

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO**

TÍTULO DE LA DISERTACIÓN:

“ELEMENTOS DE LA ESTAFA Y EL ENGAÑO Y EL ERROR”

NOMBRES:

SANTIAGO ANTONIO RUEDA CORDONES

DIRECTOR:

DR. MARCELL CHÁVEZ QUINTEROS

CIUDAD DE QUITO AÑO 2016

Quito, 13 de diciembre del 2016

Señor Doctor
Iñigo Salvador Crespo
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente.-

De mis consideraciones:

En contestación al oficio No. 007-SJG-16, de 02 de diciembre del presente año; encontrándome dentro del plazo reglamentario correspondiente, me permito emitir el informe requerido en relación a la disertación elaborada por el señor estudiante **SANTIAGO ANTONIO RUEDA CORDONES**, intitulada: "*Elementos de la estafa y el engaño y el error*", en los siguientes términos:

1.- CONTENIDO MATERIAL DE LA INVESTIGACIÓN – ASPECTO CUALITATIVO

El presente aporte académico, demuestra ser una investigación seria, técnica y práctica, en vista de que expone las varias corrientes que existen para delimitar los elementos constitutivos del tipo penal de la estafa, los que, al ser relacionados con la descripción tipológica que el legislador ecuatoriano colocó al momento de crear ese delito en el Código Orgánico Integral Penal, nos sitúa acertadamente ante una explicación doctrinaria-práctica, para un ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado.

En este sentido, el señor estudiante dentro del primer capítulo de su trabajo académico, hace un tratamiento preciso del elemento del *engaño* de la estafa según las varias teorías doctrinarias y de Derecho Comparado, para luego, tratarlo dentro del Código Orgánico Integral Penal desde una perspectiva de la simulación y la disimulación personales y reales. Termina esta primera parte, haciendo señalamientos referentes al error que se busca producir en el sujeto pasivo, como otra modalidad delictiva constante en la redacción del artículo 186 de nuestra ley penal.

En el segundo capítulo, si bien a mi criterio el análisis del bien jurídico protegido "Propiedad" debió extenderse también a una de las modalidades delictivas que más se

Juan González 35-26 y Juan Pablo Sanz
Edificio Vizcaya II Torre Norte Oficina 4-A
Quito-Ecuador
Teléfono: 593 (2) 2242275
www.araujoasociados.net
paulina@araujoasociados.net

Recibido 14/12/2016



denuncian ante los órganos de administración de justicia del país (Art. 235 del COIP: "Engaño al comprador respecto de la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos"), el autor se centra exclusivamente en aspectos vinculados a los objetos materiales de la infracción: bienes muebles e inmuebles (deja constancia que la estafa no se encargará de tutelarlos, sino la Usurpación del Art. 200 del COIP) y bienes incorpóreos como son los derechos reales de herencia, usufructo, uso, servidumbres y la prenda. También desarrolla lo relativo a los derechos derivados de la propiedad intelectual.

Lo que si hace notar apropiadamente es que en el ámbito penal, la propiedad no tiene el mismo tratamiento que en el área civil, existiendo afectación en la propiedad del sujeto pasivo únicamente cuando la conducta prohibida recae sobre un objeto que goza de una dualidad de atributos: jurídico y económico (p. 21). Se deja constancia que el quinto párrafo de ésta página está desprovisto de pie de página, lo cual llama la atención, ya que hasta por su formato (disímil a los demás) la información parece ser, fue obtenida de alguna fuente informática-electrónica.

Al terminar el segundo capítulo, el señor estudiante se refiere al momento consumativo del delito de estafa, para así, aunque pudo acudir a la teoría de los delitos de resultado, exponer dos momentos que deben constatarse: el perjuicio en el sujeto pasivo y el beneficio patrimonial, en el activo; recalcado también las modalidades directa e indirecta.

El tercer capítulo presenta la doctrina relativa a la omisión y sus clases y, acepta como tal que en el caso de la estafa, el sujeto activo también podría adecuar su conducta al tipo mediante la figura de la comisión por omisión, entiendo yo, porque a criterio del investigador, existe en él un rol de garante del objeto jurídico de protección. Respecto a esto, me reservo el derecho de cuestionar al alumno en el curso de su defensa oral.

El autor termina su trabajo puntualizando precisamente la regulación de la comisión por omisión en el Ecuador, para lo cual, si bien lo hace de manera bastante sucinta, logra exponer todo lo concerniente a: sus elementos, la necesidad de producción de resultado, la capacidad de acción del sujeto activo y la obligación jurídica de actuar del agente. Aunque en la mayor parte de sus premisas se remite al profesor Bacigalupo para comprobarlas, y hasta dedique varios acápites para el tratamiento de la estafa (mediante la figura de la comisión por omisión) en España, Chile y Argentina, desde mi punto de vista, su propuesta nos podría colocar quizá ante una ruptura del fin teleológico que se



ha mantenido lo largo de los años dentro de la tipificación de la estafa y de otras defraudaciones, conexas a la misma.

Concluyo dejando constancia que en la página 6, al momento de delimitar la sentencia de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, no se especifica si se trata de la decisión jurisdiccional de un recurso de casación o de revisión y, además, se coloca al Estado como uno de los sujetos procesales; lo que de suyo conllevaría el tratamiento de la "estafa" de recursos públicos, lo que sale de la esfera de la propiedad individual y entraría más bien en el tratamiento de los delitos contra la eficiencia de la administración pública. (Esto, asumiendo que el Estado es el sujeto pasivo)

2.- ASPECTO METODOLÓGICO: APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO EN LA VERIFICACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

El trabajo de investigación académica analizado, permite comprobar lo siguiente:

- a) Uso adecuado y suficiente de citas textuales para la verificación de premisas centrales.
- b) Uso apropiado de las directrices de Derecho Comparado para la comprobación de hipótesis, así como el manejo puntual y preciso de referencia a la legislación ecuatoriana, salvo en el caso del delito contra los consumidores y demás agentes del mercado.
- c) Respeto a los principios de autonomía y univocidad de los temas principales con los subordinados.
- d) En cada acápite, es posible identificar con claridad las conclusiones y aportes de autoría del investigador, en especial cuando plantea ejemplos concretos.

En lo que respecta al título principal del trabajo revisado, *por su contenido*, quizá se lo debió delimitar como la *Estafa y sus elementos constitutivos* y quizá su relación con otras defraudaciones que giran en torno al engaño y la inducción a error. El haber colocado dos conjunciones "y" en la misma oferta académica, no es adecuado y a mi criterio, diluye el valioso y meditado aporte de su autor.

Hay unas pocas faltas de ortografía: (p.6) en donde debe decir mentira, coloca "menita"; (p.71) en la fuente bibliográfica 32, se debió tildar el nombre René; y, (p. 72) en la fuente número 39, la editorial del libro es Marcial Pons y no "Marcil Ponds".

Juan González 35-26 y Juan Pablo Sanz
Edificio Vizcaya II Torre Norte Oficina 4-A
Quito-Ecuador
Teléfono: 593 (2) 2242275
www.araujoasociados.net
paulina@araujoasociados.net



Finalmente, en la bibliografía general no constan los varios códigos penales citados por el autor en toda su disertación.

3.- RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación se consolida en una investigación doctrinaria, legislativa y de práctica penal que refleja una investigación minuciosa oportuna y que, a su vez, permite estar frente a un alumno con solvencia en el manejo de instituciones, conceptos y herramientas penales.

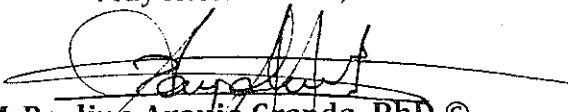
La bibliografía que ha sido revisada, nos demuestra que el señor Santiago Antonio Rueda Cordones asumió un compromiso serio con el avance y desarrollo de las tipologías contenidas en el COIP.

4.- CALIFICACIÓN

Por todo lo contenido en el presente informe, me permito calificar la disertación escrita con la nota de **9/10**.

Aprovecho señor Decano la oportunidad para expresarle mis sentimientos de consideración y respeto.

Muy Atentamente,



M. Paulina Araujo Granda, PhD ©
DOCENTE DEL ÁREA PENAL

Juan González 35-26 y Juan Pablo Sanz
Edificio Vizcaya II Torre Norte Oficina 4-A
Quito-Ecuador
Teléfono: 593 (2) 2242275
www.araujoasociados.net
paulina@araujoasociados.net

Rec

Quito, 12 de noviembre de 2016

Señor doctor

Íñigo Salvador Crespo

Decano de la Facultad de Jurisprudencia

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Señor doctor

Gonzalo Vaca Dueñas

Secretario Abogado de la Facultad de Jurisprudencia

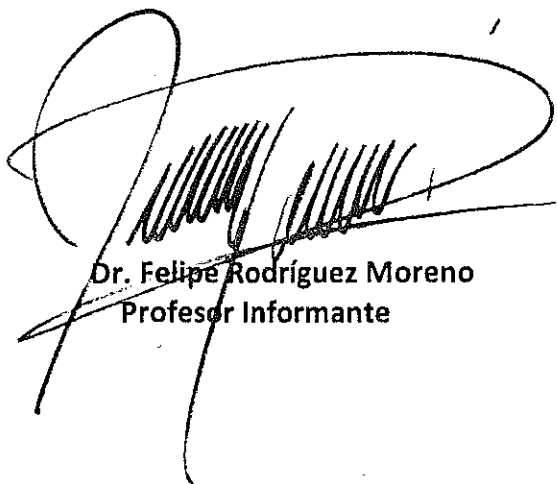
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

En contestación al oficio No. 007-SJG-2016, de 02 de diciembre de 2016, a través del cual se me corrió traslado con la designación de Profesor Informante de la disertación de abogacía titulada "ELEMENTOS DE LA ESTAFA Y EL ERROR" del estudiante Santiago Antonio Rueda Cordones, me permito, dentro del plazo señalado para el efecto, presentar mi informe en los siguientes términos:

- ▷ A) Parecería que la estafa, como tipo penal, es un delito simple que no deja lugar a dudas sobre su contenido típico, no obstante, quien realizó esta tesis demostró lo contrario, en cuanto aún queda mucho por analizar sobre el tema y considero que el estudiante realizó un trabajo bastante completo, serio y bien estructurado.
- B) Solo quedan algunos temas sueltos que hubiese sido interesante leer: el estudiante habla sobre la mentira, pero para que exista mentira debe existir verdad, y no nos dice qué es la verdad. No nos habla sobre las teorías de la verdad-correspondencia y la verdad-coherencia, sobre la teoría del conocimiento humano, la inducción de David HUME y los tres mundos de Karl POPPER. Pues no se puede hablar desde la mentira cuando no se explica con profundidad qué es la verdad. Ese concepto quedó en el aire.
- C) Otro tema de gran discusión en el mundo jurídico es el <<deber de veracidad>> como un deber universal. Su discusión radica en si debe o no debe existir este deber como una obligación jurídica. Pese a que topa el tema, muy brevemente, cuando habla del Derecho Chileno y de la Ley de la Juventud, no lo abarca con la filosofía jurídica necesaria.
- D) Reitero, es una muy buena tesis. Es un trabajo excelente. Lo único que no la hace excepcional son los temas, siempre tan espinosos, que deja de tratar.
- E) Por todas las consideraciones expuestas, califico con 9 sobre 10 la disertación de abogacía cuyo análisis, lectura e informe se me ha encomendado.

Revisado 13/12/2016

Atentamente,

A large, stylized handwritten signature in black ink, featuring a prominent loop at the top and dense, vertical strokes in the middle.

Dr. Felipe Rodríguez Moreno
Profesor Informante

Dedicatoria

Este logro lo dedico a las personas que me apoyan en mis locuras, las mismas que hacen de mis días algo especial y le otorgan un sentido a mi vida, a mis padres, Fernando y Paulina, mis hermanos Diego, Paola y Mafer.

Agradecimientos

"El que da, no debe volver a acordarse; pero el que recibe nunca debe olvidar", mucho he recibido y gratos recuerdos tengo plasmados en mi memoria, tengo presente todos los sacrificios que mis padres han hecho, las incalculables horas de esfuerzo empleadas; tendré presente todos los consejos que acertadamente me compartían y los reproches oportunos; pero les agradezco de manera especial por enseñarme que el trabajo duro siempre compensa de la mejor manera. Con mucho amor, admiración y respeto.

También está en mi memoria Marcia Flores, que en mi formación profesional se ha convertido en mi tutora, compartiendo sus conocimientos y recordándome la nobleza que caracteriza a esta hermosa profesión.

Tabla de contenido

Resumen.....	vi
<i>Abstract</i>	vii
Introducción.....	1
El Engaño y el Error en la Estafa.....	3
1. Engaño del Sujeto Activo en la Estafa.....	3
1.1. Teoría Amplia – La Mentira.....	3
1.2. Teoría Francesa - <i>Mise en scène</i>	4
1.3. Teoría Alemana – Acción Concluyente.....	7
1.4. Teoría Española - Engaño bastante.....	8
1.5. El Engaño en el Código Orgánico Integral Penal.....	11
1.5.1. Simulación y disimulación.....	12
1.5.1.1. Simulación personal.....	13
1.5.1.2. Simulación real.....	13
1.5.1.3. Disimulación personal.....	13
1.5.1.4. Disimulación real.....	13
1.6. El Error como elemento de la estafa.....	14
1.6.1. Error penal.....	15
1.6.2. Error provocado por Negligencia o Imprudencia del Sujeto Pasivo.....	15
Capítulo II.....	17
Propiedad en la Estafa.....	17
2. Bien jurídico propiedad.....	17
2.1. Objetos materiales.....	19
2.1.1. Bienes corporales.....	20
2.1.1.1. Bienes muebles e inmuebles.....	20
2.1.2. Bienes incorporeales.....	21
2.1.2.1. Derechos reales.....	21
2.1.2.2. Derecho de herencia.....	22
2.1.2.3. Derecho de usufructo.....	22
2.1.2.4. Derecho de uso.....	23
2.1.2.5. Servidumbres.....	23
2.1.2.6. Prenda.....	24
2.1.2.7. Derechos personales.....	24
2.1.2.8. Derechos sobre propiedad intelectual.....	25
2.2. Relación objeto- sujeto.....	26

2.3. Momento consumativo – Disposición patrimonial	27
2.3.1. Perjuicio patrimonial	27
2.3.1.1. Perjuicio directo	29
2.3.1.2. Perjuicio derivado	29
2.3.2. Beneficio patrimonial	30
Capítulo III	33
Comisión por omisión	33
3. La omisión	33
3.1. Omisión Impropia - Comisión por omisión	34
3.1.2. Elementos del tipo objetivo en los delitos de comisión por omisión	35
3.1.2.1. Producción de un resultado	35
3.1.2.2. Capacidad de realizar la acción	35
3.1.2.3. Identidad de la omisión con la conducta de comisión	36
3.1.2.4. Causa hipotética	37
3.1.2.5. Obligación de actuar del sujeto	37
A. Teoría Formal	38
B. Teoría Material	41
C. Toma de posición	42
3.1.3. Elementos del tipo subjetivo en los delitos de comisión por omisión	44
Capítulo IV	45
La comisión por omisión en Ecuador	45
4.1. Elementos objetivos del tipo penal omisivo impropio	46
4.1.1. Producción del resultado	46
4.1.2. Capacidad de acción de sujeto activo	46
4.1.3. Identidad entre acción y omisión en la estafa	47
4.1.4. Obligación jurídica de actuar en la estafa	48
a) La Ley	48
b) Contrato	50
c) Creación de un peligro precedente	51
4.2. El elemento subjetivo del tipo penal omisivo impropio	53
4.3. Derecho Comparado	53
4.3.1. España y la estafa por comisión por omisión	53
4.3.2. Chile y la estafa por comisión por omisión	56
4.3.3. Argentina y la estafa por comisión por omisión	58
Conclusiones	61

Bibliografía:	66
----------------------------	----

Resumen

El poder punitivo es de uso excepcional, reservado para los casos de especial gravedad para la sociedad, motivo por el cual el Estado queda facultado para limitar los derechos del agresor, pero surge un gran problema cuando, los límites del principio de legalidad no se encuentran delimitados con exactitud, ello sucede con el delito de estafa pues parecería que es un delito que no admite duda sobre sus elementos típicos, según el autor son los siguientes: 1) Engaño, 2) Error y 3) Disposición patrimonial; el objeto de esta investigación es demostrar que existen puntos controvertidos sobre ellos, de tal manera el presente trabajo saca a la luz los inconvenientes prácticos y doctrinarios al aplicar el delito de estafa.

El lector encontrará un análisis de las teorías que intentan demarcar el engaño típico, su influencia en Ecuador y la teoría que actualmente acoge la legislación ecuatoriana. Posteriormente se abordará el error y sus repercusiones típicas. A continuación se estudiará el bien jurídico protegido junto al objeto jurídico de protección, ello con el objeto de establecer el momento de consumación del delito lo cual se vincula con el tercer elemento, la disposición patrimonial. Finalmente se tratará la estructura típica objetiva y subjetiva de los delitos de comisión por omisión según la doctrina, con el objeto de sentar las bases para analizar la tipicidad de los delitos de omisión impropia en la legislación ecuatoriana y de acuerdo a ello aplicar el delito de estafa bajo la estructura de los delitos de omisión impropia. Por último en la investigación dedica una pequeña sección al derecho comparado, estableciendo la postura de los países sobre la estafa por comisión por omisión.

Abstract

The punitive power is of exceptional use, reserved for cases of special gravity for the society, for this reason the State is authorized to limit the aggressor's rights, but a big problem emerge when the limits of the principle of legality are not clearly defined, this happens with the crime of fraud because it would seem that it is a crime that does not admit shadow of doubt about its typical elements, that according to the author are the following: 1) Deception, 2) Error and 3) Disposition patrimonial; the object of this investigation is to demonstrate that there are controversial points about them, consequently, this investigation exposes the practical and doctrinal inconveniences when applying the crime of fraud.

The reader will find an analysis of the theories that attempt to delimit the typical deception, its influence in Ecuador and the theory that currently embraces the Ecuadorian legislation. Subsequently, the error and its typical repercussions will be addressed. Afterwards, the legal asset join with the juridical object of protection will be studied, in order to establish the moment of consummation of the crime, which is linked to the third element, the patrimonial disposition. Finally, the typical objective and subjective structure of crimes of commission by omission according to the doctrine will be treated, in order to establish the bases to analyze the typicity of the crimes of improper omission in the Ecuadorian legislation and according to it to apply the crime of fraud under the structure of crimes of improper omission. Finally, in the research, the author expends a small section to the comparative law, establishing the position of the countries on the fraud by default commission.

