



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

“TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, LA CONTRAVENCIÓN DE ESTAFAS CUANDO EL PERJUICIO A LA VÍCTIMA NO EXCEDA DE TRES SALARIOS BASICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR”.

*Tesis previa a optar por el
Título de Abogada*

AUTORA

Denisse Jhoana Vega Hidalgo.

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR
2017



CERTIFICACIÓN.

Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller. Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, DE LA UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Haber dirigido y revisado la tesis presentada por la postulante: **DENISSE JHOANA VEGA HIDALGO**, bajo el título de **“TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, LA CONTRAVENCIÓN DE ESTAFA CUANDO EL PERJUICIO A LA VÍCTIMA NO EXCEDA DE TRES SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR”**, por lo que la presente tesis cumple con las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, 29 de Marzo de 2017

.....

Dr. Igor Vivanco Müller, Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Denisse Jhoana Vega Hidalgo, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional–Biblioteca Virtual.

Firma: 

Autora: Denisse Jhoana Vega Hidalgo.

Cédula: 1500721541.

Fecha: Loja, Abril del 2017.

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, **DENISSE JOHANA VEGA HIDALGO**, declaro ser autora de la Tesis titulada **“TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, LA CONTRAVENCIÓN DE ESTAFA CUANDO EL PERJUICIO A LA VÍCTIMA NO EXCEDA DE TRES SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR”** como requisito para optar al Grado de: **ABOGADA**: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los Usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en RDI, en las redes de información del país y del exterior, con los cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de ésta autorización, en la ciudad de Loja, cinco días del mes de Abril del 2017 firma la autora.

Firma: 

Autora: Denisse Jhoana Vega Hidalgo
Cedula: 1500721541
Dirección: Napo-Tena Barrio Aeropuerto 2, calle Marpindo
Correo Electrónico: vegajhois@yahoo.es
Celular: 0980792915

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: DR. IGOR EDUARDO VIVANCO MÜLLER MG. SC.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE GRADO:

PRESIDENTE: Felipe Neptalí Solano Gutiérrez
Vocal Dr. Mg. Sc. Marcelo Armando Costa Cevallos
Vocal Dr. Mg. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento fraternal lo dirijo a la Universidad Nacional de Loja, por haberme dado la oportunidad de alcanzar mis objetivos en la calidad de estudiante los cuales me los había marcado desde el inicio mismo de mi carrera y que al final los logre.

A mis profesores que con sus conocimientos, los mismos que me los supieron impartir; y, yo en calidad de estudiante de la Unidad de Estudios a Distancia, en la Carrera de Derecho, supe siempre aprovecharlos y acogerlos de la mejor manera para así sacarle provecho.

Agradezco a Dios por el don de la vida. A mis padres por creer y confiar en mí y brindarme su apoyo Incondicional que día a día me lo han venido dando, siempre creyendo en mí y apoyándome en los buenos y malos momentos.

A los distinguidos docentes quienes compartieron sus sabias enseñanzas durante nuestra formación académica e hicieron posible la culminación de uno de nuestro anhelo.

Denisse Jhoana Vega Hidalgo

La autora.

DEDICATORIA

A Dios por estar siempre con migo y no dejarme solo, por darme la esperanza, sabiduría y confianza para seguir siempre adelante y levantarme a los tropiezos y enfrentarme a la vida.

A mis Padres que son el regalo más bello que me ha dado la vida quienes con su amor, sacrificio y apoyo incondicional hicieron posible la culminación de mis estudios y la realización de un proyecto más en mi vida.

A mis hermanos/as por brindarme su apoyo incondicional durante la carrera

Denisse Jhoana Vega Hidalgo
La autora.

TABLA DE CONTENIDOS.

- I. PORTADA
- II. CERTIFICACIÓN
- III. AUTORÍA
- IV. CARTA DE AUTORIZACIÓN
- V. DEDICATORIA
- VI. AGRADECIMIENTO
- VII. TABLA DE CONTENIDOS
- 1. TÍTULO
- 2. RESUMEN
 - 2.1. ABSTRACT
- 3. INTRODUCCIÓN
- 4. REVISIÓN DE LITERATURA
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL
 - 4.1.1. Tipificación.
 - 4.1.2. Contravenciones:
 - 4.1.3. Derecho a la defensa
 - 4.1.4. La estafa
 - 4.1.5. Tipo penal de la estafa
 - 4.1.6. El engaño
 - 4.1.6.1. Apropiación y disposición patrimonial
 - 4.1.6.2. Perjuicio patrimonial
 - 4.1.6.3. El sujeto activo
 - 4.1.6.4. El sujeto pasivo

4.1.7. Delito

4.1.7.1. Núcleo del delito

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. El proceso penal

4.2.2. Debido proceso

4.2.3. Derecho a la defensa

4.2.4. Estafa Como Delito Contra El Patrimonio

4.2.5. Graduación de la pena para el delito de estafa de mínima cuantía

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

4.3.2. Código Orgánico Integral Penal

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADO

4.4.1. Delito De Estafa En El Código Penal De España

4.4.2. Delito De Estafa En El Código Penal De Chile

4.4.3. Delito De Estafa En El Código Penal De Bolivia

4.4.4. Delito De Estafa En El Código Penal De Perú

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MÉTODOS

6. RESULTADOS

6.1. PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ANALISIS DE LS ENCUESTAS

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA AL CÓDIGO
ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

9.1.1 PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

Proyecto de Investigación Aprobado

ÍNDICE

1. TÍTULO.

**“TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL,
LA CONTRAVENCIÓN DE ESTAFA CUANDO EL PERJUICIO
DE LA VÍCTIMA NO EXCEDA A TRES SALARIOS BÁSICOS
UNIFICADOS DEL TRABAJADOR”**

2. RESUMEN.

El recientemente aprobado Código Orgánico Integral Penal, expresión material del Derecho Penal positivo ecuatoriano, que tiene como finalidad de acuerdo a su artículo 1, normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas y promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas, así también ha evolucionado respecto a lo que significa varios de los principios procedimentales y constitucionales dentro de los cuales considero que uno de los más relevantes es la reparación integral del daño causado a la víctima.

Los delitos conocidos como económicos o que van en contra del patrimonio de las personas como bien jurídico protegido por el estado, se han incrementado notablemente en el transcurso de los últimos años, una de estas conductas delictivas es la estafa, tipificada en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, y establece como pena privativa de la libertad de cinco a siete años y en casos especiales de siete a diez años.

EL problema se evidencia en los casos en que la estafa se produce por montos inferiores a tres salarios básicos unificados del trabajador ya que no existe tanto proporcionalidad en la sanción y resulta ser un trámite sumamente caro y engorroso que ve obligado a mover todo el aparataje gubernamental para no verse vulnerado (Fiscalía General del Estado,

Jueces de Garantías Penales, Tribunales de Garantías Penales y la Sala de Garantías Penales), y por parte de la víctima significaría un gasto y tiempo superior al monto del perjuicio causado.

Por lo que el presente trabajo de investigación va dirigido a determinar lo antes narrado como un problema jurídico latente en la actualidad y da como solución al mismo una propuesta de reforma legal a fin de que se establezca la estafa cuyo perjuicio no exceda de tres salarios básicos unificados del trabajador como contravención.

Se cree conveniente el crear una normativa que permita de una u otra forma aligerar el tramite dentro de la denuncias por estafa, y que mejor el establecer una normativa que permita la conciliación de las partes dentro del proceso si el monto no exceden los tres salarios básicos unificados del trabajador.

Es importante destacar, que por falta de coyuntura entre la norma sustantiva primaria y la norma positiva secundaria, éstos no son claros y no amparan en un cien por ciento a la víctima, es por ello que hemos visto la necesidad de proponer este tema de investigación, y concluir con una sugerencia direccionada a que haya claridad en la norma y dar las garantía del cumplimiento de los derechos de las víctimas al no establecer la estafa que no exceda los tres salarios básicos unificados del trabajador como una contravención.

La presente tesis de Investigación Jurídica se encuentra estructurada de la siguiente manera:

En primer lugar un **Marco Conceptual**, que comprende conceptos y definiciones, como tenemos definición de estafa, contravenciones perjuicio, así como también otros conceptos que darán mayor realce al tema propuesto; un **Marco Doctrinario**, que abarca las doctrinas de los tratadistas y estudiosos sobre el cómo se puede establecer una pena equitativa para las contravenciones de estafa que su monto no exceda los tres salarios básicos unificados del trabajador, y un **Marco Jurídico**, que comprende al análisis de la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, y luego tenemos una Legislación Comparada, ya que me sirvió para realizar un análisis de la materia de otros países y poder extraer lo más positivo.

En segundo lugar el trabajo investigativo comprende un estudio de campo en el que se desarrollan encuestas y entrevistas a los conocedores del derecho en el que me ayudan a determinar o contrastar los objetivos e hipótesis planteada.

En tercer lugar luego del análisis de la investigación de campo se procedió a las conclusiones y recomendaciones y por último a una propuesta jurídica necesaria para la solución del problema planteado.

2.1. ABSTRAC.

The recently approved Comprehensive Criminal Organic Code, a material expression of Positive Ecuadorian Criminal Law, whose purpose is in accordance with Article 1, to regulate the punitive power of the State, to criminalize criminal offenses, to establish the procedure for the prosecution of persons and to promote The social rehabilitation of sentenced persons and the integral reparation of the victims, it has also evolved with respect to several of the procedural and constitutional principles within which I consider one of the most relevant is the integral reparation of the damage caused to the victim.

Crimes known as economic or that go against the patrimony of the people as legal property protected by the state, have increased significantly in the course of the last years, one of these criminal behaviors is the scam, typified in Article 186 Code Comprehensive Criminal Code, and establishes as a custodial sentence of five to seven years and in special cases of seven to ten years.

E problem is evident in cases where the scam is produced by amounts less than three basic unified wage of the worker since there is so much proportionality in the sanction and turns out to be an extremely carous and cumbersome procedure that is forced to move the entire government apparatus So as not to be violated (State Attorney General, Criminal

Guarantees Judges, Criminal Guarantees Courts and Criminal Guarantees Chamber), and by the victim would mean an expense and time greater than the amount of the damage caused.

Therefore, the present research is aimed at determining what has been described as a latent legal problem at the present time and gives as a solution a legal reform proposal in order to establish the scam whose damage does not exceed basic salary Of the worker as a contravention.

It is considered convenient to create a regulation that allows one way or another to lighten the procedure within the complaints in stages, and better to establish the regulations that allow the conciliation of the parties within the process if the amount does not exceed three basic salaries Unified workers.

It is important to emphasize that because of the lack of conjuncture between the primary substantive rule and the secondary positive rule, these are not clear and do not cover the victim one hundred percent, which is why we have seen the need to propose this research topic , And conclude with a suggestion aimed at clarifying the norm and guaranteeing compliance with the rights of the victims by not establishing the fraud that does not exceed the three basic unified wages of the worker as a contravention.

This thesis Legal Research is structured as follows:

First a Conceptual Framework, comprising concepts and definitions, as we have the expedited procedure, and the medical examination which is the main subject of our research, as well as other items that will give greater prominence to the proposed theme; doctrinaire framework, covering the doctrines of writers and scholars on how to establish a fair penalty for the offense unless there is a legal medical report. and a legal framework, which includes the analysis of the Constitution of the Republic of Ecuador, the Organic Code Integral Penal, and then we have a comparative legislation because it helped me to make an analysis of matter from other countries and to extract the most positive.

Secondly the research work includes a field study in which surveys and interviews are developed connoisseurs of law in helping me determine or contrast the objectives and hypotheses raised.

Third after the analysis of field research we proceeded to the conclusions and recommendations and finally to a legal proposal necessary for the solution of the problem.

3. INTRODUCCIÓN.

La presente tesis denominada: **“TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, LA CONTRAVENCIÓN DE ESTAFA CUANDO EL PERJUICIO A LA VÍCTIMA NO EXCEDA DE TRES SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR”**, busca demostrar, como efectivamente lo hago, en la fase de investigación de campo principalmente, la necesidad de crear una normativa en nuestro Código Orgánico Integral Penal, con el ánimo de establecer una distinta sanción a la estafa que no exceda los tres salarios básicos unificados del trabajador, reconociendo los derechos de la víctima por la tramitología que debe darse a la misma por un monto que de una u otra forma no excede a los gastos y tiempo que está establecido en nuestro Código.

Es común en la realidad jurídica de nuestro país encontramos con un sin número de investigaciones y estadísticas relativas al índice delincencial y de cometimiento de diferentes tipos de delitos tipificados en nuestro Código.

Dichas estadísticas simplemente han quedado en cifras muertas que si bien llaman nuestra atención y preocupación como ciudadanos, de nada han influido en los encargados del sistema de administración de justicia para que se tomen las medidas necesarias para prevenir el incremento en el cometimiento de ciertos delitos.

Es percibido por los mismos operadores jurídicos, profesionales del derecho y la ciudadanía en general, que pese a que vivimos en una realidad alarmante y preocupante con respecto al incremento de la delincuencia e inseguridad en nuestro país no existen, sin temor a equivocarnos, falta de políticas de prevención claras, efectivas y oportunas que permitan la disminución de ciertos delitos que son cometidos comúnmente por los delincuentes.

La escasa producción y difusión de políticas de prevención del delito a nivel nacional, es preocupante ya que la gran mayoría de la ciudadanía conoce poco o nada sobre este tema, y prefieren tomar sus propias medidas personales e inclusive llegar a utilizar la justicia por sus propias manos utilizando la famosa frase de la justicia del Talión “Ojo por ojo, diente por diente”, cuando en la realidad dichas medidas deberían ser dadas por el órgano competente y de aplicación a nivel nacional.

Existen cierto tipo de delitos que por la incidencia que tienen dentro de la sociedad merecen ser materia de estudio y de análisis por parte de la academia para que sea esta, la encargada de realizar nuevos enfoques sobre los mismos y a su vez permitan crear una serie de políticas de prevención contra el delito, que obedezcan a nuestra realidad con la finalidad de disminuir, los índices de delincuencia y que se constituyan en un apoyo fundamental para garantizar la seguridad ciudadana.

El presente trabajo de investigación tiene por objeto el análisis del tipo penal del delito de estafa, teniendo en cuenta que tanto en nuestro país como a nivel internacional existen muchas personas que se dedican a cometer este tipo de ilícito contra el patrimonio, siendo uno de los mayores peligros a la buena fe, y por ende a engañar para obtener el mismo.

Tiene como finalidad investigar a fondo al delito de estafa, y a su vez hacer una comparación con otras legislaciones, para poder darnos cuenta cómo son las acciones que se toman frente a dicho delito, cuáles son las penas que se imponen para que los índices delincuenciales respecto de este delito sean menores, sobre todo si tienen relación con nuestro Código Penal, y si las penas impuestas son más rigurosas que las nuestras.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. TIPIFICACIÓN.

La infracción de estafa en nuestra legislación se encuentra tipificado y sancionado como delito pero no como contravención, para ello es necesario entender lo que es tipificación, y para Mabel Goldstein habla que tipicidad es ***“Cualidad que está dada por la identificación de una conducta con la prevista en una figura de delito. Descripción de acciones, tal como si ellas ya se hubieran cumplido.”***¹

La tipificación es la identificación de la conducta al tipo penal, la configuración del delito, siendo aquellos que lesionan los derechos intrínsecos de las personas como de su patrimonio, conductas que debe ser tipificada por el legislador con su debida sanción, a través de la legislación penal, y su imposición, a quienes la infringen por las autoridades jurisdiccionales, como un medio de prevención y rehabilitación de las personas.

Roberto Gómez Mera señala que: ***“La norma penal es la prohibición y sanción de una conducta considerada delictiva. Esta prohibición está convertida en derecho positivo por la ley Penal. La norma penal se compone de dos partes, que son: El***

¹ GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Editorial Círculo Latino Austral S.A., Buenos Aires Argentina, 2008,, Pág. 551.

precepto y la sanción. El precepto es la descripción de la conducta que no se debe realizar y que tiene la categoría de infracción; la sanción, la consecuencia punitiva de la violación del precepto. Pero en materia penal hay que tener muy claro que el precepto nunca comienza diciendo, no se debe robar, matar, falsificar, etc. Esta prohibición está en la norma de cultura de la sociedad que tiene un fuerte contenido religioso u ético.”²

Tipificar es darle vida jurídica a una conducta en la que afecta la integridad de las personas como la de sus bienes, conducta que se acompaña con la sanción, sin la cual carecería de legalidad en el momento que una persona infrinja la ley y sea juzgada. La tipificación de los delitos es una forma de garantizar la seguridad de la sociedad, en su moralidad, forma de conducta y la paz en un medio que requiere que seguridad social. Si una persona comete un delito, obviamente será juzgado y sancionado por las autoridades competentes, no como una forma de castigo sino prevención por ir en contra de un bien jurídico protegido, que en lo posterior, no se vuelva a cometer estos hechos que afectan a las personas y ser un agravio a la sociedad en general.

Roberto Gómez Mera prescribe que: ***“La tipicidad es el elemento objetivo de la teoría del delito, que tiene como función perfeccionar el principio de legalidad o reserva; por lo que***

² GÓMEZ MERA, Roberto, lecciones de derecho y ciencia penal, editores edilexa, Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 23.

podemos afirmar que tiene dos funciones básicas. La una, función garantizadora de la libertad y seguridad jurídica de los ciudadanos; y, la otra una función sistematizadora, pues permite desarrollar la técnica de descripción de conductas delictivas.”³

Las conductas que legisla el asambleísta, con sus reformas, modificaciones, creaciones, y derogaciones deben ser hechas como una forma de sancionar a las personas que lo infrinjan, pero también en función a principios que no afecte más allá de su condición de ser humano. En el caso del delito de estafa, exista una mínima sanción de cinco a siete años, que perjudiquen mediante ardid y engaño por parte de estafador, y error por parte del estafado, perjuicios que se aplican a menor perjuicio económico, como a grandes cantidades, situación que en pequeñas estafas, la sanción es desproporcional a la infracción, por ello el legislador debe prever entre el perjuicio económico afectado y la sanción impuesta por aquel perjuicio.

4.1.2. CONTRAVENCIONES.

Se trata de una conducta transgresora, ejecutada por una persona o un grupo de personas que ponen en peligro algún bien público o privado, o que perturban la vida en sociedad. También puede ser denominada falta y es considerada de menor gravedad, por lo que se diferencia del delito.

³ GÓMEZ MERA, Roberto, lecciones de derecho y ciencia penal, editores edilexa, Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 49.

Es así que para el Diccionario Jurídico ABC Del Doctor Salvador Orizaba Monroy expresa que: **“El término contravención es un término del ámbito del derecho que se utiliza para designar a aquellos actos que van en contra de las leyes o lo legalmente establecido y que por lo tanto pueden representar un peligro tanto para quien lo lleva a cabo como también para otros. Normalmente, la idea de contravención se aplica a situaciones de falta de respeto a las normas de tránsito.”**⁴

Cuando hablamos de una contravención estamos hablando siempre de un acto que está tipificado en el derecho y que supone un tipo de castigo o sanción para aquel que la lleva a cabo. Esto es así ya que el hecho de contravenir la ley es entendido como un error y por lo tanto si la ley se aplica a todos por igual, aquel que no la respete debe recibir algún tipo de sanción, castigo o advertencia. Las contravenciones pueden ser muy diversas y aplicarse a numerosos aspectos de la vida social: desde las formas de comportarse públicamente hasta el modo de conducir y manejar un vehículo.

Para el tratadista argentino Guillermo Cabanellas es la **“Falta que se comete al no cumplir con lo ordenado.”**⁵

Para Ossorio y Florit las contravenciones son: **“Más propiamente falta, es la infracción de disposiciones municipales o policiales.”**⁶

O de igual forma la **“Transgresión de la ley.”**⁷

⁴ SALVADOR Orizaba Monroy, Diccionario Jurídico ABC Definición de pericia, edición 1. Año 2008

⁵ CABANELLAS DE TORRES. Guillermo. “DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL” Ed. Heliasta. Argentina, 1998. pp.74

⁶ OSSORIO Y FLORIT, Manuel. “DICCIONARIO DE DERECHO”. Ed. Heliasta. 2011. pp. 325

Las contravenciones no son delitos, y en este sentido algunos ejemplos pueden ser: las picadas en la vía pública, que perturban el accionar cotidiano de la sociedad; los menores ingiriendo alcohol en las plazas; los ruidos molestos a altas horas de la noche; el exhibicionismo en lugares públicos; etc.

Las sanciones que prevé el Código Orgánico Integral Penal, hacen referencia a multas, es decir, sanciones económicas, y trabajos de utilidad pública, así también como la penas de prisión que establece este cuerpo legal.

El diccionario jurídico de definiciones de México define la contravención como

“Una contravención es una violación de una determinada norma que tiene un carácter menor y que por lo tanto es insuficiente para calificarla como delito. De esta manera, es imposible que una contravención prive a una persona de la libertad; a lo sumo se procederá a imponer una multa que implique una toma de conciencia. Las contravenciones nunca serán aplicadas a circunstancias graves, sino que tienen que ver ante todo con la responsabilidad que se tiene al formar parte de una sociedad;

⁷ CABANELLAS DE TORRES. Guillermo. “DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL” Ed. Heliasta. Argentina, 1988. pp.74.

es por ello que desde el punto de vista del derecho no forman parte de lo que se denomina derecho penal común.”⁸

Es así que se puede definir la contravención como una forma de sanción no rigurosa, sino en forma de precautelar los derechos de las personas y hagan cumplir las leyes, teniendo muy en cuenta que estos delitos no sean producidos con dolo o mala fe.

Para el diccionario de la Real Academia Española es “*Obrar en contra de lo que está mandado.*”⁹

De lo anotado es una conducta que se contrapone a lo estipulado en ley, reglamento, ordenanza etc..., la misma que acarrea una sanción leve. Dicho de otra manera las contravenciones son un tipo de infracción que se cometen pero que por ser leves no son delitos, por lo que la sanción debe ser proporcional a la falta.

4.1.3. DERECHO A LA DEFENSA.

El derecho a la defensa es el derecho fundamental de una persona, física o jurídica, o de algún colectivo a defenderse ante un tribunal de justicia de los cargos que se imputan con plenas garantías de igualdad e independencia. Se trata de un derecho que se da en todos los órdenes jurisdiccionales, y se

⁸ Vía Definicion.mx: <http://definicion.mx/contravencion/>.

⁹ Diccionario de la Real Academia Española. Contravención. Ed. Océano. Barcelona-España. 1988.

aplica en cualquiera de las fases del procedimiento penal (sumario, intermedia y juicio oral) y civil (alegaciones, prueba y conclusiones). Asimismo, se impone a los tribunales de justicia el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión.

En la misma forma la Dra. Patricia Elizabeth Guaicha Rivera, en Su Libro El Derecho A La Defensa En El Proceso Penal Ecuatoriano, establece que;

“El derecho a la defensa o derecho de defensa es un derecho humano fundamental, es la base sobre la que se erige el debido proceso, válido para todo tipo de procedimiento, pero esencialmente aplicable en el proceso penal, que se consiguió por la lucha de las clases pobres frente a las poderosas. Este derecho humano de carácter universal es la base del constitucionalismo actual, presente además en las legislaciones internas de los países y para el caso ecuatoriano en el Código de Procedimiento Penal. Derecho a la defensa a favor del investigado, procesado o acusado, desde el inicio de la investigación penal, por esta razón, este derecho está rodeado de una serie de garantías como aquellas de ser informado, de tener acceso a los documentos y actuaciones, asistencia de un abogado defensor, presentar pruebas, contradecir la prueba,

ser informado en su lengua materna, no ser interrogado si no está presente su defensor, no ser obligado a autoincriminarse, motivación de la sentencia, garantía de apelar de la sentencia, etc.”¹⁰

Sin embargo, es preciso aclarar que aunque no se ha discutido en demasía el significado conceptual de la garantía en comento, sí se ha desarrollado una extensa discusión acerca de la naturaleza jurídica de los Derechos Humanos, discusión cuya conclusión se conecta de manera directa con el análisis conceptual que ahora pretendemos dar del Derecho a Defensa.

Ahora bien, para acercarnos a una definición acertada del Derecho a Defensa, es propio determinar el alcance del término “Defensa”. Así, el Diccionario de la Lengua Española lo define como: *“Razón o motivo que se alega en juicio para contradecir o desvirtuar la acción del demandante”*¹¹ Se desprende de lo expresado que este derecho es ejercido dentro de juicio, lo que restringe su aplicación, pues como veremos más adelante el alcance del término defensa es mucho más amplio de lo que parece a simple vista.

¹⁰ GUAICHA RIVERA Patricia Elizabeth, Libro El Derecho A La Defensa En El Proceso Penal Ecuatoriano, publicación 2010 pagina 107.

¹¹ Diccionario de la lengua, Real Academia Española, vigésima primera edición.

4.1.4. LA ESTAFA.

Es un vocablo relacionado con el verbo estafar, se le puede definir como un delito que se ejecuta contra el patrimonio o la propiedad y que se perpetra por medio de un engaño. El estafador se encarga de que la víctima crea en algo que no tiene existencia real.

