo que se pena es el engaño que hace el sujeto activo que en este caso es el vendedor de la cosa, quien engaña al comprador respecto de la calidad o cantidad de la cosa y de esa forma perjudicar a la víctima que es el comprador quien recibe una cosa que no es la que realmente compró.
- Dentro del Capítulo de las Estafas y Otras Defraudaciones, nuestra legislación habla de falsificación que es un delito contra la propiedad y no hace alusión a los delitos contra la salud pública, porque éstos se encuentran en otro Título, pues lo que a nuestro estudio respecta se trata de un fraude que se comete cuando se imita algo, es decir cuando se falsifica un producto para luego ponerlo al mercado ya sea de una forma pública o privada, entonces este delito se da por el hecho de falsificar algo, es decir imitando algo verdadero; sin olvidar que también nuestra ley penal sanciona a las personas que comercializan productos falsificados ya sea mediante la importación, comisión o a los receptores de cosas falsificadas.
- La doctrina ha llamado al delito de ocultación de cosas robadas como “receptación real” sancionando a quienes ocultan cosas que bien saben que son provenientes de un delito cometido con anterioridad, y que

además para que se configure el tipo es necesario que quien oculta dichas cosas se aproveche de ellas ya sea vendiéndolas o en su caso obteniéndolas para su provecho propio.

- En la venta con reserva de dominio el comprador no tiene todos los derechos es decir la de usar, gozar y disponer del bien que ha comprado, la propiedad se encuentra limitada por el hecho de que, cuando se ha comprado con reserva de dominio se tiene la cosa como mero tenedor hasta que se cumpla con la obligación; lo que sanciona nuestra legislación penal es el hecho de que el comprador-deudor sin cumplir con su obligación dispone del bien comprado con reserva de dominio sin tener derecho para ello mientras no cumpla con su obligación.

4.2.- Recomendaciones

- En primer término tendríamos que anotar que nuestra Ley Penal comienza diciendo en el Capítulo V, “De las Estafas y Otras Defraudaciones”; al mencionar en dicho título en primer término a las Estafas sería conveniente que dentro de dicho capítulo se considere como primer Artículo al delito de Estafa y no como está ordenado, pues comienza diciendo en el Art. 560 con el Abuso de Confianza, por lo que se recomienda que la estructura de dicho capítulo cambie y se de una nueva.
- En el Art. 561, nuestra legislación penal hace mención a las debilidades y necesidades o pasiones de un menor para que éste suscriba un documento obligatorio, criticamos éste artículo por el hecho de que la Ley Penal es poco clara, pues en el referido artículo solo hace mención a los “menores”, ya que esta palabra hace referencia a los menores en general, por lo que a mi parecer sería conveniente que dentro del mencionado artículo se haga mención a que clase de menores ya que existen menores impúberes y los menores púberes y solamente los menores púberes tienen capacidad para realizar algunos actos.
- Por otra parte, debemos decir que el Art. 563 del Código Penal, trae una situación muy diversa pues en dicho artículo se habla de la sustracción dolosa de documentos procesales, por lo que al hablar de sustracción nos estamos refiriendo al delito de hurto si no hay fuerza en las cosas, pues si hay fuerza o violencia se configura el delito de robo; por lo que opinamos que el presente artículo tendría que estar dentro del Capítulo I o II del Título X.
- En lo que respecta a los artículos 564 y 565, puedo decir que estos dos artículos deberían ser unidos y constar en uno solo pues el Art. 564 hace referencia al engaño al comprador respecto a la identidad, naturaleza de la cosa vendida, y el Art. 565 hace referencia al engaño al comprador con respecto a la cantidad, por lo que a mi criterio personal éstos artículos deberían ser uno solo y no constar en dos.

- Nuestra Ley Penal sanciona todos los ilícitos con penas privativas de la libertad y también con penas pecuniarias, pero cabe mencionar que nuestra ley en muchos artículos cuando se sanciona con penas pecuniarias nuestra ley impone multas en sucres, que son tan irrisorias, por lo que recomendamos la respectiva reforma pues como bien sabemos en nuestro país desde el año 2000 ya no circula el sucre sino el dólar americano.

- No olvidemos que dentro del Capítulo V, “De las Estafas y otras Defraudaciones”, en el Art. 574, último inciso se menciona una cuestión prejudicial para poder perseguir dicho ilícito, en lo que no estamos de acuerdo es que todavía en nuestra ley penal se siga mencionando a “Juez del Crimen” debiendo establecer que esto se reformó y ahora son llamados “Jueces de lo Penal”, por lo que recomendamos que se haga la respectiva rectificación.

- En cuanto al inciso final del Art. 575, surge la duda de saber porque el legislador puso dentro de este tipo el mencionado inciso, pues a lo que éste hace referencia es a beneficios cambiarios de los cuales se ocupan los bancos, aunque no olvidemos que nuestro país en cuanto al sistema monetario se trata ya no existe el cambio del sucre por el dólar que anteriormente había pues nuestro país aceptó la dolarización, por lo que el sucre quedó sin valor pecuniario y se entró a un sistema de dolarización; por lo que concluimos diciendo que el presente inciso no habla de defraudación que se comente cuando se dispone de bienes adquiridos con reserva de dominio; sino de otra cosa que en la actualidad no tiene validez.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires - Argentina, 2003.
- CODIGO CIVIL. Editorial Jurídica del Ecuador, Quito–Ecuador, 2007.
- CODIGO PENAL. Editorial Jurídica del Ecuador, Quito–Ecuador, 2007.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADRO. Editorial Jurídica del Ecuador, Quito - Ecuador, 2007.
- DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura T.A., Delitos Contra la Propiedad, Segunda Edición, Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires 1988.
- DICCIONARIO JURÍDICO OMEBA.
- DICCIONARIO DE LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa Calpe S. A. Madrid–España 2001.
- FINZE, Conrado. La Estafa y Otras Defraudaciones.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo VI, Ediciones Abeleto Perrot, Buenos Aires 1981.
- GARCÍA FALCONÍ, José C. Manual de Práctica Procesal en los Juicios por Delitos contra la Propiedad. Quito–Ecuador 1984.
- GOMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Compañía Argentina de Editores, Tucumán 826 – Buenos Aires, 1941.
- HALL, Jerome. Delito, Derecho y Sociedad. Ediciones Depalma Buenos Aires 1974.
- LEVENE, Ricardo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Ediciones Alberti 835, Buenos Aires, 1978.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular. Tomo I. Editorial Porrúa. Av. República de Argentina, 15. México 1997.
- RANEIRI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. De los Delitos en Particular. Tomo VI. Editorial Temis Bogotá, 1975.
- SIGUENZA BRAVO, Marco. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Editorial Sigma, Cuenca – Ecuador 2003.

- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Editorial LA LEY, BS. AIRES, 1946.
- SUARES SÁNCHEZ, Alberto. Delitos Contra el Patrimonio Económico. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia en Agosto del 2000. Bogotá-Colombia.
- Tendencias y Efectos de la Emigración en el Ecuador. Las Dinámicas de la Migración Irregular Volumen II. Guiseppe Solfrini (Editor) 2005.
- TORRES CHAVES, Efraín. Breves Comentarios al Código Penal del Ecuador. Volumen IV. Décima Tercera Edición. Diciembre del 2001.
- VELEZ, Ángel Ángel. Criminalística General. Editorial Temis S.C.A., Bogotá – Colombia, 1983.
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Delitos Contra la propiedad. Tomo II y III. Ediciones Nomos Ltda. Agosto de 1988. Bogotá-Colombia.