Introducción

El engaño en la estafa es el punto de partida del mencionado delito, de tal manera, existen varias teorías que intentan determinar qué engaño es relevante para el derecho penal, es decir buscan aclarar el engaño típico; para ello surgieron las siguientes teorías: a) Mentira, b) Mise en scène, c) Acciones Concluyentes, d) Engaño Bastante, d) Simulación y disimulación. Cada una aborda el engaño desde una perspectiva diferente, por lo que una misma acción puede ser punible para una de ellas y quedar impune para otras. La teoría amplia, considera a la simple mentira como un engaño típico; por otro lado está la teoría francesa, la que exige un montaje exterior que dé credibilidad a lo manifestado por el sujeto; otra teoría que muestra una visión de este elemento típico es la teoría de los engaños concluyentes, en la cual el comportamiento lleva implícito una conducta que el sujeto pasivo espera pero que el sujeto activo no la realiza; los doctrinarios españoles nos brindan una alternativa para el engaño típico, el cual debe tener un adjetivo de bastante, en el cual se la puede analizar desde un criterio objetivo o subjetivo; la simulación y disimulación es otra alternativa que los doctrinarios crearon para determinar qué engaño es típico, teoría que actualmente es acogida por la legislación ecuatoriana. Posteriormente se abordará el segundo elemento de la estafa, el cual corresponde al error del sujeto pasivo, en donde se establecerá los requisitos que este debe cumplir para que sea considerado como elemento típico de la estafa, pues no todo error es relevante para el Derecho Penal.

En el capítulo II se analizará el bien jurídico protegido en la estafa, estableciendo el alcance y las características que ésta debe tener, inmediatamente se estudiarán los objetos materiales, todo ello con el fin de determinar qué bienes ingresan a la propiedad del sujeto pasivo; y dentro de esos bienes conocer qué bienes pueden ser susceptibles de ser estafados, ello guarda singular relación con la disposición patrimonial, disposición que se subdivide en el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo y beneficio patrimonial del sujeto activo, esto para saber el momento de la consumación del delito.

El capítulo III se destinará al estudio de los delitos de omisión, poniendo especial interés en los delitos de omisión impropia o también llamados delitos de comisión por omisión, se

estudiará su estructura típica objetiva como su estructura típica subjetiva, ya que éstas difieren de los delitos de comisión.

Finalmente en el capítulo IV se estudiará el delito de comisión por omisión en la estafa, es decir se tendrán presentes los elementos objetivos del tipo de omisión impropia aplicados a la estafa como son: la producción de un resultado, capacidad de realizar la acción, identidad entre omisión y acción, causa hipotética, obligación de actuar del sujeto; posteriormente se determinará cuál es el elemento subjetivo que requiere la estafa en el tipo penal de omisión impropia. Finalmente se realizará un breve análisis comparativo del delito de estafa por comisión por omisión en España, Chile y Argentina.

Capítulo I

El Engaño y el Error en la Estafa

1. Engaño del Sujeto Activo en la Estafa

1.1. Teoría Amplia – La Mentira

La mentira es su sentido filológico es decir o manifestar lo contrario de lo que se sabe, cree o piensa, de tal manera que cuando el sujeto activo miente, debe alterar las facultades cognitivas, emotivas y volitivas de su víctima, produciendo una falsa representación que la induce en un error.

Esta teoría no exige nada a la víctima, pues el foco de atención recae exclusivamente sobre el sujeto activo, y ello se debe a su afán por resguardar a los más vulnerables, pues la estafa protege la propiedad y si una mentira puede lesionar este bien jurídico, ella es relevante para el Derecho Penal, puede recaer sobre conductas activas, conductas omisivas, hechos y juicios de valor. Por ello se la denomina teoría amplia, pues se llega a penalizar incluso cuando el sujeto erradamente cree algo y comunica lo contrario a su receptor, lo cual amplía en exceso la órbita del derecho penal, afectando de tal manera al principio de mínima intervención, a favor de ella están Carlos Creus, Silvio Ranieri, Maggiore y Vincenzo Lanza¹.

Esta teoría es acogida por la Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Penal; Luis Andino Montalvo y Paula Andino Maldonado vs Opergama S.A.; R.O.S. 426, Abril del 2013. No. 1278-2009.

“Elemento característico de la estafa, y que permite diferenciarla de otros delitos contra la propiedad, es el engaño (...) El engaño consiste en la mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno, como medio de conseguir la

¹Creus Carlos; Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I; Ediciones Astrea; Buenos Aires; 1998. Pág. 468. / Ranieri Silvio; Manual de Derecho Penal, Tomo VI, Parte Especial de los delitos en particular; Editorial Temis; Bogotá; 1975. Pág 120. / Etcheberry Alfredo; Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III; Editorial Jurídica de Chile; Chile; 1999; Pág.394. Maggiore citado. / Finzi Conrado; La Estafa y Otros Fraudes; Ed Depalma; Buenos Aires; 1961. Pág. 40. Vincenzo Lanza citado.

entrega de la cosa. Conviene insistir en que el engaño tiene por objeto y por efecto la entrega de valores. Puede revestir innumerables formas, tantas como sea capaz de concebir la imaginación humana'².

La Sala al aceptar que el engaño puede revestir innumerables formas, acepta el criterio amplio, es decir se configura el engaño con la simple mentira. Eso se coteja con el fallo de la Corte Nacional de Justicia, Sala Segunda Penal; Elizabeth Umaña Vascones vs Benjamín Oswaldo Guevara Morillo. Resolución N 241 – 2009, Marzo 2009. De la misma forma la Corte Nacional de Justicia, Sala Segunda Penal; Luis Hoyos y Mercedes Adelina vs José Quiroga. Resolución N 739-2012, Junio 2012.

Con esta teoría el poder punitivo del Estado se extiende desmesuradamente, los doctrinarios tratando de dar solución a este problema crearon las teorías que a continuación se exponen.

1.2. Teoría Francesa - *Mise en scène*

A manera de antecedente histórico en 1862 la Corte de Casación de París acogió tal criterio y limita el engaño con el siguiente análisis:

*“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 scène, un hecho externo, o la intervención de una tercera persona que dé crédito a las palabras”*³.

De tal manera, esta teoría va un paso más allá de la mentira, ya que la mentira debe ir reforzada por hechos del mundo exterior, como puede ser vestuarios, lugares, posición social, etc., todo aquello que cree una especie de espectáculo escénico en la mente del sujeto pasivo. Con ello se logró limitar el engaño a las conductas activas, pues se exige un

²Corte Nacional de Justicia, Sala Segunda Penal; Luis Andino Montalvo y Paula Andino Maldonado vs Opergama S.A.; Recurso de Casación expediente No 1278-2009; R.O.S. 426, Abril del 2013.

³ Carrara Francesco; Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen IV; Editorial Temis; Bogotá; 1959. Pág. 426.

hacer por parte del sujeto activo. Defensores de esta teoría a saber son: Carrara, Manzini, Etcheberry, Luigi Majno, Cuello Calón, Antón Oneca, Bustos Ramírez y Soler⁴.

Carrara dividía el engaño en mentira y artificio, estableciendo un criterio para distinguir entre un incumplimiento civil y la estafa. En la mentira se trata de una mera afirmación y nadie debe creer fácilmente en las palabras de otros, si lo hace es materia de los jueces civiles; por otro lado el fraude se refiere a afirmaciones que van sustentadas en hechos, lo cual es de interés para el Derecho Penal. Lo dicho se aprecia de mejor manera en el siguiente ejemplo: Si una anciana harapienta que viste como indigente dice conocer la fórmula para hacer riqueza, logra que un sujeto realice una disposición patrimonial a su favor, se trata de un problema civil; pero si una anciana que viste con ropa lujosa y trae consigo joyas, y dice que sabe la manera de conseguir grandes sumas de dinero, logrando que la víctima le entregue parte de su patrimonio, se trata de una estafa, porque sus afirmaciones están sustentadas con hechos⁵.

Etcheberry considera que la simple mentira no puede constituir engaño, argumentando que no existe obligación que ligue a los sujetos a decir la verdad en sus actos y negocios, y en el caso de sancionar la mentira como estafa se corre el riesgo de ampliar excesivamente la aplicabilidad del Derecho Penal quebrantando el principio de mínima intervención, por otro lado se eliminaría los casos de fraude civil; además ello incentivaría que los sujetos no sean diligentes en sus convenciones, como lo exige en Derecho Civil y Comercial⁶.

Esta teoría deja de lado el análisis exclusivo de la conducta del sujeto activo, ampliándola al sujeto pasivo, ya que exige un mínimo nivel de autoprotección de este, ya que el Derecho Penal no puede proteger a quienes no se protegen a sí mismos.

⁴Finzi Conrado; Ob. Cit., Pág. 46. Cita a Majno / También Cuello Calón Eugenio; Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial; Bosch Casa Editorial; Barcelona; 1949. Pág. 851 / De la misma manera Rodríguez Devesa José María; Ob. Cit., Pág. 480. Cita a Antón Oneca, Bustos Ramírez y Soler / Etcheberry Alfredo; Derecho Penal; Ob. Cit., Pág.394.

⁵ Carrara Francesco; Ob. Cit., Pág. 427.

⁶Etcheberry Alfredo; Derecho Penal; Ob. Cit., Pág.394.

Ella se refleja en el siguiente fallo de la Corte Nacional de Justicia, Primera Sala Penal; Raúl Gualberto Cárdenas Castillo vs Luis Antonio Gudiño Benavides. R.O. 215, Noviembre del 2011.

El acusado utilizando un procedimiento fraudulento, vendió a Luis Antonio Gudiño Benavides un auto robado, el que posteriormente fue recuperado por la Policía y devuelto a su legítimo propietario; causando un perjuicio patrimonial a la víctima en la suma de -tres mil dólares-, la venta se encontraba respaldada en un contrato de compra venta firmado por una persona inexistente⁷.

El sujeto activo vende el auto como si fuera de su propiedad, por lo que el auto es el elemento material que exige el ardid en la Teoría Francesa, el auto refuerza lo afirmado por el sujeto activo.

Los críticos⁸ a esta teoría manifiestan que es un error establecer la magnitud del engaño en base a los medios empleados por el delincuente y la prudencia de la víctima, imponiendo una carga al sujeto pasivo, quien debería actuar como lo haría un hombre común en las mismas circunstancias; el sujeto activo, pone un interés particular al momento de escoger y elegir a sus víctimas, inclinándose por la persona que da indicios de carecer de prudencia, lo que facilita notablemente el cometimiento del delito. Al ser la estafa un delito que afecta el conocimiento de la víctima, el engaño del agente “*opera sobre los eclipses intelectuales – del sujeto pasivo- que acompañan a toda intensa alteración de los mecanismo psíquicos, y cuando más agudos son los sentimientos, tanto más fácil es el engaño*”⁹, por lo que se debe tener como factor determinante para el engaño, las condiciones intelectuales personales de la víctima al momento del engaño, quedando a la sana crítica del Juez establecerlo. Tolomei al criticar la *mise en scène* reflexiona de la siguiente manera:

⁷ Corte Nacional de Justicia, Primera Sala Penal; Raúl Gualberto Cárdenas Castillo vs Luis Antonio Gudiño Benavides. Registro Oficial Suplemento 215, Noviembre del 2011.

⁸ Finzi Conrado; Ob. Cit. Geib, Pessina, Tolomei todos ellos citados.

⁹ Von Henting Hans; Estudios de Psicología Criminal, Volumen III, La Estafa; Ed Espasa Calde SA; Madrid; 1980. Pág. 110.

“¿Es que no hay delito en el hecho de matar a un niño, porque es una tarea mucho más fácil matar a un niño que a un adulto? ¿Y por qué, del mismo modo, se debería absolver al que engaña a un tonto y castigar a quien ha engañado a un hombre inteligente, por la circunstancia que de qué aquel ha recurrido a artificios mucho más sencillos?”¹⁰.

1.3. Teoría Alemana – Acción Concluyente

El sujeto activo no manifiesta expresamente con palabras el engaño, pero su comportamiento hace pensar que realizará una determinada conducta. Como ocurre con el sujeto que detiene su auto en la estación de gasolina, o el hombre que sube a un taxi, pues el tráfico comercial hace que sea innecesario que en cada relación económica quien brinda el servicio pregunte a la otra parte si tiene dinero para cubrir la prestación, también se aplica para el sujeto que solicita un crédito, pues al tomarlo, afirma implícitamente una capacidad o voluntad de pago que, sin embargo, no tiene. La misma reflexión se la extiende para quienes giran cheques de pago de determinados bienes, pero careciendo de la voluntad o de la capacidad para cubrirlos.

Suele existir una discusión entre los doctrinarios sobre la naturaleza de esta teoría, de tal manera, mientras algunos consideran que se trata de una conducta activa, otros manifiestan que es una conducta por omisión. Pero si tenemos en cuenta que no todas las acciones son explícitas, ingresamos al marco de las acciones implícitas, por lo cual tienen una existencia óptica lo cual lo diferencia de las omisiones, pues estas no se manifiestan en el mundo, por ende la teoría de los engaños implícitos son una conducta activa.

Esta teoría también se encuentra presente en los fallos de la Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal; Empresa Eléctrica Riobamba vs Carlos Nicolás Guillen Chiriboga. RO-S 514: 28 Enero 2005.

El procesado “aprovechándose de su cargo de administrador, empleando manejos fraudulentos, con abuso de confianza y credulidad de los usuarios, se hizo entregar y

¹⁰Finzi Conrado; Ob. Cit., Pág. 40. Cita a Tolomei.

aprovechó del dinero de los usuarios, que los cobrara en exceso y no los depositaba en la cuenta de la empresa –que administraba–”, ello se desprende de la auditoria interna realizada por la empresa y por los testimonios de las víctimas¹¹.

En este caso en específico se trata de un engaño implícito, pues el sujeto activo pese a no manifestar de manera directa el engaño con su conducta induce en error a las víctimas, pues estas creen que el sujeto activo recolecta el dinero para la empresa que representa pero en realidad el dinero es para su beneficio. Mírese también el fallo de la Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal; Carlos Alberto Bayas Prado vs Estado Ecuatoriano. R.O. 31, Marzo del 2008. No. 578-06. De la misma manera resuelve la Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal; María Lucrecia Guzmán Recalde vs Estado Ecuatoriano. RO-S 203: 31-May-2010.

1.4. Teoría Española - Engaño bastante

El legislador español en un intento por despenalizar los engaños más burdos agregó al tipo penal de estafa la palabra “engaño bastante”, de tal forma, para que se configure el delito de estafa no basta con un engaño ya que este deberá cumplir con el adjetivo de bastante, este engaño ha sido interpretado en un doble sentido, de tal manera existe un criterio subjetivo y un criterio objetivo.

En el criterio subjetivo se examina las condiciones personales de la víctima, por ejemplo: educación, cultura, edad, situación económica, etc. El criterio objetivo se enfoca en la conducta empleada por el sujeto activo y analiza si esta puede provocar un conocimiento desatinado en el sujeto pasivo que le conduzca a realizar el acto de disposición patrimonial por la supuesta veracidad y realidad de lo manifestado por el sujeto activo.

Esta teoría otorga un mayor grado de responsabilidad a la víctima, pues el criterio subjetivo analiza exclusivamente las condiciones y cualidades personales del sujeto pasivo, sin perder de vista las condiciones personales del sujeto activo, y ello conjugarlo con las circunstancias que rodean el hecho en concreto. Pues si el sujeto pasivo no se ha

¹¹ Corte Suprema de Justicia; Jurisprudencia Especializada Penal, Tomo I; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito; 2005. Pág. 249. Fallo tomado también en Jaime Flor Rubiales y Daniella Camacho Herold comentarios y actualización a la obra de Pérez Borja Francisco., Ob. Cit. pág. 165.

comportado como lo haría un hombre de prudencia media, no se puede calificar a la conducta del sujeto activo como un engaño penal.

En primera instancia se podría pensar que la teoría francesa y la española se encuentran íntimamente ligadas, pero ello quedó desmentido por el Tribunal Supremo Español en la sentencia del 8 de julio de 1993, expresando lo siguiente:

El engaño o manejo fraudulento, nervio del delito de estafa, si bien ha de ser bastante por mover la voluntad y de índole aceptable para producir error, no es necesario que consista en hechos materiales o en fingidas escenas que corroboren las aseveraciones de delincuente, sino que basta se produzca con palabras engañosas, racionalmente susceptibles de producir ilusión en el ánimo de la víctima y de inducir su voluntad a desprenderse de una parte de su patrimonio¹².

De tal manera, la teoría española se torna independiente y con características propias, sin embargo, es lógico que una puesta en escena será en la mayoría de las ocasiones más idónea que una mentira, sin excluir a las últimas.

De lo expuesto anteriormente, queda habilitada nuevamente el planteamiento ¿Se acepta el engaño por omisión en la teoría española?, y dando respuesta a ello se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español en sentencia del 26 de febrero de 1999.

“El engaño no sólo existe cuando se desarrolla una puesta en escena destinada a crear una apariencia de solvencia que en realidad no existe, sino también cuando se omiten o escamotean elementos de la realidad cuyo conocimiento hubiera sido decisivo para disuadir a la otra parte de llevar a cabo un determinado contrato”¹³.

De las resoluciones del órgano judicial español se concluye que en la teoría española los engaños pueden ser por conductas activas u omisivas siempre y cuando este sea bastante e idóneo para inducir o mantener en error al sujeto pasivo.

¹² Rodríguez Navarro Manuel; Doctrina Penal del Tribunal Supremo, Tomo Tercero, segunda edición; Aguilar S.A. Ediciones; Madrid; 1960. Pág. 4194.

¹³ Balmaceda Hoyos Gustavo; Engaño en la Estafa ¿Una Puesta en escena?; Revista de Estudios de la Justicia N° 12; 2010; Pág. 368; sitio web: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/BALMACEDA%20_13_.pdf. Fecha de ingreso 20-julio-2015- 10h12 am / ver Sentencias del Tribunal Supremo 13 de Mayo del 2003 / Sentencia del Tribunal Supremo del 23 de Febrero del 2004 / Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de Diciembre del 2003.

El engaño bastante también se encuentra presente en la jurisprudencia ecuatoriana, como se aprecia en el siguiente fallo de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo penal; Yolanda Cofre Morán vs Norma Marlene Vallejo Jaramillo. R.O. 165, Martes 16 de Septiembre del 2014. No. 738-2010.