Es común sostener en la doctrina que el origen de la palabra estafa se encuentra en el derecho romano. Se había previsto el crimen *stellionatus* como el hecho punible en que se obtiene provecho indebido a causa del engaño. **“Estelión o salamandra animal de colores indefinibles que varían ante los rayos del sol habría sugerido a los romanos el nombre de *stellionatus*,”¹²** como título del delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena.

La estafa en forma general está referida a una reducción del patrimonio como resultado de un engaño.

Por lo general cuando se emplea el término estafa va implícito el engaño; por ello se deduce que para que se produzca el delito de estafa

¹² En la antigua Roma, el precedente del concepto moderno de estafa, lo constituye el “*crimen stellionatus*”. El vocablo “*stellionatus*”, deriva de “*stellio*” y “*onis*” con que se designaba al estelión o salamanqueza. Más tarde, bajo este nombre de estelionato, se castigaban todos los actos cometidos en perjuicio del patrimonio de otro, el cual designaba a una pluralidad de hechos que dañaban la propiedad y que se encontraban entre la falsedad y una comprensión larga de ciertos hechos graves del *furtum*. “Los juristas romanos no definieron el delito de estelionato ya que estimaban imposible enumerar los casos particulares. Por tanto, quedaba al arbitrio del Pretor determinar cuándo un hecho en particular debía ser reprimido penalmente. Las decisiones de los Pretores consagraron algunos hechos que constituyeron estelionatos, tales como: empeñar, vender, permutar o dar *insolutum una cosa ya obligada*; sustituir mercaderías después de haberlas vendido o hacerlas desaparecer antes de la tradición”.

necesariamente tiene que estar precedido por el engaño, el mismo que induce a la víctima a caer en error, para desprenderse sin mediar violencia de su patrimonio.

La estafa puede definirse como la lesión del patrimonio ajeno a través del engaño, el fraude, el ardid y cualquier otra argucia con ánimo de lucro.

En contra de lo que piensa Eusebio Gómez, no es difícil definir la estafa. En el Derecho Penal moderno no hay delitos indefinidos, ni por tanto indefinibles.

Para Antón Oneca, estafa es ***“la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero.”***¹³

Según Soler, la estafa ***“es una disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, el cual ha sido logrado mediante ardidés tendientes a obtener un beneficio indebido.”***¹⁴

A su vez, Fontán Balestra define la estafa del siguiente modo: ***“una disposición de carácter patrimonial perjudicial, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o el engaño del sujeto***

¹³ ANTÓN Oneca, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Editorial Francisco Seix S.A. 1958.

¹⁴ Soler, Sebastián "DERECHO PENAL ARGENTINO", Tomo II, 1988, Buenos Aires.

activo, que persigue el logro de un beneficio indebido para sí o para un tercero.¹⁵

En síntesis, la estafa entraña una lesión patrimonial causada por fraude. La estafa es un fraude. El fraude por antonomasia. Tanto es así que el Capítulo III del Título X (Libro Segundo del Código Penal venezolano) ostenta este rubro: De la estafa y otros fraudes.

La estafa se caracteriza por el dolo inicial o dolo al comienzo.

En otros términos, el dolo es anterior a la tenencia o recepción de la cosa.

Por el contrario, en la apropiación indebida no existe el vicio inicial del consentimiento causado por el fraude del sujeto activo. El dolo de este es posterior a la tenencia o recepción legítima de la cosa.

Como apunta Manzini, ***“en la apropiación indebida se obra por abuso de una tenencia no lograda delictuosamente.***¹⁶

Escribe Antón, que ***“en la estafa la intención criminal es anterior o contemporánea a la recepción de las cosas, mientras en la apropiación indebida es posterior a ella.***¹⁷

¹⁵ CARLOS FONTÁN BALESTRA - TRATADO DE DERECHO PENAL (TOMO I), Editorial: Abeledo - Perrot Páginas: 525 p Año: 1995.

¹⁶ Manzini.

¹⁷ ANTÓN Oneca, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Editorial Francisco Seix S.A. 1958

En opinión de Grisanti, quien se ofrece a otro como depositario, con la previa intención, que realiza, de adueñarse de la cosa depositada, comete una estafa. En este caso, ha habido dolo inicial.

4.1.5 TIPO PENAL DE LA ESTAFA.

El núcleo del tipo penal de estafa consiste en el engaño. El sujeto activo del delito se hace entregar un bien patrimonial, por medio del engaño; es decir, haciendo creer la existencia de algo que en realidad no existe. Por ejemplo: se solicita la entrega de un anticipo de 5.000 dólares como entrada para la adquisición de una vivienda en un conjunto residencial, inmueble que no existe.

Esta idea es explicada con acierto por el profesor Hernández, quien sostiene que esta materia, dada su fama de ser *“particularmente compleja y oscura”*¹⁸, hace alusión a un tipo penal con un cúmulo de requisitos concatenados, muchísimo más que en otros delitos: *“esto significa que la estafa objetivamente es algo más que un engaño, un error, una disposición patrimonial y un perjuicio; es el conjunto de esos elementos pero concatenados de una determinada manera y no de otra.”*¹⁹

¹⁸ Hernández (2003) p. 153.

¹⁹ Hernández (2003) p. 153.

El bien jurídico protegido es el patrimonio o propiedad. Modernamente se considera que el término más apropiado es el de patrimonio, que consiste en una universalidad de derecho (*universitas iuris*), que se constituye por activos y pasivos. En términos generales, cuando como consecuencia de un engaño se produce la disminución del patrimonio por la aparición súbita de un pasivo en desmedro del activo, se ha lesionado el bien jurídico por medio de una estafa.

Existen diferentes modalidades, ya que se entiende que el engaño se puede producir tanto de un modo activo (lo más frecuente) como de un modo pasivo. El problema principal para entender que un engaño de un modo pasivo es calificativo de estafa, es que el engaño debe ser bastante como para producir un acto de disposición. Una actuación pasiva (no informar, o no contar algo) es difícil que provoque un engaño de tal magnitud.

Sobre este punto, la jurisprudencia oscila en su aceptación. Así, en causa R.I.T. n° 81-2011 de fecha 7 de marzo de 2011, seguida ante el T.O.P. de Curicó, éste determinó:

“Por otra parte, para la mayoría de este tribunal, carece de total importancia si los acusados obtuvieron algún beneficio económico con los pines telefónicos, puesto que para dichos jueces, dentro de los requisitos de la estafa, no está como elemento del tipo penal el ánimo de lucro, ya que ello es un

*elemento posterior a la consumación del delito, que viene a aparecer una vez que ya se ha agotado la acción, por lo que no es necesario acreditar para configurar el delito de estafa que los pines que fueron emitidos desde las cajas que operaban los acusados hayan sido efectivamente cargados en algún teléfono móvil, enajenados a terceros o que los acusados hayan obtenido algún beneficio económico con ellos.*²⁰

En el derecho español se diferencia entre las estafas constitutivas de delito y las que constituyen falta, estando la nota diferencial en el valor de lo estafado. Para entender todo esto, hace falta un entendimiento de la diferencia entre delito y falta, que se encuentra en el hecho que:

Las faltas sólo se castigan cuando son consumadas, esto es se ha realizado el resultado lesivo, ahora bien esta regla no es absoluta, puesto que las faltas contras las personas y contra el patrimonio se castigan, también, cuando son intentadas. Las faltas son juzgadas por el juez de instrucción y los delitos por el juez de lo penal.

La reincidencia sólo cuenta en los delitos, no las faltas. Como regla la diferencia básica está en la gravedad de la conducta: más grave delito menos grave falta.

²⁰ R.I.T. n° 81-2011 de fecha 7 de marzo de 2011, seguida ante el T.O.P.

4.1.6 EL ENGAÑO.

Se le define como la desfiguración de lo verdadero o real capaz de inducir a error a una o varias personas. En otras palabras, la expresión engaño designa la acción o efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad.

*"El engaño es una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas"*²¹; para Labatut el engaño como elemento del delito de estafa consiste *"en la mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno, como medio de conseguir la entrega de la cosa."*²² El español Cándido Conde-PumpidoTourón, refiriéndose al engaño dice: *"se entiende por engaño la falta a la verdad en lo que se dice o hace, de modo que los demás se formen una representación incierta de lo que el sujeto realmente pretende."*²³

El engaño *"es como un medio no violento del que se sirve el sujeto activo para viciar el consentimiento de la víctima o disponente, mediante la desfiguración de la realidad, bien alegando hechos falsos ocultando los verdaderos, en cualquier caso quebrantando la*

²¹ Romero Gladis, Nancy. Los Elementos del delito de Estafa, Buenos Aires, Edit. Lerner, 1985 p. 107, Yubero, Cánepa. "El Engaño en el Delito de Estafa", Editorial Jurídica Cono Sur, 1985, p. 100.

²² Labatut Glens, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile; 1999, p. 225.

²³ Conde-PumpidoTourón, Cándido. Estafas, Valencia, 1997, p. 46.

confianza del sujeto pasivo que cree razonablemente en la buena fe del autor.²⁴

De acuerdo a Guillermo Cabanellas define al engaño como la ***“falta de verdad en lo que se dice o se hace, con ánimo de perjudicar a otro; y asimismo, con intención de defenderse de un mal pena, aun cuando legalmente procedan.***²⁵

El engaño, se entiende como una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas, debe consistir en hechos, es decir, en todo aquello que se puede percibir o que ha sido perceptible, siendo indiferente si es presente o pasado, o si se trata de un estado o un objeto, o sea, pueden ser sucesos, situaciones, relaciones, propiedades, calidades que puedan percibirse por los sentidos.

Para Labatut, engaño ***“consiste en la mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno, como medio de conseguir la entrega de la cosa. Conviene insistir en que el engaño tiene por objeto y por efecto la entrega de los valores.***²⁶

²⁴ León Alva, Eduardo, Abogado. Magíster en la Especialización de Derecho penal por la Universidad de Sevilla-España. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP), en Alerta Informativa – El Engaño en el delito de Estafa.

²⁵ CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta. Pág. 164.

²⁶ LABATUT Glenda, Gustavo. Derecho Penal. Tomo II. Novena edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 225.

El engaño es la falta de verdad en lo que se dice, se piensa o se hace creer, debe ir dirigido a personas determinadas; la actividad mentirosa o falsa ha de estar encausada, en contra de uno o más destinatarios, aunque no se les conozca, es decir, es dar a una mentira la apariencia de verdad, acompañándola de actos exteriores que llevan a error.

Según el profesor Alonso Peña *“el engaño ha de motivar (producir) un error que induzca a realizar un acto de disposición que persiga un perjuicio.”*²⁷

Para que exista estafa no basta que, en un hecho determinado, aparezcan todos y cada uno de sus componentes, sino que, además, ha de hallarse exactamente en la relación descrita por la ley.

El perjuicio ha de ser real, efectivo, valorable económicamente y de entidad determinada o determinable, porque su acumulación es precisa para la calificación del hecho como delito o como falta.

Es así que para la realización del delito de Estafa, se requiere que el agente actúe con conciencia y voluntad de engañar a alguien, causando un perjuicio patrimonial al engañado o a otra persona con el objeto de delimitar aún más el tipo legal; este elemento consiste en la intención de obtener un beneficio o una ventaja económica.

²⁷ PEÑA Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial. Tomo II. Editorial Idemsa. Edición noviembre de 2008. Página 321.

4.1.6.1 APROPIACIÓN Y DISPOSICIÓN PATRIMONIAL.

El Código Penal, nos dice que *“el que con propósito de apropiarse,”*²⁸ ejecuta las maniobras fraudulentas tendientes a hacerse entregar una cosa ajena, consuma el delito de estafa. Se refiere al elemento subjetivo que debe orientar la conducta fraudulenta del agente, esto es el ánimo especial de apropiarse de la cosa o disponer de la misma.

Debemos tener en cuenta que cuando la ley penal habla del propósito de apropiarse, no quiere decir que, en efecto debe consumarse, hacerse realidad la mencionada apropiación, sino que basta el engaño o abuso de confianza se practiquen con dicha finalidad.

Por regla general se debe entender que si el agente quiere apropiarse de una cosa, se presume que dicha cosa no debe ser de su propiedad, es decir que debe ser ajena *“perteneciente a otro,”*²⁹ señala el mencionado artículo.

El propósito de apropiarse siendo un elemento subjetivo del tipo, está de acuerdo con la protección del bien jurídico de la propiedad que es lo que pretende proteger el Estado.

²⁸ CODIGO PENAL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Artículo 563. Sección I: Doc. 2. Pág. 113.

²⁹ CODIGO PENAL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Artículo 563. Sección I: Doc. 2. Pág. 113.

Según Valle podemos definir a la disposición patrimonial como ***"aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error, que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero."***³⁰

La disposición patrimonial es el proceder de la persona, la misma que es incitada a error, el cual debe arrastrar de forma directa la producción de un daño patrimonial a sí misma o a un tercero no siendo necesario que incurran en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

La diferencia con los delitos de apoderamiento, es que la disposición patrimonial la realiza el sujeto pasivo voluntariamente aunque de manera viciada.

Este elemento de la estafa no consiste solamente en la entrega de una cosa, sino que debe incluirse en el concepto de disposición patrimonial cualquier otra decisión con consecuencias patrimoniales perjudiciales, ya sea que recaiga sobre bienes muebles, inmuebles, derechos de contenido patrimonial o en la prestación de servicios, siempre que tengan un valor económico

³⁰ VALLE MUÑIZ, José Manuel. "El delito de estafa". Barcelona, Bosch, Año 1987. Pág. 214.

4.1.6.2 PERJUICIO PATRIMONIAL.

Según Guillermo Cabanellas define al perjuicio como *“Genéricamente, mal. Daño en los intereses patrimoniales. Deterioro. Detrimento. Pérdida. En sentido técnico estricto, la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que ocasiona una acción u omisión ajena culpable dolosa; a diferencia del daño (v.), o mal efectivamente causado en los bienes existentes y que debe ser reparado.”*³¹

Se puede decir que es una lesión de elementos indeterminados del patrimonio del engañado o de un tercero. Sin perjuicio no hay estafa consumada, y el perjuicio ha de ser consecuencia del acto de disposición, pero es indiferente que lo sufra el que dispone o un tercero.

Para la existencia de la estafa se requiere que exista una defraudación, ya que sin perjuicio o defraudación valorable no se comete dicho delito.

Se ha manifestado que la estafa es un delito que solo puede tener por objeto cosas muebles. En efecto, del texto del, que enuncia las cosas que pueden ser objeto del delito de estafa, se debe concluir que solo las cosas muebles puede constituir el indicado objeto. Pero también puede referirse de manera indirecta a los bienes inmuebles, es así que la persona que mediante

³¹ CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta. Pág. 324.

maniobra fraudulenta hace suscribir una escritura de compraventa de un departamento con el ánimo de apropiarse de la misma, es evidente que ha cometido el delito de estafa, se ha hecho entregar un título de propiedad con el que ha aumentado de manera ilegal su patrimonio y con el que ha lesionado y perjudicado el patrimonio del víctima.

4.1.6.3 EL SUJETO ACTIVO.

Raúl Plasencia, define al delincuente como a la *“persona física que lleva a cabo la conducta delictiva, técnicamente se la denomina de diversas maneras: sujeto activo o agente, criminal, reo y hasta desviado. El iusfilósofo Quiroz Cuarón decía: “Así como no existen enfermedades sino enfermos; de la misma manera no existen delitos, sino delincuentes.”*³²

Es así como al delincuente se lo conoce como sujeto activo del delito, que es básicamente quien comete el delito, infringiendo las leyes y por el cual debe pagar una pena de acuerdo al delito cometido, como sabemos será siempre una persona física, la misma que pueda ser condenada por el acto ilícito que realizó.

Manifiesta Andrés León Ortiz que *“en la terminología jurídico penal, también se conoce al delincuente como sujeto activo o*

³² PLASCENCIA Villanueva, Raúl. “Teoría del Delito”. Primera Edición, 1998. México, D.F., Año 1998. Pág. 70.

*agente; en criminología se le llama criminal o antisocial, e incluso desviado; en el derecho procesal penal se le conoce como indiciado, presunto responsable, inculpado, procesado, sentenciado y reo. La distinción entre cada uno de estos últimos términos atiende a cada fase del proceso penal, incluida la pos penal, o sea, aquella en la que el sujeto está cumpliendo la pena.*¹⁶³

Como podemos darnos cuenta existen diversas formas de llamar a la persona que comete el ilícito, ya sea como delincuente, sospechoso, criminal siendo el sujeto activo del delito, puesto que lo que en realidad importa es que se lo sancione por la infracción que cometió.

Carlos Creus, expresa que *“el sujeto activo del delito es aquella persona que se hace entregar un bien patrimonial, por medio del engaño; es decir, haciendo creer la existencia de algo que en realidad no existe.*¹⁶⁴

Es así que puede ser cualquier persona física que actúe de acuerdo a lo descrito por el tipo penal, con fines lucrativos, con excepción de las personas que la ley menciona, es decir, aquella persona que posee capacidad penal para realizar una conducta típica.

³³ LEÓN Ortiz, Andrés. “Teoría del Delincuente”. México, 2002. Pág. 32

³⁴ CREUS, Carlos. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires –Argentina. Año 1983. Pág. 465.

Francisco Muñoz indica que *“para la comisión de un delito es necesario que la realización de la conducta típica, antijurídica y culpable sea realizada por una persona física, de esta manera quien realiza la conducta típica o aquel que participa en la comisión del mismo, contribuyendo a su ejecución, proponiendo, instigando o auxiliando al autor, con anterioridad a su realización es considerado como el sujeto activo del hecho ilícito.”*³⁵

Para cometer un delito se necesita que sea una persona física como lo menciona Francisco Muñoz, puesto que es esa persona quien incurre en uno o varios de los estándares delictivos que se encuentran establecidos en la ley, es quien ejecuta el hecho o quien realiza la acción ilícita, reconociéndola como sujeto activo del delito, puesto que está interviniendo y siendo parte de un hecho ilícito que se encuentra legalmente tipificado.

El sujeto activo que en este caso se lo conoce como delincuente, según lo expresado anteriormente, es aquella persona que ejecuta un acto ilícito con el propósito de causar daño o perjudicar a un tercero, por medio del cometimiento del hecho que se encuentra legalmente tipificado en nuestras leyes.

³⁵MUÑOZ Conde, Francisco. “DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL”. Duodécima edición. Valencia 1999. Pág. 400

Como manifiesta Ramiro Rueda, *“los sujetos activos son imputables e inimputables, según que tengan capacidad de comprensión de ilicitud y autodeterminación o no. El principio general es que todos los que cometen delito son imputables, caso contrario requiere demostración médico legal. La imputabilidad se presume, la inimputabilidad se prueba.”*³⁶

4.1.6.4 EL SUJETO PASIVO.

Del sujeto pasivo afirma Carlos Creus, que *“es la persona que ha sido víctima del engaño, pero ésta no siempre se identifica con la persona que sufrió el perjuicio patrimonial. No importa que sea desconocida la persona defraudada.”*³⁷

Como podemos darnos cuenta el sujeto pasivo puede ser cualquier persona natural o jurídica, la misma que sufra las consecuencias de la acción típica efectuada por el sujeto activo. El sujeto pasivo puede ser cualquier persona que sea titular del bien jurídico, a la cual se le produce el daño o se afecta como resultado de la comisión del delito.

El Dr. Manuel Estrella, en su Manual de Derecho Penal, parte especial, expresa que: *“En cuanto al sujeto pasivo, puede ser tanto el hombre como las personas jurídicas (como el Estado). El sujeto pasivo es el*

³⁶ RUEDA, Ramiro. Elementos del Derecho Penal. Santiago de Chile: José M. Paredes, 1898. Pág 511.

³⁷ CREUS, Carlos. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires –Argentina. Año 1983. Pág. 465

*titular del bien jurídico protegido por la norma concreta. Normalmente coinciden las cualidades de sujeto pasivo y perjudicado, pero muchas veces puede suceder que el delito dañe no sólo al sujeto pasivo del mismo sino también a terceros.*³⁸

Como lo indica el Dr. Estrella y Creus, sujeto pasivo puede ser cualquier persona natural o jurídica, siempre y cuando sufra una afectación en sus bienes jurídicamente tutelados, y para que esto suceda debe experimentar un perjuicio patrimonial, siendo irrelevante si fue o no objeto del engaño, puesto que pueden intervenir otras circunstancias, también se le puede dar el nombre de víctima u ofendido, por lo que se puede decir que es aquella persona a quien va dirigido o sufre el engaño sufriendo una pérdida en su patrimonio la misma que se encuentra amparada y tipificada en nuestras leyes por el Estado.

*“Sujeto pasivo del delito es la persona que se ve afectada en la posesión o tenencia del bien inmueble. Puede ocurrir que la violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza recaiga sobre otra persona, en estos casos, esta sería sujeto pasivo de la acción.”*³⁹

El sujeto pasivo en la perpetración de un delito es quien sufre directamente la acción, es sobre quien recaen todos los actos materiales utilizados en la

³⁸ ESTRELLA Ruiz, Manuel Dr. “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”. Cádiz-España. Pág.51.

³⁹ MUÑOZ Conde, Francisco. “DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL”. Duodécima edición. Valencia 1999. Pág. 435.

realización del ilícito, es el titular del derecho dañado o puesto en peligro, es por esto que se dice que recae de manera directa la afectación o el daño sobre la persona titular del derecho.

4.1.7 DELITO.

“Delito deriva del verbo latino delictum, del verbo delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar; abandono de la ley.”⁴⁰

“El delito consiste en la violación de un deber jurídico, de un derecho subjetivo. Es la negación del derecho objetivo. La idea del delito toma su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación de la ley penal, es la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley.

Es todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena; impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.”⁴¹

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo. El sujeto activo del delito es toda persona que, infrinja la ley penal, ya sea por su propia voluntad o sin ella; es decir, el delito puede

⁴⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal, pág. 84.

⁴¹ Fontán Palestra, Carlos. Tratado de derecho penal, pág. 60.

ser cometido, por el sujeto activo, con pleno conocimiento de la acción que va a realizar, esperando el resultado de éste, o, en caso contrario, sin la voluntad de ese sujeto, cuando la acción, que da origen al delito; no es deseada y se comete por imprudencia o sucede por un accidente. Sin embargo, este sujeto será el que realice la acción de la conducta o la omisión de la misma que están previstas y sancionadas por la ley penal. En el caso del sujeto pasivo del delito, éste será toda persona que resienta el daño que ocasiona la comisión del delito, la consecuencia de la conducta delictiva, ya se trate de su persona; en sus derechos o en sus bienes la persona a quien se le afecta en su esfera personal de derechos e intereses.

El delito formal se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado; y son los delitos de lesión o daño y de peligro. Según el objeto o fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra la cosapública o el Estado mismo o sus instituciones y delitos contra las personas privadas; delitos políticos y no políticos.

Según los sujetos que los realizan, los delitos individuales y colectivos, comunes y especiales según la ley que los contenga; y ocasionales y habituales según la constancia con que delinque el sujeto que los realiza. Según los requisitos para la procedibilidad o persecución de los delitos, conforme al bien jurídico protegido que afecta, de acuerdo a la naturaleza del daño afectación del bien; los delitos son de acción pública o de acción privada.

“La teoría del delito a los fines del siglo diecinueve y bajo la influencia de las ideas científicas, imperantes por entonces, los juristas se preocuparon de identificar los elementos naturales del delito. Las nociones utilizadas fueron de naturaleza síquica o biológica. Se tiene que fijar una fecha para indicar más o menos arbitrariamente el origen de la teoría del delito y la formulación de la distinción entre las nociones de culpabilidad y antijuricidad.”⁴²

El delito es concebido como un comportamiento humano controlado por la voluntad, típico; ilícito y culpable. *“La culpabilidad es el aspecto subjetivo del comportamiento o evento físico exterior que consiste en la relación psicológica existente entre el autor y su acción. El carácter ilícito del acto es explicado recurriendo al positivismo jurídico que reducía al derecho a un conjunto de normas dictadas por el legislador. El acto realizado era, en consecuencia, considerado ilícito cuando contradecía el derecho positivo. La descripción naturalista de la infracción deviene apoyada en el sistema conceptual del positivismo jurídico, como la base de las investigaciones penales. Su esquema de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad ha sobrevivido hasta ahora.”⁴³*

⁴² Fontán Palestra, Carlos. Tratado de derecho penal, pág. 67.

⁴³ Rodríguez Devesa, José María. Derecho penal español, pág. 40.

“Se puede sostener que dicha concepción clásica del delito proviene del positivismo que se caracteriza, en el ámbito del derecho y en la resolución de problemas penales, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas. El progresivo abandono de sus ideas fue consecuencia de las críticas formuladas, primero; desde la perspectiva filosófica. Esta fue obra de la corriente de ideas denominada teoría neokantiana del conocimiento.”⁴⁴

El delito es toda acción u omisión punible, objetivizada en la manifestación de un hecho previsto en la ley penal, al cual le recae una sanción, también prevista en la misma ley penal, a fin de inhibir al individuo a la comisión de esas conductas consideradas como delitos. En cuanto a las formas de comisión de los delitos, ya se trate de acción o de omisión, éste siempre será una conducta, es decir un hacer o un no hacer, cuyos resultados prevé la ley penal; son los que tienen trascendencia en el mundo físico y en el del derecho.

