

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO

Tema: “EL DELITO DE ESTAFA Y LA MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL”

Trabajo de Titulación, modalidad Proyecto de Desarrollo, previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Penal y Procesal Penal.

Autor: Abogado Juan Carlos Vargas Galarza

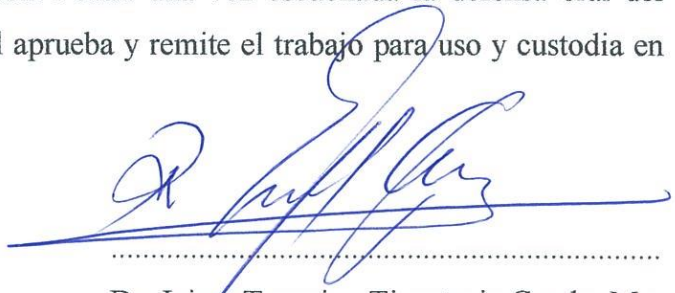
Director: Doctor Carlos Fabián Altamirano Dávila Magíster.

Ambato – Ecuador

2019

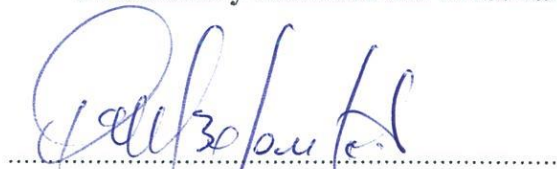
A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato.

El Tribunal receptor del Trabajo de Titulación, presidido por el Doctor Jaime Tarquino Tipantasig Cando Magíster, Presidente y Miembro del Tribunal, e integrado por los señores: Doctor Washington Javier Bazantes Escobar Magíster, Abogado Segundo Ramiro Tite Magíster, Miembros del Tribunal designados por la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, para receptor el Trabajo de Titulación con el tema: “EL DELITO DE ESTAFA Y LA MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL”, elaborado y presentado por el señor Abogado Juan Carlos Vargas Galarza, para obtener el Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Penal y Procesal Penal: una vez escuchada la defensa oral del Trabajo de Titulación el Tribunal aprueba y remite el trabajo para uso y custodia en las bibliotecas de la UTA.



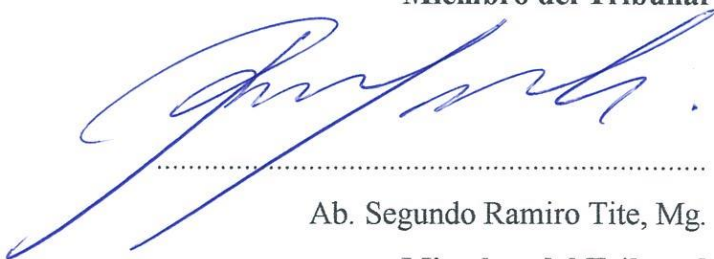
Dr. Jaime Tarquino Tipantasig Cando, Mg.

Presidente y Miembro del Tribunal



Dr. Washington Javier Bazantes Escobar, Mg.

Miembro del Tribunal



Ab. Segundo Ramiro Tite, Mg.

Miembro del Tribunal

AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

La responsabilidad de las opiniones, comentarios y críticas emitidas en el Trabajo de Titulación presentado con el tema: “EL DELITO DE ESTAFA Y LA MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL”, le corresponde exclusivamente al Abogado Juan Carlos Vargas Galarza, autor bajo la Dirección del Doctor Carlos Fabián Altamirano Dávila Magíster, Director del Trabajo de Titulación; y el patrimonio intelectual a la Universidad Técnica de Ambato.



Ab. Juan Carlos Vargas Galarza

AUTOR

C.C. 180481028-9



Dr. Carlos Fabián Altamirano Dávila, Mg.

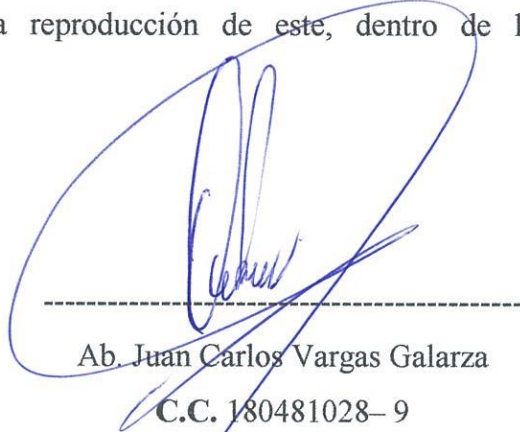
DIRECTOR

C.C. 050182711-7

DERECHOS DEL AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que el Trabajo de Titulación, sirva como un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los Derechos de mi Trabajo de Titulación, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este, dentro de las regulaciones de la Universidad.



Ab. Juan Carlos Vargas Galarza
C.C. 180481028-9

INDICE GENERAL DE CONTENIDOS

PORTADA	i
A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato	ii
AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	iii
DERECHOS DEL AUTOR	iv
INDICE GENERAL DE CONTENIDOS	v
INDICE DE CUADROS	viii
INDICE DE TABLAS	ix
AGRADECIMIENTO	x
DEDICATORIA	xi
RESUMEN EJECUTIVO	xii
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	3
1. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN	3
1.1. Tema	3
1.2. Planteamiento Del Problema	3
1.2.1. Contextualización.....	3
1.2.2. Análisis Crítico	4
1.2.3. Interrogantes.....	5
1.2.4. Delimitación del Objeto de Estudio	6
1.3. Justificación	6
1.4. Objetivos	7
1.4.1. General	7
1.4.2. Específicos	7
CAPITULO II	8
2. MARCO TEORICO	8
2.1. Antecedentes Investigativos (Estado del Arte)	8
2.2. Fundamentación	12
2.2.1. Fundamentación filosófica	12
2.2.2. Fundamentación legal	13

LIBRO PRIMERO	16
2.3. EL DELITO DE ESTAFA	16
2.3.1. EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ESTAFA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	16
2.3.2. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE ESTAFA.....	18
2.3.3. El tipo objetivo.....	20
2.3.3.1 El engaño.....	20
2.3.4. Idoneidad del engaño	21
2.3.4.1.1 Formas del engaño.....	23
2.3.4.1.2 Simular un hecho falso.....	23
2.3.4.1.3 Deformar hechos verdaderos	23
2.3.4.1.4 Ocultan hechos reales	24
2.3.4.2 El error.....	26
2.3.4.3 Disposición patrimonial y perjuicio.	27
2.3.4.4 El perjuicio patrimonial.....	29
2.3.5. El tipo subjetivo.	33
LIBRO SEGUNDO	35
2.4. EL DOLO CIVIL	35
2.4.1. El negocio jurídico	38
2.4.2. Naturaleza jurídica del vicio del consentimiento.....	39
2.4.2.1 El dolo como vicio del consentimiento	39
2.4.3. Formas de emplear el dolo.....	41
2.4.4. La gravedad del dolo.....	42
2.4.5. Manifestación de voluntad	43
2.4.6. Las consecuencias jurídicas del dolo	44
LIBRO TERCERO	46
2.5. LA MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL	46
2.5.1. Principio de mínima intervención penal	46
CAPITULO III.....	51
3. METODOLOGIA.....	51
3.1. ENFOQUE	51
3.2. MODALIDAD BÁSICA DE LA INVESTIGACIÓN	51
3.3. NIVEL O TIPO DE INVESTIGACIÓN	52

3.3.1.	Investigación Exploratoria	52
3.3.2.	Investigación Descriptiva	53
3.3.3.	Investigación Asociativa	53
3.3.4.	Población y muestra	53
3.3.5.	Operacionalización de variables	54
3.3.6.	Recopilación de información	57
CAPITULO IV	62
4.	ANALISIS DE RESULTADOS.....	62
4.1.	Análisis de la Matriz Operativa del Proyecto	62
4.2.	Estudio del Problema Analizado y/o análisis de resultados	62
CAPITULO V	75
5.	CONCLUSIONES	75
5.1.	Conclusiones.....	75
5.2.	Recomendaciones.....	76
CAPITULO VI	77
6.	LA PROPUESTA.....	77
6.1.	DESARROLLO DE LA PROPUESTA.....	77
6.1.1.	Nombre de la Propuesta	77
6.1.2.	Objetivo General	77
6.1.3.	Objetivos Específicos	77
6.1.4.	Justificación.....	77
6.1.5.	Antecedentes históricos.....	78
6.1.6.	Desarrollo del Producto.....	80
6.2.	Bibliografía.....	84
6.3.	Anexos.....	88

INDICE DE CUADROS

Tabla 1, Operacionalización de la variable independiente.....	54
Tabla 2, Operacionalización de la variable dependiente.....	56
Tabla 3, Resultados de la pregunta 2 del cuestionario	57
Tabla 4, Resultados de la pregunta 3 del cuestionario	57
Tabla 5, Resultados de la pregunta 4 del cuestionario	58
Tabla 6, Resultados de la pregunta 5 del cuestionario	58
Tabla 7, Resultados de la pregunta 6 del cuestionario	59
Tabla 8, Resultados de la pregunta 7 del cuestionario	59
Tabla 9, Resultados de la pregunta 8 del cuestionario	59
Tabla 10, Resultados de la pregunta 9 del cuestionario	60
Tabla 11, Resultados de la pregunta 10 del cuestionario	60
Tabla 12, Resultados de la pregunta 11 del cuestionario	61
Tabla 13, Resultados de la pregunta 12 del cuestionario	61
Tabla 14, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 4.....	63
Tabla 15, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 5.....	65
Tabla 16, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 6.....	66
Tabla 17, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 7.....	67
Tabla 18, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 8.....	68
Tabla 19, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 9.....	70
Tabla 20, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 10.....	71
Tabla 21, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 11.....	72
Tabla 22; Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 12.....	73

INDICE DE TABLAS

Ilustración 1; gráfico de respuesta a la pregunta 4 del cuestionario	63
Ilustración 2; gráfico de respuesta a la pregunta 5 del cuestionario	64
Ilustración 3; gráfico de respuesta a la pregunta 6 del cuestionario	65
Ilustración 4; gráfico de respuesta a la pregunta 7 del cuestionario	67
Ilustración 5; gráfico de respuesta a la pregunta 8 del cuestionario	68
Ilustración 6; gráfico de respuesta a la pregunta 9 del cuestionario	69
Ilustración 7; gráfico de respuesta a la pregunta 10 del cuestionario	70
Ilustración 8; gráfico de respuesta a la pregunta 11 del cuestionario	72
Ilustración 9; gráfico de respuesta a la pregunta 12 del cuestionario	73

AGRADECIMIENTO

A Dios y la Virgen María, Nuestra Señora de la Elevación.

*Por darme vida, salud y sabiduría a lo largo del estudio
de la maestría en derecho penal y procesal penal*

A mis maestros

*Por el tiempo y esfuerzo que dedicaron a compartir sus
conocimientos, quienes brindaron dedicación al impartir su
cátedra de tal forma que lo aprendido sea utilizado en la vida profesional,
Dr. Mg. Carlos Fabián Altamirano Dávila, por ser mi tutor y el tiempo
brindado al desarrollo de esta investigación.*

A mis compañeros

*Por ser quienes guiaron mi camino hacia el conocimiento
demostrando su ética profesional y el significado de la
palabra amistad.*

A mi familia

*L.P.Z.B & E.A.V.Z. quienes con su paciencia y amor cambiaron
un fin de semana juntos en el hogar, por un logro personal,
mil gracias por ser mi fortaleza, amor y mi paz.*

Ab. Juan Carlos Vargas G.

DEDICATORIA

A mis padres

Teresa de Jesús Galarza Y. & Leonardo Patricio Vargas P. que sin el apoyo no hubiera sido posible haber logrado una meta más en mi vida profesional a tan corta edad.

Mi madre mi mejor ejemplo de vida y de lucha para salir adelante cada día, muchas gracias por el apoyo moral, económico que me brindaste para seguir con mis propósitos profesionales, del cual estaré siempre eternamente agradecido.

A mis dos amores

Lucy y Emily mis dos amores y compañeras de vida, quienes son mi fuerza para yo entregar todo, porque sin duda se lo merecen.

Ab. Juan Carlos Vargas G.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO

TEMA:

EL DELITO DE ESTAFA Y LA MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL

AUTOR: Abogado Juan Carlos Vargas Galarza

DIRECTOR: Doctor Carlos Fabián Altamirano Dávila Magíster.

FECHA: 20 de Junio del 2019

RESUMEN EJECUTIVO

La problemática que impulsa el desarrollo de ésta investigación, tiene su partida la existencia de dos materias del derecho que brindan un solución al momento que son interpuestas, como son la civil y penal; aquellos actos que afectan el patrimonio de una persona es lo que ha generado un conflicto al poder punitivo del estado en resolver cuando por mandato constitucional debe ser activado como último recurso, existiendo otra norma que puede dar igual o mejor solución al mismo hecho.

Teniendo en consideración que sin duda el delito de estafa tiene como elemento constitutivo el dolo y como reproche la limitación a la libertad además de su indemnización, mientras que en el ámbito civil aparece el dolo como un vicio del consentimiento y como consecuencia la nulidad de un contrato y la indemnización por daños y perjuicios mediante juicio, situación que en definitiva es lo que ha motivado encaminar a una sola materia el perjuicio patrimonial derivado de un acto voluntario establecido en un contrato, que con una investigación puede adolecer de un vicio contra la voluntad inducido por una de las partes y no como causal de juicio penal.

Finalmente se presenta una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal observando la efectiva aplicación al principio de Mínima Intervención Penal.

Descriptor: Contrato Civil, Delito de Estafa, Derecho Penal, Dolo Civil, Dolo Penal, Error en la Estafa, Mínima Intervención Penal, Perjuicio Patrimonial, Reparación Patrimonial, Vicio del Consentimiento.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO

THEME:

FRAUD AND THE MINIMAL PENAL INTERVENTION

AUTHOR: Abogado Juan Carlos Vargas Galarza

DIRECTED BY: Doctor Carlos Fabián Altamirano Dávila Magíster.

DATE: June 20th, 2019

ABSTRACT

This investigation is based on the existence of two parts of law which provide solutions when they're interposed these are civil law and penal law. The actions that affect a person's patrimony have generated a conflict to the judicial power of the State to solve because of the Constitution order to be activated as a last resource due to there is another policy that could bring the same or even better solutions to the same case.

Considering that definitely fraud has damage as an intrinsic element. While in civil scope damage appears like a bad habit of consent and has as the consequence the nullity of the contract and the compensation for damage and detriment through judgement, situation that motivates to use only one part of law the patrimonial damage which comes from a voluntary act established in a contract that with an investigation is possible to suffer a bad habit against a person's will induced by one of the parts and no as a reason for a penal judgement.

Finally a proposal is presented to reform the Integral Organic Code noting the effective application of the principle of Minimal Penal Intervention.

Key Words: Civil Contract, Fraud, Penal Law, Civil Law, Penal Damage, Mistake of Fraud, Minimal Penal Intervention, Patrimonial Damage, Patrimonial Repair, Bad Habit of Consent.

INTRODUCCION

El desarrollo del trabajo investigativo que se presenta, esta guiado por el estudio doctrinario, jurisprudencial, legal y en cierto punto comparativo con otras legislaciones a nivel nacional, así como la recopilación de antecedentes históricos que han motivado la creación de la figura delictiva que es la estafa; somos palpantes de la abundante carga procesal por actos que merecen tener otra vía legal de conocimiento y hago referencia aquellos con presunción de responsabilidad penal cuando de los hecho su nacimiento refiere al ámbito civil.

El propósito principal es analizar la efectiva aplicación del principio de mínima intervención penal en la estafa, por cuanto existen elementos que determinan la limitación de la intervención en el derecho punitivo sobre este acto ilícito, resulta importante iniciar con la pregunta base para este tema: ¿es necesario la aplicación del principio constitucional de mínima intervención penal en la estafa?, respuesta que se desarrolla bajo los siguientes capítulos.

El capítulo I: el problema, Este capítulo desarrolla, el problema a investigar, siendo nuestro punto de partida el delito de estafa y la necesidad de aplicar el principio constitucional de mínima intervención penal, de este modo, nos hemos planteado el problema en la esfera nacional con un análisis crítico de la situación actual y lo que se pretende establecer para una mejor aplicación del derecho, en base a objetivos y el justificativo ideal para hacer de la investigación un aporte a la legislación ecuatoriana.

El capítulo II: Marco Teórico, En el desarrollo del capítulo, encontramos la investigación en un nivel sincronizado, es decir de aquellas teorías, doctrinas, legislaciones pasadas hasta lo más actual, identificando los cambios que existen de nuestros temas principales de estudio, y la interpretación que como investigador se le da a los mismos para el desarrollo del objeto de estudio.

El capítulo III: Metodología, Este capítulo se desarrolla mediante un enfoque mixto, por cuanto encontramos pertinente la aplicación cualitativa y cuantitativa, la primera de estas con fines de obtener respuestas propias al problema planteado, en

base a su conocimiento y práctica diaria, lo que han motivado a determinar como muestra los abogados en libre ejercicio, quienes en su vida profesional conocen del tema y han brindado un aporte a esta investigación.

En cuanto a la segunda, lo hacemos en razón de que la muestra debe encontrarse delimitada, y su resultado sea lo más preciso, y como instrumento para la obtención de resultados se ha trabajado con un cuestionario preestablecido que ha sido puesta a consideración del señor Tutor.

El capítulo IV: Análisis de Resultados, el desarrollo de este capítulo se lo realiza mediante el uso en primer lugar de cuadros que contienen el porcentaje de respuesta de acuerdo a cada pregunta establecida en el cuestionario; otro método usado se encuentra las tablas de resultados, identificando los rangos de edad y el género de los encuestados, por cuanto se vio la importancia de contar con un criterio formal, a fin de que los resultados sean idóneos y permitan ejecutar una posible propuesta de reforma en materia penal.

El capítulo V: Producto final: En este capítulo se ha estructurado las conclusiones y recomendaciones de todo el trabajo; estableciendo como producto es una reforma a la sección novena sobre delitos contra el derecho a la propiedad del Código Orgánico Integral Penal, cuyo resultado se observa la aplicación del principio de mínima intervención penal y la eficacia del delito de estafa en acciones que requieren de su protección.

CAPITULO I

1. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Tema

El delito de estafa y la mínima intervención penal.

1.2. Planteamiento Del Problema

1.2.1. Contextualización

Se ha considerado sin duda, aquellos procesos en los cuales la misma ley ha tratado de encaminar al delito de estafa en otra materia, de separarlo del ámbito penal cuando de éste se presume su configuración por un acto contractual, sin embargo, lo encontramos de tal forma como un delito, por encontrarse dentro del cuerpo punitivo ecuatoriano, como uno de los tipos penales que requieren ser sancionados con una pena a quien incurra en cometerlo, este delito, fallos de la Corte Nacional de Justicia lo han definido como la *“lesión del patrimonio ajeno mediante engaño o artificio idóneo con el ánimo de lucro”*; es decir, aquella lesión contra el patrimonio de una persona, que en definitiva vendría a ser considerado efectivamente la *“autolesión”*, por ser la misma persona quien pone a disposición su patrimonio por medio de un acto contractual, donde no se determina qué proceso judicial es la que debe conocer este acto entre particulares, situación que ha ido generando intensas discusiones tanto para la doctrina como para la jurisprudencia por parte de los estudiosos, incluso por parte de los magistrados y observadores del conflicto generado en esta figura delictiva.