Actos fraudulentos son los que implican actuación dolosa, inexactitud consciente, engaño, o falacias, –la estafa- puede definirse como lesión del patrimonio ajeno mediante engaño o artificio apto para engañar y ánimo de lucro. Son elementos generales de la estafa, por consiguiente, la lesión o perjuicio patrimonial, el engaño que debe ser idóneo para estafar, y el ánimo de lucro en el hechor (...). Elementos característicos de la estafa, y que permite diferenciarla de otros delitos contra la propiedad, es el engaño. El engaño consiste en la mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno, como medio para conseguir la entrega de la cosa".¹⁴(el subrayado me pertenece)

El juzgador ecuatoriano al calificar el engaño desplegado por el sujeto activo, impone un requisito y manifiesta que este debe ser idóneo, apto, por lo cual la Sala se encuadra dentro de la teoría española.

Que el engaño sea bastante e idóneo plantea una observación, pues es desatinado hablar de idoneidad en delitos consumados ya que si el delito se encuentra consumado implícitamente se entiende que el medio fue idóneo. Por otro lado, la carga que se impone a la víctima es cuestionable, ya que en primer lugar el agente selecciona a la persona más vulnerable, aplicándose el razonamiento de Tolomei “¿Es que no hay delito en el hecho de matar a un niño, porque es una tarea mucho más fácil matar a un niño que a un adulto?”; por otro lado, Scarano debate con el criterio subjetivo argumentando lo siguiente:

Para determinar la idoneidad de un acto no se puede tener en cuenta la víctima, punto de llegada de la trayectoria de aquél, sino que se debe tomar en consideración el punto de

¹⁴ Corte Nacional de Justicia, Sala de lo penal; Yolanda Cofre Morán vs Norma Marlene Vallejo Jaramillo. , Registro Oficial 165, 16 de Septiembre del 2014. No. 738-2010.

partida, es decir, la actividad del agente. Sería absurdo querer determinar la idoneidad de un acto, sin tener en cuenta quién lo ejecuta, quién lo realiza, sino cuál es el último punto en que recae, es decir, quien lo sufre¹⁵.

1.5. El Engaño en el Código Orgánico Integral Penal

Actualmente el Art. 186 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano tipifica el delito de estafa de la siguiente manera:

La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (El subrayado me pertenece).

El engaño según el tipo penal ecuatoriano está constituido por dos situaciones: 1) Simulación de hechos falsos; y, 2) Deformación u ocultamiento de hechos verdaderos. Cada situación tienen el mismo fin, engañar; pero se diferencian del punto de partida, mientras la simulación parte de un hecho falso el cual lo hace pasar como verdadero; en la deformación u ocultación parte de un hecho verdadero el cual lo convierte en falso. En palabras de Etcheberry simula quien hace aparecer como real un hecho que no lo es y disimula quien hace aparecer como inexistente un hecho real¹⁶.

La redacción del tipo penal se encuadra en la teoría de la simulación y disimulación, sobre hechos presentes o pasados, ya que solo estos pueden ser verdaderos o falsos, ello descarta las promesas pues ellas no pueden conducir a un error a la víctima solo pueden engendrar una expectativa, por otro lado, en las promesas no se pueden verificar si son verdaderas o falsas ya que estas se encuentran en tiempo futuro¹⁷. Soler grafica con mayor nitidez lo expuesto de la siguiente manera.

¹⁵ Scarano Luigi; La Tentativa; Editorial Temis; Bogotá; 1960; Pág. 207.

¹⁶ Etcheberry Alfredo; Derecho Penal; Ob. Cit., Pág. 393.

¹⁷ Ibidem. Pág. 396.

Si Primus le pide prestado cien pesos a Secundus, prometiéndole falsamente devolvérselos un día después, el préstamo no está determinado, en realidad, por un error, porque no existe, en el momento del préstamo, ninguna falsa representación determinante, sino solamente la falsa creencia en que el pago tendrá lugar; pero esa creencia no se apoya sino en la voluntad de aceptar como veraz la promesa, a pesar de la evidencia de que no se trata sino de una promesa, es decir de algo que puede no cumplirse. Algún error ha habido, sin duda, en la conciencia del perjudicado, pero aun cuando el error puede ser considerado decisivo, no es esencial, porque no altera la naturaleza de la condición bajo la cual el préstamo se cumplió, esto es bajo promesa, y por lo tanto con asunción del riesgo inherente a toda promesa¹⁸.

Bajo el caso expuesto de Primus, se puede hablar de estafa si Secundus entrega un documento a Primus garantizando que se realizara el pago, por ejemplo un cheque sin fondos, pues en tal caso el error se sustenta en el cobro del cheque y no en la promesa.

Bajo el mismo argumento se descartan también los juicios de valor debido a que estos no pueden ser verdaderos ni falsos, estos reflejan las inclinaciones subjetivas del sujeto sobre algo o alguien, al igual que las promesas no es posible determinar si un juicio es verdadero o falso dado que se refieren a la opinión de alguien, no sucede lo mismo con los hechos ya que estos transmiten información la cual se la puede verificar como falsa o verdadera.

1.5.1. Simulación y disimulación

Carrara en su Programa de Derecho Criminal reflexiona sobre la conducta engañosa y manifiesta que la simulación y disimulación, puede tener carácter personal o real¹⁹.

¹⁸ Soler Sebastián; Ob. Cit., Pág. 334, 335. Igualmente Pacheco Pedro; Ob. Cit., Pág. 187.

¹⁹ Carrara Francesco; Ob. Cit., Pág. 421. Igualmente Muñoz Conde Francisco; Ob. Cit., Pág. 405. En la misma línea Pacheco Pedro; Derecho Penal Especial, Tomo IV; Ed Temis; Bogotá; 1975. Pág. 184

1.5.1.1. Simulación personal

Recordando que simula quien hace aparecer como real un hecho que no lo es, este recae sobre una cualidad del sujeto, entonces el sujeto se hace pasar por alguien que no es, por ejemplo se hace pasar por el gerente de una prestigiosa empresa.

1.5.1.2. Simulación real

El sujeto activo otorga una cualidad al objeto de la cual carece, es decir, el estafador hace pasar un objeto por otro²⁰, por ejemplo: el sujeto activo entrega metal amarillo y lo hace pasar como si fuera oro.

1.5.1.3. Disimulación personal

En este supuesto el sujeto activo oculta la estatus o condición, de manera que hace aparecer como inexistente un hecho real, por ejemplo: el sujeto que por un manejo fraudulento de sus negocios ha sido declarado insolvente, y logra ocultar tal estado.

Es oportuno mencionar en este punto que el sujeto activo solo cuando se encuentre en posición de garante está en la obligación de informar, de otra forma su silencio no es punible, ello se profundizará en el capítulo III y IV.

1.5.1.4. Disimulación real

El agente intencionalmente oculta determinadas cualidades de la cosa, como cuando vende un predio sin informar de la hipoteca que lo grava o cuando la cosa es robada²¹. De igual manera este punto se profundizará en el capítulo III y IV de la presente investigación.

²⁰ Pacheco Pedro; Ob. Cit., Pág. 184

²¹ Ibídem. Pág. 421. Igualmente Jiménez de Asúa Luis; Defensas Penales, Tomo Tercero; Editorial Losada; Bueno Aires; 1943. Pág. 358.

1.6. El Error como elemento de la estafa

El error es el segundo elemento de la estafa, el cual recae sobre la esfera del sujeto pasivo, este reviste importancia debido que la estafa es un delito de autolesión, es decir el sujeto pasivo realiza el acto de disposición en detrimento de su patrimonio o de un tercero.

Cabe anotar que el tipo penal establece un orden cronológico que se debe cumplir para que se configure la estafa, de tal manera el error debe estar precedido por el engaño, y la disposición patrimonial debe ser posterior al error, por lo que en términos metafóricos, el error cumple una función de puente entre el engaño y la disposición patrimonial.

Con respecto a la calidad del sujeto pasivo este puede ser cualquiera, el artículo 186 del COIP no exige una calidad especial, pero hay que establecer la distinción entre el sujeto sobre quien recae el engaño y el sujeto quien sufre el perjuicio patrimonial; lo genérico es que el engañado y el perjudicado sean la misma persona pero no siempre sucede así, por ejemplo: en un local de comida el patrón sufre el perjuicio patrimonial pero el engaño recae sobre el sirviente²², ello queda claro cuando el tipo penal de estafa menciona que la persona inducida en error puede realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio de su patrimonio o de una tercera persona, ello se lo denomina estafa piramidal. Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia en el año 2010 con el derogado código penal no comparte el criterio de la estafa piramidal, (ver Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, RO-S 195: 18-May-2010. Estado Ecuatoriano vs Luisa Álvarez).

Otro punto de interés es el caso de los dementes y los menores de edad, pues solo un sujeto que se encuentre en pleno goce de sus facultades cognitivas puede ser inducido en error, y como se mencionó supra, el error es el puente para que se realice la disposición patrimonial y por ende para que se configure la tipicidad, en caso de no existir error no se puede hablar de estafa, en un supuesto hipotético que ello suceda se tratará de un hurto pero no de una estafa.

²²Etcheberry Alfredo; Ob. Cit., Pág.398.

1.6.1. Error penal

Para determinar el alcance del error es preciso tener el sentido castizo de la palabra según la Real Academia de la Lengua Española el “*concepto equivocado o juicio falso*”²³, de ello se infiere que el error es un estado psicológico exclusivo de las personas naturales, pero no basta que el sujeto pasivo tenga una representación mental que no corresponde a la realidad, ya que ese error puede preexistir sin la intervención del sujeto activo, en tal caso no se trata de una estafa; como se mencionó supra, el error debe ser provocado por el sujeto activo, es decir causado, mantenido o reforzado por este.

Para establecer el nexo causal entre el engaño y el error, gran mayoría de la doctrina afirma que es suficiente la teoría de la equivalencia, y solo el error provocado o mantenido por el sujeto activo es relevante para el Derecho Penal.

1.6.2. Error provocado por Negligencia o Imprudencia del Sujeto Pasivo

Aquí tenemos dos escenarios, en el primero el sujeto activo interviene en la interacción, pero lo hace a través de un engaño burdo; el otro escenario se refiere al caso en que el sujeto activo no interviene en el error en el que se encuentra el sujeto pasivo.

A continuación se analizará el primer escenario:

Si se exige un mínimo de autoprotección a la víctima, el error provocado por su negligencia no es un error que sea de interés para el Derecho Penal, esta postura la defienden principalmente los doctrinarios de la teoría francesa y la teoría española, pues el Derecho Penal es un instrumento de intervención excepcional, para los casos en que la perspicacia de un hombre corriente es sorprendida, ya que no se puede proteger a quien no se protege a sí mismo.

²³ Real Academia de la Lengua Española: Ob. Cit. Igualmente Donna Alberto; Derecho Penal, Parte Especial Tomo II B; Ed Rubinzal – Culzoni; Buenos Aires; 2001. Pág. 299. Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suarez Gonzales citados. / Maggiore Giuseppe; Ob. Cit.

Por otro lado, quienes están en contra de esta postura manifiestan que es importante tener en cuenta que el disvalor de acción queda establecido con el engaño desplegado por el sujeto activo, y el error provocado por negligencia o culpa de la víctima no elimina tal disvalor, por lo tanto es indiferente si el sujeto pasivo es imprudente en su actuar.

En relación al segundo escenario, cuando el error preexiste sin la intervención del sujeto activo:

Este tema se analizará con mayor detenimiento en el capítulo III, ya que se trata de un caso de comisión por omisión, pues se debe establecer si el sujeto activo tiene la obligación jurídica de eliminar el error, determinar si existe identidad entre acción y omisión, analizar el nexo hipotético. Sin embargo, es oportuno señalar que la mayoría de los doctrinarios²⁴ se inclinan por considerar que quien mantiene o fortalece el error en el que se encuentra la víctima es responsable del perjuicio patrimonial que se produzca y por ende le es imputable la estafa.

²⁴Maggiore Giuseppe; Ob. Cit. Cita a Manzini / Silvio Ranieri; Ob. Cit., pág. 121 / Etcheberry Alfredo; Ob. Cit., Pág.398.

Capítulo II

Propiedad en la Estafa

Como es sabido, el objeto material y el objeto jurídico no son lo mismo; en la estafa el objeto jurídico es la propiedad mientras que los objetos materiales son los objetos sobre los cuales recaen el delito.

2. Bien jurídico propiedad

La propiedad en materia penal tiene un sentido y alcance distinto al que tiene en el Derecho Civil, ya que ésta no se limita al derecho real de dominio, por el contrario es mucho más amplio.

La ley se refiere –al concepto amplio de propiedad–; dentro de la protección están comprendidas, según sea la figura delictiva, tanto el dominio propiamente dicho, en el sentido civilista, como otros derechos reales, y hasta la simple posesión y la tenencia como situaciones. Por otra parte, algunas figuras abarcan derechos personales²⁵.

Antes de profundizar más en el tema es necesario mencionar que la propiedad y los bienes que se encuentran dentro de ella depende de la posición que a ella se le otorgue, de tal manera tenemos a la posición económica, posición jurídica y la posición mixta.

A. Posición económica

Dentro de este postulado, es parte de la propiedad todo aquello que puede valorarse en dinero, descartándose aquellos bienes que carecen de este atributo, pero como el criterio jurídico no es tomado en cuenta, entran a la propiedad de un sujeto aquellos bienes que contravienen el ordenamiento jurídico; tal es el caso de objetos robados.

²⁵ Soler Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo IV; Editorial la Ley; Buenos Aires; 1946. Pág. 174, 175. / Igualmente Labatut Gustavo actualizada por Zenteno Julio; Derecho Penal, Tomo II; Editorial Jurídica de Chile; Chile; 2006. Pág. 195. / También Puig Peña Federico. Ob. Cit., pág. 181.

B. Posición jurídica

Esta posición es una antítesis a la posición económica, ya que la propiedad puede estar conformada por bienes que carecen de valor económico. Es suficiente que dichos bienes se encuentren conforme a derecho y no lo contravengan, esto puede ser una hoja de papel que contiene una carta de amor.

C. Posición mixta

La posición ecléctica une los postulados económicos y jurídicos, de tal manera la propiedad de un sujeto se conforma por los bienes que tienen una valoración económica, y además deben encontrarse en armonía con el derecho. Núñez lo define de la siguiente manera:

-La propiedad- está constituida por bienes susceptibles de apreciación pecuniaria que, sin ser inherentes a una persona de existencia visibles (natural), jurídicamente le pertenecen a ella o a una persona de existencia ideal (persona jurídica)²⁶.

En un análisis negativo, esta definición excluye los bienes que carecen de valor económico y aquellos bienes que han ingresado contraviniendo el ordenamiento jurídico.

Postura

La propiedad es un epígrafe que en materia penal no tienen el mismo sentido civil, la propiedad debe tener un atributo económico y un atributo jurídico, existe una afectación a la propiedad del sujeto pasivo siempre y cuando recaiga sobre un objeto que goza de los dos atributos mencionados, jurídicos y económicos.

Lo importante es el contenido y pasa a segundo plano el nombre, por lo cual es necesario analizar de qué se compone el objeto jurídico, de tal manera ingresamos al campo del objeto material y este abarca el derecho real de dominio, uso, goce y disposición, además de otros derechos reales como usufructo, hipoteca, prenda, servidumbres, también los

²⁶ Núñez Ricardo; Manual de Derecho Penal, Parte Especial; Ediciones Lerner; Córdoba-Buenos Aires; 1977. Pág. 216.

derechos personales y situaciones de hecho como la tenencia y la posesión, los cuales se analizarán en la estafa.

2.1. Objetos materiales

Como se mencionó ut supra, el objeto material se refiere a los objetos que comprenden la propiedad, sobre los cuales tiene derecho el sujeto pasivo, es importante establecer que bienes pueden ser objeto material de la estafa y cuales se excluyen ya que están íntimamente vinculados con el perjuicio que sufre el sujeto pasivo en su patrimonio, lo cual configura la tipicidad.

El atributo económico cumple un parámetro objetivo, ya que existen objetos que tienen un alto valor sentimental o afectivo, careciendo de valor económico y el derecho penal no puede intervenir en esa esfera; por ejemplo, la piedra de río que se supone es un “infalible talismán” que el abuelo del sujeto pasivo le dejó, en tal caso no existe un perjuicio objetivo a la propiedad del sujeto pasivo, por lo que es absurdo que se hable de estafa.

El objeto material debe ser de apropiación exclusiva, pues solo en tal caso el objeto ingresa a la propiedad y por ende se puede causar un perjuicio al mismo, ello excluye las cosas comunes a todos, como es el aire, el mar, las playas, la luz solar, sin embargo, si las cosas comunes a todos tienen una intervención humana como agua embotellada, o aire purificado, ellos ingresan a la propiedad de la persona y por ende su agresión puede afectar al bien jurídico del sujeto pasivo²⁷.

Pese a la crítica hecha por Ripert a la clasificación de bienes corporales e incorporeales, al considerar de inaceptable tal distinción ya que todo bien tiene una esfera material y otra inmaterial, no se distinguen las partes de un todo, solo se separa el derecho del objeto sobre el cual recae²⁸. Considero que es académico utilizar tal criterio y se procederá a analizar a cada uno de ellos.

²⁷ Ranieri Silvio; Manual de Derecho Penal, Tomo VI, Parte Especial de los delitos en particular; Editorial Temis; Bogotá; 1975. Pág. 12. / De la misma manera Larrea Holguín Juan; Los Bienes y la Posesión, Volumen III; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito; 2009. Pág. 2.

²⁸Ripert es citado por Larrea Holguín Juan. Ob. Cit., pág. 6

2.1.1. Bienes corporales

Se entiende por bienes corporales aquellos que “ocupan un espacio y tienen cierta magnitud”²⁹, estos se subdividen en muebles e inmuebles.

2.1.1.1. Bienes muebles e inmuebles

Pese a que la mayoría de los tratadistas están de acuerdo en que la estafa puede tener como objeto material bienes muebles como bienes inmuebles, entendiendo bien mueble aquel que puede ser transportado de un lugar a otro, por fuerza propia o por fuerza externa; y por bien inmueble aquel que no se lo puede mover, “está fijo, sin movimiento ni actual ni posible”³⁰, considero que el objeto material de la estafa en Ecuador se limita a los bienes muebles y los bienes inmuebles son esfera de otro tipo penal.