La clasificación de los delitos no es únicamente para fines didácticos o teóricos, sino de índole práctica, ya que con éstos es posible ubicar los delitos dentro los parámetros que ordenan la persecución de los mismos, la gravedad que les asigna la ley, en cuanto a las consecuencias que tienen dentro de la sociedad, por afectar determinado bien jurídico protegido por la

⁴⁴ Fontán Palestra, Carlos. Tratado de derecho penal, pág. 52.

ley penal; la tipificación de los delitos en cuanto a su comisión, así como la punibilidad de los mismos tratándose de la tentativa.

Solamente las conductas que prevé la ley penal pueden ser consideradas como delitos, la preparación de esas conductas, no obstante que no constituyan propiamente un delito, sí son la tentativa del mismo, la que será penada cuando se pretenda afectar un bien jurídico que trascienda a la seguridad de la sociedad; además del individuo que sufre la lesión causada por el delito.

4.1.7.1 NÚCLEO DEL DELITO.

El núcleo del tipo penal de la estafa consiste en el engaño. Según Gustavo Labatut Glana, expresa que: *“El engaño es el elemento característico de la estafa, que permite diferenciarla de otros delitos contra la propiedad, consiste en la mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno, como medio de conseguir la entrega de la cosa.”*⁴⁵

El engaño tiene por objeto y efecto la entrega de valores. No todo engaño es capaz de integrar la estafa, por lo que es necesario que reúna dos condiciones que sea fraudulento, lo que equivale a decir que actúe como

⁴⁵ LABATUT Glana, Gustavo. Derecho Penal. Tomo II. Novena edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 225.

causa determinante del error; y que sea serio y capaz, esto quiere decir que sea suficiente para mover la voluntad de una persona normal.

Según Cabanellas, expresa que el engaño es ***“Falta de verdad en lo que se dice o se hace, con ánimo de perjudicar a otro; y asimismo, con intención de defenderse de un mal o pena, aun cuando legalmente procedan.”***⁴⁶

Es así que se puede definir al engaño como la falta de verdad en lo que se dice, se piensa o se hace creer, dando a una mentira la apariencia de verdad, acompañándola de actos exteriores que llevan a error.

El ardid también se encuentra como un punto central de la estafa, es así que de acuerdo al Dr. Eugenio Cuello el ardid es aquella que **“indica la utilización de maniobras o artificios destinados a engañar.”**⁴⁷

Por lo que el ardid es todo artificio o medio empleado mañosamente para simular un hecho falso o disimular uno verdadero, es el caso en el que el agente disfraza la verdad para así utilizar el engaño y hacer que la víctima entregue la propiedad.

El engaño también puede ser definido según Laura Damianovich **“como una simulación o disimulación de sucesos y situaciones de hecho, materiales y psicológicos, con las que se logra que una persona siga**

⁴⁶ CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta. Pág. 164.

⁴⁷ Cuello Eugenio. Derecho Penal. Delitos contra la Propiedad. Tomo II. 1952 Pág. 491.

en error, o como falta de verdad en lo que se piensa y se dice o se hace creer con la finalidad de producir e inducir al acto de disposición patrimonial.”⁴⁸

De esta manera se puede ver que el engaño constituye el primer y principal factor, el mismo que podría diferenciarse de otras figuras afines mediante lo siguiente: en el robo y en el hurto el autor toma la cosa que no tiene en la apropiación indebida se adueña de lo que ha recibido; en la estafa, engaña para que el propio poseedor le entregue lo que desea hacer suyo.

Ahora bien, el engaño no debe ser cualquiera, éste debe ser idóneo, es decir, lo suficiente para mantener en error a la víctima, el error debe ser idóneo para lograr que la persona que lo padece disponga de su patrimonio.

Cuando como consecuencia de un engaño se produce la disminución del patrimonio por la aparición súbita de un pasivo en deterioro del activo, se lesiona el bien jurídico por medio de una estafa.

Existen diferentes modalidades, ya que se entiende que el engaño se puede producir tanto de un modo activo (lo más frecuente) como de un modo pasivo. El problema principal para entender que un engaño de un modo pasivo es calificativo de estafa, es que el engaño debe ser bastante como

⁴⁸ DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Tercera Edición Actualizada 2000. Editorial Universidad. Buenos Aires –Argentina. Pág. 397.

para producir un acto de disposición. Una actuación pasiva (no informar, o no contar algo) es difícil que provoque un engaño de tal magnitud.

No es suficiente para apreciar la estafa, por lo general, la simple mentira, porque ello equivaldría a criminalizar por estafa todas las promesas incumplidas.

Es por esto que el medio fraudulento del engaño debe haberse pre ordenado para procurar al culpable, o a otro, un provecho injusto con daño ajeno.

El agente del ilícito puede inducir o mantenerse en error. Al inducir el error el agente promueve intencionalmente en la imaginación del agraviado un interés cualquiera con resultado aparentemente favorable. Esto anima en la víctima a despojarse del bien en perjuicio patrimonial suyo; mientras que al mantener en error ya existía en la mente de la víctima una situación falsa y lo que hace el agente es seguir conservando en ese estado erróneo del agraviado.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. EL PROCESO PENAL.

Según el autor Ovalle Favela, José en la Teoría General del Proceso. Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM establece que: **“La Teoría General del Proceso como ciencia nos proporciona los elementos necesarios para entender el significado de juicio, procedimiento y proceso, así como conocer del concepto, objeto y finalidad del proceso, y por supuesto de las etapas procesales, amén de los principios procesales”⁴⁹.**

Dentro de la teoría del proceso, encontramos conformada por un procedimiento a seguir, que conforma la parte específica, o cumplimiento de cada una de las etapas, según cada caso penal. Mientras que el proceso es lo general que engloba un procedimiento desde su inicio al final.

El juicio es la acción penal a seguir de conformidad a la normativa procedimental penal y penal común. **“Juicio, proviene del latín “iudicium”, que significaba en el Derecho Romano, la segunda etapa del proceso, que se desarrolla ante el iudex (juez). En Europa, el “iudicium” no fue solo una etapa, sino todo el proceso. Según la Escuela Judicialista de Bolonia⁵⁰, el juicio es un acto en el que intervienen cuando menos tres**

⁴⁹OVALLE FAVELA, José. Teoría General del Proceso. Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

⁵⁰Surgirá en Bolonia, en los siglos XII y XIII. Los rasgos de esta Escuela, son los compendios de los Juristas que pertenecen a esta Escuela. Las obras de proceso se basan en el Derecho Común o Italiano o Medieval.

personas: el actor que pretende, el demandado que resiste y el juez que conoce y decide.

Dentro de la violencia intrafamiliar sería el agresor, la víctima y Juzgador, y en caso de requerir el Juez designará un defensor público.

Actualmente en los países de tradición hispánica la palabra juicio tiene, cuando menos tres significados:

- “1. Como consecuencia de procedimientos a través de los cuales se lleva a cabo la sustanciación de todo un proceso.**
- 2. Como etapa final del proceso penal, conclusiones de las partes y sentencia del juzgador.**
- 3. Como sentencia propiamente dicha”⁵¹.**

La palabra juicio se utiliza, con mayor frecuencia como la reunión ordenada y legal de todos los trámites de un proceso, aunque en el campo procesal penal llamamos juicio a aquella etapa que se tramita ante el tribunal de garantías penales y en donde se actúa la prueba sobre la base de una acusación fiscal.

PROCESO, “es la suma de actos por medio de los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica. El proceso denota la suma de

⁵¹ VALDIVIESO VINTIMILLA, Simón. Procedimiento Penal. Litigación Penal en el Ecuador. Ediciones CARPOL. Librería & Editorial Jurídica “Carrión”. Primera Edición. Cuenca-Ecuador. 2014. Pág. 110.

*los actos que se realizan para la composición del litigio*⁵². El proceso conforma todas las diligencias que se practiquen en cada instancia o etapa procesal.

"El proceso es un conjunto de actos, progresivo y metódico, cuya finalidad consiste en la realización de derecho material, mediante su declaración en la sentencia; pero, la inquietud intelectual de los juristas no les ha permitido conformarse con esa idea y los ha impulsado a calar más hondo, procurando desentrañar su naturaleza."⁵³

Para seguir un proceso debe hacerse de acuerdo al procedimiento establecido en la ley penal, respetando un debido proceso.

La naturaleza jurídica del proceso **"consiste, ante todo, en determinar si este fenómeno forma parte de algunas de las figuras conocidas del derecho o si por el contrario constituye por sí solo una categoría especial."**⁵⁴

El proceso es el concepto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen.

⁵² CARNELUTTI, Francesco, Abogado y jurista Italiano.

⁵³ ODERIGO, Mario A., "Lecciones de Derecho Procesal Penal", 2da. Edición, Editorial De Palma, Argentina, Buenos Aires, 1994, Pág. 5.

⁵⁴ COUTURE ETCHEVERRY, EDUARDO Juan. Abogado y Profesor Uruguayo.

“El proceso penal es una institución jurídica única, idéntica, íntegra y legal que teniendo por objeto una infracción, surge de una relación jurídica establecida entre el juez y las partes y éstas entre sí, conforme a un procedimiento preestablecido legalmente y con la finalidad de imponer una pena a los agentes de la infracción.”⁵⁵

El proceso penal es un instrumento legal que se utiliza en el campo penal, cuyas fases a seguir están claramente establecidas en el Código Orgánico Integral Penal, que en su desarrollo debe regirse a las normas constitucionales establecidas para un “debido proceso” dentro de los derechos de protección, con la finalidad de que lo actuado tenga plena validez.

Procedimiento, **“significa solo la composición externa, formal, del desarrollo del proceso o de una etapa de este, pero no comprende las relaciones jurídicas que se establecen entre los sujetos del proceso, ni la finalidad compositiva de este.”⁵⁶**

El procedimiento penal permite a las partes procesales estar sujetas a una secuencia jurídica a seguir, encontrando instituciones jurídicas aplicadas en cada etapa del proceso penal, como anticipos jurisdiccionales, presentación de acusación particular, revisión de medidas cautelares, entre otras

⁵⁵ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial Edino.-Tomo I. Pág. 39.

⁵⁶ VALDIVIESO VINTIMILLA, Simón. Procedimiento Penal. Litigación Penal en el Ecuador. Ediciones CARPOL. Librería & Editorial Jurídica “Carrión”. Primera Edición. Cuenca-Ecuador. 2014. Pág. 110.

diligencias que deben ser actuadas en su respectivo momento procesal. O también permite a las partes acogerse a procedimiento especiales, como el procedimiento abreviado.

“Cuando se habla de procedimiento, cabe entender que nos estamos refiriendo al rito del proceso. Es el curso o movimiento que la ley establece en la composición de su marcha dirigida a obtener su resultado, adecuándola a la naturaleza e importancia de la causa que tiene por contenido.”⁵⁷

El procedimiento penal es la solemnidad del trámite específico dentro del proceso, como podría ser procedimiento expedito de violencia intrafamiliar, procedimiento del ejercicio de acción privada.

“El procedimiento se compone de la serie de actuaciones o diligencias sustanciadas o tramitadas según el orden y la forma prescritos en cada caso por el legislador y relacionadas y ligadas entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo.”⁵⁸

Se podría decir que el procedimiento tiende a ser utilizado en las respectivas etapas de cada procedimiento ya sea en el ejercicio de acción privada como en el ejercicio de la acción pública.

⁵⁷ CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Procesalista Argentino.

⁵⁸ ALCALÁ ZA MORA, CASTILLO NICETO, Derecho Procesal mexicano, procesalista español.

Procedimiento Penal, *“serie de investigaciones y trámites para el descubrimiento de los delitos e identificación y castigo de los culpables.”*⁵⁹

En materia penal el procedimiento en el ejercicio de acción pública se inicia con las investigaciones previas realizadas por la Policía Judicial o agente de Criminalística, que son coordinadas por el Fiscal. **“Es el conjunto de actividades y formas, mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley observando ciertos requisitos, proveen juzgando la aplicación de la ley penal en cada caso concreto.”**⁶⁰

Se conoce con el nombre de procedimiento penal; a las etapas, y los pasos dentro de ellas, que debe seguir la causa judicial incoada por la comisión de un delito tipificado en el Código Orgánico Integral Penal para investigar si ocurrió, como ocurrió, quien lo cometió y donde, para arribar a una sentencia condenatoria o absolutoria del acusado.

⁵⁹ RAMIREZ PRADO, Fidel. Diccionario Militar. Ediciones Jurídicas. Lima _ Perú. 2013. Pág. 435.

⁶⁰ VACA ANDRADE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal 1ª Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito -Ecuador, 2001, Pág. 2.

4.2.2. DEBIDO PROCESO.

La Carta Política dispone que el debido proceso deba observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, es decir que obliga no solamente a los jueces sino también a los organismos y dependencias de la administración pública.

El debido proceso administrativo consiste en que los actos y actuaciones de las autoridades administrativas deben ajustarse no sólo al ordenamiento jurídico legal sino a los preceptos constitucionales. Se pretende garantizar el correcto ejercicio de la administración pública a través de la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios y, por contera, contrarios a los principios del Estado de derecho. Ello en virtud de que ***“toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes.”***⁶¹

De la aplicación del principio del debido proceso se desprende que los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia T-1341 del 11 de diciembre de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y en fin a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.

Así también expresa que: *“El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda legítimamente imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales.”*⁶²

El debido proceso tiene su origen en el due process of law anglosajón, se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales.

Su incorporación al constitucionalismo latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; **“mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de**

⁶² Corte Constitucional. Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001.

procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia.”⁶³

Por su parte la doctrina y la jurisprudencia nacionales han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona, natural o jurídica y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia que se puede definir como el conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución con el objetivo de que: los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente.

Pues para Jorge Machicado define que el

“Proceso Penal, no estudiaremos el debido proceso administrativo, o el debido proceso laboral u otros debidos

⁶³ John Nowak y Ronald Rotunda, Constitutional law, St. Paul, Minn., 1995, pp. 380-451, así mismo, John Hart Ely, On constitutional ground, Princeton University Press, New Jersey, 1996 pp. 311 y ss.

procesos. Describiremos la normatividad garantizadora del debido proceso que está establecida en la Constitución política.

Tampoco estudiaremos el derecho al debido proceso. No estudiaremos la facultad que concede las leyes a una persona, sino estudiaremos la naturaleza y el contenido del Debido Proceso Penal. Es decir, trataremos de responder a la pregunta de: **¿Qué es el Debido Proceso Penal?**

Trataremos de acercarnos solo con una noción. No conceptualizaremos, ni vamos definir, eso es para los peritos.”⁶⁴

Tenemos pues al debido proceso como un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual cualquier persona tiene derecho a cierta gama de garantías mínimas, las cuales tienden a asegurar el resultado justo y equitativo dentro de cada proceso efectuado, y a permitir a las personas tener la oportunidad de ser oídas y así hacer valer sus pretensiones frente a cualquier juez o autoridad administrativa

4.2.3. DERECHO A LA DEFENSA:

En el Libro El Derecho A La Defensa En El Proceso Penal Ecuatoriano define que es **“El derecho a la defensa o derecho de defensa es un derecho**

⁶⁴ MACHICADO, Jorge, El Debido Proceso penal, La Paz, Bolivia: AJ®Apuntes Jurídicos, 2010.

humano fundamental, es la base sobre la que se erige el debido proceso, válido para todo tipo de procedimiento, pero esencialmente aplicable en el proceso penal, que se consiguió por la lucha de las clases pobres frente a las poderosas. Este derecho humano de carácter universal es la base del constitucionalismo actual, presente además en las legislaciones internas de los países y para el caso ecuatoriano en el Código de Procedimiento Penal. Derecho a la defensa a favor del investigado, procesado o acusado, desde el inicio de la investigación penal, por esta razón, este derecho está rodeado de una serie de garantías como aquellas de ser informado, de tener acceso a los documentos y actuaciones, asistencia de un abogado defensor, presentar pruebas, contradecir la prueba, ser informado en su lengua materna, no ser interrogado si no está presente su defensor, no ser obligado a autoincriminarse, motivación de la sentencia, garantía de apelar de la sentencia, etc.”⁶⁵

Por lo expuesto se cree que es el derecho fundamental de una persona, física o jurídica, o de algún colectivo a defenderse ante un tribunal de justicia de los cargos que se imputan con plenas garantías de igualdad e independencia. Se trata de un derecho que se da en todos los órdenes jurisdiccionales, y se aplica en cualquiera de las fases del procedimiento penal

⁶⁵ GUAICHA RIVERA Patricia Elizabeth, Libro El Derecho A La Defensa En El Proceso Penal Ecuatoriano, publicación 2010 pagina 107.

Según la Constitución de Chile expresa que **“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”**⁶⁶

La defensa en un sentido lato, se entiende como aquel derecho, reconocido constitucionalmente, que tiene toda persona, de solicitar ante un órgano de justicia, una solución justa ante un determinado litigio. Aquí se presenta el problema del individuo a quien supuestamente se le ha lesionado un derecho, por lo que deberá recurrir a la justicia para efectuar su reclamo, conforme a una garantía constitucional que va avalar dicha reclamación.

En un sentido más estricto y específicamente dentro de la esfera penal, debemos decir que mediante la “defensa”, las partes deberán estar en la posibilidad tanto en el plano jurídico como en el fáctico de ser convocadas para ser escuchadas, y colocarse frente al Sistema en una formal contradicción con “igualdad de armas” siendo pues como lo señala Julio Maier, *“una garantía frente al Poder del Estado y representa una limitación del poder estatal”*

⁶⁶ Apéndice de la Constitución Política de la República de Chile del año 1980. Primera Edición actualizada a Marzo de 2001.

El derecho al debido proceso ha sido entendido doctrinariamente como el trámite mediante el cual se logra oír a las partes, de conformidad con lo consagrado en la Ley y que, ajustado a derecho, otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas. Resulta evidente entonces que el debido proceso trae consigo otra serie de atributos inherentes al mismo, cual señala el ilustre autor Gómez Colomer: “... *el proceso debido ... comprende, por ceñirnos a lo procesal, el derecho de acción, la prohibición de indefensión, el derecho a la prueba, el derecho a todas las garantías (ahora entendido como principio residual), etc, ... que son también manifestaciones del Estado de Derecho, que son sustentadas, informadas e integradas en el principio general del derecho al proceso debido.*”⁶⁷

El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce, cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano-, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia.

4.2.4. ESTAFA COMO DELITO CONTRA EL PATRIMONIO

Según Mezger, la estafa “*es un perjuicio ocasionado mediante engaño al patrimonio con intención de enriquecimiento. Son cinco las*

⁶⁷ (Gómez Colomer, Juan Luis; en su prólogo a la obra *El Principio del Proceso Debido*, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, España, 1995, p. 17).

*características del concepto de estafa, todas las cuales se encuentran en relación de causa entre sí, ellas son: el engaño, el error, la disposición del patrimonio, el daño patrimonial y la intención de enriquecimiento.*¹⁶⁸

Para Guillermo Cabanellas, la estafa es *“Delito en el que consigue un lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o el abuso de confianza. Toda defraudación hecha a otro en lo legítimamente suyo. Apoderamiento de lo ajeno con aparente consentimiento del dueño, sorprendido en su buena fe o superado en su malicia. | Pedir con ánimo de no pagar; cobrar dos veces; negar el pago recibido, etc., entre otras formas concretas. Falsa promesa; ofrecimiento incumplido.*¹⁶⁹

En relación a lo expuesto, la estafa es considerada como un delito que atenta contra el patrimonio, cuyo fin es el defraudar a una persona mediante engaño. No se trata de apoderarse de la propiedad ajena por medio de la violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas, ni aprovechando el descuido o pérdida en que se encuentra lo ajeno para lucrarse con ello y así apoderarse o aprehender las cosas en contra de la voluntad de sus legítimos dueños; sino, el obtener las cosas por medio del

⁶⁸ MEZGER. “Tratado de Derecho Penal: Libro de Estudio”. Tomo I. Editorial Lumbrera. Montevideo-Uruguay. Pág. 110.

⁶⁹ CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta. Pág. 188.

engaño; o por defraudación de cualquiera de los medios que la malicia del criminal discurra o emplee.

Dentro de este delito se destaca la disposición patrimonial, queriendo con ello hacer presente que el delito lesiona la propiedad a través del error al que se ha llevado al cliente, o en el que ha sido mantenido, mediante el ejercicio de los medios fraudulentos idóneos para ello.

Arteaga Sánchez, expresa que la estafa ***“es la conducta engañosa determinante de un error en otra persona, del cual deriva un derecho injusto para el estafador y un correlativo daño patrimonial ajeno.”***⁷⁰

Finzi, enuncia que ***“hay fraude punible, en el delito de estafa en su forma sencilla, toda vez que se produzca un injusto y doloso despojo patrimonial ajeno, mediante engaño.”***⁷¹

Se entiende que dentro de la estafa debe existir una conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, en el que por un error determinado en una o varias personas, se les induce a que realicen un acto de disposición, el mismo que puede terminar resultando en un perjuicio ya sea en su patrimonio o en el de un tercero, es decir que una persona por medio de fraude puede inducir a que le sea entregado con ánimo de

⁷⁰ ARTEAGA, Sánchez, Alberto. “La Estafa y otros fraudes”. Editorial Jurídica Alva. Venezuela 1995. Pág. 101

⁷¹ ARTEAGA, Sánchez, Alberto. “La Estafa y otros fraudes”. Editorial Jurídica Alva. Venezuela 1995. Pág. 101

apropiación una cosa de propiedad de la víctima o de propiedad de un tercero.

El propósito de apropiarse siendo un elemento subjetivo del tipo penal, está de acuerdo con la protección del bien jurídico de la propiedad que es lo que pretende proteger el Estado.

En la estafa no hay fuerza ni violencia ni tampoco intimidación, pues como se dijo sus elementos son el engaño y el enriquecimiento ilícito. Es así que se puede producir el error que de la apariencia de estafa, en el caso, de que se haya entregado una mercadería que posee un valor mayor por otra de un valor menor, se puede corregir la equivocación, comprobando que no ha existido dolo y que por ende existe una rectificación, ahora es distinto si el comerciante incurre con frecuencia en estos cambios y se niega a corregir la supuesta equivocación.

Soler en las palabras introductorias a su estudio sobre la estafa, indica, acertadamente cuál es el contenido de la palabra “defraudación”, precisando que ésta *“sólo designa el bien jurídico tutelado y un cierto modo de lesionarlo, es importante acercarse a las distintas figuras, trazando desde el comienzo una separación muy marcada entre dos tipos muy diferentes con algunas variantes, aunque no todas las figuras de la*

*ley. Estos dos tipos principales son la estafa y el abuso de confianza.*⁷²

Con la expresión defraudación se designa toda lesión patrimonial en que el desplazamiento del bien se produce por la actividad del propio sujeto pasivo o por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quien provoca aquella o se aprovecha de éstas.

La figura de abuso de confianza presenta la característica de que el desplazamiento del bien se ha producido por un acto anterior no vicioso, en el que el sujeto pasivo otorga al agente un poder de hecho sobre aquél, constituyendo la buena fe del agente la principal garantía de la ejecución de lo pactado y donde el perjuicio defraudatorio se produce por el incumplimiento de mala fe de ese acto, mientras que en la figura de la estafa la principal característica es el engaño (que más adelante se lo tratará), con el fin de perjudicar al sujeto pasivo o un tercero.

Resumiendo, la estafa es un delito por el cual una persona mediante fraude o engaño o abuso de confianza y con ánimo de apropiación, induce a otra a entregarle una cosa de propiedad de ella o de propiedad de una tercera persona.

⁷² SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Parte Especial. Editorial La Ley. Bs Aires, 1946. Pág. 327.

Es necesario hacer una aclaración en este punto, pues existe una discusión doctrinaria sobre el término que se debe utilizar. La corriente tradicional considera mejor llamarlos Delitos contra la Propiedad, pero una corriente moderna considera el término “propiedad” inapropiado, ésta corriente habla de Delitos contra el Patrimonio.

Tradicionalmente, los delitos patrimoniales han sido incluidos en muchas legislaciones penales, dentro de algún capítulo o sección titulada “Delitos contra la Propiedad”, pues se consideraba que el bien jurídico que se protegía era la propiedad. Esta posición influyó la legislación penal costarricense, al punto que nuestro Código Penal actual conserva tal título.

Muchos de los alegatos a favor de ese título, coinciden en decir que tal nombre se usa debido a la organización y fundamentos constitucionales del Estado, pues la Constitución Política lo que protege es la propiedad privada. El autor Sebastián Soler utiliza este argumento, él opina que es un error: ***“...asignarle al término propiedad el concepto de dominio que se encuentra recogido en el Código Civil, dado que existe un concepto que es jerárquicamente superior y es el recogido en la Constitución Política...”***⁷³

Tal posición implica que propiedad será el mejor término, dependiendo del sentido con que se usa, de si se le otorga un concepto amplio. Fontán

⁷³ Soler, Sebastián citado en Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 16.