Analizado desde el ámbito penal, nos damos cuenta que no hay dudas en torno a la esencia de sus elementos que configuran el tipo delictivo, esto es, el engaño, error y la disposición patrimonial, provocado a una persona con la finalidad de obtener un beneficio propio o para un tercero; por otro lado, encontramos también el ámbito civil que su normativa no va dirigida al castigo de la persona sino en corregir los errores producidos en los contratos cuando estos adolecen de vicios que van contra el consentimiento de las partes contratantes.

Al hablar de derecho penal y derecho civil podemos mencionar que son ramas diferentes en esencia, (Franz Von, 1999) define al derecho penal como “[...]el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia”, mientras que el derecho civil para (Garfias, 1998) “regula las relaciones jurídicas de los particulares considerados como personas”; es decir, cada una de ellas tienen su procedimiento, trato y consecuencias en su forma de resolver; estas dos ramas del derecho, al momento de colisionar con un problema generan un conflicto mayor aún, como en este caso particular, estaríamos tratando de un vicio de la voluntad o consentimiento en materia civil y la figura del delito de estafa en materia penal, lo que genera un conflicto con la justicia civil que en principio deja en la impunidad conductas delictivas que se presume deben ser valoradas y juzgadas, y por lo contrario, el derecho civil debería solucionar el conflicto, dejando sin efecto dicho contrato, aplicando así el principio de idoneidad, definido como (Serrano, 1990) [...] “criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional del exceso, que hace referencia tanto desde una perspectiva objetiva como desde una subjetiva a la causalidad de las medidas en relación con sus fines”, por esta razón, es necesario crear un muro que separe la actuación de estas dos figuras del derecho y brinde seguridad jurídica al momento de valorar la acción como penalmente relevante o como un ámbito netamente civil.

1.2.2. Análisis Crítico

El delito de estafa vigente en el Ecuador, menciona qué, para la configuración del tipo, el sujeto activo debe inducir a error a la víctima para hacerse entregar una cosa determinada, utilizando el ardid o engaño; a diferencia de otros tipos penales, éste afecta directamente a bienes susceptibles de ser apropiados, por tales consideraciones la víctima al sentirse y verse perjudicada, lo que le interesa es la devolución del mismo bien, razón por la cual estamos desgastando el proceso penal, cuando podemos acudir a otros procedimientos que sí son eficaces para la administración de justicia, en este caso, la vía civil, donde el juzgador de la misma manera velará por el resarcimiento del daño causado en su fallo.

Este delito evidentemente necesita ser regulado, pero no es posible que dos normas legales se confronten a consecuencia de un sólo acto antijurídico, es por esta razón, que la norma penal con la norma civil debe estar guiadas por el principio de idoneidad; según (Correa, 1999) *“El Derecho Penal requiere que sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que persigue”*, que en el delito de estafa no podemos determinar si nos encontramos frente al dolo penal o al resultado de una conducta como vicio del consentimiento, lo que nos lleva a generar conflictos entre las normas, por tal razón, es necesario simplificar el conocimiento de este problema social a un sola rama del derecho.

Cabe considerar que procesos penales iniciados por este tipo de hechos, se caracterizan por tener como origen un contrato cuyo cumplimiento no realiza una de las partes, la línea divisoria entre la esfera penal y la civil presenta una sutileza tal que puede dar lugar a la confusión de dichos procesos judiciales. Sin embargo, una conducta con naturaleza aparentemente civil puede tener en ciertos casos carácter penal, muestra de ello sería el no cumplir la esencia de un contrato y el infractor ha incurrido entonces en una conducta penal, es preciso acreditar que dicha persona, desde que celebró el contrato había decidido dolosamente no cumplirlo; en consecuencia, el incumplimiento no vendría a ser otra cosa más que la consumación de la conducta delictiva, pero en este caso, la estafa es el engaño previo, la obtención del contrato que no requiere de tiempo para ser o no cumplido lo que se establece en el mismo, pues este se trata de una transferencia del dominio con el ánimo de señor y dueño con uso evidente del dolo para perjudicar a la víctima, que es la persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, a la confusión y por ende al error producto del ardid o engaño empleado por la otra parte contratante.

1.2.3. Interrogantes

¿El delito de estafa, se encuentra debidamente regulado en la norma penal?

¿Cuándo es necesaria la aplicación del derecho penal frente a un incumplimiento contractual?

¿Cómo la legislación civil debe regular este tipo de acto?

1.2.4. Delimitación del Objeto de Estudio

En esta investigación se estudiará al delito de estafa y el conflicto generado en razón de la existencia de dos materias que actualmente regulan esta conducta, y, que en la práctica judicial termina siendo un problema en razón de no estar determinado de forma clara el camino preciso que debe seguir frente a estos actos.

Su contenido analizará a través del derecho, el ideal y correcto procedimiento a seguir en contra de estas conductas reprochables.

Campo: Legislación ecuatoriana y doctrina nacional e internacional.

Área: Penal

Aspecto: Mínima intervención penal en el delito de estafa con indicios contractuales

Delimitación espacial: Normativa penal aplicable en el territorio ecuatoriano

Delimitación Temporal: Período marzo 2017 - abril del año 2018.

1.3. Justificación

El derecho a la propiedad en varias ocasiones es violentado por individuos que buscan apropiarse de bienes ajenos, por lo tanto, el Estado crea la estafa como una solución frente a estas conductas, cuando existe la intención de lesionar, razón por la cual se establece penas como la privativa de libertad a quien lo infringe; en lo civil observamos la nulidad del contrato y el juicio por daños y perjuicios cuando se prueba la existencia del dolo como un vicio del consentimiento.

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.

Este tipo de delito exige para su estructura el error de la víctima, siendo ésta quien desconoce y asume el riesgo al momento de entregar la cosa, es decir, se expone al peligro, en este sentido, el eventual riesgo se constituye en un riesgo fáctico, es más, si el mismo derecho civil decide no proteger el patrimonio de quien lo pone de manera voluntaria en riesgo mal lo puede hacer el derecho penal.

1.4. Objetivos

1.4.1. General

Identificar si la estafa realizado mediante un acto contractual requiere de intervención penal.

1.4.2. Específicos

Determinar cuál es la norma jurídica aplicable cuando se presume el cometimiento de una estafa.

Analizar la errónea aplicación de un proceso en materia penal cuando existe otra vía que puede dar igual o mejor solución judicial sin necesidad de pena privativa de libertad.

Identificar la confusión existente entre dolo civil y dolo penal en una sola conducta del ser humano.

Precisar la mínima intervención penal en el delito de estafa y conducir a que sea resuelta en materia civil.

CAPITULO II

2. MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes Investigativos (Estado del Arte)

Destacados estudios del derecho se han encaminado a desarrollar con precisión esta investigación con fundamentos legales, doctrinarios, jurisprudenciales, los mismos que servirán como sustento a nuestro estudio, y así determinar que la conducta antijurídica, no necesariamente debe concluir con una acción penal, como lo hemos dicho, existe otro cuerpo legal que puede ayudar a solucionar estos impases de una forma eficaz.

Como antecedente investigativo, encontramos en primer lugar, a (Rueda, 2016), que se resume en la siguiente ficha informativa, con un contenido textual del tema, su análisis y sus conclusiones:

Tema: ELEMENTOS DE LA ESTAFA Y EL ENGAÑO Y EL ERROR.

Autor: SANTIAGO ANTONIO RUEDA CORDONES

En su estudio realizado saca a la luz los inconvenientes prácticos y doctrinarios al investigar el delito de estafa; en forma específica, encontramos en que si el poder punitivo es de uso excepcional, reservado para los casos de especial gravedad para la sociedad, motivo por el cual el Estado queda facultado para limitar los derechos del agresor.

Conclusiones

(Rueda, 2016), concluye su investigación resaltando que la jurisprudencia ecuatoriana hasta antes de la entrada en vigencia del COIP, no tenía una línea de engaño definido, por lo cual interpretaba el engaño según la teoría amplia o en su sentido restringido, a su vez, también acogía la teoría de los engaños implícitos así como la teoría del engaño bastante. Actualmente el engaño en el COIP se tipifica bajo la teoría de la simulación y disimulación, las cuales

pueden recaer sobre las personas o sobre las cosas, se aplica exclusivamente sobre hechos, lo cual descarta los juicios de valor y las promesas.

El error según (Rueda, 2016), debe ser entendido en su sentido amplio es decir, abarca el error propiamente dicho, como la ignorancia. El error se vincula con la simulación de hechos falsos, mientras que la ignorancia se relaciona con la ocultamiento de hechos verdaderos. El error del sujeto pasivo, deber ser provocado, mantenido o reforzado por el sujeto activo.

El objeto material en la estafa, recae exclusivamente sobre bienes que tengan una apreciación económica y sean de apropiación exclusiva del sujeto pasivo, es aquí que el código civil ha clasificado a los bienes como corporales e incorporeales, en el cual se descarta los bienes incorporeales como objeto de la estafa y se aplican únicamente sobre bienes corporales. Teniendo en cuenta que al hablarse de estafas el objeto material es el derecho que hay sobre este.

La disposición patrimonial es el tercer y último elemento de la estafa, el cual se subdivide en el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo y el beneficio patrimonial del sujeto activo. Para que se consume la estafa, basta con el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo, siendo indiferente si el sujeto activo obtuvo algún beneficio económico por su actuar.

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

Como segundo antecedente, está la investigación realizada por (Espinoza, 2016) la misma que dice:

Tema: LAS ESTAFAS PRODUCTO DE LOS NEGOCIOS ILÍCITOS VULNERAN EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL”

Autor: Ab. Espinosa Guadalupe del Carmen

OBJETIVO GENERAL:

Elaborar un documento de análisis jurídico-práctico a fin de que critique las estafas producto de los negocios ilícitos para que no vulnere el principio de mínima intervención penal.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Fundamentar doctrinariamente las estafas producto de los negocios ilícitos.
- Analizar casos prácticos en los que se demuestre la estafa producto de los negocios ilícitos y que vulneren los principios de mínimo intervención penal.
- Con el documento de análisis garantizaremos que no se vulnere el principio de mínima intervención penal.

Conclusiones:

1. Debe mantenerse el principio de mínima intervención penal, la intervención estatal ha de ser mínima y sometida a límites eficaces: una intervención selectiva, subsidiaria, porque el derecho penal significa ultima ratio, no la respuesta natural y primaria al delito.
2. Existen otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona, por ejemplo en el Derecho Civil; El derecho Penal específicamente el tipo penal estafa no debe tutelar situaciones en las que se utiliza el patrimonio con fines ilícitos, más bien deberá excluirlas.
3. La victimología como ciencia permitirá que las acciones de las víctimas delincuentes que contrarían la norma con sus acciones y que con su comportamiento realizan el tipo subjetivo del delito, no

cuenten con la protección del Derecho Penal y que sean excluidas del tipo penal estafa.

El tercer antecedente investigativo redactado por (Maya, 2014) la misma que resume en la siguiente ficha informativa, con un contenido del tema, su objetivo y conclusiones:

Tema: Delimitación entre el delito de estafa y el dolo civil como vicio del consentimiento

Autor: Bernardo Maya Arroyo

Objetivo

La investigación tiene el objeto de entender la génesis del delito de estafa y el dolo civil. A través de la misma podremos descubrir la esencia inicial de estas figuras y cómo llegan hasta nuestros días. Este análisis nos servirá para complementar y entender con mayor claridad sus elementos a raíz del problema y como base para intentar una delimitación.

Conclusiones:

- El elemento que verdaderamente destaca al delito de estafa frente al dolo civil como vicio del consentimiento se encuentra en su tipicidad subjetiva. El primero requiere un dolo típico y, por ende, abarca la intención de causar un perjuicio patrimonial, bien jurídico protegido por el delito de estafa. Dicho requisito no encuentra su equivalente para la figura del Derecho Civil. Igual podríamos decir con respecto al ánimo de lucro.
- Además, debe tomarse en cuenta el principio constitucional de mínima intervención penal. En casos de estafas contractuales con poca afectación al bien jurídico, la vía idónea para buscar una reparación sería la civil solicitando la nulidad e indemnización por haber sido inducidos dolosamente a la celebración de un contrato, siempre que

existan los elementos necesarios para recurrir a esta vía. De esta forma se demuestra mi hipótesis planteada en la introducción de la tesis, como la forma más precisa de resolver este conflicto. Siendo dos figuras similares, tienen características y objetivos distintos. Esto hace que sea plenamente factible la coexistencia de estas y, consecuentemente, de distintos procesos.

- Se puede ver que dicha solución podría generar problemas en el ámbito procesal. En este sentido, podrían darse dos acciones, con distinta naturaleza, que, sin embargo, tengan por objeto la discusión de hechos similares como el engaño y el error. Por tanto podrían existir sentencias contradictorias. Sin embargo, esto puede esperarse puesto que en los procesos deberán probarse supuestos distintos y bajo reglas procesales diferentes.

2.2. Fundamentación

2.2.1. Fundamentación filosófica

La presente investigación se encuentra fundamentada filosóficamente desde el paradigma hipotético – deductivo, que según (Martinez, 2011) se basa en la teoría positivista del conocimiento que arranca en el siglo XIX con Emile Durkheim y August Comte. *Busca los hechos o causas de los fenómenos sociales independientemente de los estados subjetivos de los individuos*; se busca comprender desde donde parte la problemática en estudio, es decir, desde las conductas que afectan el patrimonio de una persona hasta la manera de ser juzgadas y controladas.

Posterior a esto, con la información obtenida se podrá diseñar un análisis que incentive a mejorar el procedimiento correcto e ideal sobre estas modalidades de conductas antijurídicas y no queden sin ser resueltas.

El problema planteado nos encamina a determinar como posible solución que, el delito conocido como estafa, que recae sobre bienes patrimoniales, sea tratado por el

derecho civil, por encontrarse viciado desde el momento que se perfecciona este acto de perjuicio en contra de una persona, concordando con el criterio de (Giménez, 2010), el cual nos menciona que:

La “característica de la estafa se encuentra en el apoderamiento de bienes ajenos, mediante la astucia – versión mayúscula de la picaresca-porque es la propia víctima la que realiza el acto dispositivo de sus bienes, en su propio perjuicio en virtud del engaño del que ha sido objeto por el actor”

Configurando de esta manera el dolo civil como vicio del consentimiento que en el desarrollo de esta investigación iremos profundizando para darle razón al problema existente.

2.2.2. Fundamentación legal

Encontramos como principal norma la Constitución de la Republica del Ecuador, 2008 (Art. 76), que garantiza el derecho a la legitima defensa y menciona [...] *“en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas”*: literal a) *“Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.”*

En cuanto al Código Orgánico Integral Penal (COIP), 2014, el delito de estafa tipificado y sancionado en el Artículo 186, textualmente menciona que incurre en este delito:

[...] “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 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.”.

Para la configuración de este delito debemos tomar en cuenta siempre que se encuentre los elementos de la conducta del actor acompañada del dolo [...]“*Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.*” (Código Orgánico

Integral Penal, 2014: Art. 26). Definición que nos deja con amplio criterio de interpretación lo que no nos ayuda aclarar si es este el dolo que necesitamos tener para poder presentar una acción penal cuando el daño recae a un bien patrimonial producto de un contrato de carácter civil y es por tal razón que citaremos el código civil.

Del (Codigo Civil, 2005: Art. 1467, libro 4^{to}) se observa los vicios que adolece el consentimiento y estos son: error, fuerza y dolo.

[...] “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo,”

Normativa que nos permite reclamar por medio de un procedimiento civil el daño causado producto del contrato viciado, que en definitiva es lo que la persona perjudicada busca.

LIBRO PRIMERO

2.3. EL DELITO DE ESTAFA

La estafa desde el Derecho Romano fue considerado como el reproche a una conducta atentatoria a la propiedad, que desde el punto de vista de la afectación que produce, desde aquellos tiempos resultó ser verdad, son los bienes, uno de los principales y más antiguos intereses de la sociedad; (Gabaldon, 2006: 195) cita un ejemplo, que se encuentra en el Código de Hammurabi, en el año 1750 A.C., donde ya contemplaba sanciones para conductas a las que calificaríamos como defraudaciones o estafas. Por ejemplo, entregar una cantidad de granos distinta a la acordada o alterar marcas de un ganado que se le encarga a alguien para apacentar, a su incumplimiento su conducta era castigada por con una pena.

Otro ejemplo son los persas, para ellos, decir la verdad era lo más valioso (considerado su principal valor) y la mentira merecía una sanción (considerado como su reproche); quienes faltaren a este mandato moral, de acuerdo a su religión, se convertirían en criaturas de Ahrimanes, también llamado el engañador; el cumplimiento de las promesas y el valor de la palabra eran fundamentales dentro de esta sociedad y quien faltare a la verdad sin duda merecía su castigo.

Al conocer que la estafa, no es una conducta reprochable actual, sino antigua, su vigencia y relevancia se mantiene intacta hasta nuestros tiempos, sin embargo, sus elementos a lo largo de la historia han evolucionado objetivamente, que en nuestra legislación analizamos cuál es su evolución:

2.3.1. EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ESTAFA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

En la historia del derecho ecuatoriano, el (Codigo Penal, 1837) fue sin duda una adopción de leyes españolas, conjuntamente con las Leyes de Indias; cuerpo normativo donde encontramos por primera vez tipificada ésta conducta con el siguiente texto:

[...] “Los que con engaño, artificio, superchería, práctica supersticiosa o cualquier otro fraude semejante, quitaren a otro dinero, mercaderías, efectos o cualquiera cosa, o le hicieren escribir, firmar u otorgar cartas, vales, obligaciones u otras escrituras, sean de la clase que fueren, con perjuicio del otorgante, pero sin fuerza ni violencia, serán condenados a prisión por quince días a dos años, y a pagar una multa de cinco a cincuenta pesos.”
(Codigo Penal, 1837: Art. 556)

Artículo donde se observa que al momento de escribir o firmar una escritura u obligarse con engaño, y este sea como resultado el perjuicio a la víctima ya cometía estafa. Es decir, este delito se encontraba inmerso en el mundo contractual y obligacional directamente, además, no se requería la disposición patrimonial; obligarse voluntariamente era suficiente para que se consume el delito. Posteriormente se implantó la siguiente tipificación:

[...] “Art. 535.- Todo individuo que con el propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro se hubiere hecho entregar fondos, muebles obligaciones, finiquitos recibos, ya haciendo uso o nombres falsos o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas de un poder o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente o cualquier acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza de la credulidad, será castigado con una prisión de un mes a cinco años y con una multa de diez a quinientos pesos.”

El cambio objetivo en esta tipificación se observa en el momento en que al firmar una obligación o contrato, ya no constituía la consumación del delito. Ahora se requiere la efectiva entrega o disposición patrimonial, situación que se pudo mantener con el último (Código Penal, 1971: Art.563) donde se pudo observar una tipificación de la conducta de estafa casi idéntica:

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

manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América.”.

Es decir, se mantuvo este modelo por alrededor de 140 años.