Si bien es cierto, existe un gran número de casos de estafas que se refieren a bienes inmuebles, estos no son el objeto material de delito; el objeto material es el derecho que recae sobre el bien. Para que exista un perjuicio se necesita disponer del bien, para disponer de un bien inmueble se requiere de la celebración de un contrato solemne, lo que conlleva a respetar las formalidades establecidas en la ley, solo cuando se cumple con las formalidades de título y modo el bien sale del patrimonio del sujeto, de otra manera el bien sigue dentro de su patrimonio y por ende no existe perjuicio, requisito necesario para que se configure la estafa.

Imaginando un caso hipotético en el que el sujeto pasivo entregue las llaves de su departamento al sujeto activo, aunque el sujeto pasivo crea que perdió el derecho de dominio sobre tal inmuebles, éste todavía no sale de su patrimonio, pues aún no se cumplen las formalidades que la ley exige, por lo que no se puede hablar de un perjuicio patrimonial, pero si existe un despojo del bien inmueble y la usurpación, es el tipo penal que prevé esta situación, también aplica para los casos de posesión, tenencia, uso, usufructo, habitación y anticresis.

²⁹ Larrea Holguín Juan. Ob. Cit., pág. 5

³⁰ Larrea Holguín Juan. Ob. Cit., pág. 12

Artículo 200.- Usurpación.- La persona que despoje ilegítimamente a otra de la posesión, tenencia o dominio de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Si el despojo ilegítimo se produce con intimidación o violencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La usurpación es el tipo penal que abarca los casos de bienes inmuebles en los que existe una privación del derecho para aquellos casos en los cuales no se ha cumplido con las formalidades establecidas por la ley.

Por las consideraciones expuestas reputo que los bienes inmuebles no pueden ser el objeto material del tipo penal de estafa.

2.1.2. Bienes incorporeales

Los bienes incorporeales se refieren a los derechos, obligaciones que puede tener un sujeto y el “fruto preeminente del ingenio humano (...) como es el caso de la propiedad científica, literaria, artística, industrial, etc.”³¹. Los derechos que ingresan al patrimonio del sujeto pasivo pueden ser reales y personales.

2.1.2.1. Derechos reales

Los derechos reales se “ejercitan contra cualquier persona que ponga un obstáculo para que el titular del derecho disfrute de él”³², el objeto de un derecho real es una cosa, estos son: el derecho real de dominio, el derecho de herencia, de usufructo, uso o habitación, servidumbres activas, prenda e hipoteca.

El derecho real de dominio es el más frecuente en los casos de estafa, pero ¿cabe la posibilidad de tipificar una estafa bajo la afectación a un derecho de herencia, u otro derecho real?

³¹ Larrea Holguín Juan. Ob. Cit., pág. 7

³² Larrea Holguín Juan. Ob. Cit., pág. 36-41.

2.1.2.2. Derecho de herencia

El derecho de herencia es plenamente disponible para su titular, se puede vender la calidad de heredero y por ende obtener un provecho económicamente valorable. El sujeto activo celebra un contrato que tiene por objeto la calidad de heredero del sujeto pasivo, el sujeto activo tiempo antes de celebrar el contrato no pretendía pagar lo acordado con el sujeto pasivo y así lo hace, por lo cual el sujeto pasivo se desprende de su calidad de heredero además deja de recibir lo pactado produciéndose el perjuicio al bien jurídico de la víctima, requisito para tipificar estafa, por lo cual es plenamente aplicable un tipo penal de estafa que tenga como objeto material un derecho real de herencia.

2.1.2.3. Derecho de usufructo

En relación al usufructo, el código civil lo define como “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 y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible”³³. Si el sujeto activo engaña al titular del derecho de usufructo induciéndolo en error para que realice el acto de disposición patrimonial, lo cual se traduce en que el nuevo titular del derecho de usufructo sea el sujeto activo del delito, se puede hablar de un perjuicio al patrimonio del sujeto pasivo, siempre y cuando se respetaron las formalidades de ley, pues como se mencionó en líneas anteriores, si no se respetan las formalidades no existe perjuicio al patrimonio pero si privación del derecho. El perjuicio patrimonial del sujeto pasivo se refiere a la renuncia del uso y goce del bien inmueble, por lo cual se puede hablar de la existencia de una estafa, sin embargo, la recta razón y el sentido común aconsejan que es poco probable que el sujeto activo apunte a un derecho limitado, del cual le derivan obligaciones como conservar y devolver el bien, cuando puede obtener la totalidad del derecho³⁴.

³³ Código Civil Ecuador Art. 778.

³⁴ Debe existir dolo penal, el sujeto activo antes de celebrar el contrato de usufructo sabe que no cumplirá con lo pactado.

2.1.2.4. Derecho de uso

El derecho de uso es definido como “un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa”³⁵. Este se deriva del derecho de usufructo pero confiere facultades más limitadas, excluyéndose el goce³⁶, el mismo razonamiento empleado para el caso de usufructo lo podemos emplear en el derecho de uso, pero con la observación que es menos probable que el sujeto activo desee un derecho aún más limitado y reconocer un propietario del bien es ajeno al fin del estafador.

2.1.2.5. Servidumbres

“Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”³⁷, es decir el propietario de un inmueble gozará de ciertos derechos sobre un inmueble que no es suyo, incrementando la utilidad de su predio en menoscabo de la propiedad de otro³⁸, es por ello que se compensa al dueño del predio que soporta el gravamen.

Se trata de un derecho real de goce limitado, es importante tener en cuenta que solo es aplicable a las servidumbres constituidas voluntariamente, es decir que aquellas que se realizan por compra y venta. De lo mencionado no cabe una estafa sobre servidumbres, ya que no existe un perjuicio al patrimonio del sujeto pasivo, se trata de una limitación al mismo, pero el titular sigue teniendo el dominio del predio, por lo que no existe un menoscabo, requisito necesario para tipificar el delito de estafa.

³⁵ Código Civil Ecuador Art. 825.

³⁶ Larrea Holguín Juan; Manual Elemental de Derecho Civil, Tomo III; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito; 2007. Ob. Pág. 579.

³⁷ Código Civil Ecuador Art. 859.

³⁸ Larrea Holguín Juan; Manual Elemental de Derecho Civil, Tomo III; Ob. Cit., Pág. 579.

2.1.2.6. Prenda

“Se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito”³⁹, asegura la obligación que el deudor pueda tener con el acreedor, y que el bien prendado se encuentra bajo el poder del acreedor.

El caso sería en siguiente, el objeto prendado es el objeto material del delito, el que se encuentra bajo el poder del acreedor de la obligación quien es el sujeto pasivo del delito, el sujeto activo del delito engaña al sujeto pasivo para que entregue el objeto prendado, perjudicando al dueño del objeto, el deudor.

Se trata de una estafa piramidal, en el que el perjudicado y el sujeto pasivo no son la misma persona, el perjudicado es el dueño del objeto prendado mientras que el sujeto pasivo es el acreedor, por lo que existe un perjuicio y por ende se puede aplicar el tipo penal de estafa. En mismo análisis aplica a la hipoteca pero agregando el respeto de las formalidades establecidas para los bienes inmuebles para que se determine el perjuicio patrimonial.

2.1.2.7. Derechos personales

Los derechos personales son exigibles ante determinadas personas, el objeto de un derecho personal es una conducta, la ley a diferencia de los derechos reales no establece cuántos ni cuáles son, pues estos son innumerables⁴⁰. El objeto material se refiere a dar, hacer o no hacer una cosa, por ejemplo, el sujeto activo quiere construir una casa pero no tiene planeado pagar al albañil por lo cual engaña a su albañil haciéndole creer que le pagará por sus servicios al terminar la construcción, el sujeto pasivo es el albañil el cual entrega terminada la casa, el perjuicio es la prestación del servicio y la no remuneración por su servicio, por lo cual es plenamente aplicable estafas a los derechos personales.

³⁹ Art. 2286 Código Civil Ecuador

⁴⁰ Larrea Holguín Juan. Ob. Cit., pág. 37-41.

2.1.2.8. Derechos sobre propiedad intelectual

La Propiedad Intelectual está íntimamente ligada a las creaciones de la mente como son: obras literarias y artísticas, invenciones científicas e industriales, así como los símbolos, nombres e imágenes utilizadas en el comercio. La Propiedad Intelectual se asemeja a cualquier otro derecho de propiedad ya que otorga a su autor, creador o inventor la facultad de gozar de los beneficios que devienen de su ingenio⁴¹. De ello se infiere que se puede configurar el tipo de estafa sobre derechos de propiedad intelectual ya que estos derechos son susceptible de apreciación económica, apropiación exclusiva, y cuya ausencia causa un perjuicio al patrimonio de su titular.

La Propiedad Industrial se refiere a la protección que tiene toda persona sobre:

Invenciones, dibujos y modelos industriales; los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados; la información no divulgada y los secretos comerciales e industriales; las marcas de fábrica, de comercio, de servicios y los lemas comerciales; las apariencias distintivas de los negocios y establecimientos de comercio; los nombres comerciales; las indicaciones geográficas; o, cualquier otra creación intelectual que se destine a un uso agrícola, industrial o comercial⁴².

Los Derechos de Autor se encargan de proteger los derechos sobre:

Las obras, sean estas literarias o artísticas esto incluye: libros, textos de investigación, software, folletos, discursos, conferencias, composiciones musicales, coreografías, obras de teatro, obras audiovisuales, esculturas, dibujos, grabados,

⁴¹Instituto Ecuatoriano de Propiedad intelectual; Propiedad intelectual; sitio web: <http://www.propiedadintelectual.gob.ec/propiedad-intelectual/>; ingreso 18-02-2016-17h12pm. De la misma manera Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; ¿Que es la propiedad Intelectual?; Publicación de la OMPI No 450; Ginebra. Pág. 2-3.

⁴² Art. 1 Ley de Propiedad Intelectual Ecuador

*litografías, historietas, comics, planos, maquetas, mapas, fotografías , videojuegos y mucho más*⁴³.

2.2. Relación objeto- sujeto

Ahora cabe analizar la relación jurídica entre el sujeto pasivo y el objeto material, y para ello existen dos escenarios, en el primero el sujeto con el objeto tienen una relación jurídica legítima protegida por el Derecho; mientras que en el otro supuesto el sujeto y el objeto mantienen una relación no protegida por el Derecho.

La relación jurídica que goza de protección y no atenta al Derecho no plantea grandes interrogantes y no cabe duda que se afecta a la propiedad del sujeto pasivo. Pero en el segundo supuesto estamos ante posturas dispares al momento de emitir una solución a tal situación.

Para dar una respuesta a esta interrogante, influye en gran medida la naturaleza jurídica que se maneje de la propiedad, la propiedad en sentido jurídico, la propiedad en sentido económico, o la propiedad como una mezcla entre el elemento jurídico y económico.

Para quienes se inclinan por considerar la propiedad en su sentido jurídico y en su sentido jurídico económico, creen que es imposible que se configure una estafa cuando la relación del sujeto pasivo y el objeto material no goza de protección por el Derecho, como puede suceder con un traficante de armas que es estafado, ello no puede ser considerado como estafa, ya que de otra forma, el Derecho estaría protegiendo una conducta disvaliosa, en este caso el tráfico de armas; o el caso de el hombre rico que ofrece pagar un cuantiosa recompensa, a quien mate a un enemigo suyo, un sujeto acepta la oferta y da muerte al enemigo del hombre rico, pero cuando quiere cobrar la recompensa el hombre rico se niega a pagarle, según esta postura ello no se puede considerar estafa, pese a que existe un engaño, que en este caso sería la recompensa; el error se refiere al cobro de la recompensa por dar muerte; la disposición en este caso es la prestación del servicio, dar muerte, si se castiga al hombre rico por estafa se está promoviendo la acción de dar muerte a otro lo cual atenta a la finalidad del Derecho.

⁴³ Instituto Ecuatoriano de Propiedad intelectual. Ob. Cit.

Para quienes defienden la propiedad en su sentido económico sí existe estafa en caso que el sujeto pasivo y el objeto material agredan al ordenamiento jurídico, ya que el objeto material ingreso a la propiedad del sujeto pasivo y por ende su privación representa un perjuicio.

2.3. Momento consumativo – Disposición patrimonial

Se produce la lesión al bien jurídicamente protegido por la norma penal, de tal manera que la conducta coincide con la descripción del tipo penal en los sujetos, objeto, resultado y acción.

El acto de disposición patrimonial efectuada por el sujeto pasivo, es un elemento indispensable para la estructuración de la conducta típica, como fenómeno subsiguiente del error, y antecedente del perjuicio y del provecho.

“La descripción típica tiene una secuencia imperativa que no puede ser desatendida”⁴⁴, debe existir una relación de temporalidad y causalidad entre el error y la disposición patrimonial, pues solo si el error motivó al sujeto pasivo a realizar la disposición patrimonial este tiene relevancia configurándose el delito de estafa⁴⁵. Por otro lado, la inexistencia del acto de disposición patrimonial elimina la configuración de la estafa, quedando habilitada la posibilidad de tentativa o la atipicidad.

2.3.1. Perjuicio patrimonial

La disposición patrimonial debe tener el carácter de perjudicial, el patrimonio debe disminuirse, “la falta de perjuicio ajeno excluye la estafa”⁴⁶, por lo tanto “no existe defraudación si la disposición patrimonial es para quien lo hace, pecuniariamente compensatoria, –o equivalente-”⁴⁷, un ejemplo de compensaciones cuando se realiza la

⁴⁴ Obra conjunta Corredor Pardo Manuel. Ob. Cit., Pág. 363

⁴⁵ Soler Sebastián. Ob. Cit., Pág. 332.

⁴⁶ Eugenio Cuello Calón. Ob. Cit., Pág. 851. Núñez Ricardo. Ob. Cit., pág. 236 “*No se trata solo de la privación de un bien, como sucede con el hurto, sino que debe ser una privación pecuniaria perjudicial, debe afectar al patrimonio*”.

⁴⁷ Núñez Ricardo; Ob. Cit., Pág. 236.

disposición patrimonial a un acreedor, claramente no existe perjuicio del patrimonio pese a que existe disposición patrimonial; un ejemplo de equivalencia es el caso del comerciante que engaña a su comprador, ocultando sus vicios, pero cobra el precio real de la cosa, en tal ejemplo no hay estafa, existe desplazamiento del patrimonio pero no una disminución del mismo⁴⁸.

Otra cuestión que plantea dudas gira sobre la reparación del perjuicio causado, pero si el agente restituye lo estafado, ello no elimina la tipicidad y por ende el delito queda configurado, en la legislación ecuatoriana ello solo tendría relevancia en calidad de atenuante⁴⁹.

Por una parte están quienes consideran que el perjuicio se lo debe valorar al momento de la comisión del delito, atendiendo el valor económico objetivo, siendo indiferente el valor del perjuicio en su porvenir o el estimado por las víctimas⁵⁰, el perjuicio debe ser real y efectivo⁵¹ ya que el Derecho Penal se enfoca en la protección de la propiedad de la víctima, por lo que las ni expectativas ni el peligro de sufrir un perjuicio puede ser objeto material en la estafa, ya que estas aún no se encuentran dentro del patrimonio de la víctima, siendo imposible sufrir un daño de lo que no se tiene.⁵²

Carrara y Manzini cuestionan el perjuicio real y efectivo y manifiestan que las expectativas pueden ser consideradas como un perjuicio a la propiedad. Carrara no cree necesario un daño efectivo y señala que es suficiente una entrega simbólica para la consumación del delito, en algunos casos el daño potencial puede equipararse al daño efectivo, por ejemplo cuando el engaño despoja a la víctima de un derecho con una firma, pero la víctima conserva el objeto bajo su poder, o cuando el sujeto pasivo ha contraído una obligación que puede incumplirse si se descubre el engaño⁵³. Igualmente Manzini cree que las

⁴⁸ Pabón Pedro. Ob. Cit., pág. 865.

⁴⁹ Art. 45 COIP. 4. Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima.

⁵⁰ Puig Peña Federico. Ob. Cit., pág. 251. Sentencias de 22 de noviembre de 1895 y 13 de junio de 1890

⁵¹ Obra conjunta Corredor Pardo Manuel; Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, El delito de Estafa; Publicaciones Universidad Externado de Colombia; Colombia; 2011. Pág. 369

⁵² Soler Sebastián. Ob. Cit., Pág. 356-357.

⁵³ Carrara Francesco: Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen IV; Editorial Temis; Bogotá; 1959. Pág. 431. § 2348. *“Para la consumación de este delito son precisos la entrega, verdadera o simbólica, y el despojo, de cosas o de derechos. Para eliminar toda impunidad es necesario que el fraude no pueda producir ningún efecto jurídico (...) que el daño potencial equivale, en ciertos casos al daño efectivo, y que el fraude se consuma al procurarse mediante artificios una forma, aun cuando el culpable no haya recibido dinero, ni entonces ni nunca”*.

expectativas si pueden constituir un perjuicio para el patrimonio de una persona, pero esta expectativa debe ser cierta, pone como ejemplo el caso del sujeto que ve esfumada su expectativa de cobro por la prestación de un servicio⁵⁴, o la expectativa de cobro por la entrega de una cosa.

Como se analizó en líneas anteriores, para el caso de derechos sobre bienes inmuebles es necesario que se produzcan todas las formalidades para que el derecho salga de la propiedad del sujeto pasivo, siendo indiferente si el dueño tiene bajo su poder el bien inmueble, lo cual es netamente simbólico; por otro lado, las expectativas ciertas si afectan la propiedad del sujeto pasivo, por lo cual comparto la postura de Carrara y Manzini sobre el perjuicio simbólico y las expectativas ciertas del patrimonio.

2.3.1.1. Perjuicio directo

Como se mencionó supra el perjuicio puede ser directo o indirecto, se trata de un perjuicio directo cuando el sujeto que realiza la disposición patrimonial es el titular del derecho, lo cual es lo más común, el engañado y el perjudicado es la misma persona.

2.3.1.2. Perjuicio derivado

Para que la estafa se tipifique no es necesario que el sujeto que realiza la disposición patrimonial y quien sufre el perjuicio recaigan sobre una misma persona, estos casos se los conoce como estafa triangular y “el autor no engaña al que tendría que realizar la disposición patrimonial, pero engaña a quien tiene poder –otorgado por el propio titular o por la ley- para realizar a nombre del titular del patrimonio perjudicado”⁵⁵, de tal manera tenemos un sujeto activo, el sujeto pasivo y el perjudicado.