Balestra comenta que todo depende del sentido e interpretación que se le dé a la palabra propiedad; dice que ***“el sentido civilista del término propiedad es limitado, limita la variedad de derechos y facultades que incluye el concepto de propiedad. En cambio, en su forma de derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, se incluye un contenido más amplio, y es jerárquicamente superior.”***⁷⁴

Esta corriente, de basarse en el sentido constitucional de la propiedad, se puede encontrar no solo en Soler y Fontán Balestra; tiene otros seguidores como el colombiano Luis Carlos Pérez, quién apoya a la propiedad como el bien tutelado pues existen importantes fundamentos en su favor, refiriéndose a los principios y derechos amparados en la constitución de su país, la cual ***“no garantiza el patrimonio económico sino, exactamente, la propiedad privada...”***⁷⁵

Se pueden encontrar otros autores y juristas, por ejemplo Laura Damianovich apoya que en legislaciones penales se use el título ***“Delitos contra la Propiedad, pues protege el derecho de propiedad entendido como un derecho constitucional inviolable”***⁷⁶.

Esta corriente de pensamiento presenta un buen argumento, y es importante basarlo en un análisis del concepto propiedad, de su uso y sentido en las

⁷⁴ Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. Op. Cit. Pág. 401.

⁷⁵ Pérez, L. C. (1988). Derecho Penal Parte General y Especial. (segunda edición). Colombia: Editorial Temis. Pág. 344.

⁷⁶ Damianovich de Cerrado, Laura citada en Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 19

respectivas constituciones, y de cuáles derechos o facultades se incluyen y cuáles se excluyen; esto implica desarrollar un fundamento que sea más que una simple forma de justificar el uso del término.

Una corriente moderna, que se ha expandido, ataca la posición tradicional de usar “propiedad”, pues se podría causar una confusión ya que el término no comprende todo lo que se encuentra protegido penalmente, se le acusa de ser insuficiente pues existen tipos penales que no solo suponen un ataque a la propiedad, sino que se pueden aplicar en defensa de otros derechos. Los seguidores de esta corriente apoyan el uso de la frase “Delitos contra el Patrimonio”, pues con éste se da a entender que lo tutelado no solo es el dominio, sino también otros derechos como posesión, usufructo, uso, e incluso la tenencia.

Patrimonio es un mejor término por una precisión técnica, usar el término “Propiedad”, intentando incluir este grupo de derechos patrimoniales subjetivos, puede causar confusión o inexactitud, debido a que es ampliamente conocido que propiedad alude principalmente al derecho real de propiedad, al ámbito del dominio. El Derecho Penal no solo debe salvaguardar el dominio, sino el patrimonio en general; por eso muchos autores, como Giuseppe Maggiore, consideran que usar ***“Delitos contra el Patrimonio es un indudable progreso, una mejor técnica.”***⁷⁷

⁷⁷ Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 45.

*En doctrina clásica, la propiedad ha sido ubicada dentro de los derechos patrimoniales, específicamente en el grupo de derechos reales, caracterizado como el derecho real más completo implicando dominio sobre la cosa y gozando de las ventajas que ésta pueda suministrar.*⁷⁸

En cambio la noción de patrimonio es definida como una universalidad jurídica cuyo carácter existe en independencia de los movimientos que presenten sus componentes, pues de todos modos existirá el patrimonio como entidad. A partir de tal idea, los autores Colin y Capitant consideraron que el patrimonio está conformado por *“todos los derechos con valor pecuniario pertenecientes a un hombre, y todas las obligaciones que representan un valor pecuniario y que han contraído con otra persona. Los derechos constituyen el activo del patrimonio, las deudas el pasivo.”*⁷⁹

En obras más contemporáneas se nota una cierta influencia de tal concepción, por ejemplo Ghersi explica el derecho patrimonial como las relaciones en las cuales un ente jurídico (persona física o ideal) es parte, y en donde se le concede facultades sobre bienes, se convierte en portador de patrimonio. Con respecto a la noción de patrimonio, Ghersi la construye con los siguientes elementos: *“...a) el derecho emergente de la relación*

⁷⁸ Colin, A. y Capitant, H. (1975). Curso elemental de Derecho Civil. (cuarta edición). Madrid, España: Editorial Reus. Pág. 229.

⁷⁹ Colin, A. y Capitant, H. (1975). Curso elemental de Derecho Civil. (cuarta edición). Madrid, España: Editorial Reus. Pág. 305.

*jurídica; b) el deber de respeto a los derechos de los demás (individual y colectivamente), y c) los bienes y servicios sobre los cuales recaen ese derecho y ese deber.*⁸⁰

La tendencia de usar “Delitos contra el patrimonio” se extiende por diferentes autores, y en diferentes legislaciones penales. También existen posiciones intermedias, por ejemplo Castillo González expresa que son delitos “contra la propiedad” los que implican una apropiación: *“como el hurto (simple y agravado), el robo (simple y agravado), la apropiación indebida, entre otros. Son delitos “contra el patrimonio como tal”, la administración fraudulenta, la estafa, y las otras formas de defraudación”*⁸¹.

4.2.5. GRADUACIÓN DE LA PENA PARA EL DELITO DE ESTAFA DE MÍNIMA CUANTÍA.

En el delito de estafa la pena debe ser impuesta a la gravedad del delito, al medio en cómo se defraudó, y a la cantidad del perjuicio económico, éste último no se aplica en función a la proporcionalidad, en nuestra legislación en relación al delito de estafa no existe una graduación de la pena, como si lo aplica, por ejemplo para el delito de hurto y abigeato, con penas diferentes a los de delitos que el perjuicio económico es mayor a los primeros.

⁸⁰ Ghersi, C. A. (2002). Derecho civil Parte general. (tercera edición). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Pág. 296.

⁸¹ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 21.

Como señala Luigi Ferrajoli: ***“La minimización del dolor infligido a los individuos en las relaciones entre ellos, a través de la prohibición y sanción como delitos de las ofensas producidas a los derechos de los demás; y la minimización del dolor infligido por el Estado bajo la forma de penas, a través de los límites a las mismas impuestos por los derechos de libertad sobre todo a su potestad de prohibir, es decir, de configurar como delitos el ejercicio de libertades fundamentales o comportamientos inofensivos, y en segundo lugar a su potestad de castigar, a través de límites impuestos por las garantías procesales.”***⁸²

En la administración de justicia se sujeta a principios para garantizar a la sociedad su buen funcionamiento, el sistema penal no punitivo, sino es punitivo sino rehabilitatorio, y de protección de derechos de las personas, en el caso de que una persona cometa un delito, éstos reciben una sanción, obviamente se sigue un trámite donde se garantice los derechos y principios de las partes procesales, capaz que el responsable de la infracción cumpla con una pena y el ofendido o víctima reciba una indemnización y reparación de los daños causados. Por ello las penas deben establecerse a la realidad jurídica social, y en función a los principios y derechos señalados en la Constitución y la Ley, cuando a mayor el perjuicio y afectación intrínseca de la persona una mayor pena, que en unos casos si se aplica pero en otros, el legislador no lo ha tomado en cuenta, como el caso de estafa donde la pena

⁸² FERRAJOLI, Luigi: Democracia y Garantismo, editorial Trotta, segunda edición, Barcelona – España, 2010, p. 57.

será de cinco a siete años quien actúen de acuerdo a los elementos de este delito, sin tomar en cuenta el perjuicio económico, que ciertos casos es menor que en otros, pero la pena es la misma, lo cual no existe una graduación de la misma, así tenemos en el hurto y abigeato, por mencionar ejemplos, donde se sanciona como delitos y contravenciones.

Como expresa Luigi Ferrajoli ***“Esto quiere decir que en un Estado democrático de derecho no debiera existir más violencia legal que la estrictamente necesaria para controlar otras formas de violencia, evidentemente ilegales, más graves y vejatorias o, lo que es lo mismo, que la violencia de las penas jurídicamente hablando sólo quedará legitimada en tanto en cuanto prevenga la mayor violencia que producirían los delitos que en su ausencia se cometerían.”***⁸³

Las penas en un delito, y más en uno de carácter económico, deben imponerse de acuerdo al perjuicio que ocasionó a la víctima, no debe ser mayores ni menores al perjuicio, para darle legalidad, pues se trata de un principio ideal que nos muestra el deber ser, no el ser, del Estado de derecho; su normativa, no su efectividad. Su valor, por tanto, estriba en que nos ofrece un criterio de legitimación o justificación de la violencia penal; pero también, y fundamentalmente, un criterio de deslegitimación de la violencia legal superflua, tanto penal como no penal.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi: Democracia y Garantismo, editorial Trotta, segunda edición, Barcelona – España, 2010, p. 82.

Las penas en el delito de estafa deben ser graduales a la infracción, así Diego Salamea expresa:

“que para hacer un juicio sobre un código penal moderno hay que enfocarlo desde el triple punto de la concepción del delincuente, de la latitud y eficacia de la política criminal y de la configuración de los delitos; y, al hablar de estafa, éste, está por el momento fuera de la aplicación de la pena de los delincuentes: absoluta necesidad en un código moderno, ya que ella sirve de cartabón para la norma penal, para la sentencia judicial y para el cumplimiento de la sanción, ya que en vano es centrar toda la defensa social en torno al criminal, si la parte general no proporciona normas practicas sobre las categorías de delincuentes, que huyan de las clasificaciones teóricas complicadas, más propias para la discusión de la cátedra o el libreo que para guiar al legislador o al juez.”⁸⁴

El delito de estafa en el Código Penal anterior, se establecía en el Art. 563 que comete delito de estafa, la persona que se apropia de una cosa perteneciente a otra, con los elementos de hacer entregar a su voluntad por error del estafado y engaño del actor, con prisión de seis meses a cinco años, y la pena era de tres a seis años, si la defraudación se cometiere en los casos de migraciones ilegales, con lo cual se evidencia una pena de seis

⁸⁴ SALAMEA, Diego, Delito Informático y la prueba pericial informática, Editorial Jurídica del Ecuador, 2015, p. 72.

meses a cinco años para imponer en proporción al perjuicio ocasionado, actualmente con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, la pena es de cinco a siete años, no permitiendo con ello, que los administradores de justicia aplique la proporcionalidad en la imposición de la pena al responsable de la infracción, porque los jueces deben aplicar lo que señala la ley, y la pena mínima es de cinco años, y no es dable que a una persona que defraudó, si bien abusó de la confianza del perjudicado, no debe imponerse aquella pena cuando la defraudación es de tres, cuatro, cinco salarios, siendo necesario que en este delito se indique una pena establecida en función a la graduación, para aplicarlo de acuerdo a la gravedad del perjuicio económico.

Las penas en el delito de estafa debe existir una categorización en función a la criminalidad, y tomando en cuenta al estudio de los delitos informático, Diego Salamea expresa ***“Aquellas opciones conceptuales homogeneizadoras son igualmente disfuncionales desde una perspectiva político-criminal regida por el principio de proporcionalidad y en efecto advierte, si por una parte, la respuesta penal debe acomodarse a la gravedad de los hechos.”***⁸⁵

En el delito de estafa se dan casos que el perjuicio económico es pequeño, como también existen casos de grandes cantidades, que comparados entre sí, comportan una lesividad diferentes, pero con una pena no gradual al

⁸⁵ SALAMEA, Diego, Delito Informático y la prueba pericial informática, Editorial Jurídica del Ecuador, 2015, p. 73.

perjuicio económico, por lo tanto resulta evidente que la pena no es aplicable, para cualquier clase de perjuicio en la estafa y delincuencia, entonces, es erróneo destinar indiscriminadamente en el ámbito de la delincuencia de estafa penas cualificados con fundamento y finalidades específicos, ya que da la impresión de que ni siquiera desde el punto de vista criminológico resulta significativo un concepto tan amplio, pese a que la Criminología, en tanto que, por su propósito globalizador no podría quedar prisionera de ningún Derecho positivo concreto, llega a considerar como objeto de interés círculos sociales próximos al crimen o fenómenos concomitantes que, aunque no aparezcan abarcados por la prohibición jurídico-penal, se les atribuye cierta virtualidad criminógena o neutralizadora de la que puedan tener otros factores, y por lo mismo, en la estafa, una categorización de la pena, en función a garantizar el principio de proporcionalidad entre infracción y sanción penal.

4.3. MARCO JURÍDICO.

Cuando nos referimos al marco jurídico nos estamos refiriendo a las normas aplicables con el tema propuesto, en el caso de esta investigación nos referiremos a las Constitución de la República del Ecuador, Tratados y Convenios Internacionales, El Código Orgánico Integral Penal, y los Procedimientos Especiales.

4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

La Constitución de la República del Ecuador que fue expedida el 20 de octubre del 2008, exalta los derechos de las personas y establece una normativa que da potestades para sancionar a quien incumpliera la norma, pero que sucediera si esta no está establecida, por lo expuesto se cree conveniente plantear una norma que permita establecer el recurso de apelación para las contravenciones de tránsito, es así que el artículo 1 de la Constitución del 2008, dice 'líricamente': **“El Ecuador es un estado constitucional de derechos y de justicia”**⁸⁶, también expresa el su artículo 169 del mismo cuerpo legal dice: ***“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las***

⁸⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 1.

*garantías del debido proceso. No se sacrificará a la justicia por la sola omisión de formalidades.*⁸⁷

El actual estado constitucional de derechos obedece al neo constitucionalismo, que emana de la norma constitucional todas las demás normas inferiores que deben guardar armonía, para evitar antinomia o contradicciones jurídicas y prevalezcan los derechos fundamentales previstos en la Constitución de la República del Ecuador.

El numeral 1 del Art. 3 de la Constitución determina: **“Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación...”**⁸⁸

El Estado no solamente garantiza en abstracto los derechos a todos los sujetos sino su efectivo goce; es decir, el Estado garantiza tanto el derecho de acción como la acción procesal porque solamente a través de esta es posible su efectivo goce.

Todos tenemos derecho a la protección del Estado y, para que sea efectiva, necesariamente, debe crearse la respectiva acción procesal porque, de lo

⁸⁷ Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Octavo de los Derechos de Protección, Artículo. 169

⁸⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 3 núm. 1

contrario, la protección quedaría en simple letra muerta; es a través de las acciones procesales que los derechos de los individuos adquieren eficacia.

El Art. 11 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador, en el ejercicio de derechos señala como principio:

“El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.”⁸⁹

Si bien es cierto la ley protege los derechos de las personas y se necesita la rehabilitación del responsable de la infracción, esto no quiere decir que los jueces deben aplicar una pena a la señalada en la ley penal en menor cantidad cuando la infracción sea de menor perjuicio, pero tomando en consideración muchos delitos son desproporcionales a la infracción, así tenemos la estafa, cuya pena es de cinco a siete años como mínimo aplicable a cualquier clase de estafa, sea que el perjuicio sea de menor cuantía como de grandes cantidades, lo que se requiere que los derechos que señala la Constitución sean aplicables en función al respeto de las

⁸⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 11 núm. 8.

personas, y si no se verifican debe el legislador observar la progresividad de los derechos, si en un delito no se especifica de acuerdo a la realidad, el legislador está en la facultad legal de regular las normas en función a los principios y derechos constitucionales, como lo requiere la realidad.

El Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: ***“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”***⁹⁰

La Constitución garantiza el acceso a la justicia, para lo cual las personas están protegidas por las normas y derechos constitucionales, en que la justicia debe intervenir de forma imparcial y expedita, pero aquello requiere que las leyes se adecúen a la realidad. En el caso de estafa, el Código Orgánico Integral Penal impone una pena de cinco a siete años de privación de la libertad, pero existen conductas que se adecúan a la estafa que el perjuicio económico al bien jurídico afectado es menor al tipo penal con que señala el Código Integral Penal, con lo cual la ley no se adecúa a la realidad.

⁹⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 75.

Es deber fundamental del Estado, respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Carta Suprema, esto debido que la existencia actual de los derechos humanos es el resultado de las luchas que han dado distintos grupos y sectores en diferentes periodos, con el objetivo de lograr una vida más grata y más digna para el ser humano.

En el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución, encontramos; **“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”⁹¹.**

En el Art. 77, numeral,11 de la Constitución, manifiesta: **“En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: ... 11.-La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.”⁹²**

De la misma forma el Art. 84.-***“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que***

⁹¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 76 # 6.

⁹² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 77 numeral 11

*sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.*⁹³

El articulado establece estas garantías básicas, es así como se observa en el Art. 75.- *“Establece que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”*⁹⁴

El Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza: *“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”*⁹⁵

En la tipificación y sanción al delito de estafa es desproporcional a la infracción cuando el autor de delito, ha engañado y ha hecho entregar del

⁹³ CONSTITUCIÓN De La República Del Ecuador, Título III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES , Capítulo I GARANTÍAS NORMATIVAS, art. 84

⁹⁴ CONSTITUCIÓN De La República Del Ecuador, Título II Derechos, Capítulo VIII Derechos De Protección, Art, 75

⁹⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 82.

estafado, bienes económicos y su patrimonio, cuando se trate que el perjuicio sea menor, como sucede en el delito y contravención de hurto y abigeato, más nada se indica en el caso de estafa, donde a menor y mayor daño económico, la pena es bastante considerable de cinco a siete años, con lo cual causa una desproporcionalidad de la pena, porque de cinco a siete años no es aplicable al perjuicio de la víctima sea de menores cantidades, y menos aún se sometan a procedimientos alternativos al ordinario y garantizar el principio de celeridad, eficacia y economía procesal como medio de administración de justicia señalado en el Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador, porque al ser un trámite ordinario, lo convierte en un proceso sumamente caro y engorroso que se mueve todo el aparataje gubernamental (Fiscalía General del Estado, Jueces de Garantías Penales, Tribunales de Garantías Penales y la Sala de Garantías Penales), y por parte de la víctima significaría un gasto y tiempo superior al monto del perjuicio causado.

De la misma forma el Art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador, indica:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las

comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”⁹⁶

En una estafa de menor cuantía al bien jurídico afectado debe el legislador intervenir reformando el Código Orgánico Integral Penal, señalando una pena de contravención, porque si se sanciona a los demás tipos penales de estafa afecta el principio de proporcionalidad y por lo mismo causa inseguridad jurídica en la aplicación de las leyes, las normas deben regularse en tal medida que quienes administren justicia se basen a ello y en función a la participación impongan las penas a la responsabilidad del infractor.

4.3.2. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

El 10 de agosto de 2014, Ecuador amaneció con una nueva ley penal que trajo consigo cambios sustanciales a la normativa anterior, como la reducción de sanciones para el tráfico de drogas, la acumulación de penas hasta por 40 años y la creación de nuevos tipos de delitos.

Es así que este Código en su artículo uno menciona que tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones

⁹⁶CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 84.

penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

Hay que tomar muy en cuenta que el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 5 expresa lo principios procesales, es así que en su numeral 17 expresa el principio de Inmediación: **“la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal.”**⁹⁷

En la audiencia de juzgamiento, mediante Procedimiento Expedito, deben estar presente todas las partes procesales para dar cumplimiento a este principio fundamental, y se vulnera este principio si no se presenta a la audiencia el Agente Civil de Transito, para que exista legitimidad en la misma

Art. 11. Derechos de las víctimas:

“En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos:

1. A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o

⁹⁷ Código Integral Penal Capítulo artículo 5, numeral 17

a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer.

2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el establecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.
3. A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización.
4. A la protección especial, resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos.
5. A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos.
6. A ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral.
7. A ser asistida gratuitamente por una o un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento así como a recibir asistencia especializada.

8. A ingresar al Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, de acuerdo con las disposiciones de este Código y la ley.
9. A recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo con sus necesidades durante el proceso penal.
10. A ser informada por la o el fiscal de la investigación preprocesal y de la instrucción.
11. A ser informada, aun cuando no haya intervenido en el proceso, del resultado final, en su domicilio si se lo conoce.
12. A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana.

El Art. 52 del Código Orgánico Integral Penal expresa:

“Finalidad de la pena.- Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima.

En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.”⁹⁸

⁹⁸ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 52.

Las penas tienen como fin que no se cometan delitos o se infrinja la ley, en caso de cometerlos se garantice el desarrollo progresivo de derechos de la persona responsable de la infracción, en cuanto a la víctima se requiere su reparación. En los delitos patrimoniales, lo que le interese a la víctima como la estafa es la recuperación de su dinero y al Estado la imposición de la pena como acto de prevención general de delitos, para la estafa de menor cuantía no es dable una pena de cinco a siete años de privación de la libertad, lo que evidencia falta de graduación de la pena y la aplicación del desarrollo progresivo de derechos y capacidades de la persona con condena.

Art. 186.-Estafa.- (Reformado por el Art. 2 de la Ley s/n, R.O. 598-3S, 30-IX-2015).- La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La pena máxima se aplicará a la persona que:

- 1. Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito, pago o similares, cuando ella sea alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario.**
- 2. Defraude mediante el uso de dispositivos electrónicos que alteren, modifiquen, clonen o dupliquen los dispositivos originales de un cajero**

automático para capturar, almacenar, copias o reproducir información de tarjetas de crédito, débito, pago o similares.

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

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

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

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

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

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

Art. 187.- Abuso de confianza.- La persona que disponga, para sí o una tercera, de dinero, bienes o activos patrimoniales entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La misma pena se impone a la persona que, abusando de la firma de otra, en documento en blanco, extienda con ella algún documento en perjuicio de la firmante o de una tercera.

Según el COIP, la estafa es un delito por el cual una persona mediante fraude o engaño o abuso de confianza y con ánimo de apropiación, induce a otra a entregarle una cosa de propiedad de ella o de propiedad de una tercera persona.

De acuerdo al artículo 563, quien cometiere el delito de estafa, “será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares.

Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

La defraudación comprende una serie de delitos; pero a gran mayoría de ellos quedan comprendidos dentro de 2 especies básicas de defraudación: la estafa y el abuso de confianza.

La diferencia entre ambos reside en el momento en que el sujeto obre dolosamente: en la estafa, el dolo es anterior a la obtención de la cosa; en el abuso de confianza, por el contrario, el dolo es posterior.

En la estafa, la víctima entrega la cosa a raíz del fraude anterior (ardid o engaño) empleado por el estafador. La voluntad de la víctima está viciada desde el comienzo por la actividad fraudulenta del actor.

Para el delito de estafa no existe y se configura un perjuicio de contravención de estafa, como si ocurre por ejemplo para el hurto, así el Art. 196 del Código Orgánico Integral Penal expresa:

“Hurto.- La persona que sin ejercer violencia, amenaza o intimidación en la persona o fuerza en las cosas, se apodere ilegítimamente de cosa mueble ajena, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Si el delito se comete sobre bienes públicos se impondrá el máximo de la pena prevista aumentada en un tercio.

Para la determinación de la pena se considerará el valor de la cosa al momento del apoderamiento.”⁹⁹

⁹⁹ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 196.

El hurto siendo la sustracción de cosas sin violencia amenaza o intimidación en la persona o fuerza en las cosas se impone una pena de seis meses a dos años, pero también se da penas en caso de contravenciones como señala el Art. 209 del mismo cuerpo penal:

“Contravención de hurto.- En caso de que lo hurtado no supere el cincuenta por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.

Para la determinación de la infracción se considerará el valor de la cosa al momento del apoderamiento.”¹⁰⁰

La pena para contravención de hurto es de quince a treinta días, cuando el perjuicio no supere un salario unificado, que lo mismo puede aplicarse para la estafa que también no supere un salario de perjuicio al estafado, y se considere como delito, para mayor perjuicio como de dos a tres salarios, se impongan no como contravención, porque no entraría, sino como delito, pero con menor pena a la de cinco a siete años a los señalado en el Art. 186 del Código Orgánico Integral Penal, porque aquello es desproporcional a la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena en función la reparación del derecho de la víctima.

¹⁰⁰CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 209.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

Continuando con el segundo capítulo, de la presente investigación se pone en consideración el siguiente análisis de legislación comparada, para lo cual es necesario describir las relaciones de orden legal que poseen otros países, los mismos que se encuentran contenidos en los códigos penales, de manera que se pueda identificar los diferentes criterios de legislación y observar las circunstancias, tipos, variaciones y sanciones que se encuentran previstas para el delito de estafa.

Para comparar el delito de estafa en las distintas legislaciones, se ha tomado en cuenta los códigos penales de los siguientes países: Chile, Bolivia, Perú.

Actualmente diversos países, muestran en sus normas penales transformaciones que se hacen de acuerdo a lo que se necesita en cada país, para de esta manera regular los distintos delitos que dentro de ellos surjan; es así, que de esta manera se procederá al análisis de derecho comparado, que se realizará de las distintas legislaciones ya mencionadas en el párrafo anterior con la nuestra, la misma que es necesaria para ver las posibles semejanzas y diferencias, a las que se hacen referencia, de acuerdo al delito de estafa.

4.4.1. ESPAÑA.

El Código Penal de España en el Art. 249 y 150 señalan:

“Artículo 249.- Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Artículo 250.-1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

1) Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2) Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

3) Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

4) Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

5) Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros.

6) Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

7) Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

2. Si concurrieran las circunstancias 4ª, 5ª o 6ª con la 1ª del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.”¹⁰¹

Como legislación comparada existe fundamento, por cuanto en España el Código Penal, la sanción penal es de acuerdo al perjuicio económico, así en el Art. 249 la pena es de seis meses a tres años, si la cuantía de la defraudación no excediere los 400 euros; en el Art. 250 es de uno a seis años, cuando recaiga en cosas de primera necesidad, bienes que integran el patrimonio artísticos, entre otros; lo que sirve de fundamento que de acuerdo

¹⁰¹ Código Penal de España en el Art. 249 y 150

al perjuicio económico de menor cuantía debe existir una sanción inferior no como señala de cinco a siete años nuestro Código Orgánico Integral Penal.