En el año 2014, con la aparición del Código Orgánico Integral Penal, se tipifica a la estafa con un método distinto a esta conducta; que en su tenor literal prescribe lo siguiente:

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

En este caso ya no se hace referencia al engaño, errores o actos perjudiciales, pero si se mantiene su esencia, que la doctrina y la jurisprudencia han aportado para la configuración del tipo penal y es en este cuerpo legal donde se determina en forma clara los elementos que configuran este ilícito que a continuación se lo analiza:

2.3.2. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE ESTAFA

La Jurisprudencia ecuatoriana se ha manifestado de forma más o menos concordante con respecto a estos elementos. Así, en el fallo de la ex Corte Suprema de Justicia, la 3^{ra} Sala de lo Penal, 2007, publicado en el Registro Oficial 15 de 5 de febrero de 2007, manifestó lo siguiente:

[...] “La acción típica prevista en el Art. 563 del Código Penal establece como presupuestos: la actitud dolosa del sujeto activo que, con el propósito

de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hace entregar patrimonio ajeno; utilizando para ello un ardid o engaño [...]”

Es decir, reconoce los siguientes elementos: el dolo, que incluye el ánimo de lucro, el engaño y la entrega, otorgando certeza a lo que se establecía en el Código Penal de 1971, que para configurarse el delito de estafa, debía que demostrar su integración típica, preponderando el engaño, como el principal elemento; el perjuicio, que es la identificación de la lesión al bien jurídico protegido (propiedad en un sentido amplio) y como núcleo que es la acción para hacerse entregar bienes con la finalidad de apropiarse de ellos, configurándose de esta manera el delito.

La doctrina, al ver la importancia de este delito, analiza cada uno de estos elementos del tipo penal, es el caso del doctrinario nacional (Alban, 2011: Pag 443-446) quien realiza un análisis y expone las particularidades de este delito, siendo para el los elementos: “[...]el que se hace entregar (núcleo), patrimonio ajeno “bienes determinados por la ley” (objeto material), mediante un acto engañoso y el ánimo de lucro (propósito de adueñarse de una cosa) [...]” lo que configuraría el tipo y la consecuencia el castigo por el estado, criterio que no analiza en cierto modo el nacimiento de la afectación y perjuicio económico causado para que esto sea castigado con una pena.

En cuanto la teoría internacional expone algunas posturas sobre los elementos de la estafa, siendo estas desarrolladas en una forma similar a la que se encuentra normado en nuestra legislación, de esta manera, (Zamora Pierce, 2008) menciona que en la estafa debe reunirse [...] “el engaño, error (o aprovechamiento de un error preexistente), la disposición patrimonial, causalidad entre las anteriores y ánimo de lucro propio o a favor de un tercero”; mientras que (López & Porte, 2005: Pag. 5-6) dividen los elementos entre objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos en este tipo penal serian la [...] “acción de engañar, el error, disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial; los elementos subjetivos son el ánimo de lucro y el dolo.”.

Ideario que de cierto modo adopta nuestro vigente cuerpo normativo penal, que para efectos de análisis del capítulo, a continuación se observa lo que él (Código Orgánico

Integral Penal, 2008: Art. 186) prescribe en el delito de la estafa, en la misma forma como se expuso en líneas anteriores.

[...] *“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.”*

En este sentido podemos hablar que efectivamente el Código Orgánico Integral Penal, maneja los conceptos del tipo objetivo y tipo subjetivo, que a continuación se realiza un análisis al tipo objetivo a partir de los siguientes puntos: el error, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos y el perjuicio patrimonial con la configuración de sus elementos; en cuanto al tipo subjetivo se hablara en relación al dolo.

2.3.3. El tipo objetivo

2.3.3.1 El engaño

Este verbo el legislador lo identifica como un elemento objetivo de la estafa, con siguiente contexto: *“[...] mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos [...]”* que a partir de lo descrito, se crea un sin número de hipótesis a fin de determinar su cumplimiento a efectos de configurarse el delito, podríamos inclusive hablar lo que la doctrina hace referencia en relación al engaño, que no es otra cosa que la configuración de los términos ardid y engaño de manera indistinta.

Para profundizar este tema, Nuñez (1971) afirma que el ardid lo constituye el *“[...] despliegue de artificios o maniobras, simuladoras de una realidad”*, mientras que el engaño consiste en la simple *“aserción, por palabras o actos, expresa o implícitamente, de que es verdadero lo que en realidad es falso [...]”*

Se podría hablar que el ardid puede definirse como un medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento y al engaño como la falta de verdad en lo

que se dice, hace, cree, piensa o discurre; es decir, dar a la mentira apariencia de verdad o inducir a alguien a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas.

En este sentido en el ámbito penal no se puede determinar la existencia de estos elementos, por cuanto nace el problema de un instrumento contractual, que podría ser cumplido o adolecer de cumplimiento, y no de los elementos objetivos del tipo penal por cuanto constituye ardid cualquier artificio o medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún acto, mientras que engaño es la falta de verdad en lo que se dice o se hace o, en otros términos, que el sujeto pasivo padezca el error que es su consecuencia.

Para (Villegas, 2009: Pag 585) estas maniobras descritas no tienen por objeto hacer incurrir a la persona en error y de tal manera, apoderarse de su patrimonio. Lo que se quiere, mediante el astuto despliegue de maniobras ardidasas o engañosas, es que la víctima no advierta que sufrió el daño, quedando de tal manera el delito impune. Para ello, dice, [...] “*es requisito esencial que sea idóneo*”, es decir, debe tener la aptitud suficiente para burlarlo, que una vez incurrido en el error nace un documento legal que puede ser merecedor de un reclamo a su incumplimiento.

Sin duda el engaño es uno de los elementos que deben ser más visibles dentro de este tipo penal, por tal razón la mayor parte de autores se han dedicado a tratar este tema, por razones que teóricamente al engaño se debe tener en cuenta dos momentos, el primero, que hablaría sobre la idoneidad del engaño, un segundo, los medios que pueden emplearse para engañar.

2.3.4. Idoneidad del engaño

(Donna, 2000: pag. 280), por su parte, habría señalado que es necesario delimitar el concepto de engaño para evitar que toda vulneración a la verdad o incumplimiento que se da en el ámbito convencional civil se encuentre dentro de la protección Penal.

De este modo, se podría hablar que no toda falta a la verdad puede constituir un engaño. Por el contrario, la norma no lo dice explícitamente el requerir de determinada gravedad en el engaño para que la conducta sea penalmente relevante,

es decir, aquí se habla de la idoneidad del engaño. Aspecto que debería ser analizado para el tema de un delito por tentativa y sea determinante diferenciar del engaño con el error.

La idoneidad debe, de acuerdo a la mayoría, medirse a partir de la víctima. Así, Para (Maggiorie, 2000: Pag. 31) [...] *“basta que la persona haya sido engañada y agraviada para que sea idóneo el engaño”*. En el mismo sentido, (Fortan Balestra, 1995) afirma que: *“si el engaño ha logrado su fin sería idóneo y que es fundamental tomar en cuenta este requisito para los casos de tentativa”* [...], puesto que para conseguirlo está inmerso el elemento objetivo del tipo penal, sin duda, en este caso estamos hablando de un delito imposible, por depender de la actitud del sujeto activo destinada exclusivamente a inducir en error a la víctima.

(Carrara, 2008), manifiesta que es idóneo *“siempre que se logre engañar a la víctima”*, indicando que en un principio la imposibilidad de hablar de una tentativa, puesto que si no logró inducir a error el medio es inidóneo, pero no descarta la posibilidad de que no se haya alcanzado el error en la víctima por causas ajenas al sujeto activo, en este caso, si habría tentativa.

Es decir, en aquellos casos en los que la víctima dispone de su patrimonio causándose un perjuicio, existe un delito consumado, mientras que en aquellos casos en los que por cualquier circunstancia no lo hubiese hecho, entonces podríamos hablar de una tentativa; el ingrediente particular de esta postura radica en que a la víctima se le exige un determinado nivel de diligencia para que proceda la protección penal, visto desde la perspectiva de la misma víctima, así se evita que el error hubiese sido causado por negligencia.

(Donna, 2000: Pag. 310-311) agrega que además debe valorarse al engaño desde una perspectiva objetiva para determinar la idoneidad de este para inducir en error a una persona, es decir, *“que el medio engañoso empleado sea adecuado para hacer incurrir en error a una persona teniendo en cuenta las reglas y costumbres atinentes al tráfico o actividad en cuestión”* [...] tomando como punto de partida la idoneidad general, para luego ser conducido a la situación particular del caso y de la víctima para una protección penal.

Entendiendo en su contexto el excluirse a los engaños socialmente tolerados, a los que los romanos denominaban *dolo bueno*, que pueden consistir simples estrategias publicitarias que carecen de idoneidad y relevancia penal frente a la sociedad, (mínima intervención penal); en este caso, se debería analizar la idoneidad del engaño desde los siguientes puntos: Primero, que no sea un engaño socialmente tolerado. Segundo, que el engaño sea capaz de inducir a error a la víctima en concreto, y, tercero, que haya sobrepasado los niveles de defensa ordinarios que se le pueden exigir a la persona.

En base a esto, se puede explicar cuando una conducta es penalmente relevante y cuando se encuentra en posible peligro del bien jurídico; el (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 22) expone, que una conducta es penalmente relevante cuando: [...]“*las acciones u omisiones ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables, un bien jurídico protegido por este Código*”, es decir, puede existir peligro para que la conducta sea penalmente relevante, que del análisis realizado resulta ser difícil medir el peligro dentro de este delito.

2.3.4.1.1 Formas del engaño.

Para nuestro tipo penal encontrar tres tipos de conductas consideradas engañosas, primero, aquellas que simulan hechos falsos, segundo, las que deforman hechos verdaderos y, tercero, aquellas que ocultan hechos verdaderos.

2.3.4.1.2 Simular un hecho falso

Al hablar de este tema, en primer lugar es implicar generar una representación en el sujeto pasivo de una realidad completamente inexistente, como ejemplo: una persona manifiesta ser propietario de una compañía importadora de autos, cuando dicha compañía no existe.

2.3.4.1.3 Deformar hechos verdaderos

Un claro ejemplo se evidencia cuando se finge ser una persona que no es, por ejemplo, Raúl dice que es Juan.

2.3.4.1.4 Ocultan hechos reales

Consiste hasta cierto punto en simular una realidad no existente, pero en este caso se parte de un hecho real. Así, alguien puede afirmar que Pedro efectivamente es propietario de una casa comercial de vehículos, cuando en realidad no tiene ni un vehículo.

El ocultamiento de hechos verdaderos, en cambio, el sujeto activo no induce directamente a una manifestación falsa de la realidad, lo que directamente transmite es real; la actuación del sujeto activo, sin embargo, oculta una realidad. Es este ocultamiento, lo que genera en el sujeto pasivo una noción incompleta de la realidad.

El delito de estafa es configurado a través del engaño que a su vez terminaría siendo la configuración de la mentira “engaño verbal”. Para determinados juristas es fundamental que el estafador acompañe al engaño con elementos materiales. Para otros, no, pues podría este consistir en actuación acertada en forma verbal.

Varios estudiosos han analizado este tema, uno de ellos encontramos a (Donna, 2000: Pag. 278) que para él, existe un criterio amplio y un criterio restringido con lo que respecta a esta interrogante. Según el criterio restringido:

“[...] el medio engañoso debe adoptar cierta entidad, no resultando suficiente con las simples palabras, sino que en todos los casos el autor debe desplegar alguna actividad tendiente a falsear la realidad.”

Esta hipótesis tiene su fundamento *mise en scène* o puesta en escena, doctrina que es de origen francés. Por otra parte el criterio amplio no requiere esta materialidad en el engaño, basta cualquier tipo de engaño que sea idóneo para inducir a error a alguien, por lo que sería suficiente con una mentira verbal que constituya un engaño idóneo.

(Buompadre & Creus, 2007), por su parte manifiestan que [...] *“existe la posibilidad de que una mentira, siempre que sea razonable y consecuencia de ésta exista un nexo causal, puede considerarse como una conducta penalmente engañosa”*; se debe hacer una valoración de manera individual en la conducta y medio empleado del sujeto activo frente las condiciones del sujeto pasivo, es decir, la mentira,

dependiendo el caso, puede consistir en una forma penalmente relevante de falsear la realidad.

(Donna, 2000: Pag 293-394) en este aspecto, mantiene su criterio en que la mentira por si misma puede típicamente configurarse como un engaño, siempre que se encuentre envuelto de determinadas características que dependerán del caso concreto; estas serían: [...] “*idoneidad para inducir a error y la naturaleza de acto que se encuentra en juego*”, debido a que ciertos negocios obligan a declarar con veracidad sobre todos los aspectos por el peligro que involucran para el patrimonio del tercero, tomando en cuenta la costumbre y el tipo de operación. Es decir, también considera un aspecto importante que es la idoneidad como parámetro fundamental para que la mentira configure el delito de estafa.

En el COIP observamos el uso de las palabras simulación de hechos falsos y deformación de hechos verdaderos, palabras que él (Diccionario de la Real Academia Española, 2001) define a simular como “*representar algo, fingiendo o imitando lo que no es.*” entendiendo de esta manera que no resulta ser necesario la materialidad por el simple hecho de ser presentada en forma verbal una realidad falsa puesta a otra persona, definición que resulta ser concordante con lo manifestado por (Donna, 2000), en el sentido que “*los actos de buena fe deben siempre estar inmersos en los negocios*”, resultando ser más importante la palabra que el mismo documento, pero eso no se ve resaltado en este mundo de los negocios, pues ciertas mentiras son lo suficientemente fuertes como para engañar a cualquiera, por lo que no podría imputarse la culpa a la víctima ni catalogarse a esta persona como un crédulo.

Ya en la actualidad se ve alejado el uso del dogma social “*ver para creer*” pues se vive en un mundo donde ha evolucionado la comunicación y como requisito la existencia y el uso de la celeridad en los negocios, situación que resulta peligroso en este delito, pero se lo puede considerar de tal manera cuando las condiciones del caso así lo determine que normalmente se referirá concretamente con la idoneidad del medio empleado.

2.3.4.2 El error.

Su presencia es fundamental para que se configure el delito de estafa, resultando ser una de las principales características del delito, por requerir la colaboración de la víctima para que esta de manera voluntaria realice un acto de disposición:

Es aquí el error donde adquiere una vital importancia, que a diferencia de otros delitos como el hurto o el robo, no se trata del “sustraer” o apoderarse”, sino de provocar la colaboración del sujeto pasivo y que éste, engañado, sea quien realice una disposición patrimonial en perjuicio de sí mismo o de un tercero.

Es la autolesión de la víctima un requisito *sine qua non* para percatarnos que no estamos frente a los delitos de robo o un hurto, de esta manera resultaría fácil distinguir cuando una persona es engañada a modo de distracción por alguien y tomar sus bienes, estaríamos frente a un hurto y no una estafa, evidentemente en este caso no existió el error que provoque la autolesión de la víctima.

El ejemplo claramente nos indica que es la simulación, la deformación, el ocultamiento de la verdad lo que induce a error al sujeto pasivo, incluyendo implícitamente al aprovechamiento del error preexistente como medio para este delito.

En este punto opera el silencio o la omisión del sujeto activo, pues sin duda, como base principal una persona no tiene la obligación de señalar todo tipo de circunstancias a otras personas, en consecuencia, no se puede decir que el silencio o la omisión le habría inducido a error argumentando además que dicho silencio fue quien les privo de conocer la verdad; en otros casos operan con la certeza de no existir, que para nuestro estudio termina siendo la omisión de la verdad.

Esta omisión o silencio, podría también presentarse en aquellos casos en los que existan respuestas evasivas por parte del sujeto activo, de esta forma, el ocultamiento de hechos reales, como medio engañoso, abre las puertas para que exista un engaño que consista en la omisión o el silencio de los hechos reales (verdades absolutas).

El error debe consistir en una representación convincente de la realidad, la víctima debe encontrarse absolutamente convencida de que ese ficticio que se le ha presentado a través del engaño coincide con la realidad, en tal sentido aquí la

doctrina habla que no todas las personas pueden ser víctimas de este delito, pues existen personas que por su estado psíquico, son las más propensas a ser víctimas por no distinguir el engaño con la verdad por muy lógico que este sea, estado que conduce a la víctima a lesionar su propio patrimonio de forma voluntaria aunque viciada, configurándose de esta manera el error convincente, patrimonialmente relevante y producido en una persona con al menos limitada capacidad, claro ejemplo donde se adecúa al elemento descrito en el tipo penal.

2.3.4.3 Disposición patrimonial y perjuicio.

Una vez que se ha determinado el medio empleado para inducir a la persona en error, como medio para el consumo del delito, resulta importante analizar a que afecta este error, y cual es en este caso el bien jurídico protegido por el estado frente a esta conducta que si bien se encuentra prescrita en la norma penal.

- **Bien jurídico protegido y disposición patrimonial**

El delito de estafa, como tipo penal, se encuentra prescrito dentro de la Sección Novena del COIP, que habla sobre los delitos contra el derecho a la propiedad, resultando en cierto modo algo extraño por ser la propiedad jurídicamente un derecho real definido en nuestro Código Civil, sin embargo es protegido inclusive en materia penal; la doctrina ha ido señalando que en materia penal estos delitos no protegen técnicamente a la propiedad.

Es el caso que para (Zamora Pierce, 2008), y (Pullaguari Zaruma, 2015) el bien jurídico protegido es el “*patrimonio*”, tomando en cuenta su valor global como el conjunto de activos y pasivos; para (López & Porte, 2005) comparten ese criterio y descartan que sea la propiedad en sentido estricto lo que protege el delito.

(Buompadre & Creus, 2007), indican que es todo tipo de “*propiedad*” defendida por el Derecho Penal, incluso aquellas tenencias o posesiones valiosas.

(Donna, 2000) es otro que defiende este criterio: “[...] *consideramos que, en la estafa el bien protegido primario es el patrimonio globalmente considerado, es decir, en su totalidad universitas iuris [...]*”. En general, los autores citados coinciden en que no se protege exclusivamente el derecho a la propiedad como concepto limitado por el Derecho Civil, sino más bien al patrimonio como conjunto de derechos. La dificultad entonces nace en identificar el campo del patrimonio jurídicamente protegido por el delito de estafa.

La forma de mirar al patrimonio, sería a través de una perspectiva exclusivamente jurídica, es decir, como conjunto de derechos y obligaciones. Así, “[...] *el perjuicio patrimonial consistiría en la pérdida de tales derechos, sin tener en cuenta si la pérdida es o no valuada en dinero*” (Romero, 2000); concepción que ha sido abandonada y criticada, entre otras razones porque no se encuentra embarcado en la estafa los casos que se afecte un derecho subjetivo que no tenga valor económico.

Contradiendo a esto, nace la concepción económica del patrimonio, según esta, en cambio, lo único importante es el valor económico que tenga la cosa para una persona, sin importar el poseer un derecho subjetivo o no. Postura que puede conducir a un problema lógico: el Derecho Penal protegería bienes patrimoniales que carecerían de protección en cualquier otra área del Derecho, pero al mismo tiempo se observa el incumplimiento del principio de mínima intervención penal.

De las críticas creadas por las teorías expuestas, aparece (Schlack Muñoz, 2008) quien cita a Welzel, con la teoría mixta del patrimonio, que según esta debe entenderse al bien jurídico protegido como los valores económicos que además tengan protección del bien jurídico protegido; esta teoría es también aceptada por (Donna, 2000), quien además agrega que, desde la perspectiva económica, no solamente debe tomarse en cuenta los valores pecuniarios sino también “*las necesidades y fines del engaño*”. Criterios que resultan ser más acertadas del bien jurídico protegido por ser la más precisa y la que menos problemas generaría con el tipo penal.

2.3.4.4 El perjuicio patrimonial

Una vez comprendida la naturaleza del bien jurídico protegido por este delito, lo siguiente es entender si la norma efectivamente requiere un perjuicio o solamente un peligro al patrimonio generado por el engaño.