Un caso ejemplificativo de ello se lo puede observar en la estafa sobre bienes de personas jurídicas, el estafador despliega su engaño sobre el gerente, es el gerente quien cae en error y por tal motivo efectúa la disposición patrimonial, afectando la propiedad de la persona jurídica.

⁵⁴Labatut Gustavo actualizada por Zenteno Julio. Ob. Cit., pág. 225.

⁵⁵Menéndez de Lúcar Miguel; Delitos contra el Patrimonio; Ediciones La Ley; Madrid; 2007. Pág. 571.

2.3.2. Beneficio patrimonial

Ahora cabe tener en cuenta que el tipo penal de estafa ecuatoriano exige un beneficio patrimonial del autor o de un tercero para que se configure el delito, el actuar del sujeto activo debe estar guiado por el ánimo de lucro, no basta un engaño encaminado a inducir a otro en error, es necesario que dicho engaño tenga un fin de lucro, si no existe el fin de lucro no hay agresión contra la propiedad.

Un fraude puede urdirse con fines de injuria, para poner a otro en ridículo, o para difamar a una mujer, haciéndola pasar como deshonesto; y puede urdirse con fines sexuales con el fin de engañar con medios externos a una mujer joven, para raptarla o violarla; y también puede urdirse con el fin de liberar a un preso o de llevar a término una conjuración, y así en muchos otros casos. Pero en todos ellos y en otros semejantes, la inexistencia del fin de lucro impide que se pueda pensar, ni por un instante, -en estafa-⁵⁶.

De lo mencionado podemos descartar la configuración de una estafa en el caso que el sujeto activo busque un beneficio psicológico para sí, o para un tercero, el beneficio debe medirse en términos económicos.

Ello nos lleva a analizarla consumación del delito, por un lado están quienes mantienen que la estafa solo se consuma si el sujeto activo se ha beneficiado de su acción, de tal manera para Cuello Calón “se consuma este delito en el momento en que el culpable hace suya o tiene a su disposición la cosa ajena”⁵⁷. Etcheberry apoya el razonamiento de Cuello Calón y grafica lo mencionado de la siguiente manera:

Juan para perjudicar a Pedro y sabiendo que éste posee el número que ha obtenido el premio mayor de la lotería, le presenta una lista de premios falsificada, de tal modo que Pedro cae en error y destruye su número. Ha habido simulación, error, disposición patrimonial y perjuicio, sin embargo falta el ánimo de lucro, por lo que para este autor no se puede hablar de estafa, ni en calidad de tentativa⁵⁸.

⁵⁶ Francesco Carrara; Ob. Cit., pág. 438. §2355

⁵⁷ Eugenio Cuello Calón. Ob. Cit., Pág. 854. Igualmente Soler Sebastián. Ob. Cit., Pág. 362.

⁵⁸ Etcheberry Alfredo; Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III; Editorial Jurídica de Chile; Chile; 1999; Pág.403.

No obstante, es una postura que carece de razonabilidad, pues el perjuicio está causado, se ha agredido al bien jurídico protegido, quedando habilitado el poder punitivo del Estado; en caso de esperar el beneficio del sujeto activo, quedarían en la impunidad la gran mayoría de estafas, ya que no en todos los casos el agente puede gozar de su botín, pues si se exige el provecho injusto, quien estafa un cargamento de frutas, y en el viaje se degradan todas, existe un perjuicio al sujeto pasivo, pero no existe provecho para el sujeto activo; por lo que no se tipificaría la estafa, ello carece de sentido debido a que el bien jurídico del sujeto pasivo ya fue agredido.

Por ello es más acertado considerar que la estafa se configura cuando el acto de disposición patrimonial tiene el carácter de perjudicial y siendo indiferente el beneficio que obtenga el sujeto activo el cual puede o no darse, es suficiente que el sujeto activo haya actuado con la finalidad de un lucro injusto.

El mismo razonamiento lo realiza Soler mencionando que “basta que el sujeto haya obrado con la intención de obtener un beneficio a pesar que no lo consiga materialmente, perfeccionándose –el delito- con el solo perjuicio”⁵⁹, de igual manera Muñoz Conde “la estafa se consuma con la producción del perjuicio patrimonial; no es preciso que se haya producido el correspondiente provecho”⁶⁰, para Núñez la estafa también “se consuma en el momento en que se opera el perjuicio patrimonial inherente a la disposición patrimonial hecha por la víctima”⁶¹. En la misma postura para el Tribunal Supremo de España “no es necesario que el autor alcance el lucro que se propusiera, pues el delito existe desde el momento en que el culpable ingresa en un patrimonio ilegítimamente lo que pertenece a otro, poniéndolo fuera del poder y alcance del legítimo poseedor”⁶².

Carrara también cree que el perjuicio patrimonial es suficiente para la consumación de la estafa y realiza un análisis del fin mediato e inmediato de sujeto activo.

⁵⁹ Soler Sebastián. Ob. Cit., Pág. 332, 359, 356.

⁶⁰ Muñoz Conde. Ob. Cit., Pág. 412.

⁶¹ Núñez Ricardo. Ob. Cit., Pág. 239. Igualmente Obra conjunta Corredor Pardo Manuel. Ob. Cit., Pág. 362

⁶² Puig Peña Federico. Ob. Cit., pág. 251. Sentencia de 15 de mayo de 1913.

Dejando de lado el enriquecimiento del delincuente, que es el fin último de su acto, el objetivo ideológico, es decir, el fin último de provecho propio a que tiende el agente, no puede ser el criterio que distingue entre delito material y formal, si no queremos llegar a la consecuencia de que todos los delitos, en ciertas circunstancias, pueden ser formales. 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, obtenida mediante fraude al propietario engañado; consiste en haber engañado, no en haber empleado engaños, así como el resultado de la lesión consiste en haber herido, no en haber empuñado el arma. (...) no debe esperarse el lucro efectivo del culpable para considerar consumado el delito⁶³.

De lo mencionado se concluye que la disposición patrimonial se subdivide en el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo y el beneficio patrimonial del sujeto activo; no es necesario que el beneficio y perjuicio aparezcan a la par, pues todo beneficio injusto importa un perjuicio pero no todo perjuicio implica un beneficio, para que la estafa quede configurada es suficiente que la disposición patrimonial provoque un perjuicio al patrimonio del sujeto pasivo; el perjuicio puede ser real o simbólico, el mismo que siempre debe medirse en términos económicos.

⁶³ Carrara Francesco; Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen IV; Editorial Temis; Bogotá; 1959. Pág. 416, 417. § 2339.

Capítulo III

Comisión por omisión

3. La omisión

Lo analizado en el capítulo I y II se refiere a la conducta activa realizada por el sujeto activo, es decir la violación a una norma prohibitiva, en el presente capítulo se pondrá énfasis en el análisis de los delitos de omisión impropia, lo que implica la violación de una norma perceptiva⁶⁴, es decir la “frustración de una expectativa de una determinada y posible acción”⁶⁵.

Es pertinente recordar que ópticamente la omisión no existe en el mundo real precisamente porque se trata de un no hacer⁶⁶, pero no hay que confundirla con la ausencia de acción ya que en la omisión el sujeto se limita a observar la comisión del delito⁶⁷ o hacer algo distinto a lo que debía hacer⁶⁸, con lo dicho queda claro que la omisión no se refiere al ser sino que su estudio abarca el deber ser, por lo cual cobra relevancia la tipicidad⁶⁹ ya que en ella se establece si es sujeto debía actuar y la acción determinada que el sujeto debe ejecutar, introduciéndonos de tal manera en el plano normativo⁷⁰. En palabras de Jescheck en la omisión:

⁶⁴ZaffaroniEugero; Tratado de Derecho Penal, Tomo III; Ediar: Argentina; 1981 Pág 447. Igualmente Jescheck Hans, Traducción Olmedo Miguel; Tratado de Derecho Penal, Parte General, Quinta edición; Comares Editorial; Granada; 2002. Pág. 648. En la misma postura Bacigalupo Enrique; Derecho Penal Parte General; Editorial Hammurabi; Argentina; 1999. Pág. 533. Coincide Mir Puig Santiago; Derecho Penal Parte General; Editorial Reoortor; Barcelona; 2015. Pág. 318.

⁶⁵Jescheck Hans, Traducción Olmedo Miguel; Tratado de Derecho Penal, Parte General, Quinta edición; Comares Editorial; Granada; 2002. Pág.

⁶⁶ZaffaroniEugero; Ob. Cit., Pág. 449. SchünemannBernd; Fundamentos y Limites de los Delitos de Omisión Impropia; Marcial Pons; Madrid; 2009. Pág. 42,44. “la ausencia de algo es una nada óptica se basa obviamente en la concepción de que cualquier ser existente ha de tener carácter sustancial (o sea, que no hay ninguna realidad determinada negativamente)”.

⁶⁷Jescheck Hans., ob. Cit. Pág. 651.

⁶⁸Schünemann Bernd; Ob. Cit. Pág. 39. En la misma línea Mir Puig Santiago. Ob., Cit. Pág. 318

⁶⁹Mir Puig Santiago. Ob., cit. Pág. 319

⁷⁰ZaffaroniEugero; Ob. Cit., Pág. 452. “Entendemos que -pretender- una unidad entre acción y omisión es pretender una unidad de acción y tipicidad. Tratar de dar a la omisión "en sí" un carácter ontológico de acción, es desconocer que la tipificación de la omisión de una acción determinada no tiene nada que ver con el plano ontológico sino con la significación de una acción realmente cumplida”

A alguien le es confiada la intervención y por medio de la omisión de la actividad esperada, infringe los intereses que han sido confiados y que permanecen indefensos por la ausencia de cualquier otro aseguramiento⁷¹.

La omisión se subdivide en omisión propia y omisión impropia, el tema de estudio de la presente investigación se refiere a los delitos de omisión impropia o también llamados delitos de comisión por omisión. Por no ser tema de estudio, a breves rasgos se puede decir que los delitos de omisión propia se encuentran tipificados en la parte especial, el legislador describe la conducta que el sujeto debe realizar⁷², se asemejan a los delitos de mera actividad ya que en ellos el resultado no es trascendente para que queden configurados, se agotan con la no realización de la acción.

Enrique Bacigalupo establece la distinción entre delitos de omisión propia y omisión impropia en base al resultado.

Los delitos impropios de omisión son aquellos en los que el mandato de acción requiere evitar un resultado que pertenece a un delito de comisión y son, por lo tanto, equivalentes a los delitos de comisión. Los delitos propios de omisión sólo requieren la realización de una acción, y su punibilidad no depende de la existencia de un delito activo⁷³.

3.1. Omisión Impropia - Comisión por omisión

Los delitos de comisión por omisión importan un mayor debate ya que el fundamento y los límites no están regulados expresamente por la ley⁷⁴, en ellos lo importante es el resultado, el cual debe ser evitado debido a la situación en la que se encuentra el sujeto activo en relación al bien jurídico y su no evitación equivale a ocasionarlo.

⁷¹Jescheck Hans, Traducción Olmedo Miguel; ob., cit. Pág. 647.

⁷²Schünemann Bernd., Ob. Cit. Pág. 74. Está de acuerdo con Kaufmann y Welzel al llamar delitos propios de omisión aquellos que se encuentran mencionados expresamente en la ley e impropios a los no mencionados por la ley.

⁷³Bacigalupo Enrique; Derecho Penal Parte General; Editorial Hammurabi; Argentina; 1999. Pág. 538.

⁷⁴Schünemann Bernd., Ob. Cit. Pág. 261. Igualmente Salvador Manuel; El Concepto del Delito en el Nuevo Código Penal, una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; Colombia; 2003. pág. 208.

A continuación se procederá a realizar un análisis de los elementos objetivos y subjetivos en los tipos de omisión impropia, ya que estos no son los mismos que los tipos activos.

3.1.2. Elementos del tipo objetivo en los delitos de comisión por omisión

De lo expuesto en líneas precedentes se infiere que el primer elemento del tipo objetivo es la producción de un resultado, un segundo elemento es la capacidad de acción del sujeto activo, junto a la equivalencia entre omisión y comisión, ello nos conduce a verificar la causalidad hipotética y finalmente determinar la obligación de actuar del sujeto.

3.1.2.1. Producción de un resultado

Rasgo característico de los delitos de comisión por omisión es la producción de un resultado, incluso Bacigalupo lo toma como característica determinante para distinguirlo de los delitos propios de omisión.

El sujeto activo por encontrarse en determinada posición debe impedir que se ocasione el resultado, ello es la alteración del mundo exterior produciéndose la lesión del bien jurídico protegido.

3.1.2.2. Capacidad de realizar la acción

Debe existir capacidad por parte del sujeto de realizar la acción, en otras palabras la acción debe ser posible⁷⁵, ya que el Derecho no puede castigar conductas que sean físicamente imposibles, para lo cual deben existir tres requisitos:

1) **Presupuestos externos:** ello es proximidad en el espacio y tener bajo disposición los medios adecuados, no se puede castigar al padre por la muerte de su hijo, cuando este se encontraba de viaje.

⁷⁵ Ibídem. Pág. 39

2) **Presupuestos propios:** estos son la fuerza física, y capacidades intelectuales, tal es el caso del padre que no puede nadar por carecer de sus extremidades inferiores, no puede salvar la vida de su hijo que se ahoga en un lago.

3) Representación de la acción ordenada como algo realizable⁷⁶, puede tratarse de una conducta elemental, pero si el sujeto no cree tener la aptitud para realizar la conducta no se le puede exigir una conducta heroica, tal es el caso del hijo que mira cómo se ahoga el padre porque este tiene hidrofobia.

De lo dicho se infiere que la capacidad de acción debe ser valorada en el caso concreto, la cual varía según las circunstancias propias de cada situación, también es necesario mencionar que la acción esperada no debe colocar en peligro la vida o la integridad física del sujeto activo.

3.1.2.3. Identidad de la omisión con la conducta de comisión

Como se mencionó anteriormente, se necesita de la producción de un resultado lesivo al bien jurídico, y lógicamente para que se produzca tal resultado la omisión del sujeto activo debe ser equivalente a la conducta activa, cuando el tipo penal no detalla la modalidad de la conducta, no hay mayores inconvenientes, como sucede en el caso de dar muerte, ya que tanto la conducta activa como omisiva pueden conseguir tal finalidad, tal es el caso de la madre que mata a su hijo recién nacido ahorcándolo como también puede hacerlo por no suministrarle alimentos.

El problema se acentúa cuando el tipo penal establece una determinada forma y manera en la acción del sujeto activo, en este supuesto es importante determinar si la acción y omisión son equivalente, pues de no serlo no existiría tipicidad.

⁷⁶Jescheck Hans, Traducción Olmedo Miguel; ob., cit. Pág. 665.

La estafa, requiere que el sujeto activo realice un engaño, ahora cabe cuestionarse si ¿engañar equivale a no informar?, esta interrogante será resuelta posteriormente.

3.1.2.4. Causa hipotética

En los tipos comisivos nos referimos a un nexo causal, en el tipo omisivo tenemos al nexo de evitación, el cual se traduce en ubicarse ex ante del hecho típico e imaginar si el sujeto habría realizado la acción ordenada el resultado no se habría producido. Zaffaroni lo expresa de la siguiente manera:

Una acción es causal de un resultado, dentro de una estructura típica omisiva, cuando es distinta de la debida, no pudiendo concebirse esta última sin que, con un grado tal de probabilidad que linde con la seguridad, el resultado desaparezca⁷⁷.

La causa hipotética es el equivalente al nexo causal, por lo cual se rige por las reglas de la equivalencia de condiciones. Por otro lado, si aunque se realice este proceso mental el resultado se produce pese a que se realiza la acción debida, no se le puede imputar la lesión del bien jurídico al sujeto.

3.1.2.5. Obligación de actuar del sujeto

No todo sujeto está en la obligación de actuar, solo debe actuar quien tenía el deber jurídico de hacerlo, pero la pregunta que se debe responder ahora es ¿Quién tiene el deber jurídico de actuar?, para dar respuesta a esta interrogante surgieron dos posiciones, apareciendo de tal manera la llamada teoría formal, y la teoría material.

⁷⁷Zaffaroni Eugenio; Ob., Cit. Pág. 457

A. Teoría Formal

Introducida por Feuerbach en el seno del causalismo, explica la fuente que origina el deber jurídico⁷⁸, de tal manera, la obligación de actuar del sujeto activo la encontramos en la ley, un contrato o por la creación de un peligro precedente.

I. La ley

La propia ley ubica al sujeto en posición de garante, teniendo la obligación de actuar, como sucede en las relaciones de familia o en relación al lugar en que se encuentra el sujeto.

a. Relaciones cercanas de familia

Se refiere al cuidado que tienen los padres con los hijos, los hijos ante los padres, y entre los cónyuges.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su Art. 29 manifiesta lo siguiente:

Corresponde a los progenitores y demás personas encargadas del cuidado de los niños, niñas y adolescentes, brindar la atención de salud que esté a su alcance y asegurar el cumplimiento de las prescripciones, controles y disposiciones médicas y de salubridad.

De la lectura del artículo mencionado, se concluye que no solo los padres están en posición de garante ante los niños, sino que este se extiende de manera indeterminada a todas las personas encargadas del cuidado del niño, estos deben velar que las funciones orgánicas del niño funcionen normalmente.

Con respecto a la posición de garante de los hijos ante los padres, ella se deriva del artículo 266 del Código Civil cuando manifiesta lo siguiente:

⁷⁸Jescheck Hans, Traducción Olmedo Miguel; ob., cit. Pág. 668. / Salvador Manuel; Ob., Cit. pág. 210.

Aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres, en su ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios.

La posición de garante del hijo proviene cuando el artículo menciona auxilio, entendido este como socorro, ayuda, amparo⁷⁹, y lo establece de manera permanente incluso después que el hijo se emancipa.

En relación a la posición de garante que tiene un cónyuge ante el otro, dicha obligación se deslinda del artículo 136 del Código Civil el cual lo expresa en los siguientes términos:

Los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

Socorrer y ayudar son los verbos que obligan a actuar al cónyuge en favor del otro, quedando de tal manera en posición de garante.

b. Lugar en que se encuentra el sujeto

La segunda obligación se refiere aquellos sujetos que tienen bajo su responsabilidad un determinado lugar, tal es el caso del médico que se encuentra en guardia en relación a los pacientes a su cargo, ello se deslinda de la ley de federación médica ecuatoriana para el ejercicio, perfeccionamiento y defensa profesional artículo 30 el que establece las obligaciones de los médicos en su numeral d) el cual manifiesta lo siguiente “cumplir y hacer cumplir las disposiciones del Código de Ética y de las Autoridades de Salud” el cual se relaciona con el código de ética referente al principio de beneficencia.