4.4.2. DELITO DE ESTAFA EN EL CODIGO PENAL DE CHILE.

El Código Penal de la República de Chile en su Libro Segundo denominado “Crímenes y Simples Delitos y sus Penas”, en el Título IX “CRIMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD”, en el párrafo 8 denominado en su epígrafe “Estafas y otros engaños”, tipifica al delito de estafa en los siguientes términos:

“Artículo 467.-El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado:

- 1. Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.**
- 2. Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.**
- 3. Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad**

tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

Artículo 468.-Incurrirá en las penas del artículo anterior el que de fraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante.

Artículo 469.- Se impondrá respectivamente el máximo de las penas señaladas en el artículo 467:

1.A los plateros y joyeros que cometieren defraudaciones alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio.

2.A los traficantes que defraudaren usando de pesos o medidas falsos en el despacho de los objetos de su tráfico.

3. A los comisionistas que cometieren defraudación alterando en sus cuentas los precios o las condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho.

4. A los capitanes de buques que defrauden suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho, o cometiendo cualquiera otro fraude en sus cuentas.

5. A los que cometieren defraudación con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda.

6. Al dueño de la cosa embargada, o a cualquier otro que, teniendo noticia del embargo, hubiere destruido fraudulentamente los objetos en que se ha hecho la traba.

Artículo 470.-Las penas del artículo 467 se aplicarán también:

1. A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

En cuanto a la prueba del depósito en el caso a que se refiere el artículo 2217 del Código Civil, se observará lo que en dicho artículo se dispone.

2. A los capitanes de buques que, fuera de los casos y sin las solemnidades prevenidas por la ley, vendieren dichos buques, tomaren dinero a la gruesa sobre su casco y quilla, giraren letras a cargo del naviero, enajenaren mercaderías o vituallas o tomaren provisiones pertenecientes a los pasajeros.

3. A los que cometieren alguna defraudación abusando de firma de otro en blanco y extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero.

4. A los que defraudaren haciendo suscribir a otro con engaño algún documento.

5. A los que cometieren defraudaciones sustrayendo, ocultando, destruyendo o inutilizando en todo o en parte algún proceso, expediente, documento u otro papel de cualquiera clase.

6. A los que con datos falsos u ocultando antecedentes que les son conocidos celebraren dolosamente contratos aleatorios basados en dichos datos o antecedentes.

7. A los que en el juego se valieren de fraude para asegurar la suerte.

8. A los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las Municipalidades, de las Cajas de Previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas.

Artículo 471.- Será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte sueldos vitales:

1. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de éste o de un tercero.

2. El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

3. Derogado.

Artículo 472.- El que suministrare valores, de cualquiera manera que sea, a un interés que exceda del máximo que la ley permita

estipular, será castigado con presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

Condenado por usura un extranjero, será expulsado del país; y condenado como reincidente en el delito de usura un nacionalizado, se le cancelará su nacionalización y se le expulsará del país.

En ambos casos la expulsión se hará después de cumplida la pena.

En la sustanciación y fallo de los procesos instruidos para la investigación de estos delitos, los tribunales apreciarán la prueba en conciencia.

Artículo 473.- El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte sueldos vitales.”¹⁰²

La jurisprudencia ha destacado que para que un hecho determinado sea considerado como fraude penal por engaño, debe incurrir cualquiera de las figuras de fraude por engaño que se encuentra contemplado en el Código

Penal, en el párrafo 8, el mismo que se denomina en su epígrafe “Estafas y otros engaños” del Título IX, que constan en el Libro II, para lo cual es

¹⁰² Código Penal Chileno. Título IX: CRIMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. 8 Estafas y otros engaños. Artículos 467 al 473.

indispensable que existan los siguientes elementos: simulación, error, disposición patrimonial y perjuicio, los mismos que deben tener una secuencia causal en el orden señalado, de manera que cada elemento posterior busca su origen en el anterior, es así que el engaño debe producir el error, el error debe originar la disposición patrimonial, y la disposición patrimonial finalmente deberá causar el perjuicio.

“El Código Penal no define la estafa, tampoco al engaño. Por ello, es la doctrina y la jurisprudencia, la que se ha encargado de proponer un concepto y un esquema de sus elementos típicos. La mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina exigen cuatro elementos a la estafa: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio. No obstante, en realidad parecen ser solamente dos: el engaño y el perjuicio. De acuerdo con este esquema, el error y la disposición patrimonial se tratarían de escalones que cumplirían la función de imputar el perjuicio al engaño.”¹⁰³

Es así como sólo se puede extraer el requerimiento de un engaño y de un perjuicio, pero nada se señala sobre el elemento error y el acto de disposición patrimonial que realiza la víctima, y que es quizás la nota más característica de la estafa y que permite diferenciarla de otras figuras delictivas.

¹⁰³BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Artículo: "El engaño en el delito de estafa", en Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal, No. 1, 2010, Universidad de los Andes, Santiago (Chile)

Para Labatut el engaño como elemento del delito de estafa consiste *“en la mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno, como medio de conseguir la entrega de la cosa.”*¹⁰⁴

Es así que el engaño, debe ser fraudulento, serio y capaz, para lo cual es necesario que cuyo fin, sea el de inducir a la víctima a obrar de una forma determinada, haciendo que a través de él, se pueda conseguir el fin previsto por el autor.

Pero no todo engaño que produzca un acto de disposición por error sería punible. La doctrina y jurisprudencia chilena, fuertemente influenciada en esta materia por Carrara “consideran que el engaño típico no puede consistir en una simple mentira, sino que en una mentira inserta en un despliegue engañoso externo.”¹⁰⁵

Como se dice, la mentira también puede ser constitutiva de engaño pero una mentira inserta o un despliegue engañoso externo se diferenciarían entre sí, sólo por la gravedad de la preparación de escena en como el delincuente desarrolla el delito de estafa.

Dentro de la estafa podemos encontrar otras figuras que poseen cierta similitud con dicho delito como son las defraudaciones, las mismas que poseen una íntima conexión con la estafa. Ambas concuerdan en lesionar el

¹⁰⁴LABATUT Glenda, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile; 1999, p. 225.

¹⁰⁵CARRARA, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial (Traducción J. Ortega Torres y J. Guerrero, Bogotá, 1980), Tomo IV, pp. 426 ss.

patrimonio ajeno con ánimo de lucro, pero en las últimas, el engaño es sustituido por el abuso de confianza o la infidelidad a las obligaciones propias.

La legislación chilena en relación a nuestra legislación, en atención al delito de estafa, no pone atención a varias cosas que nuestra legislación sí lo hace, por ejemplo en Ecuador se condenan los delitos electrónicos, puesto que en la actualidad la estafa se da la gran mayoría de veces por este medio, es de esta manera que en Chile no se condena a la estafa informática, la misma que se da por dichos medios, a pesar de ser casi similar nuestra legislación con la de Chile.

Así mismo, en nuestra legislación se penaliza a aquellas personas que han cometido un delito por medio de engaño a menores de edad, ya sea por la debilidad o necesidad de los mismos, mientras que en el Código chileno no se encuentra vigente, dentro de su legislación esta clase de delitos, puesto que a pesar de que la víctima es un menor indefenso, no se lo toma en cuenta pero esta clase de delitos también deben estar regulados y deben ser penalizados ya que aquella persona que se aprovecha de un menor debe pagar por lo que hace.

Tanto en la legislación chilena como en la legislación ecuatoriana, se pone atención a aquellas personas que cometan engaño sobre el comprador, puesto que se está recayendo sobre delito de estafa; en Chile se toma el

caso de los joyeros que adulteren la calidad, ley o peso de los objetos que son parte de su arte o comercio, mientras que en Ecuador se penaliza a aquellas personas que han falseado la identidad de la cosa vendida, siendo esta distinta del objeto determinado, tal es el caso de los expendedores de alcohol adulterado, los mismos que causan daño en la salud del comprador, engañando en la calidad del alcohol.

En el Código Penal chileno no se instruye a aquellas personas que han vendido productos médicos adulterados, mientras que en nuestro Código

Penal sí, ya que al incurrir en este delito se está estafando, siendo así que se ve que las personas que venden productos adulterados lo hacen de manera fraudulenta a sabiendas de que esos productos se encuentra en mal estado.

En relación a las penas tanto en Chile como en Ecuador son similares, en la legislación chilena las personas que se encuentren imputadas por este delito, en el evento que sean condenadas, arriesgan; con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo (de 541 días a 5 años de presidio) y multa de 11 a 15 unidades tributarias mensuales (aproximadamente \$ 363.000 a \$ 495.000 pesos), si la apropiación excediera a 40 unidades tributarias mensuales (aproximadamente \$ 1.320.000 pesos).

Con presidio menor en su grado medio (de 541 días a tres años de presidio) y multa de 6 a 10 unidades tributarias mensuales (aproximadamente \$198.000 a \$ 330.000 pesos), si la apropiación excediere de 4 unidades tributarias mensuales y no pasare de 40 unidades tributarias mensuales (aproximadamente \$ 132.000 a \$ 1.320.000 pesos).

Con presidio menor en su grado mínimo (de 61 a 541 días de presidio) y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales (aproximadamente \$ 33.000 a \$ 132.000 pesos).

Finalmente con presidio menor en su grado máximo (de 3 años y un día a 5 años de presidio) y multa de 21 a 30 unidades tributarias mensuales (aproximadamente \$ 693.000 a \$ 990.000 pesos), si la cosa apropiada indebidamente excediere de 400 unidades tributarias mensuales (aproximadamente \$ 13.200.000 pesos).

Sin perjuicio de señalar la pena que contempla la ley, estas pueden sufrir modificaciones ya sea por la participación o nivel de consumación del delito.

Mientras que en nuestra legislación, la pena va de prisión de 6 meses a 5 años y de reclusión menor extraordinaria de 3 a 6 años y la multa desde 6 dólares hasta 1000 dólares de los Estados Unidos, dependiendo el caso, pero deberían ser más rigurosas puesto es uno de los delitos de mayor

incidencia ejercida por personas de todo extracto social que tiene como elementos el perjuicio de terceros.

4.4.3. DELITO DE ESTAFA EN EL CÓDIGO PENAL DE BOLIVIA.

El delito de Estafa en el Código Penal de Bolivia, en su Libro Segundo, Parte Especial, en el Título XII, DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD, Capítulo IV denominado Estafas y otras defraudaciones, tipifica a dicho delito en los siguientes términos:

“Artículo 335.- (ESTAFA). El que con la intención de obtener para sí o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios provoque o fortalezca error en otro que motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero, será sancionado con reclusión de uno a cinco años y multa de sesenta a doscientos días.

Artículo 336.- (ABUSO DE FIRMA EN BLANCO). El que defraudare abusando de firma en blanco y extendiendo con ella algún documento en perjuicio de quien firmó o de un tercero, será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años y multa de sesenta a ciento cincuenta días.

Artículo 337.- (ESTELIONATO).- El que vendiere o gravare como bienes libres los que fueren litigiosos o estuvieren embargados

o gravados y el que vendiere, gravare o arrendare, como propios, bienes ajenos, será sancionado con privación de libertad de uno a cinco años.

Artículo 338.- (FRAUDE DE SEGURO). El que con el fin de cobrar para sí o para otros la indemnización de un seguro o para incrementarla por encima de lo justo, destruyere, perdiere, deteriorare, ocultare o hiciere desaparecer lo asegurado, o utilizare cualquier otro medio fraudulento, incurrirá en la pena de privación de libertad de uno a cinco años.

Si lograre el propósito de cobrar el seguro, la pena será agravada en una mitad y multa de treinta a cien días.

Artículo 339.- (DESTRUCCIÓN DE COSAS PROPIAS, PARA DEFRAUDAR).- El que por cualquier medio destruyere o hiciere desaparecer sus propias cosas con el propósito de defraudar los derechos de tercero o de causarle perjuicio, incurrirá en reclusión de uno a tres años.

Artículo 340.- (DEFRAUDACIÓN DE SERVICIOS O ALIMENTOS).- El que consumiere bebidas o alimentos en establecimientos donde se ejerza ese comercio, o se hiciere prestar o utilizare un servicio cualquiera de los de pago inmediato y no los abonare al ser requerido, será sancionada con reclusión de uno a dos años y multa de treinta a cien días.

Artículo 341.- (DEFRAUDACION CON PRETEXTO DE REMUNERACION A FUNCIONARIOS PUBLICOS).- El que

defraudare a otro con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos, será sancionado con prestación de trabajo de un mes a un año.

Artículo 342.- (ENGAÑO A PERSONAS INCAPACES).- El que para obtener para sí o para otros algún provecho, abusando de las necesidades, de las pasiones o de la inexperiencia de una persona menor de edad o abusando del estado de enfermedad o deficiencia psíquica de una persona, aunque no esté en interdicción o inhabilitada, la indujere a realizar un acto que implique algún efecto jurídico perjudicial para ella o para otros, incurrirá en privación de libertad de dos a seis años.

Artículo 343.- (QUIEBRA).- Se impondrá la pena de privación libertad de dos a seis años, al comerciante, personero de sociedad o representantes legales que ejercieren el comercio a nombre de menores o incapacitados, cuya quiebra fuere declarada fraudulenta con arreglo al Código de Comercio.

Sí la quiebra fuere declarada culpable, la sanción será disminuida en un tercio. Incurrirán en la mitad de la pena establecida en este artículo los cómplices e instigadores que a sabiendas indujeren, antes o después de la declaración de quiebra, a realizar los actos ilícitos a que se refiere el Código de Comercio.

Artículo 344.- (ALZAMIENTO DE BIENES O FALENCIA CIVIL).- El que no siendo comerciante se alzare con sus bienes o los

ocultare o cometiere otro fraude, con el propósito de perjudicar a sus acreedores, incurrirá en privación de libertad de dos a seis años.”¹⁰⁶

La Legislación Boliviana en relación a nuestra Legislación Ecuatoriana, y en atención al delito de estafa, se puede deducir que existen muchas concordancias de acuerdo a dicho delito, pero así mismo existen diferencias tal es el caso de la destrucción de las cosas propias para defraudar a un tercero, mientras que en nuestra Legislación no aparece este tipo de cosas como infracción dentro del delito de estafa.

En nuestro Código Penal, se sancionan a aquellas personas que engañan al comprador y que venden productos médicos en mal estados mientras que en el Código Boliviano no se lo hace.

Al igual que en la legislación chilena, Bolivia no sanciona a aquellas personas que cometen delito de estafa a través de los medios electrónicos, es importante que consten dentro de sus disposiciones, puesto que hoy en día la mayoría de personas caen víctimas de ofertas que se hacen por estos medios electrónicos. Por ello, la legislación ecuatoriana la considera y sanciona con el máximo de la pena y la multa que va desde los quinientos hasta los mil dólares de Estados Unidos de Norteamérica.

¹⁰⁶Bolivia: Código penal según ley n° 1768 de modificaciones al código penal. Capítulo IV Estafas y Otras Defraudaciones. Artículos 335 Al 344

Aquella infracción que tiene cierta semejanza en ambas legislaciones es el engaño a menores de edad, en Bolivia también se vela por el interés de las personas incapaces que son abusadas por este tipo de delitos ya sea por enfermedad o deficiencia psíquica, mientras que en Ecuador se sanciona a aquellas personas que cometen el delito de estafa de un abuso ya sea en las debilidades o necesidades del menor, pero en sí no se toman en cuenta a las personas incapaces por enfermedad o deficiencia psíquica.

Las penas de la Legislación Boliviana son mucho más rigurosas que las de Ecuador, puesto que en Bolivia la pena va desde privación de libertad de uno a seis años, y en otros casos con reclusión de uno a tres años, la multa va de treinta a cien días, pero en el caso de incurrir con defraudación con pretexto de remuneración a funcionarios públicos la multa es de prestación de trabajo de un mes a un año, mientras que en nuestra legislación, la pena va desde prisión de seis meses a cinco años y de reclusión menor extraordinaria de tres a seis años y la multa desde seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica hasta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, dependiendo el caso, pero deberían ser más rigurosas como en el caso de Bolivia para que exista un menor índice de personas que incurran en este tipo de delitos.

4.4.4. DELITO DE ESTAFA EN EL CODIGO PENAL DE PERU.

El Código Penal de Perú, tipifica al delito de estafa, el mismo que se encuentra en dicha en la PARTE ESPECIAL: DELITOS, en el Título V: DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO, en el CAPÍTULO V, denominado Estafas y otras defraudaciones, en los siguientes términos:

“Artículo 196.-Estafa.-El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

Artículo 197.-Casos de defraudación.-La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días multa cuando:

1.Se realiza con simulación de juicio o empleo de otro fraude procesal.

2.Se abusa de firma en blanco, extendiendo algún documento en perjuicio del firmante o de tercero.

3.Si el comisionista o cualquier otro mandatario, altera en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiera hecho.

***4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.*¹⁰⁷**

El Código Penal peruano al regular el delito de estafa, establece expresamente que uno de los medios idóneos que puede utilizar el delincuente del delito para obtener la disposición patrimonial es el engaño.

Sin embargo la propia normatividad penal no realiza ninguna precisión respecto de lo que debe entenderse por engaño. En este punto cabe señalar que la doctrina ha dado algunos conceptos respecto al término engaño. Así se dice: ***“el engaño es una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas,***¹⁰⁸ para Labatut el engaño como elemento del delito de estafa consiste ***“en la mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno, como medio de conseguir la entrega de la cosa”***¹⁰⁹, el español Conde Pumpido, refiriéndose al engaño nos dice: ***“se entiende por engaño la falta a la verdad en lo que se dice o hace, de modo que los demás se formen una representación incierta de lo que el sujeto realmente pretende”***¹¹⁰, en este mismo sentido Rodríguez Devesa nos dice: ***“el engaño propio del***

¹⁰⁷CODIGO PENAL DE PERU. Capítulo V: Estafa y Otras Defraudaciones. Artículos 196 -197

¹⁰⁸ROMERO Gladis, Nancy. Los Elementos del delito de Estafa, Buenos Aires, Editorial Lerner, 1985. Pág107

¹⁰⁹LABATUT Glens, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile; 1999, p. 225.

¹¹⁰CONDE Pumpido Ferreiro, Cándido. Estafas, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 46

delito de estafa es una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas.¹¹¹

De acuerdo al texto legal citado anteriormente se puede considerar que la estafa es un delito contra el patrimonio, que requiere para su configuración, la concurrencia de varios elementos como son engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio patrimonial, provecho ilícito, para lo que se debe seguir ese orden secuencial.

El vínculo que existe entre los elementos que configuran la estafa, no es de causalidad material, sino de causalidad ideal o motivación, según Alonso Peña, manifiesta que ***“el engaño ha de motivar (producir) un error que induzca a realizar un acto de disposición que persiga un perjuicio”***¹¹².

Para que concurra la estafa no basta, que en un hecho determinado, surjan todos y cada uno de sus elementos, sino que, además, debe encontrarse exactamente en la relación secuencial que se halla descrita por la ley.

En la actualidad, existe un gran número de personas dedicadas a cometer este tipo de delitos, donde utilizan el engaño como medio para realizar fechorías, es por esto, que para que se configure el delito de estafa, se necesita que el delincuente mediante artificio, astucia o engaño cometa actos que causen perjuicio de terceros.

¹¹¹ RODRÍGUEZ Devesa, José María. Derecho Penal Español [PE], 8va Edición, Madrid, 1981, p 434.

¹¹²PEÑA Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Editorial Idemsa. Edición noviembre 2008. Página 321

Es así que configuran estafa, aquellos actos que se ejecutan con el propósito de causar un perjuicio económico a un tercero, manteniendo en error al afectado.

La legislación peruana con relación a nuestra legislación, de acuerdo al delito de estafa, posee cierta similitud al sancionar a aquella persona que comete un ilícito en contra de un tercero de forma fraudulenta, mediante engaños, recayendo sobre al delito de estafa.

Se sanciona de forma general como defraudación en la legislación peruana al abuso de firma en blanco, al comisario o mandatario que altere en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos y a las personas que venden o gravan aquellos bienes que se encuentran dentro de un litigio, con una pena no menor de uno ni mayor de cuatro años, mientras que en la legislación ecuatoriana se los penan a cada uno de estos delitos de forma individual, los mismos que constan dentro de la estafa y otras defraudaciones.

Siendo así que nuestro Código Penal es más completo que el Código Penal peruano, como nos podemos dar cuenta, no se sancionan a aquellas personas que engañan a los compradores, abusan de la debilidad o necesidades de un menor, y menos aún penalizan a aquellos que cometen estafa a través de los medios electrónicos o telemáticos, es importante que se encuentren dentro del cuerpo legal, ya que la mayoría de veces no se

puede juzgar al delincuente debido a que esta clase de delitos no se encuentran tipificados haciendo que los malhechores se salgan con las suyas y las víctimas no puedan hacer nada.

Las penas de la legislación peruana como nos podemos dar cuenta son un poco más rigurosas que las de la Legislación Ecuatoriana, puesto que a pesar de que la pena se da con privación de libertad de uno a seis años en nuestra Legislación Ecuatoriana, la pena se da con prisión que va de seis meses a cinco años y de reclusión menor extraordinaria de tres a seis años y con multa desde seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica hasta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, dependiendo el caso, lo que le hace falta a la Legislación Peruana es la multa, puesto que lo único que ellos imponen es la sanción con privación de libertad.

5. MATERIALES Y METODOS

Para la realización del presente trabajo de investigación jurídica, referente a la **“TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, LA CONTRAVENCIÓN DE ESTAFA CUANDO EL PERJUICIO A LA VÍCTIMA NO EXCEDA DE TRES SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR”** utilicé el método científico y dentro de él y como métodos auxiliares se utilizará la inducción que intenta obtener de los casos particulares observados una ley general válida también para los no observados. De esta manera pude analizar el problema como parte principal del estudio lo que nos ayudará a realizar un análisis crítico de los aspectos que lo constituyen y lo rodean.

Apliqué además, algunas referencias históricas para lo cual se hará uso del materialismo histórico lo que permitirá conocer los aspectos que encierran la evolución histórica desde los inicios del universo hasta los actuales momentos, para caracterizar objetivamente el tema planteado con la finalidad de entenderlo como un proceso histórico que aún sigue evolucionando en todos sus aspectos.

En lo referente a las técnicas de investigación, utilice, las siguientes técnicas:

Lectura científica.- Para recolectar datos de la bibliografía especializada de una manera objetiva.

Encuestas.- Con esta técnica investigativa obtendremos la información mediante un cuestionario de cinco preguntas aplicadas a treinta abogados en libre ejercicio profesional. La información recogida fue tabulada manualmente para obtener datos estadísticos para verificar la hipótesis planteada.

Con la finalidad de obtener suficiente información que nos permita desarrollar el sumario de la investigación jurídica, utilicé la técnica del fichaje, con fichas bibliográficas, hemerográficas y mnemotécnicas.

Recogida toda la información, procedí a analizarla objetivamente mediante tablas y cuadros estadísticos, para verificar los objetivos e hipótesis y para el planteamiento de las conclusiones y recomendaciones y de la propuesta jurídica de reforma.

Para el desarrollo y ejecución de esta tesis, utilicé los métodos y técnicas que tengo planteados en el proyecto de la misma, los cuales están permitidos por la investigación científica, detallo como los apliqué a continuación:

5.1. MÉTODOS.

El método utilizado en el desarrollo de la presente investigación es el de investigación científica.

La investigación del marco teórico se realizó en base a recopilación de Leyes, Reglamentos y páginas de internet que contienen la información de sustento de este trabajo.

Se realizaron varias entrevistas y diálogos, para el levantamiento de los procesos. Se entrevistó a jueces y fiscales del área penal.

Adicionalmente se realizó una encuesta a los profesionales del con el propósito de obtener la percepción de los profesionales sobre la investigación realizada.

Se tabularon los datos obtenidos en las encuestas y se aplicó técnicas estadísticas de conteo y de elaboración de gráficos estadísticos.

6. RESULTADOS.

6.1. PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS

Primera Pregunta.

1. ¿Cree Usted que se debería tomar el perjuicio causado a la víctima en los delitos de estafa dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal, para así poder establecer una sanción?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	%
SI	25	89,29
NO	3	10,71
TOTAL	28	100

Autor: Denisse Jhoana Vega Hidalgo

Fuente: Población encuestada



Análisis. De la pregunta N°1 ¿Cree Usted que se debería tomar el perjuicio causado a la víctima en los delitos de estafa dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal, para así poder establecer una sanción?; veinticinco (25) de los encuestados contestaron que SI, que representan el 89, 29%; y tres (3) de los encuestados contestaron que NO, que

representan el 10,71%, constituyendo de esta manera el 100%.

Interpretación. Como se observa del análisis del resultado, el 89, 29% de las personas encuestadas consideran que si es de gran importancia el incluir el perjuicio de la víctima en los delitos de estafa dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal; en tanto que el 10,71% restante manifiestan que no es necesario por lo que se supone ya está prevista no como tipo penal sino como sanción por algún delito.

Segunda Pregunta.