Queda claro que para que se configure el tipo penal debe haber un resultado y a este resultado lo llamamos perjuicio patrimonial, situación que la doctrina, la historia y la normativa, coinciden en que nos encontramos frente a un delito de daño y no de peligro.

Es obvio que en este tipo de delito el perjuicio se produce cuando el patrimonio de una persona se reduce, sin embargo, no es tan claro en todos los casos y existen particularmente dos situaciones que merecen especial atención; la primera de ellas se produce cuando la víctima recibe alguna contraprestación por su acto y el valor de ésta no es económicamente inferior al de la disposición patrimonial, y la segunda, cuando el error induce al sujeto pasivo a obligarse por medio de un acto o negocio jurídico, sin que cumpla tal obligación.

En el primer caso, el engaño muchas veces viene acompañado de una contraprestación. Esta contraprestación puede tener un valor patrimonial menor que el dispuesto por el sujeto pasivo, para un mejor entendimiento, el perjuicio patrimonial no se ve afectado de manera absoluta, toda vez que el valor del patrimonio se encuentra objetivamente reducido con la contraprestación y se hablaría de un ajuste al mismo valor.

En otros casos si existe un problema, el sujeto pasivo dispuso de su patrimonio para recibir algo que en realidad no quería y siente que se encuentra afectado. Sostiene (Donna, 2000) que partiendo de la premisa de que el patrimonio penalmente relevante se define a partir de los bienes y derechos que son jurídica y económicamente valorables, sí puede constituir estafa este tipo de actos: [...] *“Pensamos que el perjuicio patrimonial no debe constatarse recurriendo únicamente a criterios “pecuniarios”, sino que también debe atenderse a las necesidades y fines pretendidos por el engañado”*.

Por ejemplo, me venden un automóvil a precio de venta en la feria libre presentándome a éste como un auto nuevo; pensando que estoy ante una gran oportunidad de hacer negocio, dispongo de todos mis ahorros. Objetivamente, pague un precio justo y el valor económico total de mi patrimonio se mantiene igual. Sin embargo, por otra parte ese dinero estaba destinado a ser invertido y a producirme ganancias. Al disponer equivocadamente del mismo me veo económicamente afectado, no pude darle la finalidad económica deseada a mi patrimonio debido al engaño y, según esta tesis, se configura un perjuicio.

Otros autores como (Zamora Pierce, 2008: pag. 131) han considerado que es [...] *“desequilibrio económico entre las prestaciones lo que hace configurar al delito”*; Siguiendo esta línea de pensamiento, en cambio, el mismo ejemplo no sería un delito. Cuando el acto de disposición sea material, es lógico que bastara la entrega para que se hubiese producido el perjuicio. Sin embargo, cuando el acto de disposición no es material sino jurídico, hay que distinguir dos situaciones:

La primera de ellas es cuando el acto en sí consiste en renunciar a un derecho o impliquen, sin más, una pérdida patrimonial directa, como la tradición, la donación y otros actos. En esta hipótesis el perjuicio es claro y, en general existe consenso en admitirlos como actos de disposición patrimonial. El tema se complica en aquellos casos en los que una persona engañada consciente en un contrato y fruto de éste se obliga con otra, sin haber ejecutado la prestación. Por un lado, existen quienes niegan que la suscripción de un documento por sí implique perjuicio patrimonial. (Donna, 2000), por ejemplo, señala lo siguiente:

[...] “En los supuestos de obtención o suscripción bajo engaño de documentos, salvo que la sola entrega o firma ya implique por sí misma una pérdida patrimonial, el delito no se considera consumado hasta que el documento no se haga efectivo.”

Es decir, para el mencionado autor, no bastaría con que la víctima se obligue. Para que haya consumación se requeriría la ejecución del mismo. En la misma línea se encuentran (Buompadre & Creus, 2007) quienes afirman lo siguiente:

“Este patrimonio se ve disminuido, después de ese momento, por la disposición patrimonial realizada por el sujeto pasivo del engaño, es decir, por su acción u omisión que puede ser un acto jurídico (firmar un contrato) [...]” por otro lado, tiene que tratarse de un perjuicio efectivo y actual.

La disposición en si debe haber producido el perjuicio, cuando ella únicamente ha creado una carga para el patrimonio de futura ejecución, que solo entraña el peligro del perjuicio, se estará en el ámbito de la tentativa, pero no de la tipicidad completa de la acción punible; para estas posturas, el contrato es parte del engaño. El estafador utiliza el engaño para que la víctima realice el acto de disposición que devendría en la ejecución del mismo.

Por otra parte, otros autores sostienen que bastaría con la suscripción del contrato para que exista perjuicio patrimonial. (Carrara, 2008), por su parte, manifiesta diferencia entre lo que él llama el daño efectivo y el daño potencial, consistiendo el primero en el daño efectivo a la propiedad y el segundo en que el sujeto pasivo se despoje de un derecho, aunque no vaya seguido de la pérdida de la propiedad. En su criterio *“[...] si se ha llevado al iluso a la estipulación del contrato queda consumado el delito, aunque la víctima solo haya contraído una obligación que puede reducirse a nada si se descubre el engaño.”*

En este punto se encuentra la justificación en que este daño no es meramente potencial, pues para librarse de aquella necesitaría una acción judicial.

A esta última postura, sin embargo, puede hacerse una crítica. Si partimos de que el nacimiento de una obligación equivale a perjuicio, también debería decirse que el nacimiento de un derecho genera un beneficio. En aquellos casos en los que existe un dolo inicial de incumplimiento y la víctima ya ha cumplido con su parte, debiera excluirse a la estafa, por tener en su patrimonio un documento para exigir a la otra persona.

En este sentido, el contrato sería el fin mismo de la estafa, cuando lo que en verdad desea el sujeto activo es beneficiarse del mismo, si es que el engañado se niega posteriormente a cumplir su obligación, su patrimonio se vería intacto. Por último,

podría decirse que no existe ningún desplazamiento actual. Al contratar no ha “*salido*” de su patrimonio ningún bien.

- **Causalidad entre los elementos.**

De lo trato es claro determinar la forma en cómo se configura el delito de estafa, para ello el mismo (COIP) lo señala, siendo necesario que exista una relación de causalidad entre sus elementos. El engaño ejecutado por el sujeto activo que debe producir un error en la víctima y este error producido en el sujeto pasivo lo lleva a realizar un acto de disposición que le genera un perjuicio económico identificado como el perjuicio de su patrimonio.

Para (Zamora Pierce, 2008) existe unanimidad en la doctrina en relación a que si el error no es fruto del engaño no hay delito. Un primer acercamiento a esto es la “*idoneidad del engaño como forma de valorar si es que este fue o no apto para producir un error en el sujeto pasivo*”, frente a un engaño que carece de esta característica, a partir de los lineamientos y teorías señaladas anteriormente, es posible que el error sea la consecuencia de la negligente actitud del perjudicado, quedando la conducta en este caso atípica, pues la norma penal no busca proteger a quienes perjudiquen su patrimonio por negligencia, sino a quienes lo hagan como consecuencia del engaño.

Por otro lado, también es fundamental que la disposición patrimonial sea fruto del error. Existiendo engaño y disposición, si no existe un error, no hay delito; el móvil en este tipo de casos puede ser otro, por ejemplo, un amigo vende un reloj falso aduciendo que es verdadero y se lo compro de todas formas porque conozco que necesita dinero para algo importante. Aun en el caso de que exista error, si este no se deriva del engaño sino de alguna otra causa, no habría delito; en conclusión, para la aplicación de la estafa, en lo que se refiere a los elementos objetivos, se requiere una concurrencia conexas y causal entre los distintos elementos que la componen el tipo penal.

2.3.5. El tipo subjetivo.

El (Código Orgánico Integral Penal, 2014), establece lo componentes subjetivos que envisten la configuración de un tipo penal, esto los encontramos en los artículos 26, y 27, siendo el dolo, la preterintencionalidad y la culpa los elementos del tipo claramente identificados por este cuerpo punitivo

En nuestro caso el delito de estafa para su configuración “[...] *obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona [...]*”, requiere que el sujeto activo tenga una intención premeditada y directa de resultado, esto es, la de obtener un beneficio patrimonial.

La doctrina coincide en que el tipo subjetivo de la estafa está compuesta por el dolo y, concretamente, por un dolo directo. (Buompadre & Creus, 2007), señalan que [...] *“el engaño desplegado por el sujeto activo debe dirigirse a causar un error que les lleve a realizar la disposición patrimonial; además, añaden que debe conocer que causan un perjuicio”*.

De esta forma, la voluntad y el conocimiento, en relación con el tipo, son fundamentales para que se configure este delito. (Fortan Balestra, 1995) hace la siguiente afirmación:

[...] “El conocimiento del autor debe abarcar la relación entre el ardid o el engaño y el error y entre éste la disposición patrimonial perjudicial del mismo engañado o un tercero. De ello resulta que el ardid o engaño deben ser tales, no sólo objetivamente sino también subjetivamente considerados.”
Así, pues, si el sujeto activo cree que su actividad se corresponde con los hechos verdaderos, él es el primer engañado.

(Donna, 2000, pág. 338) también se ratifica en este criterio y manifiesta que el dolo requerido para que se configure la estafa es el dolo directo y, agrega, que el sujeto activo debe actuar con la voluntad orientada a causar un perjuicio.

Estos autores afirman además que este dolo debe contener el ánimo de lucro, lo que (Carrara, 2008, pág. 436) ya señalaba que pueden realizarse muchos fraudes con

otros fines, incluso sexuales, sin embargo, solamente el que atenta contra la propiedad, es decir, el que se encuentra motivado por una finalidad lucrativa, constituye el delito de estafa, es decir el dolo, junto con el ánimo de lucro, deben presentarse de forma inicial, así el ánimo de lucro es, pues, anterior al engaño.

Sobre el ánimo de lucro es importante hacer dos precisiones, primero, tiene que perseguir un lucro ilegítimo, es decir, que cause perjuicio, no comete estafa quien a través del engaño consigue que se le pague algo que le deben o que creía que le deben; segundo, este ánimo consiste en obtener cualquier ventaja patrimonial, inclusive para destruir la cosa, no se requiere una finalidad estrictamente económica del sujeto activo, basta con el perjuicio y que persiga una ventaja patrimonial.

En consecuencia, el tipo subjetivo de la estafa está compuesto por el dolo directo, definido en el (Código Orgánico Integral Penal, 2014: Art. 26), que en su tenor literal prescribe “*actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.*” Para que se configure este dolo, es imprescindible que el sujeto activo actúe con voluntad y conocimiento de la conducta típica que está realizando.

LIBRO SEGUNDO

2.4. EL DOLO CIVIL

El dolo civil lo encontramos en el Código Civil, 2005 (Art. 29, último inciso), que en su tenor literal manifiesta: [...] “*El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro*”, que para efectos del desarrollo efectivo del tema, nos enfocaremos en el dolo como vicio del consentimiento, por cuanto el dolo vicia la buena fe contractual, porque a través de maniobras la una parte induce a la otra a celebrar un acto o contrato, que no lo haría si conociera las condiciones que rodean dicho acto o contrato; sin encontrar en nuestra legislación una definición amplia que permita su análisis, limitándose únicamente en tratar al dolo como un vicio del consentimiento y que peste no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

Para el desarrollo del presente tema, al existir un vacío legal conforme lo establece el Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y el Art. 18 numeral 7 del Código Civil, habría que profundizar este tema en base a principios, doctrina y jurisprudencia en los que se defina al dolo como vicio del consentimiento que será lo que a continuación se desarrolla.

Para el Código Civil de España, 1889, (Art. 1269) “[...] *hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellos no hubiere hecho*”; en el Código Civil Argentino, 2019, (Art. 931) a esta acción dolosa manifiesta en consistir “[...] *toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin*”, además, de la investigación realizada, es decir podríamos concluir que al hablar de dolo se refiere al engaño o el acto empleado para causar en otra persona una falsa manifestación de la realidad.

La doctrina en cuyos países no ha definido en su legislación el concepto para este vicio, autores como (Fernández Ospina & Acosta Ospina, 2000, pág. 202) dice:

“[...] el dolo consiste en cualquier maquinación, trampa, artificio o astucia encaminados a sorprender a la víctima y a provocar su adhesión, bien sea sobre el acto en general, bien sea sobre ciertas condiciones de él”; así también, (Rodríguez, Somarriva Undurraga, & Vodanovic, 1998, pág. 223), tienen un similar criterio sobre el dolo, el cual: “[...] consiste en el empleo, por una de las partes, de maquinaciones, trampas, artificios, mentiras o engaños, respeto de otra persona, con el fin de inducirla a consentir en un contrato que, a no mediar dichas maniobras, jamás habría celebrado”.

El doctrinario nacional de derecho civil, (Larrea Holguín & Rodrigo, 2004, pág. 81), afirma que el dolo:

“[...] se refiere solamente a los actos o contratos en los que una parte es inducida a engaño, incurre en un error provocado por otro [...]” el otro contratante viene a ser el que engaña mediante artimañas, con ocultamiento de información, ponderación falsa de cualidades o circunstancias que llevan a torcer la libre decisión del otro contratante.

En consecuencia al dolo se lo define en base a la doctrina y la legislación de otros países como el engaño, inducido al error y a una manifestación de la voluntad viciada.

En cuanto a la Jurisprudencia, se ha realizado una indagación a fin de determinar la existencia de una definición clara, que permita el desarrollo de esta investigación, de esta manera se ha encontrado una de las decisiones tomadas por la fallo de la (Corte Suprema de Justicia, 1959, pág. 677) publicado en la Gaceta Judicial. Año LXII. Serie IX No. 6, encontramos lo siguiente:

“[...] René Elio procedió con dolo al escribir a los actores las mencionadas cartas, que contienen falsas informaciones del establecimiento y negocio que ofreció en venta, sin las cuales los demandantes no hubiesen celebrado el contrato de compraventa, que constituye la materia de esta controversia.”

Así también un fallo más cercano a nuestro días, está dado por la Sala de lo Penal, de la hoy Corte Nacional de Justicia (2008, pág. 2633), en la que señala lo siguiente;

[...] “*el dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y aparece claramente que sin él, el otro no hubiera contratado [...]*”, claramente se observa no determinar una definición sino la sola expresión de los elementos requeridos por la ley.

Sin embargo la jurisprudencia extranjera si aportado con una definición, es el caso No 335/2010 de la Corte de Apelaciones de Iquique, (Chile), lo ha definido como “*[...] la maquinación fraudulenta destinada a engañar a la víctima, que la determina a celebrar el acto*”; El Consejo de Estado de Colombia, en el caso Constructora Norberto Odebrecht S.A. y otros vs. Isagen S.A. por su parte, ha manejado un concepto con el siguiente texto:

“[...] En el negocio jurídico consiste en la maniobra, artificio, engaño, maquinación, consciente y deliberada de una parte o sujeto contractual con suficiente aptitud para inducir o provocar un error de la otra parte y obtener su consenso o voluntad en la celebración del acto.”

De esto se puede observar que existe concordancia entre sus definiciones y mantienen una misma estructura como es: el engaño, error y manifestación de la voluntad, que en definitiva en nuestra legislación no se ha trabajado en una definición exacta al dolo como vicio del consentimiento y se ha limitado a señalar únicamente el cumplimiento de los requisitos legales, lo cual deja a discreción de los litigantes en materia civil, realizar su argumento en base a jurisprudencia y doctrina donde si han determinado la esencia de este vicio del consentimiento.

En consecuencia a lo estudiado podemos concluir que el dolo, como vicio del consentimiento, puede ser definido como el engaño destinado a causar una representación falsa en otra persona para que esta manifieste su voluntad de determinada manera.

2.4.1. El negocio jurídico

Al hablar de un negocio jurídico nos referimos a un hecho realizado voluntariamente por una persona con la finalidad de producir efectos jurídicos, que para (Barda, 1980, pág. 81), estos tienen tres características: *“son lícitos, voluntarios y orientados a producir efectos jurídicos”*.

El acto o negocio jurídico se encuentra desarrollado en el Código Civil, 2005, (Art. 1453), referente a las fuentes de las obligaciones, se dice que: *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga [...]”*.

Al margen de lo expuesto por la norma podemos manifestar que el negocio jurídico no es más que la voluntad expresa mediante un acto que produce efectos jurídicos y como claro ejemplo es el contrato celebrado entre las partes.

Para la existencia del negocio jurídico, las partes deben encontrarse investidas de la voluntad que según (Fernández Ospina & Acosta Ospina, 2000: pag 202) en un acto o negocio jurídico no se puede prescindir de dos elementos: *“la voluntad real del agente (elemento interno) ni la manifestación o declaración de la voluntad (elemento externo)”*; es decir, en todo acto debe existir la voluntad y que la misma sea manifiesta en el acto, de esta manera surge en eficaz negocio jurídico.

Se ha determinado que dentro de los requisitos de validez de los negocios jurídicos también se hace énfasis en la voluntad, en tal sentido el (Código Civil, 2005: art. 1461) establece que *“para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario” “Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio [...]”*.

De esta forma, vemos que el legislador ha buscado que la voluntad sea el componente del negocio jurídico y, consecuente, fuente de obligaciones, sea libre de vicios que la puedan afectar. Los vicios del consentimiento recogidos en nuestro Código son tres: error, fuerza y dolo, que al contar con estos como causal de nulidad,

se reafirma en la importancia que tiene la voluntad para la formación del negocio jurídico.

La doctrina determina una observación con respecto a su nombre, es que se debería hablar de vicios de la voluntad y no vicios del consentimiento, pues la manera como el Código refiera al consentimiento viciado es la de una “*adhesión unilateral y voluntaria a algo*”, es decir, sinónimo de “*voluntad*”, por consiguiente esta cuestión es importante ya que el dolo puede manifestarse tanto en actos o negocios bilaterales como en los unilaterales, donde no existe consentimiento en sentido estricto, sino la manifestación de voluntad.

2.4.2. Naturaleza jurídica del vicio del consentimiento

En este ámbito donde se encuentra la libertad en la declaración de voluntad, donde aparece el dolo como vicio del consentimiento y causal de posible nulidad del contrato; autores como (Barda, 1980: pag. 81) consideran que “*la nulidad por dolo se justifica, no en un problema de voluntad, sino en la ilicitud del acto doloso*”; argumento que para este autor lo lleva a interpretar como un dolo recíproco, que no constituye vicio del consentimiento, pues si fuera error, configuraría lo que el legislador ha estipulado, es decir si viciaría el consentimiento, que al incluirlo el legislador como un vicio del consentimiento, se buscaba proteger, antes que nada, la voluntad de la persona en los negocios jurídicos.

2.4.2.1 El dolo como vicio del consentimiento

Resulta determinante manifestar que sin dolo no hubiera operado el contrato o el acto jurídico, por lo que se agregaría que debe ser eficaz, es decir para que haya dolo el contrato debe haberse perfeccionado.

El dolo sin duda debe existir al momento de celebración del contrato, por ser el vicio del consentimiento que permitirá accionar el ámbito civil frente a un contrato viciado, bajo lo prescrito en el inciso final del artículo 1474 C.C. donde establece que

en los demás casos, el dolo solamente dará lugar a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo.

Este inciso permitió que la doctrina establezca una clasificación del dolo, en dolo principal o determinante y dolo accidental.