II. El contrato

Tomando la reflexión de Zaffaroni “el contrato sólo puede implicar la posición de garante cuando hay un particular deber de cuidado, vigilancia o protección que emerge de la

⁷⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Ob. Cit.

confianza depositada’’⁸⁰. Cuidar es asistir, guardar, conservar; vigila quien observa algo o a alguien atenta y cuidadosamente; protege el sujeto que resguarda a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro⁸¹; de ello se desprende que el objeto del contrato debe ser la prestación de un servicio, en el cual se espera un hacer positivo del sujeto obligado, como sucede con la enfermera que cuida de su paciente, o el instructor que vigila el vuelo de su aprendiz, así como el salvavidas que protege a los bañistas.

En palabras de Bacigalupo “quien asume la obligación de organizar su actividad para proteger un bien jurídico, determina que el titular del mismo confíe en su protección y lo deje en manos del que aceptó protegerlo’’⁸², de manera que el afectado se expone a un riesgo renunciando a cualquier protección, confiando en la intervención del garante.

III. Creación de un peligro precedente

Se sustenta en la prohibición de lesionar a otro⁸³ *que* establece que “todos los ciudadanos son libres de configurar sus propias actividades y tareas personales, con la contrapartida de responder por los daños que ello cause a los demás’’⁸⁴. La creación de conductas peligrosas obliga a quien lo crea a apartar el peligro de terceras personas, en términos metafóricos el garante realiza una función de barrera de protección de su peligro, cuando crea el peligro y omite levantar la cerca de protección es imputable la lesión del bien jurídico.

Lo mencionado anteriormente se puede apreciar cuando el conductor que infringe las normas de tránsito ocasiona un accidente, por ello está en la obligación de socorrer a los heridos en tal accidente; o para quien maneja maquinaria pesada y no la controla ocasionando daños a los bienes jurídicos; o aquel que para su vehículo en la carretera y no lo señala ocasionando un accidente; abrir un hoyo y no lo advierte, alguien cae y por ello se lastima⁸⁵.

⁸⁰ Zaffaroni Eugenio; Ob. Cit. Pág. 468.

⁸¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Ob. Cit.

⁸² Bacigalupo Enrique. Ob. Cit. Pág. 557.

⁸³ “*neminemlaede*”

⁸⁴ Bacigalupo Enrique. Ob. Cit. Pág. 555. Igualmente Jescheck Hans., Ob., cit. Pág. 673.

⁸⁵ *Ibidem* pág. 249.

B. Teoría Material

kaufman explica la posición de garante desde un punto de vista social inherentes a los distintos deberes, guiado por las ideas del finalismo introduce esta teoría⁸⁶, considera que la obligación del sujeto se sustenta en la posición en la que se encuentra respecto del bien jurídico, esta posición puede ser de custodia o de aseguramiento, la primera ordena la protección del bien jurídico de cualquier peligro, mientras que la segunda impone la obligación de vigilancia de una fuente peligro ante determinado bien jurídico que puede ser lesionado. La diferencia radica que en la custodia el garante se enfoca en el cuidado del bien jurídico, mientras que en el aseguramiento se centra en mantener bajo control el peligro, protegiendo de esa manera al bien jurídico.

I. Deberes de custodia, presupone una relación de dependencia: 1) nacen por una vinculación natural con el titular del bien jurídico; 2) por las estrechas relaciones de una comunidad; 3) por acuerdo contractual⁸⁷.

a. Vinculo natural se encuentran sustentadas en una relación jurídica, de manera que involucra directamente a los miembros cercanos de la familia. Se asemeja con la fuente legal de la teoría formal. El padre tiene el deber con el hijo de evitar que la madre practique un aborto; la mujer debe impedir el robo de los bienes de su esposo.

b. Estrechas relaciones en comunidad, implican reciprocas relaciones de dependencia y confianza, ya sea que no se interponga medidas de seguridad o se incremente el riesgo.

Esto se aplica en el caso de la convivencia entre parejas que no llega a ser matrimonio, como el caso de parejas homosexuales; o en el alojamiento de personas que necesitan asistencia y cuidado, esta relación coloca al dueño de casa en posición de garante.

c. Acuerdo Contractual, esto quedó explicado en el contrato de la teoría formal.

⁸⁶Jescheck Hans, Traducción Olmedo Miguel; ob., cit. Pág. 669. / Salvador Manuel; Ob., Cit. pág. 208. Cita a Arminkaufman “la posición de garante no surge de un deber jurídico especial, sino de las específicas funciones que cumple el autor ya sea respecto de un determinado bien jurídico en concreto, ya respecto de una determinada fuente de peligro antijurídico”.

⁸⁷Jescheck Hans, Traducción Olmedo Miguel; ob., cit. Pág. 669.

II. Deberes de aseguramiento ante las fuentes de peligro, este se subdivide en: 1) actuar peligroso precedente; 2) control de la fuente de peligro, 3) acción de terceras personas.

a. Actuar peligro precedente, este punto quedo explicado en la teoría formal.

b. Control de la fuente de peligro, si bajo el dominio de las actividades del sujeto se encuentran peligros, la comunidad confía en que el sujeto no permita que el peligro salga de su control y pueda afectar a un bien jurídico.

Está en posición de garante quien tiene la obligación de iluminar los pasillos y por no hacerlo alguien resulta herido, de igual manera el dueño de un animal es responsable de los daños que este ocasione a un tercero.

c. Acción de terceras personas, teniendo en cuenta la situación de supervisión o vigilancia de determinadas personas, la colectividad confía en que no se derivaran riesgos de aquellos que son vigilados.

Tal es el caso de los profesores de establecimientos escolares deben cuidar que sus miembros no cometan delitos, de igual manera los funcionarios públicos deben cuidar y supervisar a sus subordinados y con mayor razón los guías penitenciarios deben cuidar que sus resguardados no cometan delitos.

C. Toma de posición

Por un lado esta Jescheck, quien sostiene que la teoría materialista con la formalista no son contradictorias y manifiesta que son dos teorías que quieren dar solución a un mismo problema pero desde distintas posiciones por lo que estas se complementan una con otra⁸⁸.

Por otro lado, Salvador Manuel por su parte considera que la teoría formal causalista y la teoría material finalista no son compatibles⁸⁹.

⁸⁸Jescheck Hans, Traducción Olmedo Miguel; ob., cit. Pág. 669.

⁸⁹ Salvador Manuel; Ob., cit. pág. 212.

De otra posición, Bacigalupo, cree que la teoría formal y material no son propiamente contradictorias pero considera que son redundantes⁹⁰, al igual que Dopico Jacobo argumenta que la protección de un bien jurídico y el control de una fuente de peligro (teorías materiales) pueden derivarse de la ley, un contrato o la injerencia (teoría formal) con lo cual resulta repetitivo que las dos teorías coexistan⁹¹, ello lo sustenta en el siguiente cuadro comparativo:

		Teoría Materialista	
		Control de un foco de peligro	Protección de un bien jurídico
Teoría Formal	Ley	Deberes del propietario de perro peligroso, responsable de una construcción	Padre frente a los hijos
	Contrato	Empresa de recogida de residuos tóxicos	Depositario, niñera, médico...
	Injerencia	Encender fuego, usar maquinaria, sustancias o instalaciones peligrosas (deber de asegurar los riesgos que emanan de ellos)	Secuestrar a una persona, robar un coche con un niño pequeño dentro (deber de protegerlo)

Desde mi punto de vista creo que la teoría formal y la teoría material es redundante ya que las dos tratan el mismo punto desde diversos enfoques, por ende al momento de legislar se debe optar por una de las dos, ya que si se introducen las dos al mismo tiempo ello puede dar lugar a confusiones.

Considero más acertado optar por la teoría formal, ya que en ella existe un sustento sólido y preciso de quienes son los garantes de los bienes, lo que brinda un mayor grado de certeza a los sujetos, por otro lado existe un mayor grado de respeto al principio de

⁹⁰ Bacigalupo Enrique; Ob. Cit., Pág. 550. Toma como ejemplo el Art. 40 del Código Penal Italiano el que toma la teoría funcional desechando la teoría formal.

⁹¹ Dopico Gómez Aller Jacobo., Ob. Cit. Pág. 248.

legalidad ya que es la propia ley la que determina cuales son las fuentes del garante, también esta teoría respeta el principio de mínima intervención penal.

3.1.3. Elementos del tipo subjetivo en los delitos de comisión por omisión

La primera interrogante que este tema nos plantea es ¿el dolo en los tipos activos y en los tipos omisivos es el mismo?, y con el afán de responder a ello, personalmente creo que no se trata propiamente de un dolo, sino de un cuasi dolo, por los motivos que expondré a continuación.

En primer lugar el dolo en los delitos de comisión por omisión no reúne los dos elementos característicos, como son el elemento cognitivo y el elemento volitivo, pues en la omisión impropia no se puede exigir un elemento volitivo porque se trata de un no hacer, y basta con el elemento cognitivo, es decir el sujeto debe conocer los elementos objetivos del tipo penal omisivo, los cuales como se enunció no son los mismos que los tipos activos, sin embargo, ello no excluye que el sujeto activo quiera realizar la conducta descrita en el tipo penal.

El sujeto activo debe conocer los elementos objetivos del tipo omisivo, es decir debe conocer que se encuentra en posición de garante, por ello debe realizar una acción y como consecuencia lógica debe evitar la producción de un resultado, lo cual lleva implícito la causa hipotética.

Otro punto en el que se distingue el dolo de los tipos activos con los omisivos, se refiere al conocimiento que el agente tiene sobre los elementos objetivos del tipo, ya que el conocimiento en los tipos de omisión impropia es un conocimiento potencial “debe serle posible al sujeto representarse la realización de la conducta debida, (...) y la vía por la cual pueda evitarlo”⁹², ello difiere con el dolo en los tipos activos ya que este debe ser un conocimiento real y efectivo configurándose el error de tipo en el caso de un conocimiento posible.

⁹²Zaffaroni Eugenio; Ob. Cit. Pág. 447.

Capítulo IV

La comisión por omisión en Ecuador

El Código Orgánico Integral Penal manifiesta que “son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables”⁹³, posteriormente completa la idea cuando manifiesta que “no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”⁹⁴. Como se analizó supra, el impedir un resultado es ámbito exclusivo de los delitos de omisión impropia, de tal manera el legislador ecuatoriano no toma en cuenta los delitos de omisión propia en la parte general, pero sin embargo es necesario mencionar que si se encuentran tipificados en la parte especial⁹⁵.

Posteriormente se refiere a la omisión dolosa como el “comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante”⁹⁶ de la lectura parecería que el legislador adopta la teoría material incorporada por kaufman, sin embargo a renglón seguido añade lo siguiente:

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

El legislador ecuatoriano incorpora las ideas de Feuerbach, las fuentes del deber profesados por la teoría formal, optando por la teoría más precisa y por ende más limitada, lo que deja fuera las estrechas relaciones de comunidad, el control de fuentes de peligro, y la acción de terceras personas propias de la teoría material.

A continuación se realizara un análisis del elemento objetivo y subjetivo del tipo penal omisivo impropio en Ecuador.

⁹³ Art. 22 Código Orgánico Integral Penal

⁹⁴ Art. 23 Código Orgánico Integral Penal

⁹⁵ Por ejemplo: Art. 134, Art. 135, Art. 319, Art. 188 segundo inciso. Código Orgánico Integral Penal

⁹⁶ Art. 28 Código Orgánico Integral Penal

4.1. Elementos objetivos del tipo penal omisivo impropio

El nexo de evitación es un elemento objetivo del tipo penal omisivo que no puede ser analizado de forma aislada y por el contrario su estudio depende del caso concreto, por lo cual no se realizará un análisis detallado de este en la estafa.

4.1.1. Producción del resultado

Como se mencionó supra, el sujeto activo debe evitar la producción del resultado, ello es la lesión del bien jurídico del sujeto pasivo, en el caso de la estafa se trata de la propiedad; la única forma que tiene el sujeto activo de impedir que se produzca el resultado es informando al sujeto pasivo del error en el que se encuentra, con ello elimina el error y la consiguiente disposición patrimonial.

4.1.2. Capacidad de acción de sujeto activo

En lo referente a la capacidad de realizar la acción, es un principio que rige de manera global al Derecho, pues no se pueden exigir actos físicamente imposibles ya que estos siempre serían castigados lo cual carece de razonabilidad, por ende es plenamente aplicable al caso ecuatoriano aunque no se lo mencione expresamente.

a) Presupuestos externos, se refieren a la cercanía en el espacio y tener bajo disposición los medios adecuados. Pues es ilógico que se castigue por estafa a Pedro que se entera que están descargando materiales de construcción en su casa por un error en la dirección de la Ferretería, cuando Pedro está a varios kilómetros de su casa y desconoce de qué Ferretería se trata.

b) Presupuestos propios: estos son la fuerza física, y capacidades intelectuales, en la estafa la conducta punible se refiere a la omisión de informar del error, por lo que la fuerza física no puede ser tomada en cuenta; en relación a las capacidades intelectuales, el sujeto

activo deber ser capaz de entender que su omisión producirá la disposición patrimonial de la víctima, en caso que no sea capaz de entender ello no se lo puede penar por estafa.

c) **Representación de la acción**, para efectos de la estafa el deber del sujeto es informar sobre un error, lo cual no es nada heroico, no exige mayor desgaste.

4.1.3. Identidad entre acción y omisión en la estafa

En relación a la identidad de la acción con la omisión, ella se desprende del artículo 23 segundo inciso del COIP el cual menciona que “no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”; este es el punto medular de la comisión por omisión aplicada a la estafa, pues el tipo penal establece la forma y manera de la conducta típica, la cual citare textualmente a continuación:

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

De la lectura del artículo se observa que el engaño típico en la estafa se refiere a la simulación de hechos falsos o deformar u ocultar hechos verdaderos.

La simulación exige una conducta positiva por parte del sujeto activo del delito, por lo cual, no es aplicable configurar una estafa omisiva por medio de este supuesto; pero el segundo supuesto manifiesta ocultamiento de hechos verdaderos, lo cual es más factible, pues ocultar en su sentido filológico es “callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad”⁹⁷, de tal manera, el no informar es equivalente al engaño, por lo cual se puede realizar la conducta descrita por el tipo penal de estafa ya sea por acción o por medio de una omisión, con ello se cumple el requisito de equivalencia.

⁹⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Ob. Cit.

Cabe realizar un breve análisis sobre el estado psicológico del sujeto pasivo, el error en su sentido amplio incluye la ignorancia. Por un lado, el error es un estado positivo en el que el sujeto cree como verdadero algo que no lo es, tiene una representación falsa de la realidad; por otro lado, la ignorancia es un estado negativo en el cual el sujeto desconoce, no se lo representa. De tal manera, la simulación de hechos falsos conducirá al sujeto pasivo al error, mientras que el ocultamiento de hechos verdaderos lo mantendrá en la ignorancia.

4.1.4. Obligación jurídica de actuar en la estafa

No es suficiente con la identidad entre acción y omisión para poder configurar la estafa, ello se debe a que no todo sujeto está en la obligación jurídica de actuar, es menester tener presente la posición en la que se encuentra el sujeto para poder exigirle su acción, ello es informar al sujeto pasivo de manera oportuna, sacarlo del error en que se encuentra, con lo cual se impedirá que se produzca el resultado típico, es decir el perjuicio patrimonial.

Para analizar la posición jurídica de actuar del sujeto tomaremos los postulados de la teoría formal, los cuales son recogidos por el Código Orgánico Integral Penal, estos son la ley, el contrato y el peligro precedente.

a) La Ley

Antes de entrar en el análisis de la ley, es menester resaltar que la Norma Suprema ecuatoriana al referirse a las responsabilidades de los ecuatorianos menciona no ser ocioso, no mentir, no robar⁹⁸, principio que guarda armonía con la Ley de la Juventud⁹⁹.

La mencionada ley tiene relevancia para la presente investigación ya que esta coloca en posición de garante al sujeto que omite decir la verdad en una relación en la que el sujeto activo se encuentra en un error.

⁹⁸ Art. 83.2. Constitución Política del Ecuador 2008

⁹⁹ Registro Oficial 439 del 24 de Octubre del año 2001

La obligación que se impone al sujeto es decir la verdad, el deber del sujeto es un hacer, por lo tanto si permanece en silencio omite su deber, con lo cual queda plenamente colocado en posición de garante del bien jurídico.

Me permito citar textualmente las disposiciones pertinentes de la Ley de la Juventud:

Art. 11.- Deberes de los y las jóvenes.- Los y las jóvenes tienen que cumplir con las obligaciones establecidas en la Constitución y en las leyes, especialmente las siguientes, derivadas de la convivencia familiar y social:

g) Decir la verdad;

h) Cumplir los contratos y mantener la palabra empeñada;

Ahora el siguiente punto de análisis es determinar que sujetos son jóvenes según la ley, ya que solo estos se someten a este cuerpo normativo y por ende solo ellos se encuentran en posición de garante del bien jurídico; para ello me permito citar textualmente el artículo primero de la mencionada Ley:

Art. 1.- Ámbito de aplicación.- La presente ley reconoce las particularidades de las y los jóvenes ecuatorianos y la necesidad de establecer mecanismos complementarios a los ya existentes en el sistema jurídico, que promuevan el goce y ejercicio efectivo de sus derechos y garanticen el cumplimiento de los deberes y obligaciones.

Para los efectos de la presente ley se considera joven a todas las personas comprendidas entre 18 y 29 años de edad.

De la lectura del precedente artículo se desprende que los sujetos que se someten a la Ley de Juventud son aquellos entre los 18 y 29 años de edad, ellos son quienes deben evitar que se produzca la lesión de la propiedad de sujeto pasivo.

b) Contrato

Según la vigente legislación penal ecuatoriana no todo contrato impone a un sujeto la obligación de actuar, sino solo aquellos contratos de prestaciones de servicios que tienen como objeto: el cuidado, vigilancia o protección de la vida, libertad e integridad¹⁰⁰ de la persona que confió en la intervención de la contraparte, se lo limita a los bienes fundamentales del sujeto pasivo.

En la estafa el bien jurídico es la propiedad por ende sale de la esfera contractual prevista por el tipo penal, siendo imposible colocar en posición de garante al sujeto por medio de un contrato según la actual legislación penal ecuatoriana.