2. ¿Considera usted necesario que los legisladores sancionen como contravención el delito de estafa si este no excede las tres remuneraciones unificadas del trabajador?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	%
SI	28	100
NO	0	0
TOTAL	28	100

Autor:Denisse Jhoana Vega Hidalgo

Fuente: Población encuestada



Análisis. De lapreguntaNº2 ¿Considera usted necesario que los legisladores sancionen como contravención el delito de estafa si este no excede las tres remuneraciones unificadas del trabajador?; veintiocho (28) de los encuestados contestaron que SI, que representan el 100%; y ninguno de los encuestados contestaron que NO, que representan el 0%.

Interpretación Lógica. Como se observa del análisis del resultado, el 100% de las personas encuestadas consideran que si es necesario que los legisladores instauren medidas a fin de establecer el delito de estafa que sea menor de tres remuneraciones básicas unificadas del trabajador como contravención. Por lo tanto no existió encuestados que consideren que no necesario que los legisladores establezca otro normativa o la actual sea reformada.

Tercera Pregunta.

3. ¿Considera usted que en todos los delitos de estafa sean sancionados con la misma pena, así como también se les dé el mismo procedimiento?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	%
SI	4	14,29
NO	24	85,71
TOTAL	28	100

Autor:Denisse Jhoana Vega Hidalgo

Fuente: Población encuestada



Análisis. De la pregunta N°3 ¿Considera usted que en todos los delitos de estafa sean sancionados con la misma pena, así como también se les dé el mismo procedimiento?; cuatro (4) de los encuestados contestaron que SI, que representan el 14,29%; y veinticuatro (24) de los encuestados

contestaron que NO, que representan el 85,71%, constituyendo de esta manera el 100%.

Interpretación. Como se observa del análisis del resultado, el 85,71% de las personas encuestadas consideran que no están de acuerdo que en todos los delitos de estafa sean sancionados con la misma pena así como también el procedimiento sea el mismo, por lo que perjudican la víctima por el tiempo perdido; en tanto que el 14,29% restante manifiestan que si están de acuerdo en que no se establezca otro delito o contravención dentro del Código Orgánico Integral Penal por lo que los delitos establecidos dentro de este cuerpo legal ya cuentan con la sanción previendo para esta figura delictiva.

Cuarta Pregunta.

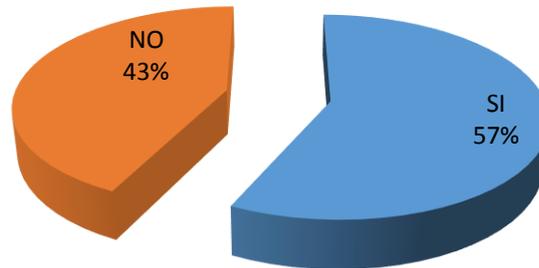
4. ¿Considera usted que la estafa menor a tres salarios básicos unificados, so lo tipifique como contravención?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	%
SI	16	57,14
NO	12	42,86
TOTAL	28	100

Autor: Denisse Jhoana Vega Hidalgo

Fuente: Población encuestada

PREGUNTA No.4



Análisis. De la pregunta N°4 ¿Considera usted que la estafa menor a tres salarios básicos unificados, so lo tipifique como contravención?; dieciséis (16) de los encuestados contestaron que SI, que representan el 57,14%; y doce (12) de los encuestados contestaron que NO, que representan el 42,86%, constituyendo de esta manera el 100%.

Interpretación Lógica. Como se observa del análisis del resultado, el 57,14% de las personas encuestadas indican que si se debe tipificar a la estafa como contravención si esta no excede de tres remuneraciones unificadas; en tanto que el 42,86% restante manifiestan que no están de acuerdo. Por lo tanto, se interpreta que ya existe delito establecido por temeridad dentro de nuestro cuerpo legal.

Quinta Pregunta

5. ¿Considera usted que, es necesario la presentación de denuncias por estafa menores de tres salarios unificados del trabajador ante la autoridad respectiva, tomando en consideración que la cuantía es menor?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	%
SI	40	100
NO	0	0
TOTAL	40	100

Autor: Denisse Jhoana Vega Hidalgo

Fuente: Población encuestada



Análisis. De la pregunta N°5 ¿Considera usted que, es necesario la presentación de denuncias por estafa menores de tres salarios unificados del trabajador ante la autoridad respectiva, tomando en consideración que la cuantía es menor?; cuarenta (40) de los encuestados contestaron que SI,

que representan 100%; y ninguno de los encuestados contestaron que NO, que representan el 0%.

Interpretación Lógica. Como se observa del análisis de resultado, el 100% de las personas encuestadas consideran que la presentación de denuncias por estafante la autoridad respectiva, si atentan el honor, reputación y buen nombre de los denunciados, así como también los daños que esta produce a la víctima. Por lo tanto, no existió ningún encuestado que indique que la presentación de denuncias por estafante la autoridad respectiva, no atentan al honor, reputación y buen nombre de los denunciados.

Secta Pregunta

6. ¿Cree usted que se debe reforma nuestro Código Orgánico Integral Penal con el propósito de establecer a la estafa como contravención, si esta no excede los tres salarios básicos unificados?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	%
SI	38	95
NO	2	5
TOTAL	40	100

Autor: Denisse Jhoana Vega Hidalgo

Fuente: Población encuestada



Análisis. De la pregunta N°6 ¿Cree usted que se debe reformar nuestro Código Orgánico Integral Penal con el propósito de establecer a la estafa como contravención, si esta no excede los tres salarios básicos unificados?; treintaiocho (38) de los encuestados contestaron que SI, que representan el 95%; y dos (2) de los encuestados contestaron que NO, que representan el 5%, constituyendo de esta manera el 100%.

Interpretación Lógica. Como se observa del análisis del resultado, el 95% de las personas encuestadas consideran que se debe reformar nuestro Código Orgánico Integral Penal con el propósito de establecer a la estafa como contravención, si esta no excede los tres salarios básicos unificados; en tanto que el 5% restante manifiestan que no se debe reformar el Código Orgánico Integral Penal.

7. DISCUSIÓN.

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

Los objetivos planteados en el proyecto para la realización de esta investigación, lo hemos podido comprobar y analizar, por todos los métodos planteados y en especial por la información teórica y doctrinaria que he desarrollado dentro del mismo trabajo, es así el objetivo general que en nuestro proyecto lo expusimos de esta forma se pudo verificar positivamente, el mismo se refería a:

“Realizar un estudio jurídico, doctrinario y científico, de una normativa que permita regule el delito de estafa que no exceda de tres salarios básicos unificados del trabajador y su incidencia en el Ecuador”

Este objetivo ha sido cumplido con el estudio de la legislación ecuatoriana referente al tema y que consta principalmente en la información doctrinaria en general, en el cual con la ayuda de la opinión de diferentes tratadistas, así como con el análisis personal de la normativa legal existente en nuestro país, y como dejar de lado la normativa de los diferentes países que establece una sanción para estas personas, tomando en consideración que a nadie se deje en indefensión y se le vulnere los derechos, por lo expuesto creo conveniente expresar que ha sido posible dar cumplimiento a este objetivo.

En el inicio de mi trabajo de investigación me planteé tres objetivos específicos es así que les daré un análisis a cada uno de ellos para poder verificar si está o no de acuerdo al trabajo realizado:

Como primer objetivo específico tenemos

Realizar un estudio crítico doctrinario para determinar si el procedimiento es correcto en los delitos de estafa que no exceden las tres remuneraciones, y las garantías para solucionar estos delitos son las correctas.

Como hemos podido observar en el desarrollo del presente trabajo, se puede verificar el presente objetivo ya que al analizar los marcos se llega a ver muy claramente que no existe norma alguna que permita que la estafa menor de tres salarios básicos unificados puede ser una contravención, para poder así ser evitada la tramitología que en delito se establece.

El segundo objetivo se pudo analizar de la siguiente forma;

Realizar un estudio del marco doctrinario, para determinar las causas del porque los delitos de estafa de mínima cuantía no son denunciados.

Se puede verificar este objetivo, al observar que no existe ley o norma que permita la contravenciones de estafa si el monto de dicha estafa no excedió los tres salarios básicos unificados del trabajador.

El tercer objetivo específico se pudo comprobar de la siguiente forma:

Realizar una propuesta de reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal para establecer una nueva normativa, donde se establezca la estafa que no exceda de tres salarios básicos unificados como contravención.

Como se puede deducir de mi trabajo investigativo, estos han sido cumplidos a cabalidad tanto en el desarrollo de los capítulos con contenido teórico como con la investigación de campo, y el poder establecer una reforma al Código Orgánico Integral Penal para poder establecer una normativa que permita que las estafas que no exceden de tres salarios básicos unificados fueren tomadas como contravención.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

Al iniciar mi trabajo de investigación, me propuse la siguiente hipótesis:

El delito de estafa en el Ecuador es uno de los delitos económicos de mayor frecuencia, que por el hecho de estar considerado delito de acción

pública no está siendo denunciado ni juzgado cuando el monto del perjuicio no supera los tres salario básico unificado del trabajador en general, por lo expuesto se cree conveniente se establezcan una normativa que permita la conciliación de las partes dentro del proceso en los delitos de estafa.

Al concluir el trabajo investigativo realizado, puedo corroborar que esta hipótesis es positiva; lo cual se puede comprobar con la información teórica aportada, y con la investigación de campo. Por lo que puedo expresar que en efecto se debe crear una norma que permita establecer como contravención a los delitos de estafa que no excedan la cuantía de tres salarios básicos unificados del trabajador.

8. CONCLUSIONES.

- PRIMERA.- Se considera al Derecho Penal como mecanismo de control social, estableciendo normas que sancionen al infractor, y reconozcan los derechos de las partes dentro del proceso, tomando en consideración que al no existir una normativa para sancionar como contravención penal la estafa que su cuantía no exceda de tres salarios básicos unificados.
- SEGUNDA.- Por el hecho de no existir en el Código Orgánico Integral Penal, norma específica para sancionar a las personas que ocasionen el delito de estafa y esta no exceda de tres salarios básicos unificados se la tome como contravención.
- TERCERA.- Consideramos necesario y compartimos el criterio de varios pensadores en Derecho como tenemos al Doctor Ernesto Albán Gómez en su libro Manual de Derechos Penal Ecuatoriano, la Licenciada Susana Arazi en su libro de Derecho Procesal Civil y Comercial y penal, por nombrar algunos de ellos, coincidiendo en que se cree una norma que sancione a las personas que causaren daño en los delitos de estafa, así como también se pueda tomar la tramitología de las contravenciones para poder establecer el trámite a estos delitos si la cuantía no excede de tres remuneraciones básicas del trabajador.
- CUARTA.- La falta de normas específicas en el Código Orgánico Integral Penal, para sancionar a las personas que causaren daño por

estafa que no exceda de tres salarios básicos del trabajador para poder ser sancionados como contravención.

- QUINTA.- Los criterios obtenidos en esta investigación de parte de las personas encuestadas y entrevistadas, establecen que existe la necesidad del planteamiento de una reforma al Código Orgánico Integral Penal, con la finalidad de establecer una normativa que sancione a las personas que causaren daño por el delito de estafa.
- SEXTA.- Que las personas que causen daño por el delito de estafa, deben ser sancionados ya sea con pena privativa de libertad, pena pecuniaria o pena administrativa.
- SÉPTIMA.- Así mismo se ha establecido que no se encuentra debidamente regulado en la Código Orgánico Integral Penal la fijación de un trámite como contravención a los delitos de estafa que no exceda de tres salarios básicos unificados.

9. RECOMENDACIONES.

- PRIMERA.- Que la Asamblea Nacional proceda a reformar el actual Código Integral Penal, en especial a lo que concierne a la fijación de una sanción a las personas que causaren daño moral a terceros por actos temerarios, sancionando en forma severa por los daños ocasionados a la partes .
- SEGUNDA.- Recomendamos en el Código Orgánico Integral Penal en su Capítulo quinto que trata sobre la Responsabilidad Ciudadana se incorpore un articulado a las personas que causaren daño por estafa que no exceda de tres salarios básicos unificados del trabajador como contravención.
- TERCERA.- Se debe tomar en consideración el criterio de los grandes pensadores del Derecho, con el ánimo que se pueda reformar nuestro Código Orgánico Integral Penal para normar una sanción a estas personas por estafa que no exceda de tres salarios básicos unificados del trabajador como contravención.
- CUARTA.- Incorporar al Código Orgánico Integral Penal un mecanismo legal que permita fijar una respectiva sanción a las personas por estafa que no exceda de tres salarios básicos unificados del trabajador como contravención.
- QUINTA.- Iniciar un proceso intensivo de información, capacitación y sensibilización a los a las personas que causaren daño por estafa que no exceda de tres salarios básicos unificados del trabajador como contravención.

- SEXTO.- Recomiendo que se concientice a estos profesionales para de esta forma inculcar la legalidad en los informes o denuncias que los mismos emiten
- SÉPTIMO.-Iniciar un proceso intensivo de información, capacitación y sensibilización a las personas que hayan cometido este delito.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

La presente tesis aspira a reformar el Código Orgánico Integral Penal, para establecer como contravención a los delitos de estafa que no exceda de tres salarios básicos unificados del trabajador.

9.1.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.



ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO.

Que, es deber primordial del estado garantizar el cumplimiento efectivo de las normas constitucionales.

Que, constituye labor fundamental de la función Legislativa, adecuar al Marco Jurídico-Legal existente, a los actuales requerimientos de la sociedad Ecuatoriana.

Que, la Constitución de la república del Ecuador señala que se reconoce los derechos al acceso gratuito y la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, pues nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza.

Que, el Convenio Americano Sobre Derechos Humanos establece el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley.

Que, el artículo 169 de la Constitución declara que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y que las normas procesales deben consagrar los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y hacer efectivas las garantías del debido proceso;

Que, a pesar de que el combate de la delincuencia es un tema complejo que supone la actuación eficiente y coordinada de todos los actores involucrados, hay una demanda de distintos sectores sobre aspectos puntuales de la legislación y, por lo tanto, le corresponde a la Asamblea Nacional dar una respuesta en esta materia; y,

Que, La Constitución De La República Del Ecuador en su artículo 120 da atribuciones y deberes a la Asamblea Nacional es así que en el numeral seis norma que la Asamblea “Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”. Y en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución De La República expide lo siguiente.

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

De conformidad a las atribuciones y competencias de la Asamblea Nacional del Ecuador, y en ejercicio de sus facultades constitucionales que le confiere el Numeral 6 del Art. 120 expide la siguiente. **LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL:** en su Libro Primero de las Infracciones Penales, Título cuarto de las Infracciones en Particular, Capítulo segundo que trata sobre los Delitos Contra Los Derechos De La Libertad, y en su Sección Novena Delitos Contra El Derecho A La Propiedad, a continuación del Art. 168 agregase el siguiente artículo innumerado;

Art 168.1- **Contravenciones de 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, y esta no exceda de tres salarios básicos unificados, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días, así como también la reparación de los daños y perjuicios ocasionados y una multa equivalente a un salario básico unificado del trabajador.

Artículo final._ La presente reforma penal entrará en vigencia, luego de su promulgación y publicación en el Registro Oficial.

Certifico:_ Que el presente Proyecto de Ley, fue analizado y aprobado, en las sesiones de la Comisión Especializada Permanente de lo Penal el día 21 del mes de Marzo de 2016 a las 10H00.

.....

Gabriela Rivadeneira.

Presidente(a) de la Asamblea Nacional.

.....

Livia Rivas

Secretario(a) General.

10. BIBLIOGRAFÍA

- SALVADOR Orizaba Monroy, Diccionario Jurídico ABC Definición de pericia, edición 1. Año 2008
- CABANELLAS DE TORRES. Guillermo. "DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL" Ed. Heliasta. Argentina, 1998. pp.74
- OSSORIO Y FLORIT, Manuel. "DICCIONARIO DE DERECHO". Ed. Heliasta. 2011. pp. 325
- CABANELLAS DE TORRES. Guillermo. "DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL "Ed. Heliasta. Argentina, 1988. pp.74
- Vía Definicion.mx: <http://definicion.mx/contravencion/>
- Diccionario de la Real Academia Española. Contravención. Ed. Océano. Barcelona-España. 1988.
- GUAICHA RIVERA Patricia Elizabeth, Libro El Derecho A La Defensa En El Proceso Penal Ecuatoriano, publicación 2010 pagina 107.
- Diccionario de la lengua, Real Academia Española, vigésima primera edición.
- En la antigua Roma, el precedente del concepto moderno de estafa, lo constituye el "crimen stellionatus". El vocablo "stellionatus", deriva de "stellio" y "onis" con que se designaba al estelión o salamanqueza. Más tarde, bajo este nombre de estelionato, se castigaban todos los actos cometidos en perjuicio del patrimonio de otro, el cual designaba a una pluralidad de hechos que dañaban la propiedad y que se encontraban entre la falsedad y una comprensión larga de ciertos hechos graves del furtum. "Los juristas romanos no definieron el

delito de estelionato ya que estimaban imposible enumerar los casos particulares. Por tanto, quedaba al arbitrio del Pretor determinar cuándo un hecho en particular debía ser reprimido penalmente. Las decisiones de los Pretores consagraron algunos hechos que constituyeron estelionatos, tales como: empeñar, vender, permutar o dar insolutum una cosa ya obligada; sustituir mercaderías después de haberlas vendido o hacerlas desaparecer antes de la tradición”

- ANTÓN Oneca, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Editorial Francisco Seix S.A. 1958
- Soler, Sebastián "DERECHO PENAL ARGENTINO", Tomo II, 1988, Buenos Aires.
- CARLOS FONTÁN BALESTRA - TRATADO DE DERECHO PENAL (TOMO I), Editorial: Abeledo - Perrot Páginas: 525 p Año: 1995
- Manzini
- ANTÓN Oneca, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Editorial Francisco Seix S.A. 1958
- Hernández (2003) p. 153
- R.I.T. n° 81-2011 de fecha 7 de marzo de 2011, seguida ante el T.O.P.
- Romero Gladis, Nancy. Los Elementos del delito de Estafa, Buenos Aires, Edit. Lerner, 1985 p. 107, Yubero, Cánepa. “El Engaño en el Delito de Estafa”, Editorial Jurídica Cono Sur, 1985, p. 100
- Labatut Glenda, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile; 1999, p. 225.

- Conde-Pumpido Tourón, Cándido. Estafas, Valencia, 1997, p. 46
- León Alva, Eduardo, Abogado. Magíster en la Especialización de Derecho penal por la Universidad de Sevilla- España. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP), en Alerta Informativa – El Engaño en el delito de Estafa.
- CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta. Pág. 164.
- LABATUT Glens, Gustavo. Derecho Penal. Tomo II. Novena edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 225.
- PEÑA Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial. Tomo II. Editorial Idemsa. Edición noviembre de 2008. Página 321.
- CODIGO PENAL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Artículo 563. Sección I: Doc. 2. Pág. 113.
- CODIGO PENAL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Artículo 563. Sección I: Doc. 2. Pág. 113.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel. “El delito de estafa”. Barcelona, Bosch, Año 1987. Pág. 214.
- CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta. Pág. 324.
- PLASCENCIA Villanueva, Raúl. “Teoría del Delito”. Primera Edición, 1998. México, D.F., Año 1998. Pág. 70
- LEÓN Ortiz, Andrés. “Teoría del Delincuente”. México, 2002. Pág. 32

- CREUS, Carlos. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires –Argentina. Año 1983. Pág. 465.
- MUÑOZ Conde, Francisco. “DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL”. Duodécima edición. Valencia 1999. Pág. 400
- RUEDA, Ramiro. Elementos del Derecho Penal. Santiago de Chile: José M. Paredes, 1898. Pág 511.
- CREUS, Carlos. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires –Argentina. Año 1983. Pág. 465
- ESTRELLA Ruiz, Manuel Dr. “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”. Cádiz-España. Pág.51
- MUÑOZ Conde, Francisco. “DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL”. Duodécima edición. Valencia 1999. Pág. 435
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal, pág. 84.
- Fontán Palestra, Carlos. Tratado de derecho penal, pág. 67.
- Rodríguez Devesa, José María. Derecho penal español, pág. 40.
- LABATUT Glenda, Gustavo. Derecho Penal. Tomo II. Novena edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 225.
- CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta. Pág. 164.
- Cuello Eugenio. Derecho Penal. Delitos contra la Propiedad. Tomo II. 1952 Pág. 491.

- DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Tercera Edición Actualizada 2000. Editorial Universidad. Buenos Aires –Argentina. Pág. 397
- OVALLE FAVELA, José. Teoría General del Proceso. Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Surgirá en Bolonia, en los siglos XII y XIII. Los rasgos de esta Escuela, son los compendios de los Juristas que pertenecen a esta Escuela. Las obras de proceso se basan en el Derecho Común o Italiano o Medieval.
- VALDIVIESO VINTIMILLA, Simón. Procedimiento Penal. Litigación Penal en el Ecuador. Ediciones CARPOL. Librería & Editorial Jurídica “Carrión”. Primera Edición. Cuenca-Ecuador. 2014. Pág. 110
- CARNELUTTI, Francesco, Abogado y jurista Italiano.
- ODERIGO, Mario A., “Lecciones de Derecho Procesal Penal”, 2da. Edición, Editorial De Palma, Argentina, Buenos Aires, 1994, Pág. 5
- COUTURE ETCHEVERRY, EDUARDO Juan. Abogado y Profesor Uruguayo
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial Edino.-Tomo I. Pág. 39.
- VALDIVIESO VINTIMILLA, Simón. Procedimiento Penal. Litigación Penal en el Ecuador. Ediciones CARPOL. Librería & Editorial Jurídica “Carrión”. Primera Edición. Cuenca-Ecuador. 2014. Pág. 110.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Procesalista Argentino.

- ALCALÁ ZAMORA, CASTILLO NICETO, Derecho Procesal mexicano, procesalista español.
- RAMIREZ PRADO, Fidel. Diccionario Militar. Ediciones Jurídicas. Lima _ Perú. 2013. Pág. 435.
- VACA ANDRADE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal 1ª Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito -Ecuador, 2001, Pág. 2.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1341 del 11 de diciembre de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Galvis)
- Corte Constitucional. Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001.
- John Nowak y Ronald Rotunda, Constitutional law, St. Paul, Minn., 1995, pp. 380-451, así mismo, John Hart Ely, On constitutional ground, Princenton University Press, New Jersey, 1996 pp. 311 y ss.
- MACHICADO, Jorge, El Debido Proceso penal, La Paz, Bolivia: AJ@Apuntes Juridicos, 2010.
- GUAICHA RIVERA Patricia Elizabeth, Libro El Derecho A La Defensa En El Proceso Penal Ecuatoriano, publicación 2010 pagina 107.
- Apéndice de la Constitución Política de la República de Chile del año 1980. Primera Edición actualizada a Marzo de 2001
- (Gómez Colomer, Juan Luis; en su prólogo a la obra El Principio del Proceso Debido, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, España, 1995, p. 17).
- MEZGER. "Tratado de Derecho Penal: Libro de Estudio". Tomo I. Editorial Lumbreira. Montevideo-Uruguay. Pág. 110.

- CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta. Pág. 188.
- ARTEAGA, Sánchez, Alberto. “La Estafa y otros fraudes”. Editorial Jurídica Alva. Venezuela 1995. Pág. 101
- ARTEAGA, Sánchez, Alberto. “La Estafa y otros fraudes”. Editorial Jurídica Alva. Venezuela 1995. Pág. 101
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Parte Especial. Editorial La Ley. Bs Aires, 1946. Pág. 327.
- Soler, Sebastián citado en Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 16.
- Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. Op. Cit. Pág. 401.
- Pérez, L. C. (1988). Derecho Penal Parte General y Especial. (segunda edición). Colombia: Editorial Temis. Pág. 344.
- Damianovich de Cerrado, Laura citada en Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 19
- Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 45.
- Colin, A. y Capitán, H. (1975). Curso elemental de Derecho Civil. (cuarta edición). Madrid, España: Editorial Reus. Pág. 229.
- Colin, A. y Capitán, H. (1975). Curso elemental de Derecho Civil. (cuarta edición). Madrid, España: Editorial Reus. Pág. 305.
- Gherzi, C. A. (2002). Derecho civil Parte general. (tercera edición). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Pág. 296.
- Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 21.

- Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Octavo de los Derechos de Protección, Artículo. 169
- CONSTITUCIÓN De La República Del Ecuador, Título III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES , Capítulo I GARANTÍAS NORMATIVAS, art. 84
- CONSTITUCIÓN De La República Del Ecuador, Título II Derechos, Capítulo VIII Derechos De Protección, Art, 75
- Código Penal Chileno. Título IX: CRIMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. 8 Estafas y otros engaños. Artículos 467 al 473.
- BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Artículo: "El engaño en el delito de estafa", en Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal, No. 1, 2010, Universidad de los Andes, Santiago (Chile)
- LABATUT Glenda, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile; 1999, p. 225.
- CARRARA, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial (Traducción J. Ortega Torres y J. Guerrero, Bogotá, 1980), Tomo IV, pp. 426 ss.
- Bolivia: Código penal según ley n° 1768 de modificaciones al código penal. Capítulo IV Estafas y Otras Defraudaciones. Artículos 335 Al 344
- CODIGO PENAL DE PERU. Capítulo V: Estafa y Otras Defraudaciones. Artículos 196 -197

- ROMERO Gladis, Nancy. Los Elementos del delito de Estafa, Buenos Aires, Editorial Lerner, 1985. Pág107
- LABATUT Glenda, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile; 1999, p. 225.
- CONDE Pumpido Ferreiro, Cándido. Estafas, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 46
- RODRÍGUEZ Devesa, José María. Derecho Penal Español [PE], 8va Edición, Madrid, 1981, p 434.
- PEÑA Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Editorial Idemsa. Edición noviembre 2008. Página 321

11. ANEXOS.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

TEMA

“TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, LA CONTRAVENCIÓN DE ESTAFA CUANDO EL PERJUICIO A LA VÍCTIMA NO EXCEDA DE TRES SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR”.