El dolo principal o determinante es aquél que es obra de uno de los contratantes, y además aparece claramente que sin él no se hubiera celebrado el contrato; de aquí su nombre de determinante: sin él, es decir, si el contratante que ha sido víctima del dolo hubiera conocido el verdadero estado de las cosas, no habría contratado. A este dolo se refiere el inciso primero del artículo 1474 del Código Civil.

El dolo incidental o accidental a que se refiere el inciso segundo de ese artículo, es aquel a que falta alguno de los requisitos necesarios para ser principal: ser obra de uno de los contratantes y ser determinante del contrato. A esta conclusión se llega considerando los términos que emplea el legislador: “*en los demás casos*”, o sea, en todos aquellos en que no se reúnan copulativamente los requisitos antes enunciados.

El artículo 1475 C.C., manda a que el dolo debe ser probado, pues su existencia no se presume, situación contraria al tema de la culpa que al igual que en el error y la fuerza, este vicio del consentimiento produce la nulidad relativa.

El dolo para viciar el consentimiento debe presentarse en determinado momento, de forma anterior o en incluso en la etapa de negociaciones del contrato, de esta forma se distingue al dolo que afecta el consentimiento y la concreción del negocio jurídico de aquel que se emplea de forma posterior, dolo al que llamamos también de incumplimiento, que acarrear la gravedad e intencionalidad; conclusión que resulta ser lógica pues la voluntad de producir obligaciones se otorga en la concertación del negocio y de ninguna manera podría un dolo posterior afectarla.

2.4.3. Formas de emplear el dolo.

(Planiol, Ripert, & Cajica, 1947), manifiestan que el dolo supone el empleo de “maniobras”, es decir, de artificios, de astucias hábiles o graves, pero que comprenden siempre “actos combinados” en vista del engaño; sin embargo, todos los civilistas admiten que una simple mentira, es decir el engaño puramente verbal, sin ninguna maniobra que lo acompañe, basta para constituir un dolo.

Debe decirse igualmente que la simple reticencia es un dolo cuando se hace fraudulentamente para engañar a alguien; pero solamente hay “reticencia” en los casos en que la ley impone a una persona la obligación de hablar; fuera de estos casos, el silencio es permitido y no puede calificarse de “reticencia”; es consecuencia se puede afirmar que el dolo puede presentarse de una forma positiva, a través de actos exteriorizados por quien lo emplea con maniobras complejas o materiales e incluso por una mentira de carácter verbal; y, sin la exteriorización de una conducta puede también configurarse el dolo de manera negativa al reunir ciertas características mediante el silencio u ocultamiento de la verdad.

Modalidades que también puede denominárseles positivas o negativas. (Claro Solar, 1898, pág. 223), dice:

“[...] Es positivo el que consiste en hacer uno mismo o en hacer por otro cosas que dan lugar a creer lo que no es. Es negativo el que consiste en no hacer o disimular ciertas cosas para hacer que la otra parte incurra en error o se mantenga en él”.

El dolo positivo no acarrea mayores complejidades más allá de aquel en el que se emplean simplemente mentiras, en cuyo caso habrá que revisar la gravedad de la mentira, y la diligencia del receptor, mientras que el dolo negativo resulta más complicado determinar por el sujeto pasivo por desconocer la verdad absoluta.

En este aspecto (Alessandri, Somarriva, & Vodanovic, 1998, pág. 226), al respecto del dolo negativo manifiestan: “*El silencio constituye dolo, en términos generales, cuando una persona calla estando obligada a hablar, sea por la ley, la costumbre o las circunstancias del caso*”, en esta parte parecería lógico suponer que no es

necesaria la exigencia expresa legal de este tipo de dolo negativo, puesto que el principio de buena fe, presente en nuestro código, exige que las personas actúen de conformidad con el mismo, retener información o datos que la costumbre o las circunstancias exigen que sean expuestos, de ninguna manera constituye una actuación acorde con la buena fe, lo que permite configurarse como dolo cuando prevalece el silencio.

2.4.4. La gravedad del dolo.

El dolo, para que vicie el consentimiento, debe tener cierta gravedad, las astucias deben ser “hábiles o graves”, que comúnmente entre comerciantes son irrelevantes en materia civil; son el curso natural en determinadas negociaciones y, por ende, no justifican la nulidad de un acto, pues la naturaleza del dolo es la intención dañina. El “dolo bueno” no se encuentra tipificado en nuestra legislación, es el “dolo malo” el relevante.

De esta forma, no toda astucia constituye dolo. Este punto es especialmente relevante al tratar la mentira. De forma análoga a lo que ocurría con la estafa, la mentira tiene que tener cierta gravedad y no constituir un simple halago al producto para que este constituya dolo.

Para (Barda, 1980: pag 225-226), la gravedad debe medirse de conformidad con los siguientes parámetros:

“[...] La gravedad del dolo debe juzgarse en relación a la condición de la víctima. Las maniobras o engaños que bastan para inducir a un analfabeto a celebrar un acto jurídico, pueden no ser suficientes para una persona de cultura, con experiencia de la vida y de los negocios.” Es ésta una cuestión que queda librada al recto criterio del juzgador al momento de ser analizado el dolo.

Otros, sin embargo, exponen que debe apreciarse en relación con el hombre promedio. Esta discusión, muy similar a la que se expone sobre la idoneidad del

engaño en el delito de estafa, tiene un lugar importante en la doctrina argentina, ya que su código textualmente exige la gravedad. En nuestro Código esta exigencia no está determinada, sin embargo, esta debe tomarse en cuenta al evaluar el requisito de que sea determinante, en este sentido, resulta importante observar al dolo desde la condición de la víctima antes que objetivamente al “ser humano promedio”, pues la determinación se debe valorar en cada caso.

2.4.5. Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad se orienta a la producción de efectos jurídicos y se debe realizar en arreglo con la Ley para que los produzca, o para que se perfeccione el acto o contrato, aspecto que ha sido tomado por el legislador a partir de la finalidad de la tipología de los vicios.

El vicio del consentimiento tiene por objeto la anulabilidad de negocios jurídicos unilaterales y bilaterales; si la voluntad de la víctima del dolo no se orienta hacia la producción de efectos jurídicos o si, orientándose, por alguna circunstancia, no produce efectos jurídicos, tampoco existe aquí una situación en la que exista el vicio del consentimiento dolo.

Ante la inexistencia de un negocio jurídico, tampoco podríamos estar frente a un vicio del consentimiento. Cuando el dolo haya sido empleado para obtener de otra persona un negocio jurídico unilateral, basta con la manifestación de voluntad negociar, en cambio, para los casos en los que el objeto del dolo sea un bilateral, deberá existir consentimiento, es decir una convergencia en las manifestaciones de voluntad entre quien emplea (o su “cómplice” del dolo) y su receptor.

El Código Civil es claro al delimitar las condiciones para que el dolo vicie el consentimiento: *“El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran*

contratado”; ahora bien, nos interesa analizar cuáles son las consecuencias jurídicas con la presencia del dolo.

2.4.6. Las consecuencias jurídicas del dolo

El dolo ocasiona en términos generales a quien lo emplea en perjuicio de otros la obligación de indemnizar por la figura legal de daños y perjuicios, esto cuando nos referimos al dolo como vicio del consentimiento en particular, por razones de tener una consecuencia adicional que es la nulidad, precepto descrito en la normativa civil.

El (Codigo Civil, 2005: art. 1697), establece, “[...] *Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes*”; a esto el mismo marco legal hace una distinción en que la nulidad puede ser “*absoluta o relativa*”.

Este artículo debe concordar con otros dos: primero, con el art. 1461, según el cual se requiere que para que una persona se obligue a otra requiere que “[...] *su consentimiento no adolezca de vicio*”; es decir, existiendo un vicio, como es el dolo, procede la nulidad.

Para determinar si es que esta es relativa o absoluta, hay que estar ante lo dispuesto en el art. 1698 que enlista las causales de nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contrato, que pueden ser absoluta y relativa y determina que aquellos vicios que no estén determinados en esta lista producen nulidad relativa y dan derecho a la rescisión.

Quedando los vicios del consentimiento fuera de esta lista, pero si vician de nulidad relativa a los negocios jurídicos. Ahora bien, la nulidad relativa, así como la absoluta, deben ser declaradas judicialmente; en otras palabras, los negocios son válidos mientras no hayan sido judicialmente declaradas en sentencia su nulidad.

La nulidad que se impone en sentencia, de acuerdo a (Fernández Ospina & Acosta Ospina, 2000) es una sanción civil que se justifica en “*evitar que los vicios adulteren*

el proceso intelectual-volitivo que es la sustancia del acto jurídico”. Una vez que estos han sido declarados en sentencia ejecutoriada, prescribe el (Código Civil: art. 1704) lo siguiente: [...] da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo [...].”

De esta forma, el efecto directo es terminar con la vida jurídica del acto o contrato. La consecuencia inmediata es el régimen de las restituciones recíprocas, tanto quien empleó el dolo como quien fue víctima de aquel deberá devolver lo que recibió en razón del negocio jurídico. En fin, se busca restablecer las cosas en lo posible al momento anterior al que se produjo el acto o contrato.

Por existir dolo, la doctrina señala que además de estos efectos, propios de la nulidad, quien hubiere actuado dolosamente deberá indemnizar a la víctima por los perjuicios causados; esta consecuencia es lógica, toda vez que resultaría afectado el principio de equidad si es que existiesen perjuicios que no fuesen remediados por las restituciones recíprocas cuando estos han sido causados deliberadamente por una persona.

LIBRO TERCERO

2.5. LA MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL

Para abordar este tema es fundamental en primer lugar determinar la función del derecho penal, que para (Flores Idrovo & Flores Idrovo, 2015, pág. 69) “[...] *el derecho penal en su acepción tradicional se identifica como una manifestación de control social formal de reacción*”; que desde un punto de vista subjetivo, el Derecho Penal puede ser concebido como la facultad exclusiva que tiene el Estado para castigar o imponer penas.

Dicha facultad que el Estado posee se traduce a ser limitada por los legisladores, en este sentido, (Pazmiño Granizo, 2014) manifiesta:

“[...] dentro de un estado democrático el derecho penal cumple una doble función de protección; la primera respecto a controlar las manifestaciones de violencia que existe dentro de la sociedad, y la segunda referente a las limitaciones que se imponen al Estado, con el fin de evitar excesos en el uso del poder”.

Bajo estas consideraciones se puede decir que al derecho penal se lo debe utilizar únicamente cuando se han ejecutado actos que alteren el orden social a través de la vulneración al bien jurídico protegido por el mismo.

2.5.1. Principio de mínima intervención penal

Para el análisis de este principio, es necesario mencionar aquellos estudios realizados en el tema, en este sentido, (Ozafrain, 2017, pág. 276) considera a este principio como:

“[...] el principio de última ratio o de mínima intervención en materia penal, en su formulación más elemental, implica que los medios violentos con los que el Estado cuenta para resolver conflictos y llevar adelante sus mandatos

deben ser empleados siempre como último recurso, y sólo en caso de estricta e ineludible necesidad”

Por otra parte, este principio según (Fernández Villegas, 2009) que cita a Carlos Blanco Lozano, quiere decir que “[...] *el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos*”; con esto comprendemos que el derecho penal no es ni debería ser el único medio de control social que posee el Estado para mantener el orden en la sociedad.

Criterio que lo realza (Martos Nuñez, 1984, pág. 101) al mencionar que:

“[...] El principio de mínima intervención penal constituye no solo un límite importante al ius puniendi, sino que además sitúa al Derecho Penal en su verdadera posición en el Ordenamiento; es la última instancia a la que pueden acceder una persona para dirimir sus conflictos “si se trata de delitos o faltas que pueden ser resueltas en otra materia”.

El principio de mínima intervención “de ultima ratio” constituye una garantía fundamental que limita al derecho penal, cuando éste es aplicado por parte del Estado a través de quienes administran justicia. Hay que señalar que el principio de mínima intervención penal posee el doble carácter que ofrece el derecho penal.

En primer lugar encontramos la subsidiariedad del Derecho penal desde el punto de vista de (Muñoz Conde, 1993, pág. 74) en el que se menciona que:

“[...] el Derecho Penal tiene una función eminentemente protectora de los bienes jurídicos, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás ramas del Derecho, es decir, cuando la protección otorgada por las demás ramas del Derecho no satisface en su totalidad a las necesidades de prevención y motivación de la política criminal” y,

En segundo lugar encontramos el carácter fragmentario del Derecho Penal para (Flores Idrovo & Flores Idrovo, 2015, pág. 71) es concebido de la siguiente manera:

“[...] cuando se afirma que el derecho penal tiene un carácter fragmentario, se quiere indicar que este solo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atentan a las reglas mínimas de la convivencia social, siempre y cuando, además, dichos comportamientos se llevan a cabo de una forma especialmente graves”.

Los principios aplicables en el Código Orgánico Integral Penal, se encuentran establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, Instrumentos Internacionales y demás leyes de nuestra República Ecuatoriana. Según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe tener carácter de última ratio por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos y sólo para los más importantes frente a los ataques más graves.

En este principio se observa un gran avance en la materia considerándolo de esta manera como un principio constitucional, el cual se configura como una garantía frente al poder punitivo que ejerce el Estado a través de sus operadores de justicia.

Este principio tiene declaración constitucional parcial ya que solo se lo menciona en función del ejercicio de la acción penal. Esto en razón de la (Constitución de la República del Ecuador, 2008: Art. 195), donde menciona:

“[...] La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Como se observa claramente, quien está facultado y obligado de aplicar efectivamente este principio es la Fiscalía, la cual debe tener suficientes elementos de convicción recabados en la investigación y valorarlos adecuadamente antes de imputar un delito punible a cualquier ciudadano, justificando la intervención de la justicia penal, particularmente el ejercicio de la acción por parte de la Fiscalía.

El Art.424 de la misma carta magna manifiesta que:

“[...] La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

En este artículo vemos notoriamente que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos a los cuales está suscrito el Estado prevalecen sobre cualquier norma jurídica, en este sentido al haberse establecido el principio de mínima intervención penal en la Constitución de la Republica, no solo que debe ser correctamente aplicada sino también debe ser vigilada por las instituciones encargadas de la administración de justicia.

La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas, esto es, cuando se observe que no son suficientes los mecanismos extrapenales; el autor (Flores Idrovo & Flores Idrovo, 2015, pág. 98) hace referencia a: *“[...] la simple enunciación del principio y su advertencia de cumplimiento obligatorio”*, que en la práctica no basta, pues nuestro ordenamiento jurídico no se adecua a esta figura legal, consideramos que deben despenalizarse ciertas conductas innecesarias, que pueden ser tratadas pro otras materias distintas a la penal.

El principio se traduce en que el Derecho Penal debe operar para proteger ataques importantes a bienes jurídicos relevantes para la sociedad y a falta de otro medio suficiente que permita dar respuesta regulatoria a un hecho.

La (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009), en relación con este principio, en el caso Usón Ramírez vs. Venezuela, de 20 de noviembre de 2009 ha dicho que *“[...] el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido”*.

Es decir, el ejercicio de la acción penal por estafa deberá sustentarse inclusive con la medición del daño, marginando las defraudaciones con daños mínimos por más de que impliquen conductas que abarquen la descripción del tipo penal de estafa. Debe entenderse entonces que en los fraudes contractuales mínimos el Fiscal deberá abstenerse de iniciar una acción penal y la víctima podrá acudir a la justicia civil fundamentándose en el dolo de la contraparte.

CAPITULO III

3. METODOLOGIA

3.1. ENFOQUE

El método en que se desarrolla el presente trabajo presenta un enfoque mixto, por abarcar una recolección y análisis de datos tanto cualitativos como cuantitativos, en base a un estudio de doctrina, jurisprudencia y recopilación de información de quienes viven el problema actual en las unidades judiciales, sin poder determinar la materia que debe conocer el problema en estudio, además de la exploración de aquellos fallos que han tratado de profundizar nuestro tema.

Sin duda, resulta ser cuantitativa, por cuanto la recopilación de información nos permite identificar aquella rama del derecho idóneo en nuestro tema, y, de esta manera se hará efectivo el principio constitucional de mínima intervención penal y prescrita en el Código Orgánico Integral Penal.

(Hernández Sampieri & Mendoza, 2008), refiere: “[...] *los métodos mixtos representan un conjunto de procesos sistemáticos, empíricos y críticos de investigación e implican la recolección y el análisis de datos cuantitativos y cualitativos, así como su integración y discusión conjunta, para realizar inferencias producto de toda la información recabada (metainferencias) y lograr un mayor entendimiento del fenómeno bajo estudio.*”

Enfoque que ha permitido desarrollar nuestra investigación, con fines constructivos y regulatorios direccionado a la sociedad y la norma penal.

3.2. MODALIDAD BÁSICA DE LA INVESTIGACIÓN

La modalidad que adopta nuestra la investigación es de campo y bibliográfica-documental.

Al referir a una investigación de campo según (Quintana, 2009, pág. 123) manifiesta [...] “*la información de campo, vale la pena recordar que el*

objetivo primordial de la encuesta es obtener información cuantificable; así, al concluir la codificación de las respuestas, conviene representarlas de manera gráfica, para facilitar su análisis”.

La investigación realizada se adapta al método de la encuesta, como modalidad idónea en nuestro estudio, la misma que cumple los siguientes pasos: seleccionar los expertos, realizar la encuesta, recoger las respuestas y el análisis de resultados.

Como se ha descrito, la investigación de campo es una herramienta esencial y se desarrolla por diversas formas, siendo una de ellas la encuesta, la que se podrá llevar a cabo si se realiza un escogimiento de expertos, como en este caso serán los abogados de la República del Ecuador, tomados como referencia de muestra el Foro de Abogados de Tungurahua (F.A.T).

3.3. NIVEL O TIPO DE INVESTIGACIÓN

Los niveles planteados en la presente investigación es el exploratorio, descriptivo y asociativo.

3.3.1. Investigación Exploratoria

Así, (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010, pág. 86), refieren a la investigación exploratoria [...] *“cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes.”*

Es decir, nos enfocamos en indagar sobre la factibilidad de ser la materia civil quien dé solución al dolo como vicio del consentimiento y no como elemento constitutivo del delito de estafa, en este sentido, sea en esta rama del derecho donde se resuelva un presunto delito de estafa cuando su nacimiento es de un acto contractual, para lo cual, se obtendrá información necesaria a fin de realizar una investigación completa que determine nuestra hipótesis planteada.

3.3.2. Investigación Descriptiva

(Gomez, 2012) refiere que es *“la interpretación concreta de la naturaleza o sociedad actual. Trabaja con realidades del fenómeno u objeto de estudio”*.

(Hernández, Fernández, & Baptista, 2010, pág. 60) *“busca especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que esté sometido al análisis”*.

De esta manera determinamos la necesidad de aplicar el principio de mínima intervención penal en nuestro tema de estudio, efectivizando este principio y direccionando al conocimiento del problema en la vía civil.

3.3.3. Investigación Asociativa

Según (Hernández Sampieri & Mendoza, 2008) quienes citan a (Kerlinger, 1982) [...] *“La investigación de tipo asociativa se centra en la recolección de datos e información y realizar un análisis asociativo o correlacionales, buscando abarcar experimentos de laboratorio de campo y empíricos, en relación con estudios de campo, encuestas y entrevistas”*.

Siendo nuestro caso, el uso de la encuesta que tiene como objetivo principal la recolección de información de los encuestados y asociarlos a la aplicación eficaz del principio de mínima intervención penal en el delito de estafa por un acto contractual.