Sin embargo, no es descabellado colocar en posición de garante a un sujeto por medio de un contrato en los delitos contra la propiedad, el derogado Código Penal Ecuatoriano así lo permitía de manera que la Corte Suprema penó por comisión por omisión a dos guardias de seguridad que fueron contratados para vigilar por el tiempo que dura su turno las puertas y ventanas de acceso a las instalaciones del IESS y del monte de piedad, según se consagraba expresamente la cláusula sexta del contrato que firmaron las partes, los guardias pese a conocer los objetos de valor que allí reposaban dejaron ingresar a dos personas, descuidando su obligación de vigilancia, las personas que ingresaron se llevaron varios objetos de valor y los guardias no lo impidieron configurándose de tal manera el delito de robo¹⁰¹.

Con respecto a la estafa esta puede tipificarse con un contrato de suministro en el que una de las partes entrega mensualmente una cantidad determinada de mercadería, siendo obligación de la contraparte abonar mensualmente la cantidad previamente acordada, recalcando que se estableció una cláusula de información en la que se establece que es obligación de las partes informar a la otra en caso que no se pueda cumplir con la obligación acordada.

¹⁰⁰ Art. 28. Código Orgánico Integral Penal

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia; Jurisprudencia Especializada Penal, Tomo I, enero-marzo-2015; Corporación de estudios y publicaciones; Quito; 2015. pág. 442.

c) Creación de un peligro precedente

Quien crea un riesgo tiene el deber de evitar las consecuencias dañosas que de ellos podrían emanar¹⁰², de tal manera, la obligación de actuar surge de un hecho, ya que para crear el peligro precedente es necesario una conducta activa por parte del agente, por ende se excluye la posibilidad de crear un peligro sustentada en una omisión, ya que justamente se trata de buscar el fundamento a una omisión posterior, afirmar lo contrario sería como decir que el agente debía actuar porque no actuó anteriormente.

Sustentar la obligación de informar en un actuar previo nos saca del ámbito de la omisión pura y nos traslada al campo de la acción específicamente a la teoría de los engaños implícitos, por ello Bacigalupo afirma que sustentar la posición de garante por injerencia en el delito de estafa equivale a destruir la teoría de los engaños implícitos¹⁰³.

Teniendo claro la incompatibilidad entre la injerencia y la teoría de los engaños implícitos, es necesario describir los adjetivos que debe tener la conducta precedente para ser considerada como tal, estos son peligrosidad y exclusividad.

En primer lugar la acción previa debe colocar en peligro el bien jurídico de la víctima, pues si no coloca en peligro a la propiedad no tiene relevancia para el Derecho Penal.

En relación al segundo adjetivo, si el sujeto pasivo crea por sí mismo el peligro previo no es fundamento para colocar en posición de garante al sujeto activo, por lo tanto la acción previa debe ser de creación exclusiva del agente.

En la compra venta el discurso del sujeto activo abre la puerta a la creación del peligro a la propiedad del sujeto pasivo, pero se limita a realizar la invitación, quien coloca en peligro el bien jurídico es la propia víctima, ya que acepta la oferta del sujeto pasivo. Por lo que

¹⁰²Roxin Claus; Injerencia e Imputación Objetiva; Revista Penal, No 19; 2007. Pág. 154. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/311/302> ; ingreso: 14-04-2016-10h11am.

¹⁰³ Bacigalupo Enrique; Conducta Precedente y Posición de Garante en el Derecho Penal., ob. Cit. Pág. 47. “La posibilidad de construir una estafa por omisión en el caso de la compraventa, requiere previamente la destrucción de la teoría de las acciones concluyentes y la afirmación de momentos comisivos en la misión”¹⁰³.

no cumpliría con el requisito de exclusividad, ello lleva a Bacigalupo afirmar que no se excluye la posibilidad de estafa por omisión pero “la idea de la –injerencia- resulta inaplicable en los casos de compraventa de inmuebles”¹⁰⁴.

Un caso de injerencia se aprecia en el fallo del Tribunal Supremo Español en el cual es juez de la sala el profesor Bacigalupo y condena por callar información, ya que el sujeto activo era el gerente de una empresa encargada a la extracción, elaboración y distribución de aceite de oliva, las víctimas fueron varias personas que se dedicaban a la cosecha de arbustos de oliva, cosechas que eran entregadas periódicamente a la empresa mencionada; la empresa a la fecha de recibir las cosechas tenía más egresos que ingresos lo cual impedía que se cumpla con el pago de las cosechas, sin embargo, el sujeto activo recibió las cosechas omitiendo su deber de informar sobre la situación de la empresa con lo cual crea el peligro y configura su engaño, posteriormente vendió la maquinaria de la empresa y los cupos para moler las cosechas, el no informar de estas acciones y no sacar del error en que se encontraban las víctimas ocasiona que se entreguen las cosechas produciéndose el perjuicio patrimonial¹⁰⁵, configurándose los elementos de la estafa.

De lo mencionado se concluye que existe identidad entre la acción y omisión en la estafa, y que el sujeto se encuentra en posición de garante del bien jurídico propiedad ya sea por la ley o por la creación de un peligro precedente, con lo cual se cumple con los dos puntos de equivalencia que exigen los delitos de comisión por omisión.

¹⁰⁴ Bacigalupo Enrique; Conducta Precedente y Posición de Garante en el Derecho Penal., ob. Cit. Pág. 48.

¹⁰⁵ STS 438/2007 1 junio 2007 disponible en http://www.belt.es/jurisprudencia/anterior/seg_pub_y_prot_civil/seg_pub/pdf/010607-Senten-Estafa.pdf. Ingreso: 10-04-2016.

4.2. El elemento subjetivo del tipo penal omisivo impropio

El elemento subjetivo de los tipos de omisión impropia es definido en Ecuador por el artículo 28 de la siguiente manera:

Artículo 28.- Omisión dolosa.- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

De la definición aportada por el COIP, podemos destacar como primer elemento el comportamiento deliberado, el sujeto no realiza la acción esperada voluntariamente; el segundo elemento es no evitar un resultado material típico, el sujeto conoce el tipo penal y al no evitarlo quiere lesionar el bien jurídico; el tercer elemento es la posición de garante del sujeto, el cual debe ser conocida por este. Un cuarto elemento se encuentra implícito, esta es la causa hipotética, el agente voluntariamente no realiza la acción debida lo cual produce el resultado material típico, es decir que el agente conoce que si permanece en silencio, se producirá el perjuicio patrimonial.

De lo mencionado el sujeto activo debe conocer que se encuentra en posición de garante, por lo cual deber realizar una acción que impida que se produzca la lesión al bien jurídico.

4.3. Derecho Comparado

4.3.1. España y la estafa por comisión por omisión

La legislación española tipifica la estafa de la siguiente manera:

Artículo 248. Numeral 1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno

De la redacción del tipo penal y como se mencionó en el capítulo I, el engaño bastante puede ser por conductas activas o por conductas omisivas, por lo cual en España es aceptada la idea de sancionar un delito de estafa por comisión por omisión.

Lo mencionado se puede apreciar de la lectura de los siguientes fallos: STS 94/1997, de 7 de febrero; STS 1036/2003, de 2 de septiembre; STS 448/2007, de 4 de junio; STS 591/2007, de 2 de julio; STS 631/2008, de 15 octubre; STS 1359/2009, de 4 de enero; STS 319/2010, de 31 de marzo; STS 1058/2010 de 13 de diciembre; STS 243/2012, de 30 de marzo; STS 274/2012, de 4 de abril.

A continuación se citara textualmente lo que menciona el tribunal supremo.

Aunque generalmente la maquinación engañosa se construye sobre la aportación de datos o elementos no existentes, dotándoles de una apariencia de realidad que confunde a la víctima, es posible también que consista en la ocultación de datos que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo, al menos en los casos en los que el autor está obligado a ello. No solamente engaña a un tercero quien le comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que estaba obligado a comunicarle, actuando como si no existieran, pues con tal forma de proceder provoca un error de evaluación de la situación que le induce a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, de conocer aquellos datos, no habría realizado¹⁰⁶(el subrayado me pertenece).

Del fallo transcrito se puede constatar que la sala rescata la identidad de la acción con la omisión, determinando que engaña no solo quien comunica datos falsos sino también quien oculta datos trascendentes; por otro lado, menciona la posición de garante en la que se encuentra el sujeto activo, lo cual le obliga a revelar los datos que oculta.

¹⁰⁶STS 631/2008, de 15 octubre, STS 319/2010, de 31 de marzo, STS 243/2012, de 30 de marzo. Todas ellas citan el análisis transcrito.

Nuestra jurisprudencia ha admitido que en el delito de estafa la conducta del que engaña puede ser omisiva y ha entendido también que la omisión es relevante en aquellos casos en los que el que solicita una prestación de otro con el que ha tenido vínculos contractuales anteriores de una cierta duración, omite comunicar que su situación patrimonial ha disminuido de manera relevante para el cumplimiento de la obligación que contrae. El apoyo legal de esta doctrina es el artículo 11 b) CP, según el cual la creación (activa u omisiva) de un riesgo respecto del bien protegido genera el deber de garantizar que ese riesgo no se realice en el resultado típico¹⁰⁷.

En el presente fallo se hace alusión que existe plena identidad entre acción y omisión en la estafa; además menciona la posición de garante en la que se encuentra el sujeto activo, es el presente caso se refiere a la injerencia; por otro lado se destaca que el agente debe evitar la producción del resultado.

La infracción del deber de informar de la situación patrimonial a la contraparte del negocio jurídico sobre una situación patrimonial que difícilmente permitirá cumplir las obligaciones contraídas, configura el engaño omisivo que fundamenta la tipicidad.¹⁰⁸(el subrayado me pertenece).

En el fallo transcrito la sala pone énfasis en el silencio del sujeto activo, y manifiesta que este configura el engaño omisivo, apreciándose nuevamente la identidad entre acción y omisión

No se discute, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, la posibilidad de la existencia de un engaño omisivo como elemento generador de la estafa. Ahora bien, no todo engaño omisivo genera un delito de estafa, ya que se podrían criminalizar extensivamente aspectos de la vida contractual que tienen su acogimiento en la legislación civil. Sin embargo, existen muchos supuestos en que la ocultación de datos significativos integra el engaño típico, en cuanto que constituye el motor decisivo para que la parte desinformada acceda a

¹⁰⁷STS 448/2007, de 4 de junio

¹⁰⁸STS 591/2007, de 2 de julio

realizar o autorizar la prestación y el consiguiente desplazamiento patrimonial...¹⁰⁹. (el subrayado me pertenece).

Se pone énfasis en recalcar que el engaño omisivo es plenamente aceptado, pero este engaño debe reunir el requisito de bastante, lo cual se traduce en que la omisión debe ser de datos significantes.

4.3.2. Chile y la estafa por comisión por omisión

El modelo ejemplificativo que toma la legislación chilena al momento de tipificar la estafa, hace que sea poco productivo citarlo ya que hacerlo traería confusiones, pues como afirma el profesor Etcheberry, el código penal chileno confunde la figura base de estafa, con el abuso de confianza y trata como estafa supuestos que no lo son¹¹⁰, por lo cual no se lo hará.

El estudio realizado por Balmaceda Hoyos Gustavo sobre la jurisprudencia chilena, confirma que el máximo órgano de administración de justicia chileno se ha inclinado por acoger en su seno la teoría francesa del engaño¹¹¹, considera como engaño penalmente relevante solo aquel que se sustenta en maquinaciones, maniobras externas que dan credibilidad a lo manifestado por el sujeto activo, lo que quiere decir que es necesario un hacer positivo, siendo inconcebible un engaño por omisión¹¹², la jurisprudencia chilena califican a la estafa como un delito constructivo, ello evidentemente descarta la posibilidad de una estafa por comisión por omisión.

¹⁰⁹ STS 94/1997, de 7 de febrero

¹¹⁰ Etcheberry; Ob. Cit. Pág. 391.

¹¹¹ Balmaceda Hoyos Gustavo; El delito de estafa en la jurisprudencia chilena; Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XXIV, No 1 ; julio 2011; Pág. 59-85. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v24n1/art04.pdf> . Ingreso 12-04-2016-11h32am.

¹¹² Ibídem, pág. 69. / Igualmente José Lyton, ibídem.

El engaño, es la simulación o disimulación capaz de inducir a error, siempre importa una conducta activa de parte del agente, desde que no existe un deber jurídico de decir toda la verdad, que ligue jurídicamente a los particulares en el manejo de sus negocios¹¹³.

En el fallo citado se niega que existe un deber de decir la verdad, por lo cual, se ataca a la posición de garante del bien jurídico, por otro lado, manifiesta que no existe identidad de acción y omisión, pues para ellos el engaño siempre es una conducta activa.

De la misma manera la siguiente sentencia se encuadra en la teoría francesa:

“QUINTO: Elementos del tipo penal. Para que se configure el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 468 del Código Penal, es necesario que el sujeto activo del delito defraudare a otro es decir, debe: a) realizar una actividad simulante idónea, una mentira inserta en un despliegue engañoso externo, un ardid, maquinación o mise en scène (como se conoce en la doctrina francesa), precedente o concurrente, destinado a aprovecharse del patrimonio ajeno (...). Evidentemente, el ardid debe superar el ámbito de la mera mentira, generando con ello, ex ante y conforme al criterio del hombre medio, un riesgo idóneo o típicamente relevante para el bien jurídico del patrimonio, y por tanto objetivamente imputable al obrar doloso del acusado.¹¹⁴

Alfredo Etcheberry, realiza un análisis de la estafa en Chile y concluye que “el mero silencio no es suficiente, -para ser considerado engaño- pero acompañado de apariencias externas o ciertas circunstancias jurídicas excepcionales, pueden bastar para constituir simulación”¹¹⁵, el citado profesor confunde la omisión con los engaños implícitos, el cual se analizó en el capítulo I, y en sentido estricto la teoría de los engaños implícitos no es una omisión y se rige por las reglas de los tipos activos.

¹¹³ Ibídem, pág. 66. Expuestos en la stop de Talca 10/03/2009, RIT 105-08

¹¹⁴ José Lyton: Los elementos típico del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporánea: Revista de Derecho ARS BONI ET AEQUI; año 2010; págs. 123-161: Sentencia dictada por el 4° T.O.P. de Santiago, en causa R.I.T. n° 167 de fecha 20 de noviembre de 2010. Disponible en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2014/12/123-161.pdf>; ingreso 25-09-2016-10h45am.

¹¹⁵ Etcheberry Alfredo., ob. Cit. pág. 396.

De lo mencionado se infiere que la jurisprudencia Chilena no acepta la posibilidad de sancionar una estafa que se derive de un engaño omisivo, pues ellos conciben el engaño como un conducta positiva.

4.3.3. Argentina y la estafa por comisión por omisión

El legislador argentino no define la estafa y optó por el sistema casuístico, de tal manera tipifica la estafa de la siguiente forma:

Artículo 172. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.(el subrayado me pertenece)

De la lectura del artículo se desprende que comete estafa el que defraudare a otro valiéndose de cualquier ardid o engaño, no están todos los elementos de la estafa por lo cual el legislador deja la tarea de definirlo a la jurisprudencia y a la doctrina.

En argentina el fraude es el término genérico, ardid y engaño son la especie de ese género, Núñez al referir a ello dice que “ambos tienen en común que son modos de hacer creer a la víctima o de mantenerla en su creencia o de reforzarla en su creencia de que lo que no es verdadero lo es”¹¹⁶, de lo expuesto por Núñez se desprende que acepta la idea de una estafa por omisión impropia, ya que se refiere al fraude como una forma de mantener o reforzar la creencia errónea del sujeto pasivo. Para reforzar lo dicho agrega que “una forma de – fraude- implícito es el silencio si significa una violación del deber de garantizar la verdad respecto de un acto”¹¹⁷.

¹¹⁶ Núñez Ricardo: ob. Cit., pág. 238.

¹¹⁷ Núñez Ricardo: ob. Cit., pág. 238.

Por su parte Sebastián Soler al referirse al silencio en la estafa manifiesta que “se requiere que vaya acompañado de un actuar engañoso positivo, o bien que exista el deber jurídico de hablar o de decir la verdad”¹¹⁸. De ello se deduce que para Soler hay dos supuestos, en el primero se confunde la omisión con los engaños implícitos; en el segundo supuesto, comete estafa quien teniendo la obligación de informar del error en el que se encuentra el sujeto pasivo no lo hace, lo cual es propio de los delitos de omisión impropia.

*La posición mayoritaria afirma que la estafa requiere un despliegue activo de medios o procedimientos engañosos, sin embargo, no se descarta que el silencio pueda ser considerado como elemento de la estafa siempre y cuando quien omite informar se encuentra en la obligación jurídica de actuar*¹¹⁹.

Soler y Núñez aceptan la tipicidad de estafa por comisión por omisión en Argentina siempre y cuando se tenga el deber jurídico de informar al sujeto pasivo del error en el que se encuentra.

Pero el mayor problema que enfrenta la legislación argentina es que carece de la cláusula de equivalencia como la contemplada en el Art 23 de la legislación ecuatoriana o el Art. 11 del Código Penal de España en la cual se establece que no impedir la producción de un resultado cuando se tiene la obligación jurídica de hacerlo equivale a ocasionarlo, ello complica la aplicación del silencio omisivo como elemento típico de la estafa, por lo cual resultan contradictorias las resoluciones del máximo órgano de justicia argentino, para lo cual tomo textualmente la conclusión de Gentile Fernando.

La doctrina y jurisprudencia nacional generalmente cuando admite en forma excepcional en engaño omisivo en realidad lo hacen en virtud de actos positivos que se sucedieron

¹¹⁸ Soler Sebastián: ob. Cit., Pág. 336.

¹¹⁹ Gentile Fernando; El engaño omisivo en la estafa; Página del profesor de Derecho Penal Marco Antonio Terragni; publicado el 08 de abril del 2013 Sitio web: http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/omisivo_estafa.htm / ingreso 12-04-2016-13h22pm.

posteriormente, motivo por el cual no se trata de verdaderos engaños omisivos, sino de comportamientos activos¹²⁰.

De ello se desprende que el tribunal argentino confunde la omisión con los engaños implícitos, como se revisó supra los engaños implícitos importan una hacer positivo, pero este hacer es implícito y no explícito, se giren por las reglas de los delitos comisivos.