AUTORA

Denisse Jhoana Vega Hidalgo.

LOJA – ECUADOR

2017

1. TEMA

“TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, LA CONTRAVENCIÓN DE ESTAFA CUANDO EL PERJUICIO A LA VÍCTIMA NO EXCEDA DE TRES SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR”.

2. PROBLEMÁTICA.

La actual legislación penal en el Ecuador ha evolucionado respecto a lo que significan varios de los principios procedimentales y constitucionales dentro de los cuales considero que uno de los más relevantes es la reparación integral del daño causado a la víctima.

Los delitos conocidos como económicos o que van en contra del patrimonio de las personas como bien jurídico protegido por el estado, se han incrementado notablemente en el transcurso de los últimos años, una de estas conductas delictivas es la estafa, tipificada en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, y establece como pena privativa de la libertad de cinco a siete años y en casos especiales de siete a diez años, al mencionar lo siguiente:

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

La pena máxima se aplicará a la persona que:

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

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

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

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

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

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

La estafa cometida a través de una institución del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria que realicen intermediación

financiera mediante el empleo de fondos privados, públicos o de la Seguridad Social, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

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

Luego de analizar la normativa vigente se llegó a considerar que la legislación en estos casos no establece normas mínimas para que se configure el tipo penal, por lo que al ser un delito de acción pública en todos los casos conlleva que se tramite a través del procedimiento ordinario y todas sus etapas.

El problema se evidencia en los casos en que la estafa se produce por montos inferiores a tres salarios básicos unificados del trabajador ya que no existe proporcionalidad en la sanción y resulta ser un trámite sumamente caro y engorroso que ve obligado a mover todo el aparataje gubernamental (Fiscalía General del Estado, Jueces de Garantías Penales, Tribunales de Garantías Penales y la Sala de Garantías Penales), y por parte de la víctima significaría un gasto y tiempo superior al monto del perjuicio causado.

Por lo que el presente trabajo de investigación va dirigido a determinar lo antes narrado como un problema jurídico latente en la actualidad y da como solución al mismo una propuesta de reforma legal a fin de que se establezca la estafa cuyo perjuicio no exceda de un salario básico unificado del trabajador como contravención.

Se cree conveniente el crear una normativa que permita de una u otra forma aligerar el tramite dentro de la denuncias por etapas, y que mejor el establecer la normativa que permita la conciliación de las partes dentro del proceso si el monto no exceden los tres salarios básicos unificados del trabajador.

Finalmente, con los antecedentes presentados, el tema propuesto permitirá realizar reformas, para que las víctimas de estafa puedan acceder a tramitar su proceso por contravención si el monto no excede de tres salarios básicos unificados del trabajador.

3. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo de investigación jurídica se encuentra dentro del Derecho Penal; y, se justifica por un sin número de razones dada la importancia y trascendencia del mismo, además porque se refiere a un problema social para la víctimas que ha sido estafada con un monto menor al de tres salarios básicos unificados del trabajador.

Así también se el presente trabajo de investigación se justifica plenamente ante las necesidades imperiosas de realizar un cambio a la legislación penal Ecuatoriana para la estafa cuyo monto no exceda de tres salarios básicos unificados del trabajador como contravención, a fin de que el estado y la víctima no se hallen inmersos en un trámite legal y que implican gastos innecesarios, así mismo esta reforma implica que se aplique estrictamente el principio de proporcionalidad entre el acto y la sanción.

Se cumple con la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico con aspectos inherentes a las materias de Derecho Positivo, para aprobar el ciclo, además para optar por el grado de Licenciada en Jurisprudencia, y el título de abogada en mi caso.

Con relación a la factibilidad de la investigación debemos manifestar que contamos con la disponibilidad de tiempo necesario para la ejecución del

presente trabajo, existen las fuentes bibliográficas y documentales indispensables para el acopio de información, cabe mencionar y no dejar de lado el importantísimo asesoramiento de parte de nuestro Docente Coordinador. Por último aclaramos que contamos con los recursos económicos y técnicos suficientes para culminar con éxito ésta investigación jurídica.

En calidad de egresada de la carrera de Derecho y futura Abogada, trataré de dar solución a esta problemática; en igual forma aspiro se constituya en un aporte significativo, tanto para los estudiantes y profesionales del Derecho, así como para la sociedad en general.

Por todo lo expuesto, considero que se justificará plenamente la realización de la presente investigación socio- jurídica.

4. OBJETIVOS:

4.1 OBJETIVOS GENERAL:

- Realizar un estudio jurídico, doctrinario y científico, de una normativa que permita regule el delito de estafa que no exceda de tres salarios básicos unificados del trabajador y su incidencia en el Ecuador.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Realizar un estudio crítico doctrinario para determinar si el procedimiento es correcto en los delitos de estafa que no exceden las tres remuneraciones, y las garantías para solucionar estos delitos son las correctas.
- Realizar un estudio del marco doctrinario, para determinar las causas del porque los delitos de estafa de mínima cuantía no son denunciados.
- Realizar una propuesta de reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal para establecer una nueva normativa, donde se establezca la estafa que no exceda de tres salarios básicos unificados como contravención.

5. HIPÓTESIS:

El delito de estafa en el Ecuador es uno de los delitos económicos de mayor frecuencia, que por el hecho de estar considerado delito de acción pública no está siendo denunciado ni juzgado cuando el monto del perjuicio no supera los tres salarios básico unificados del trabajador en general, por lo expuesto se cree conveniente se establezca una normativa que permita la conciliación de las partes dentro del proceso en los delitos de estafa.

6. MARCO TEORICO.

Para entrar al desarrollo del marco conceptual hay que tomar muy en consideración que esto me servirá de ayuda para el desarrollo del presente trabajo, al analizar los diferentes conceptos para dar mayor realce al mismo.

6.1 LA ESTAFA.

Es un vocablo relacionado con el verbo estafar, se le puede definir como un delito que se ejecuta contra el patrimonio o la propiedad y que se perpetra por medio de un engaño. El estafador se encarga de que la víctima crea en algo que no tiene existencia real.

Es común sostener en la doctrina que el origen de la palabra estafa se encuentra en el derecho romano. Se había previsto el crimen *stellionatus*

como el hecho punible en que se obtiene provecho indebido a causa del engaño. **“Estelión o salamandra animal de colores indefinibles que varían ante los rayos del sol habría sugerido a los romanos el nombre de stellionatus,”**¹¹³ como título del delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena.

La estafa en forma general está referida a una reducción del patrimonio como resultado de un engaño.

Por lo general cuando se emplea el término estafa va implícito el engaño; por ello se deduce que para que se produzca el delito de estafa necesariamente tiene que estar precedido por el engaño, el mismo que induce a la víctima a caer en error, para desprenderse sin mediar violencia de su patrimonio.

La estafa puede definirse como la lesión del patrimonio ajeno a través del engaño, el fraude, el ardid y cualquier otra argucia con ánimo de lucro.

¹¹³ En la antigua Roma, el precedente del concepto moderno de estafa, lo constituye el “crimen stellionatus”. El vocablo “stellionatus”, deriva de “stellio” y “onis” con que se designaba al estelión o salamanqueza. Más tarde, bajo este nombre de estelionato, se castigaban todos los actos cometidos en perjuicio del patrimonio de otro, el cual designaba a una pluralidad de hechos que dañaban la propiedad y que se encontraban entre la falsedad y una comprensión larga de ciertos hechos graves del furtum. “Los juristas romanos no definieron el delito de estelionato ya que estimaban imposible enumerar los casos particulares. Por tanto, quedaba al arbitrio del Pretor determinar cuándo un hecho en particular debía ser reprimido penalmente. Las decisiones de los Pretores consagraron algunos hechos que constituyeron estelionatos, tales como: empeñar, vender, permutar o dar insolutum una cosa ya obligada; sustituir mercaderías después de haberlas vendido o hacerlas desaparecer antes de la tradición”

En contra de lo que piensa Eusebio Gómez, no es difícil definir la estafa. En el Derecho Penal moderno no hay delitos indefinidos, ni por tanto indefinibles.

Para Antón Oneca, estafa es ***“la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”***¹¹⁴.

Según Soler, la estafa ***“es una disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, el cual ha sido logrado mediante ardides tendientes a obtener un beneficio indebido”***¹¹⁵.

A su vez, Fontán Balestra define la estafa del siguiente modo: ***“una disposición de carácter patrimonial perjudicial, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o el engaño del sujeto activo, que persigue el logro de un beneficio indebido para sí o para un tercero”***¹¹⁶.

En síntesis, la estafa entraña una lesión patrimonial causada por fraude. La estafa es un fraude. El fraude por antonomasia. Tanto es así que el Capítulo

¹¹⁴ ANTÓN Oneca, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Editorial Francisco Seix S.A. 1958

¹¹⁵ Soler, Sebastián "DERECHO PENAL ARGENTINO", Tomo II, 1988, Buenos Aires.

¹¹⁶ CARLOS FONTÁN BALESTRA - TRATADO DE DERECHO PENAL (TOMO I), Editorial: Abeledo – Perrot Páginas: 525 p Año: 1995

III del Título X (Libro Segundo del Código Penal venezolano) ostenta este rubro: De la estafa y otros fraudes.

La estafa se caracteriza por el dolo inicial o dolo al comienzo.

En otros términos, el dolo es anterior a la tenencia o recepción de la cosa.

Por el contrario, en la apropiación indebida no existe el vicio inicial del consentimiento causado por el fraude del sujeto activo. El dolo de este es posterior a la tenencia o recepción legítima de la cosa.

Como apunta Manzini, ***“en la apropiación indebida se obra por abuso de una tenencia no lograda delictuosamente”***¹¹⁷.

Escribe Antón, que ***“en la estafa la intención criminal es anterior o contemporánea a la recepción de las cosas, mientras en la apropiación indebida es posterior a ella”***¹¹⁸.

En opinión de Grisanti, quien se ofrece a otro como depositario, con la previa intención, que realiza, de adueñarse de la cosa depositada, comete una estafa. En este caso, ha habido dolo inicial.

¹¹⁷ Manzini

¹¹⁸ ANTÓN Oneca, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Editorial Francisco Seix S.A. 1958

6.2 TIPO PENAL DE LA ESTAFA

El núcleo del tipo penal de estafa consiste en el engaño. El sujeto activo del delito se hace entregar un bien patrimonial, por medio del engaño; es decir, haciendo creer la existencia de algo que en realidad no existe. Por ejemplo: se solicita la entrega de un anticipo de 5.000 dólares como entrada para la adquisición de una vivienda en un conjunto residencial, inmueble que no existe.

Esta idea es explicada con acierto por el profesor Hernández, quien sostiene que esta materia, dada su fama de ser **“particularmente compleja y oscura”**¹¹⁹, hace alusión a un tipo penal con un cúmulo de requisitos concatenados, muchísimo más que en otros delitos: **“esto significa que la estafa objetivamente es algo más que un engaño, un error, una disposición patrimonial y un perjuicio; es el conjunto de esos elementos pero concatenados de una determinada manera y no de otra”**¹²⁰.

El bien jurídico protegido es el patrimonio o propiedad. Modernamente se considera que el término más apropiado es el de patrimonio, que consiste en una universalidad de derecho (*universitas iuris*), que se constituye por activos y pasivos. En términos generales, cuando como consecuencia de un engaño se produce la disminución del patrimonio por la aparición súbita de

¹¹⁹ Hernández (2003) p. 153

¹²⁰ Hernández (2003) p. 153.

un pasivo en desmedro del activo, se ha lesionado el bien jurídico por medio de una estafa.

Existen diferentes modalidades, ya que se entiende que el engaño se puede producir tanto de un modo activo (lo más frecuente) como de un modo pasivo. El problema principal para entender que un engaño de un modo pasivo es calificativo de estafa, es que el engaño debe ser bastante como para producir un acto de disposición. Una actuación pasiva (no informar, o no contar algo) es difícil que provoque un engaño de tal magnitud.

Sobre este punto, la jurisprudencia oscila en su aceptación. Así, en causa R.I.T. n° 81-2011 de fecha 7 de marzo de 2011, seguida ante el T.O.P. de Curicó, éste determinó: ***“por otra parte, para la mayoría de este tribunal, carece de total importancia si los acusados obtuvieron algún beneficio económico con los pines telefónicos, puesto que para dichos jueces, dentro de los requisitos de la estafa, no está como elemento del tipo penal el ánimo de lucro, ya que ello es un elemento posterior a la consumación del delito, que viene a aparecer una vez que ya se ha agotado la acción, por lo que no es necesario acreditar para configurar el delito de estafa que los pines que fueron emitidos desde las cajas que operaban los acusados hayan sido efectivamente cargados en algún teléfono móvil, enajenados a terceros o que los acusados hayan obtenido algún beneficio económico con ellos”***¹²¹.

¹²¹ R.I.T. n° 81-2011 de fecha 7 de marzo de 2011, seguida ante el T.O.P.

En el derecho español se diferencia entre las estafas constitutivas de delito y las que constituyen falta, estando la nota diferencial en el valor de lo estafado. Para entender todo esto, hace falta un entendimiento de la diferencia entre delito y falta, que se encuentra en el hecho que:

Las faltas sólo se castigan cuando son consumadas, esto es se ha realizado el resultado lesivo, ahora bien esta regla no es absoluta, puesto que las faltas contras las personas y contra el patrimonio se castigan, también, cuando son intentadas. Las faltas son juzgadas por el juez de instrucción y los delitos por el juez de lo penal.

La reincidencia sólo cuenta en los delitos, no las faltas. Como regla la diferencia básica está en la gravedad de la conducta: más grave delito menos grave falta.

6.3 EL ENGAÑO

Se le define como la desfiguración de lo verdadero o real capaz de inducir a error a una o varias personas. En otras palabras, la expresión engaño designa la acción o efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad.

"El engaño es una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas"¹²²; para Labatut el engaño como elemento del

¹²² Romero Gladis, Nancy. Los Elementos del delito de Estafa, Buenos Aires, Edit. Lerner, 1985 p. 107, Yubero, Cánepa. "El Engaño en el Delito de Estafa", Editorial Jurídica Cono Sur, 1985, p. 100.

delito de estafa consiste **"en la mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno, como medio de conseguir la entrega de la cosa"**¹²³. El español Cándido Conde-Pumpido Tourón, refiriéndose al engaño dice: **"se entiende por engaño la falta a la verdad en lo que se dice o hace, de modo que los demás se formen una representación incierta de lo que el sujeto realmente pretende"**¹²⁴

El engaño "es como un medio no violento del que se sirve el sujeto activo para viciar el consentimiento de la víctima o disponente, mediante la desfiguración de la realidad, bien alegando hechos falsos ocultando los verdaderos, en cualquier caso quebrantando la confianza del sujeto pasivo que cree razonablemente en la buena fe del autor"¹²⁵.

6.4 CONTRAVENCIONES

El término contravención es un término del ámbito del derecho que se utiliza para designar a aquellos actos que van en contra de las leyes o lo legalmente establecido y que por lo tanto pueden representar un peligro tanto para quien lo lleva a cabo como también para otros. Normalmente, la idea de contravención se aplica a situaciones de falta de respeto a las normas, ya que si bien muchos de ellos no son delitos de gravedad, suponen siempre una infracción a la ley. **"Una contravención es una violación de**

¹²³ Labatut Glana, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile; 1999, p. 225.

¹²⁴ Conde-PumpidoTourón, Cándido. Estafas, Valencia, 1997, p. 46.

¹²⁵ León Alva, Eduardo, Abogado. Magíster en la Especialización de Derecho penal por la Universidad de Sevilla-España. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP), en Alerta Informativa – El Engaño en el delito de Estafa.

una determinada norma que tiene un carácter menor y que por lo tanto es insuficiente para calificarla como delito”¹²⁶.

Así también para la guía del derecho expresa que

***“El Derecho Contravencional es una rama del Derecho Penal, nacida con la sistematización francesa del siglo XIX; y puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas antijurídicas, no tipificadas como delitos, que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos menos importantes o no esenciales para los individuos o para la sociedad, por lo cual se consideran conductas menos graves que los delitos, que afectan en general a la administración pública y a la convivencia, previéndose penas menores”.*¹²⁷**

Cuando hablamos de una contravención estamos hablando siempre de un acto que está tipificado en el derecho y que supone un tipo de castigo o sanción para aquel que la lleva a cabo. Esto es así ya que el hecho de contravenir la ley es entendido como un error y por lo tanto si la ley se aplica a todos por igual, aquel que no la respete debe recibir algún tipo de sanción, castigo o advertencia. Las contravenciones pueden ser muy diversas y aplicarse a numerosos aspectos de la vida social: desde las formas de comportarse públicamente hasta el modo de convivencia.

¹²⁶ Vía Definicion.mx: <http://definicion.mx/contravencion>

¹²⁷ Lee todo en: La guía de Derecho Derecho Contravencional,

6.5 DELITO.

“Delito deriva del verbo latino delictum, del verbo delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar; abandono de la ley”.¹²⁸

“El delito consiste en la violación de un deber jurídico, de un derecho subjetivo. Es la negación del derecho objetivo. La idea del delito toma su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación de la ley penal, es la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley.

Es todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena; impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso”.¹²⁹

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo. El sujeto activo del delito es toda persona que, infrinja la ley penal, ya sea por su propia voluntad o sin ella; es decir, el delito puede ser cometido, por el sujeto activo, con pleno conocimiento de la acción que va a realizar, esperando el resultado de ése, o, en caso contrario, sin la voluntad de ese sujeto, cuando la acción, que da origen al delito; no es deseada y se comete por imprudencia o sucede por un accidente. Sin

¹²⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal, pág. 84.

¹²⁹ Fontán Palestra, Carlos. Tratado de derecho penal, pág. 60.

embargo, este sujeto será el que realice la acción de la conducta o la omisión de la misma que están previstas y sancionadas por la ley penal. En el caso del sujeto pasivo del delito, éste será toda persona que resienta el daño que ocasiona la comisión del delito, la consecuencia de la conducta delictiva, ya se trate de su persona; en sus derechos o en sus bienes la persona a quien se le afecta en su esfera personal de derechos e intereses.

El delito formal se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado; y son los delitos de lesión o daño y de peligro. Según el objeto o fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra la cosa pública o el Estado mismo o sus instituciones y delitos contra las personas privadas; delitos políticos y no políticos.

Según los sujetos que los realizan, los delitos individuales y colectivos, comunes y especiales según la ley que los contenga; y ocasionales y habituales según la constancia con que delinque el sujeto que los realiza. Según los requisitos para la procedibilidad o persecución de los delitos, conforme al bien jurídico protegido que afecta, de acuerdo a la naturaleza del daño afectación del bien; los delitos son de acción pública o de acción privada.

“La teoría del delito a los fines del siglo diecinueve y bajo la influencia de las ideas científicas, imperantes por entonces, los

*juristas se preocuparon de identificar los elementos naturales del delito. Las nociones utilizadas fueron de naturaleza síquica o biológica. Se tiene que fijar una fecha para indicar más o menos arbitrariamente el origen de la teoría del delito y la formulación de la distinción entre las nociones de culpabilidad y antijuricidad”.*¹³⁰

El delito es concebido como un comportamiento humano controlado por la voluntad, típico; ilícito y culpable. **“La culpabilidad es el aspecto subjetivo del comportamiento o evento físico exterior que consiste en la relación psicológica existente entre el autor y su acción. El carácter ilícito del acto es explicado recurriendo al positivismo jurídico que reducía al derecho a un conjunto de normas dictadas por el legislador. El acto realizado era, en consecuencia, considerado ilícito cuando contradecía el derecho positivo. La descripción naturalista de la infracción deviene apoyada en el sistema conceptual del positivismo jurídico, como la base de las investigaciones penales. Su esquema de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad ha sobrevivido hasta ahora”.**¹³¹

“Se puede sostener que dicha concepción clásica del delito proviene del positivismo que se caracteriza, en el ámbito del derecho y en la resolución de problemas penales, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas. El progresivo

¹³⁰ Fontán Palestra, Carlos. Tratado de derecho penal, pág. 67.

¹³¹ Rodríguez Devesa, José María. Derecho penal español, pág. 40.

abandono de sus ideas fue consecuencia de las críticas formuladas, primero; desde la perspectiva filosófica. Esta fue obra de la corriente de ideas denominada teoría neokantiana del conocimiento”.¹³²

El delito es toda acción u omisión punible, objetivizada en la manifestación de un hecho previsto en la ley penal, al cual le recae una sanción, también prevista en la misma ley penal, a fin de inhibir al individuo a la comisión de esas conductas consideradas como delitos. En cuanto a las formas de comisión de los delitos, ya se trate de acción o de omisión, éste siempre será una conducta, es decir un hacer o un no hacer, cuyos resultados prevé la ley penal; son los que tienen trascendencia en el mundo físico y en el del derecho.

La clasificación de los delitos no es únicamente para fines didácticos o teóricos, sino de índole práctica, ya que con éstos es posible ubicar los delitos dentro los parámetros que ordenan la persecución de los mismos, la gravedad que les asigna la ley, en cuanto a las consecuencias que tienen dentro de la sociedad, por afectar determinado bien jurídico protegido por la ley penal; la tipificación de los delitos en cuanto a su comisión, así como la punibilidad de los mismos tratándose de la tentativa.

¹³² Fontán Palestra, Carlos. Tratado de derecho penal, pág. 52.

Solamente las conductas que prevé la ley penal pueden ser consideradas como delitos, la preparación de esas conductas, no obstante que no constituyan propiamente un delito, sí son la tentativa del mismo, la que será penada cuando se pretenda afectar un bien jurídico que trascienda a la seguridad de la sociedad; además del individuo que sufre la lesión causada por el delito.

7. MARCO DOCTRINARIO.

Dentro de la investigación se debe fundamentar el tema y la forma más práctica es estudiar los pensamientos de Juristas que conocen y han estudiado esta realidad,

7.1 ESTAFA COMO DELITO CONTRA EL PATRIMONIO.

Según Mezger, la estafa ***“es un perjuicio ocasionado mediante engaño al patrimonio con intención de enriquecimiento. Son cinco las características del concepto de estafa, todas las cuales se encuentran en relación de causa entre sí, ellas son: el engaño, el error, la disposición del patrimonio, el daño patrimonial y la intención de enriquecimiento”***¹³³.

¹³³ MEZGER. “Tratado de Derecho Penal: Libro de Estudio”. Tomo I. Editorial Lumbrera. Montevideo-Uruguay. Pág. 110.

Para Guillermo Cabanellas, la estafa es ***“Delito en el que consigue un lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o el abuso de confianza. Toda defraudación hecha a otro en lo legítimamente suyo. Apoderamiento de lo ajeno con aparente consentimiento del dueño, sorprendido en su buena fe o superado en su malicia. Pedir con ánimo de no pagar; cobrar dos veces; negar el pago recibido, etc., entre otras formas concretas. Falsa promesa; ofrecimiento incumplido”***¹³⁴.

En relación a lo expuesto, la estafa es considerada como un delito que atenta contra el patrimonio, cuyo fin es el defraudar a una persona mediante engaño. No se trata de apoderarse de la propiedad ajena por medio de la violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas, ni aprovechando el descuido o pérdida en que se encuentra lo ajeno para lucrarse con ello y así apoderarse o aprehender las cosas en contra de la voluntad de sus legítimos dueños; sino, el obtener las cosas por medio del engaño; o por defraudación de cualquiera de los medios que la malicia del criminal discurra o emplee.

Dentro de este delito se destaca la disposición patrimonial, queriendo con ello hacer presente que el delito lesiona la propiedad a través del error al que se ha llevado al cliente, o en el que ha sido mantenido, mediante el ejercicio de los medios fraudulentos idóneos para ello.

¹³⁴ CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta. Pág. 188.

Arteaga Sánchez, expresa que la estafa **“es la conducta engañosa determinante de un error en otra persona, del cual deriva un derecho injusto para el estafador y un correlativo daño patrimonial ajeno”**.¹³⁵

Finzi, enuncia que **“hay fraude punible, en el delito de estafa en su forma sencilla, toda vez que se produzca un injusto y doloso despojo patrimonial ajeno, mediante engaño”**.¹³⁶

Se entiende que dentro de la estafa debe existir una conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, en el que por un error determinado en una o varias personas, se les induce a que realicen un acto de disposición, el mismo que puede terminar resultando en un perjuicio ya sea en su patrimonio o en el de un tercero, es decir que una persona por medio de fraude puede inducir a que le sea entregado con ánimo de apropiación una cosa de propiedad de la víctima o de propiedad de un tercero.