3.3.4. Población y muestra

Para el cálculo de tamaño de muestra se debe estudiar el universo finito, es decir contable y la variable de tipo categórica, primero debe conocer “N” o el universo, que para la presente investigación será la cifra de abogados en libre ejercicio de Tungurahua.

Si la población es finita como en el presente caso, debemos sacar la muestra que vamos a estudiar, aplicando la siguiente formula:

$$n = \frac{N * Z_{\alpha}^2 * p * q}{d^2 (N - 1) + Z_{\alpha}^2 * p * q}$$

Dónde: N = Total de la población

- $Z_{\alpha} = 1.96$ al cuadrado (con seguridad del 95%)
- p = proporción esperada (en este caso 5% = 0.05)
- $q = 1 - p$ (en este caso $1 - 0.05 = 0.95$)
- d = precisión (en la presente investigación es 5%)

Según el (Consejo de la Judicatura, 2017) el universo de abogados en Tungurahua, inscritos en el Foro de Abogados es de 2902 profesionales del derecho, del cual se va a tomar como referencia, muestra que se va a calcular conforme la anterior formula:

$$n = 339$$

3.3.5. Operacionalización de variables

Tabla 1, Operacionalización de la variable independiente

Variable Independiente: El delito de Estafa

Conceptualización

1. Descrito como un acto de daño o perjuicio sobre la propiedad o el patrimonio de otra persona, considerado de menor gravedad.
 2. Este delito procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, ardid u otra forma fraudulenta, que al que lo comete será sancionado con una pena privativa de libertad.
-

Dimensiones	<ol style="list-style-type: none"> 1. Se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal en el Art. 186 como uno de los delitos que van en contra del derecho a la propiedad.
Indicadores	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tipo penal. 2. Efectiva aplicación. 3. Económica Procesal. 4. Lesión al bien jurídico protegido.
Items	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Considera que el tipo penal de estafa debe sancionar el incumplimiento de un acto contractual? 2. ¿Sería necesaria una pena privativa de libertad al incumplimiento de un contrato? 3. ¿Es deber del estado proteger a quien dispone su patrimonio de manera voluntaria a otra persona?
Técnicas e instrumentos	<ol style="list-style-type: none"> 1. Encuesta; y, 2. Cuestionario.

Fuente: Elaboración propia

Tabla 2, Operacionalización de la variable dependiente

Variable Independiente: Mínima Intervención Penal	
Conceptualización	<ol style="list-style-type: none"> 1. Considerado también como el "principio de ultima ratio", que para su aplicación requiere que las sanciones penales se han de limitar a lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso de la tolerancia de los ilícitos más leves 2. Su finalidad consiste en descriminalización de aquellas conductas tipificadas cuya significación social haya cambiado con el paso del tiempo o se encuentren con otra materia que pueda dar solución a la misma. 3. Se podría decir aquella sustitución de penas por el resarcimiento del daño causado a una víctima.
Dimensiones	<ol style="list-style-type: none"> 1. Se encuentra establecido en la Constitución de la República del Ecuador, 2008 en el Art. 195, y el cuerpo punitivo del estado (COIP, 2014) en el Art. 3 como un principio general.
Indicadores	<ol style="list-style-type: none"> 1. Principio constitucional. 2. Obligatoria aplicación. 3. Redimir de conocimiento penal. 4. Direccionar a otra materia su control.
Items	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Considera que en el delito de estafa se debe aplicar el principio de mínima intervención penal cuando nace un problema mediante un acto contractual? 2. ¿Es necesario una sanción de pena privativa de libertad al incumplimiento de un contrato? 3. ¿Los actos de comercio deben ser protegidos por el derecho penal? 4. ¿Se aplica este principio en los delitos de estafa?

Técnicas e instrumentos	1. Encuesta; y, 2. Cuestionario.
--------------------------------	-------------------------------------

Fuente: Elaboración propia

3.3.6. Recopilación de información

1. Indique cuál es su nombre
 - a. _____
2. Señale cuál es su genero
 - a. Hombre
 - b. Mujer

Tabla 3, Resultados de la pregunta 2 del cuestionario

Ítem de respuesta	Hombre	Mujer	Total
Señale cuál es su genero	185	154	339

Fuente: Elaboración Propia

3. Señale cuál es su promedio de edad
 - a. 26-35
 - b. 36-45
 - c. 46-55
 - d. 56-65
 - e. 65- en adelante

Tabla 4, Resultados de la pregunta 3 del cuestionario

Ítem de respuesta	26-35	36-45	46-55	56-65	65- en adelante	Total
Señale cuál es su promedio de edad	280	40	19			339

Fuente: Elaboración Propia

4. Identifique en que campo ejerce su profesión
 - a. Abogado en libre ejercicio
 - b. Funcionario público
 - c. Ninguna

Tabla 5, Resultados de la pregunta 4 del cuestionario

Ítem de respuesta	Abogado en libre ejercicio	Funcionario público	Ninguna	Total
Identifique en que campo ejerce su profesión	312	27		339

Fuente: Elaboración Propia

5. Si una persona es perjudicada económicamente, ¿Cuál de estas dos vías jurídicas considera la más adecuada para reclamar sus derechos?, considerando que el afectado busca únicamente la devolución de su perjuicio económico.
 - a. Daños y perjuicios – vía civil
 - b. Delito de estafa – vía penal

Tabla 6, Resultados de la pregunta 5 del cuestionario

Ítem de respuesta	Daños y perjuicios (vía civil)	Delito de estafa (vía penal)	Total
Si una persona es perjudicada económicamente, ¿Cuál de estas dos vías jurídicas considera la más adecuada para reclamar sus derechos?, considerando que el afectado busca únicamente la devolución de su perjuicio económico.	198	141	339

Fuente: Elaboración Propia

6. ¿El engaño, forma parte del dolo civil para ser considerado legalmente como vicio del consentimiento?
- a. Si
 - b. No

Tabla 7, Resultados de la pregunta 6 del cuestionario

Ítem de respuesta	SI	NO	Total
¿El engaño, forma parte del dolo civil para ser considerado legalmente como vicio del consentimiento?	329	10	339

Fuente: Elaboración Propia

7. ¿Considera que toda conducta humana que provoca un daño patrimonial debe ser sancionada con pena privativa de libertad?
- a. Si
 - b. No

Tabla 8, Resultados de la pregunta 7 del cuestionario

Ítem de respuesta	SI	NO	Total
¿Considera que toda conducta humana que provoca un daño patrimonial debe ser sancionada con pena privativa de libertad?	36	303	339

Fuente: Elaboración Propia

8. ¿Es causa de nulidad un contrato que adolece de vicios que afectan el consentimiento?
- a. Si
 - b. No

Tabla 9, Resultados de la pregunta 8 del cuestionario

Ítem de respuesta	SI	NO	Total
¿Es causa de nulidad un contrato que adolece de vicios que afectan el consentimiento?	330	9	339

Fuente: Elaboración Propia

9. ¿Se debería aplicar el derecho civil frente a una conducta que afecte el patrimonio de una persona con uso de un contrato civil viciado, considerando que el derecho penal es de última ratio?
- a. Si
 - b. No

Tabla 10, Resultados de la pregunta 9 del cuestionario

Ítem de respuesta	SI	NO	Total
¿Se debería aplicar el derecho civil frente a una conducta que afecte el patrimonio de una persona con uso de un contrato civil viciado, considerando que el derecho penal es de última ratio?	276	63	339

Fuente: Elaboración Propia

10. ¿Considera que el estado debe limitar el uso del derecho penal cuando existe otra norma jurídica que puede dar solución a los mismos actos realizados por el ser humano?
- a. Si
 - b. No

Tabla 11, Resultados de la pregunta 10 del cuestionario

Ítem de respuesta	SI	NO	Total
¿Considera que el estado debe limitar el uso del derecho penal cuando existe otra norma jurídica que puede dar solución a los mismos actos realizados por el ser humano?	249	90	339

Fuente: Elaboración Propia

11. ¿Cuándo el patrimonio es afectado en materia civil debe ser este conocido y juzgado en materia penal?
- a. Si
 - b. No

Tabla 12, Resultados de la pregunta 11 del cuestionario

Ítem de respuesta	SI	NO	Total
¿Cuándo el patrimonio es afectado en materia civil debe ser este conocido y juzgado en materia penal?	164	175	339

Fuente: Elaboración Propia

12. ¿El patrimonio propio puesto a disposición de una o varias personas en forma voluntaria debe ser considerado como bien jurídico de real protección penal?
- a. Si
 - b. No

Tabla 13, Resultados de la pregunta 12 del cuestionario

Ítem de respuesta	SI	NO	Total
¿El patrimonio propio puesto a disposición de una o varias personas en forma voluntaria debe ser considerado como bien jurídico de real protección penal?	188	151	339

Fuente: Elaboración Propia

CAPITULO IV

4. ANALISIS DE RESULTADOS

4.1. Análisis de la Matriz Operativa del Proyecto

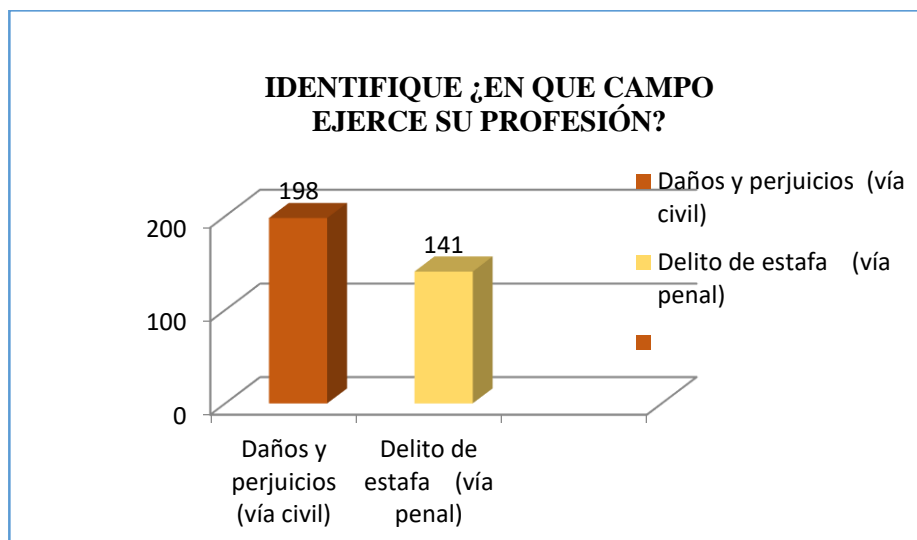
De acuerdo a la muestra obtenida, son trecientas treinta y nueve abogados acreditados por el Consejo de la Judicatura de la República del Ecuador, tomada del Foro de Abogados de Tungurahua, en el cual en base a la encuesta realizada se han obtenido resultados que a continuación se presenta.

4.2. Estudio del Problema Analizado y/o análisis de resultados

De la pregunta número uno a la pregunta número tres se realizan preguntas informativas como son los nombres, género y la edad, a la persona encuestada, que en nuestro caso serán únicamente profesionales en derecho, lo que nos servirá al momento de analizar cada una de las preguntas planteadas a fin de determinar o no la existencia del problema planteado en nuestro país.

La pregunta número cuatro, que en su tenor literal dice: Identifique, ¿en qué campo ejerce su profesión?, pregunta a la cual se plantea como opciones de respuesta: Abogado en libre ejercicio, Funcionario Público y ninguna de las anterior, pregunta a la que se pudo obtener una respuesta de ciento doce abogados en libre ejercicio, veinte y siete abogados que laboran actualmente en servicios públicos, dando un total de trecientos treinta y nueve abogados encuestados, que se resume en la siguiente tabla ilustrativa:

Ilustración 1; gráfico de respuesta a la pregunta 4 del cuestionario



El objeto de la pregunta es determinar si los encuestados son observadores del problema al momento de plantear una denuncia formal ante fiscalía o iniciar un juicio civil, cuando son conocedores de un caso relacionado a nuestro tema de investigación, en este sentido, a continuación presento una tabla que contiene los resultados de acuerdo a la edad y género de la persona encuestada:

Tabla 14, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 4

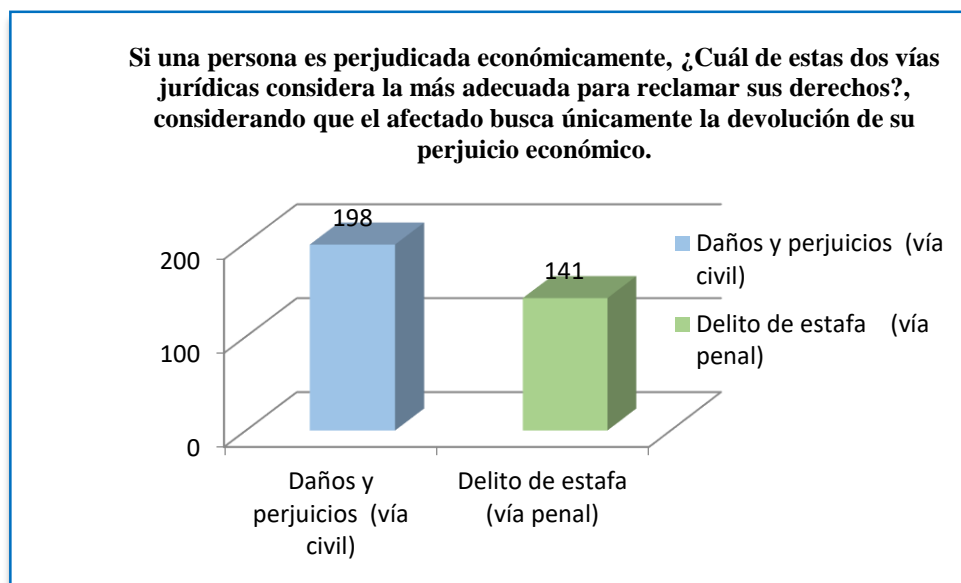
Pregunta: Identifique, ¿en qué campo ejerce su profesión?				
	GENERO	ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO	FUNCIONARIO PÚBLICO	NINGUNA DE LAS ANTERIOR
26-35	HOMBRE	160	9	
	MUJER	85	26	
36-45	HOMBRE	33	4	
	MUJER	3		
46-55	HOMBRE	11		
	MUJER		8	
56-65	HOMBRE			
	MUJER			
65- en adelante	HOMBRE			
	MUJER			

Como se puede observar en la tabla que antecede, son hombres y mujeres que promedian su edad entre los veinte y seis a treinta y cinco años de edad quienes en su mayoría para nuestra encuesta prestan sus servicios como abogados en libre

ejercicio, evidenciando que contamos con una muestra acertada para continuar con las preguntas de fondo a fin de determinar la afectación social y legal de nuestro problema.

La pregunta número cinco decía: Si una persona es perjudicada económicamente, ¿Cuál de estas dos vías jurídicas considera la más adecuada : (Daños y perjuicios (vía civil)); o, (Delito de estafa (vía penal)), para reclamar sus derechos?, considerando que el afectado busca únicamente la devolución de su perjuicio económico; pregunta a la cual han contestado ciento noventa y ocho encuestados, indicando que la vía civil mediante el impulso del juicio por daños y perjuicios sería la vía más apropiada, por cuanto efectivamente se busca una indemnización por el daño económico causado; y, ciento cuarenta y un abogados indicaron que es la vía penal mediante juicio penal por estafa la que debe conocer este problema, lo que se resume en la siguiente tabla ilustrativa:

Ilustración 2; gráfico de respuesta a la pregunta 5 del cuestionario



El dato estadístico en base a la muestra utilizada para la obtención de resultados se resume en la presente tabla, la cual se encuentra dividida en razón de la edad y género del encuestado así como también su opinión:

Tabla 15, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 5

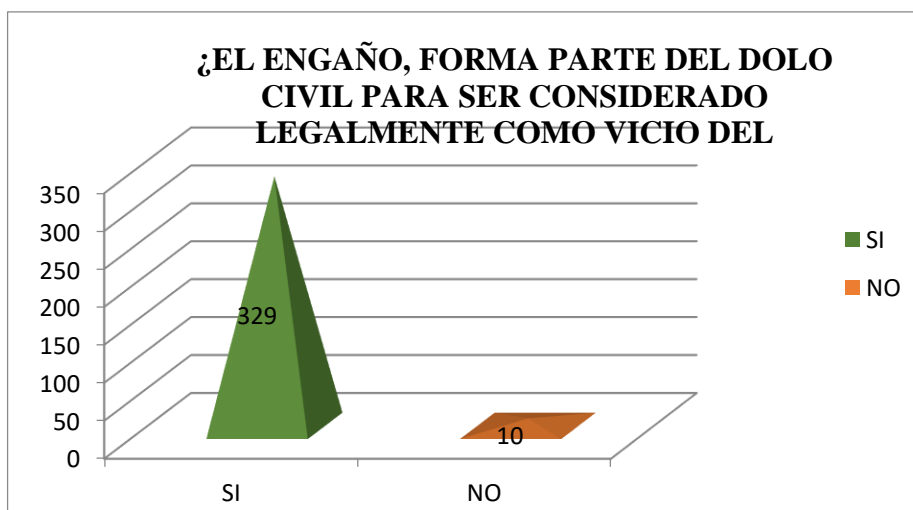
Pregunta: Si una persona es perjudicada económicamente, ¿Cuál de estas dos vías jurídicas considera la más adecuada para reclamar sus derechos?, considerando que el afectado busca únicamente la devolución de su perjuicio económico.

	GENERO	Daños y perjuicios (vía civil)	Delito de estafa (vía penal)
26-35	HOMBRE	82	46
	MUJER	78	31
36-45	HOMBRE	33	16
	MUJER	22	2
46-55	HOMBRE	8	
	MUJER		21
56-65	HOMBRE		
	MUJER		
65- en adelante	HOMBRE		
	MUJER		

De la tabla se observa que la mayor parte de abogados entre los veinte y seis a treinta y cinco años están en acuerdo que la vía civil sería la más acertada para el reclamo de un derecho autolesionado.