De lo expuesto, se concluye que en argentina la Doctrina acepta la idea de una estafa por omisión impropia, siempre que se el sujeto activo omita la obligación jurídica de sacar del error en el que se encuentra el sujeto pasivo, pero en la práctica la inexistencia de una cláusula de equivalencia en la legislación hace que se aplicación resulte excepcional y cuando se lo hace se la confunde con los engaños implícitos.

¹²⁰Gentile Fernando; Ob. Cit.

Conclusiones

- La jurisprudencia ecuatoriana hasta antes de la entrada en vigencia del COIP, no tenía una línea de engaño definido, por lo cual interpretaba el engaño según la teoría amplia o en su sentido restringido, a su vez también acogía la teoría de los engaños implícitos así como la teoría del engaño bastante. Actualmente el engaño en el COIP se tipifica bajo la teoría de la simulación y disimulación, las cuales pueden recaer sobre las personas o sobre las cosas, se aplica exclusivamente sobre hechos, lo cual descarta los juicios de valor y las promesas.
- El error debe ser entendido en su sentido amplio es decir, abarca el error propiamente dicho, como la ignorancia. El error se vincula con la simulación de hechos falsos, mientras que la ignorancia se relaciona con la ocultamiento de hechos verdaderos. El error del sujeto pasivo, deber ser provocado, mantenido o reforzado por el sujeto activo.
- La teoría de la simulación y disimulación no exige un nivel de autoprotección al sujeto pasivo, no lo toma en cuenta para el análisis del engaño típico, por lo cual, si el sujeto pasivo es negligente en su actuar ello no elimina el engaño típico.
- La propiedad es el bien jurídico protegido en la estafa, la cual no debe ser entendida en los términos del Derecho Civil ya que en el Derecho Penal tiene un alcance más amplio, la propiedad debe gozar de un atributo económico y de un atributo jurídico.
- El objeto material en la estafa recae exclusivamente sobre bienes que tengan una apreciación económica y sean de apropiación exclusiva del sujeto pasivo.

- Dentro de la clasificación de los bienes corporales se descartan los bienes inmuebles como objeto material de la estafa y se aplican únicamente sobre bienes muebles. Teniendo en cuenta que al hablarse de estafas sobre bienes inmuebles, el objeto material no es el bien inmueble sino el derecho que hay sobre este.

- Dentro de la clasificación de los bienes incorporeales los objetos materiales pueden ser: el derecho real de dominio, herencia, usufructo, uso, prenda hipotecas; derechos personales; derechos sobre propiedad intelectual. Se descarta el derecho real de servidumbre.

- Cuando la relación del sujeto pasivo con el objeto material contraviene el ordenamiento jurídico, el Derecho Penal no protege tal relación por lo cual no se sanciona como estafa si un sujeto altera esa relación.

- La disposición patrimonial es el tercer y último elemento de la estafa, el cual se subdivide en el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo y el beneficio patrimonial del sujeto activo. Para que se consuma la estafa, basta con el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo, siendo indiferente si el sujeto activo obtuvo algún beneficio económico por su actuar. El perjuicio patrimonial del sujeto pasivo puede ser real o simbólico, efectivo o sobre expectativas ciertas. Cuando el perjuicio recae sobre el engañado se trata de un perjuicio directo; si el perjuicio recae sobre una persona distinta al engañado se trata de una estafa piramidal, efectuándose un perjuicio derivado. El beneficio patrimonial no debe ser real y efectivo, pero es necesario que el sujeto activo actúe guiado por un fin de lucro.

- Los delitos de omisión impropia exigen al sujeto activo el despliegue de una acción que evitará la lesión de un bien jurídico debido a la posición en que se encuentra este.

- Los delitos de omisión impropia tienen una estructura típica objetiva y subjetiva que difiere de los tipos penales de conductas activas. Los elementos objetivos son: la producción de un resultado, capacidad de acción, equivalencia entre acción y omisión, la causalidad hipotética y la obligación jurídica de actuar de sujeto activo. La obligación jurídica del sujeto surge de la ley, el contrato o la injerencia. El elemento subjetivo en los tipos de comisión impropia se refiere a un cuasi dolo, se cumple el elemento subjetivo cuando el sujeto conoce que se encuentra en posición de garante y debido a ello debe evitar la lesión del bien jurídico ejecutando una acción suficiente para que dicha lesión no se produzca.

- Ecuador contempla en su legislación penal la tipicidad de tipos omisivos de manera expresa, ello se infiere de la lectura del artículo 23 del Código Orgánico Integral Penal, el cual establece los requisitos que deben cumplir las conductas de omisión impropia, estos son: 1) la equivalencia de entre la conducta activa, con la conducta omisiva, 2) la obligación jurídica de actuar del sujeto activo, y 3) Impedir el acontecimiento. Elementos implícitos de los tipos omisivos son la capacidad de realizar la acción, y la causalidad hipotética.

- La estafa cumple con el criterio de equivalencia impuesto por el artículo 23, pues el engaño se puede dar por el ocultamiento de hechos verdaderos, no informar a la víctima que ignora equivale a engañar. La obligación de actuar del sujeto activo en la estafa nace de la ley o de la injerencia, quedando descartado el contrato porque la estafa protege la propiedad y no los bienes fundamentales del sujeto pasivo, como son la vida, salud, libertad e integridad. La estafa es un delito de resultado por lo cual es sujeto activo puede evitar la producción del resultado.

- La ley de juventud obliga a los sujetos entre 18 a 29 años de edad a decir la verdad y a cumplir con su palabra en los contratos, por lo cual la posición de garante del sujeto activo nace de la ley.

- El actuar previo del sujeto activo debe crear un peligro sobre la propiedad del sujeto pasivo, también debe ser de creación exclusiva de este.

- La teoría de los engaños implícitos y la injerencia no son compatibles, por lo cual se debe destruir una de ellas.

- El elemento subjetivo en la estafa se refiere a que el sujeto activo debe conocer que la ley y la creación de un peligro precedente lo colocan en posición de garante, por lo que debe informar al sujeto pasivo que se encuentra en un error y dicha acción debe impedir que se produzca el perjuicio de la propiedad del sujeto pasivo.

- La legislación penal en Ecuador contempla la posibilidad que se tipifique un delito de estafa por medio de un engaño omisivo, siempre y cuando el sujeto activo se encuentre en posición de garante.

- España acepta que la omisión de datos puede configurar el delito de estafa, si los datos son sinónimo de un engaño bastante y si el sujeto activo se encuentra en posición de garante.

- Chile no acepta que se produzca una estafa por un engaño omisivo, ya que acoge bajo su seno la teoría francesa del engaño, la cual exige un actuar positivo del sujeto activo, lo cual excluye la omisión.

- En argentina la doctrina acepta que se sancione un estafa derivada de un engaño omisivo cuando el sujeto activo estaba en la obligación jurídica de sacar del error al sujeto pasivo. Pero en la práctica la jurisprudencia argentina lo acepta de manera excepcional y cuando lo hace la confunde con los engaños implícitos.

Recomendaciones

- Es importante que los juzgadores al momento de resolver los casos de estafa, tengan en cuenta que la disimulación solo es punible cuando el sujeto es garante del bien jurídico.
- Realizar un estudio detallado de las sentencias ecuatorianas y determinar que presupuestos utilizan los juzgadores para penalizar los delitos de estafa.
- Publicar un manual explicando de manera sucinta porque es aplicable los delitos de comisión impropia a la estafa.
- Realizar charlas en las que se informe los presupuestos necesarios para que se configure el delito de comisión impropia en la estafa.
- En Ecuador los delitos de comisión impropia no tienen la misma carga investigativa que los delitos de comisión propia, por lo cual es importante señalar que existe una deficiencia a nivel de desarrollo doctrinario en este ámbito.

Bibliografía:

1. Albán Gómez Ernesto; Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, Parte General; Ediciones legales; Quito; 2015.
2. Alessandri Arturo; De los Contratos; Editorial Temis S.A, Editorial jurídica de Chile; Bogotá; 2011.
3. Bacigalupo Enrique; Derecho Penal Parte General; Editorial Hammurabi; Argentina; 1999.
4. Carrara Francesco; Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen IV; Editorial Temis; Bogotá; 1959.
5. Creus Carlos; Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I; Ediciones Astrea; Buenos Aires; 1998.
6. Claus Roxin, GüntherJakobs, BerndSchünemann, Wolfgang Frisch, Michael Kohler; Sobre el estado de la teoría del delito, Seminario en la UniversitatPompeuFabra; Editorial Civitas; España; 2000.
7. Cuello Calón Eugenio; Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial; Bosch Casa Editorial; Barcelona; 1949.
8. Donoso Arturo; Guía de Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la Administración Pública; Cevallos Editor; Quito; 2008.
9. Donna Alberto; Derecho Penal, Parte Especial Tomo II B; Ed Rubinzal – Culzoni; Buenos Aires; 2001.
10. Donna Edgardo; Teoría del Delito y de la Pena, Tomo II; Editorial Astrea; Buenos Aires; 1995.

11. Etcheberry Alfredo; Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III; Editorial Jurídica de Chile; Chile; 1999.
12. Finzi Conrado; La Estafa y Otros Fraudes; Ed Depalma; Buenos Aires; 1961.
13. García Ramiro; Código Orgánico Integral Penal Comentado, Tomo 1; Latitud Cero Ediciones; Quito; 2014.
14. GüntherJakobs; La imputación Objetiva en el Derecho Penal; Editorial Ad Hoc; Buenos Aires: 1997.
15. Jaime Flor Rubiales y Daniella Camacho Herold comentarios y actualización a la obra de Pérez Borja Francisco; Apuntes para el estudio de Código Penal, Tercera parte, Tomo II; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito – Ecuador; 2009.
16. Jescheck Hans, Traducción Olmedo Miguel; Tratado de Derecho Penal, Parte General, Quinta edición; Comares Editorial; Granada; 2002.
17. Josserrand Louis; Teoría General de las Obligaciones; Editorial Parlamento Ltda.; Chile; 2008.
18. Jiménez de Asúa Luis; Defensas Penales, Tomo Tercero; Editorial Losada; Buenos Aires; 1943.
19. Labatut Gustavo actualizada por Zenteno Julio; Derecho Penal, Tomo II; Editorial Jurídica de Chile; Chile; 2006.
20. Larrea Holguín Juan; Los Bienes y la Posesión, Volumen III; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito; 2009.
21. Larrea Holguín Juan; Manual Elemental de Derecho Civil, Tomo III; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito; 2007.

22. Maggiore Giuseppe; Derecho Penal, Parte Especial, Volumen V; Editorial Temis; Bogotá; 1972.
23. Muñoz Conde Francisco; Derecho Penal Parte Especial; Ediciones Tirant Lo Blanch; Valencia; 2013.
24. Muñoz Conde Francisco; Teoría General del Delito; Editorial Temis; Bogotá; 2010.
25. Menéndez de Luarca Miguel; Delitos contra el Patrimonio; Ediciones La Ley; Madrid; 2007.
26. Mir Puig Santiago; Derecho Penal Parte General; Editorial Reoertor; Barcelona; 2015.
27. Núñez Ricardo; Manual de Derecho Penal, Parte Especial; Ediciones Lerner; Córdoba-Buenos Aires; 1977.
28. Obra conjunta Corredor Pardo Manuel; Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, El delito de Estafa; Publicaciones Universidad Externado de Colombia; Colombia; 2011.
29. Pacheco Pedro; Derecho Penal Especial, Tomo IV; Ed Temis; Bogotá; 1975.
30. Ramagnosi Giandomenico; Génesis del Derecho Penal; Editorial Temis; Bogota; 1958.
31. Ranieri Silvio; Manual de Derecho Penal, Tomo VI, Parte Especial de los delitos en particular; Editorial Temis; Bogotá; 1975.
32. Ramos René; De las obligaciones; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; 1999. Pág. 246.

33. Rodríguez Devesa José María; Derecho Penal Español, Parte Especial, Novena Edición; Ed Artes Gráficas Carasa; Madrid; 1983.
34. Rodríguez Navarro Manuel; Doctrina Penal del Tribunal Supremo, Tomo Tercero, segunda edición; Aguilar S.A. Ediciones; Madrid; 1960.
35. Rubio Felisa; El dolo penal, Tesis de Grado; Ed Pontificia Universidad Javeriana; Colombia; 1964.
36. Scarano Luigi; La Tentativa; Editorial Temis; Bogotá; 1960.
37. Soler Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo IV; Editorial la Ley; Buenos Aires; 1946.
38. Soler Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo IV, 4ta edición; Tipografía Editora Argentina; Argentina; 1996.
39. Schünemann Bernd; Fundamentos y Limites de los Delitos de Omisión Impropia; Marcial Pons; Madrid; 2009.
40. Salvador Manuel; El Concepto del Delito en el Nuevo Código Penal, una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; Colombia; 2003.
41. Torres Efraín; Breves comentarios al Código Penal, Tomo IV; Corporación de estudios y publicaciones; Quito; 2001.
42. Von Henting Hans; Estudios de Psicología Criminal, Volumen III, La Estafa; Ed Espasa Calde SA; Madrid; 1980.
43. Welzel Hans; Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile; Chile, 1997.
44. Zaffaroni Eugerio; Tratado de Derecho Penal, Tomo III; Ediar: Argentina; 1981

45. Zaffaroni, Alagia, Slokar; Manual de Derecho Penal, Parte General, segunda edición; Ediar; Buenos Aires; 2006.

46. Zambrano Alfonso; Manual de Derecho Penal, Parte General; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito; 2008.

Jurisprudencia

1. Corte Suprema de Justicia; Jurisprudencia Especializada Penal, Tomo I; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito; 2005.

2. Corte Suprema de Justicia; Jurisprudencia Especializada Penal; Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo III; Quito; 2007.

3. Corte Suprema de Justicia; Jurisprudencia Especializada Penal, Tomo VI, Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito; 2007.

4. Corte Suprema de Justicia; Jurisprudencia Especializada Penal, Tomo IV; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito; 2008.

5. Corte Nacional de Justicia de Ecuador; Jurisprudencia Especializada Penal, Mayo – Junio 2010, Tomo III; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito; 2010.

6. Corte Suprema de Justicia; Jurisprudencia Especializada Penal, Tomo I, enero-marzo-2015; Corporación de estudios y publicaciones; Quito; 2015.

7. Juan Larrea Holguín y José Dueñas Ibarra; Repertorio de jurisprudencia XXX; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito; 1987.

Sitios Web

1. Balmaceda Hoyos Gustavo; Engaño en la Estafa ¿Una Puesta en escena?; Revista de Estudios de la Justicia N° 12; 2010; Pág. 368; sitio web: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/BALMACEDA%20_13_.pdf. Fecha de ingreso 20-julio-2015-10h12 am.
2. Balmaceda Hoyos Gustavo; El delito de estafa en la jurisprudencia chilena; Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XXIV, No 1 ; julio 2011; Pág. 59-85. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v24n1/art04.pdf> . Ingreso 12-04-2016-11h32am.
3. Gentile Fernando; El engaño omisivo en la estafa; Página del profesor de Derecho Penal Marco Antonio Terragni; publicado el 08 de abril del 2013 Sitio web: http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/omisivo_estafa.htm / Ingreso 12-04-2016-13h22pm.
4. Instituto Ecuatoriano de Propiedad intelectual; Propiedad intelectual; sitio web: <http://www.propiedadintelectual.gob.ec/propiedad-intelectual/> ; Ingreso 18-02-2016-17h12pm.
5. José Lyton: Los elementos típico del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporánea: Revista de Derecho ARS BONI ET AEQUI; año 2010; págs. 123-161: Sentencia dictada por el 4° T.O.P. de Santiago, en causa R.I.T. n° 167 de fecha 20 de noviembre de 2010. Disponible en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2014/12/123-161.pdf> ;Ingreso 25-09-2016-10h45am.
6. Mendiola Ignacio y Goikoetxea Juan; Sociología de la Mentira; Universidad Pública de Navarra; sitio http://www.unavarra.es/puresoc/pdfs/c_ponencias/Mendiola.pdf; Ingreso 18-02-2016-16h12pm.

7. Roxin Claus; Injerencia e Imputación Objetiva; Revista Penal, No 19; 2007. Pág. 154. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/311/302> ; Ingreso: 14-04-2016-10h11am.

Normativa Ecuatoriana

1. Código Civil; Registro Oficial No. 46, 24 de junio 2005.
2. Código Orgánico Integral Penal; Registro Oficial No. 180, lunes 10 de febrero 2014.
3. Constitución Política de la República del Ecuador; Registro Oficial No. 449, 20 de octubre 2008.
4. Ley de Propiedad Intelectual: Registro Oficial No. 426, 28 de diciembre 2006.
5. Ley de la Juventud: Registro Oficial 439, 24 de octubre del año 2001.

Normativa Extranjera

1. Código Penal de la Nación Argentina; Ley 11-179.
2. Código Penal de Chile: Fecha de publicación 12-11-1874, última versión 18-03-2010.
3. Código Penal de España; aprobado LO 10/1995, de 23-11; corrección de errores BOE 2-3-1996.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, Santiago Antonio Paredo Cordones, C.I. 050380804-0 autor del trabajo de graduación intitulado: Elementos de la estufa y el engaño y el error, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 01-02-2017



050380804-0
FIRMA Y CÉDULA


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE No. 050380804-0
 CIUDADANÍA
 APELLIDOS Y NOMBRES
 RUEDA CORDONES
 SANTIAGO ANTONIO
 LUGAR DE NACIMIENTO
 COTOPAXI
 LATACUNGA
 LA MATRIZ
 FECHA DE NACIMIENTO 1992-06-01
 NACIONALIDAD ECUATORIANA
 SEXO M
 ESTADO CIVIL SOLTERO





INSTRUCCIÓN PROFESIÓN / OCUPACIÓN
 SUPERIOR ESTUDIANTE V4444V4442

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
 RUEDA FERNANDO VICENTE
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
 CORDONES CORINA PAULINA
 LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
 AMBATO
 2012-07-27
 FECHA DE EXPIRACIÓN
 2022-07-27




 DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO




REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL 

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
 ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014

029
029 - 0064 **0503808040**
 NÚMERO DE CERTIFICADO CÉDULA
RUEDA CORDONES SANTIAGO ANTONIO

COTOPAXI
 PROVINCIA
 LATACUNGA
 CANTÓN

CIRCUNSCRIPCIÓN 0
 ELOY ALFARO / SAN
 FELIPE 0
 PARROQUIA ZONA


 f.) PRESIDENTA/E DE LA JUNTA