El propósito de apropiarse siendo un elemento subjetivo del tipo penal, está de acuerdo con la protección del bien jurídico de la propiedad que es lo que pretende proteger el Estado.

En la estafa no hay fuerza ni violencia ni tampoco intimidación, pues como se dijo sus elementos son el engaño y el enriquecimiento ilícito. Es así que

¹³⁵ ARTEAGA, Sánchez, Alberto. “La Estafa y otros fraudes”. Editorial Jurídica Alva. Venezuela 1995. Pág. 101

¹³⁶ ARTEAGA, Sánchez, Alberto. “La Estafa y otros fraudes”. Editorial Jurídica Alva. Venezuela 1995. Pág. 101

se puede producir el error que de la apariencia de estafa, en el caso, de que se haya entregado una mercadería que posee un valor mayor por otra de un valor menor, se puede corregir la equivocación, comprobando que no ha existido dolo y que por ende existe una rectificación, ahora es distinto si el comerciante incurre con frecuencia en estos cambios y se niega a corregir la supuesta equivocación.

Soler en las palabras introductorias a su estudio sobre la estafa, indica, acertadamente cuál es el contenido de la palabra “defraudación”, precisando que ésta **“sólo designa el bien jurídico tutelado y un cierto modo de lesionarlo, es importante acercarse a las distintas figuras, trazando desde el comienzo una separación muy marcada entre dos tipos muy diferentes con algunas variantes, aunque no todas las figuras de la ley. Estos dos tipos principales son la estafa y el abuso de confianza”**.¹³⁷

Con la expresión defraudación se designa toda lesión patrimonial en que el desplazamiento del bien se produce por la actividad del propio sujeto pasivo o por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quien provoca aquella o se aprovecha de éstas.

La figura de abuso de confianza presenta la característica de que el desplazamiento del bien se ha producido por un acto anterior no vicioso, en el que el sujeto pasivo otorga al agente un poder de hecho sobre aquél,

¹³⁷ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Parte Especial. Editorial La Ley. Bs Aires, 1946. Pág. 327.

constituyendo la buena fe del agente la principal garantía de la ejecución de lo pactado y donde el perjuicio defraudatorio se produce por el incumplimiento de mala fe de ese acto, mientras que en la figura de la estafa la principal característica es el engaño (que más adelante se lo tratará), con el fin de perjudicar al sujeto pasivo o un tercero.

Resumiendo, la estafa es un delito por el cual una persona mediante fraude o engaño o abuso de confianza y con ánimo de apropiación, induce a otra a entregarle una cosa de propiedad de ella o de propiedad de una tercera persona.

Es necesario hacer una aclaración en este punto, pues existe una discusión doctrinaria sobre el término que se debe utilizar. La corriente tradicional considera mejor llamarlos Delitos contra la Propiedad, pero una corriente moderna considera el término “propiedad” inapropiado, ésta corriente habla de Delitos contra el Patrimonio.

Tradicionalmente, los delitos patrimoniales han sido incluidos en muchas legislaciones penales, dentro de algún capítulo o sección titulada “Delitos contra la Propiedad”, pues se consideraba que el bien jurídico que se protegía era la propiedad. Esta posición influyó la legislación penal costarricense, al punto que nuestro Código Penal actual conserva tal título.

Muchos de los alegatos a favor de ese título, coinciden en decir que tal nombre se usa debido a la organización y fundamentos constitucionales del Estado, pues la Constitución Política lo que protege es la propiedad privada. El autor Sebastián Soler utiliza este argumento, él opina que es un error: **“...asignarle al término propiedad el concepto de dominio que se encuentra recogido en el Código Civil, dado que existe un concepto que es jerárquicamente superior y es el recogido en la Constitución Política...”**.¹³⁸

Tal posición implica que propiedad será el mejor término, dependiendo del sentido con que se usa, de si se le otorga un concepto amplio. Fontán Balestra comenta que todo depende del sentido e interpretación que se le dé a la palabra propiedad; dice que **“el sentido civilista del término propiedad es limitado, limita la variedad de derechos y facultades que incluye el concepto de propiedad. En cambio, en su forma de derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, se incluye un contenido más amplio, y es jerárquicamente superior”**.¹³⁹

Esta corriente, de basarse en el sentido constitucional de la propiedad, se puede encontrar no solo en Soler y Fontán Balestra; tiene otros seguidores como el colombiano Luis Carlos Pérez, quién apoya a la propiedad como el bien tutelado pues existen importantes fundamentos en su favor, refiriéndose a los principios y derechos amparados en la constitución de su país, la cual

¹³⁸ Soler, Sebastián citado en Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 16.

¹³⁹ Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. Op. Cit. Pág. 401.

“no garantiza el patrimonio económico sino, exactamente, la propiedad privada...”¹⁴⁰

Se pueden encontrar otros autores y juristas, por ejemplo Laura Damianovich apoya que en legislaciones penales se use el título ***“Delitos contra la Propiedad, pues protege el derecho de propiedad entendido como un derecho constitucional inviolable”***.¹⁴¹

Esta corriente de pensamiento presenta un buen argumento, y es importante basarlo en un análisis del concepto propiedad, de su uso y sentido en las respectivas constituciones, y de cuáles derechos o facultades se incluyen y cuáles se excluyen; esto implica desarrollar un fundamento que sea más que una simple forma de justificar el uso del término.

Una corriente moderna, que se ha expandido, ataca la posición tradicional de usar “propiedad”, pues se podría causar una confusión ya que el término no comprende todo lo que se encuentra protegido penalmente, se le acusa de ser insuficiente pues existen tipos penales que no solo suponen un ataque a la propiedad, sino que se pueden aplicar en defensa de otros derechos. Los seguidores de esta corriente apoyan el uso de la frase “Delitos contra el Patrimonio”, pues con éste se da a entender que lo tutelado no solo es el dominio, sino también otros derechos como posesión, usufructo, uso, e incluso la tenencia.

¹⁴⁰ Pérez, L. C. (1988). Derecho Penal Parte General y Especial. (segunda edición). Colombia: Editorial Temis. Pág. 344.

¹⁴¹ Damianovich de Cerrado, Laura citada en Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 19

Patrimonio es un mejor término por una precisión técnica, usar el término “Propiedad”, intentando incluir este grupo de derechos patrimoniales subjetivos, puede causar confusión o inexactitud, debido a que es ampliamente conocido que propiedad alude principalmente al derecho real de propiedad, al ámbito del dominio. El Derecho Penal no solo debe salvaguardar el dominio, sino el patrimonio en general; por eso muchos autores, como Giuseppe Maggiore, consideran que usar **“Delitos contra el Patrimonio es un indudable progreso, una mejor técnica”**.¹⁴²

En doctrina clásica, la propiedad ha sido ubicada dentro de los derechos patrimoniales, específicamente en el grupo de derechos reales, caracterizado como el derecho real más completo implicando dominio sobre la cosa y gozando de las ventajas que ésta pueda suministrar”.¹⁴³

En cambio la noción de patrimonio es definida como una universalidad jurídica cuyo carácter existe en independencia de los movimientos que presenten sus componentes, pues de todos modos existirá el patrimonio como entidad. A partir de tal idea, los autores Colin y Capitant consideraron que el patrimonio está conformado por **“todos los derechos con valor pecuniario pertenecientes a un hombre, y todas las obligaciones que representan un valor pecuniario y que han contraído con otra persona.**

¹⁴² Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 45.

¹⁴³ Colin, A. y Capitant, H. (1975). Curso elemental de Derecho Civil. (cuarta edición). Madrid, España: Editorial Reus. Pág. 229.

Los derechos constituyen el activo del patrimonio, las deudas el pasivo.¹⁴⁴

En obras más contemporáneas se nota una cierta influencia de tal concepción, por ejemplo Ghersi explica el derecho patrimonial como las relaciones en las cuales un ente jurídico (persona física o ideal) es parte, y en donde se le concede facultades sobre bienes, se convierte en portador de patrimonio. Con respecto a la noción de patrimonio, Ghersi la construye con los siguientes elementos: ***“...a) el derecho emergente de la relación jurídica; b) el deber de respeto a los derechos de los demás (individual y colectivamente), y c) los bienes y servicios sobre los cuales recaen ese derecho y ese deber”***.¹⁴⁵

La tendencia de usar “Delitos contra el patrimonio” se extiende por diferentes autores, y en diferentes legislaciones penales. También existen posiciones intermedias, por ejemplo Castillo González expresa que son delitos “contra la propiedad” los que implican una apropiación: ***“como el hurto (simple y agravado), el robo (simple y agravado), la apropiación indebida, entre otros. Son delitos “contra el patrimonio como tal”, la administración fraudulenta, la estafa, y las otras formas de defraudación”***.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Colin, A. y Capitant, H. (1975). Curso elemental de Derecho Civil. (cuarta edición). Madrid, España: Editorial Reus. Pág. 305.

¹⁴⁵ Ghersi, C. A. (2002). Derecho civil Parte general. (tercera edición). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Pág. 296.

¹⁴⁶ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 21.

7.2 NÚCLEO DEL DELITO.

El núcleo del tipo penal de la estafa consiste en el engaño. Según Gustavo Labatut Glana, expresa que: ***“El engaño es el elemento característico de la estafa, que permite diferenciarla de otros delitos contra la propiedad, consiste en la mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno, como medio de conseguir la entrega de la cosa.”***¹⁴⁷

El engaño tiene por objeto y efecto la entrega de valores. No todo engaño es capaz de integrar la estafa, por lo que es necesario que reúna dos condiciones que sea fraudulento, lo que equivale a decir que actúe como causa determinante del error; y que sea serio y capaz, esto quiere decir que sea suficiente para mover la voluntad de una persona normal.

Según Cabanellas, expresa que el engaño es ***“Falta de verdad en lo que se dice o se hace, con ánimo de perjudicar a otro; y asimismo, con intención de defenderse de un mal o pena, aun cuando legalmente procedan”***.¹⁴⁸

Es así que se puede definir al engaño como la falta de verdad en lo que se dice, se piensa o se hace creer, dando a una mentira la apariencia de verdad, acompañándola de actos exteriores que llevan a error.

¹⁴⁷ LABATUT Glana, Gustavo. Derecho Penal. Tomo II. Novena edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 225

¹⁴⁸ CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas Editorial Heliasta. Pág. 164.

El ardid también se encuentra como un punto central de la estafa, es así que de acuerdo al Dr. Eugenio Cuello el ardid es aquella que **“indica la utilización de maniobras o artificios destinados a engañar”**.¹⁴⁹

Por lo que el ardid es todo artificio o medio empleado mañosamente para simular un hecho falso o disimular uno verdadero, es el caso en el que el agente disfraza la verdad para así utilizar el engaño y hacer que la víctima entregue la propiedad. El engaño también puede ser definido según Laura Damianovich **“como una simulación o disimulación de sucesos y situaciones de hecho, materiales y psicológicos, con las que se logra que una persona siga en error, o como falta de verdad en lo que se piensa y se dice o se hace creer con la finalidad de producir e inducir al acto de disposición patrimonial”**.¹⁵⁰

De esta manera se puede ver que el engaño constituye el primer y principal factor, el mismo que podría diferenciarse de otras figuras afines mediante lo siguiente: en el robo y en el hurto el autor toma la cosa que no tiene en la apropiación indebida se adueña de lo que ha recibido; en la estafa, engaña para que el propio poseedor le entregue lo que desea hacer suyo.

Ahora bien, el engaño no debe ser cualquiera, éste debe ser idóneo, es decir, lo suficiente para mantener en error a la víctima, el error debe ser idóneo para lograr que la persona que lo padece disponga de su patrimonio.

¹⁴⁹ Cuello Eugenio. Derecho Penal. Delitos contra la Propiedad. Tomo II. 1952 Pág. 491.

¹⁵⁰ DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Tercera Edición Actualizada 2000. Editorial Universidad. Buenos Aires –Argentina. Pág. 397

Cuando como consecuencia de un engaño se produce la disminución del patrimonio por la aparición súbita de un pasivo en deterioro del activo, se lesiona el bien jurídico por medio de una estafa.

8. MARCO JURÍDICO.

El fundamento teórico de esta investigación, es principalmente la Constitución de la República del Ecuador, los convenios y Tratados Internacionales, el Código Orgánico Integral Penal, así como doctrina y jurisprudencia, de los cuales se extraerá las conceptualizaciones, derechos y principios, tipo penal, procedimiento, elementos probatorios y sanción.

8.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

La Constitución de la República del Ecuador que fue expedida el 20 de octubre del 2008, exalta los derechos de las personas y establece una normativa que da potestades para sancionar a quien incumpliera la norma, pero que sucediera si esta no está establecida, por lo expuesto se cree conveniente plantear una norma que sancione a los peritos que faltaran a la verdad en su informe, es así que el artículo. 66 establece que reconoce y garantizará a las personas: y de esta manera en su numeral 23. Determina que ***“El derecho a dirigir quejas y peticiones***

individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo”.¹⁵¹

Tomando en consideración los derechos de las personas que actúan dentro del proceso y establecemos que la misma Constitución en su articulado establece estas garantías básicas, es así como se observa en el Art. 75.- ***“Establece que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.***¹⁵²

De la misma forma el Art. 84.-***“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los***

¹⁵¹ Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Sexto de los derechos de libertad, Artículo. 66

¹⁵² CONSTITUCIÓN De La República Del Ecuador, Título II Derechos, Capítulo VIII Derechos De Protección, Art, 75

actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.¹⁵³

8.2 CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES:

Las necesidades de los países han cambiado en comparación de hace 20 años debido a la ínter independencia cada vez más fuerte entre los mismos, por tal motivo los países han creado alianzas entre sí para proteger sus intereses y los de sus habitantes. Para lograr tal objetivo se ha hecho uso de los instrumentos conocidos como Convenios y Tratados Internacionales los cuales son objeto central de estudio en el presente trabajo.

Para comprender los aspectos más generales sobre los Convenios y Tratados internacionales en la unidad I se definen conceptos como Tratado y Convenio con la finalidad de conocer en qué consisten y cuál es la función que tienen en el derecho internacional. Ambos son instrumentos que son usados por los sujetos del derecho internacional (sujetos típicos y atípicos) por medio de los cuales contraen derechos y obligaciones que al igual que los contratos cuentan con elementos de existencia y validez.

¹⁵³ CONSTITUCIÓN De La República Del Ecuador, Título III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, Capítulo I GARANTÍAS NORMATIVAS, art. 84

Así mismo estos instrumentos son regulados por la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados entre Estados y su ampliación de 1986 que incluye a los organismos internacionales, por lo tanto en el presente trabajo vamos a tratar de convenios y tratados internacionales con el ánimo de dar realce al mismo:

**CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA
INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (B-32).**

LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS fue elaborado del siete al veintidós de noviembre de 1969, y se lo llamo (Pacto de San José) se lo realizo en Costa Rica en este se Reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

8.3 CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

Con la puesta en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en agosto del 2014, se instauran procedimientos especiales y expeditos para el

juzgamiento de violencia intrafamiliar, (en el caso de contravenciones) y se regulan los procedimientos especiales para el caso de delitos, acordes con las disposiciones constitucionales, así tenemos:

Art. 11. Derechos de las víctimas:

“En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos:

1. A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer.
2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el establecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.
3. A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización.
4. A la protección especial, resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos.
5. A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier

amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos.

6. A ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral
7. A ser asistida gratuitamente por una o un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento así como a recibir asistencia especializada.
8. A ingresar al Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, de acuerdo con las disposiciones de este Código y la ley.
9. A recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo con sus necesidades durante el proceso penal.
10. A ser informada por la o el fiscal de la investigación preprocesal y de la instrucción.
11. A ser informada, aun cuando no haya intervenido en el proceso, del resultado final, en su domicilio si se lo conoce.
12. A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana.

Art. 186.- **Estafa.**- (Reformado por el Art. 2 de la Ley s/n, R.O. 598-3S, 30-IX-2015).- La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos

falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La pena máxima se aplicará a la persona que:

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

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

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

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

Art. 187.- **Abuso de confianza.**- La persona que disponga, para sí o una tercera, de dinero, bienes o activos patrimoniales entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La misma pena se impone a la persona que, abusando de la firma de otra, en documento en blanco, extienda con ella algún documento en perjuicio de la firmante o de una tercera.

Según el COIP, la estafa es un delito por el cual una persona mediante fraude o engaño o abuso de confianza y con ánimo de apropiación, induce a otra a entregarle una cosa de propiedad de ella o de propiedad de una tercera persona.

De acuerdo al artículo 563, quien cometiere el delito de estafa, “será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares.

Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

La defraudación comprende una serie de delitos; pero a gran mayoría de ellos quedan comprendidos dentro de 2 especies básicas de defraudación: la estafa y el abuso de confianza.

La diferencia entre ambos reside en el momento en que el sujeto obre dolosamente: en la estafa, el dolo es anterior a la obtención de la cosa; en el abuso de confianza, por el contrario, el dolo es posterior.

En la estafa, la víctima entrega la cosa a raíz del fraude anterior (ardid o engaño) empleado por el estafador. La voluntad de la víctima está viciada desde el comienzo por la actividad fraudulenta del actor.

9. METODOLOGÍA.-

9.1 METODO ANALÍTICO, RACIONAL O LÓGICO: “Es aquel que descompone mentalmente un concepto, un juicio, un raciocinio en sus elementos o partes. Este tipo de análisis se da en todo pensamiento especialmente en el metódico”.

9.2 MÉTODO DEDUCTIVO: “Es aquel que parte de verdades previamente establecidas como principio general para luego aplicarlo a casos individuales y comprobar así su validez.”

9.3 MÉTODO EXÉGETICO: “Consiste en la interpretación y explicación literal de la norma; se explica el contenido, se expone el sentido y se determina el alcance de la letra de la Ley y las expresiones que la originaron en la forma como el legislador la elaboró, tratando de desentrañar la intención y voluntad del autor, su autenticidad e intencionalidad, para su aplicación por parte del juez o de la administración de las entidades y el Estado”

9.4 TÉCNICAS DE LA OBSERVACIÓN: Observación estructurada: “se realiza con la ayuda de elementos técnicos apropiados, tales como: fichas, cuadros, tablas, etc, por lo cual se los denomina observación sistemática”.

10. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

CRONOGRAMA DE TRABAJO, AÑO 2016-2017.-

2016-2017																												
TIEMPO ACTIVIDADES	SEPTIEMBRE				OCTUBRE				NOVIEMBRE				DICIEMBRE				ENERO				FEBRERO							
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4				
Elaboración del perfil de proyecto.			X	X																								
Presentación y sustentación del perfil de proyecto.					X																							
Incorporación de recomendaciones al perfil.						X																						
Aprobación del proyecto y designación de Directos de Tesis							X																					
Revisión de Literatura.									X	X																		
Trabajo de campo.										X	X	X																
Procesamiento de la Información.													X	X	X													
Verificación de Hipótesis.																X												
Formulación de conclusiones																	X											
Presentación del Borrador del Informe Final.																		X	X									
Incorporación de recomendaciones al Informe Final																					X	X	X					
Presentación del Informa Final certificación del Director.																									X	X		

11. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO:

ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

RECURSOS HUMANOS

- Alumna
- Tutor

- Apoyo de maestros y profesionales en Derecho, administradores de justicia.

RECURSOS TÉCNICOS

- Internet de banda ancha.
- Video conferencias.

RECURSOS MATERIALES

- Un computador.
- CD magnéticos.
- Papel para impresora.
- Materiales de oficina.
- Enciclopedias.
- Leyes.
- Libros.

RECURSOS FINANCIEROS (PRESUPUESTO)

• Costo aproximado del Trabajo de Investigación	\$1.000
• Costo aproximado de bibliografía	\$ 500
• Movilización para recolectar información	\$ 200
• Materiales, impresión, anillado y empastado	\$ 200
• Imprevistos	\$ 50

El presupuesto aproximado asciende a la suma de \$2.400 USD, (dos mil cuatrocientos dólares americanos), que serán asumidos en su totalidad por la autora del proyecto de tesis.

12. BIBLIOGRAFIA.

- REGISTRO Oficial No.449, Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre del 2008, Quito-Ecuador.
- ANTÓN Oneca, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Editorial Francisco Seix S.A. 1958
- Soler, Sebastián "DERECHO PENAL ARGENTINO", Tomo II, 1988, Buenos Aires.
- CARLOS FONTÁN BALESTRA - TRATADO DE DERECHO PENAL (TOMO I), Editorial: Abeledo – Perrot Páginas: 525 p Año: 1995
- Manzini
- ANTÓN Oneca, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Editorial Francisco Seix S.A. 1958
- Romero Gladis, Nancy. Los Elementos del delito de Estafa, Buenos Aires, Edit. Lerner, 1985 p. 107, Yubero, Cánepa. "El Engaño en el Delito de Estafa", Editorial Jurídica Cono Sur, 1985, p. 100
- Labatut Glenda, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile; 1999, p. 225.
- Conde-Pumpido Tourón, Cándido. Estafas, Valencia, 1997, p. 46
- León Alva, Eduardo, Abogado. Magíster en la Especialización de Derecho penal por la Universidad de Sevilla- España. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP), en Alerta Informativa – El Engaño en el delito de Estafa.
- Via Definicion.mx: <http://definicion.mx/contravencion>

- Lee todo en: La guía de Derecho Derecho Contravencional,
- EUGENIO Cuello Calón
- LUIS Rodríguez Man- Zanera
- VASCONCELOS, A. *Teoria da norma jurídica*, São Paulo 1993, Malheiros Ed. Ltda., 3ª ed., p. 156
- *Díaz Pinillo, Marcelino, "Principios del Proceso Penal", Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal, Primera parte, colectivo de autores, editorial Félix Verela, La Habana, 2002, p.137.*
- *Endoza Díaz, Juan, "Principios del Proceso Penal", Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal, Primera parte, colectivo de autores, editorial Félix Verela, La Habana, 2002, p. 60.*
- *Picardi, N., "Il principio del contraddittorio", en Revista de Derecho Procesal, no. 3, 1998, p. 680.*
- Soler, Sebastián citado en Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 16.
- Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. Op. Cit. Pág. 401.
- Pérez, L. C. (1988). *Derecho Penal Parte General y Especial*. (segunda edición). Colombia: Editorial Temis. Pág. 344.
- Damianovich de Cerrado, Laura citada en Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 19
- Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 45.
- Colin, A. y Capitant, H. (1975). *Curso elemental de Derecho Civil*. (cuarta edición). Madrid, España: Editorial Reus. Pág. 229.
- Ghersi, C. A. (2002). *Derecho civil Parte general*. (tercera edición).

Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Pág. 296.

- Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 21.
- Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Sexto de los derechos de libertad, Artículo. 66
- CONSTITUCIÓN De La República Del Ecuador, Título II Derechos, Capítulo VIII Derechos De Protección, Art, 75
- CONSTITUCIÓN De La República Del Ecuador, Título III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES , Capítulo I GARANTÍAS NORMATIVAS, art. 84
- Tratados Y Convenios Internacionales
- Código Orgánico Integral Penal



Estimado estudiante o profesional del derecho, como estudiante de la carrera de derecho de la Universidad Nacional de Loja, previo a la obtención del grado de Licenciado en Jurisprudencia y la obtención del Título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador en mi trabajo de tesis intitulada **“TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, LA CONTRAVENCIÓN DE ESTAFA CUANDO EL PERJUICIO A LA VÍCTIMA NO EXCEDA DE TRES SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR”** por medio del presente me dirijo a usted para solicitarle su valioso aporte del mismo que me servirá de gran aporte académica, para cumplir con los objetivos de mi trabajo.

Lea detenidamente la pregunta y sírvase contestar de manera objetiva las mismas

1. ¿Cree Usted que se debería tomar el perjuicio causado a la víctima en los delitos de estafa dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal, para así poder establecer una sanción?

Si () No ()

Porqué.....
.....
.....
.....

2. ¿Considera usted necesario que los legisladores sancionen como contravención el delito de estafa si este no excede las tres remuneraciones unificadas del trabajador?

Si () No ()

Porqué.....
.....

.....
.....

3. ¿Considera usted que en todos los delitos de estafa sean sancionados con la misma pena, así como también se les dé el mismo procedimiento?

Si () No ()

Porqué.....
.....
.....
.....

4. ¿Considera usted que la estafa menor a tres salarios básicos unificados, so lo tipifique como contravención?

Si () No ()

Porqué.....
.....
.....
.....

5. ¿Considera usted que, es necesario la presentación de denuncias por estafa menores de tres salarios unificados del trabajador ante la autoridad respectiva, tomando en consideración que la cuantía es menor?

Si () No ()

Porqué.....
.....

.....
.....

6. ¿Cree usted que se debe reforma nuestra Código Orgánico Integral Penal con el propósito de establecer a la estafa como contravención, si esta no excede los tres salarios básicos unificados?

Si () No ()

Porqué.....
.....
.....
.....

ÍNDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
AGRADECIMIENTO	V
DEDICATORIA	VI
TABLA DE CONTENIDOS.....	VII
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT	5
3. INTRODUCCIÓN	8
4. REVISIÓN DE LITERATURA	11
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	110
6. RESULTADOS.....	113
7. DISCUSIÓN.....	122
8. CONCLUSIONES.....	126
9. RECOMENDACIONES.....	128
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	130
10. BIBLIOGRAFÍA.....	134
11. ANEXOS.....	143
INDICE.....	194