La pregunta número seis decía: ¿El engaño, forma parte del dolo civil para ser considerado legalmente como vicio del consentimiento? Pregunta a la que se ha planteado como posibles respuestas es a un “sí” y “no”, a la cual trescientos veinte y nueve han dado su respuesta en sí, mientras que diez han contestado que no; detalle que se resume en la siguiente tabla ilustrativa:

Ilustración 3; gráfico de respuesta a la pregunta 6 del cuestionario



El dato estadístico en base a la muestra utilizada para la obtención de resultados se resume en la presente tabla, la cual se encuentra dividida en razón de la edad y género del encuestado así como también su opinión:

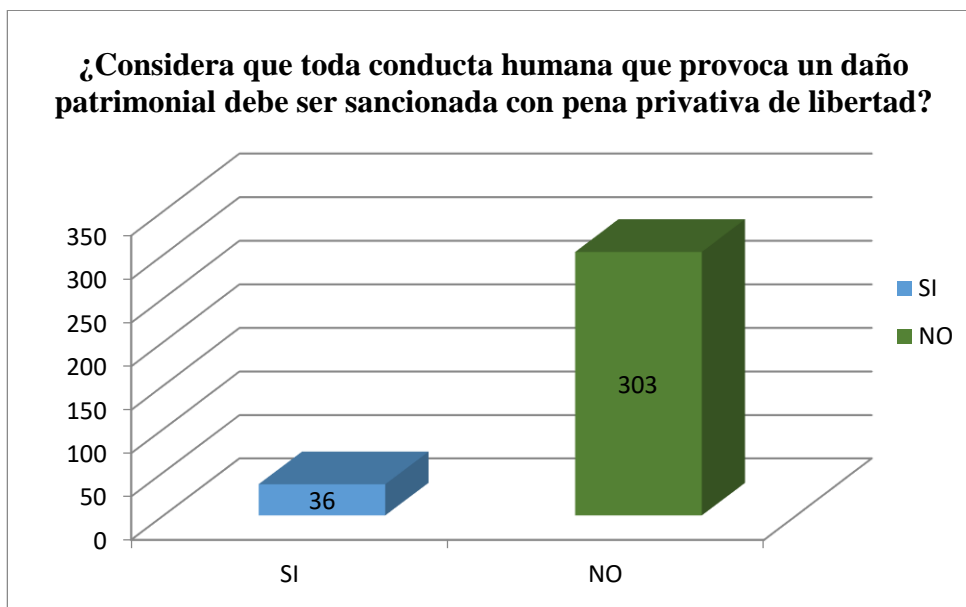
Tabla 16, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 6

Pregunta: EL ENGAÑO, ¿FORMA PARTE DEL DOLO CIVIL PARA SER CONSIDERADO LEGALMENTE COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO?			
	GENERO	SI	NO
26-35	HOMBRE	140	3
	MUJER	136	1
36-45	HOMBRE	9	2
	MUJER	27	2
46-55	HOMBRE	10	
	MUJER	9	
56-65	HOMBRE		
	MUJER		
65- en adelante	HOMBRE		
	MUJER		

De la tabla se observa que entre los veinte y sea año y treinta y cinco, responden con un criterio acertado, con fin de encaminar nuestra siguiente pregunta y se identifique la necesidad de activar el principio de mínima intervención penal en nuestro tema de estudio.

La pregunta número siete decía: ¿Considera que toda conducta humana que provoca un daño patrimonial debe ser sancionada con pena privativa de libertad?, Pregunta a la que se ha planteado como posibles respuestas es a un “sí” y “no”, a la cual treinta y seis han dado su respuesta en sí, mientras que trescientas tres han contestado que no; detalle que se resume en la siguiente tabla ilustrativa:

Ilustración 4; gráfico de respuesta a la pregunta 7 del cuestionario



El dato estadístico en base a la muestra utilizada para la obtención de resultados se resume en la presente tabla, la cual se encuentra dividida en razón de la edad y género del encuestado así como también su opinión:

Tabla 17, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 7

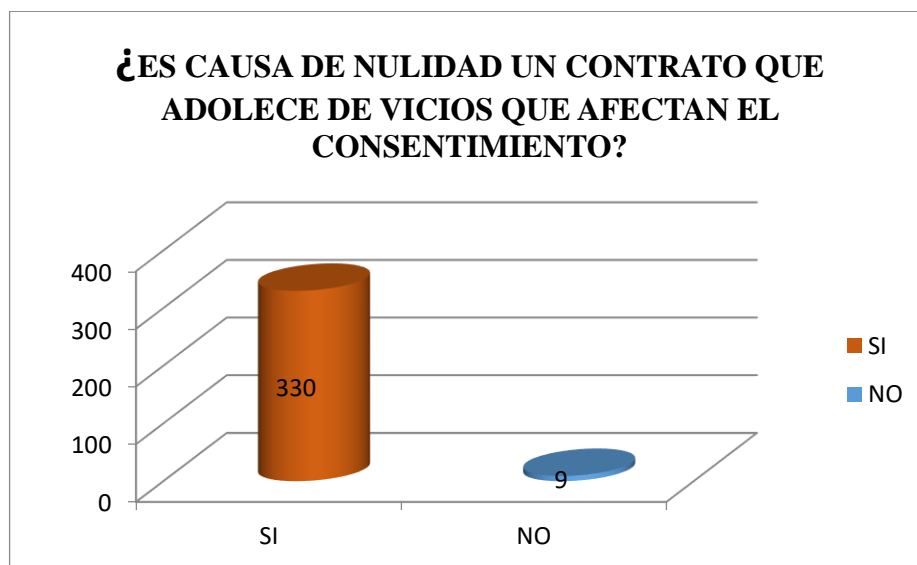
Pregunta: ¿CONSIDERA QUE TODA CONDUCTA HUMANA QUE PROVOCA UN DAÑO PATRIMONIAL DEBE SER SANCIONADA CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD?,			
	GENERO	SI	NO
26-35	HOMBRE	4	141
	MUJER	9	126
36-45	HOMBRE	12	18
	MUJER	3	7
46-55	HOMBRE	8	2
	MUJER		9
56-65	HOMBRE		
	MUJER		
65- en adelante	HOMBRE		
	MUJER		

De la tabla se observa que en su mayoría los abogados tienen la concepción de que una conducta no siempre es merecedora del reproche con una pena, pues existe otra

materia del derecho que podría ayudar a dar solución como en este caso de estudio sería la vía civil.

La pregunta número ocho decía: ¿Es causa de nulidad un contrato que adolece de vicios que afectan el consentimiento? Pregunta a la que se ha planteado como posibles respuestas es a un “sí” y “no”, a la cual trecientas treinta han dado su respuesta en sí, mientras que nueve han contestado que no; detalle que se resume en la siguiente tabla ilustrativa:

Ilustración 5; gráfico de respuesta a la pregunta 8 del cuestionario



El dato estadístico en base a la muestra utilizada para la obtención de resultados se resume en la presente tabla, la cual se encuentra dividida en razón de la edad y género del encuestado así como también su opinión:

Tabla 18, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 8

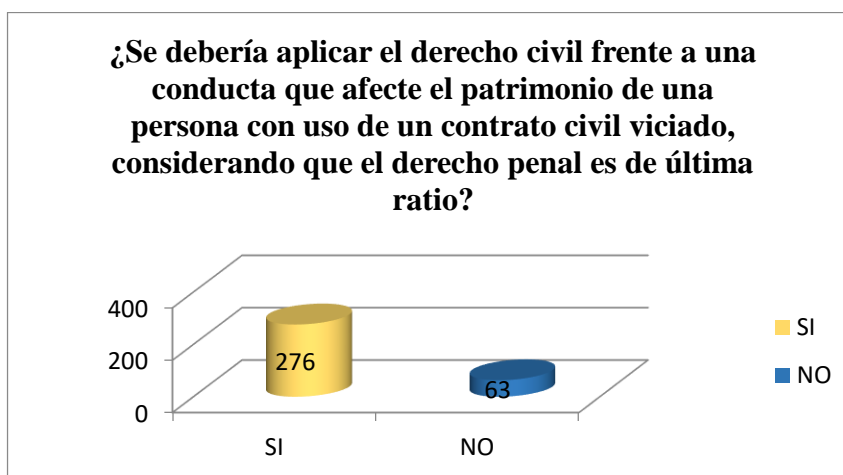
Pregunta: ¿ES CAUSA DE NULIDAD UN CONTRATO QUE ADOLECE DE VICIOS QUE AFECTAN EL CONSENTIMIENTO?		
GENERO	SI	NO

26-35	HOMBRE	158	
	MUJER	122	2
36-45	HOMBRE	11	1
	MUJER	26	2
46-55	HOMBRE	12	3
	MUJER	3	1
56-65	HOMBRE		
	MUJER		
65- en adelante	HOMBRE		
	MUJER		

Sin duda tanto abogadas y abogados del rango entre veinte y seis hasta los cincuenta y cinco años, conocen que el contrato al momento de ser viciado adolece de validez, siendo este resultado la mayoría absoluta de nuestra muestra lo que nos ha permitido identificar una forma de solución al problema estudiado.

La pregunta número nueve decía: ¿Se debería aplicar el derecho civil frente a una conducta que afecte el patrimonio de una persona con uso de un contrato civil viciado, considerando que el derecho penal es de última ratio?, pregunta a la que se ha planteado como posibles respuestas es a un “sí” y “no”, a la cual doscientas setenta y seis han dado su respuesta en sí, mientras que sesenta y tres han contestado que no; detalle que se resume en la siguiente tabla ilustrativa:

Ilustración 6; gráfico de respuesta a la pregunta 9 del cuestionario



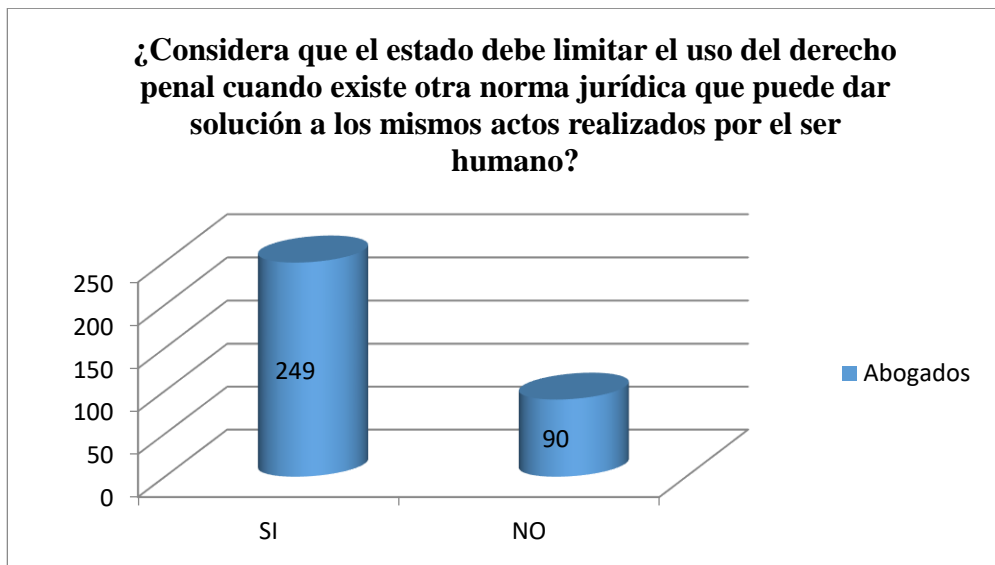
El dato estadístico en base a la muestra utilizada para la obtención de resultados se resume en la presente tabla, la cual se encuentra dividida en razón de la edad y género del encuestado así como también su opinión:

Tabla 19, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 9

Pregunta: ¿SE DEBERÍA APLICAR EL DERECHO CIVIL FRENTE A UNA CONDUCTA QUE AFECTE EL PATRIMONIO DE UNA PERSONA CON USO DE UN CONTRATO CIVIL VICIADO, CONSIDERANDO QUE EL DERECHO PENAL ES DE ÚLTIMA RATIO?			
	GENERO	SI	NO
26-35	HOMBRE	128	21
	MUJER	118	13
36-45	HOMBRE	14	8
	MUJER	7	11
46-55	HOMBRE	8	6
	MUJER	1	4
56-65	HOMBRE		
	MUJER		
65- en adelante	HOMBRE		
	MUJER		

La pregunta número diez decía: ¿Considera que el estado debe limitar el uso del derecho penal cuando existe otra norma jurídica que puede dar solución a los mismos actos realizados por el ser humano?, pregunta a la que se ha planteado como posibles respuestas es a un “sí” y “no”, a la cual doscientas cuarenta y nueve han dado su respuesta en sí, mientras que noventa han contestado que no; detalle que se resume en la siguiente tabla ilustrativa:

Ilustración 7; gráfico de respuesta a la pregunta 10 del cuestionario



El dato estadístico en base a la muestra utilizada para la obtención de resultados se resume en la presente tabla, la cual se encuentra dividida en razón de la edad y género del encuestado así como también su opinión:

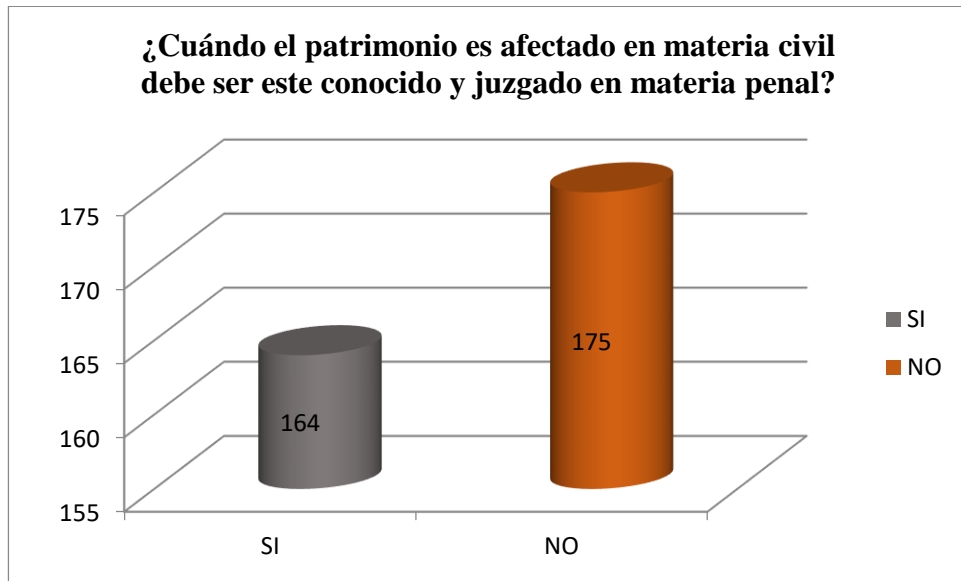
Tabla 20, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 10

Pregunta: ¿CONSIDERA QUE EL ESTADO DEBE LIMITAR EL USO DEL DERECHO PENAL CUANDO EXISTE OTRA NORMA JURÍDICA QUE PUEDE DAR SOLUCIÓN A LOS MISMOS ACTOS REALIZADOS POR EL SER HUMANO?			
	GENERO	SI	NO
26-35	HOMBRE	134	19
	MUJER	105	22
36-45	HOMBRE	5	14
	MUJER	3	18
46-55	HOMBRE	2	11
	MUJER		6
56-65	HOMBRE		
	MUJER		
65- en adelante	HOMBRE		
	MUJER		

Las repuestas obtenidas, de acuerdo al rango tanto por edad como de género, observamos una aceptación a nuestra pregunta en que si, efectivamente el estado al haber prescrito en principio de la mínima intervención penal, el mismo debe ser aplicado aquellos actos en los cuales puede ser resuelto sin la necesidad de activar el ámbito penal, de esta manera se crearía un mecanismo idóneo para la solución de estos actos que afectan únicamente a la propiedad.

La pregunta número once decía: ¿Cuándo el patrimonio es afectado en materia civil debe ser este conocido y juzgado en materia penal?, pregunta a la que se ha planteado como posibles respuestas es a un “sí” y “no”, a la cual ciento sesenta y cuatro han dado su respuesta en sí, mientras que ciento setenta y cinco han contestado que no; detalle que se resume en la siguiente tabla ilustrativa:

Ilustración 8; gráfico de respuesta a la pregunta 11 del cuestionario



El dato estadístico en base a la muestra utilizada para la obtención de resultados se resume en la presente tabla, la cual se encuentra dividida en razón de la edad y género del encuestado así como también su opinión:

Tabla 21, Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 11

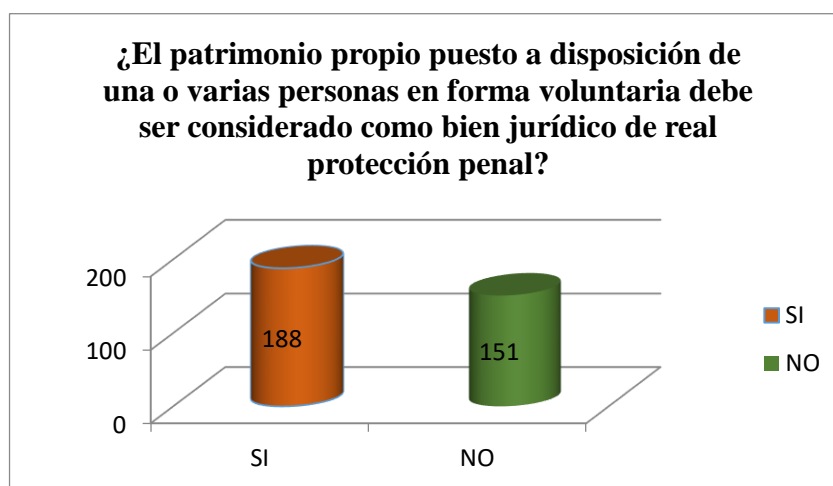
Pregunta: ¿CUÁNDO EL PATRIMONIO ES AFECTADO EN MATERIA CIVIL DEBE SER ESTE CONOCIDO Y JUZGADO EN MATERIA PENAL?			
	GENERO	SI	NO
26-35	HOMBRE	65	86
	MUJER	68	61
36-45	HOMBRE	6	17
	MUJER	12	5
46-55	HOMBRE	7	4
	MUJER	6	2
56-65	HOMBRE		
	MUJER		
65- en adelante	HOMBRE		
	MUJER		

De las repuestas que se observan, se interpreta una igualdad de criterios tanto hombres como mujeres, pero en la contabilidad de respuestas, existe la negación por parte de los abogados en libre ejercicio a que sea la materia penal quien dé solución a un hecho que nace de un contrato, es importante destacar que la muestra tiene

critérios divididos, razón por la cual es necesario encaminar a uno solo, y es éste el objetivo de la investigación.

La pregunta número doce decía: ¿El patrimonio propio puesto a disposición de una o varias personas en forma voluntaria debe ser considerado como bien jurídico de real protección penal?, pregunta a la que se ha planteado como posibles respuestas es a un “sí” y “no”, a la cual ciento ochenta y ocho han dado su respuesta en sí, mientras que ciento cincuenta y uno han contestado que no; detalle que se resume en la siguiente tabla ilustrativa:

Ilustración 9; gráfico de respuesta a la pregunta 12 del cuestionario



El dato estadístico en base a la muestra utilizada para la obtención de resultados se resume en la presente tabla, la cual se encuentra dividida en razón de la edad y género del encuestado así como también su opinión:

Tabla 22; Resultados por rango de edad y género de la pregunta No 12

Pregunta: ¿EL PATRIMONIO PROPIO PUESTO A DISPOSICIÓN DE UNA O VARIAS PERSONAS EN FORMA VOLUNTARIA DEBE SER CONSIDERADO COMO BIEN JURÍDICO DE REAL PROTECCIÓN PENAL?			
	GENERO	SI	NO
26-35	HOMBRE	86	61
	MUJER	70	63
36-45	HOMBRE	16	12
	MUJER	4	8

46-55	HOMBRE	7	3
	MUJER	5	4
56-65	HOMBRE		
	MUJER		
65- en adelante	HOMBRE		
	MUJER		

Es importante destacar esta pregunta, por cuanto es evidente la necesidad de ser protegido el patrimonio por un cuerpo legal, pero éste cuando es afectado por un tercero en forma directa, es decir, en casos como éstos como se ha estudiado, es el mismo quien pone a disposición su patrimonio en forma voluntaria, situación que de acuerdo a los resultados obtenidos se observa que en todos los rangos por edad, tanto hombres como mujeres concuerdan en que debe ser protegido, y efectivamente es así, pero siempre que éste bien no haya sido autolesionado.

CAPITULO V

5. CONCLUSIONES

5.1. Conclusiones

El delito de estafa se encuentra, figura dentro del cuerpo penal en el estado ecuatoriano, como un tipo penal que protege el derecho a la propiedad, el cual, actualmente en muchos casos están siendo activados para la protección a la autolesión mediante actos contractuales.

Al nacimiento del contrato se observa por las partes un acuerdo de voluntad, que al momento del incumplimiento se observa un vicio determinado como dolo civil, que a diferencia del dolo penal, éste último lo que hace es acarrear una pena pública impuesta por el estado, mientras que el primero lo que determina es la nulidad del contrato.

Lo que debemos diferenciar es que el legislador con el ánimo de proteger el patrimonio ha creado un tipo penal llamado estafa, con fines de proteger a la sociedad de quienes atacan el patrimonio de las personas, aprovechando de su buena fe, su ignorancia y han conducido esa conducta a la protección penal cuando la responsabilidad civil que es nuestro caso se funda al daño causado entre particulares, y el objeto es la reparación del daño a favor de la persona lesionada por la materia en la cual fue creado este daño y no un castigo punitivo que de cierto modo no le permite recuperar la afectación económica producida.

Del análisis de resultados se determina lo que la ley no prohíbe, y es que nuestro ordenamiento jurídico no excluye la existencia de ambas acciones, civil y penal, pues como se conoce, en la vida práctica se lo puede hacer, pero en nuestro caso, al momento de existir una acción civil, constituye una causa para que el fiscal se abstenga de iniciar una investigación en razón del principio de mínima intervención penal.

Importante resulta ser puesta en práctica una vía extrapenal, que efectivamente existe para estos casos, pero es la alarma social que causa esta conducta frente al estado lo que encamina a los legisladores a limitar este tipo de actos y lo deja dentro de un cuerpo punitivo que como consecuencia lo que vemos es haber conseguido limitar el derecho de libertad a quien lo infringe, maquillando tranquilidad al ciudadano ecuatoriano.

5.2. Recomendaciones

Partiendo del principio constitucional como es el de la mínima intervención penal, al estar en conocimiento de la estafa nacida por un acto contractual que en ciertos casos tiene poca afectación al bien jurídico protegido, la medio idóneo para solucionar este acto sería mediante el juicio civil, solicitando la nulidad e indemnización por haber sido víctimas mediante la inducción dolosa a la celebración de un contrato, siempre que existan los elementos necesarios para recurrir a esta vía.

El delito de estafa, tipificado en el código penal debe limitar su activación para conocer estos actos que tienen solución en otra materia del derecho, razón por la cual se ha presentado en el desarrollo de esta investigación, la factibilidad de ser conocido en materia donde nace el problema.

En forma clara se observa la existencia de dos figuras similares, pero al momento de ser resueltas tienen efectos distintos, razones que han motivado a encaminar este problema social al conocimiento de una sola de ellas, que a criterio personal es en materia civil, donde deba resolverse este tipo de hechos.

En razón de poder activar las dos vías tanto civil y penal, en la práctica lo único que se observa es un desgaste judicial, y es una de las razones por las cuales se pretende unificar la base legal y la aplicación mediante un debido proceso.

CAPITULO VI

6. LA PROPUESTA

6.1. DESARROLLO DE LA PROPUESTA

6.1.1. Nombre de la Propuesta

Reforma al Código Orgánico Integral Penal; Suplemento del registro oficial No. 180, del 10 de febrero del 2014, sección novena sobre DELITOS CONTRA EL DERECHO A LA PROPIEDAD, Art. 186 “ESTAFA”.

6.1.2. Objetivo General

Limitar el conocimiento en el delito de estafa mediante el principio de mínima intervención penal en Ecuador.

6.1.3. Objetivos Específicos

- Ejecutar el principio de mínima intervención penal a los actos generados mediante contratos voluntarios y que han autolesionado el patrimonio de una persona.
- Establecer la limitación del conocimiento de este delito cuando su origen provenga de un acto contractual.
- Emitir una posible reforma al Código Orgánico Integral Penal, en el Art. 186 que habla sobre el delito de estafa.

6.1.4. Justificación

Las razones que han motivado plantear una posible propuesta de reforma al Art. 186 del COIP, en relación al delito de estafa, se justifica en que nuestro ordenamiento jurídico establece un principio fundamental para no activar el poder punitivo del

estado, como es el principio de mínima intervención penal, que de cierto modo este principio constitucional en este tipo de delitos no se observa ser aplicado.

Tanto abogados como administradores de justicia, son concedores que en la actualidad, un problema que nace como se ha expuesto en el desarrollo de este trabajo investigativo, de un acto contractual es demandado y denunciado en el ámbito civil y en el penal respectivamente, razón por la cual resulta un verdadero desgaste judicial porque en la vida practica lo único que quiere la víctima es que se le indemnice por el daño causado a su patrimonio.

De la revisión de los procesos en el sistema por consulta de causas del Consejo de la Judicatura, podemos observar que el mayor número de procesos iniciados por el delito de estafa, fiscalía solicita la extinción de la acción penal argumentando la existencia de otros métodos alternativos de solución de conflictos que efectivamente se los realiza entre el ofendido y actor en estos casos, y lo único que observamos es un verdadero desgaste judicial.

Es importante mencionar que el mismo efecto lo tiene la vía civil, cuando se ha demostrado legalmente la existencia de un vicio del consentimiento que permite la nulidad del acto contractual y consecuencia del mismo el juicio correspondiente por daños y perjuicios, motivo suficiente para realizar la propuesta que a continuación se plantea.

6.1.5. Antecedentes históricos

El objetivo es entender la génesis de los temas que hemos tratado en el desarrollo de esta investigación, como sus elementos y desde donde nacen para ser parte hoy de nuestras vidas.

La vulneración de derechos y aquella alarma social que producen los actos delictivos, han encaminado al estado a proteger el patrimonio de las personas y establecerlo inclusive como un bien jurídico protegido por el mismo.

La relevancia que conlleva el estudio de la estafa radica en el riesgo que corre el patrimonio de una persona, al ser sustraído por otra, es decir, la afectación a las personas en relación de sus cosas, pero son aquellos actos voluntarios los que han

dado mayor preocupación, razón por la cual la normativa, históricamente se ha encargado de darle varias consecuencias, y es donde nace el derecho como protector de la voluntad y la propiedad de las personas a través del Derecho Civil y Derecho Penal.

El Derecho Penal nace como respuesta a las conductas que tienden ser rechazadas por la sociedad por razones de atentar contra sus derechos; en nuestro caso, son los bienes que desde la antigüedad son uno de los principales intereses de la sociedad, que es natural que el Derecho Penal castigue las conductas que atenten contra los mismos.

La estafa, pese a su difuso origen, remota su nacimiento dentro de la edad antigua, que como antecedente lo encontramos desde el Derecho Romano (legislación romana) y otras legislaciones que no establecían el termino como tal, sino como un reproche a la conducta que afectaba el patrimonio de una persona.

Como se había expuesto en el desarrollo del marco teórico, encontramos el Código de Hammurabi, en el año 1750 A.C., donde ya se contemplaba sanciones para conductas a las que calificaríamos como defraudaciones o estafas; así también, los persas, donde su verdad era considerado el principal valor, muestras que mentir fue su principal reproche, quienes faltaban a la verdad se convertían en criaturas de *Ahrimanes*, (engañador).

Otras leyes que nos trae la historia, son las Leyes de Manú, similar al robo, a la venta de objeto ajeno y castiga al que vende grano malo por bueno, cristal de roca colorada por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, entre otros.

El engaño era reconocido inclusive en la biblia, que era castigado a quien lo cometiere, dicho de otra manera, es el engaño que nació como medio para cometer un acto que afecte contra la propiedad de una persona.

En la época moderna se llega a una tipificación autónoma del delito de estafa; a principios del siglo XIX se logró la separación del fraude como delito contra el patrimonio, de las falsedades, que protegen la fe pública, y es la legislación penal francesa, desde 1791, la que finalmente incluyó en su normativa a la siguiente tipificación:

“[...] Cualquiera que, haciendo uso de falsos nombres o falsas calidades, o empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o un crédito imaginario, o para hacer nacer esperanza o temor de un suceso, o accidente, o de cualquier otro evento quimérico, se hace remitir o entregar, fondos, muebles u obligaciones , disposiciones, billetes, promesas, recibos o descargos, y que, por cualquiera de estos medios, estafa o intenta estafar la totalidad o parte de la fórmula de otro.”

Legislación que maneja los principales elementos de la estafa: engaño, error y perjuicio patrimonial.

Nuestra legislación ecuatoriana, había adoptado principalmente leyes españolas y leyes indias, que posteriormente, en la república, se adoptaría una codificación de normas penales, apareciendo en nuestro primero código penal de 1837, el delito de estafa con el siguiente artículo.

“[...] Art. 556.- Los que con engaño, artificio, superchería, práctica supersticiosa o cualquier otro fraude semejante, quiten a otro dinero, mercaderías, efectos o cualquiera cosa, o le hicieren escribir, firmar u otorgar cartas, vales, obligaciones u otras escrituras, sean de la clase que fueren, con perjuicio del otorgante, pero sin fuerza ni violencia, serán condenados a prisión por quince días a dos años, y a pagar una multa de cinco a cincuenta pesos”

Articulado que ha tenido varios cambios, hoy lo encontramos identificado en el cuerpo punitivo del estado denominado Código Orgánico Integral Penal, que lo identifica como “ESTAFA” a un delito que va en contra del derecho a la propiedad, catalogado como un delito de lesión al ser humano, por tal razón es importante limitarlo cuando la afectación tenga otro método de solución que la misma constitución así lo determina.

6.1.6. Desarrollo del Producto

PROPUESTA DE REFORMA A LA SECCIÓN NOVENA SOBRE DELITOS CONTRA EL DERECHO A LA PROPIEDAD DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

Que, en el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, enmarca un ordenamiento jurídico nacional dentro del lineamiento de estado constitucional de derechos y justicia, indicando que los cambios normativos deben responder con un espíritu de coherencia constitucional.

Que, en el Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, establece en su numeral “3) los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación; 4) ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales; 6) todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; 9) el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, inc. 3) El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.

Que, el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza: “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 intermediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”.

Que, el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala en sus numerales: “1) Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; 3) Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento; 6) la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza;”

Que, en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador recoge: “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”.

Que, en el Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador establece que “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas.

Que, el Código Orgánico Integral Penal en su Art. 3 establece como principio general al de mínima intervención, la cual manifiesta “la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”.

Que, el Código Orgánico Integral Penal en el Art 186, establece que “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, configura su conducta al delito de estafa.

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, previstos en el Art. 120 #6 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 9 #6 del Código Orgánico de la Función legislativa,

RESUELVE

Expide la siguiente:

REFORMA A LA SECCIÓN NOVENA SOBRE DELITOS CONTRA EL DERECHO A LA PROPIEDAD DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Art. 1.- Inclúyase al final del Art. 186 del Código Orgánico Integral Penal el siguiente inciso:

“La estafa no habrá lugar cuando las acciones son derivadas de actos contractuales que no superen un perjuicio patrimonial a veinte salarios básicos unificados del trabajador en general”.

DISPOSICIÓN FINAL.- La presente reforma regirá a partir de su publicación en el Registro Oficial.

6.2. Bibliografía

- Alban, E. (2011). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Tomo II. Parte Especial. Quito: Ediciones Legales.
- Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1998). *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general. vol I*. Chile: Jurídica de Chile .
- Barda, G. (1980). *Tratado de Derecho Civil: Parte General. Tomo II*. Buenos Aires: Perrot.
- Buompadre, J., & Creus, C. (2007). *Derecho Penal: Parte Especial I*. Buenos Aires: Astrea.
- Carrara, F. (2008). *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis.
- Claro Solar, L. (1898). *Derecho civil chileno. vol 12*. Santiago: Imprenta Nascimento.
- Código Civil (Argentino). (12 de mayo de 2019). OAS. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf
- Código Civil (España). (1889). *Publicada en BOE número 206*.
- Código Civil, Codificación 10 (Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005 19 de 2011 Mayo de 2005). Obtenido de Ediciones legales: www.fielweb.com
- Código Orgánico Integral Penal, Suplemento 180 (Registro Oficial 10 de febrero de 2014).
- Código Penal. (1837). *Decreto Legislativo No. 00, Registro Auténtico 1871*. Quito: 1837.
- Código Penal. (1837). *Publicado en Registro Auténtico 1871 de 3 de Noviembre*. Quito.
- Consejo de Estado (Colombia), Constructora Norberto Odebrecht S.A. y otros vs. Isagen S.A. (Tercero 29 de Noviembre de 2012).
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No 449 (20 de Octubre de 2008).

- Correa, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa.
- Corte de Apelaciones de Iquique (Chile), No. 335/2010 (Penal 13 de septiembre de 2010).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso USÓN RAMÍREZ VS. VENEZUELA (Corte 20 de Noviembre de 2009).
- Corte Nacional de Justicia, Segundo Juez Penal del Azuay y Blanca Dona Criollo vs Carlota Lucia Cabrera Correa (Sala de lo Penal 6 de octubre de 2008).
- Corte Suprema de Justicia, Raymond Marchal y Leonie Oliver vs René Elite (Gaceta Judicial. Año LXII. Serie IX No. 6 10 de diciembre de 1959).
- Corte Suprema de Justicia, Expediente de Casación 11 (Tercera Sala de lo Penal 5 de Febrero de 2007).
- Diccionario de la Real Academia Española. (2001). [*Dictionary of the Spanish Language*] (22nd ed.). Madrid, Spain: Author.
- Donna, E. A. (2000). *Derecho Penal: Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Espinoza, G. d. (2016). *Las estafas producto de los negocios ilícitos vulneran el principio de mínima intervención penal*. Quito.
- Fernández Ospina, G., & Acosta Ospina, E. (2000). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Librería Temis.
- Fernández Villegas, J. M. (2009). ¿ Qué es el principio de intervención mínima? *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, (23), 1-10.
- Flores Idrovo, L., & Flores Idrovo, E. (2015). *El ius puniendi y la mínima intervención penal en el sistema penal ecuatoriano en el sistema penal ecuatoriano*. Cuenca: Universidad Católica de Cuenca.
- Fortan Balestra, C. (1995). *Tratado de Derecho Penal. Tomo VI: Parte Especial*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Franz Von, L. (1999). *Tratado de Derecho Penal*. España: REUS.

- Gabaldon, L. (2006). "El fraude y las nuevas tecnologías en la era informática" Vol. 9 n. 47. Salvador: Caderno CRH. Obtenido de http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/220810/dp-fraude_electronico.pdf (acceso 09/02/2014)
- Garfias, G. (1998). *Estudio del Derecho Civil*. Mexico.
- Giménez, G. J. (2010). *Duda Razonable*. Mexico: Foro Juridico .
- Hernández Sampieri, R., & Mendoza, C. P. (2008). "El matrimonio cuantitativo cualitativo: el paradigma mixto." *JL Álvarez Gayou (Presidente), 6º Congreso de Investigación en Sexología. Congreso efectuado por el Instituto Mexicano de Sexología, AC y la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa*. México: Tabasco.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, L. (2010). *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw Hill.
- Larrea Holguín, J., & Rodrigo, M. (2004). *Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Leyton, J. F. (2014). *Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas*.
- Limaico, M. L. (2015). *El cumplimiento del principio de mínima intervención penal en el juzgamiento del delito de hurto y sus efectos jurídicos*.
- López, E., & Porte, L. (2005). *El Delito de Fraude (Reflexiones)*. Mexico: Porrúa D.F.
- Maggiorie, G. (2000). *Derecho Penal: Parte especial. Vol. V*. Bogotá: Temis.
- Martinez, V. (2011). La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. *Revista internauta de Practica Juridica Num. 26*. Valencia, Valencia.
- Martos Nuñez, J. (1984). *El principio de intervención penal mínima*. Sevilla: SISIUS.
- Maya, B. (2014). *Delimitación entre el delito de estafa y el dolo civil como vicio del consentimiento*. Quito: USFQ.

- Muñoz Conde, F. (1993). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nuñez, R. (1971). *Tratado de Derecho Penal, Título VI*. Buenos Aires: Lerner.
- Nuñez, S. R. (2017). *Importancia y aplicabilidad del Principio de Mínima Intervención Penal en Ecuador*. Quito.
- Ozafrain, L. (2017). *El principio de ultima ratio*. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Plata.
- Pazmiño Granizo, E. (2014). Los pobres se benefician del principio de favorabilidad. *Revista Defensa y Justicia No. 13*, 150-189.
- Planiol, M., Ripert, G., & Cajica, J. M. (1947). *Tratado elemental de derecho civil: contratos especiales. Teoría general de los contratos*. Buenos Aires: Cajica.
- Rodríguez, A. A., Somarriva Undurraga, M., & Vodanovic, A. (1998). *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general*. Chile: Jurídica de Chile.
- Romero, G. (2000). El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. *Revista de Derecho Penal. Estafas y otras defraudaciones*, 119-120.
- Rueda, S. A. (2016). *Elementos de la estafa y el engaño y el error*. Ecuador.
- Schlack Muñoz, A. (2008). El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. Vol. 35. *Revista chilena de derecho*, 261-292.
- Serrano, C. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el derecho penal*. Madrid: Editorial Colex.
- Villegas, H. B. (2009). *Curso de Finanzas, derecho financiero y Tributario. 9na ed.* (Vol. 2). Buenos Aires: Astrea.
- Zamora Pierce, J. (2008). *El Fraude*. Mexico: Porrúa.

6.3. Anexos



UNIVERSIDAD TECNICA DE AMABATO

ENCUESTA DEL PROYECTO DE INVESTIGACION PREVIO A OBTENER
EL TITULO DE MAGISTER EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.



TEMA: "EL DELITO DE ESTAFA Y LA MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL"

Consideraciones: Después de colocar su nombre, encierre con un círculo el literal que a su consideración sea el adecuado.

1. Indique cuál es su nombre

a. _____

2. Señale cuál es su genero

- a. Hombre
- b. Mujer

3. Señale cuál es su promedio de edad

- a. 26-35
- b. 36-45
- c. 46-55
- d. 56-65
- e. 65- en adelante

4. Identifique en que campo ejerce su profesión

- a. Abogado en libre ejercicio
- b. Funcionario público
- c. Ninguna

5. Si una persona es perjudicada económicamente, ¿Cuál de estas dos vías jurídicas considera la más adecuada para reclamar sus derechos?, considerando que el afectado busca únicamente la devolución de su perjuicio económico.

- a. Daños y perjuicios – vía civil
- b. Delito de estafa – vía penal

6. ¿El engaño, forma parte del dolo civil para ser considerado legalmente como vicio del consentimiento?

- a. Si
- b. No



UNIVERSIDAD TECNICA DE AMABATO



ENCUESTA DEL PROYECTO DE INVESTIGACION PREVIO A OBTENER
EL TITULO DE MAGISTER EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

TEMA: "EL DELITO DE ESTAFA Y LA MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL"

- a. Si
- b. No

8. ¿Es causa de nulidad un contrato que adolece de vicios que afectan el consentimiento?

- a. Si
- b. No

9. ¿Se debería aplicar el derecho civil frente a una conducta que afecte el patrimonio de una persona con uso de un contrato civil viciado, considerando que el derecho penal es de última ratio?

- a. Si
- b. No

10. ¿Considera que el estado debe limitar el uso del derecho penal cuando existe otra norma jurídica que puede dar solución a los mismos actos realizados por el ser humano?

- a. Si
- b. No

11. ¿Cuándo el patrimonio es afectado en materia civil debe ser este conocido y juzgado en materia penal?

- a. Si
- b. No

12. ¿El patrimonio propio puesto a disposición de una o varias personas en forma voluntaria debe ser considerado como bien jurídico de real protección penal?

- a. Si
- b. No